



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat a Catalunya

Anna Grañana Sancho

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorat en Dret i Ciència Política

Dret administratiu i Dret civil

**ELS SERVEIS DE SUPORT A L'EXERCICI DE LA
CAPACITAT JURÍDICA DE LES PERSONES AMB
DISCAPACITAT A CATALUNYA**

Dr. Joaquín Tornos Mas, director i tutor. Àrea de Dret administratiu

Dra. María Luisa Zahino Ruiz, directora. Àrea de Dret civil

ANNA GRAÑANA I SANCHO
BARCELONA, 2023

ELS SERVEIS DE SUPORT A L'EXERCICI DE LA
CAPACITAT JURÍDICA DE LES PERSONES AMB
DISCAPACITAT A CATALUNYA

A la Dra. Zahino i al Dr. Tornos, per la seva cura, dedicació i expertesa.

A la família *Support-Girona*, per apropar-me a la realitat social.

A l'Institut Municipal de Persones amb Discapacitat, per la confiança i el suport.

A la Júlia, per la paciència infinita, per motivar-me i acompanyar-me sempre.

Als meus pares, pels valors que m'han inculcat i les oportunitats que m'han brindat.

A totes aquelles persones que han contribuït a fer que aquesta tesi sigui una realitat.

RESUM

Aquesta recerca analitza, des d'una perspectiva publicoprivada, la regulació dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat. Específicament, té la vocació de contribuir a la millora de la col·laboració publicoprivada en la gestió dels serveis socials de suport. Tot amb la finalitat de garantir-ne la qualitat i, en concret, els drets de les persones amb discapacitat i de les entitats prestadores de serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.

El 3 de setembre de 2021, en compliment de la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat*, va entrar en vigor la *Llei 8/2021, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica*. Aquesta norma suprimeix els procediments de modificació de la capacitat d'obrar i les mesures conduents a la representació i substitució de la voluntat de la persona amb discapacitat. A partir d'ara, s'aposta per establir mesures de suport i acompanyament que respectin els drets, la voluntat i les preferències de totes les persones. Conseqüentment, els territoris de l'Estat amb competències en matèria civil, com és el cas de Catalunya, han d'adequar els seus ordenaments jurídics a la reforma civil i processal en matèria de capacitat jurídica. En aquest sentit, el 3 de desembre de 2021, entra en vigor, per raó d'urgència, el *Decret Llei 19/2021, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat*.

Vigent la reforma civil i processal front a l'augment dels suports prestats per entitats de suport, pertanyents a la xarxa de serveis socials d'atenció pública de Catalunya, cal plantejar un canvi de criteri en la gestió dels, anteriorment denominats, serveis socials de tutela. De no produir-se l'adaptació de l'ordenament jurídic públic, professionals del sector de la discapacitat, persones amb discapacitat i llurs famílies ens veurem abocats a un escenari d'inseguretat jurídica, fruit de la manca de cohesió entre l'ordenament jurídic públic i privat.

Amb la finalitat de respondre a les qüestions plantejades, aquesta recerca, en primer lloc, desenvolupa els conceptes bàsics d'estudi a partir de la Convenció i aborda l'evolució de la legislació civil en matèria de capacitat jurídica a Catalunya. En una segona fase, analitza les particularitats de l'*assistència* exercida per una persona jurídica. Finalment, explora les opcions de col·laboració publicoprivada existents amb la finalitat de justificar quina d'elles pot ajudar a garantir una major eficàcia i eficiència en la gestió i prestació dels serveis de suport en l'exercici de la capacitat jurídica.

Paraules clau: exercici de la capacitat jurídica, suport, assistència, serveis socials, gestió pública, entitats de suport.

RESUMEN

Esta investigación analiza, desde una perspectiva público-privada, la regulación de los apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Específicamente, pretende contribuir a la mejora de la colaboración público-privada en la gestión de los servicios sociales de apoyo. Con la finalidad de garantizar su calidad y, en concreto, los derechos de las personas con discapacidad y de las entidades prestadoras de servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica.

El 3 de septiembre de 2021, en cumplimiento de *la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, entró en vigor la *Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en ejercicio de su capacidad jurídica*. Esta norma suprime los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar y las medidas conducentes a la representación y sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad. A partir de ahora, se apuesta por establecer medidas de apoyo que respeten los derechos, voluntad y preferencias de todas las personas. Por consiguiente, los territorios del Estado con competencias en materia civil, como es el caso de Cataluña, deben adecuar sus ordenamientos jurídicos a la reforma civil y procesal en materia de capacidad jurídica. En este sentido, el 3 de diciembre de 2021 entra en vigor, por razón de urgencia, el *Decreto Ley 19/2021, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad*.

Vigente la reforma civil y procesal y frente al aumento de los apoyos prestados por entidades de apoyo, pertenecientes a la Red de Servicios Sociales de Atención Pública de Catalunya, es necesario plantear un cambio de criterio en la gestión de los, tradicionalmente denominados, servicios sociales de tutela. De no producirse la adaptación del ordenamiento jurídico público, profesionales del sector de la discapacidad, personas con discapacidad y familias, nos veremos inmersos en un escenario de inseguridad jurídica, fruto de la falta de cohesión entre el ordenamiento jurídico público y privado.

Con la finalidad de responder a las cuestiones planteadas, esta investigación, en primer lugar, desarrolla los conceptos básicos de estudio a partir de la Convención y aborda la evolución de la legislación civil en materia de capacidad jurídica en Cataluña. En una segunda fase, analiza las características de la *assistència* ejercida por una persona jurídica. Por último, explora las opciones de colaboración público-privada existentes con el fin de justificar cuál de ellas ayuda a garantizar una mayor eficacia y eficiencia en la gestión y prestación de los servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica.

Palabras clave: ejercicio de la capacidad jurídica, apoyo, asistencia, servicios sociales, gestión pública, entidades de apoyo.

ABSTRACT

This research analyzes, from a public-private perspective, the regulation of support for the exercise of the legal capacity of people with disabilities and contributes to the improvement of public-private collaboration in the management of social support services for the benefit of people with disabilities and support entities providing services.

On September 3, 2021, in compliance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Law 8/2021* came into force, *reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in exercising their legal capacity*. This law abolishes the procedures for the modification of the capacity to act and the measures involving representation and substitution of capacity. From now on, it is committed to establishing support measures that respect the rights, will and preferences of all persons with disabilities. Consequently, the territories of the State with competences in civil matters, as is the case of Catalonia, must adapt their legal systems to the civil and procedural reform in matters of legal capacity. In this sense, on December 3, 2021, *Decree Law 19/2021, which adapts the Civil Code of Catalonia to the reform of the procedure for the judicial modification of capacity, comes into force as a matter of urgency*.

With the civil and procedural reform in force and as a result of the increase in support provided outside the family environment, i.e., from the public sphere, it is necessary to consider a change of criteria in the management of the traditional social services of guardianship that were implemented as a result of a procedure for modification of capacity. If this adaptation of the public legal system does not take place, professionals in the disability sector, people with disabilities and families will be forced to live in a scenario of legal uncertainty, as a result of the lack of cohesion between the public and private legal systems.

In order to answer the questions raised, this research develops the basic concepts of study from the Convention and addresses the evolution of civil legislation on legal capacity in Catalonia. In a second phase, it analyzes the characteristics of the *assistència* exercised by a legal person. Finally, it explores the existing public-private collaboration options in order to justify which of them helps to ensure greater efficiency and efficacy in the management and provision of support services for the exercise of legal capacity.

Key words: exercise of legal capacity, support, assistance, social services, public management, support entities.

SUMARI

ABREVIATURES I SIGLES	19
 JUSTIFICACIÓ DE L'ESTUDI. UNA ANÀLISI PUBLICOPRIVADA DE LA QÜESTIÓ	23
1. Objectiu de l'estudi.....	23
2. Estructura del contingut	24
3. Aproximació metodològica de la recerca	29
 CAPÍTOL PRIMER. DE LA PROTECCIÓ AL SUPORT. LA INCIDÈNCIA DEL MODEL SOCIAL DE LA DISCAPACITAT EN L'EXERCICI DE LA CAPACITAT JURÍDICA DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT.....	31
1. L'evolució del tractament de la discapacitat des d'una perspectiva juridicosocial	31
1.1. El model de prescidència i les polítiques d'exclusió i marginació	32
1.2. El model mèdic rehabilitador de la discapacitat que acompanya el trànsit al model social	33
2. La consolidació del model social de la discapacitat a la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat	37
2.1. La necessitat de dotar-se d'una norma amb efectes vinculants i els treballs preparatoris per elaborar una Convenció internacional amplia i integral per protegir i promoure els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat	38
2.2. La naturalesa i contingut de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat.....	41
2.2.1. <i>El propòsit i els principis de la Convenció de Nova York.....</i>	<i>41</i>
2.2.2. <i>El tractament de la discapacitat a la Convenció de Nova York a través del concepte de discapacitat</i>	<i>44</i>
2.2.3. <i>La diferència entre els conceptes discapacitat, incapacitat i dependència.....</i>	<i>47</i>
2.2.4. <i>Els mecanismes de seguiment i control per garantir el compliment de les obligacions que emanen de la Convenció.....</i>	<i>48</i>
3. El dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei: el debat durant el procés de negociació i els inicis de la seva aplicació	53
4. El contingut del dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei i la significació per a l'ordenament jurídic intern	62

4.1. El reconeixement de la personalitat jurídica de les persones amb discapacitat.....	63
4.2. La capacitat jurídica i el seu exercici. La importància de la capacitat natural en els processos de presa de decisions	64
4.3. La delimitació del terme persona amb discapacitat en relació amb el dret reconegut a l'article 12 de la Convenció	68
5. El sistema de suports a l'exercici de la capacitat jurídica.....	70
5.1. La intervenció pública en la provisió de suports a l'exercici de la capacitat jurídica	71
5.2. La configuració dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica	73
5.3. Les salvaguardes per assegurar el respecte a la voluntat de la persona amb discapacitat i evitar els abusos i les influències indegudes.....	80
6. La qüestió sobre la creació, o no, de drets nous com a conseqüència de les necessitats extra que s'han de garantir per fer efectiu el dret a l'igual exercici de la capacitat jurídica	84
6.1. El dret a assumir riscos i a cometre errors	85
6.2. El dret a rebre —o no— suports a l'exercici de la capacitat jurídica	87
6.3. El dret a la participació activa en la gestió dels suports	90
 CAPÍTOL SEGON. LA RESPOSTA DEL LEGISLADOR CATALÀ. L'ASSISTÈNCIA EXERCIDA PER UNA ENTITAT DE SUPORT	 93
 1. El comiat a la visió paternalista: primacia de l'autonomia de la voluntat i assistència professionalitzada per garantir l'exercici de la capacitat jurídica	 93
 2. El primer intent d'adaptació de la normativa civil a la Convenció de Nova York: la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya relatiu a la persona i la família	 95
2.1. L'autonomia de la voluntat de la persona amb discapacitat i la capacitat natural com a eixos vertebradors de la Llei 25/2010, del llibre segon del Codi civil de Catalunya....	95
2.1.1. <i>La capacitat natural com a element definitori de l'autonomia de la voluntat.....</i>	<i>96</i>
2.1.2. <i>Les institucions de protecció de la persona major d'edat: l'assistència com a mitjà de protecció a disposició de les persones majors d'edat amb una «disminució no incapacitant».....</i>	<i>106</i>
2.2. El rol de les entitats tutelars en relació amb les institucions de protecció de la persona amb discapacitat al Llibre II del Codi civil català.....	108

3. El segon intent d'adaptació de la normativa civil a la Convenció de Nova York: les Bases de la reforma del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica 116

3.1. Les bases sotmeses a participació ciutadana. El concepte de <i>diàleg civil</i>	117
3.2. L'àmbit subjectiu i objectiu de la reforma.....	119
3.2.1. <i>L'àmbit d'aplicació objectiu: els suports a l'exercici de la capacitat jurídica</i>	119
3.2.2. <i>L'àmbit d'aplicació subjectiu: persones que necessitin suport a l'exercici de la capacitat jurídica</i>	121
3.3. Els principis de necessitat, proporcionalitat, voluntarietat i subsidiarietat	121
3.4. Els suports a la presa de decisions	125
3.5. Les salvaguardes en l'exercici del dret a la capacitat jurídica	127
3.6. La mediació	130

4. El tercer intent d'adaptació de la normativa civil a la Convenció de Nova York: Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació de la capacitat 131

4.1. La supressió del procediment de modificació de la capacitat i necessitat d'adaptació del Codi civil català al procediment de provisió de mesures de suport	131
4.2. La referència a la discapacitat s'entén a aquella que precisi la provisió de mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.....	134
4.3. L'adaptació del Codi civil català a la supressió dels procediments de modificació judicial de la capacitat: el Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació de la capacitat	141
4.4. El nou règim jurídic de l'assistència fruit de l'entrada en vigor del Decret Llei 19/2021: particularitats de l'assistència exercida per una persona jurídica	145
4.4.1. <i>La delimitació del terme assistència: diferències entre l'assistència jurídica i l'assistència personal</i>	147
4.4.2. <i>La constitució d'una mesura de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica exercida a favor d'una persona jurídica</i>	149
4.4.3. <i>La constitució notarial de l'assistència a favor d'una entitat de suport</i>	151
4.4.4. <i>La constitució judicial de l'assistència a favor d'una entitat de suport</i>	155
4.4.5. <i>El pla d'assistència que deriva de l'acord de suports</i>	165
4.4.6. <i>La rendició de comptes de la persona que presta assistència</i>	167
4.4.7. <i>La modificació de l'assistència</i>	169
4.4.8. <i>L'extinció de l'assistència</i>	171
4.4.9. <i>L'assistència i altres mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica</i>	173
4.4.10. <i>La impugnació d'actes de la persona assistida</i>	175

5. L'horitzó de la legislació civil en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat: Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones..... 177

- 5.1. Les persones destinatàries de la norma: la referència al suport a l'exercici de la capacitat jurídica de totes les persones i el dret a rebre suport de les mateixes..... 179
- 5.2. La configuració dels suports i la seva tipologia..... 181
- 5.3. Els procediments per sol·licitar una mesura de suport. Especial referència al pla d'assistència, per l'assistència constituïda judicialment, i l'acta prèvia, per l'assistència constituïda per via notarial..... 187
- 5.4. Les salvaguardes. Especial referència a l'òrgan de supervisió..... 188
- 5.5. El règim jurídic transitori, disposicions addicionals i finals..... 189

