



Àmbit de Dret civil català

cejfe

De la incapacitació al suport a la presa de decisions

Anàlisi de l'estat de la qüestió i proposta per un ordenament civil català respectuós amb els drets humans en el context de la reforma estatal

Ajut a la investigació 2019

Autora

Maria Àngels Porxas Roig

Any 2020



Generalitat de Catalunya
**Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada**

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avis legal



Els continguts d'aquesta obra estan subjectes a una llicència de Reconeixement _no Comercial_ Sense Obra derivada 4.0. Internacional (CC BY-NC-ND 4.0) de Creative Commons. Se'n permet la reproducció, la distribució i la comunicació pública sempre que se'n citi el titular dels drets (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada) i no se'n faci un ús comercial. Aquesta obra no es pot transformar per generar obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

© **Generalitat de Catalunya**
Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada

RESUM

L'adopció de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (2006, CDPD) introdueix el nou paradigma de la capacitat jurídica universal a Espanya, que inclou la obligació d'assegurar l'accés als suports per l'exercici de la capacitat que les persones amb discapacitat puguin necessitar i l'eliminació d'algunes institucions tradicionals del dret civil, com la incapacitació i la tutela.

Aquest estudi té com a objectiu l'anàlisi de l'estat de la qüestió a l'ordenament civil català en matèria de capacitat jurídica en el context de les reformes estatals i internacionals en aquest àmbit, i la realització d'una proposta de reforma a la llum dels nous estàndards de drets humans. Per a fer-ho, en primer lloc s'identifiquen els estàndards del marc internacional de drets humans en matèria de capacitat jurídica i suports. En segon lloc, es sistematitzen algunes de les reformes internacionals més recents i afines a la CDPD. En tercer lloc, s'analitza l'estat de la qüestió tant al Codi civil com a l'ordenament civil català, i la conformitat de la proposta d'Avant projecte llei de reforma del Codi civil al model de suports, segons el Comitè de Drets de les Persones amb Discapacitat. Finalment, es presenta una proposta de principis i bases per a la reforma de l'ordenament civil català en aquest àmbit, centrada en la configuració de les figures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.

Entre les conclusions de l'estudi cal remarcar que el dret civil català, tot i que discordant amb la CDPD, té algunes particularitats respecte el dret comú que li permeten configurar una proposta d'adequació a la CDPD pròpia tot mantenint algunes de les figures de suport de les que ja gaudeix, com l'assistent a la presa de decisions, i transformant-ne d'altres.

Descriptors: Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat / Codi civil català / capacitat jurídica / suports / reformes legislatives

RESUMEN

La adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006, CDPD) introduce el nuevo paradigma de la capacidad jurídica universal en España, que incluye la obligación de asegurar el acceso a los apoyos para el ejercicio de la capacidad que las personas con discapacidad puedan necesitar y la eliminación de algunas instituciones tradicionales del derecho civil, como la incapacitación y la tutela.

Este estudio tiene como objetivo el análisis del estado de la cuestión en el ordenamiento civil catalán en materia de capacidad jurídica en el contexto de las reformas estatales e internacionales en este ámbito, y la realización de una propuesta de reforma a la luz de los nuevos estándares de derechos humanos. Para ello, en primer lugar, se identifican los estándares del marco internacional de derechos humanos en materia de capacidad jurídica y apoyos. En segundo lugar, se sistematizan algunas de las reformas internacionales más recientes y afines a la CDPD. En tercer lugar, se analiza el estado de la cuestión tanto en el Código Civil como en el ordenamiento civil catalán, y la conformidad de la propuesta del Anteproyecto ley de reforma del Código civil al modelo de apoyos, según el Comité de derechos de las Personas con Discapacidad. Finalmente, se presenta una propuesta de principios y bases para la reforma del ordenamiento civil catalán en este ámbito, centrada en la configuración de las figuras de apoyo al ejercicio de la capacidad.

Entre las conclusiones del estudio cabe destacar que el derecho civil catalán, aunque discordante con la CDPD, tiene algunas particularidades respecto al derecho común que le permiten configurar una propuesta de adecuación a la CDPD propia manteniendo algunas de las figuras de apoyo de las que ya goza, como el asistente a la toma de decisiones, y transformando otras.

Descriptor: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad / Código civil catalán / capacidad jurídica / apoyos / reformas legislativas

ABSTRACT

The adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006, CRPD) introduces the new paradigm of universal legal capacity in Spain, which includes the obligation to ensure access to supports for the exercise of legal capacity to persons with disabilities and the suppression of some traditional civil law institutions, such as incapacitation and guardianship.

This study has a double aim: to analyze the status of legal capacity issues in Catalan civil law in the context of state and international reforms in this area, and the realization of a reform proposal in light of the new standards of human rights. The carry on the analysis, the study firstly identifies the standards of international human rights law in terms of legal capacity and supports. Secondly, it systematizes some of the most recent and related international reforms in the issue. Thirdly, it analyzes the status of the matter both in the Civil Code and in the Catalan civil system, together with the level of conformity of the Draft Law on the reform of the Civil Code on legal capacity, according to the Committee on the rights of persons with disabilities. Finally, it presents a proposal of principles and bases for the reform of the Catalan civil system in this area, focusing on the configuration of the support figures to the exercise of legal capacity.

Among the conclusions of the study, it should be noted that the Catalan civil law, although discordant with the CRPD, has some peculiarities in comparison to the common law that allow it to configure its own proposal while maintaining some of the support figures that it already enjoys, as the decision-making assistant, while transforming others.

Key words: Convention on the Rights of Persons with Disabilities / Catalan civil Code / legal capacity / supports / law reforms

Índex

RESUM	2
RESUMEN	3
ABSTRACT	4
1. Introducció	9
1.1. L'objecte d'estudi	9
1.2. Problemàtiques, reptes i oportunitats del futur context jurídic	12
1.3. Objectius.....	17
1.4. Metodologia i estructura	18
2. Marc internacional de referència per a les persones amb discapacitat	22
2.1. Antecedents jurídics i teòrics: del model mèdic al model social.....	22
2.2. La Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat	26
2.2.1. Introducció.....	26
2.2.2. L'igual reconeixement de la capacitat jurídica	29
2.2.2.1. Introducció al nou paradigma de l'article 12	29
2.2.2.2. L'article 12 en relació amb la resta de la Convenció	34
2.2.2.3. Contingut i obligacions de l'article 12	41
2.2.2.3.1. La personalitat jurídica	42
2.2.2.3.2. La capacitat jurídica.....	43
2.2.2.3.3. Les mesures de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica	50
2.2.2.3.4. Les salvaguardes.....	54
2.2.2.3.5. L'exercici dels drets econòmics	58
2.2.3. Algunes qüestions problemàtiques	60
2.2.3.1. Els criteris per determinar la competència del model funcional i la seva discriminació inherent	60
2.2.3.2. Les intervencions estatals a l'autonomia individual	66
2.3. Altres fonts normatives	69
2.3.1. Introducció.....	69
2.3.2. La Unió Europea	70
2.3.3. Fonts en contraposició a la CDPD.....	71
2.3.3.1. El Consell d'Europa.....	72
2.3.3.2. El Tribunal Europeu de Drets Humans	75
2.3.4. La resolució de conflictes davant normes divergents: prevalença de la CDPD	78
3. Reformes en matèria de capacitat jurídica en perspectiva internacional	81

3.1.	Orígens dels models de suport a les decisions: experiències prèvies a la CDPD	81
3.1.1.	El model canadenc.....	81
3.1.2.	Altres experiències	85
3.1.2.1.	Suècia	85
3.1.2.2.	Alemanya	87
3.1.2.3.	Itàlia	88
3.2.	Reformes posteriors a la CDPD.....	90
3.2.1.	Panoràmica general.....	90
3.2.2.	La capacitat jurídica i els suports a Costa Rica, Perú i Colòmbia	92
3.2.2.1.	Sobre la capacitat jurídica.....	110
3.2.2.2.	Sobre els suports.....	111
4.	<i>L'estat de la qüestió als ordenaments espanyol i català.....</i>	122
4.1.	Introducció.....	122
4.2.	El marc constitucional.....	122
4.2.1.	La recepció i incorporació de la CDPD	122
4.2.2.	Consideracions respecte el tractament de la discapacitat a l'article 49 de la Constitució i sobre la seva reforma	125
4.2.3.	La influència de la Constitució al dret civil.....	128
4.3.	Particularitats del sistema plurilegislatiu: Codi civil i legislació civil especial	130
4.4.	Estat de la qüestió al dret comú	131
4.4.1.	Una regulació anterior a la CDPD	131
4.4.1.1.	El mandat	133
4.4.1.2.	La guarda de fet	134
4.4.2.	Conclusió	136
4.5.	Estat de la qüestió al Codi civil català	137
4.5.1.	Una regulació posterior a la CDPD.....	137
4.5.1.1.	Els poders preventius.....	139
4.5.1.2.	El document de voluntats anticipades.....	141
4.5.1.3.	La guarda de fet	144
4.5.1.4.	L'assistència	145
4.5.2.	Conclusió	153
4.6.	El paper dels tribunals en l'adaptació de la legislació interna	154
4.6.1.	Particularitats i possibles conflictes de la pluralitat jurisdiccional	154
4.6.2.	La interpretació de la conformitat dels ordenaments civils amb l'article 12	155
5.	<i>Una mirada a la futura reforma del Codi civil</i>	162
5.1.	Introducció.....	162

5.2. Anàlisi de l'Avant projecte llei de reforma de la legislació civil en matèria de capacitat jurídica	163
5.2.1. Exposició de motius	163
5.2.2. Els instruments preventius	165
5.2.3. La guarda de fet	167
5.2.4. El defensor judicial.....	168
5.2.5. La nova curatela.....	169
5.2.5.1. La qüestió terminològica.....	169
5.2.5.2. La proposta	170
5.2.6. Supressió de la incapacitació?	178
6. Proposta de reforma del Codi civil català en matèria de capacitat jurídica i suports.....	180
6.1. Introducció.....	180
6.2. Definicions i principis base	182
6.3. Reconeixement de la igual capacitat jurídica	185
6.4. Els suports.....	187
6.4.1. Els suports sense intervenció judicial	188
6.4.1.1. Acords de suports	189
6.4.1.2. Poders	191
6.4.1.3. Documents de voluntats anticipades.....	193
6.4.2. La guarda de fet.....	197
6.4.3. Els suports de designació judicial	198
6.4.3.1. L'assistent.....	199
6.4.3.2. El defensor judicial	202
6.4.4. La responsabilitat i anul·labilitat dels actes realitzats amb suport.....	203
7. Conclusions.....	205
8. Referències bibliogràfiques	208

1. Introducció

1.1. L'objecte d'estudi

El 13 de desembre de 2006, s'aprova a l'Assemblea General de les Nacions Unides la Convenció sobre els Drets de Persones amb Discapacitat (CDPD), ratificat per Espanya el 21 d'abril de 2008. A partir de la seva entrada en vigor el 3 de maig d'aquell mateix any, i conforme a l'article 96 de la Constitució Espanyola (CE), passa a formar part de l'ordenament intern. La CDPD és un tractat de drets humans que estableix un “canvi de paradigma”¹ en relació a la comprensió i aproximació a la discapacitat, adoptant l'enfoc del *model social*² a la discapacitat que entén que el que discapacita a les persones no és la seva deficiència sinó la interacció d'aquesta amb els obstacles i les barreres que els imposa la societat, pel que proposa mesures en aquest sentit.

L'article 12 de la Convenció reconeix la igualtat davant la llei de les persones amb discapacitat en relació amb les altres i que, per tant, les persones amb discapacitat tenen capacitat jurídica en igualtat de condicions a la resta en tots els aspectes de la seva vida i obliga als Estats part a adoptar mesures per a proporcionar a les persones amb discapacitat el suport que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica. El reconeixement d'una igual capacitat jurídica de les persones amb discapacitat que inclogui l'accés a l'exercici d'aquesta capacitat (a la capacitat d'obrar), s'emmarca dins de l'igual reconeixement com a persona davant la llei de les persones amb discapacitat, el que problematitza la forma com fins ara s'ha concebut la igualtat al nostre

¹ Per a conèixer més sobre aquesta idea del “canvi de paradigma”, *Vid.*, Amita Dhanda, ‘Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?’, *Syracuse J. Int’L. & Com.*, 2014, 429–62; Antonio Fernández de Buján, ‘Capacidad, discapacidad, incapacitación.: modificación judicial de la capacidad’, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, 53–81; Gerard Quinn, ‘Personhood and Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12’, a *HPOD Conference in Harvard Law School*, 2010 i Flynn, E., & Arstein-kerlake, A. (2014). *The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy? Berkeley Journal of International Law*, 32(1), 124–143.

² Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* (Madrid: Grupo Editorial Cinca, 2008).

ordenament jurídic i el que ha posat en qüestió, particularment, algunes institucions amb una llarga tradició al nostre país, com la incapacitació civil i les figures de la tutela i la curatela³.

El Comitè de Persones amb Discapacitat (Comitè), l'òrgan de revisió del tractat, interpreta l'article en la seva Observació General nº1 (2014) i reclama la necessitat d'iniciar reformes legislatives per a transformar els sistemes de substitució de decisions i restricció de la capacitat d'obrar basats en el criteri del millor interès, com la tutela, en sistemes de suport a les decisions i a l'exercici de la capacitat jurídica basats en la voluntat i preferències de la persona⁴.

Fins setembre de 2018 s'havien fet poc més que canvis terminològics en aquest àmbit en la regulació estatal a Espanya⁵. El 21 de setembre de 2018 es fa públic l'Avantprojecte de llei (APL) per reformar la legislació civil i processal en matèria de capacitat jurídica a l'Estat espanyol⁶. La reforma proposada pel Ministeri de Justícia és una de les més ambicioses dels últims anys en aquest àmbit i pretén reformar més d'un centenar d'articles del Codi Civil (CC), de la

³ Per a conèixer més sobre les implicacions de l'article 12 en matèria de capacitat jurídica: María del Carmen Barranco, Patricia Cuenca, y Miguel Ángel Ramiro, 'Capacidad Jurídica y Discapacidad: El Artículo 12 de La Convención de Derechos de Las Personas Con Discapacidad', *Anuario Facultad de Derecho*, 2012, 53–80; Patricia Cuenca Gómez, 'El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española', *Revista Electrónica de Derecho de La Universidad de La Rioja*, 2012, 61–94.

⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General Nº 1 (2014): Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 2014.

⁵ En relació a la implementació d'altres mandats de la Convenció dels Drets de les Persones amb Discapacitat s'han adoptat i modificat una sèrie de normatives: la Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat (BOE-A-2011-13241); el Real Decret Legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei General de drets de les persones amb discapacitat i la seva inclusió social (BOE-A-2013-12632); o les més recents modificacions per garantir alguns aspectes de la igualtat en el reconeixement davant la llei de les persones amb discapacitat, com el seu dret a contraure matrimoni, modificació introduïda per la Llei 4/2017, de 24 de juny a la Llei 15/2015, de 2 de juliol; i la participació de les persones amb discapacitat com a membres d'un Tribunal jurat, amb la modificació feta per la Llei Orgànica 1/2017, de 13 de desembre, a la Llei Orgànica 5/1995, de 22 de maig.

⁶ *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 21 de septiembre de 2018*, en tràmit de consulta pública, veure a: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto> (accedit el 13 de octubre de 2018).

Llei d'Enjudiciament Civil (LEC), de la Llei Hipotecària i de la Llei del Registre Civil per adequar-los al mandat de l'article 12 CDPD.

En línies generals, l'APL, que es troba encara en fase prelegislativa després d'haver passat el tràmit de consulta i audiència pública, apunta a la desaparició de la tutela i, per tant, d'una forma d'incapacitació civil "absoluta" per a tots els actes de la vida; preveient la curatela com la forma principal de suport a les decisions, que es podrà donar tant en format d'assistència com de representació; flexibilitza les funcions de la figura de la guàrdia de fet perquè aquesta pugui tramitar alguns actes amb una simple autorització judicial en procés de jurisdicció voluntària; preveu l'autocuratela (la possibilitat que la persona designi qui serà el seu curador); així com la possibilitat que els poders preventius siguin d'eficàcia futura, és a dir, que la persona que atorga el poder determini el moment en què la vigència d'aquest s'iniciarà segons les seves necessitats de suport o segons el moment que ella determini.

Malgrat les carències i la falta de determinació d'algunes previsions de l'APL, que s'assenyalen a l'apartat corresponent d'aquest estudi, i que caldrà veure com es desenvolupen en els següents tràmits legislatius, la legislació civil estatal ha iniciat un procés de reforma per implementar el mandat de l'article 12 de la CDPD que pot acabar amb la institució de la incapacitació civil tal com la coneixem a dia d'avui. El que no implica, tanmateix i per si sol, la satisfacció del mandat de l'article 12, que requereix també de la provisió d'accés a figures de suport a la presa de decisions que satisfacin uns criteris conformes als estàndards de drets humans, el que caldrà estudiar si la reforma proposada finalment satisfà.

Per altra banda, a Catalunya, es va aprovar el 2010 la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya (CCc), relatiu a la persona i a la família en el que, com a principal novetat en aquest àmbit, s'incorporà la figura de l'assistència, inexistent en el marc del dret civil espanyol. Similar a figures introduïdes anteriorment en altres països, aquesta figura no està supeditada a la prèvia incapacitació o restricció de drets. Però l'assistència no es constitueix com una alternativa als règims de la tutela o la curatela, ja que el legislador la limita a les discapacitats *no incapacitants* (art. 226-1 CCc), per

tant, a les persones amb més autonomia, mantenint la previsió de la tutela i la curatela. Malgrat això, i en línia amb la CDPD, l'assistència es preveu en principi com una figura de caràcter plenament voluntari, que la persona ha de sol·licitar judicialment i que no pot ésser imposada.

En el context en què s'incorporava l'assistència al Codi Civil de Catalunya, en un moment en què encara no s'havia portat a terme entre els països part de la CDPD cap reforma innovadora per transformar els sistemes d'incapacitació en sistemes de suport, l'abast de la mesura ja es preveia limitat⁷. Aquesta poca èxit ha estat confirmat per la mínima utilització que ha tingut l'assistència durant els seus primers anys de vigència, degut, més enllà de a la limitada aplicabilitat que li preveu el CCc, al gran desconeixement de la figura entre els afectats, entre els professionals socials i de la salut i entre els propis operadors jurídics, però degut, també, al manteniment dels altres dos règims de protecció de la persona, essent la tutela encara la mesura majoritàriament preferida pels operadors jurídics a Catalunya els darrers anys⁸.

1.2. Problemàtiques, reptes i oportunitats del futur context jurídic

L'article 12 de la CDPD és un mandat de drets humans que impacta amb força sobre els fonaments del dret civil, tradicionalment construït sobre una noció del subjecte de drets que es configura al voltant de la capacitat i la voluntat, el que, des d'una lectura restrictiva de la CDPD, constitueix una vulneració del reconeixement de la igualtat davant la llei de les persones amb discapacitats. Aquest fet ha generat un intens debat doctrinal i jurisprudencial, sense una posició unànime al respecte. Mentre destacats estudiosos dels drets humans⁹, i

⁷ Jordi Ribot Igualada, 'L'assistència: abast i limitacions de la nova institució', a *XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa*, pp. 1–60.

⁸ Observatorio sobre salud, autonomía, competencia y derechos humanos, *Memoria Final OBSCAC* (Barcelona, 2013).

⁹ Gerard Quinn, 'Personhood and Legal Capacity... ob. cit; Eilionóir Flynn and Anna Arstein-Kerslake, 'The Support Model of Legal Capacity.. ob. cit; Anna Arstein-Kerslake and Eilionóir Flynn, 'The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality before the Law', *The International Journal of Human Rights*, 20.4 (2016), 471–90 Oliver Lewis, 'Legal Capacity in International Human Rights Law'

també òrgans d'autoritat dins les Nacions Unides com l'Alt Comissionat pels Drets Humans¹⁰, interpreten que la igualtat davant la llei reconeguda a l'article 12 de la CDPD inclou el reconeixement de l'exercici universal de la capacitat d'obrar i que, per tant, els sistemes de substitució a les decisions que restringeixen la capacitat d'obrar de la persona són problemàtics, sinó contraris als drets humans; la jurisprudència espanyola ha mantingut que el model de la incapacitació vigent al CCE és conforme a la CDPD (STS 282/2009), confirmant així un posicionament generalitzat en la pràctica professional, i que ha recolzat la doctrina civil en particular¹¹. Si bé la jurisprudència del Tribunal Suprem (TS) ha evolucionat paulatinament cap a una interpretació més afina als estàndards de la CDPD, sense arribar a comprometre el model actual, les postures doctrinals al respecte segueixen estant dividides pel que fa, per una banda, a la conformitat o no de la incapacitació o d'altres formes de substitució de les decisions amb els drets humans reconeguts i, per altra banda, sobre la forma com fer efectiu el mandat de l'article 12 i l'accés als suports per a l'exercici de la capacitat.

La majoria de la doctrina jurídica avala la necessitat d'incrementar l'adopció de diferents formes de suport a l'exercici de la capacitat, però les discordances apareixen al voltant de l'abast i els límits d'aquest nou paradigma. Les interpretacions a l'article 12 reflecteixen les posicions dicotòmiques que van tenir lloc durant les negociacions del tractat:

a) Aquells qui adopten a grans trets la posició del Comitè, i que consideren que s'han d'eliminar absolutament totes les formes i mesures de substitució a les decisions; el que implica, entre d'altres qüestions, la supressió de la

(Universiteit Leiden, 2015); Oliver Lewis, 'Advancing Legal Capacity Jurisprudence', *European Human Rights Law Review*, 2011, 700–714; Patricia Cuenca, 'Sobre La Inclusión de La Discapacidad En La Teoría de Los Derechos Humanos', *Revista de Estudios Políticos*, 2012, 103–37; Cuenca Gómez.

¹⁰ Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad, sobre el asunto de la "capacidad jurídica", 2005

¹¹ Jordi Ribot Igualada, ob. cit. cita a Fernández López; Simón Rodríguez; y Magro Servet, en aquest sentit, p. 4. Veure també: Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, 'La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar', *derecho privado y constitución*, 2009, 335–68.

incapacitació, però també de tota forma de representació imposada per raó de discapacitat.

b) Aquells qui consideren que s'ha de mantenir la regla de l'excepcionalitat i que les limitacions en l'exercici de la capacitat són necessàries ocasionalment per a persones amb certes incapacitats d'autogovern, en particular per les persones amb discapacitat intel·lectual o psicosocial.

Un acostament a la literatura sobre aquest assumpte revela que les posicions dicotòmiques sobre el tema responen, per una banda, als anàlisis desenvolupats pels experts en drets humans, els qui subscriuen la posició del Comitè¹², i, per altra banda, als anàlisis des de la doctrina civil i des de

¹² Entre la literatura nacional i internacional d'anàlisi de l'article 12 des d'un enfocament de drets humans, cal destacar: *Vid.*, Dhanda, A. (2014). Legal Capacity in the disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal International Law & Comparative*, 34, 429-462; Dhanda, Amita, 'Conversations between the Proponents of the New Paradigm of Legal Capacity', *International Journal of Law in Context*, 13 (2017), 87–95; Flynn, Eilionóir, and Anna Arstein-kerlake, 'The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy? The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?', 32 (2014); Cuenca Gómez, Patricia, 'El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española', *Revista Electrónica de Derecho de La Universidad de La Rioja*, 10 (2012), 61–94; Barranco, María del Carmen, Patricia Cuenca, y Miguel Ángel Ramiro, 'Capacidad jurídica y discapacidad: el Artículo 12 de La Convención de derechos de las personas con discapacidad', *Anuario Facultad de Derecho*, 2012, 53–80; Bariffi, Francisco, 'El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos Jurídicos', 2014, 646; Arstein-Kerslake, Anna, and Eilionóir Flynn, 'The Right to Legal Agency: Domination, Disability and the Protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities', *International Journal of Law in Context*, 13 (2017), 22–38; Arstein-Kerslake, Anna, 'An Empowering Dependency: Exploring Support for the Exercise of Legal Capacity', *Scandinavian Journal of Disability Research*, 2014, 1–16; Croucher AM, Rosalind F, 'Seismic Shifts-Reconfiguring "Capacity" in Law and the Challenges of Article 12 of the UNCRPD', *International Journal of Mental Health and Capacity Law*, 2016, 7–16; Dinerstein, Robert, 'Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making', *Human Rights Brief*, 19 (2012), 8–12; Gooding, Piers, 'Navigating the "Flashing Amber Lights" of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns', *Human Rights Law Review*, 15 (2015), 45–71; Michael Bach, *The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Key Concepts and Directions from Law Reform*, 2012; Owen, Gareth S., Fabian Freyenhagen, Geneva Richardson, and Matthew Hotopf, 'Mental Capacity and Decisional Autonomy: An Interdisciplinary Challenge', *Inquiry*, 52 (2009), 79–107; Inclusion International, 'Key Elements of a System for Supported Decision-Making: Position Paper of Inclusion International', 2008; Quinn, Gerard, 'Personhood and Legal Capacity', in HPOD Conference in Harvard Law School (Cambridge, 2010), p. 22; Morrissey, Fiona, 'The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A New Approach to Decision-Making in Mental Health Law', *European Journal of Health Law*, 19 (2012), 423–40; de Bhailís, Clíona, and Eilionóir Flynn, 'Recognising Legal Capacity: Commentary and Analysis of Article 12 CRPD', *International Journal of Law in Context*, 13 (2017), 6–21.

disciplines més pròximes a la medicina, com la bioètica, que opten per la defensa de la regla de l'excepcionalitat i la necessitat de limitar de forma ocasional l'exercici de la capacitat jurídica¹³. En general, els crítics amb la interpretació del Comitè discrepen sobre el caràcter negatiu de la restricció de drets que impliquen les institucions de substitució a les decisions qüestionades; si bé reconeixen que hi ha una limitació de drets, entenen que aquesta és necessària i està justificada per a la protecció d'altres interessos o per la promoció d'una futura millora en l'autonomia personal.

La reforma del CC en matèria de capacitat jurídica difícilment resoldrà aquesta absència de consensos, però situa la regulació civil catalana sobre la persona en una posició complicada. Més enllà de la obsolescència en la que es troba la CCc davant d'un context internacional marcat per reformes significatives en aquest àmbit esdevingudes els darrers anys¹⁴, l'ordenament plurilegislatiu de l'Estat espanyol en matèria civil, que preveu per a Catalunya la competència per desenvolupar un ordenament civil propi (art. 149.1.8 CE), ens encararà a la dicotòmica situació en què, un cop la reforma del CC estigui aprovada, al

¹³ Algunes interpretacions restrictives de l'article 12 de la literatura nacional i internacional: *Vid.*, Matthé Scholten and Jakov Gather, 'Adverse Consequences of Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for Persons with Mental Disabilities and an Alternative Way Forward', *Journal of Medical Ethics*, 0 (2017), 1–8; Melvyn Colin Freeman and others, 'Reversing Hard Won Victories in the Name of Human Rights: A Critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities', *The Lancet Psychiatry*, 2.9 (2015), 844–50; Montserrat Pereña Vicente, 'La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica', en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, ed. per José Pérez de Vargas Muñoz y Montserrat Pereña Vicente (Las Rozas (Madrid): La Ley (Grupo Wolters Kluwer), 2011), pp. 195–205; Paul S. Appelbaum, 'Saving the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - from Itself', *World Psychiatry*, 18.1 (2019), 1–2; Macario Alemany, 'Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una Crítica a La Observación General n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad).', *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52.52 (2018), 201–22.

¹⁴ Els darrers anys s'han produït importants reformes en matèria de capacitat jurídica en el dret civil comparat desencadenades per l'adopció de l'article 12 de la CDPD. La majoria mantenen, sota criteris d'excepcionalitat, la possibilitat que la persona amb capacitats limitades per prendre decisions sigui representada en l'exercici dels seus actes, però algunes eliminen plenament la restricció de l'exercici de la capacitat d'obrar o restringeixen aquesta opció a una llista exhaustiva de casos excepcionals. A mode d'exemple, Costa Rica, Ley n° 9379, para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, de 30 d'agost de 2016 [Lei per a la promoció de l'autonomia personal de les persones amb discapacitat]; i Perú, Decreto Legislativo n° 1384 que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, de 4 de setembre de 2018 [Decret Legislatiu n° 1384 que reconeix i regula la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat en igualtat de condicions], entre d'altres. S'analitzen aquestes reformes a l'apartat 3.2.2.

territori català es seguiran preveient i aplicant formes de substitució a les decisions que ja no es preveuran a la resta del territori, conforme al caràcter de dret comú i preferent que té aquest ordenament a Catalunya (art. 111-4 i art. 111-5 Cc). Més enllà dels conflictes de caràcter estrictament civil que pot ocasionar aquesta situació, aquesta és una qüestió més àmplia que ens permet connectar la teoria i la pràctica sobre la implementació dels drets humans reconeguts en tractats internacionals amb les particularitats de certes formes d'Estats compostos, com el nostre.

A més a més, una part del debat doctrinal ha traslladat a un segon pla la qüestió de fons d'aquest assumpte, que és la idoneïtat (o no) de la incapacitació per articular una resposta jurídica que, més enllà de complir una funció protectora, respongui a la voluntat i preferències de les persones amb discapacitat i que, per tant, sigui respectuosa amb un exercici de l'autonomia que promogui el lliure desenvolupament de la personalitat i que sigui conforme al principi de la dignitat humana. Perquè el dret, en aquest cas el dret civil, quan afecta directament el contingut i exercici dels drets de les persones, i particularment quan afecta l'exercici dels drets d'un col·lectiu històricament discriminat com el de les persones amb discapacitat, transcendeix la qüestió privada que limita el seu estudi al camp del privat, per convertir-se en una qüestió de drets humans. La originalitat d'aquest projecte d'investigació recau, precisament, en posar en diàleg les particularitats del dret civil català, en el context d'un Estat compost com el nostre, amb el model social adoptat pel marc jurídic internacional de drets humans. Per a tot això, cal fer un anàlisi crític des de l'enfocament de drets humans a l'estat de la qüestió de l'ordenament civil actual i a les reformes en curs. Cal revisar la reforma estatal en curs i l'encaix del Codi Civil català al marc del context espanyol i internacional des d'una perspectiva que prioritzi un enfoc de drets fonamentals i de drets humans.

En aquest context, l'adaptació definitiva del CCc a la CDPD, d'alguna forma iniciada el 2010 amb la previsió de la figura de l'assistència, és un repte pendent i, a la vegada, una oportunitat per a generar una regulació civil catalana respectuosa amb els drets humans que sigui un referent internacional, i una oportunitat per a repensar i reconfigurar en el que calgui la figura de l'assistent a la presa de decisions, una figura amb un potencial limitat per

algunes de les característiques de la seva regulació i per la seva escassa utilització a la pràctica. Paradoxalment, algunes de les característiques que algunes fonts entenen que són limitadores del potencial abast de l'ús de l'assistència, com el seu caràcter voluntari (art. 226-1.1 CCc)¹⁵, constitueixen, de fet, alguns dels criteris que han de conformar les figures de suport a la presa de decisions segons la interpretació del Comitè i d'altres veus autoritzades en aquest assumpte¹⁶.

En resum, si bé la reforma del CC posa en l'ull de mira les previsions del CCc que preveuen els règims de substitució a les decisions, per altra banda fortament qüestionats des de l'adopció de la CDPD a tot el territori espanyol, l'ordenament civil propi de Catalunya preveu una figura de suport a les decisions que és, en molts sentits, conforme als estàndards de drets humans de la CDPD. Cal trobar, doncs, una fórmula pròpia per a reformar l'ordenament civil català que no ignori el potencial de la figura de l'assistència i d'algunes altres reformes introduïdes el 2010 però que avanci en el reconeixement dels drets humans i la igualtat de les persones amb discapacitat.

1.3. Objectius

Atenent al marc de referència exposat, els objectius principals d'aquest projecte d'investigació es poden resumir en dos:

a) L'anàlisi dels conflictes que deparen l'*statu quo* del Codi Civil català en matèria de capacitat jurídica en el context de les reformes estatal i internacionals en aquest àmbit.

¹⁵ José Antonio Martín Pérez, 'La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña', a *El nuevo derecho de la persona y de la familia: (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, 2011, ed. per Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero i Sergio Nasarre Aznar (Barcelona: Bosch, 2011), pp. 157–70.

¹⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ob. cit.; National University of Ireland (NUI), A Study on the Equal Recognition before the Law: Contributions towards the Council of Europe Strategy on the Rights of Persons with Disabilities (Council of Europe, 2017).

b) La presentació d'una proposta de reforma de l'ordenament civil català respectuosa amb una interpretació dels drets fonamentals conforme als més alts estàndards de drets humans reconeguts i que atengui a la idiosincràsia del dret civil propi del territori i al context de les reformes estatals en desenvolupament.

Per a satisfer aquests objectius serà necessari atendre qüestions prèvies com determinar quina és la concepció de la discapacitat sobre la que el marc civil català regula la qüestió de la capacitat jurídica. Caldrà també identificar les principals barreres jurídiques per a una plena implementació de l'article 12 de la CDPD al marc de l'ordenament civil vigent, així com determinar si la proposta del futur marc civil espanyol compleix amb el mandat de la igualtat jurídica promulgat a la CDPD. En relació a tot això, caldrà plantejar-se com podria el dret civil català superar les mancances observades a la proposta de reforma espanyola per donar resposta a les demandes jurídiques d'igualtat de les persones amb discapacitat.

1.4. Metodologia i estructura

L'estudi té un focus d'anàlisi bidimensional: **a)** l'estudi del nivell d'adaptació de l'ordenament civil català i de les reformes de l'ordenament civil espanyol als estàndards de drets humans en matèria de capacitat jurídica; **b)** la comparació jurídica entre ambdós ordenaments al marc de les particularitats de la forma territorial de l'Estat espanyol.

Finalment, i com a resultat últim, **c)** es proposa una reforma de l'ordenament civil català conforme als estàndards de drets humans en el context particular de l'Estat espanyol i de la idiosincràsia de la legislació civil catalana.

Per a dur a terme: a) l'estudi del nivell d'adaptació de l'ordenament civil català i de l'ordenament civil espanyol als estàndards de drets humans en matèria de capacitat jurídica

La investigació es centra en el marc territorial sobre el que té competència l'ordenament civil català, és a dir, Catalunya, però posat en context amb les reformes a nivell estatal que s'estan duent a terme en l'àmbit de l'ordenament civil espanyol que afecten la capacitat jurídica. Al tractar-se d'una qüestió que afecta la relació entre la implementació dels drets humans reconeguts internacionalment vigents a l'Estat espanyol i la transformació dels sistemes de dret privat interns, per a l'anàlisi de l'adequació dels ordenaments civils català i espanyol als criteris de drets humans reconeguts cal identificar prèviament la normativa del marc jurídic internacional de referència i sistematitzar els estàndards en aquesta matèria.

La interpretació feta des dels òrgans internacionals i regionals autoritzats, en particular el Comitè de Drets de les Persones amb Discapacitat (de la ONU), entre d'altres, guien l'anàlisi del marc normatiu positiu internacional. Per identificar i sistematitzar els criteris de drets humans als que els sistemes de capacitat jurídica s'han d'adequar s'utilitzen bàsicament fonts primàries (normativa i jurisprudència del marc internacional i regional) i, quan sigui necessari o quan pugui aportar elements interessants, també interpretacions doctrinals destacades en la matèria. Els estàndards de drets humans identificats prèviament s'utilitzaran com a criteris base per l'anàlisi tant de l'ordenament civil català com de l'ordenament civil espanyol en la matèria objecte d'aquest estudi.

b) la comparació jurídica entre ambdós ordenaments al marc de les particularitats de la forma territorial de l'Estat espanyol tot identificant els conflictes que la capacitat plurilegislativa en l'àmbit civil generen en aquest cas particular.

Tamayo ens recorda que “el dret no és una mera acumulació de coses”, sinó un “complicat ordit de normes”¹⁷ (traducció pròpia); que no són, per tant, mai independents entre sí, sinó interdependents. Per a això, per a dur a terme la comparativa jurídica cal tenir en compte la complexitat dels sistemes jurídics, resultat de la interdependència recíproca de les diverses entitats del sistema;

¹⁷ Rolando Tamayo Salmorán, ‘Teoría Jurídica y “Derecho Comparado”: Una Aproximación y un Deslinde’, *Isonomía*, 27.Octubre (2007), 29–49, p. 33

complexitat aguditzada en els casos del sistema jurídic-territorials com els de l'Estat espanyol on les Comunitats Autònomes assumeixen competències legislatives, i particularment en el cas de Catalunya amb competències legislatives pròpies en bona part de la matèria civil. En paraules de Hart¹⁸, “una descripció completa d'una norma particular suposa una descripció de totes les condicions comunes a ella i a les altres normes; per tant, suposa una descripció del funcionament total del sistema” (traducció pròpia).

Atenent a aquesta complexitat, la comparació jurídica confronta models doctrinals d'institucions que pertanyen a una mateixa classe en base a un marc referencial¹⁹. En el cas que ens ocupa, el marc de referència és el marc internacional dels drets humans que guia la interpretació dels drets i llibertats fonamentals reconeguts a la Constitució (conforme a l'art. 10.2 CE) i els sistemes comparats són l'ordenament civil català i espanyol en matèria de capacitat jurídica, amb el focus en les institucions de protecció de la persona i de suport a les decisions.

c) es proposa una reforma de l'ordenament civil català conforme als estàndards de drets humans en el context particular de l'Estat espanyol i de la idiosincràsia de la legislació civil catalana.

La proposta es fa atenent als resultats de l'anàlisi de **a)** i **b)**. La proposta té com a finalitat presentar una reforma de l'ordenament civil català que sigui conforme als estàndards de drets humans identificats, presentant així una solució als conflictes que generarà l'adopció de la reforma de l'ordenament civil espanyol en matèria de drets fonamentals i al conflicte vigent de discordança de l'ordenament amb el marc internacional de drets humans adoptat.

En resum, l'estudi es desenvolupa en les següents fases: a) sistematització del marc jurídic internacional de referència; b) recopilació, elecció i sistematització d'experiències internacionals de reforma de la legislació en matèria de capacitat jurídica posteriors a l'adopció de la CDPD; c) anàlisi de la incorporació del dret internacional de la discapacitat a l'ordenament intern i de

¹⁸ Rolando Tamayo Salmorán, ob. cit, p. 33.

¹⁹ Ibid.

les particularitats plurilegislatives del dret civil al marc del territori espanyol; d) anàlisi de l'estat de la qüestió de la legislació civil espanyola (dret comú) i catalana (dret propi) en matèria de capacitat jurídica i suport a les decisions atenent als estàndards de drets humans del marc internacional de referència; e) seguiment de la reforma estatal de la legislació civil en curs i anàlisi del seu contingut atenent als estàndards dels criteris de drets humans del marc internacional de referència; f) proposta d'una reforma de l'ordenament civil català en matèria de capacitat jurídica conforme als més alts estàndards reconeguts de drets humans en el marc internacional de referència i a les particularitats de l'ordenament vigent.

2. Marc internacional de referència per a les persones amb discapacitat

2.1. Antecedents jurídics i teòrics: del model mèdic al model social

Les persones amb discapacitat han estat oblidades durant molt temps al marc internacional dels drets humans. La Carta Internacional de Drets Humans, formada per la Declaració Universal de Drets Humans (DUDH, 1948), el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals (PIDESC, 1966), el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP, 1966) i els seus Protocols Opcionals, no consideren de forma particular els drets de les persones amb discapacitat. Encara que es tracten de tractats generalistes i que, per tant, apliquen a *tots* els éssers humans, independentment de qualsevol característica individual o grupal, i per tant, també a les persones amb discapacitat, aquests no reconeixen la discriminació històrica i estructural vinculada a la discapacitat.

Els primers instruments de drets humans dedicats a les persones amb discapacitat adopten una perspectiva predominantment mèdica cap a la discapacitat. Tanmateix, hi ha una evolució progressiva als instruments internacionals de drets humans cap a una forma d'entendre i respondre a la discapacitat cada vegada més pròxima al model social, finalment adoptat a la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CDPD)²⁰.

El denominat model mèdic o rehabilitador d'aproximació a la discapacitat és aquell que considera que les limitacions de les persones amb discapacitat per participar a la societat es deuen a la seva funcionalitat reduïda. Es considera, doncs, que la limitació té un origen únicament en la persona, ja sigui per una “disfunció” congènita o adquirida. La perversitat de la “lògica de la rehabilitació”, segons Ferreira²¹, és que per considerar els cossos i ments de les persones

²⁰ Palacios, ob. cit.

²¹ Miguel A. V. Ferreira, 'De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico', *Política y Sociedad*, 47.1 (2010), 45–65, p. 49.

dins la normalitat, aquests han de complir amb certs paràmetres, marcats per la medicina i naturalitzats tant per les pròpies persones amb discapacitat com per la resta de la societat. El sistema jurídic també parteix d'aquests paràmetres al determinar i limitar les possibilitats d'acció d'una persona segons el seu grau de funcionalitat. En conseqüència, la persona afectada es veu sotmesa a la constant persecució de la *normalitat*. En relació amb el reconeixement dels drets, el model mèdic-rehabilitador reconeix la condició de ciutadà i pacient de la persona amb discapacitat i, en efecte, la titularitat dels seus drets, però es prioritza la satisfacció de les necessitats sanitàries de la persona, entenent que és la plena rehabilitació la que li proporcionarà un accés real a l'exercici dels drets²². Pel contrari, si la persona no assoleix el nivell de funcionalitat considerat "normal", es prioritza la protecció social, les institucions "especials" i es justifica la restricció o limitació en l'exercici d'alguns drets, particularment per a les persones amb discapacitat mental o intel·lectual. Així, el model mèdic-rehabilitador perpetua una visió que infravalora les persones amb discapacitat i un model de segregació i dependència.

En canvi, el model social, que té el seu origen filosòfic-polític en el Moviment de Vida Independent (MVI) dels Estats Units i Anglaterra dels anys 70²³, parteix de la distinció entre "deficiència" i "discapacitat" i entre "autonomia" i "independència", assimilats pel model mèdic. Segons el model social, la "deficiència" es refereix als aspectes orgànics-funcionals quan aquests no funcionen segons els paràmetres normatius establerts. En canvi, la "discapacitat" es refereix a les limitacions en la igual participació a la societat de les persones amb diversitat funcional conseqüència d'un entorn que no té en consideració les seves necessitats i que reproduïx relacions discapacitants. És a dir, des del model social s'entén que el que limita la igual participació de les persones amb discapacitat a la societat no és únicament la seva "disfunció" o

²² Patricia Cuenca, *Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad*, Papeles el tiempo de los derechos (Madrid, 2011).

²³ Els fonaments filosòfics i polítics del model social s'originen a Estats Units i Anglaterra per persones amb discapacitat física que s'organitzen en el denominat Moviment de Vida Independent (MVI). El 1970 Ed Roberts, estudiant amb discapacitat física severa, impulsa l'adopció del Programa per Estudiants amb Discapacitat Física a la Universitat de Berkeley, i més endavant naixerien els Centres de Vida Independent (CVI), amb la finalitat de construir xarxes de recolzament entre iguals, mitjançant l'autogestió i l'assessorament des de l'experiència pròpia.

diversitat funcional, sinó la interacció d'aquesta amb les barreres socials i de l'entorn. En definitiva, la discapacitat s'entén com una qüestió d'opressió i d'injustícia.

En oposició al discurs normatiu i individualitzador del model mèdic, el model social es caracteritza per la reivindicació de la igualtat en l'exercici dels drets i busca la transformació de l'entorn i les pràctiques socials per a l'eliminació de les barreres que exclouen a les persones amb discapacitat. A nivell de drets, el model social prioritza el reconeixement de la igualtat i l'exercici dels drets, independentment de les habilitats funcionals de la persona; la lluita contra la discriminació, l'estigma i els prejudicis, també mitjançant l'adopció de legislació antidiscriminatòria; i l'apoderament de les persones amb discapacitat mitjançant el control i gestió sobre les seves pròpies vides²⁴.

La primera vegada que es reconeix la discapacitat com una condició sospitosa de discriminació en un instrument internacional vinculant de drets humans és a l'article 2 de la Convenció sobre els Drets dels Infants (1989). La resta de tractats internacionals específics de drets humans previs a la CDPD han ignorat la qüestió de la discapacitat, el que posa de relleu la tendència històrica a entendre la discapacitat des d'una visió reduccionista que ressalta una única dimensió de la persona.

El 1971 es va adoptar la Declaració dels Drets de les Persones Retardades Mentals i el 1975 la Declaració dels Drets de les Persones Discapacitades. Ambdós instruments perpetuaven una visió reduccionista de la persona amb discapacitat posant el focus en qüestions de prevenció i rehabilitació. A partir dels anys 80, elements propis del model social es van introduir paulatinament a l'esfera dels drets humans en l'àmbit de la discapacitat amb un creixent interès per la visibilització dels drets de les persones amb discapacitat. El 1981 es proclama l'any de les Persones amb Discapacitat a Nacions Unides, amb la consigna "plena participació i igualtat"²⁵ i l'any següent es proclama la Dècada

²⁴ Per a conèixer més sobre el model social, *Vid.*, Palacios, ob. cit.

²⁵ Resolució de l'Assamblea General 31/123, *International Year of Disabled Persons*, Doc. A/RES/36/77, (8 de desembre de 1981), a: <http://www.un.org/en/documents> (últim accés 19 d'abril de 2019).

de Nacions Unides per a les Persones amb Discapacitat i s'adopta el Programa Mundial d'Acció referent a les Persones amb Discapacitat que introdueix la igualtat d'oportunitats com un dels tres eixos de treball principals, junt amb la prevenció i la rehabilitació.

El 1993 s'aproven les Normes Uniformes sobre la igualtat d'oportunitats de les persones amb discapacitat a Nacions Unides (Normes Uniformes d'ara endavant) i el 1994 el Comitè del PIDESC dedica l'Observació General nº 5 (OG-5) als drets d'aquest col·lectiu, reconeixent la discapacitat com una condició sospitosa de discriminació. Tot i això, la OG-5, en la línia de les Normes Uniformes, encara no adopta una perspectiva plenament social cap a la discapacitat, combinant una visió de les persones amb discapacitat com objectes d'atenció de polítiques social i com a subjectes de drets. Tanmateix, la OG-5 reconeix la desigualtat estructural del col·lectiu i la necessitat d'un tractament preferencial per aconseguir la plena participació i la igualtat, incloent la necessitat d'acabar amb la discriminació, d'aconseguir igualtat d'oportunitats i de transformar les actituds socials²⁶.

Hi ha tres documents internacionals clau que propulsen l'elaboració final de la CDPD, segons coincideixen les expertes Lidón Heras y Palacios²⁷: a) l'informe del Relator Especial (RE) Leandro Despouy (1991); b) l'informe del Relator Especial (RE) Bengt Lindqvist; i c) l'informe dels experts Gerard Quinn i Theresa Degener (2002).

Els informes dels RE Despouy i Lindqvist posen èmfasi en els determinants socials de la discapacitat i en la qüestió de la discriminació subjacent a la

²⁶ Pel que fa al cos normatiu dedicat a les persones amb discapacitat al sistema regional europeu de drets humans, aquest està compost per un conjunt de normativa no vinculant (*soft law*), que s'inicia el 1992 amb la Recomanació N° R (92) 6 del Comitè de Ministres sobre una política coherent per a la rehabilitació de les persones amb discapacitat i que, de forma similar al que passa al marc del sistema internacional de Nacions Unides, va introduint progressivament elements del model social als nous instruments, fins a l'Estratègia 2017-2023 sobre Discapacitat del Consell d'Europa on es reconeix la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat de Nacions Unides com el marc de referència en aquesta matèria.

²⁷ Leonor Lidón Heras, *La discapacidad en el espejo y en el cristal: Derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia, Artículo 8 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Un camino previo por recorrer* (Madrid: Grupo Editorial Cinca, 2016); Palacios, ...ob. cit.

desigualtat que pateix el col·lectiu²⁸. L'informe de Quinn i Degener conclou que la protecció del sistema general de drets humans és insuficient per a les persones amb discapacitat i que hi ha un suport creixent per a l'adopció d'una Convenció específica, tant des de les organitzacions que representen al col·lectiu com per part dels Estats²⁹. Finalment, el 2002 es crea un Comitè *Ad Hoc* (CAH, en endavant) que comença el procés de negociació del tractat, amb una participació de la societat civil organitzada sense precedents³⁰. El desembre de 2006 s'aprova la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CDPD).

2.2. La Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat

2.2.1. Introducció

La Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CDPD) s'adopta el 13 de desembre de 2006 convertint-se així, segons Kofi Annan³¹, en el tractat internacional de drets humans negociat més ràpid de la història del dret internacional. També és el primer en el que els moviments socials transnacionals actuen com a agents imprescindibles de la negociació i defineixen el seu resultat final³². El 3 de maig de 2008 el tractat entra en vigor i el setembre de 2019, 180 Estats l'han ratificat i 96 han ratificat el seu Protocol

²⁸ Leandro Despouy, *Report of the Special Rapporteur on the Subcommission on Prevention for Discrimination and Protection of Minorities: Human Rights and Disabled Persons*, Human Rights Study Series (1014-5680); Bengt Lindqvist, *Final Report of the Special Rapporteur of the Social Development Commission on the Activities of Monitoring the Implementation of the Standard Rules of Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities during Its Third Mandate 2000-2002* (E/CN.5/2002/4) 2002.

²⁹ Gerard Quinn *et al*, *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability* (New York & Geneva, 2002).

³⁰ Maya Sabatello i Marianne Schulze, *Human Rights & Disability Advocacy*, ed. per Maya Sabatello i Marianne Schulze (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014).

³¹ Declaracions del Secretari General de Nacions Unides, Kofi Annan, el dia de l'aprovació de la CDPD. Veure a: <https://www.un.org/press/en/2006/sgsm10797.doc.htm> (últim accés 19 de setembre de 2019).

³² Per a conèixer més sobre el procés de negociació, llegir: Lidón Heras,...ob. cit; o Palacios,...ob. cit.

Opcional, convertint-se així en un dels tractats de drets humans amb més membres.

La CDPD és, també, el primer tractat internacional de drets humans que adopta el model social de la discapacitat. Aquest es plasma tant en el preàmbul com en la definició que recull l'article 1 del text sobre les persones amb discapacitat:

(...) la discapacitat és un concepte que evoluciona i que resulta de la interacció entre les persones amb deficiències i les barreres degudes a l'actitud i a l'entorn que eviten la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb les altres;

La conceptualització del model social a la CDPD implica que aquest es converteix en model de referència en l'enfocament de drets humans en matèria de discapacitat. Així, els Estats que el ratifiquin hauran d'incorporar també aquesta perspectiva a les seves legislacions i polítiques. Però la CDPD no és només un instrument inèdit pel que fa al nou paradigma que introdueix en discapacitat, sinó que també innova en aspectes formals i materials.

Pel que fa als aspectes formals de la Convenció, aquesta trenca amb molts dels formalismes d'anteriors tractats. Segons Mégret³³:

- i. El reconeixement de la discriminació estructural que pateix el col·lectiu i dels obstacles a l'exercici dels seus drets, té un efecte en la forma com els drets estan formulats en el tractat. Es persegueix obligar tant positiva com negativament als Estats: no és suficient prevenir la interferència en els drets, sinó que cal prendre accions positives per assegurar la titularitat i el seu exercici efectiu.
- ii. Es supera la divisió tradicional dels tractats en drets civils i polítics, per una banda, i econòmics, socials i culturals, per altra. La interconnexió entre tots els drets és un element evident en les qüestions de discapacitat, que el tractat posa de relleu ignorant la tradicional divisió

³³ Frédéric Mégret, 'The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights', *The International Journal of Human Rights*, 12.2 (2008), 261–78.

entre aquests dins el cos del tractat, així com trencant amb l'evident prioritització dels drets relacionats amb les qüestions de benestar social que feien anteriors instruments dedicats a la discapacitat.

- iii. Es persegueix transcendir la divisió entre allò públic i allò privat. Malgrat que les normes internacionals de drets humans estan enfocades a establir límits i obligacions als Estats en les seves relacions amb les persones, en l'àmbit de la discapacitat la dicotomia públic-privat és difusa. A mode d'exemple, la major part de l'assistència que reben les persones és a casa o en entorns privats i és també en aquesta esfera on, moltes vegades, tenen lloc les vulneracions dels drets. Així, de forma subtil, el tractat introdueix elements que impulsen la intervenció i/o el control en àmbits privats. Per exemple, preveu promoure la conscienciació, *inclosa a nivell familiar* (art. 8); o procurar que no hi hagi explotació, violència i abús, *tant dins com fora de la llar* (art. 16).

Pel que fa al seu contingut, i més enllà de les novetats en matèria d'igualtat i capacitat jurídica que donen peu a aquest estudi i que s'exposaran tot seguit, la CDPD és un tractat híbrid on es reconeixen drets substantius i on s'adopta una perspectiva de no-discriminació transversal al llarg de tot el cos del tractat. La CDPD reafirma els drets de les persones amb discapacitat, ja reconeguts en anteriors tractats a *totes* les persones (ex., el dret a la integritat, el dret a l'accés a la justícia, el dret a la llibertat, el dret a estar lliure de tortura i tractes degradants, el dret a la salut, el dret a l'educació, etc.), a través de l'aplicació transversal del principi d'igualtat i de no-discriminació, que implica interpretar-los de tal forma que també puguin ser exercits per les persones amb discapacitat.

Segons l'Alt Comissionat pels Drets Humans de les Nacions Unides (ACDH), la Convenció no crea "nous drets", sinó que expressa els que ja existeixen de forma que puguin ser exercits en les situacions específiques de les persones

amb discapacitat i clarifica les obligacions de l'Estat en aquest sentit³⁴. La CDPD suposa, en paraules de Mégret³⁵, una “pluralització” dels drets humans que reflecteix la pluralitat humana. Si bé els drets humans han de ser garantits a totes les persones de forma universal, aquests han d'adaptar-se, tant en la formulació com en la delimitació del seu abast, a l'experiència humana individual. En el cas de les persones amb discapacitat, per a poder exercir molts drets i superar les barreres de la desigualtat estructural que pateixen cal satisfer algunes condicions prèvies. L'accessibilitat es converteix, així, en una noció imprescindible i nuclear pel real exercici dels drets.

2.2.2. L'igual reconeixement de la capacitat jurídica

2.2.2.1. Introducció al nou paradigma de l'article 12

La CDPD reconeix la igualtat com un valor (preàmbul i art. 1), un principi informador (art. 3) i un dret (art. 5). El reconeixement de la igualtat no només com un dret substantiu, sinó també com un valor i un principi transversal del tractat, implica interpretar totes les disposicions a través de les lents de la igualtat i la no-discriminació per raó de discapacitat i el reconeixement de la diferència i l'igual valor de totes les necessitats.

El Comitè de Drets de les Persones amb Discapacitat (CoDPD o Comitè, en endavant), l'òrgan de supervisió de la implementació de la Convenció,

³⁴ United Nations High Commissioner for Human Rights. (2007). Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on progress in the implementation of the recommendations contained in the study on the human rights of persons with disabilities [Informe de l'Alt Comissionat de les Nacions Unides pels Drets Humans sobre el progrés de la implementació de les recomanacions de l'estudi sobre drets humans de les persones amb discapacitat].

Per altra banda, una part de la doctrina considera que sí que es reconeix algun dret “nou”. Seria el cas de l'article 19 de la CDPD, que fa referència al dret a la vida independent i a la plena inclusió a la comunitat, que té un contingut essencial diferent al de la resta de drets, pel que es podria considerar un nou dret subjectiu. *Vid.*, Rafael de Asís, *Sobre discapacidad y derechos* (Madrid: Dykinson, 2013).

³⁵ Mégret. ob. cit, p. 23.

denomina *igualtat inclusiva* a la perspectiva d'igualtat de la CDPD. Segons el Comitè, aquest model engloba³⁶:

a) una dimensió redistributiva justa per enfrontar els desavantatges socioeconòmics; b) una dimensió de reconeixement per combatre l'estigma, els estereotips, els prejudicis i la violència, i per reconèixer la dignitat dels éssers humans i la seva interseccionalitat; c) una dimensió participativa per a reafirmar el caràcter social de les persones com a membres de grups socials i el reconeixement ple de la humanitat mitjançant la inclusió en la societat; i d) una dimensió d'ajustos per a donar cabuda a la diferència com a aspecte de la dignitat humana.

Per atendre a totes aquestes dimensions de la igualtat cal un reconeixement previ de la persona amb discapacitat com un igual, en tots els aspectes de la vida.

La consciència de l'impacte de l'imperialisme cultural sobre el col·lectiu de persones amb discapacitat desencadena el debat, durant les negociacions del tractat, sobre la forma com la capacitat jurídica està construïda i sobre com hauria d'estar-ho. Així, el reconeixement de la capacitat jurídica universal es constitueix com una de les peticions innegociables de les organitzacions civils de representants de persones amb discapacitat, però també com un dels temes més controvertits i amb menys consensos³⁷. Finalment, i després que les fortes divergències sobre aquesta qüestió posessin en perill tot el procés de negociació³⁸, es va adoptar l'article 12 sobre l'igual reconeixement com a persona davant la llei, tal i com llegeix avui:

³⁶ Comitè sobre els drets de les persones amb discapacitat, *Observación General Núm. 6 (2018) Sobre la igualdad y la no Discriminación*, CRPD/C/GC/., para. 11.

³⁷ Anna MacQuarry and Connie Laurin-Bowie, 'Our Lives, Our Voices: People with Intellectual Disabilities and Their Families', en *Human Rights & Disability Advocacy*, ed. per Maya Sabatello and Marianne Schulze (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014), pp. 25–44.

³⁸ Durant la cinquena sessió del Comitè Ad Hoc sobre una Convenció Internacional Comprensiva i Integral sobre la Protecció dels Drets i Dignitat de les Persones amb Discapacitat (Comitè Ad Hoc, en endavant), de 26 de gener de 2005, Xina, Rússia i el Grup Àrab van pressionar per introduir una nota declarativa a peu de pàgina sobre l'article 12. Aquesta nota consistia en un aclariment terminològic que en xinès, rus i àrab, la capacitat jurídica inclou la capacitat de se titular de drets, però no l'habilitat d'exercir-los. Finalment,

Article 12

Igual reconeixement com a persona davant la llei

1. Els estats part reafirmen que les persones amb discapacitat tenen dret a tot arreu al reconeixement de la seva personalitat jurídica.
2. Els estats part reconeixen que les persones amb discapacitat tenen capacitat jurídica en igualtat de condicions amb les altres en tots els aspectes de la vida.
3. Els estats part han d'adoptar les mesures pertinents per proporcionar a les persones amb discapacitat accés al suport que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica.
4. Els estats part han d'assegurar que en totes les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica es proporcionin salvaguardes adequades i efectives per impedir els abusos de conformitat amb el dret internacional en matèria de drets humans. Aquestes salvaguardes han d'assegurar que les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica respectin els drets, la voluntat i les preferències de la persona, que no hi hagi conflicte d'interessos ni influència indeguda, que siguin proporcionals i adaptades a les circumstàncies de la persona, que s'apliquin en el termini més curt possible i que estiguin subjectes a exàmens periòdics fets per una autoritat o un òrgan judicial competent, independent i imparcial. Les salvaguardes han de ser proporcionals al grau en què aquestes mesures afectin els drets i els interessos de les persones.
5. Sense perjudici del que es disposa en aquest article, els estats part han de prendre totes les mesures que siguin pertinents i efectives per

després de pressions del *lobby* dels moviments de representants de persones amb discapacitat i el suport d'alguns Estats com Canadà i Austràlia, es va optar per no introduir la nota.

Veure a: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoccom.htm> (last accessed 16 march 2019), (últim accés 25 d'octubre de 2019).

garantir el dret de les persones amb discapacitat, en igualtat de condicions amb les altres, a ser propietàries i heretar béns, controlar els seus propis assumptes econòmics i tenir accés en igualtat de condicions a préstecs bancaris, hipoteques i altres modalitats de crèdit financer, i han de vetllar perquè les persones amb discapacitat no siguin privades dels seus béns de manera arbitrària.

Al marc del dret internacional dels drets humans trobem altres disposicions que reconeixen o reafirmen la igualtat davant la llei en matèria de capacitat jurídica. En aquest sentit, l'article 26 del PIDCP estableix que: "Tothom és igual davant la llei i té el dret, sense cap discriminació, a igual protecció de la llei. (...)". També l'article 15 del Conveni per a l'eliminació de totes les formes de Discriminació contra les Dones (CEDAW, sigles en anglès), obliga els Estats Parts a reconèixer:

(...) a la dona, en matèries civils, una capacitat jurídica idèntica a la de l'home i les mateixes oportunitats per a l'exercici d'aquesta capacitat. En particular, reconeixeran a la dona iguals drets per signar contractes i administrar béns i li dispensaran un tracte igual en totes les etapes del procediment als tribunals de justícia.

Aquesta disposició és similar a les previstes per el segon i cinquè paràgraf de l'article 12 de la CDPD. Però el CEDAW també estableix que qualsevol mesura o instrument privat que tendeixi a limitar la capacitat jurídica de la dona es considerarà nul, i, en canvi, no hi ha cap disposició similar al marc de la CDPD. En aquesta línia, mentre que no hi va haver discussió al voltant de l'abast del concepte de la "capacitat jurídica" pel que fa a la consideració de la igualtat en relació a les dones, l'article 12 de la CDPD ha desencadenat prolífica literatura i divergències sobre, per una banda, l'abast del reconeixement de la capacitat jurídica, i per l'altra, la delimitació de les figures de suport a l'exercici de la capacitat que reconeix la mateixa disposició i que no tenen un referent en altres instruments internacionals.

L'article 12.3 reconeix una obligació dels Estats de proporcionar accés a les mesures de suport necessàries per a l'exercici de la capacitat. Aquesta obligació deriva d'una comprensió de la igualtat que reconeix la diferència i l'igual valor de totes les diversitats i necessitats, així com de l'adopció del model social de comprensió de la discapacitat. En aquest marc, les diferències en les habilitats i capacitats de la persona no són una raó que pugui justificar restringir l'exercici dels drets i substituir la persona en la seva presa de decisions mitjançant la imposició de certes institucions, sinó que impliquen una obligació dels Estats de proporcionar accés a les mesures de suport per a l'exercici de la capacitat. Aquesta va ser, també, una petició de les organitzacions en defensa dels drets de les persones amb discapacitat que van participar a les negociacions de la CDPD:

Les persones poden necessitar suport en la presa de decisions i algunes persones poden necessitar un alt nivell de suport, però això no significa que una persona hagi de ser exclosa. És possible proveir assistència sense desposseir o limitar els drets de la persona (WNUSP, 3a sessió del CAH, 2004, traducció pròpia).

Al centre del denominat *canvi de paradigma* o *nou paradigma* que introdueix la Convenció, la màxima expressió del qual es troba a l'article 12, hi ha la necessària reconceptualització de la capacitat jurídica i la capacitat d'obrar, a través de la filosofia del model social i de l'aplicació del principi d'igualtat i no-discriminació que inclou la provisió de suports per a l'exercici de la capacitat. El nou paradigma de la igualtat en el que es basa la CDPD implica transcendir els límits imposats pel *dogma de les capacitats* i transformar la manera com s'ha definit el subjecte de drets, fins al moment marcat per una idea de la persona autònoma i racional segons uns paràmetres marcats pel saber mèdic i un ideal normatiu, i que, per tant, exclouen a tots aquelles que no satisfan aquestes qualitats ideals. És a dir, el paradigma de l'article 12 implica abandonar la teoria clàssica sobre la capacitat d'actuar en el dret que entén que aquesta es pot restringir segons les capacitats de la persona.

En definitiva, l'article 12 problematitza tota mesura de substitució a les decisions imposada per raó de discapacitat, entre les quals la institució de la

incapacitació i les mesures de protecció derivades d'aquesta, com la tutela i la curatela, al considerar que atempten contra l'igual reconeixement i són discriminatòries. La satisfacció de la igualtat per a les persones amb discapacitat en matèria de capacitat jurídica implica tenir accés a suports per a l'exercici d'aquesta capacitat i que no es pugui limitar la capacitat d'obrar de la persona per raó de la diversitat en les capacitats³⁹.

2.2.2.2. L'article 12 en relació amb la resta de la Convenció

Abans d'entrar a analitzar en més detall els elements clau de l'article 12 i les reformes que implica en l'ordenament civil, la connexió d'aquesta disposició amb la resta de drets reconeguts a la Convenció mereix una menció.

Com qualsevol altre disposició de la CDPD, l'article 12 no pot ser llegit de forma aïllada. Per una banda, cal interpretar-lo atenent al propòsit de la Convenció, que és el de "promoure, protegir i assegurar el gaudi ple i en condicions d'igualtat de tots els drets humans i llibertats fonamentals per totes les persones amb discapacitat, i promocionar el respecte de la seva dignitat inherent" (art. 1). Per altra banda, requereix ser interpretat segons la filosofia del model social que inspira el text i segons els principis de l'article 3:

- a) El respecte de la dignitat inherent, l'autonomia individual, inclosa la llibertat de prendre les pròpies decisions, i la independència de les persones;
- b) La no-discriminació;
- c) La participació i la inclusió plenes i efectives a la societat;
- d) El respecte per la diferència i l'acceptació de les persones amb discapacitat com a part de la diversitat i la condició humanes;
- e) La igualtat d'oportunitats;

³⁹ En aquest estudi es prefereix la utilització del terme *diversitat funcional a dèficit*, amb la intenció d'evitar la càrrega negativa evident en el segon.

- f) L'accessibilitat;
- g) La igualtat entre l'home i la dona;
- h) El respecte a l'evolució de les facultats dels nens i les nenes amb discapacitat i al seu dret a preservar la seva identitat.

Cal fer notar que els principis jurídics que han d'orientar tota interpretació del tractat han estat normativitzats en una disposició pròpia, dotant-los així de força executiva i supeditant-hi tot l'articulat. Entre aquests principis destaquen les diferents expressions de la igualtat: la no-discriminació, el respecte per la diferència i la diversitat, la igualtat d'oportunitats i el tipus específic d'igualtat entre l'home i la dona. El caràcter de tractat híbrid de la Convenció que ressalta la lectura de la no-discriminació de forma transversal en l'aplicació de tots els drets és evident, tant en la llista de principis, com en el fet que els conceptes d'igualtat i no-discriminació es repeteixen múltiples vegades al llarg de l'articulat, essent els termes més mencionats. Tots els drets han de ser reafirmats o reconeguts per a les persones amb discapacitat *en igualtat d'oportunitats i/o en igualtat de condicions amb els altres*, sense discriminació per raó de discapacitat. També el reconeixement de la capacitat jurídica i el seu exercici.

El mandat de l'article 12 és un dret substantiu a la igualtat formal (igual reconeixement com a persona davant la llei) que només es pot fer efectiu tenint en compte les diferències. Atenent al propòsit, principis i filosofia del tractat, l'article 12 ha de ser entès també com un dret instrumental que actua en relació amb la resta de drets, doncs atorga a les persones amb discapacitat la facultat de poder exercir la resta de drets segons la pròpia voluntat i preferències, amb la "llibertat de prendre les pròpies decisions". És a dir, des de la comprensió de la diversitat funcional com un valor, una font de drets i no una justificació per a la restricció dels drets. En aquest sentit, el mandat d'igualtat formal a l'igual reconeixement com a persona davant la llei i el reconeixement de la capacitat jurídica en igualtat de condicions, inclou l'adopció d'aquelles mesures de suport pertinents perquè totes les persones amb discapacitat que ho desitgin puguin

exercir la seva capacitat jurídica en igualtat d'oportunitats; per tant, inclou un mandat d'igualtat fonamentat en la no-discriminació.

Alguna doctrina apunta a que l'article 12 fa únicament referència a aquells actes amb efectes legals⁴⁰. Pel contrari, si bé els actes que tenen conseqüències jurídiques són els que posen més conflictes a la doctrina, per les persones amb certes discapacitats, en particular amb discapacitats intel·lectuals, psicosocials, cognitives o físiques severes, les barreres a la presa de decisions tenen lloc tant per a l'exercici d'actes amb efectes jurídics com per a l'exercici d'actes que jurídicament són poc significants, com per exemple decidir quina roba vestir o què menjar. Les barreres a aquest tipus de decisions tenen lloc, sovint, en espais institucionalitzats, però no únicament. La interpretació holística de l'article 12 en conjunció amb la resta del text ens obliga a no limitar el suport a la presa de decisions a l'exercici d'actes amb efectes legals, pel que també s'haurà de prestar atenció, encara que no és objecte d'aquest estudi, a aquells suports formals i informals que són necessaris per a l'exercici de la resta de drets. Una decisió que pot semblar trivial, com per exemple escollir àpats o roba, forma part de la conformació i expressió d'una identitat.

L'exercici de la capacitat jurídica és una qüestió d'implicació activa en l'exercici de tots els drets i obligacions, però també una qüestió de decidir quin grau d'interferència permetem en els nostres drets i espais de llibertat. Així, la capacitat jurídica "permet a les persones esculpir el seu univers legal" i "obrir zones de llibertat personal"⁴¹. Per tant, el suport a la presa de decisions que preveu l'article 12.3, i que s'abordarà tot seguit en més profunditat, està vinculat a l'exercici d'actes amb efectes jurídics, però també a aquelles accions que, malgrat no estar directament relacionades amb actuacions jurídiques, constitueixen un exercici de drets. Retornant a l'exemple citat anteriorment,

⁴⁰ Anna Arstein-Kerslake y Eilionóir Flynn, 'The Right to Legal Agency: Domination, Disability and the Protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities', *International Journal of Law in Context*, 13.01 (2017), 22–38; Cliona de Bhailís and Eilionóir Flynn, 'Recognising Legal Capacity: Commentary and Analysis of Article 12 CRPD', *International Journal of Law in Context*, 13.01 (2017), 6–21.

⁴¹ Gerard Quinn, 'Personhood and Legal Capacity', a *HPOD Conference in Harvard Law School* (Cambridge, 2010), p. 10 (traducció pròpia).

escollir àpats i roba formaria part de l'exercici al dret a la vida independent, entre d'altres decisions més transcendents, com decidir amb qui i on viure (art. 19 CDPD). Altres drets directament relacionats amb l'article 12 són:

- a) El dret d'accés a la justícia (art. 13): Per l'efectiva satisfacció del dret d'accés a la justícia cal reconèixer la capacitat processal de la persona; és a dir, la capacitat de ser part en el procés, també de la legitimació activa, una facultat que sovint és negada quan es restringeix la capacitat d'obrar. En aquest sentit, per a la satisfacció material d'aquest dret caldrà reconèixer els suports i ajustos necessaris per a superar les barreres que operen al marc dels processos judicials i en els àmbits relacionats.

- b) El dret a la llibertat (art. 14): El respecte per la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat en igualtat de condicions a les altres inclou el respecte pel dret a la llibertat i a la seguretat de les persones. La restricció de la capacitat d'obrar que es produeix en els processos d'incapacitació (denominats també processos de modificació de la capacitat d'obrar)⁴², va acompanyada sovint d'un ingrés en institucions en contra de la voluntat de la persona. Aquesta pràctica constitueix una privació arbitrària de la llibertat i viola els articles 12 i 14 de la Convenció, tal com apunta el Comitè⁴³. De totes maneres, també es produeix una violació de l'exigència d'igualtat en la capacitat jurídica quan es permet una privació de llibertat en contra de la voluntat de la persona per raó de la seva discapacitat, constituint una negació *de facto* de la seva capacitat d'obrar i de prendre decisions, independentment de si es duu a terme mitjançant un procés d'incapacitació, o no.

⁴² Els termes incapaç i incapacitació passen a denominar-se "persones amb la capacitat judicialment modificada" i "processos de modificació de la capacitat d'obrar" a partir de la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària (BOE-A-2015-7391). Tanmateix, en aquest estudi s'utilitza la denominació tradicional "incapacitació" per una doble raó: per una banda, aquesta no ha estat suprimida de tots els textos jurídics ni dels pronunciaments judicials, com correspondria, per altra banda, el canvi terminològic no ha afectat l'essència de la institució, que segueix constituint una negació de la capacitat d'obrar de la persona i la connotació negativa de la qual s'expressa

⁴³ Comitè sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ob. cit.

La Relatora Especial (RE) en discapacitat Catalina Devandas afirma a l'Informe de 2019, un estudi temàtic dedicat al dret a la llibertat⁴⁴, que hi ha certes formes de privació a la llibertat que són específiques per a les persones amb discapacitat, entre les quals les detencions en instal·lacions dedicades a l'atenció a la salut mental, tant per terminis curts o llargs, així com les diverses formes d'institucionalització. Així mateix, la RE reafirma la vinculació d'aquestes formes de privació amb l'article 12, senyalant la negació de la capacitat jurídica com una causa i efecte de la privació de llibertat. Aquestes formes específiques de privació de llibertat i el dret a no ser privat de la llibertat de forma arbitrària per raó de discapacitat connecta amb molts altres drets que són limitats a la pràctica durant una privació de llibertat, com el dret a la privacitat (art. 22), el dret a la integritat física i psíquica (art. 17), el dret a la participació a la vida cultural, les activitats recreatives, l'esplai i l'esport (art. 30), el dret a la vida independent (art. 19), el dret a la llar i a la família (art. 23) o el dret a la salut (art. 25).

- c) El dret a la salut (art. 25): La restricció de la capacitat jurídica i d'obrar, així com les diferents formes de privació de llibertat, estan directament vinculades amb l'exigència del dret a la salut. La imposició de diferents formes de substitució a les decisions moltes vegades es justifica atenent al criteri del *millor interès* per la salut i el benestar de la persona que es considera incompetent per a cuidar-se ella mateixa. Tant la incapacitació com l'ingrés involuntari sovint vas acompanyats d'intervencions mèdiques forçoses. Més enllà de la subjectivitat implícita en el criteri interpretatiu del millor interès, sobre el que retornarem en els següents apartats, l'article 25.d) exigeix que la prestació de l'atenció i tota intervenció mèdica en la persona estigui basada en el consentiment lliure i informat, també per a les persones ateses pels professionals de la

⁴⁴ Catalina Devandas, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2019 (A/HRC/40/54).

salut mental⁴⁵, àmbit en el que sovint s'ignora aquest dret, *de lege* i *de facto*. Sota criteris èticament qüestionables, com el denominat “privilegi terapèutic”, es converteix en regla general l'excepció al consentiment informat prevista a la norma⁴⁶. Més enllà que cal qüestionar-se els beneficis de l'aplicació de pràctiques sanitàries coercitives, des d'una perspectiva estricta de drets cal tenir en compte que aquestes poden constituir violacions del dret a la integritat, tractes inhumans, cruels i degradants o tortura, tal com han apuntat els Relators Especials J. E. Méndez (2013) i M. Nowak (2008)⁴⁷.

En definitiva, l'article 12 protegeix a les persones amb discapacitat contra tota limitació o restricció en l'exercici dels drets per raó de discapacitat. És a dir, tota mesura imposada de substitució a les decisions que restringeixi l'exercici dels drets per raó de discapacitat constitueix un acte de discriminació, prohibit expressament a l'article 5 (sobre igualtat i no-discriminació), i contrari a l'article 12. Segons la definició de “discriminació per motius de discapacitat” emprada per la mateixa Convenció (art. 2), s'entén per discriminació:

(...) qualsevol distinció, exclusió o restricció per motius de discapacitat que tingui el propòsit o l'efecte d'obstaculitzar o deixar sense efecte el reconeixement, el gaudi o l'exercici, en igualtat de condicions, de tots els drets humans i llibertats fonamentals en els àmbits polític, econòmic, social, cultural, civil o d'un altre tipus. Inclou totes les formes de discriminació, entre d'altres, la denegació d'ajustos raonables.

⁴⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), ob. cit.

⁴⁶ El denominat “privilegi terapèutic” és la potestat del metge o metgessa de decidir quan, degut a l'estat del pacient i al seu pronòstic, és millor ocultar-li informació que, pel contrari, el professional considera que podria perjudicar-lo més que beneficiar-lo. Aquest criteri no està previst de forma específica per a la legislació espanyola com una possible excepció al consentiment informat, però és utilitzat a la pràctica de forma freqüent pels professionals de la salut com un argument per a justificar la provisió d'escassa informació als pacients en psiquiatria. *Vid.*, Pablo Simón Lorda y Luis Concheiro Carro, 'El consentimiento informado: teoría y práctica', *Medicina Clínica*, 100.17 (1993), 659–63.

⁴⁷ Juan E. Méndez, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 2013, (A/HRC/22/5); Manfred Nowak, *Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 2008, (A/63/175).

Per a eliminar les barreres d'accés a l'exercici dels drets algunes obligacions primàries inclouen prendre mesures d'accessibilitat i disseny universal (art. 9), o accions per a combatre l'estigma i altres estereotips (art. 8), que constitueixen barreres actitudinals a l'igual reconeixement de les persones i operen com obstacles *de facto* a l'exercici dels drets. Però, a més la CDPD amplia la definició clàssica de discriminació, en la que aquesta es produeix per un tracte diferencial i perjudicial basat en la diferència de la discapacitat, tant si aquest tracte té aquest objectiu o simplement aquest resultat (discriminació *directa* o *indirecta*), per comprendre que també la denegació d'ajustos raonables o la denegació d'accés als suports a l'exercici de la capacitat que una persona pugui necessitar constitueixen supòsits de discriminació, pel que es reforcen les obligacions de l'Estat en relació amb aquestes qüestions. Segons l'article 4, sobre les obligacions generals dels Estats part, aquests es comprometen a:

- a) Adoptar totes les mesures legislatives, administratives i d'una altra índole que siguin pertinents per fer efectius els drets reconeguts en aquesta Convenció;
- b) Prendre totes les mesures pertinents, incloses mesures legislatives, per modificar o derogar lleis, reglaments, costums i pràctiques existents que constitueixin discriminació contra les persones amb discapacitat; (...)

En definitiva, l'aplicació i implementació efectiva de l'article 12 als ordenaments interns obliga a una reforma legislativa de l'ordenament civil en aquelles matèries que regulen de forma directa la qüestió de la capacitat jurídica i les seves restriccions, però també obliga a adoptar totes les mesures pertinents per a derogar i reformar aquelles "lleis, reglaments, costums i pràctiques" que interfereixen en l'exercici i satisfacció del dret a la vida independent, el dret a l'accés a la justícia, el dret a la llibertat i a la seguretat, el dret a la integritat física i psíquica, el dret a la salut, el dret al respecte a la llar i a la família i, en definitiva, en l'exercici de qualsevol dret. En concret, caldrà preveure una reforma profunda en l'àmbit de l'atenció a la salut mental, tractant-se d'un

col·lectiu els drets dels quals han estat especialment descuidats per part del legislador⁴⁸. De totes maneres, atenent al seu objecte, aquest estudi es limita a l'anàlisi i les propostes de reforma al marc de les disposicions de l'ordenament civil que afecten directament la previsió de la regulació de la capacitat jurídica i, en concret, a aquelles mesures i institucions de suport a l'exercici de la capacitat jurídica que exigeix l'article 12.3.

Tot seguit, s'analitza el contingut normatiu i les obligacions que es deriven de l'article 12, segons l'ha interpretat el Comitè de Drets de les Persones amb Discapacitat (Comitè) i tenint en compte el conjunt del text, amb l'objectiu d'identificar les pautes i estàndards que ens serviran d'indicadors per l'anàlisi de la compatibilitat de l'ordenament civil a la CDPD i per a la corresponent proposta de reforma.

2.2.2.3. Contingut i obligacions de l'article 12

Amb l'objectiu de determinar el sentit i l'abast del contingut de les obligacions que es desprenen de l'article 12 s'analitza cada paràgraf de la disposició atenent a les interpretacions fetes pel Comitè, que es complementen quan és necessari amb la doctrina afina a la matèria.

El Comitè dedica la Observació General n°1 (OG-1) a la interpretació i aclariment del contingut i les obligacions que es deriven d'aquest article davant del que considera un "malentès general sobre l'abast exacte de les obligacions dels Estats parts en virtut de l'article 12 de la Convenció"⁴⁹. En el moment d'adopció de la OG-1, el 2014, el Comitè encara no havia revisat tots els informes dels Estat part, tanmateix, ja apreciava una falta de comprensió generalitzada sobre les exigències que es deriven de l'article en qüestió. El 2019, tots els Estat part han estat revisats almenys una vegada però cap d'ells,

⁴⁸ Per llegir més sobre aquesta qüestió: *Vid.*, Maria Àngels Porxas Roig, 'Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: La capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad', *Revista de Derecho Político*, 103, 2018, 355–79.

⁴⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), *ob. cit.*, par. 3 (traducció pròpia).

segons el Comitè, compleix plenament amb el mandat de l'article 12, tampoc aquells països, com Suècia o Alemanya, que ja no preveïen la incapacitació als seus ordenaments civils al moment de ratificar la Convenció⁵⁰. És a dir, que la supressió de la incapacitació no és suficient per a la satisfacció de l'igual reconeixement com a persona davant la llei. De totes maneres, caldrà esperar a conèixer com el Comitè valora aquells Estats que han dut a terme algunes de les reformes legals més recents i disruptives amb el paradigma tradicional com Costa Rica, Perú o Colòmbia⁵¹.

Tot seguit, s'analitza de forma ordenada el contingut normatiu de l'article 12 atenent a la OG-1 per a identificar els estàndards als que s'hauran d'adherir les modificacions legislatives en aquesta matèria.

2.2.2.3.1. La personalitat jurídica

12.1. Els estats part reafirmen que les persones amb discapacitat tenen dret a tot arreu al reconeixement de la seva personalitat jurídica.

Aquest paràgraf reafirma el dret al reconeixement de la personalitat jurídica de les persones amb discapacitat. Pel reconeixement de la capacitat jurídica, i per tant de la persona com a subjecte de drets i obligacions, és indispensable que es garanteixi el reconeixement a la personalitat jurídica de tot ésser humà. Aquesta és, doncs, una condició prèvia necessària per la titularitat i exercici de la resta de drets. Si bé actualment aquest mandat no suposa cap conflicte particular d'interpretació, és conegut que l'adquisició de la personalitat jurídica ha anat evolucionant en cada ordenament segons el context històric i que les persones amb discapacitat n'han estat excloses moltes vegades, una exclusió atribuïda a un aspecte físic o a l'absència, real o presumpta, de certs atributs

⁵⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Suecia, 12 de mayo de 2014, CRPD/C/SWE/CO/1; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Alemania, 13 de mayo de 2015, CRPD/C/DEU/CO/1.

⁵¹ S'analitzen amb més profunditat aquestes reformes a l'apartat 3.2.2.

identificats amb l'ideal de "persona"⁵². Hi ha una vinculació històrica entre la idea de *ser persona* i el fet de tenir certs atributs mentals relacionats amb la intel·ligència i la racionalitat. De fet, l'etimologia de "persona" es construeix al voltant de la idea de la *racionalitat*⁵³.

L'article 12.1 exigeix, doncs, que totes les persones siguin reconegudes com a tal, independentment de les seves capacitats, atributs, estats, aparences, etc., el que deriva en obligacions d'esmenar les legislacions i les pràctiques que neguin aquest reconeixement per raons vinculades a la discapacitat⁵⁴, com per exemple la no inscripció als registres civils dels naixements d'infants amb alguna discapacitat, pràctiques que el Comitè ha identificat en alguns països⁵⁵. De fet, el reconeixement de la personalitat jurídica és reconegut al PIDCP com un dels pocs drets no derogables en èpoques d'emergències públiques (art. 4.2.).

2.2.2.3.2. La capacitat jurídica

12.2. Els estats part reconeixen que les persones amb discapacitat tenen capacitat jurídica en igualtat de condicions amb les altres en tots els aspectes de la vida.

⁵² En alguns ordenaments ha estat necessari obtenir el reconeixement d'un estatus concret, un atribut personal o bé la conversió a una religió determinada per a ser reconegut com a persona davant la llei. A mode d'exemple, al dret romà, els esclaus eren considerats objectes legals, però no subjectes de dret. Al marc de l'ordenament civil espanyol, a la primera versió del Codi civil, el 1889, per a la consideració de la "personalitat" s'exigia, a més del naixement, que el nascut tingués figura humana i un còmput de 24 hores de vida després de la mare.

⁵³ Enrique Arboleya Gómez, 'Sobre la noció de persona', *Revista de Estudios Políticos*, XXII.47 (1949), 104–16.

⁵⁴ Alguns anàlisis posen èmfasis en l'existència d'una forta vinculació entre l'article 12.1 i el dret a la vida reconegut a l'article 10 CDPD. Llegits en conjunció i atenent al principi de no-discriminació, implicaria que les legislacions que preveuen un termini per a la interrupció voluntària de l'embaràs més llarg en el cas que es prevegi una futura discapacitat del fetus, serien contràries a la Convenció i discriminatòries.

⁵⁵ A mode d'exemple, a Perú, el Comitè denuncia que moltes persones amb discapacitat institucionalitzades per llargs períodes o vivint en zones rurals, no tenen documents d'identificació i, en ocasions, no tenen nom. *Id.*, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Perú, 16 de mayo de 2012, CRPD/C/PER/CO/1, par. 22.

La qüestió terminològica al voltant de l'abast de la noció de la "capacitat jurídica" ha liderat part dels arguments de l'oposició a aquesta provisió durant les negociacions del tractat. Com és conegut, no tots els ordenaments legals configuren d'igual forma aquest terme. Els sistemes d'origen continental no diferencien entre la capacitat de ser titular de drets i obligacions i la capacitat d'exercir-los. Sota aquest sistema, "capacitat jurídica" [*legal capacity*] engloba ambdós dimensions: la capacitat de ser titular de drets i la capacitat d'exercir-los. En canvi, als sistemes d'origen romà, es distingeix jurídicament la "capacitat jurídica" (titularitat) de la "capacitat d'obrar" (capacitat d'actuar en dret), la primera és estàtica i només la segona seria restringible per llei en funció d'alguns atributs o estatus particulars, entre els quals la "capacitat d'autogovern" de les persones, que es sol vincular a certes discapacitats.

La OG-1 deixa clar l'abast de la "capacitat jurídica", que la considera un dret inherent a totes les persones que inclou les dues dimensions assenyalades: "La capacitat jurídica significa que totes les persones, incloses les persones amb discapacitat, tenen la capacitat legal i la legitimació per actuar simplement en virtut de la seva condició d'ésser humà"⁵⁶. En conseqüència, continua el Comitè, perquè es compleixi aquest dret s'han de reconèixer les dues facetes, que són inseparables.

L'Informe de l'Alt Comissionat de Nacions Unides pels Drets Humans (ACNUDH) de 2009, dedicat a la interpretació del terme *legal capacity* a la CDPD, arriba a les mateixes conclusions. L'informe en qüestió atén a les regles d'interpretació previstes a la Convenció de Viena del Dret dels Tractats (CVDT)⁵⁷, en concret als criteris d'interpretació ordinària del significat del terme (el que soluciona la qüestió en anglès, però no en espanyol o francès), a la interpretació a la llum de l'objecte i propòsit del tractat, i als treballs preparatoris (art. 32 CVDT), al marc del dret comparat.

⁵⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), ob. cit, par. 14 (traducció pròpia).

⁵⁷ Nacions Unides, Convenció de Viena del Dret dels Tractats, firmada a Viena el 23 de maig de 1969, entra en vigor el 27 de gener de 1980, (Vol. 1155-18233).

Per una banda, com ja s'ha expressat, altres tractats han adoptat anteriorment disposicions similars a aquesta, en especial l'article 15 del CEDAW, entenent que el terme es referia a ambdós dimensions de la capacitat jurídica. Per altra banda, es van produir profunds desacords i discussions durant els treballs preparatoris de l'article que resumeixen les postures i debats que hi ha hagut posteriorment. Mentre que les organitzacions de representants de persones amb discapacitat, aglutinades sota l'*International Disability Caucus* (IDC), van deixar clara la seva postura a favor del dret a la capacitat jurídica universal, aquesta va més difícil d'acceptar per part dels estats, que utilitzaren diferents arguments per oposar-s'hi, entre els quals la restricció lingüística del terme sota els seus respectius ordenaments jurídics⁵⁸. En concret, durant la cinquena sessió del Comitè Ad Hoc sobre una Convenció Internacional Comprensiva i Integral sobre la Protecció dels Drets i Dignitat de les Persones amb Discapacitat (Comitè Ad Hoc, en endavant), de 26 de gener de 2005, Xina, Rússia i el Grup Àrab van pressionar per introduir una nota declarativa a peu de pàgina sobre l'article 12. Aquesta nota consistia en un aclariment terminològic que en xinès, rus i àrab, la capacitat jurídica inclou la capacitat de se titular de drets, però no l'habilitat d'exercir-los. Finalment, després de pressions del *lobby* dels moviments de representants de persones amb discapacitat i el suport d'alguns estats com Canadà i Austràlia, es va optar per no introduir la nota, el que hagués constituït, de fet, un cas únic a la història dels drets humans i una incongruència en sí mateix al marc de la filosofia de la Convenció. De fet, els primers esborranys de l'article preveïen regular la incapacitació i establir garanties al seu ús, mantenint doncs el paradigma tradicional⁵⁹.

⁵⁸ Altres arguments utilitzats per oposar-se al reconeixement de la capacitat jurídica universal durant les negociacions de la Convenció, que es repeteixen en literatura posterior per part dels crítics a la interpretació del Comitè, fan referència a interpretacions ambigües sobre la naturalesa de la incapacitació i els sistemes de tutela, entenent que aquests constitueixen, de fet, formes de suport a la presa de decisions i que, per tant, no estarien restringint la capacitat d'actuar de les persones; o bé a arguments basats en una concepció mèdica-reduccionista de la discapacitat, defensant que cal diferenciar entre diferents tipus de discapacitats i que les persones amb discapacitats mentals, intel·lectuals o cognitives severes poden requerir la limitació de la seva capacitat d'obrar.

⁵⁹ Veure els debats de les negociacions a: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoccom.htm> (last accessed 16 march 2019), (últim accés 25 d'octubre de 2019).

Per tot plegat, l'evolució dels treballs preparatoris, junt amb el posterior anàlisi de l'ACNUDH i la interpretació del Comitè, ens permet afirmar que el sentit usat a l'article 12.2 del terme "capacitat jurídica" inclou el seu ús en la doble dimensió. Tot i el sentit i interpretació que cal fer sobre la capacitat jurídica a l'article 12, aquesta és la provisió amb més declaracions i reserves, les quals fan referència, precisament, al rebuig d'aquesta interpretació sobre la capacitat jurídica. Bariffi identifica tres tipus de declaracions i reserves:

- a) Les restrictives: aquelles que s'oposen frontalment a interpretar que la capacitat jurídica inclou la capacitat d'actuar, oposant-se doncs al canvi de paradigma en matèria de capacitat jurídica i rebutjant que aquest article tingui cap efecte legal al seu ordenament nacional. Aquests són els casos de Síria, Egipte, Kuwait, Polònia i Estònia.
- b) Les moderades: aquelles que aproven el canvi de paradigma però entenen que hi ha situacions excepcionals on no serà possible aplicar-lo i on l'Estat necessita poder aplicar mesures per a limitar la capacitat d'obrar de la persona. Dintre d'aquests estats hi ha alguns dels que van recolzar l'articulat actual, com Canadà, Noruega i Austràlia.
- c) Les indirectes: les reserves indirectes a l'article 12 són aquelles que, malgrat no manifestar una oposició directa a l'article en qüestió, manifesten rebuig a altre disposicions directament relacionades amb aquest, com les que fan referència al consentiment en matèria d'investigació o llibertat.

En definitiva, malgrat que es va acordar un llenguatge neutral a l'article 12.2 en relació amb la capacitat jurídica, aquest ha estat interpretat per molts estats part de forma restrictiva, imposant així la seva interpretació particular sobre una qüestió prèviament negociada i acordada. Des d'una perspectiva estricta de dret internacional, es pot qüestionar la invalidesa de tota reserva a l'article 12, ja que no es poden fer reserves que siguin incompatibles amb l'objecte i el propòsit del tractat (art. 19.c CVDT). En qualsevol cas, i limitant-los al que aquí ens interessa, Espanya no va dur a terme cap declaració o reserva a l'article

12, pel que s'entén, doncs, que reconeix la igual capacitat jurídica de totes les persones amb discapacitat, en tots els aspectes de la vida, i que aquest reconeixement inclou la capacitat d'obrar.

Finalment, cal fer referència a la menció de l'art. 12.3 al reconeixement de la capacitat jurídica "en igualtat de condicions" amb les altres, "en tots els aspectes de la vida". La referència a la igualtat es repeteix al llarg de l'articulat, com s'ha mencionat, per evitar qualsevol discriminació per raó de discapacitat. El Comitè amplia aquest motiu de discriminació, entenent que ni la discapacitat, ni cap element directament vinculat a aquesta, és a dir, ni la "deficiència", ni cap diferència en la competència mental d'una persona, presumpta o real, ni un diagnòstic, poden constituir una raó legítima per a denegar o limitar la capacitat jurídica d'una persona, en cap àmbit de la vida, ni personal ni patrimonial.

Els diferents ordenaments atribueixen incapacitat per a decidir a les persones i, per tant, limiten la seva capacitat jurídica, segons tres criteris⁶⁰: a) En funció d'un diagnòstic o una etiqueta; denominat atribució d'incapacitat per estatus; b) en funció de la valoració dels resultats de les decisions preses per una persona; és a dir per atribució d'incapacitat per resultat; o c) quan després d'una avaluació funcional es considera que les aptituds de la persona per a prendre decisions són deficientes; és a dir, per una atribució d'incapacitat per funcionalitat.

Aquest tercer criteri és el més utilitzat als ordenaments jurídics moderns, fins al moment considerat com l'únic obstacle insuperable per a la universalització de la capacitat jurídica⁶¹. La capacitat o competència mental és un terme mèdic que fa referència a aquelles habilitats que té una persona per a prendre decisions. Aquest concepte és nuclear per la conformació de l'autonomia de la voluntat i un element imprescindible per a la validesa del consentiment. Es considera, de fet, el criteri més neutral dels tres mencionats, per part d'alguna

⁶⁰ Dhandu, ob. cit.

⁶¹ Luigi Ferrajoli, 'Derechos Fundamentales', a *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2001), pp. 19–56, p. 24.

doctrina⁶², però també és rebutjat per la CDPD. El reconeixement de la capacitat jurídica “en igualtat de condicions” significa que les diferències en els atributs i les capacitats de les persones no poden constituir una raó legítima per a restringir ni la titularitat ni l'exercici dels seus drets.

En definitiva, l'article 12.2 té uns efectes conceptuals i teòrics molt significants, com la desaparició de la noció de la capacitat d'obrar, que queda englobada en la de capacitat jurídica, i la plena separació d'aquesta del criteri de la competència mental, el que té unes implicacions més profundes que ens obliguen a la reconfiguració de la forma com entenem el subjecte de drets en l'actualitat i a la transformació dels valors i els principis sobre els que l'hem fonamentat tradicionalment⁶³. Així, el reconeixement de la capacitat jurídica es configura com un dret no derogable ni restringible per raons vinculades a una discapacitat, un cop la persona ha arribat a l'edat adulta. D'aquestes premisses en deriven unes obligacions concretes dels Estats⁶⁴:

- 1) Abstenir-se de tota actuació que interfereixi en l'exercici propi dels drets de les persones amb discapacitat, incloent la supressió de tota legislació o pràctica que permeti una restricció o negació de la capacitat jurídica basada en criteris considerats discriminatoris per raó de discapacitat (com per exemple mitjançant criteris funcionalistes)⁶⁵.

Els règims de substitució a les decisions prohibits al marc de la Convenció es distingeixen per les següents característiques⁶⁶:

- a. Desprenen a la persona de la seva capacitat jurídica, també quan només ho fan respecte una única decisió.

⁶² Matthew Burch, 'Autonomy, Respect and the Rights of Persons with Disabilities in Crisis', *Journal of Applied Philosophy*, 33.4 (2016); John Dawson, 'A Realistic Approach to Assessing Mental Health Laws' Compliance with the UNCRPD', *International Journal of Law and Psychiatry*, 40.May 2008 (2015), 70–79; John Dawson i George Szmukler, 'Fusion of Mental Health and Incapacity Legislation', *British Journal of Psychiatry*, 188, June (2006), 504–9; G. Szmukler, J. Dawson, i R. Daw, 'A Model Law Fusing Incapacity and Mental Health Legislation', *Journal of Mental Health Law*, 5 2010.Special Edition (2010), 51–66.

⁶³ Patricia Cuenca, 'Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos', *Revista de Estudios Políticos*, 158, 2012, 103–37.

⁶⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), ob. cit..

⁶⁵ S'aprofundeix més en la discriminació inherent als criteris funcionalistes a l'apartat 2.2.3.1.

⁶⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), ob. cit. par. 27.

- b. El nomenament del substitut que prendrà les decisions per la persona el fa una persona diferent de l'afectada i es pot fer el nomenament en contra de la seva voluntat.
 - c. Les decisions adoptades pel substitut es basen en el criteri del “millor interès” o “interès superior” de la persona, enlloc del criteri de la voluntat i les preferències.
- 2) L'adopció de mesures per impedir que agents no estatals i particulars interfereixin en l'exercici dels drets de les persones amb discapacitat, així com l'adopció de mesures positives per a promoure l'adopció del nou paradigma per part de tercers.
- 3) La diversitat en les capacitats de les persones ha de ser font de drets. Si una persona té dificultats en la presa de decisions se l'hi han de proporcionar els suports necessaris pel seu exercici, pel contrari no quedarà plenament satisfeta l'exigència de la “igualtat de condicions” amb la resta⁶⁷. Aquesta obligació es desenvolupa més al 12.3.

12.3. Els estats part han d'adoptar les mesures pertinents per proporcionar a les persones amb discapacitat accés al suport que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica.

⁶⁷ En oposició a la perspectiva tradicional del *tot o res* i a la que adopta la CDPD, hi ha un tercer enfoc conceptual, la denominada perspectiva del *continuum*. Aquesta reconeix el dinamisme de la capacitat de les persones i les influències dels factors contextuais, de les experiències personals, etc., però defensa la necessitat de mantenir els models de substitució a les decisions per aquelles ocasions en què, fins i tot amb tots els suports possibles, la persona no és capaç d'exercir els seus drets. En canvi, el posicionament de la Convenció no admet excepcions a la norma. *Vid.*, Michelle Browning, Christine Bigby, and Jacinta Douglas, 'Supported Decision Making: Understanding How Its Conceptual Link to Legal Capacity Is Influencing the Development of Practice', *Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities*, 1.1 (2014), 34–45.

2.2.2.3.3. Les mesures de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica

El reconeixement de la igual capacitat jurídica de totes les persones no és suficient pel reconeixement de la "igualtat inclusiva" atenent a l'aplicació del principi de no-discriminació. Seguint les directrius del Comitè, els estats també estan obligats a proporcionar accés als suports que les persones necessitin per a prendre decisions que tinguin efectes jurídics⁶⁸. Així, l'abast material de les obligacions de l'estat respecte els suports al marc de l'article 12 es limiten a l'àmbit de la realització d'actes amb efectes jurídics. A diferència de la interpretació àmplia de la capacitat jurídica descrita anteriorment que inclouria tant actes amb efectes jurídics com actes quotidians de la vida diària, els suports de l'article 12.3 només fan referència a l'exercici de la capacitat d'obrar en sentit estricte; és a dir, d'aquells actes que tinguin efectes legals. Cal tenir en compte que la Convenció ja preveu altres mesures per a l'exercici general dels drets, com les mesures d'accessibilitat (art. 9), i que cada dret reconegut al tractat obliga per si mateix als estats part a satisfer algunes obligacions concretes per assegurar-ne el gaudi i exercici.

L'article 12.3 implica la obligació de substituir tots els règims de substitució a les decisions per règims de suport a la presa de decisions. L'eliminació dels primers no és suficient per a complir amb el mandat de l'article 12, doncs caldrà proveir accés a alternatives basades en el criteri de la "voluntat i les preferències" i facilitar la creació d'aquestes alternatives de suport, especialment per aquelles persones que estiguin aïllades. Tampoc la creació de models de suport a la presa de decisions i el manteniment dels règims de substitució és suficient per a la satisfacció del mandat.

El Comitè fa un esforç per a definir com han de ser aquests règims (traducció pròpia)⁶⁹: "Suport" és un terme ampli que engloba arranjaments oficials i oficiosos, de diversos tipus i intensitats." En relació amb els tipus de suports, aquests poden variar des de l'elecció d'una persona de confiança per la pròpia

⁶⁸ Comitè sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, par. 16.

⁶⁹ Comitè sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, par. 17.

persona per tal que la representi per a exercir la seva capacitat en determinats assumptes, a altres formes de suport, com el suport per parells, l'assistència per la comunicació o l'atorgament d'unes instruccions prèvies on planificar anticipadament sobre diferents aspectes de la seva vida. El Comitè preveu, per tant, que els suports no només els poden constituir persones que activament assisteixen o representen a una altra persona per a l'exercici de la seva capacitat, sinó que també les mesures relatives a l'accessibilitat i al disseny universal poden constituir suports. En relació amb la intensitat dels suports, aquests han de poder variar segons les necessitats de la persona, per tant, també hi ha d'haver suports per a les persones amb discapacitats severes i per a l'exercici dels drets en moments de crisi.

Les mesures de suport a la presa de les decisions poden adoptar formes molt diferents, però totes han d'incloure les següents disposicions⁷⁰:

- a) Han d'estar disponibles per a tots. El diferent grau de suport que necessiti una persona no pot ser un obstacle per a l'obtenció del suport.
- b) Han d'estar basades en el criteri de la voluntat i les preferències de la persona, no en el suposat "interès superior objectiu" o "millor interès" de la persona.
- c) La forma de comunicació d'una persona no pot ser un obstacle per a obtenir un suport per a prendre decisions, inclòs quan la comunicació no és la convencional o quan és compresa per molt poques persones.
- d) La persona o persones encarregades del suport que la persona afectada hagi escollit oficialment han de disposar d'un reconeixement jurídic accessible. Això inclou un mecanisme perquè tercers comprovin la identitat de la persona encarregada del suport, així com un mecanisme perquè tercers puguin impugnar la decisió de la persona que duu a terme el suport si creuen que no estava actuant segons la voluntat i preferències de l'interessada.
- e) Han de ser gratuïtes o accessibles a un cost simbòlic.
- f) No han d'implicar la limitació d'altres drets fonamentals de la persona.

⁷⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, par. 29.

- g) Han de ser voluntàries. La persona té dret a rebutjar el suport i a posar-li fi en qualsevol moment. Així mateix, no utilitzar els suports disponibles no implica no tenir reconegut o tenir menys reconegut el dret a la igual capacitat jurídica.
- h) Han d'establir-se salvaguardes per a tots els processos relacionats amb la capacitat jurídica i el suport amb l'objectiu de garantir el respecte per la voluntat i les preferències de la persona.
- i) No han de dependre d'una avaluació de la competència o la capacitat mental. Això implica la necessitat de buscar nous indicadors no discriminatoris per a determinar les necessitats de suport.

La idea dels suports per a la presa de decisions és una forma de conceptualitzar els suports a la que estem poc avesats jurídicament, però que utilitzem a la vida diària. Per aprofundir en aquest nou concepte jurídic cal analitzar les diferents formes de suport que coneixem. Els suports es poden distingir segons a quina dimensió de l'exercici de l'autonomia atenguin: a l'autonomia que s'exerceix convertint els pensaments, la voluntat i preferències en actes, a la que denominaré *autonomia d'actuació*, o a l'autonomia de formació dels pensaments, de la voluntat i les preferències, a la que denominaré *autonomia volitiva*.

- a) *Sobre l'autonomia d'actuació*: aquesta és la que aborda principalment les barreres físiques i sensorials que obstaculitzen la transformació dels pensaments i desitjos en fets. L'assistència a una persona per a transformar un pensament i una voluntat en un acte pot prendre la forma d'assistència personal o tecnològica. Per exemple, per a donar suport a una persona amb una discapacitat física que té la mobilitat severament reduïda a desenvolupar allò que vol es pot fer, primerament, mitjançant el disseny universal i les diferents mesures d'accessibilitat. Quan aquestes mesures són insuficients, la persona afectada pot rebre suport mitjançant una cadira automàtica i un assistent personal, per exemple.

No fa tants anys, i com encara succeeix en alguns indrets, a les persones amb discapacitats físiques i sensorials severes se les hi imposava un tutor o una altra forma de substitució a les decisions.

Actualment, les diferents formes d'assistència per donar suport a les persones amb aquests tipus de discapacitat a exercir la seva autonomia estan força desenvolupades als països amb un desenvolupament econòmic mig o alt. Aquests poden prendre diferents formes, des d'una persona que assisteixi a la persona afectada, un gos guia o una tecnologia per a escriure i llegir en Braille.

- b) *Sobre l'autonomia volitiva*: aquesta és la que aborda els obstacles a la presa i formació de les decisions i es pot adreçar mitjançant la presa de decisions preventiva o consubstancial. Les formes preventives de donar suport a l'exercici de l'autonomia volitiva estan més desenvolupades als ordenaments jurídics que els suports a la presa de decisions consubstancials.

Per una banda, els suports o les formes d'assistència preventives permeten a la persona manifestar la seva voluntat i preferències en un moment en que es considera que estan en plenes facultats, per tal que aquestes instruccions entrin en vigor quan la persona perdi la capacitat per decidir per ella mateixa, atenent al vell paradigma (o en el moment en què ella ho decideixi). Aquestes formes preventives d'assistència a l'autonomia prenen formes com els poders preventius, les instruccions prèvies, entre d'altres. La majoria d'ordenaments nacionals preveuen aquestes formes de suport. A mode d'exemple, tant l'ordenament espanyol com el català preveuen, prèvia adopció de la CDPD, tant els poders o mandats preventius de representació com els documents de voluntats anticipades en l'àmbit de la salut, on també es poden escollir representants per decisions sobre les intervencions en matèria de salut⁷¹.

⁷¹ La Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat i de modificació del Codi Civil, de la Llei d'Enjudiciament Civil i de la Normativa Tributària amb aquesta finalitat (BOE-A-2003-21053), va modificar el Codi Civil per introduir la possibilitat que els mandats preventius atorgats quan una persona té capacitat d'obrar subsisteixin en cas d'incapacitat (arts. 223 i 1732 CC), així com la possibilitat d'escollir un tutor per a una futura incapacitat. El Codi civil català va més enllà en aquesta qüestió, i preveu que que la persona que atorga el mandat decideixi quines circumstàncies desencadenaran els efectes del poder preventiu (art. 222.2 CCc), el que suposa no haver de dependre de les avaluacions de la capacitat mental, que entren en conflicte amb la CDPD.

Per altra banda, el suport a la presa de decisions consubstancial consisteix en assistir una persona perquè formi i expressi la seva voluntat i preferències. Tots utilitzem aquestes formes de suport al llarg de la nostra vida. Però quan les decisions impliquen actes amb efectes jurídics, com planteja la CDPD, sorgeixen importants conflictes ètics i legals al voltant de la responsabilitat i l'agència de les decisions preses⁷².

En qualsevol cas, el concepte del suport a la presa de les decisions no és una idea nova, encara que requereix ser delimitada i desenvolupada jurídicament. Les formes de suport consubstancials per a l'exercici de l'autonomia volitiva estan molt menys desenvolupades a la norma que els suports preventius, encara que són més habituals a la pràctica entre les xarxes de suport informals. Així doncs, trobem diferents exemples d'aquests tipus de suport sota diferents formes, noms i contextos, però sempre cohabitant amb institucions de substitució a les decisions.

En definitiva, la determinació i previsió jurídica i pràctica dels suports a la presa de decisions, en particular d'aquelles formes de suport consubstancials, de tal forma que aquests siguin capaços de reemplaçar plenament els règims actuals de substitució a les decisions és, probablement, el principal repte que imposa la CDPD.

2.2.2.3.4. Les salvaguardes

Els documents de voluntats anticipades en matèria de salut estan previstos a l'article 11 de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i dels drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica (BOE-A-2002-22188), i a l'article 8 de la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica, de Catalunya (DOGC-021/2000). Posteriorment, la resta de Comunitats Autònomes a Espanya han legislat normatives pròpies per regular les instruccions prèvies en l'àmbit de la salut.

⁷² Lucy Series, 'Relationships , Autonomy and Legal Capacity: Mental Capacity and Support Paradigms', *International Journal of Law and Psychiatry*, 40 (2015), 80–91.

12.5. Els estats part han d'assegurar que en totes les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica es proporcionin salvaguardes adequades i efectives per impedir els abusos de conformitat amb el dret internacional en matèria de drets humans. Aquestes salvaguardes han d'assegurar que les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica respectin els drets, la voluntat i les preferències de la persona, que no hi hagi conflicte d'interessos ni influència indeguda, que siguin proporcionals i adaptades a les circumstàncies de la persona, que s'apliquin en el termini més curt possible i que estiguin subjectes a exàmens periòdics fets per una autoritat o un òrgan judicial competent, independent i imparcial. Les salvaguardes han de ser proporcionals al grau en què aquestes mesures afectin els drets i els interessos de les persones.

Segons el Comitè, la finalitat de les salvaguardes és garantir que les diferents formes de suport a l'exercici de la capacitat respecten els drets de la persona que rep el suport, així com que aquests es desenvolupen de la forma prevista, en particular que s'exerceixen segons el compliment de la voluntat i preferències de la persona, i que atenen al principi de proporcionalitat, necessitat, revisió per un òrgan neutral i que no actuen amb influència indeguda.

El nivell d'exigència que es desprèn de l'article 12.4 és que els estats estan obligats a proporcionar aquestes salvaguardes, a diferència del 12.3 que només obliga als estats a proveir accés als suports. Tanmateix, la forma que han de tenir aquestes salvaguardes és una de les qüestions menys desenvolupades de l'article 12, tant per la doctrina com per part d'altres òrgans internacionals. Les úniques referències que dona el Comitè a la OG-1 sobre les salvaguardes fan referència a la necessitat d'establir-ne per a tots els processos relacionats amb la capacitat jurídica i el suport a la capacitat, a la delimitació de la noció d'influència indeguda i a la prevalença del criteri de la voluntat i les preferències, que han de servir com a indicadors d'aquestes mesures.