CAPÍTOL TERCER. REPENSAR ELS SERVEIS SOCIALS. LA PRESTACIÓ DELS SERVEIS DE SUPORT A L'EXERCICI DE LA CAPACITAT JURÍDICA PER PART D'ENTITATS DE SUPORT 193

1. L'evolució dels serveis socials i la configuració d'aquests com a drets públics subjectius de la ciutadania..... 193

- 1.1. L'evolució i l'abast dels serveis socials..... 194
- 1.2. El dret d'accés als serveis socials com a dret públic subjectiu de caràcter universal..... 199
- 1.3. La Cartera de Serveis Socials: instrument jurídic per a la garantia dels drets públics subjectius 203

2. Els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica: serveis socials especialitzats integrats a la xarxa de serveis socials d'atenció pública..... 204

- 2.1. La configuració actual dels serveis de tutela a la Cartera de Serveis Socials de Catalunya 204
 - 2.1.1. *La delimitació terminològica dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica* 214
 - 2.1.2. *L'objecte i els principis informadors dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica* 217
 - 2.1.3. *El tipus de serveis de suport. La prevalença de les mesures voluntàries*..... 218
 - 2.1.4. *Les persones beneficiàries dels serveis de suport: perfils de necessitat i àrees d'actuació. El sistema de mòduls i les ràtios de personal* 219

3. La iniciativa privada en la prestació dels serveis socials. Els instruments de col·laboració publicoprivada per garantir la gestió dels serveis	222
3.1. L'espenta europea per transitar cap a un nou model de contractació pública dels serveis a les persones	222
3.2. La resposta del legislador a les Directives de quarta generació	228
3.3. El rol de les entitats privades d'iniciativa social o mercantil per a la prestació de servis socials a Catalunya	229
3.4. L'actuació de la iniciativa privada dins el sistema de serveis socials prestant serveis de titularitat privada	233
3.4.1. <i>El règim d'autorització de les entitats socials o mercantils d'iniciativa privada</i>	<i>233</i>
3.4.2. <i>El règim d'acreditació de les entitats socials o mercantils d'iniciativa privada</i>	<i>234</i>
3.5. L'actuació privada dins el sistema de serveis socials prestant serveis de titularitat pública.....	238
4. Fórmules de gestió, directes i indirectes, per a la prestació dels serveis socials.....	239
4.1. Les fórmules de gestió indirecta extracontractuals. En especial, el règim jurídic del concert social	240
4.1.1. <i>Les figures tradicionals: el conveni i la subvenció</i>	<i>240</i>
4.1.2. <i>Els concerts socials. En particular, el règim de concertació social a Catalunya: Decret 69/2020, de 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública</i>	<i>242</i>
4.2. Les fórmules de gestió indirecta contractuals: especial incidència al contracte i a la concessió de serveis. El risc operacional	253
4.3. Les fórmules de gestió directa	257
5. La gestió dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica	258
5.1. L'estat actual per a la gestió dels serveis de suport a la capacitat jurídica a Catalunya	258
5.2. Els avantatges i els desavantatges de l'aplicació mecanismes de col·laboració publicoprivada existents a la gestió dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat	262
6. Una proposta per articular la prestació del servei de suport a l'exercici de la capacitat jurídica a partir de l'experiència del Doctorat Industrial. El Servei Municipal d'Assistència Personal de l'Institut Municipal de Persones amb Discapacitat de l'Ajuntament de Barcelona.....	264

NOTES FINALS	269
BIBLIOGRAFIA	279
Referències bibliogràfiques	279
Resolucions de l'Assemblea General de les Nacions Unides	301
Documents del Comitè de drets de les persones amb discapacitat de les Nacions Unides.....	302
Jurisprudència	304

ABREVIATURES I SIGLES

Art.	Article
ASADE	Associació d'entitats de serveis d'atenció a domicili
BOE	Butlletí oficial de l'Estat
Cartera o Cartera SS	Decret 142/2010, d'11 d'octubre, pel qual s'aprova la cartera de serveis socials 2010-2011
CCAA	Comunitats autònomes
CCCat	Codi civil de Catalunya
CCE	Codi civil espanyol
CDCC	Compilació del dret civil de Catalunya, de 1960
CDPD	Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat
CE	Constitució espanyola de 1978
CEDAW (de l'anglès)	Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona
CERD (de l'anglès)	Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació racial
<i>Cfr.</i>	Confrontar
Codi de Família	Codi de família de Catalunya
Comitè	Comitè de drets de les persones amb discapacitat
Coord.	Coordinador/a
CRC (de l'anglès)	Convenció sobre els drets de l'infant
Decret 69/2020	Decret 69/2020, de 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública
Decret Llei 19/2021	Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat
Decret Llei 3/2016	Decret Llei 3/2016, de mesures urgents en matèria de contractació pública
DOGC	Diari oficial de la Generalitat de Catalunya
DUDH	Declaració Universal dels Drets Humans de 1948
EAC	Llei Orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya
Ed.	Edició
IMPD	Institut Municipal de Persones amb Discapacitat de l'Ajuntament de Barcelona
<i>Infra.</i>	A sota
LAPAD	Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i l'atenció a les persones en situació de dependència
LCSP	Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic

LEC	Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil
LGS	Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions
LGSS	Reial decret legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general de la seguretat social
LIONDAU	Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat
LISMI	Llei 13/1982, de 7 d'abril, d'integració social del minusvàlid
LJV	Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària
Llei 11/1985	Llei 11/1985, de 15 de juny, de protecció dels menors
Llei 13/1983	Llei 13/1983, de 24 d'octubre, de reforma del Codi civil espanyol en matèria de tutela
Llei 26/2011	Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat
Llei 39/1991	Llei 39/1991, s'aprova la Llei 11/1996, de 29 de juliol, que modifica la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de tutela i institucions tutelars
Llei 41/2003	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 per a les persones amb discapacitat
Llei 8/2021	Llei 8/2021, de 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la capacitat jurídica
Llibre II CCCat	Llei 25/2010, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família
LN	Llei de 28 de maig de 1862, del notariat
LOEPSF	Llei Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'Estabilitat Pressupostària i Sostenibilitat Financera
LOREG	Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juliol, del règim electoral general
LPAC	Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú
LRBRL	Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local
LRC	Llei 20/2011, de 21 de juliol, del registre civil
LRJSP	Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del règim jurídic del sector públic
LSSC	Llei 11/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials de Catalunya
Observació General núm. 1	Observació General núm. 1 (2014) del Comitè de drets de les persones amb discapacitat sobre l'article 12: igual reconeixement com a persona davant la llei

Els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica a Catalunya

Observació General núm. 5	Observació General núm. 5 (2017) del Comitè de drets de les persones amb discapacitat sobre l'article 19: dret a viure de manera independent i ser inclòs a la comunitat
ONG	Organització no governamental
ONU	Organització de les Nacions Unides
<i>Op cit.</i>	Obra citada
p.	Pàgina
PIDCP	Pacte Internacional de drets civils i polítics de 1976
PIDESC	Pacte Internacional de drets econòmics, socials i culturals de 1976
s.	Pàgines següents
SAP	Sentència Audiència Provincial
SAP-BCN	Servei d'assistència personal de Barcelona
STS	Sentència Tribunal Suprem
<i>Supra.</i>	A dalt
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tractat Fundacional de la Unió Europea
TJUE	Tribunal de Justícia de la Unió Europea
TRLGDPD	Reial Decret Legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la llei general de drets de les persones amb discapacitat
TS	Tribunal Suprem
UE	Unió Europea
Unitat administrativa gestora	Unitat administrativa gestora de la comissió d'assessorament i Supervisió de les persones jurídiques sense ànim de lucre que tinguin atribuïdes mesures de suports a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica de la Direcció general de l'autonomia personal i la discapacitat
<i>Vid.</i>	Veure
XSSAP	Xarxa serveis socials d'atenció pública de Catalunya

JUSTIFICACIÓ DE L'ESTUDI

UNA ANÀLISI PUBLICOPRIVADA DE LA QÜESTIÓ

1. Objectiu de l'estudi

El present treball de recerca pretén analitzar, des d'un punt de vista publicoprivat, el contingut del dret a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat i les mesures de suport vinculades al mateix després de l'entrada en vigor de la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat* (en endavant, CDPD o Convenció) i del *Decret Llei 19/2021, de 30 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat* (en endavant, Decret Llei 19/2021).

Examina la repercussió que el nou paradigma —que situa a la persona al centre, tot respectant la seva voluntat, desitjos i preferències en l'exercici de la capacitat jurídica, sens perjudici dels suports que pugui requerir, però sense recórrer a la representació com a regla general— té en les *entitats de suport*, abans denominades *entitats tutelars*. Altrament, analitza les funcions desenvolupades per l'Administració pública com a garant per a la correcta prestació dels serveis socials especialitzats de suport a l'exercici de la capacitat jurídica —drets públics subjectius de la ciutadania— integrats a la xarxa de serveis socials d'atenció pública de Catalunya (en endavant, XSSAP).

Les línies de la recerca que s'abordaran als capítols següents es concreten en: **(a)** la incidència del *model social* —que parteix de la premissa que les causes que originen la discapacitat son socials i no limitacions individuals— en l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat; **(b)** la resposta del legislador civil català envers aquest canvi de paradigma; **(c)** l'opció de què una persona jurídica realitzi funcions d'*assistent* per a l'exercici de la capacitat jurídica i les particularitats d'aquest règim; **(d)** el marc jurídic en què s'exerceix la gestió de l'Administració d'aquests serveis de suport prestats per entitats privades proveïdores de serveis i, per últim, **(e)** els condicionants i les dificultats existents en l'àmbit jurídic i tècnic per a la implementació de polítiques de gestió pública que serveixin a noves formulacions i el seu examen crític per a ampliar el valor i millorar el funcionament d'aquest tipus de serveis.

Entre tots els camps citats, aquesta recerca té la finalitat primera de connectar dos àmbits del dret —públic i privat— que de manera involuntària, però des del meu punt de vista equivocada, sovint es tracten de forma separada alimentant l'aparició de buit legals i dificultant la prestació dels serveis a les persones, on el sector privat i les entitats que en aquest hi treballen tenen un paper ineluctable.

2. Estructura del contingut

El capítol primer, que porta per títol «De la protecció al suport. Incidència del model social de la discapacitat en l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat», posa en relleu la manera en què el model social, implementat per la Convenció, entén la discapacitat. El nou abordatge del concepte de *discapacitat* estableix com a eixos vertebradors la *dignitat* i l'*autonomia de la voluntat* de la persona amb discapacitat i l'allunya d'actituds paternalistes o excloents. En aquest sentit, l'entrada en vigor de la Convenció i en particular, de l'article 12 sobre l'igual reconeixement com a persona davant la llei, obliga als Estats part a repensar conceptes civils jurídics tradicionals com, en el nostre cas, els de *capacitat jurídica*, *modificació de la capacitat d'obrar* o *mesures de protecció* i fer un pas endavant en la configuració dels *serveis de tutela* com a drets públics subjectius de la ciutadania amb discapacitat.

El punt d'inflexió en la manera d'abordar la discapacitat arriba l'any 2006 amb l'aprovació, per part de l'Assemblea General de les Nacions Unides, de la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat*. La Convenció aglutina, en un únic text jurídic de caràcter vinculant, el reconeixement d'un conjunt de drets per a la ciutadania amb discapacitat i una sèrie d'obligacions per als Estats part que l'han signat i ratificat. A partir d'aquell moment, i a l'empara dels nous conceptes de *discapacitat* i de *persona amb discapacitat* recoguts per la CDPD, les accions que l'Administració pública plantegi per a la garantia dels drets de les persones amb discapacitat han d'anar orientades a trobar solucions col·lectives que garanteixin la igualtat d'oportunitats i reconeguin la dignitat i l'autonomia de la voluntat de tots els individus.

Tan és així que el marc legal establert per l'article 12 de la CDPD, contempla un canvi de model a l'hora de regular la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, especialment en aquelles situacions en què pot resultar necessari algun tipus d'intervenció per part de terceres persones —físiques o jurídiques—. Aquest article, interpretat de forma minuciosa pel Comitè de drets de les persones amb discapacitat de les Nacions Unides (en endavant, Comitè) a l'*Observació General núm. 1 (2014) sobre l'igual reconeixement com a persona davant la llei* (en endavant, Observació General núm. 1), pretén assegurar que les persones amb discapacitat tinguin dret a prendre decisions sobre el gaudi i l'exercici de tots els seus drets sense necessitat de ser representades.

Aquest canvi de patró en la manera d'abordar l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat exigeix, de forma inexcusable, una adaptació de l'ordenament jurídic intern dels Estats. En aquest sentit, el Dret civil es veu obligat a analitzar el contingut dels conceptes que venia emprant en l'àmbit del dret de la persona. A partir d'ara, totes les persones, tinguin o no discapacitat, tenen dret a exercir la seva capacitat jurídica,

sens perjudici que per a fer-ho requereixin de suports. Aquests suports, en l'àmbit català, es concreten essencialment en la institució de *l'assistència*, regulada als articles 226-1 i següents del Codi civil de Catalunya (en endavant, CCCat).

En aquesta línia, la CDPD ens obliga a analitzar l'abast de termes *persona amb discapacitat* i *persona que requereix suports a l'exercici de la capacitat jurídica*. Una qüestió de vital importància no només per a l'aplicació del Dret civil, sinó per a determinar qui podrà ser beneficiari dels serveis de suport prestats per una entitat privada de la XSSAP, garant dels quals n'és l'Administració.

Un cop establertes les bases i els conceptes clau de la investigació, el capítol segon, titulat «La resposta del legislador català. L'assistència, com a mesura de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, exercida per una entitat de suport», es centra en exposar la casuística de la prestació dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica per part d'entitats de suports, tot detallant l'evolució que la legislació civil ha experimentat en aquest àmbit.

L'aprovació de la *Llei 8/2021, de 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica* (en endavant, Llei 8/2021), reforma el procediment de modificació judicial de la capacitat d'obrar i el substitueix pel procediment de provisió de mesures de suport a les persones amb discapacitat. Arrel d'això, els pressupòsits civils de tutela, curatela o pàtria potestat parental prorrogada o rehabilitada deixen de poder-se aplicar. Davant aquest escenari, el legislador català es veu obligat a incorporar canvis en el seu ordenament jurídic, doncs davant el canvi, i malgrat el llibre II del Codi civil català incorporava mesures de suport —*assistència* o *patrimoni protegit*— que podien operar sense necessitat de que la capacitat d'una persona hagués de ser modificada judicialment, no hi havia cobertura jurídica per respondre a totes les necessitats socials.

La supressió del procediment de modificació judicial de la capacitat d'obrar implica construir una nova concepció de la capacitat jurídica alineada amb la CDPD, que permeti a totes les persones exercir la capacitat jurídica, sens perjudici dels suports —formals o informals— que puguin requerir. També exigeix reformar i replantejar les institucions tradicionals civils a les quals se sotmeten les persones majors d'edat amb discapacitat i a formular nous principis i regles sobre els suports a l'exercici de la capacitat jurídica. D'aquesta manera ho estableix l'exposició de motius del *Decret Llei 19/2021, de 30 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat*.

Aquest Decret Llei no és més que la sortida legislativa ràpida a una necessitat de resposta urgent envers els nous procediments de provisió de mesures de suport o de revisió de

mesures que tenen lloc a Catalunya. La norma s'aplicarà transitòriament fins que no es culmini l'aprovació, pel Parlament de Catalunya, de la reforma de la *Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família* (en endavant, Llibre II CCCat) per implementar un nou règim envers les institucions de suport a les persones amb discapacitat, que incorpori les directrius de la Convenció¹.

A grans trets, i sens perjudici de l'anàlisi que abordaré amb més profunditat als capítols següents, el nou règim del Decret Llei català se centra en modificar la institució de l'assistència, nascuda amb l'aprovació del Llibre II CCCat, que reemplaça a les tradicionals institucions de suport de caire representatiu. Aquesta nova configuració de l'assistència permet que sigui aplicable a una diversitat de necessitats i que s'incentivi la desjudicialització, en tant que es pot signar assistent tant per la via judicial com a través d'escriptura pública notarial, incentivant altrament l'autonomia de la voluntat de la persona amb discapacitat.

En aquesta línia, la reforma de la legislació civil també ha de mantenir —de fet, detallar i posar en relleu— la possibilitat que l'assistència sigui prestada per persones jurídiques, habilitació que ja es reconeixia a la *Llei 11/1996, de 29 de juliol, que modifica la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de Tutela i Institucions Tutelars* (en endavant, Llei 11/1996) i al *Codi civil espanyol* de 1983. Aquesta possibilitat és especialment important per a la recerca que ens ocupa, ja que l'Administració pública quan presta suports a l'exercici de la capacitat jurídica ho fa a través de les *entitats de suport*. Aquestes entitats són les que abans es coneixien com a entitats tutelars i poden ser d'origen públic, privat o mixt i el tipus de persona jurídica més habitual per aquestes entitats és el de fundació, donada l'absència d'ànim de lucre.

Normalment, les entitats de suport són una alternativa al suport que pugui prestar l'entorn de qui precisa aquests suports, però també poden ser la primera opció de la persona concernida qui, de manera voluntària, pot preferir un suport professionalitzat aliè al seu entorn personal.

Aquesta darrera opció, en el marc de la reforma —que busca empoderar a la persona i donar-li l'opció a poder dissenyar el seu propi cercle de suports fora del seu entorn proper— té una vital importància. En aquest sentit, és necessari analitzar les particularitats del procediment de provisió de mesures de suport, sens perjudici de la via d'inici —notarial o judicial—, quan la persona vol que li presti el suport una entitat de suport o bé el seu entorn no és el propici per fer-ho i, en conseqüència, se li designa una entitat de suports proveïdora de la XPSSAP de Catalunya.

¹ Vid. *Avantprojecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya*. Disponible a: <https://acortar.link/gOozhy>, última consulta: 2 de maig de 2023.

Per últim, el capítol tercer, que es titula «Repensar els serveis socials. La prestació dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica per part d'entitats de suport», examina l'impacte que la reforma de la legislació civil i processal en matèria de capacitat jurídica té en l'àmbit del Dret públic per oferir una visió àmplia i complerta de la qüestió. Aborda, com a objectiu últim, el paper de l'Administració en la prestació dels serveis de suports a l'exercici de la capacitat jurídica per una entitat privada integrada dins XPSSAP de Catalunya i fonamenta, de manera crítica, quina fórmula de col·laboració publicoprivada resultaria més eficient i eficaç per a la correcta prestació d'aquests serveis.

Tal i com es detalla al capítol segon de la recerca, una persona jurídica està habilitada per prestar, si s'escau, suports a l'exercici de la capacitat jurídica d'una persona amb discapacitat en forma, principalment, d'assistent i amb les particularitats que li son pròpies. Quan la persona que necessita suport no té un entorn comunitari que pretengui acompanyar-la o el que té no és l'adequat, l'Administració pública té l'obligació de vetllar pel benestar d'aquesta persona i oferir-li un recurs públic, en forma de servei social especialitzat, que cobreixi les seves necessitats de suport.

Els serveis socials, on avui en dia s'integren els serveis de tutela —ara denominats serveis de suport i sobre els quals se'n fa una anàlisi terminològica rigorosa en el sí de la recerca—, tradicionalment han donat resposta a una obligació moral de l'Estat que suplia una activitat realitzada majoritàriament per l'església i que s'englobava dins el corrent de la beneficència. No obstant això, al llarg dels anys, sobretot amb l'arribada del període democràtic, els serveis socials han esdevingut una qüestió de vital importància per a la doctrina administrativa, fins al punt de proclamar-se com el quart pilar de l'Estat de benestar, car garantir la seva eficàcia permet a la ciutadania disposar d'una bona qualitat de vida.

La matèria de serveis socials, amb l'arribada de la Constitució del 1978 (en endavant, CE) i els estatuts d'autonomia de les comunitats autònomes (en endavant, EEA), és assumida per la Generalitat de Catalunya (*cf.* Art. 166 EAC i art. 149.1 CE). El Govern català, l'any 2007, fent ús de les competències conferides, aprova la *Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials* (en endavant, LSSC), que esdevé un punt d'inflexió per transitar cap a un model de reconeixement de drets subjectius que deixi enrere la concurrència pública en l'accés als serveis socials. Aquests serveis tenen especificitats pròpies i, al marge de les relacions que puguin mantenir amb altres àmbits de serveis a les persones —com l'educació i la sanitat— s'han de concebre com a serveis amb entitat pròpia i amb un alt component comunitari i relacional i dels quals en son beneficiaris el conjunt de la

ciutadania com a titulars de drets públics subjectius². Una qüestió de vital importància que es tracta amb profunditat en aquest treball.

Una de les novetats principals que va acompanyar a la LSSC va ser l'aprovació del *Decret 142/2010, d'11 d'octubre, pel qual s'aprova la Cartera de Serveis Socials 2010-2011* (en endavant, Cartera SS o Cartera)³, un instrument jurídic vinculant que assegura l'accés a les prestacions garantides del sistema de serveis socials de la població que les necessiti i entre les quals es troben els *serveis de suport per a persones amb discapacitat, malaltia mental i gent gran* (terminologia emprada pel Departament de serveis socials de la Generalitat de Catalunya després de l'entrada en vigor de la reforma civil i processal en matèria de capacitat jurídica)⁴. Aquests serveis es configuren com a prestacions garantides i, per tant, l'Administració pública té l'obligació de proveir-se dels recursos suficients per poder-les atendre, sense quedar subjectes a limitacions pressupostàries i de prelació o lliure concurrència.

L'Administració pública, atès que no hi ha hagut, en l'àmbit dels serveis socials, una reserva de la titularitat pública d'un recurs, equipament, projecte, programa o prestació amb exclusió de la lliure iniciativa privada, ha recorregut a la iniciativa privada per a la prestació d'aquests serveis. De fet, la col·laboració publicoprivada sempre ha estat un tema rellevant i transversal a tota la normativa que desenvolupa el sistema de serveis socials.

El Dret administratiu és conscient de la incapacitat de la iniciativa pública per donar compliment a la funció assistencial de l'Estat i, per aquest motiu, s'ha dotat de mecanismes que permetin habilitar a la iniciativa privada per a la consecució dels objectius socials existents. Ara bé, perquè la iniciativa privada pugui actuar dins el sistema de serveis socials prestant serveis de titularitat privada haurà de sotmetre's a un dels règims particulars regulats per la LSSC: l'autorització (cfr. Art. 68 i 69 LSSC) o l'acreditació (cfr. Art. 70 i s. LSSC). Endemés, també poden actuar prestant serveis de titularitat pública, a través de mecanismes de *gestió indirecta* (cfr. Art. 75 LSSC), sens perjudici que l'Administració pugui, a través de mitjans personals i materials propis, prestar serveis a través de la *gestió directa*.

² Cfr. FANTOVA AZCOAGA, Fernando. «Gestionar los servicios sociales. ¿La asignatura pendiente?». *Educación social*, 2006, núm. 34, p. 29.

³ El *Decret 142/2010, d'11 d'octubre, pel qual s'aprova la Cartera de Serveis Socials 2010-2011* va derogar el *Decret 151/2008, de 29 de juliol, pel qual s'aprovava la Cartera de Serveis Socials 2008-2009*.

⁴ Cfr. *Resolució DSO/2539/2022, de 3 d'agost, per la qual s'inclouen a l'Ordre TSF/218/2020, de 16 de desembre, per a la provisió dels serveis de la xarxa de serveis socials d'atenció pública, els annexos que regulen les condicions d'execució i els criteris d'assignació per al servei d'atenció precoç i el servei de suport a les persones amb discapacitat, amb malaltia mental i gent gran en l'exercici de la seva capacitat jurídica, en règim de concert social*.

D'acord amb l'exposat, els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica estan experimentant un procés d'adaptació a la reforma de la legislació civil i processal per ajustar-se, d'una banda, a les premisses de la Convenció i de la normativa civil i d'altra, per millorar les condicions de les entitats prestadores de serveis que repercuteixin en la ciutadania amb serveis de suport de qualitat.

En definitiva, aquesta recerca pretén oferir una visió crítica i propositiva d'aquesta adaptació des de l'experiència pràctica del doctorat industrial dins un organisme autònom local com és l'Institut Municipal de Persones amb Discapacitat de l'Ajuntament de Barcelona (en endavant, IMPD) i la col·laboració amb entitats del sector expertes i professionals en l'àmbit dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica.

3. Aproximació metodològica de la recerca

Aquesta treball de recerca es realitza en el marc del pla de doctorats industrials de la Generalitat de Catalunya⁵. El doctorat industrial es caracteritza per ser un projecte de recerca de l'empresa o institució en què el doctorand desenvolupa la seva recerca, en col·laboració amb una universitat o centre de recerca, i que és objecte d'una tesi doctoral. D'aquesta manera, s'aconsegueix que els doctors industrials puguin actuar com a ponts de transferència de coneixement i contribuir a ampliar les relacions entre món empresarial o universitats o centres de recerca de Catalunya.

Aprofitant l'experiència del pla de doctorats industrials de la Generalitat de Catalunya, la meua recerca ofereix una visió pràctica i transversal entre el Dret privat i el Dret públic, àmbits que sovint es tracten com a compartiments estancs quan en realitat es requereix que estiguin en constant interlocució.

L'oportunitat d'estar connectada amb l'àmbit professional i acadèmic m'ha permès orientar la recerca des d'una vessant teoricopràctica, aprofitant, d'una banda, les col·laboracions mantingudes amb les entitats del tercer sector, la relació professional amb l'Administració pública i la vinculació amb el món acadèmic a través de la Universitat de Barcelona. Per tant, al llarg de l'exposició, faré referència a casos pràctics viscuts en primera persona i a projectes on he tingut l'oportunitat de participar, ampliant així l'horitzó de la recerca.

L'eix de la recerca és l'ordenament jurídic català, però es tenen presents les reformes que han tingut lloc a nivell internacional i estatal, contingut i interpretació de les qual afecten de ple al nostre ordenament jurídic intern.

⁵ Expedient 2018/78 aprovat per resolució parcial definitiva, d'1 de març de 2019, de la convocatòria de Doctorats Industrials 2018.

D'acord amb això, la finalitat primera d'aquesta recerca és acomplir amb l'objectiu principal del pla de doctorats industrials, que sigui útil per a canalitzar el canvi normatiu dins les Administracions públiques i pugui servir de base o orientació per a la configuració dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica que, actualment, es troben en fase d'adaptació i millora.

CAPÍTOL PRIMER. DE LA PROTECCIÓ AL SUPORT

LA INCIDÈNCIA DEL MODEL SOCIAL DE LA DISCAPACITAT EN L'EXERCICI DE LA CAPACITAT JURÍDICA DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT

1. L'evolució del tractament de la discapacitat des d'una perspectiva juridicosocial

Les persones amb discapacitat durant dècades han estat discriminades i han vist vulnerats els seus drets pel mer fet de comptar amb una patologia de tipus físic, sensorial, intel·lectual o psíquic. Han estat considerades un col·lectiu que generava un sobrecost econòmic a la societat i esdevenia una xacra, tant per a les arque públiques com per a llurs famílies⁶.

Actualment la qüestió és ben diferent; la relació constant entre el dret i la societat ha desencadenat respostes plurals al fenomen de la discapacitat. Prenent com a referència els estudis especialitzats encapçalats per PALACIOS es poden il·lustrar, almenys, tres etapes o models diferents: el *model de prescidència*, present en l'època clàssica i l'edat mitjana; el *model mèdic rehabilitador*, prevalent arrel la Primera Guerra Mundial i, per últim, el que avui en dia es coneix com a *model social* de la discapacitat i que esdevé el punt de partida d'aquesta recerca⁷.

Cadascun d'aquests models adopta una construcció teòrica sobre la base del concepte de discapacitat i una resposta social. Al mateix temps, propicia canvis de caire legal i la implementació d'un seguit d'accions, programes, plans i estratègies de caràcter nacional i internacional que fomenten l'estudi de la discapacitat i enriqueixen el seu discurs, contribuint al desenvolupament de polítiques públiques, per a fer efectiva la inclusió de les persones amb discapacitat a tots els nivells, i al foment de l'estudi de la discapacitat. Es pot entendre, com bé afirma BARIFFI, que resulta complex saber si la resposta social

⁶ Cfr. PÉREZ DALMEDA, M^a Esther; CHHABRA, Gagan. «Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas». *Revista Española de Discapacidad*, 2019, núm. 7, p. 9 i s. A nivell de context històric és interessant la següent lectura, vid. FOUCAULT, Michel. *Historia de la locura en la época clásica*. Barcelona: Fondo de cultura económica de España, 2018, vol. I i II.