Respecte la “influència indeguda”, les indicacions del Comitè van enfocades a la seva delimitació. Per una banda, el Comitè determina que es considerarà que hi ha influència indeguda quan “la qualitat de la interacció entre la persona que presta el suport i la que el rep presenta senyals de por, agressió, amenaça, engany o manipulació”⁷³. Per altra banda, la protecció que ofereixin les salvaguardes ha de respectar els drets, la voluntat i preferències de la persona, inclòs el dret a assumir riscos i a cometre errors. Malgrat la falta d’indicacions concretes per part del Comitè respecte les formes de salvaguarda, aquest ens dóna alguna pista de com podrien ser aquestes salvaguardes. Podrien adoptar, per exemple, la forma d’un mecanisme legal perquè tercers, o un òrgan neutral, puguin impugnar l’exercici del suport o alguna de les decisions preses quan aquestes no atengui a la voluntat i preferències de la persona.

Alguns crítics al model de suports apunten que aquests incrementen la probabilitat que es donin situacions d’influència indeguda⁷⁴. Tanmateix, si s’estableix un sistema de salvaguardes eficient no hi ha cap indicador que apunti que es poden produir més casos d’influència indeguda al marc dels models de suport que entre els models de substitució a les decisions. Pel contrari, una persona que pren decisions en substitució d’una altra té més capacitat d’intervenir en la vida i les decisions de la persona per a qui decideix, que una persona que actua com a suport sense capacitat de prendre decisions en substitució de la persona afectada.

Respecte el criteri de la voluntat i les preferències, el Comitè posa èmfasi constantment en la rellevància i primacia d’aquest en relació amb l’exercici dels suports. La bona pràctica implica donar suport segons aquest criteri. Pel contrari, l’ús del criteri tradicional del “millor interès” o “interès superior” indica una mala pràctica per part del suport. El criteri de la voluntat i les preferències ha de reemplaçar el criteri del millor interès perquè el gaudi de la capacitat jurídica es doni en condicions d’igualtat. Inclús quan, després de dur a terme un

⁷³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, par. 22 (traducció pròpia).

⁷⁴ Jillian Craigie, ‘A Fine Balance: Reconsidering Patient Autonomy in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities’, *Bioethics*, 29.6 (2015), 398–405 <<https://doi.org/10.1111/bioe.12133>>; Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal, and Amy T. Campbell, ‘Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship’, *Penn State Law Review*, 117.4 (2012), 1112–56; Scholten and Gather.

esforç considerable, no és possible determinar la voluntat i preferències de la persona, l'ús del criteri del millor interès no és conforme a la Convenció, sinó que s'ha d'optar per a la "millor interpretació possible de la voluntat i preferències".

L'aplicació del criteri del "millor interès" no és compatible amb l'igual reconeixement com a persona davant la llei. Les persones, amb i sense discapacitat, no sempre prenen decisions que van en el seu millor interès. Quinn emfatitza la *dignitat del risc* en el fet que aquesta ens permet exercir la llibertat d'elecció⁷⁵. La dignitat del risc es basa en el fet d'haver tingut la oportunitat d'escollir. En conseqüència, l'aplicació del "millor interès" per guiar les decisions d'un altre és una fal·làcia, perquè se'ns presenta com una norma objectiva, però el millor interès és una valoració altament subjectiva. El millor interès consisteix en una interpretació subjectiva feta per una tercera persona sobre el que creu que és "millor" per una altra persona. El "millor" reflecteix una opció i no està lliure de judicis de valors. Qualsevol persona, també un jutge o un tutor, tot i actuar amb la millor intenció, no poden escapar les pròpies conviccions i prejudicis. Així, confrontaran una situació i valoraran l' "interès" des d'una òptica vital i ideològica concreta, amb més o menys nivell de consciència sobre la inevitable subjectivitat de tota decisió, el que ens pot portar a decisions amb diferents nivells d'arbitrarietat⁷⁶.

En general, el concepte del millor interès es mesura en termes de benestar i en valorar accions que beneficien a la persona en contraposició a aquelles que la puguin danyar⁷⁷. El benestar és un element imprescindible per fomentar les condicions externes i internes necessàries que permetran l'adequat i lliure exercici dels drets, però aquesta també és una noció altament subjectiva que depèn dels valors i les preferències de la persona i no només d'un estat ideal de salut física i psíquica o d'un marc de seguretat on estan cobertes les necessitats mínimes. Per a tot això, cal reconsiderar seriosament el criteri del

⁷⁵ Quinn, (2010), ob. cit.

⁷⁶ Isaac Ravetllat Ballesté, 'El interés superior del niño: concepto y delimitación del término', *Educatio Siglo XXI*, 30.2 (2013), 89–108.

⁷⁷ M.J. Dolz-Lago, 'El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992', *Revista Jurídica La Ley*, enero.3955 (1992).

“millor interès”, un principi segons el qual els “capaços” satisfan la dignitat dels “incapaços” prioritzant la satisfacció dels drets que els primers consideren que són prioritaris pels segons⁷⁸. Posant per davant la “voluntat i les preferències” simplement es reafirma l’igual capacitat de totes les persones per a decidir sobre els diferents aspectes de la seva vida i l’igual valor de totes les opcions; és a dir, el reconeixement de la capacitat jurídica en igualtat de condicions.

En definitiva, la satisfacció de la voluntat i les preferències en l’exercici dels suports és essencial per adoptar el nou paradigma de la capacitat jurídica universal. Així, és crucial que les salvaguardes preservin i assegurin aquesta qualitat dels sistemes de suport.

2.2.2.3.5. L’exercici dels drets econòmics

12.5. Sense perjudici del que es disposa en aquest article, els estats part han de prendre totes les mesures que siguin pertinents i efectives per garantir el dret de les persones amb discapacitat, en igualtat de condicions amb les altres, a ser propietàries i heretar béns, controlar els seus propis assumptes econòmics i tenir accés en igualtat de condicions a préstecs bancaris, hipoteques i altres modalitats de crèdit financer, i han de vetllar perquè les persones amb discapacitat no siguin privades dels seus béns de manera arbitrària.

En aquest últim paràgraf de l’article 12 es posa èmfasi en garantir que les persones amb discapacitat puguin exercir els seus drets econòmics en igualtat de condicions amb les altres. La garantia de l’exercici dels drets de l’àmbit econòmic i patrimonial és especialment important per dues raons:

Per una banda, en paraules de Caldas, “hi ha un moviment sincrònic entre la cosificació de tot el que no és subjecte i la personificació de tots aquells que

⁷⁸ Asís, ob. cit.

tenen la possibilitat d'adquirir⁷⁹. És a dir, hi ha una relació latent entre la consideració de la persona com a subjecte de drets i la capacitat de la persona de participar al mercat. Així, el reconeixement específic de la igualtat en l'exercici dels drets econòmics és part del reconeixement de la igual personalitat i capacitat jurídica, el reconeixement de la persona amb discapacitat com un igual.

Per altra banda, com és conegut, la independència econòmica és un mitjà essencial per a la vida independent i per a ser inclòs a la comunitat i, per tant, per a l'exercici independent de la majoria dels drets. Igual que el gènere o l'ètnia, la discapacitat, junt amb algunes característiques o diagnòstics directament associats a aquesta, ha justificat la restricció de l'exercici dels drets econòmics contribuint, així, a incrementar la bretxa de la desigualtat material i social entre les persones amb discapacitat i les persones sense discapacitat⁸⁰.

Segons el Comitè, aquest paràgraf obliga als estats part a adoptar mesures, incloent mesures legislatives, administratives i judicials, per a garantir els drets de les persones amb discapacitat en aquest àmbit. Aquesta disposició és similar a la de l'article 13 del CEDAW, en el que es prohibeix que el gènere pugui servir com a categoria per a discriminar les dones en les diferents esferes de la vida econòmica i social. En aquest cas, la disposició menciona de forma particular el dret a obtenir préstecs, prestacions familiars, hipoteques i crèdits de finançament, de forma molt semblant al que preveu el 12.5 de la CDPD, que ressalta la capacitat de les persones amb discapacitat de ser propietàries, d'heretar, de controlar els propis assumptes econòmics i de tenir accés a préstecs bancaris, hipoteques i altres modalitats de crèdit financer.

En definitiva, aquest últim paràgraf de l'article objecte d'estudi és una concreció d'una esfera específica d'exercici dels drets amb ànim de garantir de forma particular aquells drets tradicionalment restringits a les persones amb discapacitat. El dret civil té una visió individual-patrimonial de la persona que

⁷⁹ Andressa Caldas, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: La conquista de los saberes* (Bogotá: Colección en Clave de Sur, 2004), p. 48.

⁸⁰ Eduardo Díaz Velázquez, 'El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad: El caso de España' (Universidad Complutense de Madrid, 2016).

s'interessa de forma preferent per la protecció jurídica dels interessos materials d'aquesta. Així, la incapacitació i les diferents *mesures de protecció* de la persona tenen una naturalesa d'origen marcadament econòmic i patrimonial⁸¹ que, posteriorment, ha estès el seu ús als àmbits més personals de la persona.

2.2.3. Algunes qüestions problemàtiques

2.2.3.1. Els criteris per determinar la competència del model funcional i la seva discriminació inherent

Les atribucions d'incapacitat han evolucionat al llarg de la història des de models d'atribució per estatus i/o per resultat a models funcionals. Aquests últims són els que adopten els ordenaments moderns i es fonamenten en la premissa que la capacitat d'una persona per a prendre decisions pot ser determinada bàsicament en funció de les seves habilitats individuals. Els criteris utilitzats per a aquestes determinacions s'han definit influenciats per les dimensions socials, jurídiques i mèdiques⁸²: segons els desenvolupaments legals i jurisprudencials pertinents (algunes de les primeres referències jurídiques a la qüestió de la competència les trobem a la jurisprudència nord-americana dels anys 70 i 80); segons els canvis socials i l'evolució les actituds generals de la societat cap a les persones amb discapacitat; i segons els avenços mèdics, definits pels descobriments i les epistemologies científiques i influenciats per la ètica mèdica.

A mode d'exemple, Grisso i Appelbaum, des d'una perspectiva bioètica influenciada per un model biologicista, defineixen incapacitat/incompetència com (traducció pròpia)⁸³:

⁸¹ R. Bercovitz, *La marginación de los locos y el derecho* (Madrid: Taurus Ediciones, 1976).

⁸² Loren H. Roth, Alan Meisel, and Charles W. Lidz, 'Tests of Competency to Consent to Treatment', *American Journal of Psychiatry*, 134.3 (1977), 279–84.

⁸³ Citats per Fernando Santander *et al*, *Ética y Praxis Psiquiátrica*, ed. per Fernando Santander (Valladolid: Asociación Española de Neuropsiquiatría/ Estudios, 2000), p. 60.

(...) un estat de l'individu que es defineix per un dèficit funcional (degut a una malaltia mental, retràs mental o altra condició mental) que es considera com suficientment important com perquè la persona, en el moment actual, no pugui satisfer els requeriments d'una situació específica de presa de decisions, sospesant les possibles conseqüències.

D'aquesta definició se n'extreuen algunes premisses sobre la forma d'entendre l'origen i naturalesa de la incompetència o la incapacitat per prendre decisions des d'un model predominantment mèdic: per una banda, la incapacitat es considera un estat degut a un dèficit funcional; per tant, es posa el focus *en* la persona; per altra banda, s'atribueixen en particular a alguns estats associats a un diagnòstic concret com els trastorns mentals i les malalties vinculades a la discapacitat intel·lectual; és a dir, s'identifica la causa de la incapacitat en una patologia o en un trastorn amb una entitat concreta i determinable; i, finalment, es considera un estat específic per una moment i decisió concreta, per tant, no és necessàriament permanent en el temps ni per a totes les decisions. En qualsevol cas, és molt difícil avaluar i determinar la competència mental d'una persona, malgrat ser la pedra angular de la idea de la capacitat d'obrar.

Existeixen moltes eines per dur a terme aquestes avaluacions, entre les que destaquen l'escala mòbil de Drane, l'escala MacArthur, el DSAT-10 o l'Ottawa Decision Support Framework [*Marc de Suports a les Decisions d'Ottawa*]⁸⁴. Els

⁸⁴ El model d'escala mòbil de Drane incorpora la variable de la importància de la decisió que cal prendre per a crear una escala que classifica les decisions i les necessitats de competència en tres nivells segons la transcendència de la decisió en la vida de la persona: a) Nivell I, el benefici és total i el risc nul, es requereix un nivell baix de competència; Nivell II, hi ha un cert risc que la persona podria assumir, es requereix un nivell mitjà de competència; Nivell III, el risc és elevat, es requereix un alt nivell de competència. El DSAT-10 incorpora alguns criteris afins al model social i a una concepció de l'autonomia relacional a la valoració, com el grau de coneixement de la persona sobre els beneficis i riscos de la decisió, que implica tenir accés a la suficient informació per prendre-la; els valors i preferències de la persona en relació als beneficis i riscos; i tenir en compte quines són les altres persones implicades en el procés de decisió, entre d'altres. El MacArthur-Mac-Cat per la seva banda, és un model habitual al nostre territori que explora quatre habilitats per a determinar la capacitat de prendre decisions vinculades a la comprensió de la informació, al raonament, expressió i apreciació. Finalment, cal destacar el *Ottawa Decision Support Framework* (ODSF) perquè és un model molt complet pel que fa a la incorporació d'elements propis del model social i de l'autonomia relacional entre les quals els valors, suports i recursos que té la persona, les seves característiques personals, a part de les clíniques, així com elements que determinen la qualitat de la decisió, com la informació que té la persona, si ha estat una decisió compartida, i la utilització dels suports en

critèris més utilitzats des dels models funcionals per a determinar si una persona és competent per a la presa de decisions són⁸⁵:

- a) La capacitat per a expressar una decisió: inclou la capacitat per a cooperar, respondre preguntes, manifestar i expressar el consentiment.
- b) *La comprensió real dels problemes més rellevants*: inclou comprendre els riscos i beneficis, conèixer i comprendre alternatives, que la persona sàpiga qui és i on està, que conegui les conseqüències de la decisió, etc.
- c) *La capacitat de gestionar racionalment la informació*: inclou tenir un bon judici, utilitzar processos lògics i racionals per a arribar a conclusions consistents, etc.
- d) *La capacitat d'apreciar correctament la situació*: inclou ser conscient cognitiva i afectivament de la situació, ser conscient de les conseqüències, saber els motius pels que un dona el consentiment o no el dona, reconèixer les implicacions de les alternatives, etc. L'apreciació és un nivell d'exigència superior al de la comprensió.

En resum, les avaluacions per a la determinació de la capacitat de decidir estan molt influenciades pel model mèdic i, en general, ignoren els elements externs que poden facilitar o obstaculitzar la presa de decisions. Els criteris utilitzats i la manera com s'entén la competència perpetua algunes atribucions d'incapacitat per estatus i una manera de comprendre i delimitar l'autonomia individual que exclou els col·lectius amb certes discapacitats. La medicina té un rol essencial en la determinació de la competència i, així, influencia també la manera com el dret delimita el subjecte de drets.

la presa de decisions. Per a conèixer més sobre els diferents models d'avaluació de la capacitat de prendre decisions, *Vid.*, Grup de treball de suport a l'exercici de la capacitat, *Protocol de cribatge abans d'iniciar un procés de modificació de la capacitat, i criteris i recomanacions per al foment de l'autonomia en la presa de decisions* (Barcelona, 2017).

⁸⁵ P S Appelbaum and L H Roth, 'Competency to Consent to Research: A Psychiatric Overview.', *Archives of General Psychiatry*, 39.8 (1982), 951–58 [accessed 27 March 2019].

La incapacitació civil, com a màxima expressió jurídica de la incompetència d'una persona, ha ignorat la condició dinàmica que se li atribueix a la competència. Si la competència es considera puntual en el temps, com una condició que evoluciona i que ha de ser avaluada per una decisió específica, la incapacitació civil, que és a llarg termini o fins i tot permanent en el temps, per a totes les decisions o per alguns àmbits amb àmplies delimitacions, com el personal o el patrimonial que poden englobar decisions molt diverses, no encaixa amb aquesta idea de la competència com una habilitat específica en un moment determinat.

En aquest sentit, el terme jurídic de la *capacitat natural* és el que millor encaixaria amb la idea de la *competència mental*. La capacitat natural de la persona són les habilitats que aquesta té per a prendre una decisió concreta en un moment determinat, que han de ser avaluades, a la llum del model social, atenent a les barreres i facilitats del context, i no únicament de forma individual. En canvi, tradicionalment la determinació de la capacitat d'obrar es duu a terme mitjançant avaluacions individuals i aïllades, que tenen poc en compte el context, i que tenen com a efecte o propòsit la imposició d'institucions de substitució a les decisions a llarg termini o permanents. La CDPD s'oposa a aquest model, que considera discriminatori i que nega l'igual reconeixement de la persona davant la llei.

L'avaluació de la competència mental d'una persona pot no perseguir en sí mateixa la restricció dels drets d'aquelles a qui s'aplica, però sovint té aquest efecte. Els tests per mesurar la competència mental es poden dividir en dos segons els seus criteris d'aplicació: per una banda, aquells que s'apliquen basant-se en l'existència d'una disfunció o un diagnòstic determinat; per altra banda, aquells que s'apliquen aparentment de forma neutral ja que no estan condicionats per determinats diagnòstics o per l'existència prèvia d'una diversitat funcional.

En el primer cas, l'aplicació d'un test d'aquestes característiques per raons o condicions directament vinculades a una discapacitat o a la presumpció d'una discapacitat, amb resultats que sovint impliquen la restricció de drets o la limitació en el seu exercici i la imposició d'un substitut a la presa de decisions,

constitueixen discriminació directa al marc de la CDPD (art. 2 i art. 5) i una vulneració del reconeixement de la capacitat jurídica en igualtat de condicions (art. 12)⁸⁶.

En el segon cas, una norma aparentment neutral aplicaria una avaluació de funcionalitat a qualsevol persona independentment del seu diagnòstic o de presumptes limitacions funcionals. Tanmateix, la determinació de les capacitats ideals o “correctes” per a prendre decisions o governar-se seguiria estant basada en paràmetres normatius amb els que la persona hauria de complir. Així, una avaluació que és aparentment criteri-neutral s’aplicaria, de fet, de forma desproporcionada sobre tots aquells que semblin no ajustar-se als paràmetres prèviament establerts sobre la normalitat i tindria uns efectes desproporcionats sobre les persones amb certes discapacitats, particularment amb discapacitats psicosocials, mentals i intel·lectuals, en relació amb la resta. Mentre els paràmetres definitoris de la *normalitat* segueixin essent excloents, les avaluacions de la competència mental, encara que no siguin aplicats per raons directament vinculables a una discapacitat, i quan aquests tinguin com a resultat la restricció de la capacitat jurídica, seran pràctiques discriminatòries per a les persones amb certes discapacitats.

En definitiva, és la determinació d’un diagnòstic concret o bé la valoració negativa de la presa de decisions el que desencadena l’avaluació de la funcionalitat i les competències de la persona. Es tracta, al cap i a la fi, de l’aplicació d’un examen de funcionalitat determinat per un estatus o un resultat,

⁸⁶ Molts ordenaments nacionals opten pel recurs a aquest criteri; es a dir, per la necessària existència prèvia d’un diagnòstic per a la determinació de la incapacitat d’obrar. A mode d’exemple, la *Mental Capacity Act* (2005) de Regne Unit [Llei de Competència Mental], estableix al seu art. 2 que: “*a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain*”, tant temporal com permanent. [Una persona no té capacitat en relació a un assumpte si al moment material és incapaç de prendre una decisió per ella mateixa en relació a l’assumpte degut a una disfunció, o una pertorbació, de la ment o el cervell], (traducció pròpia). És a dir, que la determinació de la falta de capacitat d’obrar es determina després de la verificació o la confirmació que la persona no pot prendre certa decisió de forma individual, incapacitat deguda a l’existència d’un diagnòstic.

Al marc del dret espanyol, també es requereix el diagnòstic previ per a la derterminació de la incapacitat d’obrar (art. 200 Codi Civil): “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. [Són causes d’incapacitació les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixin ala persona governar-se per ella mateixa] (traducció pròpia).

que tindrà efectes restrictius en l'exercici dels drets per a les persones amb discapacitat de forma desproporcionada a la resta. En aquest sentit, algunes legislacions post-Convenció, com la Assisted Decision-Making (Capacity) Act d'Irlanda aprovada el 2015 [*Llei d'assistència a la presa de decisions*], han adoptat un marc funcional de construcció i determinació de la capacitat de les persones que és aparentment neutral i desvinculat de tot diagnòstic o atribut relacionat amb la discapacitat, seguint la línia esmentada, però que, al cap i a la fi, serà aplicat sobre les persones amb discapacitat i té el possible efecte d'imposar alguna mesura de substitució a les decisions, pel que caldrà veure la valoració que en fa el Comitè a la llum de l'article 12⁸⁷.

El Comitè no nega la diversitat en la competència mental de les persones, però, en línia amb el model social, n'adopta una concepció dinàmica i contextualitzada, igual que fa amb la discapacitat⁸⁸:

La capacitat mental es refereix a l'aptitud d'una persona per adoptar decisions, que naturalment varia d'una persona a una altra i pot ser

⁸⁷ Irlanda va ratificar la CDPD el 20 de març de 2018, pel que encara no ha estat revisat pel Comitè. La construcció funcional de la capacitat que adopta la Assisted Decision-Making (Capacity) Act (2015) [*Llei d'assistència a la presa de decisions*] és la següent (versió original i subratllat afegit): Art. 3 "*Person's capacity to be construed functionally* 3. (1) *Subject to subsections (2) to (6), for the purposes of this Act, a person's capacity shall be assessed on the basis of his or her ability to understand, at the time that a decision is to be made, the nature and consequences of the decision to be made by him or her in the context of the available choices at that time.* (2) *A person lacks the capacity to make a decision if he or she is unable— (a) to understand the information relevant to the decision, (b) to retain that information long enough to make a voluntary choice, (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or (d) to communicate his or her decision (whether by talking, writing, using sign language, assistive technology, or any other means) or, if the implementation of the decision requires the act of a third party, to communicate by any means with that third party.* (3) *A person is not to be regarded as unable to understand the information relevant to a decision if he or she is able to understand an explanation of it given to him or her in a way that is appropriate to his or her circumstances (whether using clear language, visual aids or any other means).* (4) *The fact that a person is able to retain the information relevant to a decision for a short period only does not prevent him or her from being regarded as having the capacity to make the decision.* (5) *The fact that a person lacks capacity in respect of a decision on a particular matter at a particular time does not prevent him or her from being regarded as having capacity to make decisions on the same matter at another time.* (6) *The fact that a person lacks capacity in respect of a decision on a particular matter does not prevent him or her from being regarded as having capacity to make decisions on other matters.* (7) *For the purposes of this section, information relevant to a decision shall be construed as including information about the reasonably foreseeable consequences of— (a) each of the available choices at the time the decision is made, or (b) failing to make the decision.*"

⁸⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General N° 1 (2014): Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la Ley*, par. 13.

diferent per a una persona determinada en funció de molts factors, entre els quals factors ambientals i socials.

En definitiva, el criteri de la competència mental només és insuperable si atenem a una concepció de la capacitat estàtica, determinada únicament per les habilitats individuals de la persona, que no té en compte el model d'autonomia relacional.

2.2.3.2. Les intervencions estatals a l'autonomia individual

Aquesta nova forma d'entendre la capacitat jurídica, desvinculada de les capacitat de decidir de la persona, obliga a repensar la legitimitat de l'Estat d'interferir en l'autonomia de les persones. Fins ara, cert nivell d'intervenció, el denominat paternalisme dèbil⁸⁹, es considera justificat per la incapacitat d'autogovern de la persona, sempre i quan la intervenció superi, en termes jurídics, el denominat *examen de proporcionalitat* (quan la possibilitat d'interferir està prevista per llei, respon a una finalitat legítima, és necessari i proporcional; és a dir, no hi ha una alternativa menys invasiva, i proporciona un benefici major que els perjudicis que causa). A part de les crítiques que es poden fer a la imposició de la incapacitació i a d'altres restriccions de la capacitat jurídica al marc del *test de la proporcionalitat*, com podria ser la possibilitat d'optar a mesures menys restrictives o la possibilitat que els danys i perjudicis que causen les mesures en qüestió superin els suposats beneficis, qüestió que han ponderat alguns alts tribunals europeus⁹⁰; el Comitè nega que es pugui

⁸⁹ Joel Feinberg, 'Legal Paternalism', *Canadian Journal of Philosophy*, 1.1 (1971), 105–24.

⁹⁰ Varis alts tribunals de diferents països de la regió europea han sentenciat que la incapacitació plena o absoluta és una mesura desproporcionada. A mode d'exemple, la Sentència del Tribunal Constitucional de la República Txeca de 2009 problematitza la constitucionalitat d'aquesta mesura, en relació amb el dret a ser reconegut com a persona davant la llei i el dret a la família i a la vida privada reconeguts a la Carta Fonamental del país. Veure la decisió del Tribunal Constitucional de República Checa, II.ÚS 2630/07, accessible en xec aquí: <http://nalus.usoud.cz/Search/Search.aspx> (últim accés 19 d'octubre de 2019).

A Letònia, el 2010, una decisió del Tribunal Constitucional del país, declara nul·les certes provisions del Codi civil en relació amb la incapacitació de les persones amb problemes de salut mental al entendre que la significant restricció del dret a la vida privada d'una persona que implica la incapacitació no és proporcional a 'objectiu salvaguardar els drets de la persona

intervenir en l'autonomia de la persona per raons de discapacitat inclús en situacions de crisi, en particular fent referència a la capacitat jurídica al marc del dret a la integritat personal i a l'àmbit de l'atenció sanitària coercitiva⁹¹. Però una negativa absoluta a la restricció de l'Estat en qualsevol dret xoca amb la teoria general dels drets fonamentals, que preveu que no hi ha gairebé cap dret que sigui absolut, i que davant d'un conflicte entre drets fonamentals aquests s'han de ponderar per tal que la lesió als diferents béns jurídics sigui la menys lesiva possible i es respecti el contingut essencial dels drets⁹². És a dir, si bé algunes crítiques a l'article 12 es centren a atacar l'absolutisme aparent del dret a la capacitat jurídica que en fa el Comitè, cal tenir en compte que gairebé tots els drets són restringibles i s'han d'equilibrar quan entren en conflicte amb altres drets. Tanmateix, el que no és qüestionable al marc de la Convenció i segons el principi de no-discriminació, és la utilització de la categoria de la discapacitat, ni d'atributs o criteris que es vinculen a aquesta, per a justificar la restricció de la capacitat jurídica.

El repte que se'ns presenta és com adoptar un marc legal que sigui neutral en relació amb la discapacitat per a protegir aquelles persones amb un alt risc de

que s'atribueix a la institució i insta al govern a introduir alternatives a aquesta mesura. Veure la Resolució del Tribunal Constitucional de Letònia (cas nº 2010-38-01), en anglès aquí: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2010/04/2010-38-01_Spriedums_ENG.pdf (últim accés 3 d'abril de 2019).

El Tribunal Constitucional de Geòrgia resol el cas *Citizens of Georgia – Iraki kemodlidze y David Kharadze c Parlament of Gerogia*, Cas nº 1/4/532,533, de 8 d'octubre de 2014, en la mateixa línia fallant que la Constitució georgiana protegeix el dret a la capacitat jurídica sota la clàusula d'igualtat i del dret al lliure desenvolupament de la personalitat (arts. 14 i 16). En conseqüència, el Tribunal declara la inconstitucionalitat de la incapacitació absoluta. *Vid.*, Ágnes Turnpenny and others, *Mapping & Understanding Exclusion in Europe* (Mental Health Europe: Brussels, 2017), xxviii.

⁹¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ob. cit; Committe on the Rights of Persons with Disabilities, *Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 2015, par. 18.

⁹² La doctrina al voltant dels límits als drets fonamentals coincideix en establir que la majoria dels drets són susceptibles de ser limitats davant d'un conflicte jurídic i/o en situacions excepcionals, però també hi ha algunes excepcions de consens, com la prohibició de tortura i tractes cruels, inhumans i degradants, o la prohibició d'explotació, que no admeten interferències, tampoc en situacions excepcionals. Tanmateix, encara que es puguin restringir certs aspectes dels drets fonamentals, aquestes interferències sempre han de preservar el contingut essencial del dret en qüestió. Per a conèixer més sobre els límits als drets fonamentals, *Vid.*, Brage Camazano, J. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

patir un dany, amb discapacitat o sense. Flynn, Arstein-Kerslake, Bach i Kerzner, que han teoritzat sobre diferents formes d'adoptar aquest marc neutral, expressen una preferència per l'aplicació del principi del dany a un mateix, aplicat de forma independent a la discapacitat, que entenen com un principi neutral que pot orientar la intervenció dels Estats⁹³.

A mode d'exemple concret, a algunes regions de Canadà fa anys que s'exploren models alternatius al sistema tradicional de substitució a les decisions. Una de les propostes desenvolupades en aquest sentit és la de Bach i Kerzner per la Law Commission d'Ontario [Comissió Jurídica d'Ontario, LCO, sigles en anglès], que planteja justificar la intervenció de l'Estat basant-se en la identificació d'una "situació amb efectes adversos greus", un terme que ja és utilitzat per la Substitute Decisions Act [Llei de Substitució a les Decisions] de l'estat d'Ontario, donant preferència a un resultat enlloc de a una experiència poc concreta com l'abús, la negligència o al presumpte risc. Segons els autors, així es protegeix l'autonomia al màxim mentre que es pot intervenir sense tanta discrecionalitat. Una "situació amb efectes adversos greus", des d'un marc neutral, tindrà lloc quan de les accions dutes a terme per la persona se'n deriva algun dels següents resultats⁹⁴:

- a) una pèrdua significant d'una part de la propietat d'una persona, o el fracàs de proveir o satisfer les necessitats bàsiques per la mateixa persona o per altres al seu càrrec; o
- b) una malaltia o lesió greu, o la privació de llibertat o la pèrdua de la seguretat personal; o
- c) l'amenaça o intent de causar-se dany físic o psicològic; o

⁹³ Michael Bach i Lana Kerzner, 'A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity', *Law Commission of Ontario*, October, 2010, 1–196; Eilionóir Flynn i Anna Arstein-Kerslake, 'State Intervention in the Lives of People with Disabilities: The Case for a Disability-Neutral Framework', *International Journal of Law in Context*, 13.01 (2017), 39–57.

⁹⁴ Bach and Kerzner, ob. cit.

d) una actitud violenta o comportament violent cap a una altra persona o el fet que una altra persona pateixi un sentiment de temor físic o psicològic cap a la seva persona degut a l'actitud de l'altre.

Tanmateix, aquesta proposta només preveu com actuar davant d'un resultat greu que hagi tingut lloc o que tindrà lloc si no s'actua, però no té en compte que cal treballar la satisfacció prèvia de les obligacions positives necessàries per a assegurar l'accés a l'exercici dels drets en condicions d'igualtat. Per tant, cal proveir accés als suports adequats i necessaris a l'exercici de la capacitat, així com adoptar les mesures necessàries per a eliminar l'estigma, especialment cap a les persones amb discapacitats intel·lectuals i psicosocials. El prejudici cap aquestes persones pot causar un sentiment de temor a aquells qui interactuen amb elles que són, moltes vegades, fruit dels prejudicis i no de l'existència d'una situació "real" de perill. Pel contrari, alguns dels resultats que s'identifiquen com a indicadors d'una "situació amb efectes adversos greus" es donaran de forma desproporcionada sobre les persones amb certes discapacitats, no atenent així plenament al mandat de l'article 12.2 que exigeix l'exercici de la capacitat jurídica *en condicions d'igualtat*, el que ens obliga a atendre de forma molt particular les obligacions que es deriven del tercer paràgraf de l'article 12 en relació amb les mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.

2.3. Altres fonts normatives

2.3.1. Introducció

Les normes de dret internacional pateixen una crisi d'unitat que amenaça la seva fragmentació com a sistema normatiu, tant a nivell institucional com substantiu, i no només en l'àmbit dels drets humans. La volatilitat de les normes generals del dret internacional, la falta d'un únic poder constituent, la incapacitat d'harmonització i coherència, o l'absència d'un sistema executiu eficaç, són algunes de les qüestions que fa anys que els experts apunten entre

les problemàtiques per la consecució d'un ordre de dret internacional robust i eficaç⁹⁵.

La CDPD, com a norma de dret internacional, està influenciada pel marc del conjunt normatiu al qual s'introdueix; és a dir, per la resta del sistema internacional. Així, altres normes o aspectes del sistema, eventualment, poden tenir una influència en l'aplicació, la interpretació i l'eficàcia del contingut de la proposta de l'article 12. Degut al canvi de paradigma que aquesta norma introdueix, no existeixen precedents, ni en les fonts convencionals ni consuetudinàries, que ens serveixin per a interpretar i delimitar el seu abast⁹⁶. En canvi, hi ha una sèrie de normes internacionals que es poden considerar contràries o no alineades al plantejament de la Convenció. Tot seguit, s'introdueix breument com altres instruments de dret internacional han abordat la qüestió de la capacitat jurídica en relació a la discapacitat i com han adoptat, o no, els estàndards de l'article 12.

2.3.2. La Unió Europea

Entre les altres fonts normatives que poden influenciar l'aplicació i interpretació de l'article 12 al marc espanyol, cal tenir en compte el paper que juga la Unió Europea (UE), també part de la CDPD.

La Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea (2000), i en concret les disposicions sobre la igualtat davant la llei de totes les persones i la no-discriminació per raó de discapacitat (arts. 20 i 21), també apliquen en relació amb la legislació en matèria de capacitat jurídica. Així, el Comitè li recomana a la UE que prengui les mesures apropiades perquè totes les persones puguin exercir els drets consagrats a la legislació i tractats de la UE en igualtat de

⁹⁵ Fernando M. Mariño Menendez, 'La debilidad del orden jurídico internacional ante los desafíos de la globalidad', *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34 (2018), 151–64; M Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of International Law Commission* (Geneva, 2006), A/CN.4/L.6.

⁹⁶ Francisco Bariffi, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos*, 2014.

condicions atenent als estàndards de la CDPD, com l'accés a la justícia i l'accés a béns i serveis, al treball, a la salut, o al dret a vot⁹⁷.

En matèria estricta de promoció de la igual capacitat jurídica, la UE no ha legislat ni adoptat cap instrument o política rellevant des que és part de la CDPD, emparant-se en la seva falta de competències en aquest àmbit, com s'ocupa de recordar-li al Comitè a l'Informe Inicial⁹⁸. Malgrat això, mitjançant la *European Commission Disability Support Group* i el *Disability High Level Group in Disability*, [Comissió Europea del Grup de Suport en Discapacitat i el Grup d'Alt Nivell en Discapacitat, DHLG-D, sigles en anglès] encarregats d'establir cooperació entre les institucions dels estats part, la Comissió i les organitzacions de la societat civil en qüestions relacionades amb la discapacitat, s'han dut a terme alguns estudis per a detectar l'estat de la qüestió entre els diferents estats de la Unió en matèria de capacitat jurídica⁹⁹, i s'han finançat alguns projectes relacionats amb l'exercici dels drets de les persones amb discapacitat¹⁰⁰.

2.3.3. Fonts en contraposició a la CDPD

La CDPD pot entrar en conflicte amb altres fonts normatives convencionals del dret internacional (i regional) dels drets humans, amb normativa no vinculant i amb normativa consuetudinària. Sense ànim d'abordar de forma exhaustiva les possibles contradiccions de l'article 12 amb altra normativa internacional, cal mencionar algunes de les normes de dret internacional vinculant que s'hi contraposen o que, si més no, problematitzen l'adopció de la interpretació del Comitè per part dels ordenaments interns.

⁹⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea*, 2015 (CRPD/C/EU/CO/1), par. 37.

⁹⁸ Unión Europea, Informe Inicial de los Estados parte: Unión Europea, 2014 (CRPD/C/EU/1), par. 68.

⁹⁹ Entre aquests, cal destacar: Fundamental Rights Agency, *Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems* (Luxembourg, 2013); Fundamental Rights Agency, *Choice and Control: The Right to Independent Living: Experiences of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems in Nine EU Member States* (Luxembourg, 2012).

¹⁰⁰ Vid., *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, (CRPD/C/EU/1), ob. cit.

2.3.3.1. El Consell d'Europa

Al marc del dret europeu regional de drets humans, liderat pels instruments del Consell d'Europa (CoE), cal destacar algunes normes que són plenament contràries al paradigma del suport a les decisions interpretat pel Comitè i d'altres que opten per fomentar l'adopció del nou model de suports, però que entenen que cal mantenir els règims de substitució a les decisions de forma excepcional¹⁰¹.

En primer lloc, entre les normes en plena contradicció amb la CDPD, cal destacar el Conveni per a la protecció dels drets humans i la dignitat de l'ésser humà respecte les aplicacions de la biologia i la medicina (CDHB, 1997), que preveu algunes disposicions excepcionals per a les persones incapaces de consentir i per a les persones amb trastorns mentals que estipulen la possibilitat d'aplicar el consentiment per representació a aquests col·lectius (arts. 6 i 7). Aquest instrument és previ a la CDPD i, per tant, la falta de concordança amb els estàndards de la Convenció es pot atribuir al moment de la seva adopció.

En canvi, el Comitè de Bioètica del Consell d'Europa elaborà el 2011 una proposta de Protocol Addicional al CDHB (PA-CDHB) sobre la protecció dels drets humans i la dignitat de les persones amb un desordre mental en relació amb l'ingrés i el tractament involuntari. El 2019 encara no s'ha aprovat el Protocol, però els diferents esborranys que el Comitè ha presentat han anat superant els diferents tràmits dins del CoE cap a la seva adopció final, malgrat nombroses crítiques i oposicions, dins i fora del CoE¹⁰², que han ressaltat el

¹⁰¹ Al marc del sistema regional americà de drets humans, la Convenció Interamericana per l'eliminació de totes les formes de discriminació contra les persones amb discapacitat (CIEDPD, 1999), la primera norma vinculant de dret internacional dedicada a les persones amb discapacitat, no entén la incapacitació com una forma de discriminació, quan aquesta sigui "necessària i apropiada pel benestar" de la persona (art. 1.2.b). Però l'abast d'aquesta norma, limitat als estats part de l'Organització dels Estats Americans (OEA), no afecta la implementació de l'article 12 a l'ordenament intern espanyol, que és l'objecte d'aquest estudi.

¹⁰² Dins del Consell d'Europa: *The case against a Council of Europe legal instrument on involuntary measures in psychiatry* [El cas contra l'instrument legal del Consell d'Europa sobre mesures involuntàries a psiquiatria] –Recomenació de l'Assamblea Parlamentària 2091 (2016).

caràcter opositor del PA-CDHB al paradigma de la CDPD, que no materialitza l'autonomia amb suports ni estableix obligacions als Estats en aquest sentit, no menciona el criteri de la voluntat i les preferències i adopta una mirada pròpia del model mèdic cap als problemes de salut mental continuant la tendència estrictament legalista de les legislacions actuals cap a aquestes qüestions, que consisteixen en afinar i establir més i millors garanties per a l'ingrés i el tractament involuntari, però que no es qüestionen les institucions en sí mateixes. Pel contrari, l'adopció del PA-CDHB implicarà la legitimació d'aquestes institucions, l'allunyament de la consideració de les qüestions de salut mental de l'enfoc de drets adoptat sota el paraigua de la discapacitat, i la consolidació de dobles estàndards per a les persones amb discapacitat psicosocial.

En segon lloc, des de l'adopció de la Convenció, diferents instruments del Consell d'Europa, de caràcter no vinculant, han fet una crida als Estats a adoptar alguns dels principis de l'article 12, tot i que d'una forma ambivalent o interpretats de manera restrictiva entenent que cal mantenir les formes de substitució a les decisions. Entre aquests, cal destacar la Resolució 1642 de 2009 de l'Assemblea Parlamentària sobre l'accés als drets per les persones

Veure a: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22757&lang=en> (últim accés el 6 de març de 2019).

A Espanya, el Comitè de Bioètica d'Espanya (CBE) publica un informe el juny de 2019 valorant l'esborrany del Protocol Addicional al CDHB i recomana a l'Estat no donar recolzament a l'esborrany. Segons el CBE, el Protocol s'aparta dels principis de la CDPD i estableix una discriminació de tracte en funció de la discapacitat psicosocial. *Vid.*, Montalvo Jääskeläinen, F., Altisent, R., Bellver Capella, V., Cadena Serrano, F., Reyes López, M., Fernández Muñoz, P. I., ... Sánchez Chamorro, E. (2019). *Informe del Comité de Bioética de España valorando el borrador de Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios* [Informe del Comitè de Bioètica d'Espanya valorant l'esborrany del Protocol Addicional al Conveni d'Oviedo sobre Dretes Humans i Biomedicina sobre la protecció dels drets humans i la dignitat de les persones amb trastorns metnals respcte a ingressos i tractaments involuntaris].

Entre els organismes independents de Nacions Unides, la Relatora Especial dels drets de les persones amb discapacitat, Catalina Devandas, reafirma a l'informe temàtic sobre les formes específiques de privació de llibertat de les persones amb discapacitat, la obligació als Estats que deriva de la CDPD d'eliminar immediatament tota legislació que permet la privació de llibertat per raó d'una limitació presumpta o real, incloent la legislació de salut mental que permet i regula la privació de llibertat i el tractament involuntari per raó d'un diagnòstic de salut mental o d'un desordre mental. *Vid.*, Devandas, C. (2019). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. (A/HRC/40/54)* [Informe de la Relatora Especial sobre els drets de les persones amb discapacitat].

amb discapacitat i la seva plena i activa participació a la societat¹⁰³. La Resolució, per una banda, demana als Estats que garanteixin que les persones amb discapacitat retenen i exerceixen la seva capacitat jurídica en igualtat de condicions amb la resta (punt 7), en concordança amb la CDPD:

- a) Assegurant-se que el seu dret a prendre decisions no està limitat o és substituït per altres i que qualsevol mesura que els afecti s'adapti a les seves necessitats i que puguin rebre suport a la presa de decisions; i
- b) garantint que les persones sota un règim d'incapacitació i tutoria no veuen restringits els seus drets fonamentals i que reben el suport necessari per a exercir les drets segons la seva voluntat i desitjos; incloent les salvaguardes que convinguin per evitar abusos, entre d'altres mitjançant mecanismes periòdics de revisió que involucrin la persona afectada.

Aquests requeriments interpreten que la CDPD permet els règims d'incapacitació, tot i adoptar molts dels postulats de l'article 12. No obstant, cal tenir en compte el moment que la Resolució es va adoptar el 2009, prèviament a l'emissió de la OG-1(2014) que desenvolupa el contingut normatiu de l'article 12.

Més recentment, a l'Estratègia sobre Discapacitat (2017-2023) del Consell d'Europa es fa èmfasis en la necessitat de reemplaçar els règims de substitució a les decisions per règims de suport, però s'estableixen alguns límits. Quan no sigui possible establir règims de suport, les limitacions a la presa de decisions s'hauran de considerar de forma individual, proporcional i restringir-se a l'àmbit absolutament necessari. És a dir, tot i la novetat que suposa el reconeixement de la necessitat i prevalença de l'ús dels règims de suport, el CoE entén que és necessari mantenir les mesures de substitució a les decisions i la seva aplicació segons els criteris de l'últim recurs, la proporcionalitat, la necessitat i la

¹⁰³ Council of Europe, Parliamentary Assembly (2009), Access to rights for people with disabilities and their full and active participation in society, Resolution 1642 [*Consell d'Europa, Assamblea Parlamentària (2009), Accès als drets per les persones amb discapacitats i la seva plena i activa participació a la societat*], 26 de gener de 2009.

personalització; criteris que no són innovadors. Pel contrari, aquests ja s'havien definit el 1999 a la Recomanació N°R(99)4 sobre els Principis respecte la protecció legal dels adults incapaços¹⁰⁴.

2.3.3.2. El Tribunal Europeu de Drets Humans

La posició adoptada pel Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) sobre la qüestió es mereix un epígraf. El TEDH ha tractat la qüestió dels conflictes de drets que genera la incapacitació al marc del dret a la vida privada i el dret a un judici just (arts. 8 i 6 del Conveni Europeu de Drets Humans i Llibertats Fonamentals, CEDH, 1950), mantenint-se en la línia garantista de la Recomanació N°R(99)4.

El TEDH reconeix que la imposició de règims de substitució a les decisions interfereix seriosament en l'autonomia personal dels afectats (*Matter c Eslovaquia, o Shtukaturov c Rússia*)¹⁰⁵, però aquestes interferències es comprenen com a necessàries en una societat democràtica quan la persona afectada no té suficient capacitat per decidir i l'objectiu de la mesura és legítim, proporcionat i respon a una necessitat social urgent¹⁰⁶. Així mateix, el Tribunal reconeix que les persones amb discapacitat són un col·lectiu històricament discriminat i que, per tant, cal exigir rigoroses garanties a qualsevol restricció dels seus drets fonamentals i que l'Estat té poc marge d'apreciació per a la interferència en els seus drets (*Glass c Regne Unit*)¹⁰⁷, però, en canvi, atorga un "ampli marge d'apreciació" als Estats per a la determinació de la

¹⁰⁴ Comitè de Ministres del Consell d'Europa (1999), Recomanació N°R(99)4 sobre els Principis de la protecció legal dels adults incapaços, adoptada el 23 de febrer de 1999. [*Committe of Ministers of the Council of Europe (1999), Recommendation N°R(99)4 on Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults*]. La Recomanació adopta un model funcional d'atribució d'incapacitat desencadenat per un estat concret (una discapacitat mental, malaltia o raó similar) i estableix que entre els principis que hauran de guiar les mesures de protecció hi ha el principi de flexibilitat, de necessitat i subsidiarietat, de proporcionalitat, del procés degut i l'eficiència, de primacia del benestar i els interessos de la persona, respecte pels desitjos i sentiments de la persona i de consulta de tercers interessats.

¹⁰⁵ TEDH, sentència de 5 de juliol de 1999, *Matter c Eslovàquia*, ap. 31534/96; i TEDH sentència de 27 de juny de 2008, *Shtukaturov c Rússia*, ap. 44009/05.

¹⁰⁶ Lewis, 'Advancing Legal Capacity Jurisprudence'.

¹⁰⁷ TEDH, sentència de 9 de març de 2004, *Glass c Regne Unit*, ap. 61827/00.

competència mental d'una persona (*Shtukurov c Rússia*), determinació que, com s'ha assenyalat, pot tenir importants efectes sobre els drets fonamentals de les persones.

Segons resumeix Lewis, l'article 8 del CEDH desenvolupat a la jurisprudència del TEDH crea obligacions positives d'assegurar que hi ha un procediment disponible per les persones que veuen modificada la seva capacitat jurídica perquè puguin impugnar interferències significatives als seus drets, inclòs quan la persona afectada oposa resistència a les mesures en qüestió¹⁰⁸. En concret, i atenent a la jurisprudència al voltant de l'article 6 CEDH, les principals garanties d'un procés just en matèria de modificació de la capacitat són les següents¹⁰⁹: a) prendre mesures raonables per fer conèixer a la persona afectada l'aplicació del procés de restricció de la capacitat i que els diferents interrogatoris o exàmens que se li apliquen tenen aquesta finalitat; b) assegurar el dret de l'afectat a ser escoltat en persona o mitjançant alguna forma de representació; c) satisfer les garanties de tot procés contradictori quan aquesta sigui la naturalesa del mateix (accés a un advocat, desenvolupament del procediment en un temps raonable, etc.)

Al cas paradigmàtic *A.-M.V c Finlàndia* (2017)¹¹⁰, el Tribunal entra a ponderar si una decisió presa pel mentor¹¹¹ d'una persona amb discapacitat en contra de la voluntat de la persona i atenent al criteri del millor interès és conforme al dret a la vida privada (art. 8 CEDH). En aquest cas, el mentor havia pres una decisió respecte el lloc de residència de "A", que no coincidia amb el desig i preferències d'aquest, clarament expressades i manifestades en diverses ocasions. "A" preferia viure amb els seus pares adoptius, que s'havien mudat a

¹⁰⁸ Lewis, 'Advancing Legal Capacity Jurisprudence', ob. cit.

¹⁰⁹ Entre d'altres, TEDH, *Matter c Eslovàquia*, ob. cit; TEDH *Shtukurov c Rússia*, ob. cit; TEDH, sentència de 9 de juliol de 2012, *D.D. v Lituània*, ap. 13468/06; TEDH, sentència de 17 de gener de 2012, *Stanev v Bulgària*, ap. 36760/06 (CG); TEDH, sentència de 31 d'agost de 2016, *A. N. v Lituània*, ap. 17289/08; TEDH, sentència de 18 de setembre de 2014, *Ivinovic v Croàcia*, ap. 13006/13; TEDH, sentència de 25 de juliol de 2014, *M.S. v Croàcia*, 25 de julio de 2013, ap. 36337/10

¹¹⁰ TEDH, sentència, de 23 de març de 2017, *A.-M.V. c Finlàndia*, ap. 53251/13.

¹¹¹ A Finlàndia, el mentor és una figura a la que s'atorguen, de forma excepcional, poders de decisió sobre la vida de les persones amb discapacitat, tot i que aquesta no té modificada la seva capacitat d'obrar.

una zona remota al nord del país, però el mentor creia que era més convenient pel seu benestar viure en una zona més poblada amb més oportunitats d'accés a diferents espais de la vida social. El Tribunal considera pertinent fer referència en aquest cas a l'article 12 de la CDPD, així com a la OG-1 del Comitè, als que reconeix com a estàndards en matèria de drets humans per les persones amb discapacitat. El TEDH també fa referència a les obligacions positives de l'Estat en relació al dret a la vida privada, que inclouen "drets de central importància per la identitat, l'autodeterminació, la integritat física i moral de l'individu, el manteniment de les seves relacions amb els altres i un lloc estable i segur a la comunitat"¹¹².

L'argumentació del Tribunal es desenvolupa segons el clàssic *test* de ponderació, i es fonamenta, bàsicament, en revisar que el procés s'hagi desenvolupat amb les degudes garanties, segons previstes a la llei finlandesa, i en posar en evidència que la falta de capacitat del sol·licitant per entendre el que és en el seu millor interès justifica la interferència del dret en qüestió. En altres paraules, el TEDH no adopta el model de suport a les decisions i no entra a qüestionar la substitució de les decisions que ha tingut lloc, avalant així la imposició d'aquest règim per raó del *tipus i grau* de discapacitat de la persona.

En resum, el TEDH reconeix les interferències de drets que implica la restricció de la capacitat jurídica i la importància de satisfer les garanties del procés degut, però no entra a discutir el fons de la qüestió, que és la discriminació inherent en la imposició de la pròpia institució de substitució de les decisions. La jurisprudència del TEDH en matèria de capacitat jurídica ha adoptat una línia jurisprudencial formalista molt centrada en la satisfacció de les garanties procedimentals, però que legitima la limitació de la capacitat jurídica. Per a la ponderació sobre si les interferències a l'autonomia de les persones amb discapacitat constitueixen una vulneració de drets el TEDH utilitza uns criteris i un raonament diferents respecte els que s'apliquen per a les persones sense discapacitat. Per a les segons el Tribunal fa referència en múltiples ocasions a

¹¹² TEDH, *A.-M.V. c Finlàndia*, par. 76 (traducció pròpia).

l'existència d'un "dret a l'autonomia"¹¹³, per a les primeres s'ignora aquest "dret" i es significa la posició de vulnerabilitat de la persona i la necessitat de protecció que es vincula al *tipus i grau* de discapacitat, al *tipus i grau* de diagnòstic, i a la capacitat per prendre decisions; dos elements que es conceptualitzen des d'una perspectiva reduccionista i individual.

En un altre ordre de coses, cal mencionar que quan la persona sobre qui recau la mesura d'incapacitació en conflicte té un diagnòstic psiquiàtric aquest ocupa una posició central en la ponderació del conflicte de drets que fa el TEDH i s'aplica de forma preferencial l'excepció de l'article 5 del CEDH respecte el dret a la llibertat i la jurisprudència desenvolupada a partir de *Winterwerp c Països Baixos* (1979)¹¹⁴. Cal recordar que les mesures de privació de llibertat i d'incapacitació estan estretament relacionades i s'apliquen sovint conjunta o successivament; sens menystenir la crítica que s'ha de fer a l'excepció a la llibertat per "alienació" estipulada a l'article 5, que és plenament contrària a la CDPD i directament discriminatòria amb les persones amb discapacitat psicosocial¹¹⁵.

2.3.4. La resolució de conflictes davant normes divergents: prevalença de la CDPD

Els diferents estat part del Consell d'Europa vinculats pels instruments mencionats que contradiuen l'article 12 de la CDPD i que també han ratificat la

¹¹³ El "dret a l'autonomia" derivat del dret a la vida privada reconegut a l'article 8 del CEDH es menciona per primera vegada a la jurisprudència del TEDH a la sentència de 4 de desembre de 2003, *M.C. c Bulgària*, ap. 39272/99, a la opinió dissident de la magistrada Tulkens. Posteriorment, s'incorpora i es desenvolupa a altra jurisprudència aquest reconeixement i la seva delimitació: TEDH, sentència de 7 de març de 2006, *Evans c Regne unit*, ap. 6339/05, TEDH, sentència de 24 de setembre de 2007, *Tysiaç c Polònia*, ap. 5410/03, TEDH, sentència de 5 de juny de 2015, *Lambert i altres c França*, ap. 46043/14; TEDH, sentència de 30 de setembre de 2014, *Gross c Suïssa*; ap. 67810/10, entre d'altres.

¹¹⁴ TEDH, sentència de 24 d'octubre de 1979, *Winterwerp c Països Baixos*, ap. 6301/73.

¹¹⁵ Analitzo aquesta qüestió a: Maria Àngels Porxas Roig, *El tractament del malalt mental en els instruments internacionals de drets humans: Estudi comparatiu entre el Conveni Europeu de Drets Humans i la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat* (Barcelona: Generalitat de Catalunya, Premis de recerca en drets humans, 2015).

CDPD, entre ells Espanya, es poden trobar davant la situació d'haver d'atendre obligacions divergents i, en cert punt, incompatibles. Els principis bàsics de resolució de conflictes entre normes discrepants són: la *lex superior derogari lege inferiori* (criteri jeràrquic), *lex specialis derogari lege generali* (criteri d'especialitat) i *lex posterior derogari lege priori* (criteri cronològic).

Respecte el criteri jeràrquic, no hi ha jerarquia entre les normes d'igual rang. El principi de prevalença de la *lex superior*, que funciona molt bé a nivell d'ordenament jurídic intern, no serveix per a resoldre conflictes entre normes vinculants a nivell internacional, ja que dins de l'ordre internacional els sistemes regionals no es supediten al sistema de Nacions Unides. De fet, les seves normes formen part del mateix sistema del dret internacional dels drets humans¹¹⁶. A diferència de la Unió Europea, que ha ratificat la CDPD, el Consell d'Europa (CoE) no pot ser part del tractat, degut a la seva naturalesa (arts. 43 i 44 CDPD). Tampoc serveixen en aquest cas el principi *ius cogens* o el principi de preferència de l'article 103 de la Carta de Nacions Unides (1965) ja que les normes en conflicte no tenen caràcter *ius cogens* ni formen part de les obligacions concretes en virtut de la Carta de la ONU.

Respecte el criteri d'especialitat, norma àmpliament acceptada d'interpretació tècnica i jurídica per a la solució de conflictes normatius¹¹⁷, tampoc serveix en aquest cas ja que les normes en conflicte estan dirigides als mateixos destinataris (persones amb discapacitat) i no seria correcta atribuir un caràcter especial a una norma d'aplicació regional i un caràcter general a una norma d'aplicació universal¹¹⁸.

Respecte el criteri cronològic, aquest és de difícil aplicació a l'àmbit del dret internacional perquè una norma només queda expressament derogada quan ho fa el mateix òrgan que l'ha creat. Tot i això, en els casos concrets en conflicte, podem aplicar l'article 30 de les Convencions de Viena sobre el Dret dels

¹¹⁶ Koskenniemi, A/CN.4/L.6.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Francisco Bariffi, 'El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos', 2014.

Tractats (CVDT, 1969) que té l'objecte de resoldre conflictes entre "l'aplicació de tractats successius concernents a la mateixa matèria". Segons Bariffi¹¹⁹, encara que aquesta disposició està pensada per regular les relacions entre convenis que vinculen simultàniament a dos o més Estats de la comunitat internacional entre ells, també aplicaria en relació a dos convenis que vinculin a un Estat i l'obliguin davant els seus ciutadans en formes divergents o, inclús, contradictòries.

Pel que fa a l'aplicació i interpretació de la CDPD al marc de l'ordenament espanyol, davant el conflicte que pot sorgir entre les obligacions de la CDPD i les obligacions del CDHB o alguna altra norma regional a la que Espanya estigui obligada en relació amb les persones amb discapacitat, en aplicació de l'article 30 de la CVDT s'aplicarà el tractat successiu en detriment de l'anterior; és a dir, prevaldrà la CDPD¹²⁰.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Per contra, i a diferència del que opinen altres autors (ex. Bariffi, ob. cit), el principi pro-persona que aplica en matèria de drets humans, que indica que davant d'un conflicte d'aplicació de normes cal tenir en compte i optar per aquella interpretació que garanteixi el major grau de protecció dels drets humans de la persona, entenc que no ens serveix en aquest cas per resoldre el possible conflicte entre normes, ja que la percepció d'un major o menor grau de protecció dependrà de la posició política-ideològica respecte la discapacitat que s'atengui. És a dir, els detractors de l'article 12 de la CDPD entenen que aquest, de fet, pot portar a la vulneració dels drets humans de la persona i a la seva completa desprotecció i que els perjudicis de la eliminació de la incapacitació no superen els seus beneficis, mentre que els defensors del canvi de paradigma opinen que és la incapacitació la que vulnera els drets de la persona.

3. Reformes en matèria de capacitat jurídica en perspectiva internacional

3.1. Orígens dels models de suport a les decisions: experiències prèvies a la CDPD

3.1.1. El model canadenc

Els orígens teòrics dels models de suport es situen al Canadà a finals dels anys 80 i principis dels anys 90. Els primers principis articulats sobre el suport a la presa de decisions els va establir la *Canadian Association for Community Living* [Associació Canadenca per la Vida en Comunitat] el 1992. En aquell moment, aquesta organització ja problematitzava la incapacitació i entenia que aquesta es fonamentava en una mala interpretació que l'autonomia només podia ser exercida de forma independent.

El model canadenc de suport a les decisions està basat en alguns supòsits i principis, incloent els següents¹²¹: a) tots els adults tenen dret a l'autodeterminació i tenen dret a prendre decisions sobre tot allò que afecti a les seves vides amb el suport d'una persona escollida; b) tothom té una voluntat i és capaç de fer eleccions; i c) la llei ha de reconèixer els suports i no discriminar per raons relacionades amb diferents atribucions d'incapacitat mental.

Així doncs, fa tres dècades que al Canadà ja s'explorava teòricament, i a la pràctica, al voltant del nou paradigma sobre l'autonomia i la capacitat jurídica que ha adoptat la CDPD. Diferents entitats han desenvolupat aquests principis amb la finalitat de poder-los portar implementar. Aquestes distingeixen tres tipus de suports depenent de la seva finalitat¹²².

¹²¹ Arstein-Kerslake and Flynn, 'The Right to Legal Agency: Domination, Disability and the Protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities'.

¹²² Canadian Association for Community Living (CALC) Taskforce Report on Alternatives to Guardianship (1992); Bach, Michael, *The Right to Legal Capacity under the UNCRPD: Key Concepts and Direction of Law Reform* (Toronto: Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009); Bach, Michael i Lana Kerzner, *A New Paradigm for*

- a) Suports per assistir a la formulació dels propòsits i la voluntat de la persona, per explorar les diferents opcions i prendre una decisió.
- b) Suports per participar i relacionar-se en el procés de presa de decisions amb altres parts, i per a arribar a acords que donin efecte a les decisions preses, quan aquestes ho requereixin.
- c) Suports per dur a terme les decisions que un ha pres i per a complir amb les obligacions exigides en algun acord amb aquesta finalitat.

Segons a quin àmbit atenguin els suports aquests es poden classificar a la vegada en diferents tipus: suports per a la planificació de la vida, per a la comunicació i la interpretació, per a la construcció de relacions, per l'àmbit administratiu, suports de representació, etc.

Una de les principals aportacions del model canadenc de suport és que aquest s'allunyava del tradicional binarisme entre la determinació de la persona capaç d'obrar i la persona incapaç, en termes jurídics, per distingir tres estatus¹²³:

a) Aquells amb estatus de legalment independent: aquests tindrien les capacitats, per sí mateixos o amb assistència, d'entendre i apreciar la informació rellevant i les conseqüències previsibles de prendre una decisió.

b) Aquells amb estatus de suport a les decisions: aquests tindrien un suport, que podria ser una persona escollida per ells mateixos o per un tribunal, que podria interpretar o dur a terme les intencions de la persona segons els seus valors i identitat i que estaria obligat a consultar amb la persona afectada i prendre decisions sempre segons les preferències d'aquesta.

c) Aquells amb estatus de decisions facilitades: aquests gaudirien d'un facilitador que seria designat per un tribunal o per un document de voluntats anticipades o un mandat previ. El facilitador no implica una valoració de les habilitats cognitives o de l'estat de la persona que signifiqui que té més

Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity: Advancing Substantive Equality for Persons with Disabilities through Law, Policy and Practice (Toronto, 2010).

¹²³ Canadian Association for Community Living (CALC) Taskforce Report on Alternatives to Guardianship (1992); Bach, Michael, ob. c it.; Bach, Michael i Lana Kerzner, ob. cit.

necessitats que la persona amb suport, sinó que significa que la persona amb un facilitador no té un estat de persona amb independència legal ni té ningú al seu voltant que el coneixi suficientment per a poder interpretar la seva voluntat i intencions o, encara que tingui persones de confiança, aquets no aconsegueixen interpretar la seva voluntat i preferències. El facilitador, com el seu nom indica, facilita la presa de decisions necessàries i, quan és impossible fer-ho atenent al coneixement sobre la voluntat o preferències de la persona, ho fa seguint el criteri del “millor interès”.

El model proposat entén el facilitador, al cap i a la fi, com una persona que pren decisions en substitució de la persona afectada, però sense anomenar la qualitat de representant o substitut. En aquest sentit, cal tenir en compte que la representació no vulnera, en sí mateixa, el paradigma de la capacitat jurídica universal, excepte quan aquesta és imposada en contra de la voluntat de la persona i/o quan implica una restricció de la capacitat de la persona de dur a terme actes jurídics per ella mateixa. No queda clar si la persona perdria la seva capacitat d'obrar en aquets casos, però sembla apuntar a que aquest estatus s'aplicaria només en aquelles situacions més extremes en les que no hi hauria la possibilitat de conèixer la voluntat de la persona i aquesta no podria actuar per ella mateixa.

Tanmateix, l'element més rellevant aportat pel model i que cal destacar és el fet que es considera que una persona amb els suports necessaris pot ser una “persona legalment independent”; és a dir, en els termes jurídics tradicionals, una persona amb plena capacitat d'obrar. Es redefineix, així, el *test* de la competència, per introduir l'element del suport o l'assistència. Segons els autors, els estatus són dinàmics, s'han de decidir en relació amb una decisió particular, i l'habilitat de demostrar comprensió es pot tenir de forma individual o amb assistència. Una persona en un estat de suport podria, doncs, satisfer el test. Però una persona que no el satisfés estaria necessàriament en un estat de suport o facilitació.

El 1996 entra en vigor el *Representation Agreement Act* [Llei dels Acords de Representació, RAA, sigles en anglès] a l'estat de British Columbia al Canadà amb l'objectiu de permetre als adults preveure i planificar per anticipat

decisions sobre la seva salut, la cura personal, la gestió de la seva economia o altres qüestions, tant el com, quan i amb qui, perquè aquestes voluntats es facin efectives en un moment en què siguin incapaços de prendre-les de forma independent. Així, els acords de representació són una forma de suport principalment de tipus preventiu en el que la persona o persones designades representaran la persona afectada en els àmbits i la forma indicats per aquesta quan ella no pugui prendre decisions; però també preveuen que el representant actuï com suport consubstancial, ajudant a la persona a prendre les decisions per ella mateixa (sec. 7 RAA), segons es determini a l'acord.

La regulació sobre els acords és molt minuciosa i es caracteritza per la flexibilitat en l'establiment del contingut dels acords. Una innovació significant introduïda pel RAA en relació a la capacitat de la persona és que es preveuen dos llindars diferents de necessitat segons el tipus d'acord a prendre: a) pels anomenats acords estàndards (la cura personal, la gestió diària de les finances de la persona, qüestions de salut o accés a la justícia, amb algunes excepcions), qualsevol adult pot dur a terme un acord d'aquest tipus, també quan es considera que la persona no és capaç de fer un contracte, de cuidar de la seva pròpia salut o de les seves qüestions personals o legals o de gestionar les qüestions econòmiques diàries); en canvi, b) pels anomenats acords no-estàndards, (que inclouen certes decisions sobre la salut, sobre on i amb qui viure, dur a terme subjeccions físiques, decisions diàries sobre què vestir i menjar, etc.) es requereix que la persona que atorga l'acord sigui capaç "d'entendre la naturalesa i les conseqüències" de l'acord proposat.

Aquests precedents en relació als models de suport a les decisions situen Canadà entre els països amb més tradició pel que fa a la cerca d'alternatives als règims tradicionals de substitució a les decisions basats en el binomi capacitat/incapacitat. Entre els models de suport desenvolupats legalment per aquest país predominen els models de tipus privat en què la persona atorga un contracte o acord de representació o suport preventiu. Tot i això, la incapacitació no s'ha eliminat en cap legislació canadenca. De fet, Canadà va dur a terme una declaració i reserva a l'article 12, reconeixent la presumpció de la capacitat jurídica de totes les persones amb discapacitat en igualtat de condicions a la resta, però interpretant que l'article en qüestió permet prendre

mesures de suport i substitució a les decisions en les circumstàncies adequades prescrites per llei. En aquesta línia, Canadà va preveure a la declaració interpretativa de l'article 12 que, en el cas que finalment s'interpretés que aquesta disposició requereix la eliminació de tota forma de substitució a les decisions, com ha succeït a la OG-1, es reservava el dret de continuar utilitzant aquestes mesures de substitució amb l'aplicació de totes les garanties apropiades i efectives.

3.1.2. Altres experiències

La previsió de figures de suport a la presa de decisions de naturalesa preventiva és habitual en molts ordenaments. Però alguns països europeus, prèviament a l'adopció de la CDPD, havien previst al seus respectius ordenaments diferents figures consubstancials de suport a la presa de decisions. Cal destacar els models de Suècia i Alemanya, així com la previsió de la figura de la *amministrazione de sostegno* a Itàlia (2004).

En referència a Suècia i Alemanya, ambdós països van abolir la incapacitació i les formes més invasives de substitució a les decisions als anys 90, però els dos mantenen la possibilitat de prendre decisions en substitució de la persona afectada i en contra la seva voluntat en situacions excepcionals.

3.1.2.1. Suècia

Seguint a Stanley¹²⁴, Suècia es va convertir en el país pioner en eliminar la incapacitació i la figura del tutor pels adults amb una modificació el 1989 a la norma que regulava la incapacitació i altres mesures menys invasives de substitució a les decisions en l'àmbit de les relacions paterno-filials [el *Foraidrabalken*]. Els serveis de provisió a les persones amb discapacitat estan molt descentralitzats, regulats per legislació estatal, però administrativament

¹²⁴ Stanley S. Herr, 'Self-Determination, Autonomy and Alternatives for Guardianship', a *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities: Different but Equal*, ed. per Stanley S. Herr; Harold Hongju Koh; Lawrence Ogalthorpe Gostin (Oxford University Press, 2003).

controlats per les diferents municipalitats (*Kommune*). Cada *Kommune* de les 275 existents té una oficina pública que s'encarrega de supervisar la labor de les diferents figures de suport existents. Actualment hi ha dues figures de suport a les decisions consubstancials: el denominat mentor [*god Man*] i l'administrador [*Forvaltare*].

El *god man* (o mentor) és una figura d'ajuda i suport d'aplicació prioritària segons la norma. El mentor només actua amb el consentiment de la persona beneficiària, que manté tots els seus drets civils. Els deures i les facultats del mentor són similars als d'un apoderat, però a diferència d'aquest, el *god man* pot ser designat per una persona que es considera incapaç d'atorgar consentiment per fer un poder. Així, els mentors poden ser designats per la persona beneficiària o, en aquells casos en què la persona és plenament incapaç de consentir, per un Tribunal, després que un professional mèdic certifiqui aquesta incapacitat. En qualsevol cas, els procediments de designació són relativament informals, gratuïts i ràpid, ja que es basen en el consentiment directe, en la majoria dels casos. La persona que exerceix el càrrec està remunerada, també si és un familiar i és finançada públicament.

El *forvaltare* (o administrador) és l'últim recurs quan el *god man* no és suficient o la persona el rebutja i es posen greument en perill interessos personals o econòmics. L'administrador és, de fet, molt similar a un tutor, ja que pot actuar en substitució de la persona, però la persona manté la seva capacitat jurídica i d'actuar en dret. Per a solucionar possibles danys econòmics que resultin d'un acte inadequat exercit per la persona amb discapacitat, la llei preveu diferents formes perquè tal acte pugui ser anul·lat, les quantitats reclamades i no hi hagi obligació de compensació a tercers per pèrdues. És a dir, tot i permetre's la substitució de decisions al *forvaltare* per aquells actes determinats pel jutge, la norma prioritza el respecte a les llibertats i l'exercici de l'autonomia de la persona amb discapacitat, mantenint la seva capacitat d'obrar, per davant de la seguretat del tràfic jurídic i dels interessos de tercers.

Tot i haver eliminat plenament les declaracions d'incapacitat, el Comitè valora que Suècia no compleix plenament amb el marc de l'article 12 ja que permet la substitució de decisions mitjançant la figura de l'administrador¹²⁵.

3.1.2.2. Alemanya

Alemanya també va abolir el tradicional sistema d'incapacitació als anys 90, dissociant la fins llavors inseparable restricció de l'exercici dels drets i la designació d'un tutor o una persona que cuidi dels afers de la persona afectada. El nou sistema està basat en la dissociació entre la declaració d'incapacitat i la facultat de poder tenir un representant o un suport. El sistema consisteix en la designació d'un representant legal nomenat pel Tribunal (*gesetzlicher Betreuer*) que s'ocuparà d'aquelles tasques o grups de tasques específiques determinades pel Tribunal, respectant la voluntat i preferències de la persona. El *Betreuer* es designarà per sol·licitud de la pròpia persona o del mateix Tribunal, i en principi no pot ser aplicat contra la voluntat de la persona (sec. 1896.1a). Només es designarà quan no hi hagi altres persones, reconegudes o no formalment, que estiguin ocupant-se i donant suport a la persona en aquestes tasques (sec. 1896.2 BGB). És a dir, es preveu com una forma subsidiària a la xarxa de suport formal o informal que pugui existir. Però el *Betreuer* no és una figura de suport en sentit estricte, ja que té varies de les característiques que el Comitè identifica als règims de substitució:

En primer lloc, el supòsit de fet de la seva aplicació s'emmarca en el model mèdic, ja que es preveu per a aquelles persones adultes que, per raó d'una malaltia mental o d'una limitació física, mental o psicològica, no poden fer-se càrrec dels seus assumptes, en part o totalment (sec. 1896 BGB); és a dir, que s'han de donar simultàniament dues condicions: a) un estat de la persona determinat per un diagnòstic de trastorn mental o per una limitació d'un altre tipus; i b) que d'aquesta se'n derivi la incapacitat d'autogovernar-se. Es parteix, per tant, d'un model individual en què s'entén que la incapacitat deriva de l'estat de la persona.

¹²⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Suecia, 12 de mayo de 2014, CRPD/C/SWE/CO/1.

En segon lloc, se li permet la representació i substitució de les decisions de la persona (sec. 1902 BGB), així com la possibilitat de dur a terme una reserva de consentiment (sec. 1903 BGB), que consisteix en què la persona sota custòdia requereix el consentiment del *Betreuer* per a poder realitzar les tasques especificades a la reserva, excepte quan aquestes siguin beneficioses per la persona o consistixin en activitats de la vida diària. Amb algunes condicions, com l'aprovació del Tribunal, entre d'altres, el *Betreuer* pot consentir per la persona en referència a qüestions molt personals, com sobre tractaments mèdics, sobre l'esterilització o sobre l'ingrés en establiments associats amb formes de privació de llibertat.

En tercer lloc, malgrat que preval el criteri de la voluntat i les preferències, aquest està limitat pel millor interès de la persona. La sec. 1901.3 BGB introdueix una clàusula vaga en aquest sentit, que especifica que la voluntat i preferències de la persona prevaldran, sempre i quan no siguin inconsistents amb el seu millor interès (sec. 1901. 3 BGB). La doctrina i jurisprudència ha aclarit el significat d'aquesta limitació, en el sentit que prevaldran sempre els desitjos i preferències de la persona excepte quan es donin dos supòsits: a) quan siguin conseqüència de la condició psiquiàtrica; i b) quan provocarien un dany a la persona.

En resum, la figura del *Betreuer* introduïa en el seu moment canvis innovadors i una tendència a flexibilitzar les figures de suport i a introduir garanties que les fessin menys invasives. Tanmateix, aquesta figura també ha quedat obsoleta al marc dels models de suport que preveu la CDPD. Per totes aquestes raons, el Comitè considera el sistema del *Betreueung* incompatible amb l'article 12 i recomana a Alemanya reemplaçar-lo per un model de suport a les decisions¹²⁶.

3.1.2.3. Itàlia

¹²⁶ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Germany, 13 may 2015, (CRPD/C/DEU/CO/1).

El 9 de gener de 2004, Itàlia aprova la llei n° 6 de modificació del Títol XII del Codi Civil per introduir la figura de la *amministrazione di sostegno*. La finalitat de la norma és la de “tutelar, amb la menor limitació possible de la capacitat d’obrar de la persona, a la persona privada totalment o en part d’autonomia, per a l’execució de les funcions de la vida quotidiana, mitjançant la intervenció del suport de forma temporal o permanent” (art. 1, traducció pròpia). Com s’observa a la definició de l’objectiu de la norma, no es preveu el reconeixement de la capacitat jurídica universal, sinó la introducció d’una figura menys invasiva a la del tutor perquè doni suport a la persona afectada per una limitació de l’autonomia, entesa com una habilitat individual que depèn només de les capacitats de la persona afectada, que no afecta necessàriament la capacitat d’obrar de la persona, amb excepcions, i que cohabita a l’ordenament amb altres formes de substitució a les decisions que impliquen restricció de la capacitat d’obrar.

L’*amministrazione di sostegno* és escollida de forma preventiva per la persona beneficiària o pel Tribunal, subsidiàriament. La persona que rep el suport manté la seva capacitat d’obrar, excepte per aquelles qüestions en què l’administrador tingui representació exclusiva o exerceixi l’assistència necessària (art. 409). Així mateix, l’administrador pot ser designat de forma temporal, però també indefinida (art. 405). Per a tot això, tampoc aquesta figura pre-CDPD satisfà al Comitè, que recomana reemplaçar-la per models de suport a les decisions¹²⁷.

En resum, existeixen diverses experiències de suport consubstancial a la presa de decisions prèvies a la CDPD que, si bé no satisfan els requisits exigits per l’article 12, introdueixen algunes característiques dels models de suport que posteriorment preveurà el Comitè com a elements de bones pràctiques: la temporalitat, la voluntarietat, la subsidiarietat als suports informals, la gratuïtat o la flexibilitat. Però és després de l’adopció de la CDPD que tenen lloc algunes de les reformes legals més disruptives amb el paradigma tradicional.

¹²⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Italy, 6 October 2016, (CRPD/C/ITA/CO/1).

3.2. Reformes posteriors a la CDPD

3.2.1. Panoràmica general

Després de l'adopció de la CDPD han tingut lloc diverses reformes legals importants en matèria de capacitat jurídica entre els països que han ratificat el tractat, amb l'objectiu de conciliar els ordenaments nacionals amb el paradigma de la capacitat jurídica universal. Tot i que el mandat de l'article 12 està lluny de ser implementat, algunes reformes, poques, han eliminat la incapacitació civil, i hi ha una tendència creixent a la previsió de les figures de suport a la presa de decisions. Caldrà estar atent a com el Comitè valora les reformes més transgressores¹²⁸.

Segons l'impacte de les reformes al sistema tradicional d'incapacitació s'han identificat tres tendències: a) aquelles en què els règims de substitució a les decisions no s'alteren però es preveuen noves figures de suport; per tant, coexisteixen ambdós paradigmes; b) aquelles que suprimeixen les formes més invasives de substitució a les decisions, mantenint les més flexibles junt amb nous models de suport, (que són la majoria); i c) aquelles que han reemplaçat totalment els règims de substitució a les decisions i restricció de la capacitat per sistemes de suport a les decisions.

Entre els països que han dut a terme modificacions legislatives importants en matèria de capacitat jurídica posteriorment a l'adopció de la CDPD hi ha França (2007), Alberta (Canada, 2008), Bèlgica (2013), Letònia (2013), Suïssa (2013), Argentina (2014), República Txeca (2014), Victoria (Austràlia, 2014), Geòrgia (2015), Irlanda (2015), Croàcia (2015), República Eslovaca (2015), Brasil (2015), Costa Rica (2016), Israel (2016), Àustria (2017), Perú (2018), Colòmbia (2019) i Catalunya, on el 2010 es va aprovar la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del

¹²⁸ Al moment d'escriure aquest estudi (2019), el Comitè ha revisat els informes inicials de tots els Estats part de la CDPD i no hi ha cap Estat que compleixi amb el mandat de l'article 12. Tanmateix, les reformes més recents encara no han estat objecte d'avaluació per part d'aquest òrgan.

llibre segon del Codi Civil, relatiu a la persona i a la família, on es va introduir la figura de l'assistent a la presa de decisions¹²⁹.

La principal tendència d'aquestes reformes ha estat la de restringir la incapacitació absoluta, però mantenir les formes menys invasives o més flexibles de suport, que coexisteixen amb les noves figures de suport (opció b). Aquesta tendència de regulació no és nova, als anys 90, com s'ha assenyalat, ja va tenir lloc un moviment de desacreditació de la incapacitació *absoluta* que va propiciar algunes reformes en aquest sentit. Tanmateix, les modificacions legislatives més recents han optat per l'absoluta eliminació de la incapacitació, escollint models que fins al moment eren anecdòtics. Caldrà veure si es consolida aquesta tendència o si aquests es consoliden com a casos excepcionals, i caldrà veure, també, si aquestes normes es desenvolupen i s'estableixen polítiques que permetin la seva implementació.

Amb la modificació legislativa es satisfà l'igual reconeixement de les persones amb discapacitat davant la llei, però no es garanteix l'exercici de tots els drets en igualtat de condicions¹³⁰; per a això, les organitzacions nacionals que representen a les persones amb discapacitat i la interpretació que facin els tribunals de les normes en qüestió jugaran un paper clau en la satisfacció dels drets dels destinataris. En aquest sentit, cal tenir present que algunes de les reformes han estat propiciades per decisions dels tribunals superiors dels països corresponents que han problematitzat la incapacitació amb el marc

¹²⁹ S'analitza aquesta figura a la llum de la CDPD a l'apartat 4.5.1.4.

¹³⁰ El 2014, Inclusion International (la xarxa mundial d'organitzacions de persones amb discapacitat intel·lectual i les seves famílies), publica l'informe *Independientes pero no solos* [Independents però no sols], en el que intenten donar resposta a algunes de les preguntes sobre com establir els suports a la presa de decisions i com superar les principals barreres. L'informe és el resultat del treball amb 80 organitzacions de més de 40 països i més de 600 persones entre individuals, autogestors, familiars, defensors dels drets i professionals, pel que representa un document amb ampli consens sobre el perfil que haurien de tenir aquests suports i els diferents elements necessaris pel canvi. L'informe apunta les reformes legislatives com un dels elements necessaris, però no suficients. Així mateix, els suports formals reconeguts jurídicament representen, també, solament una forma d'oferir suports. Per a l'èxit dels models de suport, es destaca la necessitat de crear xarxes de suport a les decisions, així com la importància que les persones que integren la xarxa adoptin el criteri de la voluntat i les preferències. *Vid.*, Inclusion International, *Independiente pero no solo: Informe mundial sobre el derecho a decidir* (London, 2014).

constitucional respecte a la llum de la CDPD¹³¹; pel contrari, altra jurisprudència ha legitimat aquestes institucions reinterpretant el sentit de l'article 12 de la CDPD i establint que, de fet, algunes formes d'incapacitació són conformes al mandat de l'article 12, com ha estat el cas de dels Tribunals espanyols¹³².

3.2.2. La capacitat jurídica i els suports a Costa Rica, Perú i Colòmbia

En aquest apartat es sistematitza com algunes de les reformes més transgressores amb el sistema tradicional preveuen el reconeixement de la capacitat jurídica i s'analitza, en concret, com preveuen aquells elements que el Comitè ha identificat com a requisits ideals dels nous models de suport amb l'objectiu que serveixin per inspirar la proposta de reforma de l'ordenament civil català. S'analitzen les reformes de Costa Rica, Perú i Colòmbia, per ser les tres úniques que suprimeixen plenament la restricció de la capacitat jurídica i per tractar-se de tres sistemes jurídics d'origen romà, molt propers al sistema civil espanyol i català.

A Costa Rica és la Llei n° 9379 per a la promoció de l'autonomia personal de les persones amb discapacitat [*Ley n° 9379 para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad*], de 30 d'agost de 2016, la que adopta el model de suport, desenvolupada pel Decret Executiu 41087 que aprova el Reglament a la llei per a la promoció de l'autonomia personal de les persones amb discapacitat [*Reglamento a la ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad*], publicat a La Gaceta el 23 de maig de 2018; a Perú la modificació de les corresponents disposicions del Codi civil en matèria de capacitat jurídica es duu a terme mitjançant el Decret Legislatiu n° 1383 que reconeix i regula la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat en igualtat de condicions [*Decreto Legislativo n°*

¹³¹ Aquest és el cas de la sentència del Tribunal Constitucional de República Txeca de 2009, de la sentència del Tribunal Constitucional de Letònia de 2010, i de la sentència del Tribunal Constitucional de Geòrgia de 2014, mencionades anteriorment, que precedeixen les respectives modificacions als codis civils corresponents.

¹³² Veure a l'apartat 4.6.2.

1383 que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones], de 4 de setembre de 2018; i a Colòmbia és la Llei 1996 de 2019, per mitjà de la qual s'estableix el règim per a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat majors d'edat [Ley 1996 de 2019, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad], de 26 d'agost.

Els elements de les tres reformes que s'utilitzen d'indicadors a la següent taula corresponen a aquelles condicions identificades pel Comitè que s'haurien d'acomplir per satisfer el mandat de l'article 12: el reconeixement universal de la capacitat jurídica, el model sota el que s'aproxima la discapacitat i la forma com es preveuen els suports o altres mesures per a l'exercici de la capacitat jurídica (inclosos el supòsit de fet dels suports, el reconeixement de la mesura, la gratuïtat, entre d'altres)¹³³.

País	Element d'anàlisi
Costa Rica	<p>Art. 5 Igualdad jurídica de las personas con discapacidad</p> <p>Todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica, lo que implica:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) El reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar. b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses. c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona. <p>Para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, en un marco de respeto a su voluntad y preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida, se establece la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, que</p>

¹³³ Per a aquesta taula es respecta l'ús de la llengua espanyola per ser l'idioma original de redacció de les legislacions en anàlisi amb l'objectiu de ser fidels al sentit i termes del text original.

	<p>será proporcionada y adaptada a la circunstancia de la persona.</p>	
Perú	<p>Art. 3 Capacidad jurídica</p> <p>Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.</p> <p>La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.</p> <p>Art. 42 Capacidad de ejercicio plena</p> <p>Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.</p> <p>Art. 44 Capacidad de ejercicio restringida</p> <p>Tienen capacidad de ejercicio restringida: (...)</p> <p>9) Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.</p>	<p>Reconeixement i restriccions de la capacitat jurídica</p>
Colòmbia	<p>Art. 6 Presunción de capacidad.</p> <p>Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usar o no apoyos para la realización de actos jurídicos.</p> <p>En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.</p> <p>La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.</p> <p>Art. 8 Ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad legal</p> <p>Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume.</p> <p>La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente.</p> <p>Art. 9 Mecanismos para establecer apoyos para la realización de actos jurídicos.</p> <p>La capacidad de realizar actos jurídicos de manera</p>	<p>Reconeixement i restriccions de la capacitat jurídica</p>

	<p>independiente se presume.</p> <p>La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente.</p>	
Costa Rica	<p>Art. 5 Igualdad jurídica de las personas con discapacidad</p> <p>(...) La persona que el juez o la jueza designe para ejercer la salvaguardia se denominará garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.</p> <p>Art. 2 Definiciones</p> <p>k) Asistente personal: persona mayor de dieciocho años capacitada para brindarle a la persona con discapacidad servicios de apoyo en la realización de las actividades de la vida diaria, a cambio de una remuneración.</p> <p>(...) l) Garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad: persona mayor de dieciocho años que, para asegurar el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones. Para los casos de personas con discapacidad que se encuentren institucionalizadas en entidades del Estado, el garante podrá ser una persona jurídica.</p>	Tipus i forma dels suports
Perú	<p>Artículo 659-B Definición de apoyos</p> <p>Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.</p>	Tipus i forma dels suports
Colòmbia	<p>Art. 3 Definiciones. Para efectos de la presente ley, se utilizarán las siguientes definiciones:</p> <p>(...) 4. Apoyos. Los apoyos de los que trata la presente ley son tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales.</p> <p>Apoyos formales. Son aquellos apoyos reconocidos por la presente ley, que han sido formalizados por alguno de los procedimientos contemplados en la legislación nacional, por medio de los cuales se facilita y garantiza el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada, por parte del titular del acto jurídico determinado.</p> <p>Art 15. Acuerdos de apoyo. Los acuerdos de apoyo son un mecanismo de apoyo formal por medio del cual una</p>	Tipus i forma dels suports

	<p>persona, mayor de edad, formaliza la designación de la o las personas, naturales o jurídicas, que le asistirán en la toma de decisiones respecto a uno o más actos jurídicos determinados. [Se pueden llevar a cabo ante notario o ante conciliadores extrajudiciales]</p> <p>Art. 21. Directivas anticipadas.</p> <p>Las directivas anticipadas son una herramienta por medio de la cual una persona, mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos. Estas decisiones pueden versar sobre asuntos de salud, financieros o personales, entre otros actos encaminados a tener efectos.</p> <p>Art 25 Personas de apoyo en directivas anticipadas.</p> <p>Aquellas personas distintas a la persona titular del acto que adquieran obligaciones de hacer en cumplimiento de la voluntad y preferencias expresadas por medio de una directiva anticipada, y que suscriban la misma, se entenderán como personas de apoyo y estarán sujetas a las reglas de responsabilidad establecidas para estos efectos en la presente ley.</p> <p>Art. 32 Adjudicación judicial de apoyos para la realización de actos jurídicos</p> <p>Es el proceso judicial por medio del cual se designan apoyos formales a una persona con discapacidad, mayor de edad, para el ejercicio de su capacidad legal frente a uno o varios actos jurídicos concretos. (...)</p>	
<p>Costa Rica</p>	<p>Art. 8: Están legitimados para solicitar la salvaguardia:</p> <p>a) La propia persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial.</p> <p>b) Excepcionalmente, cuando en virtud de una limitación funcional a la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite solicitar por sí misma la salvaguardia, los familiares, de conformidad con la legislación vigente.</p> <p>c) A falta de familiares, estarán legitimadas la institución u organización no gubernamental que le brinde servicios, apoyos y/o prestaciones sociales a la persona para la cual se solicita la salvaguardia.</p>	<p>Supòsit de fet i legitimació activa</p>
<p>Perú</p>	<p>Artículo 45.- Ajustes razonables y apoyo</p> <p>Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.</p> <p>Artículo 45-b- Designación de apoyos y salvaguardias</p> <p>Pueden designar apoyos y salvaguardias:</p> <p>1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias</p>	

designados judicial o notarialmente.

2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente.

3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado.

4. Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 [estado de coma] del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código.”

Apoyos y salvaguardias

Artículo 659–A. Acceso a apoyos y salvaguardias

La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio

Artículo 659–D. Designación de los apoyos

La persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente.

Artículo 659–E.- Excepción a la designación de los apoyos por juez

El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.

El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica.

Artículo 659 F.- Designación de apoyos a futuro

Supòsit de fet i legitimació activa

Toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, la persona puede disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En el documento debe constar el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro surte eficacia.

Colòmbia Art. 9 Mecanismos para establecer apoyos para la realización de actos jurídicos.

Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos.

Los apoyos para la realización de actos jurídicos podrán ser establecidos por medio de dos mecanismos:

1. A través de la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o

personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración del mismo;

2. A través de un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario, según sea el caso, para la designación de apoyos, denominado

proceso de adjudicación judicial de apoyos.

Art 15. Acuerdos de apoyo. Los acuerdos de apoyo son un mecanismo de apoyo formal por medio del cual una persona, mayor de edad, (...)

Art. 21. Directivas anticipadas.

Las directivas anticipadas son una herramienta por medio de la cual una persona, mayor de edad

Art. 32 Adjudicación judicial de apoyos para la realización de actos jurídicos

La adjudicación judicial de apoyos se adelantará por medio del procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuando sea promovido por la persona titular del acto jurídico, de acuerdo con las reglas señaladas en el artículo 37 de la presente ley, ante el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto.

Excepcionalmente, la adjudicación judicial de apoyos se tramitará por medio de un proceso verbal sumario cuando sea promovido por persona distinta al titular del acto jurídico, conforme a los requisitos señalados en el artículo 38 de la presente ley.

Art. 38 Adjudicación de apoyos para la toma de decisiones promovida por persona distinta al titular del acto jurídico (...)

1. La demanda solo podrá interponerse en beneficio exclusivo de la persona con discapacidad. Esto se

Supòsit de fet i legitimació activa

	<p>demostrará mediante la prueba de las circunstancias que justifican la interposición de la demanda, es decir que a) la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, y</p> <p>b) que la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.</p>	
Costa Rica	<p>Art. 10 Obligaciones de la persona garante para la igualdad jurídica</p> <p>La persona garante para la igualdad jurídica tendrá, para con la persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, las siguientes obligaciones:</p> <p>a) No actuar, sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona con discapacidad. (...)</p> <p>e) Garantizar y respetar los derechos, la voluntad, las preferencias, las habilidades y las capacidades de las personas con discapacidad.</p>	Principi de la voluntat i les preferències
Perú	<p>Artículo 659-B Definición de apoyos</p> <p>Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo. (...)</p> <p>Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, <i>la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.</i></p>	Principi de la voluntat i les preferències
Colòmbia	<p>Art. 4. Principios</p> <p>Los siguientes principios guiarán la aplicación y la interpretación de la presente ley, en concordancia con los demás principios establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el fin de garantizar la efectiva realización del derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad. (...)</p> <p>2. Autonomía. En todas las actuaciones se respetará el derecho de las personas a autodeterminarse, a tomar sus propias decisiones, a equivocarse, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad conforme a la</p>	

	<p>voluntad, deseos y preferencias propias, siempre y cuando estos, no sean contrarios a la Constitución, a la ley, y a los reglamentos internos que rigen las entidades públicas y privadas.</p> <p>3. Primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico. Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deberán siempre responder a la voluntad y preferencias de la persona titular del mismo. En los casos en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer la voluntad y preferencias de la persona de forma inequívoca, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.</p>	<p>Principi de la voluntat i les preferències</p>
<p>Costa Rica</p>	<p>Art. 11 Obligaciones de la persona garante para la igualdad jurídica</p> <p>La persona garante para la igualdad jurídica tendrá, para con la persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, las siguientes obligaciones:</p> <p>a) No actuar, sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona con discapacidad.</p> <p>b) Apoyarla para la protección y la promoción de todos sus derechos, especialmente el derecho de la persona con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia, sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges y a tener acceso a información y educación sobre reproducción y planificación adecuada para su edad.</p> <p>c) Asistirla en la toma de decisiones en el ámbito legal, financiero y patrimonial, de manera proporcional y adaptada a la condición de la persona a la que asiste.</p> <p>d) Garantizar que la persona con discapacidad tenga acceso a información completa y accesible para que decida sobre sus derechos sexuales y reproductivos, en igualdad de condiciones con los demás. La esterilización será una práctica excepcional que se aplicará a solicitud de la misma persona con discapacidad o cuando sea necesaria e imprescindible para la preservación de su vida o integridad física.</p> <p>e) Garantizar y respetar los derechos, la voluntad, las preferencias, las habilidades y las capacidades de las personas con discapacidad.</p> <p>f) Brindar apoyo a la persona con discapacidad en el</p>	<p>Facultats i obligacions dels suports</p>

	<p>ejercicio de su maternidad o paternidad, velando siempre por el resguardo del interés superior del niño y la niña, y apoyarla en las gestiones necesarias para solicitar el apoyo estatal para estos fines, cuando lo requiera.</p> <p>g) No ejercer ningún tipo de presión, coerción, violencia ni influencia indebida en el proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad.</p> <p>h) No brindar consentimiento informado, en sustitución de la persona con discapacidad.</p> <p>i) No permitir que la persona con discapacidad sea sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.</p> <p>j) No permitir que la persona con discapacidad sea sometida a experimentos médicos o científicos, sin que para este último caso la persona con discapacidad haya brindado su consentimiento libre e informado.</p> <p>k) Proteger la privacidad de la información personal, legal, financiera, de la salud, de la rehabilitación, de la habilitación y demás datos confidenciales de la persona con discapacidad.</p>	
<p>Perú</p>	<p>Artículo 659-B Definición de apoyos</p> <p>Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo. El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 569. [L'article 569 és derogat per la Disposició Complementària Derogatòria de la mateixa norma]</p>	<p>Facultats i obligacions dels suports</p>
<p>Colòmbia</p>	<p>Art. 46 Obligaciones de las personas de apoyo</p> <p>Las personas de apoyo tienen las siguientes obligaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Guiar sus actuaciones como apoyo conforme a la voluntad y preferencias de la persona titular del acto. 2. Actuar de manera diligente, honesta y de buena fe conforme a los principios de la presente Ley. 3. Mantener y conservar una relación de confianza con la persona a quien presta apoyo. 4. Mantener la confidencialidad de la información personal de la persona a quien presta apoyo. 5. Las demás que le sean asignadas judicialmente o acordadas entre la persona titular del acto y la persona de apoyo. 	

6. Comunicar al juez y al titular del acto jurídico todas aquellas circunstancias que puedan dar lugar a la modificación o terminación del apoyo, o que le impidan cumplir con sus funciones.

Art. 47 Acciones de las personas de apoyo

Entre las acciones que pueden adelantar las personas de apoyo para la celebración de actos jurídicos están los siguientes, sin perjuicio de que se establezcan otros adicionales según las necesidades y preferencias de cada persona:

1. Facilitar la manifestación de la voluntad y preferencias de la o el titular del acto jurídico para la realización del mismo, habiendo discutido con la persona las consecuencias o implicaciones de sus actos.
2. Facilitar la comprensión de un determinado acto jurídico a su titular.
3. Representar a la persona en determinado acto jurídico.
4. Interpretar de la mejor manera la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto jurídico, en los casos en que esta se encuentre absolutamente imposibilitada para interactuar con su entorno por cualquier medio.
5. Honrar la voluntad y las preferencias de la o el titular del acto jurídico, establecida a través de una directiva anticipada.

Art. 48 Representación de la persona titular del acto.

La persona de apoyo representará a la persona titular del acto solo en aquellos casos en donde exista un mandato expreso de la persona titular para efectuar uno o varios actos jurídicos en su nombre y representación.

En los casos en que no haya este mandato expreso y se hayan adjudicado apoyos por vía judicial, la persona de apoyo deberá solicitar autorización del juez para actuar en representación de la persona titular del acto, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

1. Que el titular del acto se encuentre absolutamente imposibilitado para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible; y,
2. Que la persona de apoyo demuestre que el acto jurídico a celebrar refleja la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto.

Art. 49 Formas de apoyo que no implican representación.

Las personas de apoyo podrán llevar a cabo las siguientes acciones, siempre y cuando estén contempladas en el acuerdo de apoyos, en la directiva anticipada o en la sentencia de adjudicación de apoyos, sin que las mismas impliquen actos de representación:

1. Asistir y hacer recomendaciones a la persona titular del acto en relación con el acto jurídico a celebrar.

**Facultats i
obligacions dels
suports**

	<p>2. Interpretar la expresión de voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico en la realización del mismo.</p> <p>3. Cualquier otra forma de apoyo que se establezca por medio del acuerdo de apoyos, la directiva anticipada o en la sentencia de adjudicación de apoyos.</p>	
<p>Costa Rica</p>	<p>Art. 2 Definiciones (...) g) La salvaguardia: mecanismos o garantías adecuadas y efectivas establecidas por el Estado costarricense, en el ordenamiento jurídico, para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las personas con discapacidad.</p> <p>La salvaguardia mitiga que las personas con discapacidad sufran abusos, de conformidad con los derechos humanos, y/o de influencias indebidas, en detrimento de su calidad de vida.</p> <p>Art. 9. Revisión de la salvaguardia La salvaguardia podrá ser revisada en cualquier momento, estando legitimadas para este acto las mismas personas físicas y jurídicas señaladas en el artículo anterior, y de oficio estará sujeta a revisión, por parte del juez o la jueza, cada cinco años.</p> <p>El diseño e implementación de las salvaguardias debe fundamentarse en el respeto a los derechos, voluntad, preferencias e intereses de la persona con discapacidad, además de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona, aplicarse en el plazo más corto posible y estar sujetas a exámenes periódicos, por parte de autoridad competente, independiente, objetiva e imparcial.</p> <p>Art. 9 Revisión de la salvaguardia La salvaguardia podrá ser revisada en cualquier momento, estando legitimadas para este acto las mismas personas físicas y jurídicas señaladas en el artículo anterior, y de oficio estará sujeta a revisión, por parte del juez o la jueza, cada cinco años.</p>	<p>Salvaguarda</p>
<p>Perú</p>	<p>Artículo 659–G.- Salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.</p> <p>La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 659-E establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los</p>	<p>Salvaguarda</p>

apoyos.

El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona.

Colòmbia

Art. 5 Criterios para establecer salvaguardias.

Las salvaguardias son todas aquellas medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Todas estas deberán regirse por los siguientes criterios:

1. Necesidad. Habrá lugar a los apoyos solo en los casos en que la persona titular del acto jurídico los solicite o, en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles y medidas de apoyo, no sea posible establecer de forma inequívoca la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico.

2. Correspondencia. Los apoyos que se presten para tomar decisiones deben corresponder a las circunstancias específicas de cada persona.

3. Duración. Los apoyos utilizados para celebrar un determinado acto jurídico deberán ser instituidos por períodos de tiempo definidos y podrán ser prorrogados dependiendo de las necesidades de la persona titular del mismo. Ningún apoyo podrá establecerse por períodos superiores a los establecidos en la presente ley.

4. Imparcialidad. La persona o personas que presten apoyo para la realización de actos jurídicos deben, en el ejercicio de sus funciones como apoyo, obrar de manera ecuaníme en relación con dichos actos. Ello implica, entre otras cosas, que las personas que prestan apoyo deben actuar en congruencia con lo establecido en el numeral 2 del artículo 4° de la presente ley, respetando siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, con independencia de si quien presta apoyo considera que debería actuar de otra manera, respetando también el derecho a tomar riesgos y cometer errores. Así mismo, las personas que prestan el apoyo no podrán influenciar indebidamente la decisión. 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.

Art. 16 Acuerdos de apoyo por escritura pública ante notario (...) Previo a la suscripción del acuerdo, el notario deberá entrevistarse por separado con la persona titular del acto jurídico y verificar que el contenido del acuerdo de apoyo se ajuste a su voluntad, preferencias y a la ley.

Art. 17 Acuerdos de apoyo ante conciliadores extrajudiciales en derecho

Salvaguarda

	<p>(...) Durante la conciliación, el conciliador deberá entrevistarse por separado con la persona titular del acto y verificar que es su voluntad suscribir el acuerdo de apoyos.</p> <p>Art. 18 Duración de los acuerdos de apoyo Ningún acuerdo de apoyo puede extenderse por un período superior a cinco (5) años, pasados los cuales se deberá agotar de nuevo alguno de los procedimientos previstos en la presente ley.</p>	
Costa Rica	<i>No es menciona</i>	Reconeixement dels actes jurídics i de la responsabilitat
Perú	<p>Artículo 1976–A Responsabilidad de la persona con apoyo La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 [personas en estado de coma] no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.</p>	Reconeixement dels actes jurídics i de la responsabilitat
Colòmbia	<p>Art 19. Acuerdos de apoyo como requisito de validez para la realización de actos jurídicos La persona titular del acto jurídico que cuente con un acuerdo de apoyos vigente para la celebración de determinados actos jurídicos, deberá utilizarlos, al momento de la celebración de dichos actos jurídicos, como requisito de validez de los mismos. En consecuencia, si la persona titular del acto jurídico lleva a cabo los actos jurídicos especificados por el acuerdo de apoyos, sin hacer uso de los apoyos allí estipulados, ello será causal de nulidad relativa, conforme a las reglas generales del régimen civil.</p> <p>Art 39. Validez de los actos establecidos en la sentencia de adjudicación de apoyos. La persona titular del acto jurídico que tenga una sentencia de adjudicación de apoyos ejecutoriada para la celebración de determinados actos jurídicos deberá utilizar los apoyos allí estipulados en el momento de la celebración de dichos actos jurídicos como requisito de validez de los mismos. En consecuencia, si la persona titular del acto jurídico lleva a cabo los actos jurídicos especificados en la sentencia de adjudicación de apoyos sin utilizar los apoyos allí estipulados, dichos actos jurídicos serán sancionables con nulidad relativa.</p> <p>PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo no puede interpretarse como una obligación para la persona</p>	Reconeixement dels actes jurídics i de la responsabilitat

	<p>titular del acto jurídico, de actuar de acuerdo al criterio de la persona o personas que prestan el apoyo. En concordancia con lo establecido en el numeral 3 del artículo 4° de la presente ley, los apoyos deben respetar siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, así como su derecho a tomar riesgos y a cometer errores.</p> <p>Art 50. Responsabilidad de las personas de apoyo</p> <p>La responsabilidad de las personas de apoyo, frente a sus funciones como apoyo, será individual solo cuando en su actuar hayan contravenido los mandatos de la presente ley, las demás normas civiles y comerciales vigentes en Colombia, o hayan ido en contravía manifiesta de las indicaciones convenidas en los acuerdos de apoyo, las directivas anticipadas o la sentencia de apoyos, y por ello se hayan causado daños al titular del acto jurídico o frente a terceros.</p> <p>Las personas de apoyo no serán responsables por los daños personales o financieros de la persona titular del acto jurídico siempre y cuando hayan actuado conforme a la voluntad y preferencias de la persona.</p>	
Costa Rica	<p>Art. 37 Reforma del artículo 851 de la Ley nº 7130</p> <p>(...) El establecimiento de esta salvaguardia se comunicará al Registro Público de la Propiedad, para su respectiva anotación en los bienes muebles e inmuebles presentes o futuros, propiedad de la persona con discapacidad.</p> <p>Artículo 2030.- Actos y resoluciones inscribibles</p> <p>Se inscriben en este registro:</p> <p>1.- Las resoluciones o escrituras públicas en que se establezca o modifique la designación apoyos y salvaguardias de personas naturales. (...)</p> <p>9. Las resoluciones que designan al tutor o al apoyo y las que dejan los dejen sin efecto.(...)”</p>	Publicitat
Perú	<p>Art 847. Contenido de la resolución final</p> <p>La resolución final debe indicar quién o quiénes serían las personas o instituciones de apoyo, a qué actos jurídicos se restringen, por cuánto tiempo van a regir y cuáles son las medidas de salvaguardia, de ser necesarias. Tal resolución se inscribe en el Registro Personal conforme al artículo 2030 del Código Civil. (...)</p> <p>Artículo 2030.- Actos y resoluciones inscribibles</p> <p>Se inscriben en este registro:</p> <p>1.- Las resoluciones o escrituras públicas en que se establezca o modifique la designación apoyos y salvaguardias de personas naturales. (...)</p> <p>9. Las resoluciones que designan al tutor o al apoyo y las que dejan los dejen sin efecto. (...)</p>	Publicitat
Colòmbia	Art 51. Actos jurídicos que involucren bienes sujetos	

	<p>a registro. Para efectos de publicidad a terceros, los actos jurídicos que involucren bienes sujetos a registro deberán contar con una anotación de que el acto en cuestión fue realizado utilizando apoyos, independientemente del mecanismo para la celebración de apoyos que se utilice.</p> <p>Art. 30. Incorporación de la directiva anticipada en la historia clínica.</p> <p>Cuando la persona titular del acto jurídico que suscriba una directiva anticipada lo desee, podrá solicitar que se incorpore en la historia clínica una copia de la escritura pública o acta de conciliación mediante la cual se constituyó la directiva anticipada, como anexo de la historia clínica, con el fin de garantizar el respeto de las decisiones establecidas en la misma, siempre que las decisiones allí contenidas tengan relación con la atención en salud que decide o no recibir.</p>	Publicitat
Costa Rica	<i>No es menciona</i>	Terminació dels suports
Perú	<i>No es menciona</i>	Terminació dels suports
Colòmbia	<p>Art. 42 Modificación y terminación de los procesos de adjudicación judicial de apoyos</p> <p>(...) En cualquier momento, podrán solicitar la modificación o terminación de los apoyos adjudicados:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. La persona titular del acto jurídico; b. La persona distinta que haya promovido el proceso de adjudicación judicial y que demuestre interés legítimo podrá solicitar; c. La persona designada como apoyo, cuando medie justa causa; d. El juez de oficio. <p>El Juez deberá notificar de ello a las personas designadas como apoyo y a la persona titular del acto, si es del caso, y correrá traslado de la solicitud por diez (10) días para que estas se pronuncien al respecto.</p> <p>En caso de no presentarse oposición, el Juez modificará o terminará la adjudicación de apoyos, conforme a la solicitud.</p> <p>Art. 20 Terminación y modificación del acuerdo de apoyos</p> <p>La persona titular del acto puede terminar de manera unilateral un acuerdo de apoyos previamente celebrado en cualquier momento, por medio de escritura pública o ante los conciliadores extrajudiciales en derecho, dependiendo de la forma en que se haya formalizado el acuerdo.</p> <p>El acuerdo de apoyo puede ser modificado por mutuo</p>	Terminació dels suports

acuerdo entre las partes en cualquier momento, por medio de escritura pública o ante los conciliadores extrajudiciales en derecho y ante los servidores públicos a los que se refiere el artículo 17 de la presente ley, dependiendo de la forma en que se haya formalizado el acuerdo.

La persona designada como apoyo deberá comunicar al titular del acto jurídico todas aquellas circunstancias que puedan dar lugar a la modificación o terminación del apoyo, o que le impidan cumplir con sus funciones.

PARÁGRAFO 1°. La muerte de la persona titular del acto jurídico dará lugar a la terminación del acuerdo de apoyos.

PARÁGRAFO 2°. La muerte de la persona de apoyo dará lugar a la terminación del acuerdo de apoyos o a su modificación cuando hubiese más de una persona de apoyo.

Art. 31 Modificación, sustitución y revocación [de las directivas anticipadas]

El documento de directiva anticipada puede ser modificado, sustituido o revocado en cualquier momento por quien lo suscribió, mediante el mismo trámite surtido para su creación, señalando explícitamente la voluntad de modificar, sustituir o revocar la directiva anticipada, según sea el caso, en los siguientes términos:

(...) 3. Revocación: El documento de directiva anticipada se entenderá revocado cuando la persona titular del acto manifieste su voluntad de dejar sin efectos del contenido del mismo de manera definitiva.

Costa Rica

Art. 14 Reglamento: Valoración de la salvaguardia

De conformidad con lo que establece el artículo 10 de la Ley N° 9379, el juez o jueza valorará en primera instancia y con prioridad la persona o personas propuestas como garante, por la persona con discapacidad.

La valoración, según el caso en concreto, implica tomar en consideración la voluntad y las preferencias de la persona, atendiendo a su trayectoria de vida o historia familiar, así como la relación de confianza que exista entre la persona que requiere el apoyo y quien se ofrece a brindarlo, en relación con otras redes de apoyo familiar y comunal.

En el supuesto de una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia debidamente comprobado, la valoración implica considerar las preferencias, gustos, historia, contexto social y familiar de la persona con discapacidad. En este supuesto, de existir manifestaciones de la voluntad expresa, realizadas con anterioridad por la persona, en la que indique la persona o personas garantes de su preferencia, tal manifestación debe ser tomada en consideración y valorada.

Valoració de la necessitat dels suports

Perú	<i>No es menciona</i>	Valoració de la necessitat dels suports
Colòmbia	<p>Art. 10. Determinación de los apoyos</p> <p>La naturaleza de los apoyos que la persona titular del acto jurídico desee utilizar podrá establecerse mediante la declaración de voluntad de la persona sobre sus necesidades de apoyo o a través de la realización de una valoración de apoyos.</p> <p>Art. 11 Valoración de apoyos</p> <p>La valoración de apoyos podrá ser realizada por entes públicos o privados, siempre y cuando sigan los lineamientos y protocolos establecidos para este fin por el ente rector de la Política Nacional de Discapacidad. Cualquier persona podrá solicitar de manera gratuita el servicio de valoración de apoyos ante los entes públicos que presten dicho servicio. En todo caso, el servicio de valoración de apoyos deberán prestarlo, como mínimo, la Defensoría del Pueblo, la Personería, los entes territoriales a través de las gobernaciones y de las alcaldías en el caso de los distritos. <i>[L'article 12 preveu que en el termini no superior a 1 any a partir de l'entrada en vigor de la llei han d'expedir-se els protocols nacionals per a la valoració dels suports. Els articles 37 i 39 sobre adjudicació judicial de suports determinen alguns requisits mínims que els informes han d'aportar]</i></p> <p>Art. 37 que modifica el art. 586 de la Ley 1564 de 2012: (...)</p> <p>4. En todo caso, como mínimo, el informe de valoración de apoyos deberá consignar:</p> <p>a) Los apoyos que la persona requiere para la comunicación y la toma de decisiones en los aspectos que la persona considere relevantes.</p> <p>b) Los ajustes procesales y razonables que la persona requiera para participar activamente del proceso.</p> <p>c) Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar mayor autonomía en las mismas.</p> <p>d) Las personas que pueden actuar como apoyo en la toma de decisiones de la persona, para cada aspecto relevante de su vida, y en especial, para la realización de los actos jurídicos por los cuales se inició el proceso.</p> <p>e) Un informe general sobre el proyecto de vida de la persona.</p> <p>Art. 38 que modifica el art. 396 de la Ley 1564 de 2012: (...)</p> <p>4. El informe de valoración de apoyos deberá consignar, como mínimo:</p>	Valoració de la necessitat dels suports

- a) La verificación que permita concluir que la persona titular del acto jurídico se encuentra imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible.
- b) Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar mayor autonomía en las mismas.
- c) Las personas que pueden actuar como apoyo en la toma de decisiones de la persona frente al acto o actos jurídicos concretos que son objeto del proceso.
- d) Un informe general sobre la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico que deberá tener en consideración, entre otros aspectos, el proyecto de vida de la persona, sus actitudes, argumentos, actuaciones anteriores, opiniones, creencias y las formas de comunicación verbales y no verbales de la persona titular del acto jurídico.