⁷ Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina. *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008, p. 37 i s. També sobre aquesta qüestió, vid. BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2014; TOBOSO MARTÍN, Mario; ARNAU RIPOLLÉS, M^a Soledad. «La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen». *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2008, núm. 20, p. 64-94; VELARDE LIZAMA, Valentina. «Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico». *Revista empresa y humanismo*, 2012, núm. 1, p. 115-136; PALACIOS RIZZO, Agustina; BARIFFI, Francisco José. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Cinca, 2007; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ángela. *Modelos en el tratamiento de las personas con discapacidad: especial referencia a la discapacidad intelectual*. Madrid: Universidad Carlos III, 2010. Altres autors, inclús, diferencien models incidentals de la discapacitat com el *biopsicosocial*, el *relacional* o el de *drets humans*. Cfr. PÉREZ DALMEDA, María Esther. *Op cit*, p. 7-27.

de la discapacitat que predomina actualment és producte del dret, o si el dret és producte de la resposta social⁸.

Per tot això, a continuació es proposa una breu aproximació als diferents models de la discapacitat, d'entre els quals em centraré en el *model social*. Aquest s'incorpora a la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat*, la qual recull un nou concepte de discapacitat que, alhora, implica un canvi de model en el reconeixement dels drets de les persones amb discapacitat.

1.1. El model de prescència i les polítiques d'exclusió i marginació

A l'època clàssica i l'edat mitjana predominava el *model de prescència*, el qual justificava la discapacitat en causes d'origen religiós o diví. La societat, en considerar que les persones amb discapacitat no podien contribuir a les necessitats de la col·lectivitat, les veia innecessàries i com un potencial perill o càstig diví. A conseqüència d'aquesta creença, es van desenvolupar polítiques d'*eugenèsia*, *exclusió* i *marginació*.

Durant l'època clàssica, l'eugenèsia era la política dominant. Així, en textos de PLATÓ o ARISTÒTIL veiem que l'objectiu consistia a fer que el ciutadà servís a la *polis* i n'adquirís un valor, per tant, si no podia aportar res, era millor que no visqués⁹. La ciutadania tenia por que les persones amb algun tipus de discapacitat representessin un càstig o mal auguri per a la resta de conciutadans. A més, a l'època clàssica, l'estètica hi tenia molta importància, especialment entre els grecs, pels qui el culte al cos hi jugava un paper cabdal¹⁰. Referent als infants amb discapacitat la qüestió no era diferent. La pràctica habitual consistia a aplicar pràctiques com l'infanticidi, justificades per una qüestió econòmica i per les dificultats que suposava educar i acompanyar a un infant amb discapacitat¹¹.

A finals de l'edat mitjana, amb l'expansió del cristianisme, es va produir un canvi important en la manera de tractar a les persones amb discapacitat: es condemnà l'eugenèsia i l'infanticidi. Com a resultat de l'assentament d'aquest corrent religiós es

⁸ Cfr. BARRIFI, Francisco José. *Op cit*, p. 43.

⁹ PLATÓ proclamava que «los mejores de cada sexo deben unirse con los mejores con tanta frecuencia, y los inferiores con los inferiores tan rara vez, como sea posible; y que es preciso criar a los vástagos del primer tipo de unión, pero no del segundo, si la estirpe se ha de mantener en condiciones óptimas. Los funcionarios pertinentes llevarán los hijos de los padres selectos al redil o guardería, y allí los depositarán en manos de ciertas nodrizas que habitarán un cuarto separado; pero los vástagos de los inferiores, o de los superiores cuando hayan nacido deformes, serán rechazados» (cfr. PLATÓ. *República*. Madrid: Edimat, 2019). D'altra banda, ARISTÒTIL afegia que «en cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se cría a ni uno defectuoso» (cfr. ARISTÒTIL. *Política*. Traduit per: GARCÍA VALDÉS, Manuela. *Política de Aristóteles*. Barcelona: Gredos, 2022). Citat a: VELARDE LIZAMA, Valentina. *Op cit*, p. 118-119.

¹⁰ Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina. *Op cit*, p. 38-43 i VELARDE LIZAMA, Valentina. *Op cit*, p. 119.

¹¹ Per ampliar informació sobre la situació dels infants amb discapacitat en aquesta època, vid. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana; GÓMEZ-BENOGOECHIA, Blanca. «Los menores con discapacidad como víctimas del maltrato infantil: una revisión». *Intervención psicosocial*, 2006, núm. 3, p. 293-306.

va transitar d'un model eugenèsic a un model de marginació, que es va acabar perllongant fins, aproximadament, principis del segle XX. En aquell moment, l'actitud més comuna en relació amb les persones amb discapacitat era l'exclusió. La caritat, la mendicitat i ser objecte de diversió eren les situacions a les quals estaven sotmeses les persones amb discapacitat durant aquesta etapa¹².

El corrent cristià entenia que les persones amb discapacitat no havien de ser eradicades. De fet, tal com assenyala PALACIOS, les persones amb discapacitat compleixen amb un rol: són captaires a qui les persones riques poden donar almoines i aconseguir la salvació i, a més, constitueixen l'atmosfera perfecta perquè l'església faci miracles¹³. També és interessant la reflexió que VICENTE IMMIG fa a la seva tesi doctoral sobre teologia. Aquest autor explica que en les mateixes lectures bíbliques es fa palesa una evolució del tractament de la discapacitat respecte a l'època clàssica. Així, l'Antic Testament predica que les persones amb discapacitat no es poden apropar als llocs de sacrifici, però, en canvi, el Nou Testament, pontifica els valors de la caritat i gratuïtat, denunciant els prejudicis de l'època¹⁴.

Aquest tractament de beneficència i caritat va constituir la base sobre la qual es va construir el model mèdic rehabilitador que detallaré a continuació el qual, a conseqüència dels avenços socials, va fer un pas endavant respecte al model de prescindència¹⁵.

1.2. El model mèdic rehabilitador de la discapacitat que acompanya el trànsit al model social

A principis del segle XX, fruit dels períodes bèl·lics, el tractament de la discapacitat va adoptar una nova mirada. Moltes persones van resultar ferides pels conflictes armats i van quedar en situació de discapacitat, amb dificultats per inserir-se al món laboral. A conseqüència, es van crear prestacions socials amb la finalitat de mitigar els danys resultants d'aquest període¹⁶. La discapacitat es va començar a justificar en causes

¹² A dia d'avui, el col·lectiu organitzat de la discapacitat, encara demanda que se suprimeixin els espectacles taurins en què s'utilitza a persones amb displàsies òssies amb fins humorístics, com és el cas de l'espectacle *bomber taurí*.

¹³ Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina. *Op cit*, p. 64.

¹⁴ Cfr. VICENTE IMMIG, Cláudio. *A presença profética das pessoas com deficiência no atual contexto cultural: questões antropológicas, éticas e sociais*. Roma: Pontificia Universitas Lateranensis, Academia Alfonsiana, Institutum Superius Theologiae Moralis, 2010. Citat a: VELARDE LIZAMA, Valentina. *Op cit*, p. 120.

¹⁵ Per aprofundir sobre la història d'aquest període, *vid.* AGUADO DÍAZ, Antonio Leon. *Historia de las deficiencias*. Madrid: Escuela libre editorial, colección tesis i praxis, 1995 o STIKER, Henry-Jacques. *A history of disability*. Traduït per: SAYERS, William i ARBOR, Ann. Estats Units: University of Michigan Press, 1999, entre d'altres.

¹⁶ Previ al segle XX, a l'Edat moderna, trobem les primers llums del model rehabilitador, tot i que no és fins el període bèl·lic que aquest s'acaba de consolidar. Sobre aquesta qüestió, *vid.* PUIG DE LA BELLACASA, Ramón. *La discapacidad y la rehabilitación en Juan Luis Vives. Homo homini par*. Madrid: Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, 1993. Citat a: BARRIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 44.

científiques i, com a resultat, les persones que tenien alguna patologia havien de ser curades i s'havia de promoure la prevenció d'aquestes malalties. A partir d'aquest moment, les persones amb discapacitat deixen de considerar-se innecessàries, a condició que fossin tractades.

En definitiva, s'adopten actituds que pretenen amagar la diferència. Tal com apunta PALACIOS, es vol modificar la conducta de la persona amb discapacitat per, posteriorment, poder-la incloure en la societat¹⁷. El punt de partida per desenvolupar qualsevol política se circumscribia a la persona i a la seva diferència o limitació funcional fruit d'una malaltia o un accident.

Tot i això, malgrat que la dignitat de la persona amb discapacitat no era del tot valorada, hi ha aspectes del model mèdic que s'han de preconitzar. La vida de la persona amb discapacitat, encara que s'associava a la rehabilitació o al canvi de comportaments, començava a adquirir una importància i un sentit. Es van desplegar polítiques públiques conduents a la millora dels tractaments mèdics i dels serveis a les persones. PÉREZ BUENO explica que, des del punt de vista polític i jurídic, la discapacitat s'emmarcava dins les polítiques assistencials i de seguretat social i, en les qüestions relacionades amb el Dret civil, amb la menor capacitat o la incapacitat. En aquest context, l'àmbit sanitari va adquirir un rol fonamental i les polítiques públiques de discapacitat es van centrar en les instàncies públiques de salut i les autoritats sanitàries¹⁸. Per exemple, l'any 1950, la Comissió Social de l'Organització de les Nacions Unides (en endavant, ONU) va tractar de forma específica la qüestió de la discapacitat —perceptiblement impulsada per l'aprovació de la *Declaració Universal de Drets Humans* de 1948¹⁹ (en endavant, DUDH)—. Es van emetre dos informes relatius a les discapacitats físiques i visuals i, posteriorment, arran d'aquests estudis es van crear programes específics de rehabilitació i tractament com, per exemple, el *International Social Service Review* de 1956²⁰.

Ara bé, és durant la segona meitat del segle XX quan es percep un canvi que ens apropa, lentament, al que avui coneixem com a *model social* de la discapacitat. Aquest avenç es produeix fruit de les reivindicacions del col·lectiu de persones amb discapacitat, que es començaven a organitzar per condemnar que estaven vivint com a *ciutadans de segona*²¹. Van ser dos els moviments organitzats destacats que s'identifiquen amb el

¹⁷ Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina. *Op cit*, p. 66.

¹⁸ Cfr. CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Discapacidad, Derecho y políticas de Inclusión*. Madrid: Cinca, 2010, p. 83.

¹⁹ La DUDH no fa referència explícita a les *persones amb discapacitat*, però estableix que «tothom té tots els drets i llibertats proclamats en aquesta Declaració, sense cap distinció de raça, color, sexe, llengua, religió, opinió política o de qualsevol altra mena, origen nacional o social, fortuna, naixement o altra condició». Per tant, s'interpreta que incorpora al col·lectiu de persones amb discapacitat quan es fa referència a *qualsevol altra condició*.

²⁰ Cfr. BIEL PORTERO, Israel. *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. València: Tirant lo blanch, 2011, p. 51 i s.

²¹ Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina. *Op cit*, p. 107.

lema «res sobre nosaltres, sense nosaltres»²². D'una banda, el *Moviment de Vida Independent* sorgit als Estats Units²³ i de l'altra, el sorgit a Anglaterra²⁴. Ambdós moviments botzinaven dels proveïdors de serveis centrats en la beneficència i la diferència i reclamaven definir les seves pròpies necessitats, assolint la igualtat d'oportunitats i la plena inclusió —lluny de la segregació— en la comunitat. Aquest corrent pretenia abordar el fenomen des d'una visió social, on es justifica que la discapacitat sorgeix per les limitacions de la societat per a prestar serveis apropiats i assegurar les necessitats de les persones amb discapacitat per a ser incloses en la comunitat.

Arrel les referides lluites socials i l'avenç legislatiu cada cop més incipient —sobretot gràcies al suport rebut per part de l'ONU²⁵— la qüestió de la discapacitat, a principis de la dècada dels anys setanta, enfila un rumb diferent, amb la finalitat d'assumir valors intrínsecs als drets humans i aspirar a potenciar el respecte per la dignitat humana, la igualtat i la llibertat personal i propiciant la inclusió social²⁶. A tall d'exemple, s'adopten un seguit de textos internacionals, d'entre els quals destaquen la *Declaració del retardat mental* de 1971; la *Declaració dels impedits* de 1975; el *Programa d'acció mundial dels impedits* de 1982; les *Directives de Tallin* de 1989 o les *Normes uniformes* de 1994. Sense ànim de fer una reflexió ampla del contingut d'aquests textos és interessant analitzar el contingut principal.

La *Declaració del retardat mental* de 1971, reconeixia els drets humans de tots els éssers humans i conclouia amb la necessitat de fomentar la integració de les persones amb discapacitat mental en totes les esferes de la vida social. Hi ha una qüestió rellevant al pronunciament setè en tant que estableix que «si algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardes jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores». A més, demanà que dins el pla nacional o internacional s'adoptin mesures que serveixin de base i de referència comú per a la protecció dels drets reconeguts²⁷.

²² Cfr. CHARLTON, James. *Nothing about us without us. Disability, Oppression and Empowerment*. Berkeley, Los Angeles i Londres: University of California Press, 1998, p. 3-4.

²³ Vid. BARNES, Colin; MERCER, Geof. *Disability*. Cambridge: Polity Press, 2003.

²⁴ Vid. BARNES, Colin; OLIVER, Mike; BARTON, Len. *Disability Studies Today*. Oxford: Polity Press, 2002.

²⁵ Dins el marc jurídic internacional, les Nacions Unides han desenvolupat una tasca exemplar per al reconeixement i promoció dels drets de les persones amb discapacitat que ha servit d'impuls i estímul als estats per donar resposta a la realitat complexa de la discapacitat.

²⁶ Cfr. BARIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 47.

²⁷ Cfr. A/RES/2856 (XXVI). *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides per la qual s'aprova la Declaració dels Drets del Retardat Mental*. Nova York, 20 desembre 1971.

En la mateixa línia, la *Declaració dels impedits* de 1975, va posar èmfasi a garantir la igualtat de drets civils i polítics de les persones amb discapacitat. A més, va proposar el reconeixement del dret a la seguretat econòmica i social, a l'ocupació, a viure amb les famílies, a participar dels actes socials, a ser protegits contra l'abús o altra conducta denigrant, així com a l'assistència legal²⁸.