3.2.2.1. Sobre la capacitat jurídica

Respecte el reconeixement de la capacitat jurídica universal, els tres països de l'anàlisi dediquen una o més disposicions a reconèixer de forma explícita la igual capacitat jurídica i d'obrar de les persones amb discapacitat en relació amb la resta.

En el cas de Costa Rica, la previsió legislativa determina la igual capacitat jurídica de totes les persones, també d'aquelles amb discapacitat (art. 5) i el Reglament reafirma que qualsevol restricció, rebaixa o eliminació de la capacitat d'obrar per raó de discapacitat és contrari a la llei i discriminatori.

En el cas de Perú, la Llei nº 29973 general de la persona amb discapacitat [*Ley nº 29973 General de la persona con discapacidad*], de 13 de desembre de 2012, ja reconeixia al seu article 9 la igual capacitat jurídica en tots els aspectes de la vida de les persones amb discapacitat. Tanmateix, faltava harmonitzar el codi civil que encara permetia restriccions a la capacitat d'obrar motivades per una discapacitat, que es deroguen amb la reforma del 2018, amb excepció de les persones en estat de coma, a qui es considerarà sense capacitat d'exercir els seus drets, sempre i quan no hagin designat prèviament un suport. En altres paraules, i a falta d'una interpretació jurisprudencial al

respecte, segons la interpretació literal de la norma, una persona en coma a Perú té plena capacitat d'obrar si hi ha un suport que ha estat designat abans de l'estat de coma per la mateixa persona i que actua per aquesta segons la voluntat i preferències prèviament expressats. Aquesta afirmació és estranya i poc lògica en termes de capacitat natural, doncs una persona en coma no podrà, de cap forma, ni amb el màxim nivell i intensitat de suports possible, prendre decisions i dur a terme actes legals per ella mateixa; sens menystenir que una altra persona designada per l'afectada la pugi representar en l'exercici d'actes jurídics. En qualsevol cas, aquesta excepció posa èmfasi en el reconeixement a totes les persones amb discapacitat de la capacitat d'exercir els seus drets, també a aquelles amb discapacitats més severes.

Per la seva banda, la nova legislació colombiana sobre suports menciona explícitament que totes les persones amb discapacitat tenen igual capacitat jurídica que la resta, independentment de la utilització o no dels suports per a la realització d'actes jurídics, i independentment de la necessitat de la persona d'ajustos raonables o de suports.

3.2.2.2. Sobre els suports

a) Costa Rica

Costa Rica regula a la mateixa llei els suports a l'exercici de la capacitat jurídica i els suports per a la vida independent. Sobre els primers, que són els que aquí ens interessin, s'estableix una figura denominada *garant per la igualtat jurídica*, que pot ser exercida per a qualsevol persona major d'edat, o per persones jurídiques en el cas de persones institucionalitzades, que té com a objectiu assegurar la titularitat i exercici dels drets. El Reglament s'encarrega de desenvolupar la figura amb més profunditat, responent a alguns dels buits que deixava la llei. En aquest sentit, preveu que podran ser vàries persones les que exerceixin de garants (art. 9) o que els suports seran de diversa intensitat segons la situació concreta (art. 8). Els suports més intensos poden consistir en què la persona de suport pugui consentir per un acte enlloc de la persona (quan s'hagi comprovat que el seu estat de consciència està certament

compromès, en paraules de la norma)¹³⁴; els suports d'intensitat mitjana poden implicar la necessitat de firmar conjuntament certs actes perquè aquests tinguin efectes jurídics; i els suports menys intensos serien aquells en què la persona actua com un orientador, facilitant la comprensió d'informació, les conseqüències i efectes de l'acte, etc.

Els suports intensius poden constituir *de facto* substitució de les decisions. Tanmateix, l'article 7 del Reglament especifica que els suports no poden ser imposats en contra de la voluntat de la persona, i que, en aquest sentit, els suports intensos no es consideraran imposats contra la voluntat de la persona perquè es tracten d'ajustos raonables. Aquesta afirmació és més confosa que esclaridora, doncs els ajustos raonables, segons definits a l'article 2 de la CDPD, són "les modificacions i adaptacions necessàries i adequades que no imposin una càrrega desproporcionada o indeguda, quan es requereixin en un cas particular, per a garantir a les persones amb discapacitat el gaudi o exercici, en igualtat de condicions, de tots els drets humans i llibertats fonamentals". Els ajustos raonables, doncs, es requereixen en els casos individuals quan el disseny universal no és suficient, i és independent, i complementari, del dret a rebre suports per a l'exercici de la capacitat (Comitè, OG-1). Identificar els suports intensos amb els ajustos raonables no correspon amb una interpretació adequada ni d'uns ni dels altres. En aquesta línia, hi ha certa confusió a la normativa costarriquenya entre les mesures de salvaguarda i les figures de suport; per una banda, la normativa defineix salvaguarda en el sentit que li dóna la OG-1 (com a mecanismes o garanties per assegurar el ple reconeixement de la capacitat jurídica i evitar abusos i influències indegudes), però, per altra banda, també identifica la figura de suport del *garant per la igualtat jurídica* com una salvaguarda, el que tampoc és conforme a la OG-1 i la comprensió general de les salvaguardes. Les salvaguardes són un element dels suports¹³⁵, que tenen com a objectiu assegurar que aquests respecten la voluntat i preferències de la persona i que no es produeixen abusos ni

¹³⁴ El Reglament no defineix com es valora o delimita aquest "estat de consciència", però entenem que és assimilable a la idea de la "competència mental".

¹³⁵ Antonio Martinez-Pujalte, 'Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms', *Laws*, 8.1 (2019), 4.

influències indegudes en l'exercici dels suports; per tant, poden consistir en revisions externes de les tasques del suport, en revisions periòdiques, en mecanismes perquè tercers impugnin exercicis de suport inadequats, etc.; però suports i salvaguardes no són assimilables.

La figura del garant és de declaració judicial i la pot sol·licitar, en primer lloc, la pròpia persona i, de forma excepcional, els familiars o les institucions o organitzacions no governamentals que brindin els serveis de suport o prestacions socials a la persona, excepcionalitat que serà verificada pel jutge. Tanmateix, l'article 33 de la llei només senyala com a requisits per a sol·licitar-la, les dades personals de la persona, les raons que motiven la sol·licitud i un dictamen mèdic que acrediti la "condició de discapacitat intel·lectual, mental o psicosocial de la persona". Aquest dictamen mèdic ha d'incloure, segons l'article 34, el diagnòstic de la condició física, mental, intel·lectual, psicosocial i sensorial de la persona amb discapacitat, el caràcter temporal o permanent de la condició i les habilitats, la capacitat i les aptituds de la persona per a prendre decisions en l'àmbit legal, social, patrimonial i financer. De nou, la Llei 9379 de Costa Rica incorre en una incongruència. La norma defineix discapacitat i persona amb discapacitat atenent al model social de la CDPD (art. 2), segons el qual per a la determinació de la discapacitat no seria suficient un dictamen mèdic que valori el diagnòstic, el pronòstic i la competència per a prendre decisions (que és el que es requereix en aquest cas), sinó alguna altra forma de valoració que tingui en compte els elements facilitadors i limitadors de l'entorn.

Malgrat la inadequada interpretació legislativa de les nocions clau dels nous models (els ajustos raonables, les salvaguardes i els suports), així com algunes discordances evidents del garant per la igualtat jurídica amb el model de suport de la CDPD, cal no menystenir la introducció de la normativa d'alguns elements interessants. Per una banda, es preveu que el garant no podrà ser exigit com un requisit per a exercir la capacitat d'obrar, que és facultatiu i no obligatori, que no és continu ni permanent, de fet ha de ser revisat periòdicament almenys cada 5 anys (art. 9), i que no és un tipus de representació legal (art. 7 Reglament). Per altra banda, de forma idiosincràtica en relació amb les altres dues normes analitzades, les funcions del suport estan molt enfocades a ajudar

i assegurar la persona a exercir i promoure els seus drets segons la seva voluntat i preferències, amb un èmfasi especial al llarg del text als drets relacionats amb la família i la reproducció, així com a la protecció dels drets de la persona assistida (la privacitat de la seva informació, la seva integritat física i psíquica, etc.). Exigir al garant la protecció dels drets de la persona amb discapacitat és una obligació que desborda allò que s'esperaria de la figura del suport al marc de l'article 12 de la CDPD i que recorda més a les denominades mesures de protecció dels règims de substitució a les decisions. Tot i això, si la protecció va dirigida a evitar interferències en l'exercici dels drets de les persones, podria ser un enfocament interessant de les funcions dels suports.

b) Perú

La recent modificació del codi civil peruà introdueix una clàusula de previsió dels suports àmplia i flexible, sense especificar quina forma, quantitat, durada o tasques específiques aquests han d'adoptar, qüestions que decidirà la persona que els designa. Es rebutja, de forma explícita, que els suports tinguin facultats de representació, excepte quan hagi ho expressi la persona que necessita el suport (art. 659-b), i es preveu que, entre d'altres, els suports duguin a terme funcions d'assistència en la comunicació, en la comprensió dels actes jurídics i en la manifestació de la voluntat de la persona. La naturalesa dels suports i la determinació de les salvaguardes també queda a determinació de la persona interessada. El text preveu que l'exercici del suport pot recaure en una o dues persones naturals, en institucions públiques o persones jurídiques sense fins de lucre especialitzades en la matèria i degudament registrades (art. 659-c).

Els suports poden ser tant de designació judicial, a petició de la persona interessada, o de designació notarial (art. 659-d). De forma excepcional, el jutge pot designar els suports necessaris per a les persones amb discapacitat que no puguin manifestar la seva voluntat i per aquells en estat de coma que tinguin la capacitat d'exercir restringida (cal recordar que, segons l'article 44.9, aquelles persones en estat de coma que haguessin designat prèviament un suport no es considera que tinguin la capacitat restringida, per tant prevaldrà la designació anticipada i el jutge no estarà facultat per designar altres suports per

aquestes persones), realitzant totes les diligències pertinents per a obtenir la millor interpretació possible de la voluntat i preferències de la persona i la seva trajectòria de vida. L'inici del procés judicial, en aquests casos, el pot sol·licitar qualsevol persona.

Alguna doctrina interpreta que tota persona major d'edat, amb o sense discapacitat, que requereixi un suport per a l'exercici de la capacitat el podria designar, segons la nova legislació peruana¹³⁶. La fórmula en què es preveu el supòsit de fet dels suports i les salvaguardes és molt ampli, "tota persona major d'edat", segons l'article 659-a i "tota persona major d'edat que requereixi suport per a l'exercici de la seva capacitat jurídica", segons l'article 659-d; però una lectura de conjunt de l'articulat ens porta a limitar el supòsit de fet a les persones amb discapacitat. És a dir, una persona sense una discapacitat no pot designar un suport, però no s'exigeix una valoració externa de la persona que necessita el suport que la identifiqui i categoritzi com a "persona amb discapacitat" per poder rebre'l; pel contrari, la valoració de la necessitat en l'exercici de la capacitat és subjectiva i personal i és la persona que sol·licita els suports la que creu que els necessita. Però aquesta necessitat ha de ser real, han d'existir dificultats en l'exercici de la capacitat. En aquest sentit, l'article 45-b és clar (traducció pròpia): "Poden designar suports i salvaguardes: 1. Les persones amb discapacitat que manifestin la seva voluntat; 2. Les persones amb discapacitat que no puguin manifestar la seva voluntat podran comptar amb suports i salvaguardes designats judicialment; 3. Les persones que es trobin en estat de coma que hagin designat un suport amb anterioritat mantindran el suport designat; (...)".

L'accés universal als suports va més enllà del que estipula la CDPD. La previsió que qualsevol persona que cregui tenir una dificultat per a l'exercici de la seva capacitat pot accedir a suports, implica esborrar la línia que distingeix persona amb discapacitat i persona sense discapacitat. Al cap i a la fi, tots necessitem suports en algun aspecte de la nostra vida, la diferència és que hi ha barreres que ens trobem degut a la interacció entre una "deficiència" i l'entorn (cas en què es considera que la persona té una discapacitat) i hi ha

¹³⁶ Martínez-Pujalte, ob. cit.

barreres que ens trobem amb la nostra interacció amb l'entorn tot i no tenir diagnosticada una "deficiència". Per altra banda, la determinació de la "deficiència" depèn dels paràmetres mèdics normalitzadors als que ens atenguem, pel que l'absència d'una habilitat que es pot considerar una "deficiència" segons els paràmetres actuals occidentals, podria no ser considerada així en un altre context.

Segons l'anàlisi fet en aquest estudi, no es pot considerar que el nou règim peruà de la capacitat sigui suficientment clar respecte l'accés als suports per part de persones sense discapacitat, (excepte pel que fa referència als suports preventius, art. 659-f, possibilitat que, per altra banda, no és nova ja que aquestes formes suport preventius gaudeixen d'una llarga trajectòria en molts ordenaments civils, inclosos l'espanyol i el català). Tot i això, caldrà que el futur desenvolupament de la norma especifiqui aquesta qüestió, i caldrà pensar si la valoració de la diversitat i el reconeixement de l'igual valor de totes les persones no passa, precisament, per entendre el dret a l'accés als suports independentment del tipus de necessitat que tingui la persona.

Finalment, la persona que rep el suport és responsable per totes les accions dutes a terme, també per aquelles realitzades amb el suport. L'igual reconeixement jurídic dels actes realitzats amb suport implica l'igual reconeixement de les responsabilitat de la persona que realitza l'acte. Sens menystenir que la persona té dret a reclamar contra la persona que ha exercit el suport en cas que consideri que no ho ha fet diligentment. Tanmateix, i segons una lectura en sentit estricta de la norma peruana, les persones en estat de coma també serien responsables per les accions dutes a terme pels suports que van designar prèviament. Es recomana revisar o desenvolupar aquesta clàusula, doncs l'estat d'incapacitat plena en la que es troba una persona en coma li impedeix reclamar contra el suport en el cas d'un exercici inadequat.

En definitiva, la reforma peruana sembla ser la primera que compleix íntegrament amb el mandat de l'article 12 de la CDPD¹³⁷; caldrà veure com la valora el Comitè.

c) Colòmbia

La norma colombiana podria també ser conforme a la OG-1 i està més desenvolupada que la peruana. Pel que fa als suports, la Llei 1996 de 2019 distingeix entre varis tipus de suport: a) acords de suport; b) acords de designació judicial; i c) les directives anticipades. Els tres tipus de suport es consideren suports formals, i per tant han de ser reconeguts en l'exercici dels actes jurídics.

Els acords privats i les directives anticipades es designen davant notari o conciliadors extrajudicials. Respecte els acords de suport, aquests només es poden formalitzar per la persona amb discapacitat i la persona que prestarà el suport. Així mateix, la designació de suport judicial pot ser sol·licitada per la pròpia persona a través d'un procediment de jurisdicció voluntària. L'article 9 reafirma que tota persona amb discapacitat té dret a realitzar actes jurídics de forma independent, pel que s'entén que tota persona amb discapacitat pot realitzar un acord de suport o sol·licitar al tribunal la seva designació, el que pot fer amb o sense suport. Excepcionalment, es preveu que una tercera persona pugui sol·licitar els suports al tribunal, mitjançant procés verbal, però només quan sigui en benefici exclusiu de la persona. Aquest benefici s'ha de demostrar mitjançant prova que la persona beneficiària està plenament impossibilitada per manifestar la seva voluntat i preferències i que el fet que es trobi impossibilitada per exercir la seva capacitat jurídica impliqui vulneració o amenaça de vulneració dels seus drets per part de tercers.

La norma colombiana és molt cauta en evitar qualsevol referència a la substitució de les decisions i a la imposició dels suports. De totes maneres, seria recomanable ampliar el supòsit de fet de la designació judicial per tercers

¹³⁷ Martínez-Pujalte, ob. cit.

no només en aquells casos en què la falta d'exercici de la capacitat posa en risc la vulneració de drets per part de tercers, sinó també quan la inacció i l'absència d'exercici de la capacitat pot posar en risc o empitjorar la situació de la persona, en termes de benestar físic, psíquic i social, encara que no hi hagi una amenaça clara o directa de tercers, sempre i quan no hi hagi oposició de la persona.

Respecte les funcions i obligacions dels suports, la norma detalla una llista d'obligacions i accions a dur a terme per aquestes figures, i deixa clar que només podran exercir funcions de representació quan hi hagi un mandat exprés en aquest sentit. En els casos de designació judicial, el suport haurà de demanar autorització judicial per a actuar en representació de la persona, quan: a) el titular no pugui de cap forma expressar la seva voluntat i preferències; i b) es demostrï que l'acte jurídic a celebrar reflecteix la millor interpretació de la voluntat i preferències de la persona beneficiària i titular de l'acte.

A aquest respecte, la persona que rep el suport és sempre titular de l'acte jurídic en qüestió. Tanmateix, la persona que rep suport està obligada a utilitzar-los en el moment de celebrar un acte jurídic, essent aquest un requisit de validesa del mateix; pel contrari, es donaria una causa de nul·litat relativa segons les regles generals del règim civil (art. 19 i art. 39). Per tant, tot i que es presumeix capacitat jurídica de totes les persones amb discapacitat, quan aquestes hagin designat o tinguin designats uns suports per a la realització de certs actes, requeriran l'actuació del suport (que no el seu consentiment), per a la validesa jurídica dels actes en concret. És a dir, encara que el suport pugui estar en contra de dur a terme aquell acte, no s'hi podria oposar, segons una lectura estricta de la norma.

Cal fer una referència particular a la introducció de les directives anticipades com una forma de suport formal, així com la consideració de les persones designades en aquest instrument com figures de suport. La previsió dels documents de voluntats anticipades no és nova en molts ordenaments, a Espanya i Catalunya aquestes estan regulades des del 2002 i el 2000, respectivament, però es limiten a l'àmbit de la salut i sovint exclouen les persones amb discapacitat psicosocial i intel·lectual, ja que exigeixen plena

capacitat jurídica¹³⁸. En aquest sentit, la norma colombiana, per una banda, no limita les directrius a qüestions de salut, sinó que poden versar sobre assumptes de salut, financers o personals i, per altra banda, les pot atorgar qualsevol persona major d'edat, independentment de la seva condició, situació o capacitat per prendre decisions. De fet, la previsió del contingut de les directrius anticipades és un híbrid entre unes directives anticipades en salut, tal hi com les coneixem, i un mandat de poders preventius. La llei especifica que al contingut hi haurà de constar, a part de les dades personals habituals i la manifestació de la voluntat de la persona respecte les decisions anticipades que es volen formalitzar, si hi ha hagut suport a la creació del document i, en cas afirmatiu, constància que s'ha debatut el contingut i les implicacions del mateix amb aquest. Es reconeix, doncs, l'efecte jurídic dels actes realitzats amb suport, tot i que, com ja he apuntat, es condiciona el seu efecte a l'actuació del suport.

Una altra qüestió que mereix ser ressenyada de les directrius anticipades colombianes és la previsió d'una clàusula de voluntat perenne. Com a norma general, preval la voluntat posterior de la persona titular de l'acte en el moment de prendre la decisió; és a dir, que la subscripció d'una directiva no invalida la voluntat i preferències de la persona en el moment present quan aquesta les pot expressar. Però es preveu la possibilitat que la persona que atorga la directiva inclogui una clàusula en la que invalidi de manera anticipada les declaracions de voluntat i preferències que pugui expressar amb posterioritat a la directiva quan contradiguin allò establert en aquesta, amb l'excepció d'aquelles decisions que afectin la salut.

L'autolimitació de la voluntat en matèria d'instruccions prèvies troba el seu precedent en els denominats *contractes d'Ulisses*, que consisteixen en la planificació anticipada de decisions d'acceptació o rebuig a alguns tractaments que no poden ser revocades quan la persona ja no té "capacitat per a decidir".

¹³⁸ A Espanya es preveu sota el supòsit de fet de "tota persona major d'edat, capaç i lliure", a l'article 11 de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i dels drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica (LAP, en endavant). A Catalunya, es preveuen sota el supòsit de fet de "una persona major d'edat, amb capacitat suficient i lliurement", a l'article 8.1 de la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernents a la salut i a l'autonomia del pacient i la documentació clínica.

Aquestes clàusules estan pensades per les persones amb problemes de salut mental que volen que en moments de crisi s'apliqui la voluntat que la persona tenia en un moment d'estabilitat. És a dir, encara que la persona sigui capaç d'expressar la seva voluntat durant una crisi, aquesta pot no correspondre amb les seva voluntat i preferències fora d'un període de crisi, i la persona decideix anticipadament autolimitar-se i invalidar la seva voluntat posterior. En el cas de la norma colombiana, es podria pensar que la intenció del legislador ha estat similar a aquella prevista en els contractes d'Ulisses, però en canvi s'exceptua de la clàusula de voluntat perenne les decisions sobre la salut. Per a tot això, caldrà desenvolupar la intenció i aplicabilitat d'aquesta clàusula, així com la determinació del moment d'entrada en vigor del contingut de les directrius, qüestió en la que hi ha un buit legislatiu.

Finalment, també és rellevant que la llei obliga l'Estat a desenvolupar el protocol i directrius de valoració de les necessitats de suport pertinents, en el termini d'1 any. Sobre aquesta qüestió, per a la determinació dels suports en casos de designació judicial, s'especifica el contingut mínim de l'informe de valoració, que incorpora molts elements propis d'una determinació contextual de la discapacitat com, a) la indicació dels ajustos raonables que la persona requereixi pel procés; b) els suports que la persona requereixi per a la comunicació i la presa de decisions; c) els mecanismes que permetin desenvolupar les capacitats de la persona en relació a la presa de decisions; d) les persones de la seva xarxa que puguin actuar com a suport en cada aspecte rellevant de la seva vida; e) un informe sobre el projecte de vida de la persona; i en el cas de la designació judicial sol·licitada per tercers, f) la millor interpretació de la voluntat i preferències de la persona.

En resum, la legislació colombiana és extensa, molt detallada i segons aquest anàlisi preliminar és conforme amb l'article 12.

Finalment, cal mencionar que, si bé els ordenaments dels tres països preveuen la publicitat dels suports en els respectius registres civils, cap dels tres ha establert algun altre mecanisme més accessible per a poder demostrar la identitat del suport en actes diaris que el requereixin (un dels requisits del Comitè establerts a la OG-1).

4. L'estat de la qüestió als ordenaments espanyol i català

4.1. Introducció

Per abordar l'anàlisi i proposta de l'adaptació de la legislació catalana en matèria de capacitat jurídica a la Convenció cal delimitar, prèviament, l'abast del legislador autonòmic en aquest àmbit, determinat, per una banda, per l'abast de les seves competències i, per altra, per la subjecció, també dins l'àmbit de les seves competències, a algunes condicions bàsiques imposades per la legislació estatal, en especial al marc constitucional i les exigències dels drets fonamentals.

Atenent als criteris d'interpretació del Comitè, a una lectura de l'article 12 en conjunt amb la resta del text i la filosofia del model social, al consens sobre la necessitat promoure i establir règims de suport a la presa de decisions, i al context internacional apuntat, en el següent s'analitza l'estat de la qüestió als ordenaments jurídics català i espanyol i les possibilitats, oportunitats i limitacions de les reformes en curs.

4.2. El marc constitucional

4.2.1. La recepció i incorporació de la CDPD

Els ordenaments estatals deixen d'ocupar un lloc central a l'ordenament jurídic des del moment en què s'han de relacionar i supeditar al dret internacional al que s'han compromès¹³⁹. La relació entre el dret internacional i el dret intern és un problema clàssic de la dogmàtica jurídica. Segons si un estat gaudeix d'un sistema monista o dualista la recepció dels tractats de dret internacional al dret

¹³⁹ Aquest principi s'afirma en varis texts internacionals *Vid.*, Convencions de Viena sobre Dret dels Tractats (CVDT), firmat a Viena el 23 de maig de 1969, Nacions Unides *Treaty Series*, 27 de gener de 1980, (Vol. 1155-18233), art. 27; i a la Declaració sobre els principis de dret internacional referents a les relacions d'amistat i a la cooperació entre els Estats de conformitat amb la carta de Nacions Unides, resolució 2625 (XXV) de l'Assamblea General de Nacions Unides, de 24 d'octubre de 1970.

intern seguirà un procediment més o menys automàtic¹⁴⁰; en tot cas, la pràctica dels estats és la de situar-se en un *contínuum* entre els dos extrems¹⁴¹.

A Espanya, la Constitució (CE) preveu que la prestació del consentiment de l'Estat per obligar-se a tractats que afectin als drets i deures fonamentals del Títol I, així com aquells que suposin modificació o derogació d'alguna llei o alguna mesura legislativa per a la seva execució, com és el cas de la CDPD, requeriran la prèvia autorització de les Corts Generals (art. 94.1). Un cop signat i ratificat el tractat en qüestió, i publicat oficialment a Espanya al Butlletí Oficial de l'Estat (BOE), aquest passarà a formar part de l'ordenament intern (art. 96.1), moment a partir del qual són d'aplicació directa a Espanya¹⁴². Així, el 3 de maig de 2008, la CDPD i el seu Protocol Facultatiu entren a formar part de l'ordenament intern espanyol, sense reserves ni declaracions a cap article per part de l'Estat.

La interpretació dels tribunals de l'actual legislació en la línia d'allò estipulat a la CDPD és suficient per a l'aplicació d'alguns dels mandats del tractat; però, per a la satisfacció d'altres disposicions, caldrà dur a terme les modificacions legislatives pertinents, com és el cas de l'article 12. Sens menystenir que els individus poden acudir als tribunals de justícia espanyols (a tots els nivells) per a exigir la satisfacció dels seus drets reconeguts a la CDPD, doncs des del moment en què s'incorpora a l'ordenament intern es tracta d'una norma directament aplicable. Tanmateix, el desenvolupament legislatiu facilita

¹⁴⁰ El sistema monista entén que el dret internacional no és un sistema al marge del dret intern produït pels Estats. Així, la ratificació d'una norma internacional vinculant implica la recepció automàtica d'aquesta a l'ordenament intern i, per tant, l'aplicació directa per part dels tribunals. Pel contrari, la teoria dualista defens que el dret internacional té un caràcter autònom i específic respecte l'ordenament intern, pel que la ratificació del tractat no serà suficient per a poder ser invocat pels tribunals interns i caldrà la deguda implementació segons la previsió de la legislació interna.

¹⁴¹ Anna Lawson, 'Use of the CRPD in Domestic Courts', a *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, ed. por Lisa Waddington y Anna Lawson (New York: Oxford University Press, 2018), pp. 556–75.

¹⁴² El 2014 s'aprova la Llei 25/2014, de 27 de novembre, de tractats i altres acords (Ref: BOE-A-2014.12326), que regula la incorporació d'aquests instruments, desenvolupant així el marc regulatori únic del Decret 801/1972, de 24 de març, sobre ordenació de l'activitat administrativa en matèria de tractats internacionals, al que es sumaven altres referències normatives (p.e. art. 1.5 del CC; art. 272.c. i 78 de la Llei Orgànica del Tribunal Constitucional; o l'art. 22 de la Llei Orgànica del Consell d'Estat, entre d'altres).

l'aplicació dels tractats i la seva implementació¹⁴³. Com explica Cuenca, el nivell d'aplicació directa de les obligacions que es deriven d'un tractat internacional de drets humans cal entendre'l en un sentit ampli¹⁴⁴. L'article 10.2 de la CE preveu que els drets fonamentals i llibertats reconeguts a la Constitució s'hauran d'interpretar segons els tractats internacionals en la matèria ratificats per Espanya; és a dir, els drets fonamentals i les llibertats reconegudes al Capítol segon del Títol I (arts. 14 a 30 de la CE), s'han d'interpretar conforme a la CDPD pel que respecta a la seva aplicació a les persones amb discapacitat.

En resum, la CDPD és font hermenèutica de l'abast i el contingut dels drets fonamentals, però només respecte aquells drets fonamentals proclamats prèviament a la Carta Magna. És a dir, ni la CDPD, ni un altre tractat internacional, no és font de dret per a establir nous drets fonamentals i llibertats¹⁴⁵. En qualsevol cas, pel que fa al control de l'aplicació del dret internacional i a la influència d'aquest sobre la interpretació del dret intern, els tribunals domèstics juguen un rol essencial perquè determinen el sentit i l'abast dels mandats de drets humans a l'ordenament intern, donant lloc a interpretacions dispars sobre una mateixa disposició de dret internacional entre diferents estats¹⁴⁶, així com a interpretacions que són, en ocasions, contràries al sentit i l'abast original que s'havia volgut atorgar a certa disposició pels negociadors del tractat, com és el cas de la forma com l'article 12 de la CDPD

¹⁴³ Ignacio Campoy Cervera, *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Ediciones Laborum, 2017).

¹⁴⁴ Patricia Cuenca Gómez, 'Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU', colección *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos* (Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 2012), p. 72.

¹⁴⁵ Per a conèixer més sobre l'aplicació dels tractats internacionals als ordenaments domèstics, *Vid.*, Alfonso J. Iglesias Velasco, 'Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: Especial referencia a España', *Anuario de Derecho Internacional*, 29 (2013), 165–216; Antonio Marín López, 'Orden jurídico internacional y Constitución española', *Revista de Derecho Político*, 45, 1999, 35–67.

¹⁴⁶ Sobre la implementació i interpretació per part dels tribunals domèstics dels mandats de la CDPD, *Vid.*, Lisa Waddington i Anna Lawson, 'Interpreting the CRPD in Domestic Courts', a *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, ed. por Lisa Waddington y Anna Lawson (New York: Oxford University Press, 2018), pp. 466–537.

ha estat interpretat per part dels alts tribunals espanyols, el que s'exposarà més endavant¹⁴⁷.

4.2.2. Consideracions respecte el tractament de la discapacitat a l'article 49 de la Constitució i sobre la seva reforma

A la Constitució espanyola es dedica l'article 49 a les persones amb discapacitat i els seus drets. El text llegeix:

Els poders públics realitzaran una política de previsió, tractament, rehabilitació i integració dels disminuïts físics, sensorials i psíquics als que prestaran l'atenció especialitzada que requereixin i els empararan especialment pel gaudi dels drets que aquest Títol [dels drets i deures fonamentals] atorga a tots els ciutadans.

La situació de vulnerabilitat de les persones amb discapacitat i la necessitat de la seva protecció específica al text constitucional no va ser quasi objecte de debat al procés constituent, per una banda, per la sensibilitat de la població respecte aquesta qüestió, i per l'altra, i en particular, per la ubicació del precepte¹⁴⁸. Com és conegut, la CE estableix tres nivells de protecció dels drets fonamentals, segons on són reconeguts els drets en qüestió dins del cos del text constitucional. L'article 49 es troba situat al Capítol tercer del Títol I, i, per tant, en el tercer nivell de protecció, que implica que no constitueix drets subjectius que puguin ser reclamats davant la jurisdicció ordinària, excepte allò desenvolupat per la legislació corresponent. L'article 49 actua com un principi rector que ha "d'informar la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics" (art. 53.3).

En termes contemporanis crida l'atenció la terminologia utilitzada, amb connotacions clarament pejoratives, com *disminuïts*, o altres conceptes que

¹⁴⁷ S'aborda aquesta qüestió a l'apartat 4.6.2.

¹⁴⁸ Segons la sinopsi i comentari de l'article 49 del Congrés realitzat per A. García Martínez, S. Sieira i A. Rastrollo. Veure a: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=49&tipo=2> (últim accés 25 de mayo de 2019).

han quedat obsolets al marc del desenvolupament dels models teòrics d'aproximació a la discapacitat, com indica el fet de parlar d'*integració* enlloc d'*inclusió*¹⁴⁹. La qüestió terminològica, junt amb el fet que el focus de la tutela constitucional es posa, de forma prioritària, a la previsió, tractament i rehabilitació de la persona, emmarquen el precepte en un model biomèdic de comprensió de la discapacitat. Així, el major desenvolupament d'aquest article s'ha dut a terme mitjançant les polítiques assistencials, que cal relacionar directament també amb l'article 41 CE (sobre el règim públic de la seguretat social) i l'article 43 CE (sobre la salut), singularitzant, política i jurídicament, una acció de protecció social¹⁵⁰.

Alguna doctrina entén el precepte constitucional al marc d'un model híbrid entre el mèdic i el social per la seva referència a l'igual gaudi de les persones amb discapacitat a tots els drets fonamentals¹⁵¹. En la meua opinió, ha estat el desenvolupament de la jurisprudència constitucional¹⁵² i el desenvolupament legislatiu¹⁵³ els que han anat introduint elements del model social en l'aproximació als drets de les persones amb discapacitat a l'estat espanyol,

¹⁴⁹ La integració és un terme que es refereix a l'adaptació de la persona a l'entorn. En canvi, la inclusió pretén que sigui l'entorn el que s'adapti a la persona i implica identificar i eliminar les barreres que dificulten la igual participació, reconeixent la diversitat com un valor. La idea de la inclusió està lligada al model social d'entendre la discapacitat.

¹⁵⁰ Campoy Cervera, ob. cit., p. 51.

¹⁵¹ Héctor Álvarez García, 'La tutela constitucional de las personas con discapacidad', *Revista de Derecho Político*, 100, 2017, 1027–55.

¹⁵² P.e. La jurisprudència constitucional ha reconegut a la discapacitat com una categoria sospitosa de discriminació de les que engloba l'article 14 CE, el que imposa uns deures de protecció particulars en matèria d'igualtat i de discriminació positiva per a l'exercici dels drets del col·lectiu. *Vid.*, entre altres, STC 269/1994 (FJ4); STC 63/2011, (FJ3); STC 10/2014, (FJ4).

¹⁵³ En els últims anys, i de forma particular després de l'adopció de la CDPD, s'han anat incorporant més aspectes de la perspectiva social al desenvolupament legislatiu. Entre d'altres, s'ha aprovat la Llei 27/2007, de 23 d'octubre, per la que es reconeixen les llengües de signes espanyoles i es regulen els mitjans de suport a la comunicació oral de les persones sordes; el Real Decret 173/2010, de 19 de febrer, de modificació del Codi Tècnic d'edificació i les successives reformes de la Llei de propietat horitzontal per a facilitar l'adaptació dels habitatges; la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'Educació, que reconeix el dret a l'educació inclusiva; i el Real Decret Legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel que s'aprova el Text Refòs de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i la seva inclusió social. En aquesta línia, s'han portat a terme modificacions importants en normes que eren contràries a la Convenció i al model social, entre les que cal destacar, la modificació per la Llei 4/2017, de 28 de juny, de l'article 56 del Codi civil relatiu als requisits de capacitat exigits per a prestar el consentiment al matrimoni de les persones amb discapacitat, eliminant una clàusula discriminatòria, i la modificació de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, eliminant dues excepcions al dret a sufragi que eren discriminatòries i exclouien a les persones amb discapacitat.

però el marc de tutela constitucional de l'article 49 és clarament obsolet a la llum del nou paradigma. Per la seva banda, l'evolució terminològica ha tingut lloc a la legislació de forma natural segons han canviat les percepcions de la societat cap a les persones amb discapacitat¹⁵⁴.

Davant del nou context social i jurídic, la reforma de l'article 49 és una obligació ètica i jurídica. El desembre de 2018 el Consell de Ministres aprova l'Avantprojecte de reforma de l'article 49, després d'un treball conjunt amb les organitzacions de persones amb discapacitat. El nou text és una modificació íntegra del precepte, tant pel que fa a la terminologia com a l'estructura i contingut:

Les persones amb discapacitat són titulars dels drets i deures que preveu aquest títol en condicions de llibertat i igualtat real i efectiva, sense que pugui produir-se discriminació.

Els poders públics realitzaran les polítiques necessàries per garantir la plena autonomia personal i inclusió social de les persones amb discapacitat. Aquestes polítiques han de respectar la seva llibertat d'elecció i preferències, i seran adoptades amb la participació de les organitzacions representatives de persones amb discapacitat. S'atendran particularment les necessitats específiques de les dones i nenes amb discapacitat.

Es regularà la protecció reforçada de les persones amb discapacitat per al ple exercici dels seus drets i deures.

Les persones amb discapacitat gaudeixen de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets.

¹⁵⁴ Hem passat de la Llei 13/1982, de 7 d'abril, d'integració social dels minusvàlids, al Reial Decret Legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i la seva inclusió social. Vilà recull en un article l'evolució dels termes utilitzats a la legislació per a referir-se a les persones amb discapacitat, el que reflexa els canvis en les actituds socials cap a les persones amb discapacitat. *Vid.*, A. Vilà, 'De la subnormalidad a la diversidad funcional', *Políbea*, 100 (2011), 41–44.

En primer lloc, es modifica la terminologia adaptant-la a aquella consensuada al dret internacional dels drets humans. En segon lloc, l'estructura de l'article es divideix en quatre parts, cada una de les quals aborda una dimensió diferent de la necessària tutela constitucional del col·lectiu. En tercer lloc, s'adapta el contingut a l'enfoc del model social i als mandats de la CDPD; així, es posa èmfasi en la titularitat dels drets fonamentals en condicions d'igualtat real i efectiva; es prioritzen les polítiques destinades a l'autonomia i la inclusió amb el respecte pel criteri de les llibertats i les preferències de la persona; es reconeix el principi de la protecció reforçada de l'exercici dels drets del col·lectiu, no només la seva titularitat; es presta una atenció especial a les dones i nenes degut a la doble discriminació que pateixen; i es recorden els estàndards de la CDPD, amb una al·lusió general als acords internacionals en aquest àmbit.

El text articulat encara ha de superar la resta de tràmits necessaris per a substituir el redactat actual, però s'espera que tirarà endavant sense modificacions que transformin el sentit general de la proposta.

4.2.3. La influència de la Constitució al dret civil

La Constitució influeix de forma significativa sobre la resta de branques del dret i per tant, també, sobre el dret civil. Per una banda, ha tingut una incidència directa en la configuració d'algunes qüestions del denominat dret privat, com en la determinació de la majoria d'edat (art. 12) en matèria de nacionalitat i estrangeria (arts. 11 i 13), sobre el matrimoni (art. 32), sobre la protecció de la família, la infància i la maternitat, que ha impactat també en el dret de successió (art. 39), o sobre el dret de la propietat privada (art. 33.1), entre d'altres¹⁵⁵. Per altra banda, i pel que aquí ens interessa, que és la substitució dels antics règims de determinació de la capacitat jurídica i d'incapacitació pels règims de suport a les decisions, cal tenir molt present l'empara que la Constitució concedeix als drets fonamentals i a les llibertats públiques (arts. 15 i

¹⁵⁵ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de derecho civil: derecho privado y derecho de la persona*, 7^a (Móstoles (Madrid): Bercal, 2017).

ss.), que han consolidat la doctrina dels drets de la personalitat¹⁵⁶, però que, a més a més, influeixen de forma directa a la regulació que afecta el dret de la persona. El dret civil, com la resta de branques del dret, està supeditada jeràrquicament a la Constitució i, com és conegut però cal recordar, les institucions que regula no poden vulnerar el marc constitucional, en general, ni els drets fonaments i les llibertats públiques, en particular.

L'exigència de reforma de les disposicions en matèria de capacitat jurídica dels ordenaments civils de l'estat espanyol és una obligació que emana de l'aplicació de la CDPD, però, també, de l'obligació de garantir els drets fonamentals i les llibertats que reconeix la Constitució respectant el dret a la igualtat davant la llei reconegut a l'article 14 CE, basant-se en els principis de la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents i el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10.2 CE), així com en el principi que exigeix a l'Estat promoure les condicions perquè la llibertat i la igualtat de totes les persones no sigui només material, sinó real i efectiva (art. 9.2). En aquest context, el nou precepte de l'article 49 reforçarà les obligacions de l'Estat de promoure marcs legislatius i polítics en la línia del nou paradigma del suport, com apunten les referències explícites fetes a la protecció *reforçada* de l'exercici dels drets i a la titularitat dels drets fonamentals en condicions d'igualtat *real i efectiva*.

A més a més, la interpretació de les normes de dret civil, i de totes les altres normes, ha de ser conforme a la Constitució, segons el principi jeràrquic normatiu i els criteris de les fonts del dret establerts al CC, segons el qual es preveu la invalidesa de les disposicions que contradiguin una norma de rang superior (art. 1.4). En el cas que ens ocupa, s'hauria de valorar si les disposicions que preveuen la restricció de la capacitat jurídica i les diferents formes de protecció establertes pel CC són vàlides atesa la seva aparent disconformitat amb la CDPD i la interpretació dels drets fonamentals de la CE a la llum d'aquesta. El Tribunal Constitucional no s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió, a diferència d'altres països on sí ha arribat aquest conflicte a l'alt

¹⁵⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano, ob. cit.

tribunal¹⁵⁷; pel contrari, la jurisprudència del Tribunal Suprem (TS) i dels Tribunals Superiors de Justícia (TSJ) han interpretat la conformitat dels ordenaments civils en matèria d'incapacitació i tutela a l'article 12, de forma contrària al que es dedueix de les Observacions Finals del Comitè als diferents països, de la OG-1 i de la doctrina al respecte exposada¹⁵⁸.

4.3. Particularitats del sistema plurilegislatiu: Codi civil i legislació civil especial

Per a dur a terme la modificació legislativa per a introduir el nou paradigma del suport cal tenir en compte les particularitats de l'estat plurilegislatiu en l'àmbit del dret civil.

A la Llei de Bases de 1888 s'aprova el Codi civil (CC) i es preveu la conservació dels drets civils forals i especials dels territoris que havien gaudit d'autonomia legislativa històrica davant de Castella (Aragó, les Balears, Catalunya, Navarra, part de Vizcaya i Àlaba, i Galícia), així com el caràcter supletori del dret civil comú. La Constitució regula aquesta opció a l'article 149.1.8 on estableix que l'Estat té competència exclusiva en matèria de legislació civil, "sens perjudici de la conservació, modificació i desenvolupament per part de les Comunitats Autònomes dels drets civils, forals o especials, allà on existeixin." Totes les Comunitats Autònomes afectades han assumit aquesta competència als respectius Estatuts i, de fet, algunes han legislat en abundància sobre aquesta matèria¹⁵⁹.

A Catalunya, el desenvolupament d'un codi civil propi s'inicia amb la Llei 29/2002, de 30 de desembre, que assenta les bases per a l'establiment de l'estructura, el contingut bàsic i el procediment de tramitació del Codi civil de Catalunya (CCc), que culminarà amb l'aprovació del Llibre sisè el 2017. Les qüestions relatives a la persona i la família es regulen a la Llei 25/2010, de 29

¹⁵⁷ Veure nota al peu 90.

¹⁵⁸ S'analitza aquesta jurisprudència a l'apartat 4.6.2.

¹⁵⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, ob. cit.

de juliol, del llibre segon del CCc, relatiu a la persona i a la família. A la resta del territori espanyol on les mesures de protecció de la persona no han estat regulades a l'àmbit del dret foral o especial, s'apliquen les disposicions pertinents del Codi civil (Títol IX).

Ni el CC ni el CCc han dut a terme les modificacions que requeriria el mandat de l'article 12, segons el Comitè. Ambdós preveuen restriccions a la capacitat jurídica per raons vinculades a una discapacitat, i ambdós regulen règims de substitució a les decisions per a les persones incapacitades, amb algunes diferències substancials que seran assenyalades, com la introducció de la figura de l'assistent a la presa de decisions al CCc el 2010, no prevista al Codi civil espanyol, entre d'altres.

En els següents apartats, s'analitza l'estat de la qüestió a l'ordenament civil de dret comú i a l'ordenament civil català, amb l'objectiu de posar de relleu aquells instruments o elements previstos a la norma vigent que són interessants mantenir, transformar o potenciar de cara a la futura reforma en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica. Per aquest motiu, no s'entra a valorar ni a analitzar la previsió de la tutela i la curatela, altrament conegudes, ja que recordem que la proposta de reforma no persegueix la mera transformació o l'establiment de més garanties per a aquestes institucions, sinó el seu reemplaçament.

4.4. Estat de la qüestió al dret comú

4.4.1. Una regulació anterior a la CDPD

El text original del CC s'aprova el 1889 i la reforma més important en matèria de tutela, fins al moment, té lloc amb la Llei 13/1983, de 24 d'octubre, en la que s'estableixen alguns principis de proporcionalitat que flexibilitzen la tutela i la curatela, incorporant la idea que cal adaptar-se a la situació de cada persona i trencar amb el binomi capacitat/incapacitat.

El CC preveu l'adquisició de la personalitat amb el naixement amb vida quan s'hagi produït el despreniment del si matern, i s'extingeix amb la mort (art. 29 i ss.). Així, es reconeix la personalitat a totes les persones, amb o sense discapacitat. En principi també es presumeix que totes les persones tenen capacitat d'obrar, encara que no s'afirma de forma expressa en el text. L'articulat estableix que “[n]ingú pot ser declarat incapaç sinó per sentència judicial en virtut de les causes establertes a la Llei” (art. 199 CC, traducció pròpia). I la Llei preveu com a possibles causes d'incapacitació (art. 200): “les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixin a la persona governar-se per sí mateixa”. És a dir, que la restricció de la capacitat està condicionada per dos supòsits: a) una malaltia o deficiència persistent; i b) que d'aquesta derivi una incapacitat d'autogovern.

La “malaltia o deficiència” no són elements suficients per a presumir la incapacitat, però són la condició prèvia necessària per a determinar que s'avaluïn les capacitats de la persona per autogovernar-se; és a dir, la causa d'ingovernabilitat ha de derivar d'aquesta condició i no d'un altre factor. La restricció de la capacitat jurídica desencadena la imposició per designació judicial d'un tutor o un curador, segons el “grau de discerniment” de la persona incapacitada, o d'un defensor judicial, de forma temporal fins que tingui lloc la designació d'una figura que exerceixi la tutela o la curatela. En qualsevol cas, les tres figures compleixen amb una o totes les característiques que segons el Comitè comparteixen els règims de substitució a les decisions¹⁶⁰. Aquest model d'atribució funcional d'incapacitat és contrari a l'article 12 de la CDPD, tal i com ha posat de manifest el Comitè el 2011 i el 2019 a les Observacions Finals fetes a l'informe d'Espanya¹⁶¹, on considera que la previsió del Codi civil

¹⁶⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), par. 27: Els règims de substitució a les decisions prohibits al marc de la Convenció es distingeixen per les següents característiques, : a. Desprenen a la persona de la seva capacitat jurídica, també quan només ho fan respecte una única decisió. b. El nomenament del substitut que prendrà les decisions per la persona el fa una persona diferent de l'afectada i es pot fer el nomenament en contra de la seva voluntat. c. Les decisions adoptades pel substitut es basen en el criteri del “millor interès” o “interès superior” de la persona, enlloc del criteri de la voluntat i les preferències.

¹⁶¹ *Vid.*, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de España, 19 d'octubre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales del informe de España, CRPD/C/ESP/CO/2-3. Per accedir als informes del Comitè:

constitueix una restricció de la capacitat jurídica per raó de discapacitat i reclama a l'Estat l'adaptació normativa necessària per reemplaçar els règims de substitució a les decisions per mecanismes de suport que no impliquin incapacitació. El Comitè no entra a valorar de forma detallada la regulació del CC, limitant-se a fer aquest diagnòstic de discordança. Així, no es posiciona sobre si altres mesures, com la guarda de fet o els mandats preventius són, o no, conformes als models de suport. Amb aquest propòsit, tot seguit s'analitza la previsió del mandat i la guarda de fet com a figures de suport.

4.4.1.1. El mandat

El mandat consisteix en un acord contractual pel qual una persona (mandatari) s'obliga a prestar un servei o a representar una altra persona per encàrrec d'aquesta (mandant). El mandat pot considerar-se un instrument de suport preventiu, del tipus dels acords de representació de la RAA de la legislació canadenca a British Columbia, que s'han avançat. Tanmateix, perquè el mandat sigui conforme als models de suport previstos pel Comitè, caldria modificar algunes de les característiques que li atribueix el CC. Per exemple, l'excepció a la terminació del mandat per incapacitat sobrevinguda prevista a l'article 1732 CC, hauria de conformar la norma general. Aquesta disposició preveu la possibilitat que no finalitzi el mandat per incapacitat sobrevinguda en aquells casos en què així s'hagi disposat expressament pel mandant o en què el mandat s'hagi constituït precisament amb la finalitat de representar el mandant en casos d'incapacitat.

La previsió de continuïtat del mandat per incapacitat sobrevinguda s'introdueix amb la Llei 41/2003, de 18 novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, on es regulen altres elements que atorguen especial prevalença a la capacitat de decidir de la persona de forma anticipada sobre el seu futur. Per una banda, s'introdueix la possibilitat de l'autotutela; és a dir, que la persona, amb suficient capacitat d'obrar, en previsió de ser incapacitada en

<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/crpdindex.aspx> (últim accés 31 de març de 2019).

el futur, pugui designar tutor o qualsevol altra disposició relativa a la seva persona i béns en document públic notarial (art. 223 CC). Per altra banda, en relació amb els acords de mandat, i a més de la possibilitat que la seva continuïtat es prevegi en cas d'una incapacitat, s'introdueix la possibilitat que pugui ser el mandant el que determini com s'ha d'apreciar la incapacitat que donarà lloc a l'inici del mandat. L'explotació d'aquesta via encaixaria amb el requeriment del Comitè d'allunyar-se de les avaluacions de competència funcional, doncs el mandant podria proposar quan s'inicia el mandat amb una previsió desvinculada de tota avaluació mèdica d'incapacitat, per exemple determinant que s'iniciï quan tinguin llocs certs comportaments, quan una altra persona escollida per ella ho determini o en un moment concret del futur. La flexibilitat dels instruments de suport, tant en el contingut com en la forma, és un element clau del seu èxit.

4.4.1.2. La guarda de fet

Cal dedicar alguna reflexió a les oportunitats i limitacions de la guarda de fet (arts. 303 i ss.), sense fer-ne un anàlisi exhaustiu. La doctrina està dividida entre aquells que la consideren una institució formal de protecció (i/o suport) i que pot ser durable en el temps, i aquells que entenen que és una situació *de fet*, com el seu nom indica, de caràcter informal i transitori, encara que reconeguda pel legislador¹⁶². Seguint a Lescano Feria¹⁶³, encara que la figura de la guarda no neix estrictament a la llei, sinó al marc de la societat per a satisfer uns interessos i unes necessitats socials, la llei la reconeix i l'empara convertint-la en una "situació jurídicament protegida". Des de la perspectiva del model de suport, la guarda de fet es pot considerar una situació informal de suport que es dona al marc d'un context particular i que és reconeguda oficiosament. Al reconèixer-la a la norma s'atorga al guardador un mecanisme de reconeixement davant tercers, però sense intervenir excessivament en el seu exercici.

¹⁶² Per a una visió completa de les diferents postures doctrinals sobre la guarda de fet: Vid., Patricia A. Lescano Feria, *La guarda de hecho* (Madrid: Dykinson, 2017).

¹⁶³ Ibid, p. 34.

De totes maneres, la guarda no encaixa plenament amb la previsió de les figures de suport que fa el Comitè. A la última modificació de la guarda introduïda amb la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, es reafirma el caràcter de figura temporal de la guarda de fet, establint que aquesta durarà fins que es constitueixi, en cas que procedeixi, la mesura de protecció adequada i que durant aquest temps s'atorguen facultats tutelars als guardadors; és a dir, de substitució a les decisions o representació¹⁶⁴. Així, per una banda, el reconeixement de la guarda està vinculada a la seva terminació, doncs se la reconeix fins a la constitució d'una figura "adequada", considerant, *sensu contrari*, que el suport de fet que exerceix la guarda no és pertinent. Per altra banda, s'atorguen facultats de representació i substitució a les decisions als guardadors.

Cal recordar, en aquest punt, que la representació no és sempre assimilable a la substitució de les decisions en el sentit que li atribueix el Comitè. Segons una interpretació coherent amb el conjunt de la CDPD i amb les directrius del Comitè, la mera representació no és necessàriament contrària al model de suport, sempre i quan aquesta és acceptada i/o designada per la persona que és representada i actua segons la seva voluntat i preferències. En aquest sentit, la OG-1 preveu la planificació anticipada com una forma de suport a les decisions, i una forma de planificar anticipadament consisteix en la designació d'un representant pel futur, com seria el cas del mandat. Pel que respecte a la guarda de fet, si bé la falta de previsió que la caracteritza fa que a aquesta no la precedeixi una designació formal expressa, la millor interpretació de la voluntat i preferències de la persona i de la seva història de vida poden servir com a criteri per a valorar si la persona que exerceix la guarda i la forma com ho fa concorda amb la voluntat de la persona beneficiària o amb la seva millor interpretació. Ens podríem preguntar, per exemple, si la persona que es beneficia de la guarda hagués volgut que la persona que l'exercís ho fes i ho fes de la manera que ho fa.

¹⁶⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), par. 52.

Atenent a tot això, per a la conformació de la guarda com a figura de suport, caldria modificar la previsió actual i establir alguna forma de salvaguarda, no necessàriament de caràcter judicial, per a assegurar-se que la guardadora o el guardador no actuen en contra de la voluntat i preferències de la persona i que aquesta actuació és consentida. Caldria, doncs, eliminar les referències que l'assimilen als càrrecs tutelars, clarament oposats al model de suport, així com el criteri de l'interès superior que preveu la norma (art. 304 CC) i establir les garanties necessàries i pertinents, a la llum de la CDPD.

4.4.2. Conclusió

Més enllà d'algunes modificacions introduïdes amb la Llei 41/2003 que atorguen poder a la persona amb plena capacitat d'obrar per a decidir anticipadament sobre la seva futura representació o tutela, les reformes més importants en matèria de capacitat jurídica segueixen essent les introduïdes el 1983, fa més de trenta anys. La modernització del Codi civil, en el seu conjunt, és una demanda que fan diverses veus autoritzades¹⁶⁵. Els valors, principis i paradigmes que fonamentaven el dret privat de la persona fa trenta anys han canviat profundament; en allò que ens interessa, en relació amb els drets de les persones amb discapacitat, l'adopció del model social com a paradigma de referència a nivell global transforma la percepció de la persona d'objecte de cura a subjecte de drets, i urgeix que el dret civil reconegui, protegeixi i promogui aquesta nova realitat, més enllà de la obligada supeditació de tota branca del dret als estàndards de drets humans i fonamentals.

Al CC vigent no hi ha cap figura que s'adapti plenament a allò requerit pel Comitè. La reconfiguració de la guarda de fet i dels mandats preventius perquè puguin conformar figures de suport a les decisions segons el nou paradigma no és suficient per a la plena adaptació de la legislació civil en matèria de capacitat jurídica al mandat de l'article 12; la incapacitació civil, la tutela i la curatela han

¹⁶⁵ En aquest sentit, *Vid.*, Eugenio Llamas Pombo, 'Una mirada al viejo Código Civil desde el posthumanismo y la globalización'; i *La Ley*, 9488, 2019, Miguel Ángel Malo, 'La modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos', *La Ley*, 9507, 2019.

de ser eliminades i s'han de regular noves figures de suport a la presa de decisions consubstancials i de disposició voluntària que puguin satisfer les necessitats d'aquells qui les requereixen per l'exercici de la seva capacitat jurídica en igualtat de condicions.

Per la seva banda, l'estat de la qüestió a Catalunya, que s'exposa tot seguit, té algunes particularitats respecte el model del CC, tot i que no es diferencia d'aquest en allò substancial, que és la seva discordança generalitzada amb la CDPD.

4.5. Estat de la qüestió al Codi civil català

4.5.1. Una regulació posterior a la CDPD

El llibre segon sobre la persona i la família del Codi Civil de Catalunya (CCc) s'aprova amb la Llei 25/2010, de 29 de juliol, per tant, després de la ratificació i incorporació de la CDPD a l'ordenament intern. El Preàmbul es remet a la Convenció i l'esperit de la norma es defineix per la voluntat de promoure l'autonomia, la diversificació de les figures de suport i protecció, i el respecte a la voluntat i preferències de les persona. La legislació catalana en aquesta matèria sempre ha anat un pas endavant del dret comú pel que fa al respecte de la voluntat i l'autonomia de la persona; així, la Llei 11/1996, de 29 de juliol, va ser la primera de l'Estat a introduir la delació voluntària dels càrrecs tutelars a la norma vigent al moment en matèria de tutela (la Llei 39/1991, de 30 de desembre). Tanmateix, no va ser fins l'aprovació del llibre segons que es van introduir els principis de subsidiarietat, proporcionalitat i respecte a la capacitat natural de la persona.

La Llei 25/2010, malgrat que manté la incapacitació i les tradicionals institucions de substitució a les decisions, introdueix noves figures que poden operar al marge d'aquestes, com l'assistència i el patrimoni protegit, oferint així un ventall d'opcions per les diferents necessitats i contextos. Segons el Preàmbul, la introducció d'aquestes institucions va en la línia dels principis de proporcionalitat i del respecte a la voluntat i les preferències de la persona de la

CDPD. Es recorda, així mateix, que cal interpretar totes les referències en matèria d'incapacitació en el sentit menys restrictiu possible, d'acord amb la Convenció. Seguint la línia del dret comú i de la jurisprudència en aquesta matèria, el text no es qüestiona que, de fet, la incapacitació i els règims de substitució a les decisions són contraris a la Convenció.

El reconeixement de la personalitat civil al dret civil català “és inherent a la persona física des del naixement” i s'extingeix amb la mort (art. 211-1), igual que es preveu al dret comú, i com no podia ser d'altra manera. Per a la restricció de la capacitat d'obrar a Catalunya ens hem de remetre a les previsions de les causes d'incapacitació del CC que s'han avançat (art. 200 CC). Tot i que al dret català es posa èmfasis en actuar “d'acord amb la personalitat” de la persona atesa (art. 211-1 CCc), el criteri del millor interès segueix regint l'aplicació i actuacions de les mesures de protecció de les persones.

Malgrat que la mera previsió de la incapacitació i la distinció entre capacitat jurídica i capacitat d'obrar és contrària al reconeixement de la igualtat davant la llei a la llum de la CDPD, el Codi civil català posa èmfasis en el respecte a la capacitat natural de les persones, que ha de guiar el reconeixement i delimitació de la capacitat d'obrar (art. 211): “1. La capacitat d'obrar de la persona es fonamenta en la seva capacitat natural (...) 3. Les limitacions a la capacitat d'obrar s'han d'interpretar d'una manera restrictiva, atenent a la capacitat natural.” En aquesta línia, el Comitè no nega la diversitat en la capacitat natural de les persones (OG-1), encara que sota el model de suports aquesta ha de ser compresa des d'una perspectiva relacional i contextual, no únicament dependent de les habilitats individuals de prendre decisions de la persona, tal i com és entesa actualment al nostre ordenament jurídic, i no pot justificar una restricció de la capacitat d'obrar. Per tant, si bé la previsió de l'art. 211 és contrària a l'article 12 de la CDPD, doncs preveu que la determinació de la capacitat natural té com a finalitat la restricció de la capacitat d'obrar, la mera referència a aquest element és un reconeixement de la diversitat en les necessitats de les persones i un criteri que ha de limitar la restricció a la capacitat d'obrar; és a dir, tot allò que la persona pugui fer per sí mateixa no ho ha de fer una altra.

A més a més, el CCc introdueix la novetat de la figura de l'assistent a la presa de decisions, reconeix les directrius anticipades i preveu algunes particularitats respecte els poders (mandat) i la guarda de fet que cal analitzar.

4.5.1.1. Els poders preventius

Els poders (o mandat) són uns acords en la que una persona pot designar-ne una altra perquè la representi en algunes qüestions. En la línia del dret comú¹⁶⁶, la legislació catalana també estableix que aquests podran continuar després d'una pèrdua sobreenvenida de capacitat, evitant així una intervenció judicial i una incapacitació, quan el poderdant ho hagi establert expressament d'aquesta forma (art. 222-2.2). Tanmateix, cal remarcar algunes diferències amb la previsió estatal. Per una banda, com s'ha avançat, l'article 1732 del CC preveu que la determinació de la incapacitat del mandant pugui ser apreciada conforme a allò disposat per aquest mateix i, per tant, d'alguna forma s'atorguen garanties al compliment de la voluntat de la persona beneficiària, que podrà decidir quan s'iniciarà el mandat (art. 1732 CC). Per la seva banda, el dret civil català també preveu la possibilitat que la persona "determini l'inici de l'eficàcia del poder", al que es sumen la possibilitat d'establir les mesures de control i les causes d'extinció del mateix. Però el poder només continuarà en cas de pèrdua sobreenvenida de la capacitat en aquells casos en què aquest estigui produint efectes des del moment del seu atorgament (art. 222-2.2, èmfasis afegit):

El poderdant pot ordenar que el poder produeixi efectes des de l'atorgament, o bé establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder. *En el primer cas*, la pèrdua sobreenvenida de capacitat del poderdant no comporta l'extinció del poder. El poderdant

¹⁶⁶ La previsió del mandat al Codi civil, l'homòleg dels poders a la legislació de dret comú, està prevista a l'article 1732 del CC.

també pot fixar les mesures de control i les causes per les quals s'extingeix el poder.

Per tant, no subsistirien aquells poders que encara no s'estan executant. Tot i això, el mateix article preveu que “no cal posar en tutela les persones majors d'edat que, per causa d'una malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic, no es poden governar per si mateixes, si a aquest efecte han nomenat un apoderat en escriptura pública perquè tingui cura de llurs interessos” (art. 222-2.1); tot i que, “[s]i en interès de la persona protegida s'arriba a constituir la tutela, l'autoritat judicial, en aquell moment o amb posterioritat, a instància del tutor, pot acordar la extinció del poder” (art. 222-2.3). És a dir, atenent al criteri de la voluntat i les preferències, la persona pot escollir un apoderat en previsió d'una futura pèrdua de capacitats, que evitaria la incapacitació, i pot atorgar poders amb continuïtat en cas de pèrdua sobtevinguda de la capacitat, sempre i quan ja estiguin en vigor. No obstant, ambdós provisions estan limitades pel criteri del millor interès, segons el qual, en interès de la persona, es pot arribar a constituir tutela i extingir els acords prèviament atorgats per aquesta.

Per altra banda, l'establiment d'algun mecanisme per evitar abusos i influències indegudes dels apoderats és un requisit indispensable per a la seva conformació com a instrument de suport. Respecte les salvaguardes, la legislació preveu que, “l'apoderat, d'acord amb el article 222-2.1, necessita l'autorització judicial per als mateixos actes que el tutor, llevat que el poderdant l'hagi exclòs expressament.” (art. 222-44). Per tant, en absència d'una menció al respecte per part del poderdant, l'apoderat necessitarà autorització judicial, per exemple, per disposar de béns immobles. Aquesta regla és la contrària a la prevista a l'art. 1732 del CC, segons el qual, si els poders s'han atorgat sense cap limitació expressa, els apoderats no necessiten autorització judicial. En aquest sentit, si bé la voluntat i preferències del poderdant són el criteri prevalent en ambdós ordenaments, la legislació catalana és més garantista al preveure com a norma general la necessitat d'autorització judicial per alguns actes amb repercussions significants, així com la possibilitat que la persona que atorga el poder estableixi altres formes de control del seu exercici.

4.5.1.2. El document de voluntats anticipades

En l'àmbit dels instruments amb caràcter preventiu de suport, cal destacar la incorporació del document de voluntats anticipades al marc del Codi Civil català. La previsió d'aquesta eina no és nova, està regulada des del 2000 a la legislació especial d'àmbit sanitari, a la Llei 21/2000 sobre els drets d'informació relatius a la salut i a l'autonomia del pacient, i la documentació clínica, a l'àmbit autonòmic (art. 8), i des del 2002 a la llei bàsica estatal en la mateixa matèria¹⁶⁷, però la seva incorporació al CCc a un capítol dedicat a l'autonomia de la persona en l'àmbit de la salut mereix una menció. Per una banda, des del punt de vista de la previsió del supòsit de fet, contingut o forma del document, aquest no aporta cap novetat particular respecte la legislació especial sanitària, tot i que la redacció del text és lleugerament diferent. Per altra banda, el lloc que ocupen aquestes previsions dins l'estructura del Codi, sota el capítol II sobre l'autonomia de la persona en l'àmbit de la salut, entre el capítol dedicat a la personalitat civil i a la capacitat i el de la regulació de les institucions de protecció de la persona (on s'inclouen la tutela, els poders, la curatela, la guarda de fet, l'assistència i la protecció patrimonial), indica la naturalesa mixta del document de voluntats anticipades com a eina de suport preventiva i d'expressió de la voluntat de la persona i com a eina de protecció.

Sobre l'exercici de l'autonomia en matèria de salut i les interferències involuntàries a la integritat física i psíquica de les persones, en aquest moment de transició cap als models de suport cal posar sobre la taula la qüestió dels tractaments involuntaris i les pràctiques coercitives en matèria de salut mental, unes pràctiques que també interfereixen en l'exercici dels drets de la persona i que poden arribar a constituir violacions de drets per sí mateixes, però, per contra, un àmbit on existeixen poques formes de suport a les decisions. En aquest mateix capítol del CCc es regula l'internament involuntari per raó de salut mental. Es preveu autorització judicial prèvia per un internament en un establiment especialitzat de persones "per raó de trastorns psíquics o malalties

¹⁶⁷ Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica, (Ref: BOE-A-2002-22188).

que puguin afectar la seva capacitat cognitiva (...) si la seva situació no li permet decidir per ella mateixa, independentment de la seva edat” (art. 212-4). Durant una urgència mèdica l'autorització serà posterior. Per contra, la previsió de l'article 212-7 (del mateix capítol) relatiu a les decisions sobre el propi cos, estableix que “[l]a lliure decisió de les persones és determinant en les qüestions que puguin afectar llur dignitat, integritat i benestar físic i mental i, en particular, pel que fa al propi cos i a la salut reproductiva i sexual.” La protecció de l'exercici de l'autonomia en l'àmbit de la salut, i en especial en allò concernent a les decisions en l'àmbit de la salut mental, és un camp en el que cal avançar. Mentre que la integritat física i psíquica està protegida constitucionalment, els “trastorns psíquics” es constitueixen com un motiu que justifica la seva intervenció, el que és considerat discriminatori a la llum de la CDPD, també quan es preveuen juntament amb criteris d'incapacitat o de risc, com és el cas de la norma catalana, que preveu que s'han de donar dos pressupòsits: a) un trastorn psíquic o malaltia que afecti la capacitat cognitiva; i b) una situació que no li permeti decidir o fer-se càrrec de la situació per ella mateixa. És a dir, igual que s'ha apuntat amb el supòsit de fet de les causes d'incapacitació (art. 200 CC), el trastorn psíquic no és suficient per a motivar un internament involuntari, però és condició *sine qua non*.

Sense ànim d'aprofundir en la complexa qüestió dels ingressos i tractaments involuntaris en salut mental, i retornant al document de voluntats anticipades, aquesta és una eina de previsió anticipada a la presa de decisions pels moments de crisi o de salut en què un no és capaç de decidir o d'expressar la seva voluntat, que poden servir com a suport a la presa de decisions en l'àmbit de la salut mental, una aplicació d'aquesta eina poc explorada al nostre territori¹⁶⁸.

El suport a la presa de decisions pot tenir moltes formes i aplicar-se en gairebé totes les esferes de la vida. Existeixen bones pràctiques al voltant del món en relació amb la introducció de models de planificació centrats en la persona en

¹⁶⁸ Maria Àngels Porxas Roig, 'El documento de voluntades anticipadas para el apoyo a la autonomía y al ejercicio de la capacidad jurídica en salud mental: hacia un modelo de atención basado en derechos', a *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*, ed. per Antonio-Luis Martínez-Pujalte (Aranzadi, 2018), p. 576 i ss.

l'àmbit de l'atenció o la creació de pràctiques de suport comunitàries¹⁶⁹. També comencen a haver-hi reformes dels marcs legislatius establint noves figures de suport formals. Tanmateix, un volum important de la literatura sobre la investigació i les pràctiques de suport a la presa de decisions i a l'exercici de l'autonomia i la vida independent fa referència al col·lectiu de persones amb discapacitat intel·lectual, i de fet es sol considerar que aquest col·lectiu és el principal destinatari del canvi de paradigma en capacitat jurídica i de les noves figures de suport a la presa de decisions. Tot i que també hi ha un increment progressiu d'atenció al suport a la presa de decisions en l'àmbit de la salut mental, aquest ha estat més oblidat en les reformes legislatives que han succeït a la CDPD¹⁷⁰. El Comitè delimita el suport a la presa de decisions per a actes amb efectes jurídics (al marc de l'article 12), però l'exercici de la capacitat jurídica és molt més ampli. Una interpretació de l'article 12 en conjunció amb la resta de l'articulat de la CDPD ens porta a comprendre que el canvi de paradigma no es pot reduir al suport a la presa de decisions en l'àmbit dels actes que tenen efectes jurídics, doncs la capacitat jurídica està lligada a totes les decisions de la persona, en especial aquelles referents als aspectes més personals de la vida, entre les quals les decisions mèdiques. De fet, la substitució en el consentiment a les intervenció mèdiques és un àmbit d'actuació que tradicionalment s'ha atribuït al curador o al tutor en els règims de substitució a les decisions. Però, a més, la negació de la capacitat jurídica no té lloc només sota els règims d'incapacitació i tutela, sinó que també, per exemple, és un efecte de les intervencions mèdiques forçoses o dels ingressos involuntaris¹⁷¹.

¹⁶⁹ Lynn Martin et al, 'From Framework to Practice: Person-Directed Planning in the Real World', *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, 29.6 (2016), 552–65; Dorothy Squatrito Millar, 'Guardianship Alternatives: Their Use Affirms Self-Determination of Individuals with Intellectual Disabilities', *Education and Training in Autism and Developmental Disabilities*, 48.3 (2013), 291–305; David Abbott i Anna Marriott, 'Money, Finance and the Personalisation Agenda for People with Learning Disabilities in the UK: Some Emerging Issues', *British Journal of Learning Disabilities*, 41.2 (2013), 106–13.

¹⁷⁰ Per conèixer més sobre l'estat de la qüestió de la coerció i els models d'atenció a la salut mental a la regió europea, *Vid.*, Turnpenny *et al*, xxviii, ob. cit.

¹⁷¹ Tina Minkowitz, 'The United Nations Convention of the Rights of Persons With Disabilities and the Right To Be Free From Nonconsensual Psychiatric Interventions', *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34.3 (2007), 405–28; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, par. 40 i 41.

En definitiva, el canvi de paradigma en matèria de suport ens ofereix la oportunitat d'introduir noves figures de suport a la presa de decisions a l'àmbit de la salut, o de reafirmar i millorar les existents. Per a tot això, la incorporació d'aquesta matèria en un capítol propi al CCc és benvinguda, ha de ser valorada positivament a la llum de la CDPD i tinguda en compte en les futures reformes.

4.5.1.3. La guarda de fet

La guarda de fet es preveu com una figura, en principi, de caràcter temporal, de forma similar a com ho fa el CC, que s'extingeix "pel nomenament de defensor judicial o per la constitució del règim de protecció *pertinent*" (art. 225-5 CCc, èmfasis afegit); per tant, la guarda no s'entén com una forma pertinent de protecció. Tot i això, la seva previsió al CCc es fa partint del coneixement que, a la pràctica, aquesta és la figura utilitzada amb preferència per a les famílies en relació amb les persones grans afectades de demències senils o d'altres malalties similars. Seguint aquesta lògica, la norma només obliga a la comunicació de la guarda a l'autoritat judicial o al ministeri fiscal en aquells casos en què la persona és ingressada en un establiment residencial (art. 225-2); s'atorguen funcions d'administració ordinària al guardador o guardadora i obligacions de cura de la persona i d'actuació sempre en benefici d'aquesta (art. 225-3.1). En aquesta línia, la norma preveu que puguin coexistir la figura del tutor i la de la guarda i, fins i tot, que es traslladin les funcions tutelars a la persona que exerceix la guarda, amb la suspensió de la primera (art. 225-3.2).

En definitiva, de forma semblant al dret comú, la guarda de fet s'erigeix com una forma de suport informal però oficiosa, reconeguda pel jutjat, però sobre la que, per contra, no hi ha gaires mecanismes de control. Un excés de control pot ser contraproduent al marc d'una figura de naturalesa informal com és la guarda, però l'absoluta manca d'aquest també pot donar lloc a abusos i influències indegudes, pel que seria ideal establir un mecanisme de control extern, poc invasiu i no necessàriament de caràcter judicial, però que exercís

com a salvaguarda per assegurar que el guardador actua segons la voluntat i preferències de la persona.

4.5.1.4. L'assistència

La incorporació al Llibre segon de la figura de l'assistent a la presa de decisions és la modificació legislativa més propera al model de suports que s'ha dut a terme en matèria de capacitat jurídica a l'estat espanyol, fins al moment.

L'assistència és una institució que no exigeix la incapacitació de la persona, en la línia d'altres instruments de suport o protecció del dret comparat, com l'*amministrazione di sostegno* a Itàlia o el *Beetreung* a Alemanya, pel que no pressuposa cap pronunciament sobre la capacitat de la persona. Es tracta d'una figura de disposició plenament voluntària pels majors d'edat que consideren que necessiten assistència per a tenir cura d'ells mateixos o dels seus béns (arts. 226-1 i ss.). Però, a diferència del model italià o alemany, on aquestes figures van ser pensades per a constituir-se com una alternativa a la incapacitació, o bé s'hi han acabat convertint per interpretació jurisprudencial¹⁷², la delimitació del legislador català del supòsit de fet per a poder sol·licitar l'assistència en l'existència en el sol·licitant d'una "disminució *no incapacitant* de les seves facultats físiques o psíquiques" (art. 226-1.1, èmfasis afegit), apunta a que la intenció no ha estat la de crear una alternativa a la incapacitació, sinó complementar el sistema de protecció d'adults¹⁷³. Així mateix s'expressa el Preàmbul del Llibre segon:

¹⁷² Ribot Igualada, ob. cit.

¹⁷³ Ibid.

Aquest instrument pot ésser molt útil, també, per a determinats col·lectius especialment vulnerables però per als quals la incapacitació i l'aplicació d'un règim de tutela o curatela resulten desproporcionades, com ara les persones afectades per un retard mental lleu o altres per a les quals, pel tipus de disminució que sofreixen, els instruments tradicionals no són apropiats per a atendre llurs necessitats. En línia amb les directrius de la Recomanació R (99) 4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, del 28 de febrer de 1999, i amb els precedents existents en diferents ordenaments jurídics de l'entorn de Catalunya, es considera més adequat aquest model de protecció, paral·lel a la tutela o la curatela. A més, aquesta tendència és la mateixa que inspira la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat.

Es fa patent, doncs, que ni la intenció del legislador era la de substituir unes figures per unes altres, sinó diversificar els instruments de protecció, ni adaptar la legislació catalana a la Convenció; pel contrari, tal i com també es puntualitza en els paràgrafs recollits del Preàmbul, la introducció de la figura de l'assistent està en línia amb la Recomanació R(99) 4 del Consell d'Europa, que preveia una flexibilització de les mesures de protecció. Només en forma d'epíleg es fa referència a que l'assistència està inspirada en els principis de la Convenció; ignorant, de nou, que els principis d'aquest mateix instrument exigeixen la plena substitució d'un règim per un altre, sense menystenir el caràcter de norma vinculant que té la CDPD en comparació amb la R(99) 4.

Respecte el supòsit de fet previst per a l'assistència, per una banda preveu que s'han de donar dues condicions subjectives: a) una "disminució de les facultats físiques o psíquiques"; i b) que es tracti d'una "disminució no incapacitant".

- a) Inclou tant les persones amb discapacitats físiques com psíquiques, en una fórmula similar a la prevista pel dret italià i l'alemany¹⁷⁴, però que

¹⁷⁴ L'article 404 del Codi civil italià permet nomenar l'*amministrazione di sostegno* a persones que per raó d'una malaltia o una discapacitat física o mental, no poden, ni parcial ni temporalment, satisfer els seus propis interessos; i la sec. 1896.1 del Codi civil alemany (BGB) permet nomenar un *Betreuer* a la persona major d'edat que, per raó d'una malaltia mental o per

s'allunya dels models colombià i peruà que no distingeixen entre l'origen i el tipus de la discapacitat, o el model de Costa Rica que, pel contrari, limita el suport a les persones amb discapacitat mental, intel·lectual o psicosocial.

- b) Estan excloses de la legitimació per a sol·licitar l'assistència, les persones amb una disminució *incapacitant*. El text no expressa com s'ha de valorar o avaluar el caràcter incapacitant de la disminució. Interpretada en conjunció amb la resta del text i segons la doctrina¹⁷⁵, es refereix a aquelles “disminucions” que no puguin incórrer en una incapacitació. Conforme a l'art. 200 del CC, que regula aquesta matèria, són causes d'incapacitació: “[l]es malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixin a la persona governar-se per a sí mateixa”. Per tant, l'assistència poden nomenar-la aquelles persones que tenen malalties o deficiències que tenen com a efecte la disminució de les seves facultats sense que aquestes siguin persistents, o les persones que tenen les facultats disminuïdes, però sense que aquesta “disminució” afecti el seu autogovern.

De a) i b) es dedueix que les persones amb alguna discapacitat temporal o poc severa que afecta la seva autonomia, però no el seu autogovern, podrien sol·licitar l'assistència. Cal fixar-se, però, que el text no es refereix a la categoria de “persona amb discapacitat”. D'aquesta absència es dedueix que no es requereix de la persona un certificat de discapacitat per a poder sol·licitar l'assistència ni una categorització com a “persona amb discapacitat”, el que, per altra banda, no tindria sentit en relació amb una limitació temporal, per exemple.

raó d'una discapacitat física, psíquica o psicològica, no pot tenir cura total o parcialment d'ella mateixa.

¹⁷⁵ Martín Pérez, ob. cit.; Francisco Rivero Hernández, ‘Comentario de los artículos 226-1 a 226-6’, en *Persona y familia: libro segundo del Código civil de cataluña*, ed. per R. Roca Trías; Ortuño Muñoz (Las Rozas: Sepin, 2011), pp. 411–41.

Respecte els pressupòsits objectius previstos al supòsit: c) la persona no pot tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns; i d) necessita que se li nomeni un assistent.

- c) Si atenem al redactat de l'art. 226-1 i a la previsió del contingut de l'assistència, aquesta es pot sol·licitar tant per a una necessitat en l'àmbit personal com en el patrimonial, sempre i quan la persona no se'n pugui fer càrrec per ella mateixa.
- d) El criteri de la necessitat, d'acord amb el principi de subsidiarietat, s'ha d'interpretar de tal forma que només es designarà aquesta figura quan les mesures de disseny universal, d'accessibilitat i els suports informals no siguin suficients. A més, aquest criteri implica que aquesta necessitat ha de ser conseqüència de la "disminució" de la persona, però no pot tenir un altre origen, com per exemple el desconeixement o la falta de satisfacció d'algunes necessitats bàsiques, cas en el qual caldrà que actuïn altres serveis; és a dir, no es pot confondre l'assistència del CCc amb un servei social o assistencial, pel que ja hi ha previstes altres figures¹⁷⁶. Tot i això, encara que la norma no fa referència a la situació de discapacitat de la persona, està dirigida a persones amb discapacitat lleus o temporals. No obstant, al identificar que la necessitat de la persona ha de derivar de la "disminució" de les seves facultats, s'allunya del model social.

En resum, el limitat abast del supòsit de fet de l'aplicació de l'assistència a persones amb discapacitat no incapacitant junt amb el seu caràcter de figura complementària o paral·lela a la curatela i a la tutela, en paraules del redactat de la llei, que no alternativa, ha donat peu a que a la pràctica aquesta segueixi essent una gran desconeguda i s'utilitzi molt poc.

¹⁷⁶ No s'ha de confondre amb figures que tenen cura de la persona, en un sentit material, com per exemple l'assistència personal, entre d'altres, prevista a la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència (Ref: BOE-A-2006-21990).

Pel que fa al contingut i a les funcions de l'assistència, per una banda, l'article 226-2.2 preveu que, en l'àmbit personal, "l'assistent ha de vetllar pel benestar de la persona assistida, respectant-ne plenament la voluntat i les opcions personals", i es llisten les següents funcions en aquest àmbit: "(...) correspon a l'assistent rebre la informació i donar el consentiment a què fan referència, respectivament, els articles 212-1 [rebre informació sobre la salut] i 212-2 [donar el consentiment informat], si la persona assistida no pot decidir per ella mateixa sobre la realització d'actes i tractaments mèdics i no ha atorgat un document de voluntats anticipades." De nou, es ressalta l'àmbit de presa de decisions relacionat amb la salut. Tot i això, tal com descriu en Ribot¹⁷⁷, l'abast de l'assistència és molt més ampli, i no requereix la representació legal de la persona atesa, en la majoria de casos, doncs les principals tasques de l'assistent consisteixen en aconsellar, rebre la informació legal corresponent a un acte jurídic que l'assistent vol o ha de realitzar, acompanyar la persona al metge o al banc, i mantenir un contacte regular amb la persona atesa, entre d'altres. Tanmateix, el CCc també preveu que l'assistent pugui consentir, en ocasions, en representació de la persona. Cal tenir en compte que al tractar-se d'una figura de caràcter plenament voluntari la persona que rep l'assistència haurà accedit a aquesta representació i que els casos seran estrictament delimitats per l'autoritat judicial en l'atorgament d'assistència.

En aquest ordre de coses, en l'àmbit patrimonial el caràcter d'assistència de la figura es pot confondre amb la del "complement" de la capacitat del curador. "[L]assistent ha d'intervenir, juntament amb la persona assistida, en els actes jurídics relacionats amb les funcions de l'assistència". A més, "[a] petició de la persona assistida, l'autoritat judicial també pot conferir a l'assistent funcions d'administració del patrimoni de la persona assistida, sens perjudici de les facultats d'aquesta de fer actes d'aquesta naturalesa per ella mateixa" (art. 226-2.3). Per tant, si bé l'assistit no perd la seva capacitat d'obrar i, en principi, l'assistent no té facultats de representació, excepte quan li ho confereixi el jutge a petició de la persona interessada i en aquells casos en matèria de salut en les circumstàncies que preveu l'article 226-2, la norma preveu que la funció de

¹⁷⁷ Ribot Igualada.

l'assistent és la d'intervenir, junt amb la persona, en els actes jurídics vinculats a les funcions que se li han atorgat. És a dir, utilitzant una altra terminologia, l'assistent no actua només com un acompanyant en la realització dels actes jurídics, sinó com un "complement" de l'assistit, doncs la seva intervenció atorga eficàcia jurídica als actes que l'assistit realitza. Tot i això, i de nou tenint en compte el caràcter de disposició voluntària de la figura, l'assistit ha d'haver accedir a aquesta intervenció necessària, i l'ha de poder modificar o revocar sempre que vulgui.

L'article 226-3 ve a confirmar aquesta línia doctrinal, al preveure que aquells "actes jurídics que la persona assistida faci sense la intervenció de l'assistent, si aquesta intervenció és necessària, són anul·lables a instància de l'assistent o de la persona assistida" (i també a instància del tutor o dels hereus en el termini de quatre anys des de la constitució de la tutela o la mort de la persona). Aquesta previsió és aparentment contrària, per una banda, a la pròpia naturalesa de l'assistència, que no preveu la restricció de la capacitat d'obrar de l'assistit, ni, per tant, la seva presumpció d'incapaç, així com al principi de la seguretat jurídica que regeix el tràfic jurídic, doncs permet a la persona assistida actuar contra els seus propis actes, de forma que es podria considerar contrari a la bona fe¹⁷⁸. Per la seva banda, el coneixement per part de tercers de la possibilitat d'anul·labilitat dels actes realitzats amb persones que reben assistència és un mecanisme que pot servir per prevenir actuacions abusives o amb mala fe, però que també pot crear inseguretat jurídica sobre els tercers que actuen de bona fe. Per a tot això, caldria interpretar la provisió de forma restrictiva, de tal manera que, en primer lloc, sigui molt clar quins són aquells actes que la persona ha de realitzar amb l'assistent per assegurar la seva eficàcia, una informació que ha de ser degudament accessible per a tercers; i en segon lloc, que l'autoritat judicial que resolgui sobre l'eficàcia de l'acte qüestionat ho faci atenent a les regles generals del dret civil; pel que, si es presumeix que la persona assistida té capacitat d'obrar i, per tant, de realitzar actes jurídics per sí mateixa, si bé la norma preveu la possibilitat que tingui legitimació per a sol·licitar l'anul·labilitat d'un acte, el que és contrari a les

¹⁷⁸ Ribot Igualada, ob. cit.

previsions habituals, la declaració de nul·litat de l'acte s'hauria d'atendre a les regles generals d'anul·labilitat del dret civil.

En definitiva, més enllà del límit que implica el supòsit de fet de l'assistència previst pel legislador, que és contrari al requisit de la OG-1 del Comitè que les figures de suport estiguin disponibles per a totes les persones independentment del seu grau de discapacitat, així com de les qüestions controvertides que s'han posat de relleu, la figura compta amb algunes característiques que complirien amb un model de suport conforme a la CDPD i que cal assenyalar.

En primer lloc, tot i que es tracta d'una figura de designació judicial, té un caràcter de disposició plenament voluntària pel que fa a la seva sol·licitud, que es reserva estrictament a la persona beneficiària, pel procediment de jurisdicció voluntària; així mateix, l'autoritat judicial ha de respectar la voluntat de la persona pel que fa al nomenament o exclusió d'alguna persona per a exercir-la.

En canvi, respecte les disposicions relatives a la terminació o modificació de l'assistència, tant per ampliar com per reduir funcions, la norma és ambigua i preveu que es pugui fer "a instància de part", sense detallar qui pot ser part. Pel que fa a la modificació de l'abast de l'assistència, preveu expressament que també la pugui sol·licitar la persona assistida (art. 226-4.1), però no així en el cas de la terminació (art. 226-5). Malgrat això, si atenem a les normes de dret processal, donat que la sol·licitud es fa mitjançant un procés de jurisdicció voluntària, la única persona legitimada per a promoure'l serà la persona titular dels drets o interessos legítims, per tant, la persona que rep l'assistència¹⁷⁹. També es preveuen altres causes d'extinció habituals, com la desaparició del supòsit que va donar lloc a la mateixa, per exemple la desaparició de la necessitat o la millora de les facultats, la mort o desaparició de la persona o la

¹⁷⁹ La llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària, (Ref: BOE-A-2015-7391), preveu (art. 3): "Podran promoure expedients de jurisdicció voluntària i intervenir en ells els titulars de drets o interessos legítims o la legitimació dels quals vingui conferida legalment sobre la matèria que constitueixi el seu objecte, sense perjudici dels casos en què l'expedient pugui iniciar-se d'ofici o a instància del Ministeri Fiscal. (...)". Per la seva banda, la intervenció del Ministeri Fiscal només es preveu per aquells expedients que afectin l'estat civil, la condició de la persona o que comprometin l'interès d'un menor o d'una persona amb capacitat modificada judicialment, i aquells en què la llei ho prevegi expressament (art. 3). Atenent d'una forma estricta a aquesta provisió, el Ministeri Fiscal no podria sol·licitar ser part, excepte si entenem que l'assistència afecta la condició de la persona.

seva incapacitació. Per tant, l'assistència no evita una incapacitació, com en canvi sí que poden fer els poders preventius amb previsió de continuïtat per pèrdua sobtevinguda de la capacitat. Al limitar-se el supòsit de fet a disminucions no incapacitants, quan aquest pressupòsit canvia, tant per millora com per empitjorament de la condició, l'autoritat judicial ha de declarar-ho i extingir l'assistència.

En segon lloc, l'assistència no preveu la limitació d'altres drets de la persona, ni implica la restricció de la seva capacitat.

En tercer lloc, la previsió de la publicitat registral li atorga reconeixement jurídic davant tercers. De fet, aquesta només serà oposable a tercers una vegada inscrita al Registre civil.

En quart lloc, es preveuen deures de rendició de comptes en cas que l'assistent tingui assignades funcions d'administració patrimonial (art. 226-6). En canvi, no es preveuen salvaguardes per a assegurar que l'assistent acompanya i exerceix les seves funcions segons la voluntat i preferències de la persona. Un criteri, el de la voluntat i les preferències, que obliga de forma expressa en relació amb l'àmbit personal (art. 226-2) però que, en canvi, no es menciona en relació a les funcions d'àmbit patrimonial de l'assistent. Per a interpretar l'assistència a la llum de la CDPD, cal entendre que el deure de vetlla segons la "voluntat i opinions personals" de la persona assistida (art. 226-2.2), s'estén a les funcions a l'àmbit patrimonial, però que aquest deure no atorga facultats d'intervenció especial a l'assistent per a assegurar que es satisfà la voluntat i preferències de la persona, excepte aquelles que s'hagin pogut pactar. És a dir, l'assistent ha d'exercir la seva funció fent ús de les habilitats del diàleg, la presa de decisions compartida i l'acompanyament, però mai de la interferència, la intervenció forçada, la coacció o el constrenyiment. La persona que rep l'assistència té dret a canviar d'opinió i de preferències, que cal que siguin respectades.

En cinquè i últim lloc, en principi l'assistència no hauria de dependre de l'avaluació de les competències de la persona, sinó de la previsió de la necessitat d'aquesta, que idealment hauria de venir indicada per la pròpia

persona i, en qualsevol cas, per a una avaluació de la necessitat que tingui en compte els elements contextuals i circumstancials¹⁸⁰. Tot i això, ja s'ha assenyalat que la previsió que fa el text en relació a l'origen de la necessitat denota una aproximació a la discapacitat més pròpia del model biomèdic que del social.

En definitiva, l'assistència és una figura amb forces limitacions en quant al seu accés universal i amb algunes ambigüitats, però amb molt potencial per a definir un futur règim de suports al marc del CCc.

4.5.2. Conclusió

A grans trets, la legislació civil catalana està més a prop del model de suports en l'exercici de la capacitat jurídica que l'homòloga estatal. Algunes petites modificacions a les figures vigents (guarda o mandats) en la línia de promoure l'exercici de l'autonomia segons la voluntat i les preferències de la persona, així com, de forma molt particular, la introducció de la figura de l'assistent a la presa de decisions, situen el Codi civil català un pas per endavant del dret comú en l'adaptació de la CDPD. Tot i això, ambdós ordenaments es fonamenten en les premisses pròpies dels règims de substitució a les decisions, la incapacitació segueix vigent i és el pressupòsit per aplicar nombroses de les altres normes del CCc, pel que també l'ordenament civil català és patentment contrari a la CDPD en matèria de capacitat jurídica.

Per la seva banda, tant els tribunals espanyols com els autonòmics corresponents en matèria de dret civil estimen que l'ordenament, incloses la tutela i la denominada incapacitació absoluta són conformes a l'article 12 de la CDPD i estan alineades amb el dret a la igualtat i les altres exigències

¹⁸⁰ En aquesta línia, el Grup de Treball de suport a l'exercici de la capacitat del Pla integral d'atenció a les persones amb trastorn mental i addiccions de la Generalitat de Catalunya, va elaborar el 2017 el nou Protocol de Cribratge abans d'iniciar un procés de modificació de la capacitat d'obrar amb la mirada posada en aquest moment de transició. *Vid.*, Grup de Treball de suport a l'exercici de la capacitat del Pla integral d'atenció a les persones amb trastorn mental i addiccions, *Protocol de cribratge abans d'iniciar un procés de modificació de la capacitat, i criteris i recomanacions per al foment de l'autonomia en la presa de decisions* (Barcelona, 2017).

constitucionals, el que ha servit per anar aplaçant la urgència de la reforma en aquest àmbit.

4.6. El paper dels tribunals en l'adaptació de la legislació interna

4.6.1. Particularitats i possibles conflictes de la pluralitat jurisdiccional

La particularitat de la capacitat plurilegislativa en matèria civil a l'estat espanyol s'estén a l'exercici de la potestat jurisdiccional. Els criteris de distribució de competències entre el Tribunal Suprem (TS) i els Tribunals Superiors de Justícia (TSJ) preveuen que la competència per a conèixer recursos de cassació en matèries de dret civil regulades pel dret foral o especial és dels òrgans jurisdiccionalment competents de cada Comunitat Autònoma, quan així ho prevegi l'Estatut d'Autonomia corresponent (art. 478 LEC, i art. 73.1.a. de la Llei Orgànica del poder judicial, LOPJ). Tots els Estatuts d'Autonomia, també el de Catalunya, han previst aquesta opció. En el cas que ens concerneix, l'article 95.3 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya atorga al TSJ de Catalunya (TSJC) en exclusiva la competència d'unificació de la interpretació del dret de Catalunya i el caràcter d'última instància jurisdiccional en tots aquells recursos del seu àmbit territorial, "sigui quin sigui el dret invocat com a aplicable"¹⁸¹.

¹⁸¹ Article 95. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

1. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és l'òrgan jurisdiccional en què culmina l'organització judicial a Catalunya i és competent, en els termes establerts per la llei orgànica corresponent, per a conèixer dels recursos i dels procediments en els diversos ordres jurisdiccionalment i per a tutelar els drets reconeguts per aquest Estatut.

En tot cas, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és competent en els ordres jurisdiccionalment civil, penal, contenciós administratiu i social i en els altres que es puguin crear en el futur.

[2. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és l'última instància jurisdiccional de tots els processos iniciats a Catalunya, i de tots els recursos que es tramiten en el seu àmbit territorial, sigui quin sigui el dret invocat com a aplicable, d'acord amb la Llei orgànica del poder judicial i sens perjudici de la competència reservada al Tribunal Suprem per a la unificació de doctrina. La Llei orgànica del poder judicial ha de determinar l'abast i el contingut dels recursos esmentats.]

3. Correspon en exclusiva al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya la unificació de la interpretació del dret de Catalunya. (...)

El segon paràgraf és interpretat en els termes establerts pel FJ 44 de la STC 31/2010, del 28 de juny i pel FJ 8 de la STC 137/2010, de 16 de desembre.

La distribució competencial en matèria judicial entre el TS i els TSJC és objecte de debat degut a les disfuncions que pot provocar aquesta pluralitat de tribunals de cassació en relació amb la consolidació d'una jurisprudència uniforme, tant pel que respecte al dret civil estatal com al dret civil foral o especial¹⁸². La competència del TSJ només té lloc quan la sentència recorreguda ha estat dictada per un òrgan judicial amb seu a la Comunitat Autònoma en qüestió. Però es pot donar el cas que la sentència recorreguda es fonamenti en presumptes infraccions de l'ordenament civil català junt amb altres de l'ordenament civil estatal, corresponent al TSJ la resolució del mateix en aplicació del criteri territorial i de la indivisibilitat (art. 478 LEC)¹⁸³. Així, tot i que els TSJ no creen doctrina jurisprudencial sobre les normes de dret comú¹⁸⁴, podria donar-se el cas, que aquests interpretessin les normes del CC de forma diferent al TS, un canvi de criteri d'interpretació que, a part de poc probable, seria difícil motivar.

Una altra situació disfuncional que podria tenir lloc, hipotèticament, seria una interpretació per part del TSJ de la conformitat del dret civil foral amb una nova norma de rang superior, com és la CDPD, que s'allunyessin de la interpretació de la conformitat de la mateixa norma respecte el dret civil comú, per part del TS. En qualsevol cas, aquesta és una situació que no ha tingut lloc, doncs el TSJC ha seguit la jurisprudència del TS en aquesta matèria uniformant doctrina.

4.6.2. La interpretació de la conformitat dels ordenaments civils amb l'article 12

La primera sentència que es pronuncia sobre la compatibilitat de la incapacitació civil amb l'article 12 de la CDPD és la Sentència 282/2009, del Tribunal Suprem (TS). La clau d'aquesta jurisprudència està al Fonament

¹⁸² María Parra Lucán, ob. cit.

¹⁸³ Parra Lucán.

¹⁸⁴ López Sánchez, citado por María Parra Lucán, ob. cit., p. 46.

Jurídic cinquè (FJ 5), on el Tribunal sistematitza les regles interpretatives de la legislació vigent en matèria d'incapacitació per a “compaginar el sistema constitucional de protecció de les persones amb falta de capacitat” amb la Convenció i allò establert al CC a partir de la reforma de 1983.

La sentència inicia una doctrina jurisprudencial que les resolucions posteriors es limiten a reiterar en allò substancial i que, en termes generals, no aporta res de nou. Recorda que les causes d'incapacitació es formulen com clàusules obertes regides pel principi de proporcionalitat i adaptabilitat des de la reforma de la Llei 13/1983, de 24 d'octubre, que va trencar amb la dicotomia capacitat/incapacitat; i estableix que s'ha d'interpretar el CC tenint en compte que l'incapaç (terme usat pel Tribunal), segueix essent titular dels seus drets fonamentals i que la incapacitació és una forma de protecció, no una mesura discriminatòria, perquè la situació que mereix protecció té unes característiques específiques i pròpies, que es defineixen per les facultats intel·lectuals i volitives de la persona.

S'observa, doncs, que el Tribunal és totalment aliè al paradigma dels suports, però, a més a més, fa algunes afirmacions que són inexactes, com identificar la incapacitació amb la mesura de protecció (FJ 5) ¹⁸⁵. La necessitat o problemàtica causada per la “malaltia o deficiència persistent” que dóna lloc a la incapacitat d'autogovern, en paraules del CC (art. 200), existeix i perdura al marge del procés d'incapacitació, pel que aquest no implica *per se* que disminueixi o desaparegui la necessitat o dificultat i, per tant, no és en sí mateixa una mesura de suport ni de protecció. Serà la tutela, la curatela, la guarda o la figura de representació designada pel Tribunal durant o posteriorment al procés d'incapacitació, la que, en qualsevol cas, exercirà tasques de protecció i/o suport.

¹⁸⁵ *Vid.*, Porxas Roig, 'Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad'.; Cristina Guilarte Martín-Calero, 'La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la convención de nueva york: el nuevo paradigma de la sala primera', en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, ed. por Cristina Guilarte Martín-Calero, 1^a (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), pp. 59–108.

La jurisprudència posterior de l'alt tribunal recull els postulats principals de la sentència del 2009 pel que fa a la consideració de la compatibilitat de la incapacitació i de les diferents figures de protecció amb l'article 12 de la Convenció, però evoluciona a poc a poc introduint algunes consideracions que denoten un canvi de sensibilitat del Tribunal sobre la comprensió del model de suports¹⁸⁶, com la més encertada identificació de l'assistència i la representació com el suport a l'exercici de la capacitat; en aquest sentit, la sentència 341/2014, de 1 de juliol (FJ 6, traducció pròpia):

(...) en el judici d'incapacitació, els principis dispositiu i d'aportació de part queden condicionats per la finalitat perseguida, que és la real i efectiva protecció de la persona discapacitada mitjançant el suport que puguin necessitar per l'exercici de la capacitat jurídica.

O la introducció de criteris vinculats al principi de la voluntat i les preferències. Diu la sentència 244/2015, de 13 de maig de 2015 (FJ 5, traducció pròpia):

(...) La incapacitació ha d'adaptar-se a la concreta necessitat de protecció de la persona afectada per la incapacitat, el que es plasma en la graduació de la incapacitat. Aquesta graduació ha de ser tant variada com variades són a la realitat les limitacions de les persones i el context en què es desenvolupa la vida de cada una d'elles. Es tracta d'un vestit a mida, que precisa d'un coneixement precís de la situació en la que es troba la persona, com es desenvolupa la seva vida ordinària i representar-se en la mesura que pugui cuidar-se per sí mateixa o necessita ajuda; si pot actuar per ella mateixa o si precisa que algú ho faci per ella, per algunes facetes de la vida o per totes, fins a quin punt està en condicions de decidir sobre els seus interessos personals o patrimonials, o precisa d'un complement o d'una representació, per a totes o per a determinades actuacions.

¹⁸⁶ Guilarte Martín-Calero.

Així, la jurisprudència del TS evoluciona en una direcció cada vegada més favorable al principi de la voluntat i les preferències i a l'adopció d'una major flexibilitat de les mesures de protecció (que s'assimilen a les mesures de suport per part del Tribunal)¹⁸⁷. En aquest sentit, la STS 600/2015, de 4 d'abril, reconeix el caràcter de “mort social i legal” que té la incapacitació, entenent que el que interessa és (FJ 4, traducció pròpia):

(...) instaurar el suports personalitzats i efectius en benefici de la persona afectada en la presa de decisions, als que amb reiteració es refereix la Convenció, per, en paraules de la mateixa, protegir la seva personalitat en igualtat de condicions als altres permetent-li l'exercici de la capacitat d'obrar en les diferents situacions que es plantegin, sempre en termini més curt possible i mitjançant els controls periòdics que es realitzin, com precisa l'article 12.

Tot i aquests avenços, la doctrina jurisprudencial segueix interpretant la compatibilitat de la incapacitació i de la tutela i la curatela amb la Convenció. La sentència del TS 298/2017 sistematitza la doctrina del Tribunal a partir de la decisió del 2009, i entén que (FJ 5, traducció pròpia):

El sistema de suports al que al·ludeix la Convenció està integrat al Dret espanyol per la tutela i la curatela, junt amb altres figures, com la guarda de fet i el defensor judicial, que també poden resultar eficaces en la protecció de la persona en molts supòsits. Totes elles s'han d'interpretar conforme als principis de la Convenció (...) després de descartar que el procediment de modificació de la capacitat i la constitució de la tutela o

¹⁸⁷ A mode d'exemple, a la sentència 337/2014, es va estimar el recurs que demanava el canvi de curador segons allò escollit per la persona incapacitada tot resolent que la interpretació de la Constitució junt amb la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat: “(...) *determin[a] la necesaria flexibilidad del sistema de protección de la persona en atención a una gradación de efectos que debe adaptarse a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada, a una revisabilidad de la situación, según la evolución de la causa que dio lugar a la medida de protección, y además, caso que nos ocupa, a valorar especialmente, siempre que sea posible, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción o toma de decisiones. Voluntad y preferencia de la persona que constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada en la aplicación del interés superior de que se trate; STS de 5 de febrero de 2013 (núm. 26/2013).*”

la curatela siguin discriminatòries i contràries als principis de la Convenció.

L'obstinació del Tribunal en mantenir aquesta línia de raonament és remarcable. La mateixa resolució identifica la tutela com una forma de suport intensa, encara que entén que la curatela és la figura que millor encaixa amb el sistema d'assistència, com un complement de capacitat que no substitueix a la persona, segons el Tribunal. Però la doctrina jurisprudencial atorga a la curatela funcions representatives i no només d'assistència, tant en l'àmbit personal com patrimonial, convertint, a la pràctica, la curatela en una espècie de "tutela parcial". Seguint amb la STS 298/2017, aquesta distingeix l'aplicació de la curatela per als pròdigs i els menors emancipats, pels que entén que es limita a actes de naturalesa exclusivament patrimonial, i l'aplicació de la curatela per a les persones amb discapacitat, per les que entén que el curador ha de poder actuar com a suport tant en l'esfera personal com en la patrimonial, segons ho requereixi en cada cas la protecció de la persona (FJ 5)¹⁸⁸.

En resum, tot i introduir alguns elements del model de suport en la interpretació de les figures de substitució a les decisions vigents a l'ordenament civil, no hi ha un replantejament de fons sobre la institució de la incapacitació i la figura del tutor, que segueixen sense ser qüestionades. La jurisprudència del TS no aporta res de nou en comparació a la reforma de la Llei 13/1983, de 24 d'octubre, en matèria de tutela, que ja va introduir els criteris del *traje a medida*, en la determinació de les mesures de protecció i que es consoliden amb aquesta jurisprudència, més acorda a la Recomanació N°R(99)4 sobre els Principis respecte la protecció legal dels adults incapaços, que a la CDPD.

A més a més, la identificació forçada del Tribunal per a identificar tutela i curatela com a formes de suport al marc de la CDPD no ha provocat una reducció del número d'incapacitacions ni una preferència per a la curatela enlloc de la tutela. Segons la Memòria de Fiscalia, el 2017 es van instar 29.787 processos d'incapacitació, 18.556 tuteles i 515 curateles. Pel contrari, només

¹⁸⁸ El Tribunal segueix altra doctrina de la mateixa Sala, entre d'altres, les sentències 421/2013, de 24 de juny; 337/2014, de 30 de juny; 553/2015, de 14 d'octubre.

es van instar 216 processos de recuperació de la capacitat. La falta de dades sobre la resolució dels processos no ens permeten conèixer el seu resultat, però les dades mostren una clara preferència de la tutela per part de la Fiscalia, el que, junt amb les interpretacions exposades dels alts tribunals, no indica per part dels operadors jurídics ni una comprensió dels models de suport ni un canvi de cultura que els sigui propici¹⁸⁹.

Per la seva banda, la jurisprudència del TSJC també interpreta que l'ordenament civil català és conforme a la CDPD. Més enllà de posar èmfasis en la diversitat de règims de protecció que caracteritza el Llibre segon del CCc, que ja hem mencionat que va ser aprovat posteriorment a la CDPD incorporant algunes novetats en aquest sentit en comparació amb el CC, la línia jurisprudencial que segueix el TSJC no difereix de la del TS en allò substancial.

A mode d'exemple paradigmàtic, la STSJC 52/2018, de 4 de juny, que resol recurs de cassació anul·lant la designació de tutor de l'Audiència Provincial i designant un curador en el seu lloc, entén la curatela i la tutela com a figures de suport que, al marc de la CDPD, s'han d'interpretar de forma que siguin el menys restrictives possibles amb l'autonomia personal, però no es qüestiona la incapacitació. Seguint al TS, comprèn la curatela com una forma de suport més idònia degut a la seva naturalesa de "complement de capacitat", doncs és la persona protegida la que actua per ella mateixa (art. 223.4 CCc), tot i que també recorda que es poden conferir facultats d'administració patrimonial i personal al curador, ampliant allò previst per l'art. 223.6 CCc, que només reconeix les funcions d'administració dels aspectes patrimonials de la persona sota curatela¹⁹⁰, i tot posant de manifest que (FJ 3):

¹⁸⁹ En aquesta línia, és paradigmàtic l'auto del TC 196/2016, de 28 de novembre, que resol sobre la constitucionalitat de les restriccions al dret a vot a les persones incapacitades. Dos anys després, per modificació introduïda per la Llei Orgànica 2/2018, de 5 de desembre (Ref. BOE-A-2018-16672) a la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general (LOREG, Ref: BOE-A-1985-11672), es suprimeixen les dues excepcions al dret a vot previstes a l'article 3.1 pels "declarats incapaços" i pels "internats en un hospital psiquiàtric". Però la resolució del TC, dos anys abans, és un exemple de la incongruència entre la dogmàtica constitucional i el reconeixement dels drets humans a les persones amb discapacitat en matèria d'exercici de drets.

¹⁹⁰ Per a argumentar l'ampliació de facultats de representació del curador el Tribunal segueix doctrina iniciada anteriorment a la CDPD, com la sentència del TSJC de 8 d'octubre de 2001.

(...) les funcions del tutor o el curador, no sempre són tan nítides com podria semblar, essent fonamental per a instituir una figura o altra, - sense desnaturalitzar-les,- la intensitat de la modificació de la capacitat personal que hagi estat declarada i la classe de protecció que necessiti [la persona] en funció de les seves particulars característiques i de la patologia que pateixi.

És a dir, el TSJC interpreta que l'atribució a una persona o a una institució de les facultats necessàries perquè una altra persona pugui seguir el tractament prescrit pels facultatius, és una forma de suport (FJ 3). De nou, el TSJC repeteix el mateix patró que el TS, incorpora elements propis del model social a la interpretació de les figures vigents a l'ordenament, però no es qüestiona de fons les figures en controvèrsia; pel contrari, es tergiversa el sentit donat a l'article 12 de la CDPD durant les negociacions del tractat, primer, i per part del Comitè a la OG-1, després.

5. Una mirada a la futura reforma del Codi civil

5.1. Introducció

El legislador espanyol va preveure a la Disposició Addicional sèptima de la Llei 26/2011, de l'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat, que en el termini d'1 any s'adaptaria la legislació en matèria de capacitat jurídica a l'article 12. El 21 de setembre de 2018, amb sis anys de retard, el Govern presenta un Avant Projecte de Llei (APL) pel que es reforma la legislació civil i processal en matèria de discapacitat, per abordar aquesta qüestió¹⁹¹. Tot i això, entre l'adopció de la CDPD per part de l'estat espanyol el 2008 i la presentació de l'APL el 2018, ha passat una dècada. Durant aquest temps, hem vist com els tribunals han interpretat que la legislació en matèria de capacitat jurídica a l'estat espanyol és conforme a la CDPD, d'una forma incoherent amb el model de suport exposat, i retardant així la revisió del model actual.

Finalment, amb els tràmits de consulta i audiència pública de l'APL superats s'ha posat sobre la taula l'inici del debat necessari que culminarà amb la reforma del CC, entre d'altres, per adaptar-lo, en particular, a l'article 12 de la CDPD. Encara cal que l'APL superi els tràmits legislatius necessaris fins a la seva aprovació definitiva, durant els quals és probable que tinguin lloc algunes esmenes, un procés que va quedar truncat amb la convocatòria de dos processos d'eleccions general successius. Tot i això, la versió actual presentada públicament preveu canvis importants en matèria de capacitat jurídica i una transició cap a un model de suport, encara que no plenament conforme a la CDPD.

Com s'ha exposat a la introducció, aquesta investigació es centra en l'ordenament civil català, pel que es farà una proposta de reforma. Tot i això, no es pot fer una proposta coherent amb la CDPD sense tenir en compte les

¹⁹¹ Per accedir a la versió de l'APL en la que es basa l'anàlisi, veure a "Tràmits d'audiència i informació pública", a la pàgina web del Ministeri de Justícia: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto> (últim accés 11 de novembre de 2019).

reformes que s'estan duent a terme a nivell internacional; i no es pot fer una proposta coherent amb la realitat del territori, sense tenir en compte les possibles reformes a nivell estatal que afectaran l'ordenament civil espanyol i, de retruc, també l'ordenament civil català, doncs el primer és dret supletori per a tot allò que no prevegi el segon, entre les quals avui en dia és compta la previsió de les causes d'incapacitació. A més a més, els avenços de la reforma del CC en aquesta matèria, situen la regulació civil catalana en una posició d'urgent necessitat de modificació per la seva banda. Així, l'anàlisi de l'APL espanyol ens serveix per a identificar aquelles qüestions que poden ser adoptades en una futura reforma al CCc i aquelles que són susceptibles de millora, sens menystenir les particularitats de l'ordenament civil català que també poden ser d'interès mantenir o transformar.