En aquest escenari, l'Assemblea General de les Nacions Unides declara l'any 1981 l'*Any Internacional de les persones amb discapacitat* amb la finalitat que els estats membres aportessin contribucions i reflexions per a millorar el suport que s'anava oferint a les persones amb discapacitat. Amb vocació que aquestes propostes fossin útils i reconegudes mundialment, el Secretari General de les Nacions Unides va establir un Comitè assessor per donar suport en la preparació i coordinació. A més, va dotar-se d'un fons per a finançar les contribucions dels Estats²⁹.

Amb motiu d'aquesta efemèride, es van celebrar nombroses activitats entorn de la discapacitat: seminaris, conferències, reunions, etc. L'objectiu principal era generar consciència sobre la discapacitat i fer que l'opinió pública, els governs i la societat civil s'alineessin per un mateix fi: millorar la vida de les persones amb discapacitat. A conseqüència d'aquests espais de reflexió, l'Assemblea General, el desembre de 1982, adopta el *Programa mundial d'acció pels impedits* i proclama el *Decenni de les Nacions Unides per a les persones amb discapacitat* (1983-1992)³⁰.

Durant el decenni, l'any 1989, es van publicar les *Directives de Tallin* pel desenvolupament de recursos humans en matèria de discapacitat que, entre d'altres coses, proposaven el reconeixement de les persones amb discapacitat com agents més que com a dependents. Concretament, estableixen que «les persones amb impediments són agents del seu propi destí i no éssers necessitats de protecció, i és necessari que governs i organitzacions incorporin aquest enfocament a les seves polítiques i programes, fet que implica que els impedits, a títol personal o com a membres d'organitzacions, participin en condicions d'igualtat en els processos de presa de decisions»³¹.

Conclòs el decenni, l'Assemblea General de les Nacions Unides va declarar el dia 3 de desembre *Dia Internacional de les persones amb discapacitat* i l'any 1996, es van publicar les *Normes uniformes per a la igualtat d'oportunitats per a persones amb discapacitat*, les quals van esdevenir un instrument clau per a l'elaboració de polítiques públiques en matèria de discapacitat³².

²⁸ Cfr. A/RES/3447 (XXX). *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides per la qual s'aprova la Declaració dels Drets dels Impedits*. Nova York, 9 desembre 1975.

²⁹ Cfr. A/RES/31/123. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual es declara l'Any Internacional dels Impedits*. Nova York, 16 desembre 1976.

³⁰ Cfr. A/RES/37/53. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual s'aprova el Programa d'Acció Mundial pels Impedits*. Nova York, 3 desembre 1982.

³¹ Cfr. A/44/755. *Document d'execució del programa d'acció mundial pels impedits i Decenni de les Nacions Unides. Annex II. Directives de Tallin*. Nova York, 21 novembre 1989.

³² Cfr. A/RES/47/3. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual es declara el 3 de desembre com el «Dia Internacional de les persones amb discapacitat»*. Nova York, 7 octubre 1992;

Aquestes normes no adopten el caràcter de vinculants, però la pròpia introducció assenyala que «aunque no son de obligado cumplimiento, estas Normas pueden convertirse en normas internacionales consuetudinarias cuando las aplique un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de Derecho Internacional. Llevan implícito el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades. Se señalan importantes principios de responsabilidad, acción y cooperación. Se destacan esferas de comportamiento (...) para la calidad de vida y para el logro de la plena participación e igualdad. Estas Normas constituyen un instrumento normativo y de acción para personas con discapacidad para sus organizaciones. También sientan las bases para la cooperación técnica y económica entre los estados, Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales».

En definitiva, la segona meitat del segle XX presideix una nova etapa en la lluita dels drets de les persones amb discapacitat i repercuteix en el desenvolupament de polítiques públiques que abandonen l'assistencialisme i el proteccionisme per començar a treballar sota els pilars de l'acompanyament, la igualtat d'oportunitats i la inclusió. Els textos que s'aproven durant aquest període, tot i no tenir caràcter vinculant, s'aproximen a la consideració de la qüestió de la discapacitat des de la perspectiva dels drets humans.

2. La consolidació del model social de la discapacitat a la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat

Fruit de les reivindicacions del col·lectiu de persones amb discapacitat i dels canvis legislatius que es començaven a entreveure, principalment, en l'àmbit internacional; va sorgir un corrent que superava les conseqüències negatives del model mèdic i apostava per abordar la discapacitat des d'una perspectiva social.

Aquest corrent partia de la premissa que la discapacitat era una construcció social, resultat d'una societat que no té present a les persones amb discapacitat. Reivindicava la necessitat de garantir l'autonomia de la persona amb discapacitat per decidir sobre la seva pròpia vida i pretenia l'eliminació de qualsevol barrera —actitudinal o de l'entorn—, amb la finalitat d'oferir una adequada igualtat d'oportunitats. El pressupòsit clau d'aquest corrent o model ragué en el fet que les limitacions individuals no eren les que originaven la discapacitat, sinó les limitacions de la societat per a prestar serveis apropiats que contribuïren a assegurar que les necessitats de les persones amb discapacitat foren tingudes en compte dins l'organització social³³.

En aquest sentit, si les causes que donen lloc a la discapacitat són socials, les solucions per a pal·liar les desigualtats que patien les persones amb discapacitat no s'havien de localitzar en la persona individualment afectada, sinó dins la pròpia societat. Per tant, si

A/RES/48/96. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual s'aproven les Normes Uniformes per a la igualtat d'oportunitats per a persones amb discapacitat*. Nova York, 4 març 1996.

³³ Cfr. BARIFFI, Francisco José. *Op cit.*

el model anterior se centrava en rehabilitar o normalitzar a les persones amb discapacitat, el model social ha de treballar per construir una societat que tingui present la diversitat i actuï en conseqüència: accessibilitat universal, disseny per a tothom, transversalitat de les polítiques en matèria de discapacitat.

En definitiva, es tracta de considerar la discapacitat com una qüestió de drets humans. Això implica que les persones amb discapacitat no han de ser *objectes* de polítiques caritatives o assistencials, sinó que són *subjectes* de drets. A conseqüència, les situacions de discriminació o de desavantatge a les quals es poden veure sotmeses no s'han d'eliminar com a conseqüència de la bona voluntat d'altres persones o dels governs, sinó que s'han de suprimir perquè aquests desavantatges violen el gaudi i exercici ple dels drets humans i llibertats fonamentals³⁴.

El vertader punt d'inflexió del model social de la discapacitat va arribar l'any 2006 amb l'aprovació, per part de l'Assemblea General de les Nacions Unides, de la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat*³⁵. La Convenció aglutina, en un únic text jurídic de caràcter vinculant, el reconeixement d'un conjunt de drets per a la ciutadania amb discapacitat i d'una sèrie d'obligacions per als Estats part. A partir d'aquell moment, i d'acord amb els nous conceptes de *discapacitat* i de *persona amb discapacitat*, que s'incorporen donant resposta al model social, la persona amb discapacitat se situa al centre de les accions i les solucions adopten un horitzó col·lectiu per garantir la igualtat d'oportunitats i reconèixer la dignitat i l'autonomia de la voluntat de tots els individus.

2.1. La necessitat de dotar-se d'una norma amb efectes vinculants i els treballs preparatoris per elaborar una Convenció internacional amplia i integral per protegir i promoure els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat

A la sessió 56^a, l'Assemblea General de les Nacions Unides va començar a centrar el seu debat en la qüestió social de la discapacitat. S'estava d'acord amb que les reivindicacions del col·lectiu i els canvis normatius que es van produir en l'última dècada del segle XX no van ser suficients per eradicar la mirada rehabilitadora i assistencial de la discapacitat. Es progressava, però el tracte que rebien les persones amb discapacitat contrastava amb el rebut per altres col·lectius vulnerables com *dones*, *infància* o *persones migrants*, els quals comptaven amb tractats internacionals específics

³⁴ Cfr. BARRIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 49. A: PALACIOS RIZZO, Agustina; BARRIFFI, Francisco José. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Op cit*.

³⁵ La Convenció arriba tard, tenint en compte que, per primer cop, l'any 1987, a la 46^a sessió de l'Assemblea Nacional de les Nacions Unides, Itàlia ja va plantejar la necessitat d'elaborar una Convenció per a protegir els drets de les persones amb discapacitat. *Vid.* DE LORENZO GARCÍA, Rafael. «La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: balance de una década de vigencia». A: DE LORENZO GARCÍA, Rafael, CAYO PÉREZ BUENO, Luis; DE MIGUEL VIJANDI, Beatriz. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006-2016: una década de vigencia*. Madrid: Cinca, 2016, p. 15.

per a la defensa dels seus drets³⁶. Això feia que aquests grups de persones gaudissin d'una garantia *extra* per a fer efectiu l'exercici dels seus drets, gràcies al control que els comitès especialitzats feien, sobre els Estats part, de les obligacions contingudes als textos internacionals.

Amb la finalitat de revertir aquesta situació, l'Assemblea General, a proposta del president de Mèxic, va instar a establir un comitè especial per a analitzar la viabilitat d'elaborar una convenció específica sobre els drets de les persones amb discapacitat. L'Assemblea General reconeixia que malgrat els esforços que s'havien fet per sensibilitzar a la població sobre la discapacitat, no havia estat suficient per promoure la igualtat d'oportunitats del col·lectiu en l'esfera econòmica, social, cultural i política³⁷.

En la mateixa línia cal fer referència a l'informe, sobre els instruments de drets humans de les Nacions Unides en el context de la discapacitat, elaborat per QUINN —actual relator especial de les Nacions Unides en matèria de drets de les persones amb discapacitat— i DEGNER. Es va convertir en un document cabdal amb l'objectiu de justificar la necessitat d'elaborar un tractat internacional específic per a les persones amb discapacitat. La posició d'aquests autors era procliu a elaborar una convenció específica per l'àmbit de la discapacitat. Consideraven que contribuiria a clarificar les obligacions dels Estats i atorgar a les Organitzacions no Governamentals (en endavant, ONG) del sector un objectiu de treball clar: dedicar-se als drets de les persones amb discapacitat de forma integral. A més, aquest plantejament animaria a les ONG a referir-se al sistema de drets humans en major mesura i de millor forma. Al mateix temps afavoriria que la legislació internacional accelerés una evolució positiva de la normativa interna dels Estats³⁸.

En aquest context, i davant la ferma creença en la necessitat de crear un corpus normatiu vinculant, en virtut de la Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, de 23 de desembre de 2004, es va constituir el *Comitè especial encarregat d'elaborar una Convenció internacional àmplia i integral per protegir i promoure els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat*³⁹.

³⁶ Vid. A/RES/1979. *Resolució per la qual s'aprova la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona*. Nova York, 18 desembre 1979; A/RES/44/23. *Resolució per la qual s'aprova la Convenció sobre els Drets de l'Infant*. Nova York, 20 de novembre de 1989; A/RES/2106 A (XX). *Resolució per la qual s'aprova la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació racial*. Nova York, 21 desembre 1965.

³⁷ Cfr. A/RES/56/168. *Resolució per la qual es decideix establir aquest Comitè Especial obert a la participació de tots els Estats Membres i observadors davant les Nacions Unides amb la finalitat d'examinar propostes relatives a una Convenció Internacional àmplia i integral per promoure i protegir els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat*. Nova York, 19 de desembre de 2001.

³⁸ Cfr. QUINN, Gerard; DEGENER, Teresa. *The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*. Nova York i Ginebra: Nacions Unides, 2002.

³⁹ Cfr. A/RES/58/246. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual es crea el Comitè Especial encarregat de preparar una Convenció Internacional àmplia i integral per promoure i protegir els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat*. Nova York, 23 desembre 2003.

Per tal d'elaborar-la es va constituir un grup de treball que seria l'encarregat d'elaborar un avantprojecte de text que servís de base i com a preludi per a la negociació de la Convenció. La metodologia per a l'elaboració del text consistia a fer que el grup de treball designat presentés, en el tercer període de sessions, un esborrany on s'inclourien les contribucions que es presentessin al Comitè especial per part dels Estats, els observadors, els òrgans, entitats i organismes de les Nacions Unides; les comissions regionals i les organitzacions intergovernamentals, així com la societat civil⁴⁰.

Van ser necessaris vuit períodes de sessions per portar a l'aprovació definitiva de l'Assemblea General el que avui coneixem com a *Convenció de Drets de les Persones amb Discapacitat*. Finalment, l'Assemblea General de les Nacions Unides, el 13 desembre de l'any 2006, aprova el text de la Convenció i obre un període perquè els Estats i organitzacions d'integració regional signin, ratifiquin i/o s'adhereixin a aquesta.

L'Estat espanyol, precisament, mostra celeritat per signar i ratificar la CDPD i el Protocol Facultatiu. El 30 de març de 2007 signa la Convenció, el primer dia en què s'obre el cicle de signatures pels Estats part, i el 3 de desembre de 2007 la ratifica⁴¹. Ara bé, val a dir que l'article 10 CE ja reconeixia que «les normes relatives als drets fonamentals i les llibertats que la Constitució reconeix s'interpretaran de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els tractats i acords internacionals sobre les mateixes matèries ratificats per Espanya»⁴². És a dir, tot i que no estigues formalment vigent la Convenció s'havien de considerar les seves disposicions a l'hora d'aplicar i interpretar les normes de l'ordenament jurídic intern.

Finalment, el 3 de maig de 2008 entra en vigor a l'ordenament jurídic intern —moment en què es compleixen els trenta dies a partir de la vintena ratificació—. A partir d'aquella data les persones amb discapacitat compten amb un instrument jurídic per exigir l'efectiu compliment dels seus drets i els Estats queden vinculats pel contingut d'aquest en totes les actuacions que es desenvolupin i afectin el col·lectiu de persones amb discapacitat.

Val a dir que, durant el període de negociació de la Convenció, dues qüestions que més debat van suscitar van ser, precisament, el concepte de *persona amb discapacitat* i el *dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei*. En els apartats següents explicaré com es va desenvolupar el debat entorn d'aquests dos conceptes i la seva configuració en l'actualitat.

⁴⁰ Cfr. A/58/118. *Informe del Comitè Especial encarregat de preparar una Convenció Internacional àmplia i integral per promoure i protegir els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat*. Nova York, 3 juliol 2003, § 15.

⁴¹ D'acord amb l'article 96 CE, el 21 d'abril es publica al BOE l'instrument de ratificació.

⁴² L'Estat que signava i ratificava el Protocol reconeixia la competència del Comitè sobre els drets de les persones amb discapacitat per rebre i considerar les comunicacions presentades per persones o grups subjectes a la seva jurisdicció (cfr. Protocol facultatiu de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, 2006). L'Estat espanyol ratifica el protocol i accepta el procediment de comunicacions individuals. Per a més informació sobre aquesta qüestió, *vid. Infra*. 2.2.4.