Per a tot això, abans de procedir a desenvolupar una proposta de reforma pel CCc, s'analitzen, tot seguit, les principals innovacions de l'APL en matèria de capacitat jurídica i de suports a la llum de la CDPD i dels estàndards internacionals identificats en la matèria.

5.2. Anàlisi de l'Avant projecte llei de reforma de la legislació civil en matèria de capacitat jurídica

En els següents apartats es desenvolupa un anàlisi crític de l'APL pel que es reforma la legislació civil i processal en matèria de discapacitat, en allò que incumbeix a la capacitat jurídica i a les diferents figures de suport a l'exercici de la capacitat, eix central de la reforma i objecte d'aquest estudi. L'anàlisi es realitza a la llum de la lectura i interpretació que s'ha fet dels estàndards de drets humans de la CDPD atenent al desenvolupament que s'ha dut a terme respecte els preceptes claus de l'article 12 de la CDPD.

5.2.1. Exposició de motius

La lectura de l'Exposició de motius de l'APL, que recordem que no té caràcter vinculant però serveix per indicar la finalitat de la norma i és un element d'interpretació de la mateixa, proclama que el propòsit de la present norma és

adaptar el CC, la LEC, la Llei hipotecària i la Llei del Registre Civil a l'article 12 de la CDPD. La lectura de l'Exposició apunta a que estem davant d'una gran reforma on es durà a terme un verdader canvi de paradigma en la matèria. Es reconeix que el respecte a les decisions de les persones amb discapacitat és una qüestió de drets humans, i de respecte a la dignitat, tutela dels drets i respecte a la voluntat de la persona, segons exigeix l'article 10 de la CE. Fins i tot es fa referència a la interpretació del Comitè a la OG-1 sobre l'abast de la capacitat jurídica, que ha d'incloure tant la titularitat dels drets com el seu exercici. Tot i això, no es menciona la OG-1 en relació als requisits que han de concretar les diferents formes de suport, però es fa referència als precedents establerts per altres ordenaments europeus i a les directrius del Consell d'Europa, el qual sí que adopta per la seva banda la OG-1 a l'Estratègia de Discapacitat 2017-2023.

La declaració de principis és plenament afina a la CDPD, amb continues referències a la prevalença de la voluntat i preferències de la persona, així com a la necessitat d'acompanyar la reforma normativa amb un canvi en l'entorn i d'una transformació de la mentalitat social, especialment dels operadors jurídics que l'hauran de fer efectiva. Malauradament, la lectura de l'extens articulat denota que no hi ha una transformació del fons i que, malgrat importants avenços, no estem davant d'una reforma transgressora que trenqui amb els fonaments de la vella regulació jurídica de protecció de les persones amb discapacitat; pel contrari, l'expectativa que produeix la lectura de l'Exposició de Motius es perd en un text massa regulat, que no supera alguns vells eufemismes terminològics i on l'àmbit personal segueix relegat darrera el patrimonial.

A grans trets, el text proposa la introducció d'alguns elements que flexibilitzen els instruments de presa de decisions anticipades (els poders preventius) i les mesures consubstancials de suport a les decisions de caràcter temporal o oficiós (el defensor judicial i la guarda de fet), preveu l'extinció de la tutela, i l'establiment de la curatela com la principal figura de suport per persones amb necessitats a llarg termini. Aquesta es presenta com la gran novetat de la reforma i estaria dividida en dos, una amb funcions d'assistència i una altra amb funcions representatives.

5.2.2. Els instruments preventius

L'APL atorga una clara preferència a l'atorgament per part de la persona beneficiària d'instruments de presa de decisions anticipada en previsió d'una futura necessitat de suport, que prevaldran sobre els suports de designació judicial.

Les mesures de suport han d'estar inspirades en el respecte a la dignitat de la persona i en la tutela dels seus drets fonamentals. Les d'origen legal o judicial només procediran en defecte o insuficiència de la voluntat de la persona de qui es tracti (art. 248 APL, traducció pròpia).

Qualsevol persona major d'edat o emancipada, en previsió d'una concurrència futura de circumstàncies que puguin dificultar-li l'exercici de la capacitat jurídica en igualtat de condicions als altres, podran preveure en escriptura pública mesures de suport relatives a la seva persona o béns establint, en el seu cas, el règim d'actuació i d'abast de les facultats de la persona que li hagi de prestar el suport. Podrà igualment atorgar poders preventius o proposar el nomenament de curador.

Només en defecte o insuficiència d'aquestes mesures de naturalesa voluntària, podrà l'autoritat judicial adoptar-ne d'altres de supletòries o complementàries (art. 251, traducció pròpia).

Pel que fa a la previsió concreta dels poders i mandats preventius (arts. 254 a 269 APL), la regulació s'amplia en relació a la continguda a l'art. 1732 CC, distingint entre: a) poders pel present, que poden contenir una clàusula de subsistència en previsió que en el futur la persona necessiti suport per a l'exercici de la capacitat; i b) poders pel futur, atorgats només amb la finalitat que s'executin en cas que es produeixin unes circumstàncies en què el poderdant es vegi necessitat de suport en l'exercici de la capacitat. En aquest cas, la persona determina com s'han d'acreditar les circumstàncies que donen lloc a l'inici del poder. Així mateix, en línia del que preveu actualment el CCc, el poderdant podrà establir les mesures de control que consideri oportunes i les

formes d'extinció del poder. Per tant, s'elimina la referència a l'extinció del poder per causa d'incapacitat sobrevinguda.

Els poders podran coexistir amb la constitució d'altres mesures de suport, tant d'aquelles previstes per la persona com aquelles establertes judicialment. No obstant, tota persona legitimada per instar el procés de provisió de suports judicials, i el curador si n'hi hagués, podran instar l'extinció dels poders preventius, si en l'apoderat concorre alguna de les causes de remoció del curador, previstes a l'art. 276 APL. Les causes de remoció inclouen incórrer en una causa legal d'inhabilitat, l'incompliment dels deures del càrrec, la ineptitud de la persona en l'exercici, o el sorgiment de problemes de convivència greus i continuats. Aquesta legitimitat atorgada a tercers, per una banda es constitueix com un mecanisme de salvaguarda en cas que l'apoderat no actuï segons allò escollit per la persona, però per altra banda, i des d'una perspectiva estricta de la OG-1, atorga poder a tercers d'instar la remoció d'un apoderat prèviament escollit per la persona, inclús en contra de la voluntat de la persona, pel que podria tenir efectes contraris al principi de la voluntat i les preferències.

Al llarg del text hi ha una clara preferència per a la promoció de la presa de decisions anticipades, així com per la prevalença de tota voluntat expressada amb anterioritat a una situació en la que pugui ser difícil expressar-la. Però davant d'aquesta preferència per les mesures de caràcter preventiu, es troba a faltar la menció al document de voluntats anticipades (DVA) o instruccions prèvies¹⁹². La introducció dels DVA al CC, com ja preveu el CCc, seria una forma de donar visibilitat a la seva existència i una oportunitat per ampliar o reafirmar l'abast del seu ús, que no necessàriament ha d'estar restringit a situacions al final de la vida, sinó que pot ser eficaç per a prendre un ventall important de decisions en matèria de salut, o d'altres.

Finalment, cal remarcar que l'articulat no fa referència a la previsió d'una incapacitat o d'una discapacitat com a criteri per a atorgar els poders de futur o amb caràcter de continuïtat, sinó a aquelles "circumstàncies que puguin dificultar l'exercici de la capacitat jurídica". El llenguatge neutral ha estat cuidat

¹⁹² María Paz García Rubio, 'Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio', *Revista de Derecho Civil*, V.3 (2018), 29–60.

en aquest àmbit evitant un biaix cap a un model centrat en una determinació reduccionista o biologicista de les limitacions de la persona i oferint així la possibilitat que la persona atorgant determini l'inici del poder, segons els seus criteris.

5.2.3. La guarda de fet

L'APL amplia la regulació de la guarda de fet per a consolidar el seu reconeixement oficials i facilitar el seu exercici. La naturalesa de la guarda segueix essent informal però es preveu la possibilitat de mantenir-la un cop el jutge hagi conegut la seva existència.

Qui vingués exercint adequadament la guarda de fet d'una persona amb discapacitat, continuarà amb l'exercici de la seva funció, excepte si existeixen mesures de suport de naturalesa voluntària o judicial que s'estiguin aplicant eficaçment (art. 261, traducció pròpia).

A més, es preveu que el guardador o guardadora pugui sol·licitar autorització judicial per a dur a terme aquells actes d'administració ordinària que requereixin acreditar la representació de la persona, el que es farà mitjançant un procés de jurisdicció voluntària (art. 261), però es requerirà autorització judicial expressa per actes que impliquin risc per la vida, la integritat física o la llibertat de la persona, quan aquesta no pugui prestar-lo. En canvi, l'autorització judicial no serà necessària "quan el guardador sol·liciti una prestació pública a favor de la persona amb discapacitat o realitzi actes jurídics sobre béns d'aquesta que tinguin escassa rellevància econòmica i que no tinguin especial significat personal o familiar" (art. 261, traducció pròpia).

Totes aquestes previsions van dirigides a facilitar l'exercici de la guarda i a atorgar un reconeixement a aquelles actuacions que, a la pràctica, les famílies ja duen a terme, de vegades mitjançant complicades filigranes o actuant sobre els buits legals. En aquesta línia, es repeteix l'article 304 CC però suprimint la referència al criteri del millor interès, "[e]ls actes realitzats pel guardador relatius

a la persona a la que presta el seu suport o als seus béns no poden ser impugnats si redonden en la seva utilitat” (art. 262, traducció pròpia).

En un altre ordre de coses, s’amplia la previsió dels mecanismes de control de la guarda, que poden ser requerits per l’autoritat judicial d’ofici, o a instància d’un interessat, en qualsevol moment. Així mateix, s’inclou com a causa d’extinció de la guarda, la sol·licitud de la persona assistida d’organitzar-se mitjançant una altra forma de suport (entre d’altres previstes a l’art. 265).

Malgrat tots els defectes d’aquesta forma de suport, degut a l’envelliment de la població així com a la cultura del nostre territori, on les famílies encara mantenen vincles relativament estrets entre elles, la guarda és probablement la realitat quantitativament més nombrosa al nostre país, pel que el seu reconeixement, la facilitat i flexibilitat en el seu exercici i l’establiment de mecanismes de control són elements de la reforma que han de ser benvinguts. Tanmateix, seria recomanable que quan el jutge tingués coneixement de la guarda es valorés si aquest exercici és conforme a la voluntat i preferències de la persona per a qui s’exerceix.

5.2.4. El defensor judicial

La previsió que fa l’APL de la figura del defensor judicial és semblant a la del règim vigent amb alguna ampliació de les seves funcions. Disposa l’art. 293:

S’ha de nomenar un defensor judicial de les persones amb discapacitat en els casos següents:

1r Quan la persona amb discapacitat necessiti suport de forma ocasional, encara que sigui recurrent.

2n Quan, per qualsevol causa, qui hagi de donar suport no pugui fer-ho, fins que cessi la causa determinant o es designi una altra persona.

3r Quan hi hagi conflicte d’interessos entre la persona amb discapacitat i la que hagi de donar-li suport.

4t Quan, durant la tramitació de l'excusa al·legada pel curador, l'autoritat judicial ho consideri necessari.

El primer supòsit de fet, incloent l'expressió “encara que sigui recurrent”, amplia l'àmbit d'actuació de la figura, que podrà actuar com a suport ocasionalment però de forma repetida en el temps. Caldrà que aquesta previsió sigui desenvolupada, doncs no queda clar qui té la legitimitat per a instar el defensor judicial, quines són exactament les seves funcions, o qui ha d'exercir com a defensor.

5.2.5. La nova curatela

5.2.5.1. *La qüestió terminològica*

La curatela es presenta com la gran novetat de la reforma i la principal mesura de suport per a les persones amb necessitats a llarg termini o permanents. Així, estipula l'Exposició de Motius que la curatela és la “principal mesura de suport d'origen judicial per a les persones amb discapacitat. El propi significat de la paraula curatela – tenir cura – revela la finalitat de la institució: assistència, suport, ajuda”. Però aquesta introducció preliminar a la principal mesura de suport ja indica que parteix d'una idea de la figura del suport errònia o confusa. La funció principal del suport no ha de ser la de “tenir cura”, sinó la d'assistir a la persona en l'exercici de la seva capacitat jurídica segons la seva voluntat i preferències. Sens menystenir la bona voluntat del legislador amb aquesta associació d'idees, la identificació de la principal figura de suport amb “la cura” o el “cuidar” i l'assimilació d'aquests termes amb el suport, l'assistència i l'ajuda és desafortunada al marc del canvi de paradigma en el que ens trobem, a part que tal identificació és conceptualment és errònia.

Seguint amb la qüestió terminològica, tractant-se de la principal mesura de suport que ha de reemplaçar el règim de substitució a les decisions actual, format principalment per la curatela i la tutela, el manteniment de la nominació “curatela” per a referir-se a una mesura que ha d'introduir un canvi de paradigma és possible que creï confusió en la seva implementació, tant per part

dels operadors jurídics, com de famílies i assistits¹⁹³. En qualsevol cas, el llenguatge no és neutre i reflecteix valors i comportaments, als que associem pràctiques i institucions, així com actituds, prejudicis i estereotips¹⁹⁴. En resum, la decisió de mantenir el terme curatela per a definir un règim de suports que ha de reflectir un canvi de paradigma no sembla la opció més encertada per a superar les barreres del llenguatge i promoure el canvi de mentalitat al que el mateix preàmbul fa referència.

5.2.5.2. La proposta

El text preveu que la nova curatela s'apliqui a aquells qui necessitin suport de forma continuada, i que la seva extensió estigui determinada per resolució judicial en harmonia amb la situació i circumstàncies de la persona amb discapacitat. El supòsit de fet de la figura requereix, com a pressupòsit subjectiu general compartit amb la resta de les figures de suport, que la persona major d'edat o emancipada: a) precisi el suport per a l'adequat exercici de la seva capacitat jurídica (art. 248 APL); i de forma particular en el cas de la curatela, b) necessiti suport de forma continuada (art. 249 APL). Com a pressupòsit objectiu de la curatela es requereix que: c) no existeixi una altra mesura de suport suficient.

Respecte el pressupòsit subjectiu, podem extreure'n varis elements necessaris. Per una banda, cal que hi hagi una *necessitat* de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica, no per a una altra finalitat, i que aquesta no sigui temporal en el temps o intermitent, sinó continuada. Però el text no delimita què defineix o

¹⁹³ L'experiència d'Argentina, el primer país en dur a terme una reforma important en aquesta matèria, és que el manteniment dels termes associats a pràctiques del model que es pretén superar té com a efecte problemes de comprensió general del canvi de paradigma. Aquesta afirmació és fruit de l'experiència pràctica de l'autora resultat de l'estada d'investigació al Centro de Estudios de Derechos Humanos Alicia Moreau a l'Institut de Investigacions Dr. Carlos Santiago Nino de la Universidad Nacional de Mar de Plata, i en concret del coneixement dels resultats del *Proyecto piloto personas con discapacidad, el ejercicio de su capacidad jurídica y la toma de decisiones: implementación de apoyos en diferentes contextos*. Una experiència pilot argentina, que es trobava en aquell moment en la seva fase final de desenvolupament.

¹⁹⁴ R. Fein, 'What Is Wrong with the Language of Medicine?', *New England Journal of Medicine*, 306.abril (1982), 863–64.

com s'avalua aquesta necessitat, perdent així el legislador una clara ocasió per a promoure una forma d'avaluar les necessitats de la persona que inclogui elements del context propis del model social, en la línia del que apunta l'Exposició de Motius quan preveu que (traducció pròpia):

[E]l procediment [de valoració dels suports] ha d'allunyar-se de l'esquema tradicional per passar a orientar-se cap a un sistema de col·laboració interprofessional o de “taula rodona”, amb professionals especialitzats dels àmbits jurídic, assistencial i sanitari, que aconsellin les mesures de suport que resultin idònies en cada cas.

Tot i la falta de determinació expressa d'aquest propòsit a l'articulat, el canvi de paradigma implica que l'avaluació de les necessitats de la persona es faci partint d'un model amb característiques interdisciplinàries i amb la necessària participació i veu de la persona beneficiària de l'assistència.

En relació amb el pressupòsit subjectiu, el text no fa referència en cap moment a la necessitat d'adquirir un certificat de discapacitat o d'haver de demostrar aquesta situació. Tal i com s'ha indicat en relació amb la previsió dels poders, s'evita definir la “persona amb discapacitat” com a subjecte destinatari de la norma, pel que cal interpretar, doncs, que no és la situació de discapacitat la que desencadena la provisió de suports, sinó la situació de “necessitat”. Tot i això, i tal i com el nom de la reforma indica, així com l'art. 248, les diferents formes de suport van dirigides a les persones amb discapacitat que tenen “necessitats” de suport en l'exercici de la seva capacitat jurídica, o amb previsió d'una futura situació de discapacitat que desencadeni aquesta necessitat; pel contrari, es podrien confondre amb altres formes d'assistència pròpies dels serveis socials dirigides a cobrir altres necessitats. Per tant, cal fer una lectura de la “necessitat de suport continuada” en el sentit que aquesta necessitat deriva d'una situació de discapacitat (entesa des del model social), però no d'una situació de vulnerabilitat o de risc o altre.

Respecte el pressupòsit objectiu del suport, que no existeixi una altra mesura de suport suficient, aquest indica el caràcter d'últim recurs de la designació judicial de la curatela i la obligació de tenir en compte de forma prioritària, tant

l'existència d'instruments de decisió anticipada, com la possibilitat que les necessitats d'exercici de la capacitat jurídica estiguin cobertes mitjançant una guarda de fet o altres formes de suport informal. Així mateix ho estableix l'art. 248, que preveu que les figures de suport "(...) d'origen legal o judicial només procediran en defecte o insuficiència de la voluntat de la persona de què es tracti" (traducció pròpia).

La principal característica de la curatela és que tindrà dues dimensions o aplicacions. Per una banda, la curatela amb funcions estrictament d'assistència, que només s'aplicarà en defecte d'altres mesures (art. 267, traducció pròpia):

L'autoritat judicial constituirà la curatela quan no existeixi una altra mesura de suport suficient per a la persona amb discapacitat.

L'autoritat judicial determinarà els actes pels que la persona requereixi la intervenció del curador, atenent a les seves concretes necessitats de suport.

Per altra banda, de forma excepcional la curatela podrà exercir funcions de representació de la persona.

Només en els casos excepcionals en què resulti necessari per les circumstàncies de la persona amb discapacitat, l'autoritat judicial ha de determinar els actes en què el curador haurà d'assumir la representació d'aquella.

Tant els actes en els que el curador presti assistència com representació, han de determinar-se de forma precisa per l'autoritat judicial.

Segons l'article 249 (traducció pròpia), la curatela "s'aplicarà a aquells qui precisin el suport de forma continuada". El llenguatge revela certa naturalesa impositiva de la mesura. A diferència del que preveu la legislació catalana en la configuració de l'assistent, la curatela assistencial no té un caràcter de disposició plenament voluntària. Si bé es preveu la possibilitat de l'autocuratela (arts. 269 i ss. APL), en una disposició més àmplia i detallada però de forma molt similar a la previsió de l'autotutela al CC, la legitimació per instar el procés

d'adopció de mesures de suport el pot promoure la persona interessada, però també el seu cònjuge o persona en una situació assimilable, els seus descendents, ascendents o germans o el Ministeri Fiscal. La previsió dels legitimats per iniciar el procés és la mateixa que la que està prevista a l'art. 757 de la LEC vigent per a instar la declaració d'incapacitació. En aquesta línia, les preferències manifestades per la persona en exercici de l'autocuratela, tant pel que fa al nomenament d'una o varies persones concretes per exercir el suport, com respecte aspectes concrets d'aquest exercici, incloent mesures de vigilància i control, vinculen a l'autoritat judicial, amb l'excepció de: a) l'existència de circumstàncies greus desconegudes per qui va establir la seva voluntat, o b) una alteració de les causes expressades per la persona en les seves disposicions (art. 270 APL). Aquests dos condicionants vinculen l'actuació del jutge en contra de la voluntat de la persona, prèviament establerta. Aquesta clàusula limita l'actuació del jutge per interferir en allò establert per la persona, en comparació amb el preveu actualment el CC (art. 224), que estableix que el Jutge pot ignorar les disposicions de l'autotutela, en aquest cas, en benefici de la persona.

Respecte el criteri de la voluntat i les preferències en relació amb les actuacions del curador, el text inclou varies referències a aquesta relació (en les dues dimensions del curador), així com alguna novetat respecte l'actuació del curador en l'àmbit personal, com per exemple que aquest "estarà obligat a mantenir contacte personal amb la persona necessitada de suport i a realitzar les funcions encomanades amb la diligència deguda", que ho haurà de fer "respectant la seva voluntat, desitjos i preferències" i procurant "que la persona amb discapacitat pugui desenvolupar el seu propi procés de presa de decisions", també quan actuï amb facultats representatives, que "haurà de tenir en compte la trajectòria vital, els valors i les creences de la persona a la que presta el suport i tractarà de determinar la decisió que aquesta hagués pres en cas de no requerir representació, tenint en compte els factors que hagués pres en consideració [la persona assistida]" (art. 280 APL, traducció pròpia).

En general, es preveu que les diferents figures de suport han de fomentar que la persona pugui exercir la seva capacitat jurídica amb menys suport en el futur (art. 248 APL). Aquesta obligació no és gaire diferent de la que existeix al CC

vigent que obliga al tutor a “promoure l’adquisició o recuperació de la capacitat del tutelat i la seva millor inserció a la societat” (art. 269 CC). Però, ni el CC ni l’APL preveuen salvaguardes concretes per a assegurar que el curador exerceix segons aquestes exigències. L’establiment de salvaguardes per vetllar pel correcte exercici del suport depenen de la previsió judicial. L’art. 268 APL estableix que l’autoritat judicial establirà, a la resolució que constitueixi la curatela o en una posterior, les mesures de control que estimi oportunes per a garantir el respecte dels drets i la voluntat i preferències de la persona, així com podrà exigir al curador, en qualsevol moment, que informi sobre la situació personal o patrimonial de la persona, en l’àmbit de les seves atribucions. Caldrà un exercici d’imaginació important per part dels jutjats per a establir salvaguardes que vagin més enllà del control de la gestió patrimonial.

Com a novetat important en aquest àmbit, es preveu que la curatela es revisi cada tres anys mitjançant un procés de jurisdicció voluntària (art. 266 APL). Malgrat que no es detalla el procés de revisió, aquesta és una oportunitat que tindrà l’autoritat judicial per a dur a terme un control sobre el respecte de les tasques del curador a la voluntat i preferències de la persona i als seus drets personals. Tanmateix, el volum de feina dels jutjats i la nombrosa quantitat de processos de revisions de curatela que aquesta mesura pot provocar, apunta que serà difícil una revisió profunda de l’exercici de les tasques del curador. Per a tot això, caldria pensar en una fórmula de control sobre les tasques del suport que no incumbeixi les autoritats judicials i que posi al centre les persones assistides donant-los veu i capacitat per valorar per sí mateixes el desenvolupament de l’assistència que reben.

Pel contrari, totes les salvaguardes previstes es focalitzen en l’àmbit patrimonial i en relació amb la curatela representativa. En aquest cas, els mecanismes de salvaguarda establerts són els mateixos que es preveuen actualment amb la tutela, amb un focus exclusiu en els aspectes patrimonials en detriment dels personals (inventari del patrimoni a l’inici del càrrec, rendició de comptes periòdic o constitució de fiança), el que no garanteix que l’exercici del curador respectarà la voluntat i preferències de la persona.

En aquesta línia, encara que la institució de la tutela desapareix, la curatela representativa està regulada de forma molt similar a la tutela. En moltes de les disposicions que modifica l'APL es pot afirmar que hi ha hagut, simplement, un reemplaçament del terme "tutela" per "curatela representativa". Malgrat que el redactat del text insisteix en el caràcter d'excepcionalitat de la curatela representativa, es troba a faltar una regulació més detallada sobre la diferència entre aquesta i la tutela, així com el requeriment de motivació judicial en l'elecció d'una o altra mesura. La motivació és un requisit habitual de tota decisió judicial, especialment en casos de resolució de procediments de judici verbal com el que manté l'APL per la designació de suports judicials, (un altre element que no apunta al caràcter voluntari de la mesura), però davant la falta de concreció dels elements que donen lloc a l'adopció d'una o altra forma de curatela, la garantia de la motivació de l'autoritat judicial esdevé crucial.

En resum, si comparem la nova curatela, com a principal mesura de suport prevista a l'APL, amb els requisits que el Comitè ha assenyalat que han de complir les figures de suport¹⁹⁵, obtenim com a resultat que estem davant d'una figura que, si bé compleix alguns d'aquests elements, no satisfà plenament les exigències de l'article 12¹⁹⁶. Tot seguit es sintetitza aquest anàlisi comparatiu de conformitat amb la OG-1 mitjançant una taula comparativa, on apareixen alguns dels elements ja definits i se n'exposen d'altres de nous.

Elements que han de tenir les figures de suport (Comitè, OG-1)	Previsió de la curatela com a figura de suport (segons l'APL)
Han d'estar disponibles per a tots. El diferent	"Les persones majors d'edat o emancipades que les necessiten per a l'adequat exercici de la seva capacitat

¹⁹⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ob. cit., par. 29.

¹⁹⁶ Els resultats de l'anàlisi comparatiu de la nova curatela prevista a l'APL amb els requisits exigits pel Comitè a les figures de suport es van presentar en format de comunicació oral al II Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad, que va tenir lloc els dies 6, 7 i 8 de febrer a Pamplona, en compliment d'un dels resultats d'aquesta investigació previstos al Pla d'investigació i informat a la memòria. Aquesta part de l'anàlisi es pot trobar de forma més desenvolupada a: Porxas Roig, M. À. (2019). Análisis de la conformidad de la nueva curatela al modelo de apoyo a las decisiones. En A. L. Martínez-Pujalte, J. Miranda Erro, & M. Flores (Eds.), *Avanzando en la inclusión: Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad* (1ª, pp. 445–460). Cizur Menor: Aranzadi.

<p>grau de suport que necessiti una persona no pot ser un obstacle per a l'obtenció del suport.</p>	<p>jurídica (...)” (art. 248, traducció pròpia)</p> <p>En aquesta previsió general, les mesures de suport ni tan sols es vinculen a la discapacitat, el que hagués suposat un enfocament molt avançat del sistema de suport cap a un model d'accés plenament universal; però, a la fi de el mateix article, i com d'una altra manera es dedueix clarament de tot l'articulat, s'assenyala que els suports són per a les persones amb discapacitat que els requereixin en l'exercici de la seva capacitat jurídica.</p> <p>Així mateix: “La curatela s'aplicarà a qui precisi el suport de forma continuada” (art. 249) Per tant, encara que l'APL no fa referència a tipus de discapacitat, ni limita l'ús dels suports a certs tipus de discapacitat, la curatela estaria limitada pel tipus de necessitats, encara que això no és en sí mateix contrari al model de suports, que preveu que hi ha d'haver un ventall de suports que s'adaptin a les diferents necessitats</p>
<p>Han d'estar basades en el criteri de la voluntat i les preferències de la persona, no en el suposat “interès superior objectiu” o “millor interès” de la persona.</p>	<p>Hi ha múltiples mencions al criteri de la voluntat, els desitjos i les preferències de la persona com a principi d'actuació prioritari (al voltant de quinze) i desapareix el criteri del millor interès en relació als adults, que es manté per als menors. Queda clar que s'incorpora aquest criteri amb afany de guiar el canvi de paradigma en relació a l'exercici de la capacitat jurídica.</p> <p>“Les persones que prestin suport hauran d'actuar atenent a la voluntat, desitjos i preferències de qui ho requereixi. Igualment procuraran que la persona amb discapacitat pugui desenvolupar el seu propi procés de presa de decisions, informant, ajudant-la en la seva comprensió i raonament i facilitant que pugui expressar les seves preferències” (art. 248, traducció pròpia).</p>
<p>La forma de comunicació d'una persona no pot ser un obstacle per a obtenir un suport per a prendre decisions, inclòs quan la comunicació no és la convencional o quan és compresa per molt poques persones.</p>	<p>L'APL no preveu suficientment aquesta qüestió. L'única deferència que es fa en relació a la comunicació és la previsió que l'autoritat judicial pugui alterar l'ordre legal previst de persones que han d'exercir el suport, per designar la persona més idònia per a comprendre i interpretar els desitjos i preferències l'afectat. Caldrà reunir esforços per evitar que persones que podrien gaudir de suports menys intensos amb l'adequada comunicació es vegin sotmesos a la denominada curatela representativa de forma sistemàtica.</p>
<p>La persona o persones encarregades del suport que la persona afectada hagi escollit oficialment han de disposar d'un</p>	<p>El principal reconeixement jurídic que té la curatela és la obligació d'inscripció al Registre civil (art. 299) o al Registre de la propietat (art. 300), en cas d'afectació de les facultats d'administració i disposició de béns immobles.</p> <p>Respecte l'existència d'un mecanisme perquè tercers puguin comprovar la identitat del suport, aquest seria</p>

<p>reconeixement jurídic accessible. Això inclou un mecanisme perquè tercers comprovin la identitat de la persona encarregada del suport, així com un mecanisme perquè tercers puguin impugnar la decisió de la persona que duu a terme el suport si creuen que no estava actuant segons la voluntat i preferències de l'interessada.</p>	<p>l'accés al Registre civil o de la propietat. Però aquesta no és una forma àgil de comprovar la identitat de el suport, de manera que seria interessant proposar algun altre mètode més eficient perquè el suport pugui reconèixer-se en l'acompanyament a la presa de decisions diàries.</p> <p>Respecte la previsió d'un mecanisme perquè tercers puguin impugnar la decisió de la persona que dona el suport si creuen que no està actuant segons la voluntat i preferències de la persona, és el jutge el que decidirà les mesures de control adequades a aquest respecte (art. 268 APL), però els tercers, que no poden sol·licitar directament la remoció del curador, poden posar en coneixement del Ministeri Fiscal si coneixen circumstàncies que impliquen un mal exercici del suport.</p>
<p>Han de ser gratuïtes o accessibles a un cost simbòlic.</p>	<p>L'art. 228 APL preveu que el curador té dret a una retribució quan el patrimoni de la persona amb discapacitat ho permeti.</p> <p>El caràcter de dret subjectiu del suport és el que fonamenta el requisit de la gratuïtat.</p>
<p>No han d'implicar la limitació d'altres drets fonamentals de la persona.</p>	<p>Aquesta és una premissa clau del canvi de paradigma en matèria de capacitat jurídica, ja que implica el reconeixement a totes les persones amb discapacitat de la seva igual capacitat d'obrar, però no hi ha una disposició clara al respecte a l'APL.</p> <p>L'art. 267 prohibeix la "mera prohibició de drets" en la sentència que determini el suport, però no hi ha una provisió explícita que reconegui la capacitat d'obrar de les persones amb discapacitat, com sí que han fet altres reformes en aquesta matèria. En especial, el conflicte sorgeix amb la curatela representativa que atorga poders de representació al curador. La persona assistida per la capacitat d'exercir per ella mateixa els drets sobre els que el curador ostenta representació? En cas contrari, què succeeix si es duen a terme actes oposats per part d'un i de l'altre? Aquestes són qüestions que no estan suficientment resoltes a l'APL, i que s'aborden al següent apartat.</p>
<p>Han de ser voluntàries. La persona té dret a rebutjar el suport i a posar-li fi en qualsevol moment. Així mateix, no utilitzar els suports disponibles no implica no tenir reconegut o tenir menys reconegut el dret a la igual</p>	<p>La nova curatela (en les seves dues formes) és una figura que pot ser imposada judicialment, en contra de la voluntat de la persona. Així mateix, la persona interessada té legitimació tant per sol·licitar-la com per instar la seva terminació, però també altres persones tenen aquesta capacitat.</p> <p>Entre les causes d'extinció de la nova curatela (art. 289 APL), estan: a) la mort o desaparició de la persona afectada; o b) per resolució judicial quan ja no es necessiti. Però no es preveu la seva extinció, encara que es</p>

capacitat jurídica.	necessiti, per voluntat de la persona assistida, com en canvi hem vist que sí que preveu l'assistent al CCc.
Han d'establir-se salvaguardes per a tots els processos relacionats amb la capacitat jurídica i el suport amb l'objectiu de garantir el respecte per la voluntat i les preferències de la persona.	La qüestió de les salvaguardes està poc desenvolupada, també pel Comitè. L'APL tampoc detalla aquestes mesures, deixant en mans del jutge la possibilitat de preveure qualsevol forma de control o mesura que consideri pertinent per garantir que no hi haurà influència indeguda o altres formes d'abús o mal desenvolupament de les tasques per part dels que exerceixen el suport (art. 268). Així, les salvaguardes que estableix la norma es limiten a la rendició de comptes i al control judicial ex officio.
No han de dependre d'una avaluació de la competència o la capacitat mental. Això implica la necessitat de buscar nous indicadors no discriminatoris per a determinar les necessitats de suport.	L'Exposició de Motius defensa allunyar-se del model tradicional per anar cap a un "sistema de col·laboració interprofessional" o de "taula rodona", en el que col·laborin professionals de diversos àmbits per a aconsellar sobre les mesures de suport més idònies. Tanmateix, com s'ha assenyalat, no hi ha cap altra referència a aquesta qüestió al cos del text, essent finalment l'autoritat judicial la que decidirà sobre la intensitat i contingut de la curatela

Taula 2. Comparativa de la nova curatela amb els requisits exigits pel Comitè a les figures de suport en compliment de l'article 12.3 de la CDPD.

5.2.6. Supressió de la incapacitació?

Un element central del mandat de l'article 12 de la CDPD és el reconeixement de la capacitat jurídica a totes les persones amb discapacitat i l'eliminació de les restriccions a la capacitat per raó de discapacitat. Sobre aquesta qüestió, l'APL no és suficientment clar. La desaparició de les disposicions que regulen la declaració d'incapacitat així com tota referència a la idea de la capacitat d'obrar, apunten a la supressió de l'estat civil de la persona incapacitada o amb la capacitat judicialment modificada. Reforçant aquesta tesi, però des d'una altra vessant, s'afegeix un article segons el qual "la persona amb discapacitat respondrà en tot cas pels danys causats a tercers", (sens perjudici d'allò establert als arts. 1902 i 1903 del CC en relació a altres responsables). Aquest reconeixement de la plena responsabilitat de tota persona amb discapacitat és una forma de reconèixer la seva plena capacitat jurídica (i d'obrar). Tot i això, a diferència de les tres reformes centre i sud americanes analitzades, on es reafirma i reconeix de forma explícita la igual capacitat jurídica (i d'obrar) de les persones amb discapacitat i s'eliminen de forma expressa les causes de

restricció a la capacitat vinculades a la discapacitat, no trobem una disposició semblant a l'APL. A més, els membres de la Comissió General de Codificació (CGC) que han redactat el text tampoc fan una interpretació esclaridora sobre aquesta qüestió¹⁹⁷, el que, junt amb l'absència d'una previsió explícita al redactat de la llei, obstaculitza la futura interpretació unitària dels tribunals.

García Rubio afirma que la norma parteix del ple reconeixement de la capacitat jurídica de totes les persones, que ha d'entendre's com una sola que compregui la capacitat d'obrar i que, per tant, "no pot ser objecte de limitació ni restricció de cap tipus" (traducció pròpia)¹⁹⁸. En canvi, altres experts i membres de la CGC, sense ser explícits al respecte, es remeten a posicionaments doctrinals en els que es proposa una relectura de l'article 12 de la CDPD que reconeix la igual capacitat jurídica a les persones amb discapacitat *en la mesura del possible*¹⁹⁹; una interpretació que aposta per l'aproximació clàssica de la doble dimensió de la capacitat jurídica i de la seva restricció, excepcional, a les persones amb discapacitat.

En resum, la APL no és clara respecte el ple reconeixement de la capacitat jurídica (i d'obrar) de les persones amb discapacitat en igualtat de condicions, encara que l'absència de tota menció a la declaració d'incapacitat i a la capacitat d'obrar apunten cap a aquesta opció.

Per la seva banda, en la regulació de la designació de les mesures de suport judicial (la curatela), l'art. 267 de l'APL estableix que "en cap cas" la sentència que determini els suports de designació judicial, pot incloure "la mera prohibició de drets" (traducció pròpia). Però, i si la resolució no fa *merament* això? Seria possible restringir els drets de la persona en cas que juntament amb aquesta decisió es prenguin altres tipus de mesures? La APL tampoc és clara al respecte. Per a tot això, perquè aquest és un element central del mandat de

¹⁹⁷ Per a conèixer més, veure el monogràfic sobre la presentació, anàlisi i interpretació de l'Avantprojecte de Llei per part dels membres de la Comissió General de Codificació a la *Revista de Derecho Civil*, Vol. V (3), 2018. Disponible a: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/index> [consultat el 14 de desembre de 2018]

¹⁹⁸ García Rubio, ob. cit., p. 31.

¹⁹⁹ Pedro A. Munar Bernat, 'La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad', *Revista de Derecho Civil*, V.3 (2018), 121–52.

l'article 12 de la CDPD i per evitar futures interpretacions contràries a l'esperit de la reforma, urgeix explicitar aquesta qüestió.

6. Proposta de reforma del Codi civil català en matèria de capacitat jurídica i suports

6.1. Introducció

La CDPD entra en vigor a Catalunya el 3 de maig de 2008, amb la ratificació i incorporació del tractat per part de l'Estat espanyol. Atenent a la interpretació de l'article 12 feta pel Comitè i altra doctrina que s'ha avançat, en el context de les reformes en matèria de capacitat jurídica i suports que estan tenint lloc al voltant del món, algunes de les quals s'han analitzat de forma més extensa, tenint en compte la competència de Catalunya en aquesta matèria i els avenços incorporats al Llibre segon del CCc, i prestant especial atenció a l'Avantprojecte de llei de reforma del Codi civil i de la legislació processal presentat el setembre de 2018 que introduirà canvis importants en l'ordenament estatal, s'exposa tot seguit una proposta de bases i principis segons els quals hauria de reformar-se el Codi Civil català en matèria de capacitat jurídica per garantir la seva conformitat a la CDPD.

Aquesta no és una proposta articulada, que pertoca als especialistes de la Comissió de Codificació de Catalunya elaborar i al poder legislatiu esmenar i aprovar si és pertinent, sinó una proposta de bases i principis clau centrada en la qüestió dels suports a l'exercici de la capacitat, fonamentada en tot allò exposat fins aquí, amb el propòsit d'ajudar a articular el debat públic i el treball del legislador. De tota manera, de forma ocasional es fa alguna proposta articulada concreta amb ànim de superar els conflictes i ambigüitats identificats altres normes.

L'adaptació del CCc a l'article 12 exigeix un canvi radical de la regulació civil de la capacitat jurídica pel que, en gran mesura en conseqüència d'això, es veuran afectades un gran nombre de normes d'àmbits diversos. Idealment, el procés

de transició de la reforma del CCc fins a la plena conformitat de l'ordenament català a la CDPD hauria d'estar acompanyat per una interpretació dels tribunals competents afina a l'article 12, que implicaria, per una banda, la inaplicació d'aquelles previsions d'altres normes que de forma directa o indirecta priven o restringeixen la capacitat d'exercir drets i realitzar actes jurídics per motius de discapacitat i, per altra banda, l'establiment d'aquelles mesures d'accessibilitat i ajustos raonables que, encara que no hagin estat legislades de forma expressa, requereix la interpretació de la legislació vigent segons el dret a la igualtat davant la llei de l'article 14 de la CE interpretat a la llum de l'art. 12 de la CDPD, segons exigeix la pròpia norma constitucional (art. 10.2 CE). No obstant, després d'una dècada d'interpretació de l'article 12 per part dels tribunals espanyols i catalans d'una forma incoherent amb les directrius del Comitè i amb el conjunt de la CDPD, una reforma legislativa clara i detallada cobra més sentit i urgència que mai. En aquest sentit, s'han elaborat algunes propostes d'adaptació de la normativa espanyola a la CDPD en matèria de capacitat jurídica²⁰⁰, però no així en l'àmbit del dret civil català, el que atorga valor a l'originalitat i necessitat d'aquesta proposta²⁰¹.

²⁰⁰ Cal destacar, la proposta del Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas' i Grupo Nacional de Trabajo de España en la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Capacidad jurídica y discapacidad: Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento español al art. 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, (Madrid) 2012; i la proposta de la Subcomisión de expertos sobre el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, *Propuesta articulada de reforma del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil para su adecuación al artículo 12 de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad* (Madrid), 2012.

²⁰¹ Al moment d'elaborar aquest estudi, la Comissió de Codificació del Codi Civil català està treballant en una proposta per a la reforma de la regulació civil catalana en matèria de capacitat jurídica. L'autora ha format part d'un grup de treball interdisciplinari de suport a la modificació del Codi Civil català, de naturalesa informal, on s'han treballat els elements imprescindibles i el caràcter de la reforma entre diferents agents implicats amb el propòsit de poder informar de les diferents posicions al respecte i trobar consensos. No es reproduïxen aquí els resultats d'aquests debats, que són de caràcter confidencial i que no reflecteixen, necessàriament, el mateix posicionament que s'adopta en aquest estudi. Però vull aprofitar aquest espai per expressar el meu agraïment per haver pogut col·laborar en aquest espai.

6.2. Definicions i principis base

Donada la situació d'incoherència entre l'ordenament civil català i la CDPD, que dura més d'una dècada, i la interpretació restrictiva que han fet els tribunals de l'article 12, és desitjable precedir la proposta delimitant algunes definicions i principis claus que han de guiar la seva interpretació. Tant les definicions com els principis exposats es fonamenten en allò establert per la Convenció i per les Observacions Generals del Comitè.

Per *persona amb discapacitat*, s'entendrà aquella persona que tingui diversitat física, psicosocial, intel·lectual o sensorial, a llarg, mig o curt termini que, al interactuar amb diverses barreres, impedeixi o dificulti la seva participació plena i efectiva a la societat, en igualtat de condicions amb la resta. També es poden beneficiar d'allò previst en aquesta norma aquelles persones que no s'autoidentifiquen amb aquesta categoria, però que són així percebudes per la societat.

Per *discriminació per raó de discapacitat*, s'entendrà tota distinció, exclusió o restricció basada en una discapacitat, present o passada, o en una percepció de discapacitat present, passada o futura, que tingui com efecte o propòsit impedir o anul·lar el reconeixement, gaudi o exercici dels drets i llibertats fonamentals de les persones amb discapacitat, o d'aquelles vinculades o associades a elles.

Per *accessibilitat*, s'entendrà la condició prèvia perquè les persones amb discapacitat puguin viure de forma independent, participar en la societat i exercir els seus drets plenament en igualtat de condicions, el que implica transformar tant les barreres de l'entorn com les actitudinals; entre d'altres, inclou obligacions de prendre mesures tant de disseny universal com d'ajustos raonables.

Per *disseny universal*, s'entendrà el disseny de productes, entorns, programes i serveis que puguin utilitzar totes les persones, en la major mesura possible, sense necessitat d'adaptació ni de disseny especialitzat; així com la conceptualització del llenguatge per tal que inclogui a totes les persones.

Per *ajustos raonables*, s'entendran les modificacions i adaptacions necessàries i adequades que no imposin una càrrega desproporcionada o indeguda, quan es requereixin en un cas particular, per a garantir a les persones amb discapacitat el gaudi o exercici, en igualtat de condicions als altres, de tots els seus drets i llibertats fonamentals. La obligació de realitzar ajustos és una obligació *ex nunc* i la proporcionalitat de la càrrega no s'ha d'entendre només en termes econòmics.

Per *suports*, s'entendran aquelles formes d'assistència, formals i informals, que rebí la persona amb discapacitat per a exercir la seva capacitat jurídica en igualtat de condicions a la resta. El suport pot ser preventiu o consubstancial i pot adoptar moltes formes i intensitats, entre d'altres, pot incloure l'assistència per a la comunicació, per a la comprensió d'actes jurídics, per a manifestar la voluntat i les preferències personals i per a conformar la voluntat i les preferències. El suport és un dret de tota persona amb discapacitat que el necessiti per a l'exercici de la seva capacitat jurídica, sense estar supeditada a la valoració i determinació de la categoria administrativa de "persona amb discapacitat". Els actes jurídics realitzats amb suport tenen la mateixa validesa jurídica que els actes realitzats sense suport.

Per *capacitat jurídica*, s'entendrà tant la capacitat de ser titular de drets i obligacions com la capacitat d'exercir els drets i dur a terme actes amb efectes jurídics. No es pot restringir la capacitat d'exercir els drets per raó de discapacitat.

Per *salvaguardes*, s'entendran totes aquelles mesures formals que garanteixen l'adequat i efectiu exercici dels suports, segons els principis establerts.

Els principis que han de guiar la interpretació i aplicació de la proposta, són els següents:

- a) La dignitat inherent a la persona.
- b) L'autonomia individual, inclosa la llibertat de prendre les pròpies decisions, i la independència de les persones.
- c) La participació i inclusió plenes i efectives a la societat.

- d) El respecte per la diferència i l'acceptació de les persones amb discapacitat com a part de la diversitat i les condicions humanes.
- e) La igualtat d'oportunitats i la no-discriminació.
- f) L'accessibilitat, els suports han de ser accessibles a totes les persones amb necessitats per l'exercici de la seva capacitat jurídica per raó d'una discapacitat, independentment de la intensitat i tipus de necessitat.
- g) La primacia de la voluntat i les preferències de la persona, ha de guiar la decisió tant del tipus de suport, de la seva intensitat i de l'actuació del suport.
- h) La voluntarietat, el dret a l'accés als suports no és una obligació, no pot ser imposat en contra de la voluntat de la persona; pel contrari, els suports s'han de basar en la plena disposició voluntària, tant per al seu inici, modificació com terminació. Per a això, és important prioritzar i promoure la presa de decisions anticipada. Malgrat això, en ocasions pot ser impossible conèixer la voluntat i preferències de la persona, pel que en aquests casos, de forma totalment excepcional, es preveuen suports de designació judicial que actuaran segons la millor interpretació de la voluntat i preferències de la persona o el reconeixement dels suports informals que ja estiguin actuant en aquest sentit.
- i) La necessitat i subsidiarietat, tindran lloc els suports de designació judicial no sol·licitats per la pròpia persona només en aquells casos en què s'hagin esgotat tots els ajustos raonables, mesures de suport informal i formals i, tot i així, no sigui possible establir de forma inequívoca la voluntat i preferències de la persona.
- j) La proporcionalitat i flexibilitat, els suports s'han d'adaptar a les circumstàncies, necessitats i voluntat de la persona, tant pel que fa a la forma, abast, la persona que els presta i la temporalitat.
- k) La celeritat, els tràmits d'accés als suports formals s'han de produir de forma ràpida i sense dilacions indegudes.

Aquests principis han de guiar tant l'aplicació de la normativa relativa als suports com l'exercici de les funcions de les persones que exerceixen el suport. Tanmateix, cal tenir present que hi ha pocs drets i principis absoluts i que,

davant d'un conflicte entre aquests, cal adherir-se a al principi de proporcionalitat i actuar per a protegir els béns jurídics d'interès superior.

6.3. Reconeixement de la igual capacitat jurídica

L'adaptació normativa a l'article 12 de la CDPD es fonamenta en la premissa que totes les persones tenen igual capacitat jurídica (i d'obrar). Davant la falta de claredat sobre aquesta qüestió que reflecteix la proposta articulada de l'APL, i atenent a l'anàlisi realitzat de dret comparat, per a la proposta de reforma del CCc s'aposta per una clàusula on es reconegui la igual capacitat jurídica de totes les persones i la prohibició de restringir-la per raó de discapacitat, sense ambigüitats. Es proposa una fórmula del tipus:

Tota persona major d'edat té plena capacitat jurídica per el gaudi i exercici dels seus drets, independentment de si té assignats o no suports per a la presa de decisions i per la realització d'actes jurídics i independentment de si utilitza o no els suports que té assignats. La capacitat jurídica inclou la capacitat d'exercir els drets i aquesta no es pot restringir per raó d'una discapacitat, ni d'elements vinculats a una discapacitat.

Del reconeixement de la plena capacitat jurídica de totes les persones majors d'edat, i sens menystenir les disposicions habituals de dret respecte la capacitat natural de les persones, se'n deriven les següents premisses, que hauran de plasmar-se a la proposta de la forma pertinent:

- a) Totes les referències relatives a la terminació d'un tipus de suport per declaració d'incapacitació han de desaparèixer, com a efecte inevitable de la supressió d'aquestes. Així mateix, s'haurà de revisar el conjunt del codi per eliminar tota referència a la restricció de l'exercici dels drets per les persones amb la capacitat judicialment modificada.

- b) Totes les persones que es troben amb la capacitat judicialment modificada han de recuperar la seva capacitat amb l'entrada en vigor de la modificació legislativa. Tanmateix, s'ha de preveure una fórmula de transició progressiva de les persones que es troben sota tuteles o curateles cap a les noves formes de suport. En aquest sentit, la reforma haurà de preveure un període de transició i per a dur-ho a terme serà necessari formar, tant a les persones que estaven exercint la tutela o la curatela, que en cas que sigui la voluntat de la persona poden passar a exercir el suport, així com informar degudament a les persones sota règims de tutela o curatela sobre els canvis que la seva nova situació jurídica implica i sobre els diferents instruments que existeixen per a decidir sobre la seva situació i exercir la seva capacitat jurídica.
- c) Una persona que està utilitzant una eina de suport pot atorgar un poder, un acord de suport o sol·licitar designació judicial d'assistència amb l'ajuda del seu suport, així com pot realitzar qualsevol altre acte jurídic sense que aquest es pugui considerar invàlid, nul o anul·lable per aquesta única raó.
- d) Si la persona assistida ha designat un representant o el seu suport exerceix funcions representatives, aquest fet no extingeix ni modifica la possibilitat que la persona realitzi actes amb efectes jurídics per sí mateixa, excepte que la pròpia persona hagi previst el contrari exercint l'autolimitació. En conseqüència, pot donar-se la situació conflictiva en què el representant i la persona titular de l'acte jurídic duen a terme de forma paral·lela dos actes oposats o que entren en conflicte. En aquest cas, primerament caldrà comprovar si el representant o suport amb facultats representatives ha actuat segons la voluntat i preferències de la persona o la millor interpretació d'aquestes. En cas contrari, es podrà impugnar l'acte per aquesta raó i reclamar al suport la responsabilitat pertinent. En cas que l'exercici del suport sigui l'apropiat, s'estarà a les normes habituals que preveu el dret per a la resolució del conflicte.

6.4. Els suports

La persona que necessiti suport en l'exercici de la seva capacitat jurídica, tant per a conformar, manifestar o dur a terme la seva voluntat i preferències en la realització d'actes jurídics, també d'aquells actes ordinaris de la vida quotidiana, tenen dret a accedir a un suport per a exercir els seus drets en igualtat de condicions a la resta.

En atenció als principis definits anteriorment, el suport és un dret, no una obligació, la persona ha de poder escollir entre diferents formes i tipus de suport, abast i temporalitat, segons les seves circumstàncies i voluntat; per a això, els suports han de ser el més flexibles i variats possibles.

Els suports es poden dividir en informals i formals. Els suports formals són aquells que estan previstos i regulats per la norma. En canvi, els informals, tal i com el seu nom indica, són aquells que es donen de forma espontània o preparada al marc del context on viu i/o desenvolupa les seves activitats la persona beneficiària, sense necessitat de previsió per part de la norma. Els suports informals són una realitat de la vida en societat dels que gaudeixen tant les persones amb discapacitat, com aquelles que no en tenen. El model social posa al centre el context social i els factors de l'entorn, que són clau per a determinar les necessitats de la persona en aquest àmbit. Per a això, una xarxa social, familiar i/o comunitària forta i estable és un element que garanteix l'existència i eficàcia dels suports informals. Pel contrari, aquells contextos de desestructuració, disgregació i aïllament social, familiar i/o comunitari són espais propicis per a l'absència de suports informals que requeriran un accés a suports formals proporcional a l'absència de suports informals. Encara que els suports que s'han de preveure i regular al CCc per a l'exercici de la capacitat no s'han de confondre amb les formes d'assistència per a l'exercici a la vida independent que preveuen altres normes que regulen els serveis socials i assistencials, i que tenen el propòsit d'ajudar a la persona al desenvolupament funcional de les tasques de la vida diària, principalment, cal partir de la realitat que és en aquells contextos de mancances socials, emocionals i econòmiques on serà més necessari proveir accés als suports a la presa de decisions.

A la vegada, els suports formals es poden dividir, com s'ha avançat, en suports preventius, de presa de decisions anticipades, o en suports consubstancials. Els suports de tipus preventiu no depenen ni de l'existència d'una necessitat present ni de l'existència o no en el moment present d'una xarxa de suports informal suficient, perquè precisament tenen com a propòsit anticipar-se a una situació en la que es pugui donar aquesta necessitat. En canvi, l'accés i disposició dels suports formals consubstancials a la presa de decisions, partint dels principis de necessitat i subsidiarietat esmentats, dependrà, en gran mesura, de l'absència i fallida dels models d'accessibilitat, del disseny universal, dels ajustos raonables i dels suports informals. Quan tots aquests elements no puguin garantir que la persona pot exercir els seus drets en igualtat de condicions a la resta, cal assegurar l'accés adequat, eficient i suficient als suports formals de presa de decisions consubstancials.

Seguint aquestes classificacions, els suports formals es poden dividir en preventius i consubstancials i a la vegada en suports de designació judicial o en suports acordats entre parts o de mandat, sense intervenció judicial.

6.4.1. Els suports sense intervenció judicial

Els suports formalitzats sense intervenció de l'autoritat judicial poden ser tant de tipus preventiu (de futur), com d'aplicació immediata. Adquireixen la forma d'acords formalitzats entre particulars, davant notari o d'una altra forma legalment prevista, on la persona que atorga el document expressa les seves voluntats i preferències respecte un àmbit concret de la seva vida o varis, respecte una única decisió o vàries, perquè aquesta o aquestes es realitzin en el moment que la persona ho determini; així, poden tenir efecte immediat des de la seva formalització, si així ho determina la persona, o bé poden iniciar-se en el futur. En el cas d'acords o mandats de futur, per a determinar el seu inici la persona es pot supeditar a la valoració i decisió d'un tercer, per exemple del seu notari o metge de referència, o bé decidir en quines circumstàncies tindrà lloc l'inici de l'acord o mandat.