2.2. La naturalesa i contingut de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat

2.2.1. El propòsit i els principis de la Convenció de Nova York

El propòsit de la CDPD és «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» (cfr. Art. 1 CDPD).

Aquest propòsit, que projecta un «objectiu de màxims»⁴³, va ser objecte de gran debat durant el procés d'elaboració de la Convenció pel Comitè *ad hoc*, tal com es pot constatar en el document de síntesi executiva dels debats de la primera reunió d'experts⁴⁴.

Es tractava de decidir si la Convenció només havia de reconèixer un conjunt de drets substantius per a les persones amb discapacitat o si havia de treballar un document que configurés un sistema de progrés i desenvolupament social, creant mecanismes per a garantir l'exercici dels drets reconeguts⁴⁵. Finalment, la Convenció va adoptar un criteri mixt: recull un seguit de drets humans ja reconeguts en altres tractats internacionals, però inclou també polítiques de desenvolupament social sobre la base d'uns principis rectors imperatius⁴⁶.

Aquests principis rectors es regulen a l'article tercer de la Convenció i es concreten en els següents: **(a)** 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 inclusió plenes i efectives a la societat; **(d)** el respecte

⁴³ BARIFFI i PALACIOS la defineixen com un text de «naturalesa integral» (cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina; BARIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 56).

⁴⁴ Cfr. A/57/212. *Report of the Expert Meeting on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities*. Ciutat de Mèxic, 11 a 14 juny 2002.

⁴⁵ La Unió Europea, per exemple, apostava per un «instrument que contingué els principis generals, que incloguessin principalment la igualtat i no discriminació respecte als drets humans en el context de la incapacitat» (cfr. A/AC.265/WP.2 *Position paper by European Union about Comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities*. Nova York, 29 juliol a 9 agost 2002). En canvi, la República Popular Xinesa considerava que «els problemes de les persones amb discapacitat són problemes socials i també de desenvolupament. L'exercici de molts dels drets de les persones amb discapacitat només es pot realitzar mitjançant el desenvolupament social» (cfr. A/AC.265/WP.3 *Position paper by the People's Republic of China about Comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities*. Nova York, 29 juliol a 9 agost 2002).

⁴⁶ Amb aquest criteri mixt que va adoptar la Convenció es pretenia aconseguir l'efectiu exercici dels drets reconeguts, en base als principis generals de no discriminació i igualtats d'oportunitats. Això, però, implicava una feina *extra*, doncs primer s'havien d'identificar les necessitats a garantir, específicament pel col·lectiu de persones amb discapacitat i, posteriorment, detallar-ne les actuacions. A tall d'exemple, l'article 12 objecte de la meua recerca, no només reconeix el dret a l'igual exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, sinó que exigeix que es garanteixin els suports necessaris per a l'exercici d'aquesta. En aquest cas, el dret substantiu respondria a l'igual exercici de la capacitat jurídica i els suports a l'eina de desenvolupament social.

per la diferència i l'acceptació de les persones amb discapacitat com a part de la diversitat i condicions humanes; **(e)** la igualtat d'oportunitats; **(f)** l'accessibilitat i **(g)** la igualtat entre l'home i la dona i **(h)** el respecte a l'evolució de les facultats dels nens i nenes amb discapacitat i del seu dret a preservar la seva identitat.

La lletra a) fa referència als principis de *dignitat*, *autonomia* i *independència* que, d'acord amb BARIFFI i PALACIOS —a diferència del que consideren altres autors⁴⁷— es poden resumir en el primer dels principis: dignitat⁴⁸. La dignitat de les persones és un fi en si mateix; cada persona té dret desenvolupar-se individualment com a persona i, també, a relacionar-se amb la resta per contribuir al lliure desenvolupament. Reconèixer que una persona té dignitat implica valorar l'ésser humà com a subjecte de drets i no per la seva utilitat social⁴⁹. De fet, aquest principi constitueix la base del nou paradigma de la discapacitat⁵⁰.

En aquest sentit, ASÍS ROIG considera que la dignitat s'hauria d'analitzar en relació amb la diferència de les capacitats, la potencialitat de les capacitats i la dignitat de les possibilitats⁵¹. I en la mateixa línia es posiciona ESPEJO YAJSIC, al manifestar que la dignitat humana es defineix en relació amb les capacitats i aquestes depenen de molts actors, no només de les actuacions que realitzi el propi individu. Totes les persones, dins el procés vital, poden necessitar assistència, acompanyament o cures, i això no ha d'implicar una pèrdua de dignitat⁵².

Des del meu punt de vista, i d'acord amb el plantejament de BARIFFI i PALACIOS, l'autonomia i la independència s'engloben dins el concepte de dignitat perquè l'autonomia representa la llibertat moral —llibertat d'exercir la voluntat— de

⁴⁷ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad». *Revista ius et veritas*, 2016, núm. 53, p. 264.

⁴⁸ Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina; BARIFFI, Francisco. *Op cit*, p. 74.

⁴⁹ La dignitat és un terme que ha estat objecte de múltiples interpretacions. A l'època clàssica s'identificava amb criteris d'intel·ligència; a l'Edat mitjana es supeditava al fur dels Deus i finalment, a l'era moderna, es justificava amb la raó i la virtut. Aquestes interpretacions s'han reformulat mitjançant una fonamentació dels drets humans que dota a la dignitat d'un nou contingut ampli i infinit del ser humà que inclou a tots els individus sense tenir en compte les seves característiques (cfr. CAYO PÉREZ BUENO, Luis; ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria. «Los principios. Principios básicos del derecho de la discapacidad. Respeto de la dignidad inherente a las personas con discapacidad». A: DE LORENZO GARCÍA, Rafael; CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*. Madrid: Aranzadi, 2020).

⁵⁰ Cfr. MAZZILI, Elisabetta. «La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: proyección en la Ley 8/2021». A: LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VANRRELL, M^a Pilar; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles; LÓPEZ SIMÓ, Francisco. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Madrid: Dykinson, 2022, p. 108.

⁵¹ Cfr. ASÍS ROIG, Rafael. «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho, poder». A: CAMPOY, Ignacio. *Los derechos de las personas con discapacidad. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 59-73. Citat a: PALACIOS RIZZO, Agustina; BARIFFI, Francisco. *Op cit*, p. 74.

⁵² Cfr. SPEJO YAKSIC, Nicolás. «Introducción: persona, autonomía y capacidad». A: LATHROP GÓMEZ, Fabiola; ESPEJO YAKSIC, Nicolás; Universitat Santiago de Chile. *Discapacidad Intelectual y Derecho*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2019, p. 5-18. Citat a: TORRES COSTAS, María Eugenia. *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: BOE, 2020, p. 42.

l'individu. De vegades aquesta aptitud per exercir aquesta llibertat moral pot ser més restringida, però això no vol dir que hagi de ser anul·lada. En línia amb l'opinió de QUINN i DEGNER, cal considerar que les societats no han fet el possible per habilitar a les persones amb discapacitat que tenen una capacitat de llibertat moral més restringida per poder-se desenvolupar plenament com a subjectes morals⁵³.

En aquest sentit, les polítiques públiques s'haurien d'orientar sobre la base del respecte de la voluntat de totes les persones i la promoció de les capacitats i la diversitat. En aquest sentit, és necessari construir nous patrons socials que se sustentin en el respecte a la diversitat.

Seguit de la igualtat, la lletra f) de l'article tercer de la CDPD, reconeix el principi de l'accessibilitat universal. Aquesta es projecta en dos sentits: s'ha de fer extensiva a tots els entorns rellevants per a l'exercici regular dels drets, i es predica de totes les persones, inclús les que presenten alguna discapacitat. Per poder assolir l'accessibilitat es plantegen dues estratègies: el *disseny per a tothom* i els *ajustos raonables*. La primera estratègia respon a la necessitat de pensar, des del primer moment, amb entorns accessibles per a les necessitats de tots els individus. Com aquest escenari pot arribar a ser oneros, complex i de difícil implementació a curt termini es dona opció a desplegar la segona de les estratègies. Els ajustos raonables són aquelles mesures que s'adopten per adaptar l'entorn a les necessitats de determinades persones. Aquests entren en joc quan el disseny universal no ha estat possible. S'ha de tenir present, però, que els ajustos raonables no substitueixen l'obligació d'aconseguir un disseny universal, tot i que ajuden a preservar el dret de les persones quan les condicions existents són ineficaces⁵⁴.

Per tant, l'objectiu destacat d'aquest principi —que també s'inclou com un dret a l'article 9 de la CDPD— és avançar en la igualtat d'oportunitats de les persones amb discapacitat adoptant una mirada inclusiva que pugui eradicar qualsevol barrera que dificulti la participació de les persones amb discapacitat en els diferents àmbits de la societat (lleure, cultura, comunicació, relacions humanes, entre d'altres).

Per acabar, les lletres g) i h) volen fer referència expressa als supòsits en què es pot donar una doble discriminació: la igualtat entre homes i dones o entre nens i nenes amb discapacitat. En aquest sentit, inclosos aquests postulats com a principis, es pretén que

⁵³ Cfr. QUINN, Gerard. «Next steps – Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities». A: BLANCK, Peter. *Disability rights*. Anglaterra: Ashgate, 2005. Citat a: PALACIOS RIZZO, Agustina; BARRIFFI, Francisco. *Op cit*, p. 74.

⁵⁴ Cfr. CAYO PÉREZ BUENO, Luis; ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria. «Los principios. Principios básicos del derecho de la discapacidad. Accesibilidad universal y diseño para todos». A: DE LORENZO GARCÍA, Rafael; CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Op cit*.

estiguin presents, de forma transversal, en tot el text internacional i per a la consecució de qualsevol política pública de discapacitat⁵⁵.

Al meu parer, tots els principis que enumera la Convenció es compleixen si es garanteix la igualtat en tots els àmbits de la vida. La igualtat és el principi vertebrador del text internacional, car sense aconseguir aquest propòsit, difícilment les persones amb discapacitat podran fer valdre la resta de drets humans i llibertats fonamentals. BARIFFI, en la seva monografia assenyala, des del meu punt de vista de manera encertada, que la igualtat és el pilar bàsic de l'estructura de la Convenció i que té una aplicació transversal en tot el seu articulat. De fet, al llarg del text internacional, s'al·ludeix a la igualtat des de diferents perspectives: com a propòsit, com a principi i valor, com a dret i com a garantia⁵⁶.

2.2.2. *El tractament de la discapacitat a la Convenció de Nova York a través del concepte de discapacitat*

Exposats el propòsit i principis de la Convenció, és imprescindible abordar el concepte de *discapacitat*, ja que mai abans una norma internacional amb força vinculant l'havia definit de manera expressa. Precisament, l'enfoc que se li dona a aquest terme ajuda a assentar les bases del model social de la discapacitat i, consegüentment, a resoldre problemàtiques jurídiques derivades de la indefinició d'un concepte d'aquestes característiques.

La lletra e) del preàmbul de la Convenció assenyala que 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 a la societat, en igualtat de condicions amb les altres».

La qüestió més important d'aquesta definició és el canvi en la manera de tractar la discapacitat: s'ubica fora de l'esfera individual de la persona amb discapacitat i se situa en l'esfera social i col·lectiva. Per tant, la discapacitat ja no ve determinada per la *deficiència* d'una persona sinó per les *barreres* que aquesta es trobi a l'interactuar amb la societat.

Ara la discapacitat adopta un caràcter relacional i dinàmic —integrat pel factor humà, la persona, i el factor social, entorn *discapacitant*— que, sota el meu punt de vista, es presenta deliberadament en abstracte, a expenses dels potencials canvis socials⁵⁷.

⁵⁵ Sobre aquests supòsits de doble discriminació és destacada la feina que es fa des de l'organització «CERMI mujeres». Per exemple, *vid.* SERRA, María Laura. *Derechos humanos de las mujeres y niñas con discapacidad. Informe España 2018*. Madrid: Cinca, 2018.

⁵⁶ *Cfr.* BARIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 144.

⁵⁷ A tall d'exemple, una persona podria tenir diversitat física, però no ser considerada persona amb discapacitat perquè es mou en un entorn sense barreres. Per tant, es tracta de dos conceptes que tenen un significat jurídic diferent, però al mateix temps comparteixen un clar nexa d'unió, necessari per construir de forma correcta el model social de la discapacitat. *Cfr.* MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis; FERNÁNDEZ

D'altra banda, una altra qüestió important té a veure amb el repte que, imperativament, han d'assumir les Administracions públiques per eliminar les barreres que es pugui trobar la persona amb discapacitat a l'interactuar amb l'entorn⁵⁸. Aquest repte implica un canvi radical en la manera d'actuar. Les Administracions públiques han de tenir present les necessitats de les persones amb discapacitat, com a integrants de la societat, en el moment de destinar recursos i esforços a desenvolupar polítiques públiques, serveis, prestacions i programes. Tot amb la finalitat de treballar en la línia del disseny universal i de no *discapacitar* a les persones que tenen alguna deficiència originària o adquirida pel mer fet de no adequar o suprimir les barreres físiques o actitudinals de l'entorn.

En relació amb aquesta qüestió, l'article 4 de la Convenció regula una sèrie d'obligacions generals pels Estats, amb la finalitat d'acomplir amb aquest fi. Posteriorment, per a cadascun dels drets reconeguts trobem altres obligacions específiques, com les de l'article 12, que seran objecte d'estudi en els capítols següents.

Així, la Convenció obliga als Estats a incorporar la discapacitat com una qüestió transversal a totes les polítiques públiques que es desenvolupen i a adaptar els continguts de les normes i procediments per tal que la informació arribi a les persones amb discapacitat en un format accessible. També obliga a adoptar les mesures legislatives, administratives o d'altra indole que siguin necessàries per a fer efectiu el compliment de la Convenció a tots els nivells i, com a conseqüència, exigeix derogar totes les normes que puguin constituir supòsits de discriminació envers el col·lectiu de persones amb discapacitat. Altrament, encoratja a la participació amb les persones amb discapacitat i llurs famílies i a emprendre activitats d'investigació i desenvolupament per treballar cap a un disseny universal, que faci ús de les tecnologies i faciliti la inclusió de totes les persones amb discapacitat.