Atenent als principis establerts i en concret al principi de flexibilitat i voluntarietat, l'abast i contingut d'aquest tipus d'acords ha de ser tant ampli i detallat com ho desitgi la persona i ha de tenir caràcter obligatori per aquelles persones que els realitzaran i que s'hi obliguen en aquest sentit. Així mateix, la persona que defineix els suports ha de poder escollir, en cas que ho desitgi, una o vàries persones (naturals o jurídiques) que exerceixin com a figura de suport en el present o en el futur, segons el caràcter de l'acord, les quals podran tenir només funcions assistencials o, també, funcions representatives, si així ho estableix la beneficiària, tant per a un o varis actes concrets com per a tots els actes de la vida. Així mateix, han de poder ser revocables i modificables en qualsevol moment per la persona que els atorga. Les persones que acorden exercir el suport també poden renunciar a l'acord abans que aquest entri en vigor, sempre de forma motivada. Un cop en vigor, la persona que exerceix el suport també ha de poder renunciar-hi o terminar el seu exercici, però en aquest cas només segons allò establert per la norma, per causes de força major, per incompatibilitat amb altres activitats o per conflicte d'interessos, per exemple, i mai pot deixar la persona assistida en una situació de desemparament.

Aquests tipus de suports poden adoptar la forma de:

- a) Acords de suport
- b) Apoderaments
- c) Documents de voluntats anticipades

6.4.1.1. Acords de suports

Aquesta manera de formalitzar els suports està més desenvolupada en els ordenaments anglosaxons amb models de societat on el principi d'autonomia de la voluntat està més arrelat, com s'ha exposat en el cas canadenc amb la *Representation Agreement Act* [Llei d'acords de representació] o com preveu la *Assisted Decision-Making (Capacity) Act*, de 2015 d'Irlanda [Llei d'assistència a la presa de decisions (i de capacitat)]. Però l'evolució de la nostra societat cap a aquestes formes de relació ens obliga a preveure la possibilitat de formalitzar

acords de suport entre particulars, o entre particulars i entitats que es dediquin a oferir aquest suport mitjançant el treball de professionals, perquè, aquells qui ho prefereixin, puguin fer-ho emparats per la legalitat i amb el reconeixement jurídic necessari, evitant així suports de designació judicial en un moment en què no puguin decidir i sobre els que no podran tenir tant control. Així ho ha previst la Llei colombiana 1996 de 2019, abans analitzada, un país amb una tradició social i un ordenament més proper al nostre que els dels models esmentats.

L'envelliment progressiu de la població junt amb la complexitat creixent de la vida al món globalitzat fa pensar en un increment exponencial en la demanda de suports que saturarà els recursos materials i humans destinats públicament a aquestes qüestions, inclosos els recursos judicials, que són lents, costosos i que no poden respondre a la individualització de cada cas. Per a tot això, és important promoure la cultura de la presa de decisions anticipades sobre els suports que es puguin requerir en un futur, així com la designació de suports necessaris en el present entre particulars o entre particulars i entitats jurídiques amb aquest fi, o simplement la formalització dels suports que ja s'estiguin exercint en un moment present per a dotar-los de reconeixement jurídic si es preveu que s'allarguin en el temps.

El contingut d'aquests acords pot incorporar el nomenament d'una persona per a prestar el suport requerit, així com definir totes les normes i principis d'actuació que la persona cregui pertinent per a guiar l'exercici dels suports, el moment d'entrada en vigor de l'acord i/o la seva extinció, revisió i supervisió. És a dir, l'acord pot tenir efecte des del seu atorgament o bé des del moment en què els contractants ho decideixin, un moment que no ha d'estar necessàriament vinculat a una "pèrdua de capacitats" o una valoració de les capacitats.

En un altre ordre de coses, els acords poden incorporar, tal com preveu la norma irlandesa mencionada [*Assisted Decision Making (Capacity) Act, 2015*], una clàusula de presa de decisions compartida obligatòria [*co-decision making agreement*], que implicaria que la persona s'obliga a prendre certes decisions juntament amb la persona que exerceix el suport. La norma colombiana de

suports preveu una fórmula semblant, es pot pactar que l'ús del suport sigui un requisit de validesa per a la realització de certs actes jurídics. Pel contrari, l'acte jurídic en qüestió no tindrà efectes jurídics (art. 19). Aquesta clàusula d'auto-restricció, com la resta de l'acord, és modificable i revocable i s'ha d'aplicar només i estrictament en aquelles situacions previstes per la persona, interpretades sempre de forma restrictiva, si la persona no expressa el contrari. Es pot preveure, també, que només tingui efecte la clàusula de presa de decisions compartida obligatòria quan es donin certes circumstàncies, com per exemple durant un període de crisi de salut mental.

6.4.1.2. Poders

Els poders o mandats són una forma que tenen les persones de planificar els suports sense necessitat d'intervenció judicial, mitjançant un contracte d'apoderament d'una part a una altra, en el que s'atorguen facultats de representació a l'altra part (persona natural o jurídica), en relació a un acte en concret o a varis. La diferència del poder o mandat amb l'acord és que en aquest últim no s'atorguen facultats representatives, sinó únicament de suport.

En el marc de transició d'un model de substitució a les decisions a un altre de suport, la reforma hauria de preveure que el contingut dels poders també pogués incloure la designació de figures de suport, sense facultats de representació o amb algunes facultats de representació. Amb aquesta possibilitat, allò que els diferenciaria dels acords de suport seria la seva formalització, ja que els poder s'atorguen davant notari, el que exerceix com a salvaguarda per evitar abusos i influències indegudes. El notari estarà obligat a assegurar-se que el futur apoderat o un tercer no està exercint una influència indeguda sobre la persona que vol atorgar el poder, pel contrari, que aquest atorga el poder de forma lliure i informada. En conseqüència, el notari té la obligació d'informar degudament a les dues parts i assegurar-se que aquests

entenen la informació i els efectes del poder; a aquest efecte, el notari ha de facilitar les mesures d'accessibilitat i d'ajustos raonables necessaris perquè la persona pugui dur a terme qualsevol acte jurídic en igualtat de condicions a una altra.

Com s'ha avançat, a l'ordenament actual hi ha vigents dos tipus de mandat, aquells que tenen efectes des del moment que s'atorguen, i aquells fets en previsió de "la pèrdua sobtevinguda de capacitat" del poderdant (art. 222-2 CCc). Els dos poden ser conformes a la CDPD, doncs no exigeixen la restricció de la capacitat d'obrar de la persona que atorga el poder, una opció que, en qualsevol cas, serà impossible si la reforma elimina la possibilitat de declarar l'estat civil de l'incapaç, com és d'esperar. Tot i això, caldrà reinterpretar alguns elements de la previsió actual.

En primer lloc, cal repensar la forma de determinar el supòsit de fet de "la pèrdua sobtevinguda de capacitat". Tot i que aquesta no és en sí mateixa contrària a la CDPD, (recordem que el Comitè reconeix la diversitat en la capacitat natural de les persones, i també el CCc), l'actual forma de valorar la capacitat de les persones, basada en el model individual-reduccionista, sí contradiu el model dels suports basat en una idea de la autonomia relacional. Per tant, caldrà introduir elements contextuais i relacionals a aquesta valoració.

En segon lloc, en atenció al principi de la necessitat i la flexibilitat, s'ha de regular la possibilitat que el poderdant determini el moment que vol que s'iniciï el poder, que no ha d'estar necessàriament vinculat a la pèrdua de capacitats. En aquesta línia, el poderdant ha de poder definir en el contracte de mandat qualsevol altre detall del contingut del mateix, com l'abast, la temporalitat, la forma com s'han de dur a terme la tasques de representació, i les formes de control que s'han d'exercir sobre l'apoderat, entre d'altres. Cal que la norma expressi, també, que l'apoderat ha d'actuar segons la voluntat i preferències de la persona expressades al contracte. Si el poderdant no ha expressat amb claredat o de forma suficient quines són les seves voluntats i preferències, i no les pot expressar tampoc en el moment, l'apoderat està obligat a actuar segons la millor interpretació de la voluntat i preferències de la persona. En canvi, en cas de dubte o conflicte, si la persona pot conformar i manifestar la seva

voluntat en el moment, de forma independent o mitjançant els suports pertinents, prevaldrà sempre la voluntat i preferències presents de la persona; excepte que la pròpia persona hagi establert una altra cosa en el poder.

En un altre ordre de coses, cal mantenir les salvaguardes que preveu la norma vigent, com el requeriment d'autorització judicial perquè l'apoderat dugui a terme certs actes amb efectes significants tant en l'àmbit personal com patrimonial de la persona. En aquest sentit, l'autoritat judicial ha de tenir en compte la voluntat i preferències de la persona, o la millor interpretació d'aquestes si no s'havien expressat al poder i no es poden conèixer, abans d'autoritzar facultats de representació de l'apoderat que afectin, en particular, els drets fonamentals de la persona i el seu àmbit personal, com on viure i amb qui, o la prestació de consentiment mèdic per part de la persona a intervencions de risc o a la ingesta de medicacions amb efectes secundaris severes, com els antipsicòtics. Com tota forma de suport, aquest ha de poder ser revisat, modificat i finalitzat en qualsevol moment per el poderdant, segons allò establert per llei.

6.4.1.3. Documents de voluntats anticipades

El document de voluntats anticipades (DVA), també denominat en l'ordenament vigent amb altres termes, com instruccions o directrius prèvies, és un instrument mixt entre els acords i els poders, amb elements d'un i de l'altre. És una eina mitjançant la qual una persona pot expressar la seva voluntat i preferències de forma anticipada sobre la presa de decisions futures en un moment que creu que no les podrà expressar, i on pot designar un representant perquè prengui decisions per ella en aquells moments, segons la seva voluntat i preferències. A la regulació vigent, el DVA només s'utilitza per a prendre decisions de forma anticipada en l'àmbit de la salut, en matèria d'intervencions mèdiques, en especial per a la presa de decisions al final de la vida, però també, per exemple, en donacions d'òrgans. Es proposa ampliar l'abast dels assumptes sobre els que pot versar el DVA.

En primer lloc, cal assegurar que s'amplia l'aplicació del DVA a altres àmbits de la salut on hi ha evidències de la seva efectivitat com a eina de suport, com en l'àmbit de la salut mental, per a expressar les preferències de la persona anticipadament sobre com vol ser tractada durant els episodis de crisi que poden desencadenar un ingrés hospitalari involuntari²⁰². Malgrat l'evidència i malgrat que el supòsit del DVA previst a la Llei 21/2000 en vigència, així com al CCc, és suficientment ampli com perquè sigui aplicat en l'àmbit de la salut mental, a la pràctica s'ignora i es desconeix àmpliament aquesta utilitat²⁰³. Cal tenir en compte, que "inclús en situacions de crisi, cal respectar l'autonomia individual i la capacitat de les persones amb discapacitat per a adoptar decisions"²⁰⁴. Per a superar l'obstacle de l'estigma al voltant de la salut mental, és important que la reforma faci menció explícita a l'ús del DVA en aquest àmbit.

En segon lloc, és recomanable no limitar el DVA a l'àmbit de la salut i al final de la vida, sinó que pugui utilitzar-se com a eina per a la previsió anticipada d'altres assumptes de tipus personal, com per exemple on viure i com viure durant estats de la vellesa en què un no ho pot decidir, o inclús per la previsió d'assumptes financers. En qualsevol cas, els DVAs només són efectius si s'anticipen a les circumstàncies amb una previsió molt acurada de la situació que es preveu. Per a això, es proposa utilitzar una fórmula híbrida, entre la que preveu la Llei 1996 de 2019 de Colòmbia sobre els suports i la que estableix actualment el CCc i la Llei 21/2000, com per exemple:

El document de voluntats anticipades és una eina segons la qual una persona, major d'edat o un menor emancipat, pot expressar de forma

²⁰² Sergio Ramos Pozón i Begoña Román Maestre, 'Las voluntades anticipadas en pacientes con esquizofrenia: un instrumento para potenciar la autonomía', *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 34.121 (2014), 21–35; Jeffrey W. Swanson et al, 'Psychiatric Advance Directives and Reduction of Coercive Crisis Interventions', *Journal of Mental Health*, 17.3 (2008), 255–67; E. B. Elbogen et al, 'Effectively Implementing Psychiatric Advance Directives to Promote Self-Determination of Treatment among People with Mental Illness.', *Psychology, Public Policy, and Law*, 13.4 (2007), 273–88.

²⁰³ Maria Angels Porxas Roig, 'El documento de voluntades anticipadas para el apoyo a la autonomía y al ejercicio de la capacidad jurídica en salud mental: hacia un modelo de atención basado en derechos', en *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*, ed. por Antonio-Luis Martínez-Pujalte (Aranzadi, 2018), p. 576 i ss.

²⁰⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, par. 18.

anticipada la seva voluntat i preferències sobre decisions relatives a un o varis actes jurídics, o a un o varis aspectes personals que afectin els seus drets, per a tal que siguin tinguts en compte en un moment en què no pugui expressar-los o conformar-los amb claredat. Aquestes decisions poden versar sobre la voluntat i preferències de la persona en assumptes de salut, incloses en matèria de salut mental, financers o personals, entre altres que tinguin un impacte en els drets de la persona.

Al mateix document es pot designar una persona o vàries perquè representin a la persona en aquells moments en relació amb els assumptes descrits i segons la seva voluntat i preferències o la millor interpretació d'aquestes.

Les disposicions que continguin els documents de voluntats anticipades seran d'obligat compliment pels que exerceixin el suport de la persona en el moment en què entrin en eficàcia, i pels professionals de la salut o de la cura quan vagin dirigides a assumptes relatius a les preferències de tractament o cures, amb les limitacions previstes per llei.

Per una banda, les limitacions a l'obligat compliment de les disposicions del DVA han d'estar establertes per llei, més enllà de les que es deriven de la lògica d'allò que és raonablement exigible i del principi de la legalitat. En concret s'hi ha de fer constar la condició que les circumstàncies previstes per la persona coincideixin amb les circumstàncies reals, i que es tracti de voluntats i preferències realitzables i possibles que s'emmarquen en el dret a decidir de la persona, com decidir acceptar o rebutjar un tractament, expressar preferència per una medicació davant d'una altra, expressar una preferència de ser atès per cert professional sanitari, expressar una elecció sobre on viure, expressar una preferència alimentària durant un ingrés, escollir com s'han de gestionar els assumptes financers per exemple durant una crisi de salut o una degeneració d'un estat de salut, etc. El potencial abast dels DVAs és molt ampli, pel que caldrà fer-ne una regulació flexible.

Per altra banda, cal eliminar dues limitacions que la llei actual estableix al compliment del DVA. En primer lloc, aquella que fa referència a les previsions

contràries a l'ordenament jurídic, que és una regla general que aplica en qualsevol instrument i que, per tant, és innecessari mencionar. En segon lloc, aquella que fa referència a disposicions contra la bona pràctica clínica, perquè allò que és considerat bona pràctica mèdica no sempre és objectivable i dependrà, en gran mesura, del professional i del servei al que s'atengui la persona²⁰⁵.

Finalment, hi ha una particularitat prevista a la nova llei colombiana de suports (Llei 1996 de 2019) que cal, almenys, debatre. La norma preveu que la persona que realitzi un DVA pugui incloure una clàusula de *voluntat perenne*, mitjançant la qual invalidi de forma anticipada les declaracions de voluntat i preferències que expressi amb posterioritat a la subscripció de la directiva, sempre i quan contradiguin allò establert en aquesta (art. 18). Tal clàusula pot ser modificada o revocada segons les regles generals de modificació o revocació del DVA.

El que genera una contradicció és que, en principi, els DVAs estan pensats per quan la persona no pugui expressar o manifestar amb claredat la seva voluntat. Pel contrari, si la persona pot expressar-se sempre preval la voluntat present, i no cal recórrer al DVA. No obstant, hi ha algunes situacions on aquesta clàusula podria servir de suport, com per exemple en l'atenció durant una crisi psiquiàtrica, durant la qual una persona pot ser que pugui expressar la seva voluntat en aquell moment, però es pot donar el cas que aquesta no coincideixi amb la voluntat de la persona quan no està en un moment de crisi. L'autolimitació imposada per la clàusula de voluntat perenne, podria evitar que la persona prengués decisions en moments de patiment o estrès mental de les que després es pogués penedir. La clàusula és semblant a allò previst a les clàusules obligatòries de presa de decisions compartides dels acords de suport, on la persona s'obliga a prendre les decisions sobre certs actes jurídics juntament amb una altra persona. La diferència és que amb l'acord vinculant de codecisió no es pot imposar a la persona una decisió contrària a la seva voluntat, com sí podria succeir amb una clàusula de voluntat perenne. Caldrà debatre en més profunditat sobre els conflictes que pot generar la incorporació

²⁰⁵ Maria Angels Porxas Roig, ob. cit.; Núria Terribas Sala, 'Las voluntades anticipadas y su utilización en la toma de decisiones', *Revista Vectores de Investigación Journal of Comparative Studies Latin America*, 5.5 (2012), 17–29.

d'una clàusula d'aquest tipus, tant a nivell metafísic com pràctic. La idea central dels instruments preventius de suport és que la persona pugui fer valer la seva voluntat en un moment en què les circumstàncies no li permetin conformar-la o expressar-la. En canvi, la clàusula de voluntat perenne pot implicar la imposició a la persona d'una voluntat que no és present i que, per tant, es pot viure com la imposició d'una voluntat aliena.

En definitiva, i més enllà de la complexitat que afegixen les clàusules de voluntat perenne, les que es recomana explorar però no adoptar-les, pel moment, els DVAs són una eina de suport amb molt potencial, que cal incorporar a la reforma del CCc, definint-les al marc de la regulació de les figures de suport, ampliant el seu abast material i flexibilitzant les expressions del seu contingut.

6.4.2. La guarda de fet

La guarda de fet, com a instrument que combina la informalitat dels suports que es donen de forma natural a la comunitat i a la família, però que gaudeix d'un reconeixement jurídic, i al tractar-se d'un dels recursos més utilitzats a la pràctica, cal que sigui mantinguda. Per a incorporar les salvaguardes necessàries perquè la guarda s'exerceixi amb la màxima diligència possible i segons la voluntat i preferències de la persona, es proposa incorporar aquelles novetats que l'APL preveu a la reforma estatal:

- a) Mantenir la guarda un cop l'autoritat judicial en té coneixement, atorgant-li autorització per dur a terme administració ordinària, el que li confereix seguretat en la seva intervenció al tràfic jurídic.
- b) Regular la possibilitat que el jutge estableixi altres formes de control o salvaguarda que cregui pertinents, a sol·licitud de la persona sota guarda, del guardador/a, d'ofici, a instància del ministeri fiscal o d'un tercer amb un interès legítim.

- c) Requerir a la persona que exerceix la guarda autorització judicial expressa per a dur a terme aquells actes jurídics amb conseqüències significants, posant èmfasis en aquelles interferències a la vida privada i personal, com decidir un ingrés a una residència. Per a decidir sobre aquestes autoritzacions, seran d'obligat compliment, en la mesura que la situació ho permeti i siguin realitzables, la voluntat i preferències expressades per la persona en un instrument preventiu o la millor interpretació de la voluntat i preferències de la persona atenent a la seva trajectòria de vida i segons aquells qui el coneixien.

A més, es proposa que les persones que exerceixin la guarda notifiquin aquesta situació al jutjat perquè es puguin posar en marxa tant les salvaguardes pertinents com el reconeixement jurídic de la figura.

6.4.3. Els suports de designació judicial

Els suports a l'exercici de la capacitat també poden ser de designació judicial, que no d'imposició judicial. La idea de suports que siguin establerts per a una persona en contra de la voluntat de la persona és plenament contrària a la naturalesa del suport, i no pot tenir cabuda en la previsió dels suports, que és la que es pretén regular amb aquesta proposta de reforma a l'ordenament civil i la que és objecte de debat. El suport té una naturalesa de caràcter voluntari i no s'ha de tergiversar i confondre amb altres institucions de naturalesa involuntària que l'ordenament pugui arribar a preveure. En qualsevol cas, si es preveuen institucions coercitives i de substitució a les decisions per raó de discapacitat, aquestes implicaran una discriminació, el que no significa, com hem vist que s'ha explorat des de Canadà, que no es puguin preveure supòsits de fet desvinculats de la discapacitat en què es puguin imposar certes institucions a la

persona per a la protecció d'un bé jurídic superior, sempre amb finalitats legítimes, legalment establertes, mitjançant criteris neutrals i amb un format temporal, revisable i sotmès a les degudes salvaguardes. No obstant, aquest no és l'objecte del present estudi.

La proposta per a la regulació de suports de designació judicial a l'ordenament civil català inclou la previsió de dos tipus de mesures:

- a) L'assistent
- b) El defensor judicial

Es proposa mantenir la figura de l'assistència i la del defensor judicial, reconfigurant el seu contingut, perquè puguin servir per a atorgar suport a l'exercici de la capacitat de forma continuada i puntual, respectivament. Aquesta seria la principal diferència amb la proposta de l'APL, però es considera la més adequada donat el marc propi del dret català i per allunyar-se amb claredat del model de substitució a les decisions i de tota terminologia vinculada a aquest, com la que es remet a la curatela o la tutela.

6.4.3.1. L'assistent

S'han exposat les problemàtiques que genera la previsió de la nova curatela a la proposta de reforma del CC, així com les limitacions de l'assistència en la forma com es preveu a l'ordenament vigent a Catalunya, a la llum de l'article 12 de la CDPD. Tot seguit, sense ànim de repetir allò analitzat prèviament, es sistematitzen els canvis necessaris per adaptar l'assistència als models de suport previstos pel Comitè. Per a fer-ho, s'utilitza una taula comparativa de conformitat de l'assistència amb els elements requerits pel Comitè a tot model de suport.

Elements que han de tenir les figures de suport (Comitè, OG-1)	Proposta de previsió de l'assistència al Codi Civil català com a figura de suport
Han d'estar disponibles per a tots. El diferent	Per a poder reemplaçar la tutela i la curatela, el supòsit de fet subjectiu de l'assistència no pot estar limitat a les persones amb

<p>grau de suport que necessiti una persona no pot ser un obstacle per a l'obtenció del suport.</p>	<p>discapacitats “no incapacitants”, com preveu actualment el CCc (art. 226-1). Per tant, una de les principals transformacions que requereix l'assistent és l'ampliació del seu supòsit de fet a “tota persona major d'edat que ho requereixi per a l'exercici de la seva capacitat jurídica en igualtat de condicions a les altres”, en una fórmula semblant a la que han adoptat altres reformes, com la peruana.</p>
<p>Han d'estar basades en el criteri de la voluntat i les preferències de la persona, no en el suposat “interès superior objectiu” o “millor interès” de la persona.</p>	<p>Cal reconèixer de forma explícita el criteri d'actuació de l'assistent segons la voluntat i preferències de la persona a l'àmbit patrimonial o a qualsevol altre aspecte sobre el que actuï el suport. Actualment aquesta previsió està limitada a les actuacions a l'àmbit personal (art. 226-2). El deure de vetlla segons la “voluntat i opinions personals” de la persona assistida (art. 226-2.2), ha de ser clarament prevalent en tots els àmbits.</p>
<p>La forma de comunicació d'una persona no pot ser un obstacle per a obtenir un suport per a prendre decisions, inclòs quan la comunicació no és la convencional o quan és compresa per molt poques persones.</p>	<p>El CCc no preveu aquesta qüestió en relació amb l'assistència. És recomanable que s'inclouï una previsió general segons la qual “les diferents formes de comunicació de les persones no poden ser una limitació per accedir als diferents instruments i figures de suport”. Pel contrari, s'ha de satisfer el dret d'accés a la justícia de totes les persones, així com l'accés als suports. En conseqüència, o bé amb una previsió general o amb una particular adaptada a cada suport, s'ha d'exigir tant a notaris, autoritats judicials o altres operadors jurídics involucrats, que “realitzin els ajustos raonables o proveeixin els suports necessaris” perquè la persona pugui accedir als suports en igualtat de condicions a les altres, el que inclou prendre les mesures en matèria de comunicació que siguin necessàries.</p>
<p>La persona o persones encarregades del suport que la persona afectada hagi escollit oficialment han de disposar d'un reconeixement jurídic accessible. Això inclou un mecanisme perquè tercers comprovïn la identitat de la persona encarregada del suport, així com un mecanisme perquè tercers puguin impugnar la decisió de la persona que duu a terme el suport si creuen que no estava actuant segons la voluntat i preferències de l'interessada.</p>	<p>De nou, igual que s'ha anat repetint al llarg de l'estudi respecte altres figures de suport, es proposa ampliar el reconeixement jurídic que atorga la publicitat registral de la inscripció de la figura de suport al Registre civil, amb altres formes més àgils i eficients de comprovar la identitat de el suport, perquè el suport pugui ser reconegut per tercers en l'acompanyament a la presa de decisions diàries. Per exemple, es podria crear una targeta d'identificació del suport que aquest pogués portar a sobre.</p> <p>Respecte la previsió d'un mecanisme perquè tercers puguin impugnar la decisió de la persona que dona el suport si creuen que no està actuant segons la voluntat i preferències de la persona, aquesta no existeix a l'ordenament vigent, però es podria preveure oferint la possibilitat a tercers de notificar-ho al Ministeri Fiscal perquè aquest actués quan hi hagués la sospita que no s'està actuant segons la voluntat i preferències de la persona i que s'establís l'anul·labilitat de tot acte on el suport no ha actuat diligentment, que implica l'actuació segons la voluntat i preferències de la persona, entre d'altres.</p>
<p>Han de ser gratuïtes o</p>	<p>La reforma ha d'assegurar la satisfacció del dret d'accés als</p>

<p>accessibles a un cost simbòlic.</p>	<p>suports per a totes les persones, independentment dels seus ingressos o mitjans econòmics. Per a això, la reforma legislativa no és suficient, caldrà dotar-la de mitjans humans i materials, però és obligat que la modificació legislativa no vinculi els suports als recursos de la persona que els necessita. En aquest sentit, si es preveu que la persona que exerceix el suport rebi una retribució, s'ha de preveure també que siguin els poders públics qui la subvencionin o bé les institucions no governamentals que les promoguin.</p>
<p>No han d'implicar la limitació d'altres drets fonamentals de la persona.</p>	<p>La sol·licitud i gaudi d'un assistent a la presa de decisions no ha d'implicar la restricció de cap dret de la persona ni del seu exercici. Tanmateix, igual que s'ha proposat en relació als acords de caràcter vinculant de codecisió. Es pot preveure la opció que, a sol·licitud de la persona que rep el suport, hi hagi certes decisions que s'hagin de prendre juntament amb el suport. Aquesta possibilitat està prevista a l'assistència en el seu format actual, però caldria especificar a la reforma la disposició voluntària d'aquest tipus de clàusules autorestrictives.</p>
<p>Han de ser voluntàries. La persona té dret a rebutjar el suport i a posar-li fi en qualsevol moment. Així mateix, no utilitzar els suports disponibles no implica no tenir reconegut o tenir menys reconegut el dret a la igual capacitat jurídica.</p>	<p>Per una banda, la proposta ha de preveure de forma clara el caràcter de disposició plenament voluntari que té la figura del suport, que engloba tant que la persona la pugui sol·licitar de forma voluntària, com que la pugui modificar i posar-li fi de la mateixa forma, en qualsevol moment mitjançant el degut procés. Cal modificar els articles 226-4.1. i 226-5 en aquest sentit perquè no hi hagi ambigüitats. També s'ha de mantenir el procediment de jurisdicció voluntari per la seva sol·licitud. Per altra banda, es proposa que també la puguin sol·licitar el Ministeri fiscal d'ofici o a instància d'un tercer que li notifiqui que hi ha una persona en una situació que no li permet sol·licitar el suport per ella mateixa, però que té necessitat de suport en l'exercici de la seva capacitat i que no s'hi oposa, de forma explícita o implícita. En aquesta cas el procés es duria a terme mitjançant un procediment verbal. En cas d'oposició o rebuig no s'ha de poder sol·licitar la figura en contra de la voluntat de la persona.</p>
<p>Han d'establir-se salvaguardes per a tots els processos relacionats amb la capacitat jurídica i el suport amb l'objectiu de garantir el respecte per la voluntat i les preferències de la persona.</p>	<p>Es proposa mantenir les salvaguardes que ja preveu la norma en relació a les tasques de l'assistència, com la rendició de comptes, però ampliar-les perquè incloguin una rendició de comptes pel que fa a la tasca del suport en l'àmbit personal i en concret en relació al requisit de la satisfacció de la voluntat i preferències de la persona, tant en l'àmbit personal com patrimonial. En aquest sentit, es proposa introduir una nova forma de control que impliqui la valoració de l'assistència per part de la persona assistida. Per a poder aplicar aquesta provisió, a mode d'exemple, es podria fer a través d'organitzacions de suport especialitzades, desvinculades de l'autoritat judicial, que s'encarreguessin de recollir aquestes valoracions mitjançant un procés pertinent. Una altra salvaguarda que es proposa adoptar és la revisió temporal, per exemple cada tres anys, de l'assistència i del seu abast, que es pot fer d'ofici per l'autoritat judicial o bé a través d'una organització de suport especialitzada. L'autoritat judicial o</p>

	la organització pertinent podrien fer una proposta de modificació o terminació de l'assistència, però la seva execució haurà de comptar amb el consentiment de la persona assistida, excepte en aquells casos de terminació establerts legalment, com podria ser que la persona ja no necessités suport per exercir la seva capacitat degut a una millora de la seva situació, per exemple.
No han de dependre d'una avaluació de la competència o la capacitat mental. Això implica la necessitat de buscar nous indicadors no discriminatoris per a determinar les necessitats de suport.	Es proposa no vincular la sol·licitud de l'assistència a una forma d'avaluació de la competència o capacitat mental, sinó a la necessitat de suport en l'exercici de la capacitat mitjançant un mètode que tingui en compte el rol central de l'entorn, de les xarxes informals i d'altres elements que influeixen en la presa de decisions; és a dir, que adopti el model social en l'avaluació de les necessitats de suport. S'haurà de preveure a la norma aquesta nova forma d'avaluar les necessitats per propiciar els canvis necessaris a la pràctica.

Taula 3. Comparativa de la proposta de l'assistència com a figura de suport amb els requisits exigits pel Comitè a les figures de suport en compliment de l'article 12.3 de la CDPD.

En definitiva, el CCc compta amb una figura de suport a la presa de decisions que, si bé no és plenament conforme a la CDPD en la forma com està prevista, pot adaptar-se als requisits del Comitè amb algunes modificacions sense necessitat de crear una nova figura. En aquesta línia, és recomanable reconfigurar les figures que ja tenen una tipicitat en l'ordenament vigent i en la pràctica judicial i que ja estan vinculades als models de suport, enlloc d'adoptar noves figures sense vinculació jurídica ni pràctica al nostre territori. Pel contrari, és preferent adoptar nous instruments de suport en el cas que l'alternativa sigui mantenir els instruments vigents vinculats al règim de substitució a les decisions, com succeeix en l'APL, degut a les dificultats que això pot implicar en el canvi de cultura que requereix el nou paradigma.

6.4.3.2. El defensor judicial

Quan una persona tingui una necessitat de suport puntual en el temps per a la realització d'un acte jurídic, pot requerir a l'autoritat judicial, o se li pot oferir mitjançant un operador jurídic o un altre servei, la sol·licitud de l'ús del defensor judicial per a aquesta tasca. El defensor també pot actuar de forma puntual quan existeixi conflicte d'interessos entre l'assistit i l'assistent o mentre no es designa o s'autoritza l'assistent per a la persona beneficiària.

En aquest sentit, es proposa regular la figura del defensor judicial d'una forma similar a com ho fa l'APL. El defensor ha de tenir un caràcter de figura transitòria fins que es constitueixin els suports adequats requerits per a la persona. El defensor podria tenir tasques de representació de forma puntual, quan així li ho autoritzi el jutge i sigui la voluntat de la persona, o si aquesta no es pot conèixer i la persona no s'hi oposa, haurà d'actuar segons la millor interpretació de la voluntat i preferències d'aquesta. Preveient que una persona es pugui trobar en una situació en què les circumstàncies no li permetin sol·licitar per ella mateixa la figura del defensor judicial, s'ha de preveure que aquesta es pugui sol·licitar d'ofici per l'autoritat judicial o a instància del Ministeri Fiscal quan així li ho notifiqui un tercer.

6.4.4. La responsabilitat i anul·labilitat dels actes realitzats amb suport

Una de les qüestions més controvertides i menys resoltes per la doctrina respecte els actes realitzats amb suport, és la titularitat de la responsabilitat dels actes i la possibilitat d'impugnar-los. Els titulars dels actes han de ser sempre les persones que realitzen l'acte, amb o sense suport. Per tant, la responsabilitat dels actes també recaurà sobre aquestes persones.

Davant d'una situació en què el suport no hagi actuat segons els principis de la bona fe i amb la diligència deguda al seu càrrec, s'ha de poder impugnar un acte realitzat amb el suport, tant si es tracta d'un acte de decisió compartida obligatòria o no. L'acte jurídic realitzat amb un suport que perjudiqui clarament a la persona o als seus interessos personals o patrimonials i que s'hagi produït sense ser la voluntat i preferències de la persona, havent tingut lloc doncs mala pràctica per part de la persona que exerceix el suport, ha de poder ser impugnat i anul·lat, a instància de la persona que rep el suport, de tercers amb interessos legítims o per part del Ministeri Fiscal. En els casos que es provi l'abús, influència indeguda o actuacions amb conflicte d'interès o amb mala fe per part del suport, s'exigiran les responsabilitats pertinents. No obstant, la qüestió de la responsabilitat tant dels titulars dels actes jurídics realitzats amb

suports com de les persones que exerceixen suport, és un tema que mereix un ampli estudi en si mateix.

7. Conclusions

Els ordenaments civil i espanyol en matèria de capacitat jurídica no són conformes a la CDPD i la seva adaptació a l'article 12 requereix ser resolta sense més espera, doncs la satisfacció del dret a la igualtat davant la llei (art. 14 CE), que ha de ser interpretat segons la CDPD, exigeix eficàcia immediata per part dels poders públics. En aquest estudi s'han sistematitzat i analitzat les obligacions que deriven del mandat de l'article 12 segons allò apuntat pel Comitè (OG-1), assenyalant algunes de les qüestions més problemàtiques d'aquesta interpretació, com la qüestió de la determinació de la capacitat per decidir; s'ha exposat una panoràmica general de les reformes que l'article 12 ha desencadenat en altres ordenaments interns, i s'ha fet un anàlisi en més profunditat de tres reformes específiques (Colòmbia, Costa Rica i Perú); s'ha analitzat l'estat de la qüestió dels ordenaments civil espanyol i català en aquesta matèria, assenyalant punts dèbils i forts de figures previstes a l'ordenament vigent que es podrien incorporar al marc del nou règim de suports, així com s'ha analitzat allò previst a l'Avant Projecte Llei de reforma al CC, que no és plenament conforme als models de suport previstos pel Comitè. Finalment, atenent a tot allò analitzat i a les particularitats del dret català en aquesta matèria, s'ha fet una proposta de bases i principis per a la reforma del Codi civil català en matèria de capacitat jurídica i de suports.

La idiosincràsia del dret civil català en aquesta matèria, en particular amb la previsió de l'assistència al llibre segon del CCc, ofereix un marc idoni per a fer una transició cap als models de suport a l'exercici de la capacitat desvinculada de la proposta de la nova curatela com a principal figura de suport que fa l'Avant Projecte Llei de reforma del CC. Tot i això, l'eliminació del procediment de modificació de la capacitat d'obrar al que apunta l'APL urgeix a la Comissió de Codificació de Catalunya a avançar en els treballs d'adaptació del Codi civil català per incorporar les figures de suport necessàries per a l'exercici de la capacitat jurídica. Donada la situació, tanmateix improbable, en què s'aprovés la reforma del CC i no s'aprovés la reforma del CCc, en previsió del caràcter supletori del dret comú s'haurien d'aplicar les previsions del CC en tot allò referent al suport a l'exercici de la capacitat que no pogués cobrir l'assistent o

les altres formes previstes a l'ordenament vigent que no requereixen incapacitació.

Per altra banda, en cas d'aprovar-se una reforma de l'ordenament civil català com la que es proposa, aquesta conformaria un model de suports que trencaria plenament amb el vell paradigma. En aquesta proposta s'aposta, en primer lloc, per ampliar els instruments preventius de presa de decisions. Amb ànim de promoure la cultura de la planificació anticipada, entenent que aquesta és la forma ideal de ser assistit, es proposa la incorporació de l'eina dels acords de suports, el manteniment dels poders amb algunes millores i la incorporació dels documents de voluntats anticipades com a eina de suport amb una ampliació considerable del seu abast.

En segon lloc, es proposa mantenir la guarda de fet, ampliant la seva capacitat de dur a terme tràmits ordinaris i en benefici de la persona, així com incrementant les salvaguardes per assegurar un exercici respectuós amb la voluntat i preferències de la persona. Respecte les figures de designació judicial, suprimides tant la curatela com la tutela, es preveu ampliar les possibilitats que té actualment l'assistència, tant pel que fa al seu supòsit de fet, a l'abast, com a les salvaguardes, sempre respectant la voluntat i preferències de la persona; i adoptar la previsió del defensor judicial com a figura de caràcter puntual, però recurrent si és necessari, de suport a la presa de decisions.

Amb el desenvolupament de la proposta feta es configuraria un ordenament civil català concordant amb l'article 12 de la CDPD, comparable a la reforma de Colòmbia pel que fa al ventall de figures de suport proposades, i respectuós amb el marc civil català i la tipicitat dels instruments vigents que es poden mantenir sota el nou paradigma.

Tanmateix, cal tenir en compte, per una banda, i com s'ha mencionat al llarg de l'estudi, que la modificació legislativa no és suficient per la plena satisfacció del dret a l'exercici de la capacitat jurídica en igualtat de condicions, caldrà donar suport a la reforma legislativa mitjançant l'adequada provisió de recursos materials i personals, pel que es proposa assignar una partida pressupostària a

aquesta qüestió. Per altra banda, aquesta proposta no soluciona alguns dels conflictes que posa el nou paradigma i que s'han assenyalat, com la necessitat de reconfigurar la forma com es valora la capacitat de decidir, en aquest cas per poder atendre millor les necessitats de suport que tinguin les persones. La transformació dels paràmetres de valoració de les necessitats en aquest àmbit requereix un treball interdisciplinari entre diferents agents i la participació de les persones amb discapacitat.

Finalment, i a mode de conclusió, serà clau fer una transició formada i informada dels règims de substitució a les decisions als règims de suport, tant pel que fa a les persones que exerceixen com a tutors i curadors en el cas que segueixin exercint com a suports, com per les persones que ara estan sota una curatela o una tutela que hauran de ser degudament informades de la seva nova situació jurídica i de les figures de suport a les que podran tenir accés.

8. Referències bibliogràfiques

- Abbott, David, i Anna Marriott, 'Money, Finance and the Personalisation Agenda for People with Learning Disabilities in the UK: Some Emerging Issues', *British Journal of Learning Disabilities*, 41 (2013), 106–13
- Alemaný, Macario, 'Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la observación general n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad).', *Anales de a Cátedra Francisco Suárez*, 52 (2018), 201–22
- Álvarez García, Héctor, 'La tutela constitucional de las personas con discapacidad', *Revista de Derecho Político*, 2017, 1027–55
- Appelbaum, P. S., i L. H. Roth, 'Competency to Consent to Research: A Psychiatric Overview.', *Archives of General Psychiatry*, 39 (1982), 951–58
- Appelbaum, Paul S., 'Saving the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - from Itself', *World Psychiatry*, 18 (2019), 1–2
- Arboleya Gómez, Enrique, 'Sobre la noción de persona', *Revista de Estudios Políticos*, XXII (1949), 104–16
- Arstein-Kerslake, Anna, i Eilionóir Flynn, 'The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality before the Law', *The International Journal of Human Rights*, 20 (2016), 471–90
- , 'The Right to Legal Agency: Domination, Disability and the Protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities', *International Journal of Law in Context*, 13 (2017), 22–38
- Asís, Rafael de, *Sobre discapacidad y derechos* (Madrid: Dykinson, 2013)
- Bach, Michael, i Lana Kerzner, 'A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity', *Law Commission of Ontario*, 2010, 1–196
- Bariffi, Francisco, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos*, (Madrid: Cinca, 2014)
- Barranco, María del Carmen, Patricia Cuenca, i Miguel Ángel Ramiro,

- ‘Capacidad jurídica y discapacidad: El Artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad’, *Anuario Facultad de Derecho*, 2012, 53–80
- Bercovitz, R., *La marginación de los locos y el derecho* (Madrid: Taurus Ediciones, SL, 1976)
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *Manual de derecho civil: Derecho privado y derecho de la persona*, 7ª (Móstoles (Madrid): Bercal, 2017)
- de Bhailís, Clíona, i Eilionóir Flynn, ‘Recognising Legal Capacity: Commentary and Analysis of Article 12 CRPD’, *International Journal of Law in Context*, 13 (2017), 6–21
- Browning, Michelle, Christine Bigby, i Jacinta Douglas, ‘Supported Decision Making: Understanding How Its Conceptual Link to Legal Capacity Is Influencing the Development of Practice’, *Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities*, 1 (2014), 34–45
- Burch, Matthew, ‘Autonomy, Respect and the Rights of Persons with Disabilities in Crisis’, *Journal of Applied Philosophy*, 33 (2016)
- Caldas, Andressa, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes* (Bogotá: Colección en Clave de Sur, 2004)
- Campoy Cervera, Ignacio, *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad* (Ediciones Laborum, 2017)
- Colin Freeman, Melvyn, Kavitha Kolappa, Jose Miguel Caldas de Almeida, Arthur Kleinman, Nino Makhshvili, Sifiso Phakathi, et al, ‘Reversing Hard Won Victories in the Name of Human Rights: A Critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities’, *The Lancet Psychiatry*, 2 (2015), 844–50
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General nº 1 (2014): Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 2014, CRPD/C/GC/1
- , *Observación General nº 6 (2018) Sobre la igualdad y la no discriminación*, 2018, CRPD/C/GC/6

- , *Observaciones Finales sobre el informe inicial de la Unión Europea*, 2015, CRPD/C/EU/CO/1
- , Observaciones finales sobre el informe inicial de Suecia, 12 de mayo de 2014, CRPD/C/SWE/CO/1
- , Observacions finales sobre el informe inicial de Alemania, 13 de mayo de 2015, CRPD/C/DEU/CO/1
- , Observaciones finales sobre el informe inicial de Perú, 16 de mayo de 2012, CRPD/C/PER/CO/1
- , Observaciones finales sobre el informe inicial de España, 19 d'octubre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1
- , Observaciones finales del informe de España, 2019, CRPD/C/ESP/CO/2-3
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 2015
- Craigie, Jillian, 'A Fine Balance: Reconsidering Patient Autonomy in Light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities', *Bioethics*, 29 (2015), 398–405
- Cuenca Gómez, Patricia, 'El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española', *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 10 (2012), 61–94
- , 'Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU', a *Cuadernos de la Cátedra de democracia y derechos humanos* (Servicio de Publicacions Universidad de Alcalá, 2012), p. 248
- , *Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad.*, Papeles el tiempo de los derechos (Madrid, 2011)
- , 'Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos

- humanos', *Revista de Estudios Políticos*, 2012, 103–37
- Dawson, John, 'A Realistic Approach to Assessing Mental Health Laws' Compliance with the UNCRPD', *International Journal of Law and Psychiatry*, 40 (2015), 70–79
- Dawson, John, i George Szmukler, 'Fusion of Mental Health and Incapacity Legislation', *British Journal of Psychiatry*, 188 (2006), 504–9
- Despouy, Leandro, *Report of the Special Rapporteur on the Subcommission on Prevention for Discrimination and Protection of Minorities: Human Rights and Disabled Persons*, Human Rights Study Series (1014-5680)
- Devandas, Catalina, *Informe de La Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2019, (A/HRC/40/54).
- Dhanda, Amita, 'Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?', *Syracuse Journal International Law & Comparative*, 34 (2014), 429
- Díaz Velázquez, Eduardo, 'El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad: El caso de España' (Universidad Complutense de Madrid, 2016)
- Dolz-Lago, M.J., 'El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992', *Revista Jurídica La Ley*, enero (1992)
- Elbogen, E. B., J. W. Swanson, Marvin S. Swartz, Richard Van Dorn, Joelle Ferron, H. Ryan Wagner, et al, 'Effectively Implementing Psychiatric Advance Directives to Promote Self-Determination of Treatment among People with Mental Illness.', *Psychology, Public Policy, and Law*, 13 (2007),
- Fein, R., 'What Is Wrong with the Language of Medicine?', *New England Journal of Medicine*, 306 (1982), 863–64
- Feinberg, Joel, 'Legal Paternalism', *Canadian Journal of Philosophy*, 1 (1971), 105–24
- Fernández de Buján, Antonio, 'Capacidad, Discapacidad, Incapacitación.: Modificación judicial de la capacidad', *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, 53–81

- Ferrajoli, Luigi, 'Derechos Fundamentales', a *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2001), pp. 19–56
- Ferreira, Miguel A. V., 'De la minus-valía a la diversidad funcional: Un nuevo marco teórico-metodológico', *Política y Sociedad*, 47 (2010), 45–65
- Flynn, Eilionóir, i Arstein-Kerslake, 'State Intervention in the Lives of People with Disabilities: The Case for a Disability-Neutral Framework', *International Journal of Law in Context*, 13 (2017), 39–57
- Flynn, Eilionóir, i Anna Arstein-kerlake, 'The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?', *Berkeley Journal of International Law*, 32 (2014), 124–43
- Fundamental Rights Agency, *Choice and Control: The Right to Independent Living: Experiences of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems in Nine EU Member States* (Luxembourg, 2012)
- , *Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems* (Luxembourg, 2013)
- García Rubio, María Paz, 'Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio', *Revista de Derecho Civil*, V (2018), 29–60
- Grup de treball de suport a l'exercici de la capacitat, *Protocol de cribatge abans d'iniciar un procés de modificació de la capacitat, i criteris i recomanacions per al foment de l'autonomia en la presa de decisions* (Barcelona, 2017)
- Guilarte Martín-Calero, Cristina, 'La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: El nuevo paradigma de la sala primera', a *Estudios y Comentarios Jurisprudenciales Sobre Discapacidad*, ed. by Cristina Guilarte Martín-Calero, 1^a (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), pp. 59–108
- Iglesias Velasco, Alfonso J., 'Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España', *Anuario de Derecho Internacional*, 29 (2013), 165–216
- Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas', i Grupo Nacional de

- Trabajo de España en la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento español al art. 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2012.
- Kohn, Nina A., Jeremy A. Blumenthal, and Amy T. Campbell, 'Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship', *Penn State Law Review*, 117 (2012), 1112–56
- Koskenniemi, M, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission* (Geneva, 2006), A/CN.4/L.6
- Lawson, Anna, 'Use of the CRPD in Domestic Courts', a *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, ed. per Lisa Waddington i Anna Lawson (New York: Oxford University Press, 2018), pp. 556–75
- Lescano Feria, Patricia A., *La guarda de hecho* (Madrid: Dykinson, 2017)
- Lewis, Oliver, 'Advancing Legal Capacity Jurisprudence', *European Human Rights Law Review*, 2011, 700–714
- , 'Legal Capacity in International Human Rights Law' (Universiteit Leiden, 2015)
- Lidón Heras, Leonor, *La discapacidad en el espejo y en el cristal: derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia, artículo 8 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, un camino previo por recorrer* (Madrid: Grupo Editorial Cinca, 2016)
- Lindqvist, Bengt, *Final Report of the Special Rapporteur of the Social Development Commission on the Activities of Monitoring the Implementation of the Standard Rules of Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities during Its Third Mandate 2000-2002* (E/CN.5/2002/4, 2002)
- Llamas Pombo, Eugenio, 'Una Mirada al viejo código civil desde el posthumanismo y la globalización', *La Ley*, nº 9488, 2019

- MacQuarry, Anna, i Connie Laurin-Bowie, 'Our Lives, Our Voices: People with Intellectual Disabilities and Their Families', a *Human Rights & Disability Advocacy*, ed. per Maya Sabatello i Marianne Schulze (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014), pp. 25–44
- Malo, Miguel Ángel, 'La modificación del código civil en materia de obligaciones y contratos', *La Ley*, 2019
- Marín López, Antonio, 'Orden jurídico internacional y Constitución española', *Revista de Derecho Político*, 1999, 35–67
- Mariño Menendez, Fernando M., 'La debilidad del orden jurídico internacional ante los desafíos de la globalidad', *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34 (2018), 151–64
- Martin, Lynn, Philip Grandia, Hélène Ouellette-Kuntz, i Virginie Cobigo, 'From Framework to Practice: Person-Directed Planning in the Real World', *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, 29 (2016), 552–65
- Martín Pérez, José Antonio, 'La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña', a *El Nuevo derecho de la persona y de la familia: (Libro Segundo Del Código Civil de Cataluña)*, 2011, ed. per Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero, and Sergio Nasarre Aznar (Barcelona: Bosch, 2011), pp. 157–70
- Martinez-Pujalte, Antonio, 'Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms', *Laws*, 8 (2019), 4
- Mégret, Frédéric, 'The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights', *The International Journal of Human Rights*, 12 (2008), 261–78
- Méndez, Juan E., *Informe Del Relator Especial Sobre La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 2013, A/HRC/22/5
- Minkowitz, Tina, 'The United Nations Convention of the Rights of Persons With Disabilities and the Right To Be Free From Nonconsensual Psychiatric Interventions', *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34 (2007), 405–28
- Munar Bernat, Pedro A., 'La Curatela: principal medida de apoyo de origen

judicial para las personas con discapacidad', *Revista de Derecho Civil*, V (2018), 121–52

National University of Ireland (NUI), *A Study on the Equal Recognition before the Law: Contributions towards the Council of Europe Strategy on the Rights of Persons with Disabilities* (Council of Europe, 2017)

Nowak, Manfred, *Informe provisional del relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 2008, A/63/175

Observatorio sobre salud autonomía competencia y derechos humanos, *Memoria Final OBSCAC* (Barcelona, 2013)

Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* (Madrid: Grupo Editorial Cinca, 2008)

Parra Lucán, María, 'Alcance y valor de la jurisprudencia en el derecho privado Español', *Revista Electrónica de Direito. RED*, febrero (2017), 5

Pereña Vicente, Montserrat, 'La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica', a *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, ed. per José Pérez de Vargas Muñoz i Montserrat Pereña Vicente (Las Rozas (Madrid): La Ley (Grupo Wolters Kluwer), 2011), pp. 195–205

Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, 'La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar', *Derecho Privado y Constitución*, 2009, 335–68

Porxas Roig, Maria Àngels, 'El Documento de voluntades anticipadas para el apoyo a la autonomía y al ejercicio de la capacidad jurídica en salud mental: hacia un modelo de atención basado en derechos', a *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*, ed. per Antonio-Luis Martínez-Pujalte (Aranzadi, 2018), p. 576 i ss.

———, *El tractament del malalt mental en els instruments internacionals de*

- drets humans: estudi comparatiu entre el Conveni europeu de drets humans i la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat* (Barcelona: Generalitat de Catalunya, Premis de recerca en drets humans, 2015)
- , ‘Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad’, *Revista de Derecho Político*, 2018, 355–79
- Quinn, Gerard, ‘Personhood and Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12’, a *HPOD Conference in Harvard Law School*, 2010
- Quinn, Gerard, Theresia Degener, Anna Bruce, Christine Burke, Padraic Kenna, i Shivaun Quinlivan, *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability* (New York & Geneva, 2002)
- Ramos Pozón, Sergio, i Begoña Román Maestre, ‘Las voluntades anticipadas en pacientes con esquizofrenia: un instrumento para potenciar la autonomía’, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 34 (2014), 21–35
- Ravetllat Ballesté, Isaac, ‘El Interés Superior Del Niño: Concepto y Delimitación Del Término’, *Educatio Siglo XXI*, 30 (2013), 89–108
- Ribot Igualada, Jordi, ‘L’assistència: Abast i Limitacions de La Nova Institució’, in *XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa* (Tossa de Mar, 2012), pp. 1–60
- Rivero Hernández, Francisco, ‘Comentario de los artículos 226-1 a 226-6’, a *Persona y familia: libro segundo del Código civil de Cataluña*, ed. per R. Roca Trías; Ortuño Muñoz (Las Rozas: Sepin, 2011), pp. 411–41
- Roth, Loren H., Alan Meisel, i Charles W. Lidz, ‘Tests of Competency to Consent to Treatment’, *American Journal of Psychiatry*, 134 (1977), 279–84
- Sabatello, Maya, i Marianne Schulze, *Human Rights & Disability Advocacy*, ed. per Maya Sabatello i Marianne Schulze (Philadelphia: University of

Pennsylvania Press, 2014)

Santander, Fernando, Blanca Morera, Ander Retolaza, Hernanz Marnique, Maribel Marijúan, María Jesús Goikotxea, et al, *Ética y Praxis Psiquiátrica*, ed. per Fernando Santander (Valladolid: Asociación Española de Neuropsiquiatría/ Estudios, 2000)

Scholten, Matthé, i Jakov Gather, 'Adverse Consequences of Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for Persons with Mental Disabilities and an Alternative Way Forward', *Journal of Medical Ethics*, 0 (2017), 1–8

Series, Lucy, 'Relationships , Autonomy and Legal Capacity : Mental Capacity and Support Paradigms', *International Journal of Law and Psychiatry*, 40 (2015), 80–91

Simón Lorda, Pablo, i Luis Concheiro Carro, 'El consentimiento informado: teoría y práctica', *Medicina Clínica*, 100 (1993), 659–63

Squatrito Millar, Dorothy, 'Guardianship Alternatives: Their Use Affirms Self-Determination of Individuals with Intellectual Disabilities', *Education and Training in Autism and Developmental Disabilities*, 48 (2013), 291–305

Stanley S. Herr, Stanley, 'Self-Determination, Autonomy and Alternatives for Guardianship', in *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities: Different but Equal*, ed. per Stanley S. Herr; Harold Hongju Koh; Lawrence Ogalthorpe Gostin (Oxford University Press, 2003)

Subcomisión de expertos sobre el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, *Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad* (Madrid)

Swanson, Jeffrey W., MARvin S. Swartz, Eric B. Elbogen, Richard A. VAn Dorn, H. Ryan Wagner, Lorna A. Moser, et al, 'Psychiatric Advance Directives and Reduction of Coercive Crisis Interventions', *Journal of Mental Health*, 17 (2008), 255–67

Szmukler, G., J. Dawson, i R. Daw, 'A Model Law Fusing Incapacity and Mental

- Health Legislation', *Journal of Mental Health Law*, 5 2010 (2010), 51–66
- Tamayo Salmorán, Rolando, 'Teoría jurídica y "derecho comparado": Una aproximación y un deslinde', *Isonomía*, 27 (2007), 29–49
- Terribas Sala, Núria, 'Las voluntades anticipadas y su utilización en la toma de decisiones', *Revista Vectores de Investigación Journal of Comparative Studies Latin America*, 5 (2012), 17–29
- Turnpenny, Ágnes, Gábor Petri, Ailbhe Finn, Julie Beadle-Brown, and Maria Nyman, *Mapping & Understanding Exclusion in Europe* (Brussels, 2017), XXVIII
- Unión Europea, Informe Inicial de los Estados parte: Unión Europea, 2014 (CRPD/C/EU/1), par. 68.
- Vilà, A., 'De la subnormalidad a la diversidad funcional', *Políbea*, 100 (2011), 41–44
- Waddington, Lisa, i Anna Lawson, 'Interpreting the CRPD in Domestic Courts', a *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, ed. per Lisa Waddington i Anna Lawson (New York: Oxford University Pres, 2018), pp. 466–537