En definitiva, els Estats han de *respectar*⁵⁹ —no han d'interferir en l'exercici de drets de les persones amb discapacitat—; *protegir* —han d'impedir la vulneració dels drets de

ORRICO, Francisco Javier. «El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas». *Revista Anales Derecho y Discapacidad*, 2016, núm. 1, p. 13. També, *cfr.* PALACIOS RIZZO, Agustina. *Op cit.*, p. 340.

⁵⁸ Tal i com precisa la definició del preàmbul, aquestes poden ser actitudinals o fruit de l'entorn i context de l'individu. Les primeres responen a les barreres ocasionades pels prejudicis, els estereotips, la ignorància o la por que la societat manté i perpetua sobre les persones amb discapacitat i la segona, a aquelles que tenen a veure amb la falta d'adaptacions físiques o comunicatives. LIDÓN HERAS, matisa aquesta classificació i fa referència a la **(a)** denegació de la titularitat i exercici de drets a través de barreres jurídiques i la **(b)** denegació de l'exercici de drets a través de les barreres relacionals i les barreres físiques i de comunicació. Per exemple, una barrera jurídica seria la forma en què estava configurada la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat abans de la Llei 8/2021. *Cfr.* LIDÓN HERAS, Leonor. «La otra mirada, presupuesto para la toma de conciencia sobre la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad. Artículo 8 de la Convención». A: ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.); ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria (Coord.). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 155.

⁵⁹ «The level of state intervention that should be allowed into the private lives of individuals is an age-old question. The extent to which States may intervene in the private lives of individuals in emergency situations or where there is a perception of risk is often one of the first questions States pose when faced

les persones amb discapacitat per part de tercers— i *realitzar* —han de prendre les mesures oportunes de l'ordre legislatiu, administratiu, pressupostari, judicial o d'altra índole que siguin necessàries per al ple exercici dels drets⁶⁰. Evidentment, totes aquestes obligacions s'han d'entendre i interpretar sobre la base de la igualtat i la no discriminació.

Referent a l'assumpció d'obligacions per part dels Estats, l'article 46 CDPD menciona que «no es permeten reserves incompatibles amb l'objecte i el propòsit de la present Convenció»⁶¹. No obstant això, s'ha de tenir present que els Estats no estan obligats a fer complir la Convenció fins que no l'hagin signat i ratificat.

En aquest sentit, és legítim qüestionar-nos la idoneïtat, per part de l'Estat espanyol, de signar i ratificar la Convenció amb gran celeritat sense analitzar si podria fer front a totes les obligacions que se li exigirien⁶². A tall d'exemple, hi ha països que van signar la Convenció, però la van ratificar fa pocs anys, però durant aquest temps han desplegat polítiques públiques que garanteixen el compliment efectiu dels drets reconeguts al tractat internacional. Probablement, en el moment que aquests països signin la Convenció, tindran un alt nivell de compliment i hauran desenvolupat i desplegat els mecanismes necessaris per afrontar nous reptes⁶³.

No obstant, això és una qüestió secundària que analitzaré més endavant. El que aquí veritablement importa té a veure amb la definició de *discapacitat* que encunya la Convenció, la qual suposa un veritable canvi de paradigma en l'esfera publicoprivada. Ates què abans les normes i polítiques públiques dels Estats es desenvolupaven sobre la

with reforming their legislation to comply with Article 12 of the CRPD. People with disabilities experience a disproportionately higher level of state intervention in their private lives than people without disabilities and the denial of legal capacity is one of the most serious forms of intervention faced. With all this in mind, we endeavored to provide a disability neutral basis for state intervention which recognizes an individual's legal capacity and respects her will and preferences» (cfr. FLYNN, Eilionóir; ARSTEINKERSLAKE, Cliona de Bhailís; SERRA, María Laura. *Global perspectives on legal capacity reform. Our voices, our stories*. Londres i Nova York: Routledge, 2019, p. 5).

⁶⁰ Cfr. BYRNES, Andrew; CONTE, Alex; GONNOT, Jean-Pierre, LARSSON, Linda; SCHINDLMAYR, Thomas, SHEPHERD, Nicola; WALKER, Simon; ZARRALUQUI, Adriana, et al. «De la exclusión a la igualdad; hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad». *Manual para parlamentarios*, 2017, núm. 14, p. 22.

⁶¹ Sobre el règim de reserves de la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat* i, en especial, sobre les reserves a l'article 12 pels diferents Estats part, *vid.* PASTOR PALOMAR, Núria. «Reservas a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 37, 2019, p. 1-34.

⁶² Els Estats, a propòsit de la CDPD, tenien l'opció de: **(a)** ratificar-la, però no ratificar el Protocol; **(b)** ratificar la Convenció i el Protocol, però amb la clàusula *opt-out* que conté l'article 8 que permet acceptar un tipus de control (*hard o soft control*) en el moment de la signatura, ratificació o adhesió al Protocol; **(c)** ratificar la CDPD i el Protocol sense cap tipus de reserva. Això últim és el que ha fet l'estat espanyol. Per ampliar aquest tema, *vid.* GARCÍA PONS, Antonio. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid: Areces, 2008 i GARCÍA PONS, Antonio. «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España». Madrid: *Anuario de Derecho Civil*, 2013, núm. 66, p. 49-157.

⁶³ *Vid.* CRPD/C/IRL/A. *Initial report of Ireland under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Irlanda, 20 abril 2020.

base del model mèdic rehabilitador, mitjançant el qual s'articulaven serveis, prestacions, recursos i programes de diversa índole, però es deixava de banda l'autonomia de la persona, a qui se l'excloïa de l'exercici de determinats actes per raó de la seva malaltia⁶⁴.

A partir d'ara la discapacitat s'entén com un concepte que evoluciona depenent de les circumstàncies socials. Es tracta d'un concepte valoratiu de caràcter subjectiu, que requereix un judici de valor per determinar, en un cas concret, la concurrència o no de discapacitat. En canvi, amb el paradigma mèdic rehabilitador, la discapacitat responia a paràmetres clínics objectius que permetien concloure, de manera senzilla, si ens trobàvem davant una situació de discapacitat o no, sense valorar les barreres socials, que resulten més difícils d'enquadrar i acotar⁶⁵.

2.2.3. La diferència entre els conceptes discapacitat, incapacitat i dependència

Exposat el concepte de discapacitat és necessari clarificar i delimitar, breument, el contingut dels termes *incapacitat*, *dependència* i *discapacitat*, els quals sovint es fan servir de forma indistinta tot i tractar-se de conceptes ben diferents, sens perjudici d'afirmar que son compatibles i complementaris.

La *discapacitat*, com he exposat en les línies precedents, resulta de la interacció entre les persones amb deficiències i les barreres provocades per l'actitud i per l'entorn, mentre que la *incapacitat* resulta de la interacció entre les persones amb deficiències i el seu lloc de treball. És a dir, aquesta última integra la situació que té lloc quan una persona, a causa d'una malaltia i de forma sobrevinguda, no pot atendre —de forma temporal o permanent— les funcions del seu lloc de treball⁶⁶.

Es troba regulada al *Reial decret legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social* (en endavant, LGSS). Aquesta llei regula l'import de la prestació que ha de compensar la pèrdua, temporal o permanent, de l'aptitud laboral la qual dependrà de diversos factors.

Al mateix temps, la *incapacitat* no s'ha de confondre amb la *incapacitació judicial*. Aquest procediment ha estat derogat per la Llei 8/2021 i substituït pel procediment de provisió de mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica. Anteriorment, la

⁶⁴ Vid. SASTRE CAMPO, Ana. «La legislación y las políticas públicas desde la perspectiva de la Convención». A: ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.); ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria (Coord.). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 68-74.

⁶⁵ Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. *Op cit*, núm. 1, p. 14.

⁶⁶ Cfr. VICENTE HERRERO, M^a Teófila; TERRADILLOS GARCÍA, M^a Jesús; AGUADO BENEDÍ, M^a José; CAPDEVILA GARCÍA, Luisa; RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M^a Victoria; AGUILAR JIMÉNEZ, Encarna. *Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas*. Madrid: AEEMT, 2016, p. 7 i s.

incapacitació judicial suposava la impossibilitat d'una persona de prendre les seves pròpies decisions per la seva discapacitat psíquica o intel·lectual.

Pel que fa a la *dependència*, es troba regulada a la *Llei 39/2006, de 14 de desembre, de Promoció de l'Autonomia Personal i l'Atenció a les persones en situació de dependència* (en endavant, LAPAD). L'article segon de la LAPAD la defineix com: «l'estat de caràcter permanent en què es troben les persones que, per raons derivades de l'edat, la malaltia o la discapacitat, i lligades a la falta o pèrdua d'autonomia física, mental, intel·lectual o sensorial, requereixen l'atenció d'altra o altres persones o ajudes importants per accomplir activitats bàsiques de la vida diària o, en el cas de les persones amb discapacitat intel·lectual o malaltia mental, d'altres suports per a la seva autonomia personal».

Amb la dependència passa el mateix que amb la incapacitat. Una persona amb discapacitat no necessàriament ha d'experimentar viure amb una situació de dependència, i viceversa. La valoració del grau de dependència és competència de les CCAA. Tenir reconegut aquest grau permetrà accedir a una sèrie de prestacions. Els barems per valorar el grau de dependència es regulen al *Reial decret 174/2011, d'11 de febrer, pel qual s'aprova el barem de valoració de la situació de dependència establert per la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones amb situació de dependència*.

En conclusió, tot i que els tres conceptes exposats tenen un contingut diferent, res exclou que puguin coincidir totes tres situacions en una sola persona.

2.2.4. Els mecanismes de seguiment i control per garantir el compliment de les obligacions que emanen de la Convenció

La pròpia *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat*, amb la finalitat de garantir l'aplicació de les disposicions contingudes al tractat i el compliment de les obligacions que s'imposen als diferents Estats part, estableix la necessitat de crear un comitè sobre els drets de les persones amb discapacitat (*cfr.* Art 34 CDPD). El Comitè, actualment, està compost per divuit experts independents que supervisen l'aplicació de la Convenció per part dels Estats part⁶⁷.

D'acord amb l'article 35 de la CDPD, tots els Estats part han de presentar, periòdicament, informes al Comitè sobre l'aplicació dels drets que consagra la Convenció. Dos anys després de la ratificació hauran de presentar un informe inicial i, posteriorment, hauran de presentar-ne un cada quatre anys o bé quan el Comitè ho sol·liciti.

⁶⁷ Els membres electes del Comitè de drets de les persones amb discapacitat i el Reglament de funcionament del mateix es poden consultar a: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/elected-members-committee-rights-persons-disabilities>, última consulta: 28 octubre 2022.

El Comitè està obligat a examinar cada informe i a formular recomanacions per reforçar l'aplicació del text de la Convenció en els diferents Estats. Aquestes recomanacions adopten la forma d'observacions finals per l'Estat part en qüestió. Els informes individuals de cada Estat seran públics i es posaran a disposició de tota la resta d'Estats.

A banda del seguiment que el Comitè fa d'ofici, a través de la Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, de 13 de desembre de 2006, s'aprova el *Protocol facultatiu de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat*, que entra en vigor el mateix dia que la Convenció⁶⁸. En virtut d'aquest Protocol, el Comitè pot rebre i examinar les queixes individuals i dur a terme investigacions en cas que hi hagi proves de violacions greus i sistemàtiques de la Convenció (*cfr.* Art. 1 Protocol Facultatiu). És necessari per a poder rebre denúncies individuals que l'Estat part en qüestió hagi ratificat el Protocol.

L'Estat espanyol ha estat condemnat en dues ocasions per vulneració dels drets continguts a la Convenció. El primer dictamen condemnatori s'emet el 2 d'abril de 2019 per un cas de vulneració del dret a la no discriminació en el manteniment o continuïtat d'un treball. El Comitè assenyala que l'Estat espanyol vulnera els articles 27 a), b), e), g), i) i k), conjuntament amb l'article 3 a), b), c), d) o e); l'article 4.1 a), b) i d) apartat cinquè i l'article 5.1, 2 i 3⁶⁹. El segon dictamen, més recent, és de 28 d'agost de 2020 en relació a la vulneració del dret a l'educació inclusiva d'un nen amb Síndrome de Down. Per incompliment dels articles 7, 15, 17, 23 i 24, conjuntament amb l'article 4 de la Convenció⁷⁰.

Sens perjudici d'aquests dos dictàmens, l'Estat espanyol, fins a la data, no ha estat condemnat per vulnerar l'article 12 de la CDPD. En canvi, sí que ho han estat Austràlia⁷¹ i Lituània⁷².

⁶⁸ *Cfr.* A/RES/61/106. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual s'aprova el Protocol facultatiu de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat*. Nova York, 24 gener 2007.

⁶⁹ *Cfr.* CRPD/C/21/D/34/2015. *Dictamen aprovat pel Comitè en virtut de l'article 5 del Protocol Facultatiu, respecte a la comunicació núm. 34/2015*, 29 abril de 2019.

⁷⁰ *Cfr.* CRPD/C/23/D/41/2017. *Dictamen aprovat pel Comitè en virtut de l'article 5 del Protocol Facultatiu, respecte a la comunicació núm. 41/2017*, 30 setembre de 2020.

⁷¹ *Cfr.* CRPD/C/16/D/7/2012. *Dictamen aprovat pel Comitè en virtut de l'article 5 del Protocol Facultatiu, respecte a la comunicació núm. 7/2012*, 10 octubre de 2016. En aquest cas, l'any 2001 el senyor Marlon James Noble, natural d'Austràlia amb una discapacitat psicosocial i intel·lectual, va ser acusat de la comissió de delictes sexuals contra tres persones menors quan ell tenia 19 anys. James va ser detingut i internat en presó provisional. Entre l'any 2002 i 2012 se'l va mantenir en presó provisional després que el Tribunal de Districte d'Austràlia Occidental determinés la incapacitat del senyor Noble per declarar en judici. És a dir, que l'acusat ni tant sols va poder declarar-se innocent en un judici i el Tribunal no va dictar cap sentència que reconegués l'autoria dels fets imputats. Durant aquests anys, se li van realitzar diferents exàmens mèdics que reconeixien la capacitat de Marlon James de declarar en judici amb la condició de que tingués accés a una assistència adequada. Marlon James va ser posat en llibertat l'any 2012 després que així ho recomanés la Junta de Revisió al Fiscal General d'Austràlia Occidental. El governador d'Austràlia Occidental va aprovar la llibertat condicional, remetent l'acusat a un servei de suport residencial. En l'examen del fons de la qüestió, el Comitè va determinar que considerar que l'acusat no tenia capacitat per declarar va suposar privar-lo de la possibilitat d'exercir la seva capacitat jurídica per declarar-se innocent i impugnar les proves presentades contra ell. El Comitè afegeix que

Per últim, en relació amb l'exposat i sense ànim de fer una exposició exhaustiva de la qüestió, és important atendre a l'efecte dels pronunciaments dels òrgans dels tractats internacionals. Com he assenyalat, són nombrosos els documents que es generen per part dels òrgans especialitzats de seguiment del compliment dels tractats, com és el cas del CDPD: opinions, conclusions, observacions, dictàmens i recomanacions. No obstant això, no podem obviar que la força vinculant que s'atorgui per a cadascun d'aquests textos implicarà una major o menor afectació en la manera d'actuar dels Estats a qui s'adrecen.

Cap dels protocols facultatius dels diferents tractats internacionals conté de forma expressa els efectes jurídics dels dictàmens que emeten els òrgans dels tractats quan una persona reclama per vulneració d'un dret humà reconegut al tractat en qüestió. Concretament, la CDPD, a l'article 5 i 6, ni tan sols fa referència als dictàmens i manté

aquesta practica constitueix una violació dels paràgrafs 2 i 3 de l'article 12 de la Convenció. Tot recordant que els Estats parts tenen l'obligació de reconèixer que les persones amb discapacitat tenen capacitat jurídica en igualtat de condicions en tots els aspectes de la vida. En el cas del Sr. Noble, el Comitè deixa palès que no se li va proporcionar cap forma de suport adequat perquè pogués comparèixer en judici tot i sabent que aquest tenia la clara voluntat de fer-ho. I que, malgrat els Estats tenen cert marge d'apreciació per determinar l'ordenació del procediment que permeti a les persones amb discapacitat exerceixin la seva capacitat jurídica, han de respectar-se els drets pertinents de l'interessat, qüestió que no es va produir en el cas exposat. L'acusat no va rebre els suports adequats per exercir el seu dret d'accés a la justícia i a un judici imparcial.

Un membre del Comitè emet un vot particular respecte les al·legacions relatives a l'article 12 i 13 de la Convenció. Segons aquest membre, les resolucions judicials del Tribunal de Districte es van adoptar abans de l'entrada en vigor del Protocol Facultatiu per l'Estat Part. D'aquesta manera, les al·legacions relacionades amb l'article 12 i 13 de la Convenció serien inadmissibles per una qüestió merament formal, sobre la falta de vigències de les obligacions imposades pel Protocol en l'Estat part.

⁷² Cfr. CRPD/C/18/D/30/2015. *Dictamen aprovat pel Comitè en virtut de l'article 2 del Protocol Facultatiu, respecte a la comunicació núm. 30/2015*, 5 octubre de 2017. En aquest cas, la senyora Glafira Makarova va ser víctima d'un accident de trànsit transcorregut l'any 2005 en el que va patir múltiples lesions corporals, inclòs un traumatisme cranial. Se li va reconèixer un grau de discapacitat mèdica del 60% de qual el seu marit considera que és conseqüència directa del traumatisme que va patir. Així com les cefalees, la pèrdua de memòria i de capacitats. L'any 2007 se li va reconèixer un grau de discapacitat del 80% i l'any 2011 va acabar morint amb motiu del continu deteriorament del seu estat de salut. Abans de la seva mort, la senyora Makarova va enviar dues cartes, de data 25 de gener i 15 d'abril de 2006, en les que sol·licitava que se l'informés de la investigació penal oberta contra el presumpte culpable de l'accident, el senyor V.M. Tot i així, el marit de la senyora Glafira Makarova afirma que les autoritats van ignorar aquestes peticions i que mai se li va notificar que el dia 2 de maig de 2006 el fiscal havia formulat una acusació formal contra el senyor V.M. Veient-se així privada del seu dret a impugnar les decisions i conclusions del fiscal. Per una carta de data 30 de juny de 2006, la senyora Makarova va comunicar al Jutjat del Tribunal del Primer Districte de Vilna que per un empitjorament de la seva salut no podia estar present durant el procés judicial i que tampoc podria contractar un advocat per motius econòmics. El marit de la senyora Glafira Makarova afirma que l'article 118 de la Constitució de Lituània imposa al fiscal l'obligació de defensar la postura de la víctima si aquesta no es pot permetre un advocat i imposa al jutge l'obligació de fer efectiu aquest dret de la víctima. Però que aquestes obligacions van ser eludides i el jutge es va negar oficialment a facilitar assistència jurídica a la seva dona, privant-la del dret a ser emparada per la llei en igualtat de condicions. Quan el Comitè analitza el fons d'aquest assumpte, el Comitè torna a recordar que els «Estats parts tenen l'obligació d'adoptar les mesures pertinents per proporcionar accés a les persones amb discapacitat als suports que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica». És per això que el Comitè considera que s'ha vulnerat l'article 12, entre d'altres, de la Convenció a causa de la manca de realització d'ajustos raonables per facilitar que la senyora Makarova participés en les vistes judicials i en el posterior recurs interposat, ja que aquesta volia expressar el seu punt de vista durant les visites judicials però no podia assistir-hi per raó de la seva discapacitat.

la fórmula de suggerències, observacions o recomanacions⁷³. Ara bé, els Estats estan obligats a actuar d'acord amb el principi de *pacta sunt servanda*⁷⁴. Aquest és un principi fonamental del Dret internacional, conforme al qual els tractats han de ser complits. Es tracta d'un principi reconegut a l'article 26 de la *Convenció de Viena*, el qual estableix que: «todo tratado vigente obliga a las partes y debe ser cumplido por elles de buena fe». Aquest principi també es reconeix al preàmbul de la *Carta de les Nacions Unides*; l'article 2 estableix que: «cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta».

Aquesta imprecisió per part dels diferents protocols facultatius no ha facilitat la tasca de determinar el veritable efecte dels pronunciaments dels òrgans internacionals. En aquest sentit, a dia d'avui, hi ha una situació evident de confusió i conflicte sobre quina és la via correcta de tractament d'aquest efecte: **(a)** considerar que les decisions individuals són d'eficàcia directa i força obligatòria i les recomanacions generals són guies i principis recordar de les futures polítiques públiques dels Estats; **(b)** atendre a la no obligatorietat i vinculació pels Estats part dels pronunciaments o **(c)** creure que les decisions individuals i les recomanacions generals són de força obligatòria i eficàcia directa⁷⁵.

Davant aquesta situació cal fer esment a la *Circular 1/2020 de la Subdirecció General de Constitucional i Drets Humans de l'Advocacia General de l'Estat sobre la naturalesa jurídica de les resolucions dictades pels Comitès encarregats de fer seguiment dels Tractats de drets humans de les Nacions Unides*. Aquesta circular afirma que:

«**(a)** Los dictámenes no tienen fuerza jurídica vinculante; **(b)** los dictámenes tienen un valor interpretativo de los Tratados de Derechos Humanos y son un argumento de autoridad que debe de orientar la interpretación y aplicación de los tratados por parte de los Estados parte; **(c)** los Estados parte han asumido la obligación internacional de actuar conforme a las reglas de la diligencia debida en la toma de consideración de las recomendaciones de los dictámenes e informar al comité, en el plazo señalado, del seguimiento dado a sus recomendaciones. Dicha toma en consideración no solo corresponde al poder ejecutivo sino también al legislativo y judicial; **(d)** los dictámenes pueden inspirar cambios en la práctica administrativa; **(e)** los comités no tienen competencia para adoptar medidas provisionales; **(f)** los comités tienen competencia para solicitar el examen urgente de una medida cautelar por parte de los Estados parte; **(g)** los Estados parte tienen la obligación de realizar dicho examen conforme a las reglas

⁷³ Vid. Art. 22.3 de la *Convenció contra la tortura*; art. 30.3 de la *Convenció per a la protecció de totes les persones contra les desaparicions forçoses*; art. 14.7.b) de la *Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació racial*; art. 7.3, 4 i 5 del *Protocol Facultatiu de la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona*; art. 9 del *Protocol Facultatiu del Pacte Internacional de drets econòmics, socials i culturals* i art. 11 del *Protocol Facultatiu de la Convenció sobre els drets dels nens*.

⁷⁴ Cfr. A/CONF.39/27. *Convenció de Viena sobre el dret dels Tractats*. Nova York, 23 de maig 1969.

⁷⁵ Cfr. OLEA FERRERAS, Sonia; COMAS-MATA MIRAS, Carmen. «La efectividad de los dictámenes de los órganos de seguimiento de Tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español; examen particular de la discapacidad». A: DE LORENZO GARCÍA, Rafael; CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Nuevas Fronteras del Derecho de la Discapacidad*. Madrid: Aranzadi, 2021, p. 219-253.

de la diligència debida; **(h)** los Estados parte tienen la obligación de realizar dicho examen conforme a las reglas de la diligencia debida; **(i)** los Estados parte incumplirían sus obligaciones Internacionales si no dan la debida consideración a las recomendaciones y solicitudes de los distintos comités».

La jurisprudència ha seguit el criteri que els dictàmens o resolucions del Comitè poden ajudar a crear precedents, però no vinculen als tribunals espanyols i no tenen una força executiva directa⁷⁶.

El contingut d'aquesta circular i de la jurisprudència segueix alimentant la inseguretat en relació a les resolucions dictades pels comitès especialitzats i reafirma la qüestió de fons: no hi ha un procediment específic ni un reconeixement explícit de l'execució de les recomanacions individuals dels comitès. En aquest sentit, la Plataforma per a la defensa dels drets econòmics, socials i culturals es posiciona davant el contingut de la Circular 1/2020 i considera que:

«**(a)** Los Tratados de derechos humanos reconocen derechos de las personas y obligaciones para los Estados; **(b)** la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos es una obligación de resultado que vincula tanto al legislador como a los tribunales; **(c)** la consideración de la naturaleza no jurisdiccional de los órganos de tratados de Derechos humanos de Naciones Unidas, no equivale a su falta de legitimidad; **(d)** los Estados están obligados a cumplir con sus obligaciones jurídicas internacionales y que, en cumplimiento de los principios de buena fe y de *pacta sunt servanda*, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe; **(e)** las obligaciones de Derechos humanos incluyen tanto obligaciones mínimas, de carácter inmediato, como obligaciones progresivas, a cumplir en un plazo razonable de tiempo, así como obligaciones de carácter general; **(f)** los Estados están obligados a argumentar sobre la manera en que se ejercitan los derechos en el ámbito interno; **(g)** las observaciones finales del órgano de tratado tienen una finalidad preventiva de repetición de futuras violaciones y, al mismo tiempo, promotora del cumplimiento de los Tratados; **(h)** las recomendaciones individuales van más allá de la resolución del caso concreto; **(i)** los Estados han de prestar un recurso y una remediación efectivos a la víctima de violación de un Derecho humano; **(j)** el objetivo de las medidas cautelares o provisionales es impedir que tenga lugar un daño irreparable, por lo que cabe esperar un cumplimiento por parte del Estado en base al principio de buena fe y *pacta sunt servanda*; **(k)** los pronunciamientos de los órganos de los tratados son vinculantes, de obligado cumplimiento y tienen eficacia para los Estados parte de los mismos»⁷⁷.

⁷⁶ Cfr. Sentència Tribunal Suprem 141/2004, d'11 de febrer i Sentència Tribunal Suprem 116/2006, de 24 d'abril.

⁷⁷ Cfr. Plataforma per a la defensa dels drets econòmics, socials i culturals. *Documento de posicionamiento de la Plataforma DESC en relación con la Circular 1/2020 de la abogacía del Estado, traslado de nota sobre «La naturaleza de las resoluciones dictadas por los Comités encargados del seguimiento de los Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas»*, 2020. Disponible a: <https://cutt.ly/v0xEHpt>, última consulta: 27 octubre 2022.

D'altra banda, la doctrina especialitzada també es troba dividida. En relació amb les recomanacions individuals, hi ha una part que considera que la naturalesa dels dictàmens és diferent a la de les sentències i altres decisions judicials i només a aquestes últimes s'ha de reservar el caràcter de vinculant. D'altra banda, hi ha doctrina que aposta per dotar a aquestes recomanacions el caràcter de vinculants. Així, VILLÁN DURÁN i FALEH consideren que són constatacions de violacions de drets humans i llibertats fonamentals i com a tals: «**(a)** tenen caràcter i naturalesa quasi judicial; **(b)** són dictats per òrgans establerts per un tractat internacional; **(c)** al qual els Estats han atribuït competència per a declarar que s'han produït violacions; **(d)** han sigut adoptats conforme a un procediment de naturalesa contradictòria on els Estats i la víctima tenen l'oportunitat d'exercir el seu dret a la defensa; **(e)** apliquen als fets les normes jurídiques contingudes als mateixos Tractats que els Estats s'han obligat a respectar i garantir»⁷⁸.

Pel que fa a les recomanacions generals i, posant per cas el caràcter vinculant dels textos elaborats pel Comitè de drets de les persones amb discapacitat, és destacable l'opinió que alguns autors han tingut sobre l'Observació general núm. 1 al considerar-la una interpretació autèntica i jeràrquica de l'article 12 i com d'altres han qüestionat l'abast que se li dona al contingut d'aquest article⁷⁹.

En aquest sentit també s'ha de fer referència a l'informe de 2018 que va emetre la Comissió de Dret internacional de les Nacions Unides. En aquest informe es dedica un apartat a valorar l'efecte jurídic del pronunciament d'un òrgan d'experts creat en virtut d'un tractat i conclou que s'han de seguir els principis de bona fe i *pacta sunt servanda* que assenyala la *Convenció de Viena*.

En conclusió, es tracta d'una qüestió controvertida i que no té una solució pacífica, però en tot cas no es pot qüestionar que aquests documents han de servir per d'orientar als Estats en la planificació i el desenvolupament de polítiques públiques que garanteixin el reconeixement de tots els drets humans i llibertats fonamentals.

3. El dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei: el debat durant el procés de negociació i els inicis de la seva aplicació

Exposats els trets generals de la Convenció, em centraré a analitzar el contingut específic del dret reconegut a l'article 12 CDPD sobre l'igual reconeixement com a

⁷⁸ Cfr. OLEA FERRERAS, Sonia; COMAS-MATA MIRAS, Carmen. *Op cit*, pàg. 270 i s. Sobre aquesta qüestió també, vid. CUENCA GÓMEZ, Patricia. «La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española». *Revista de Estudios Jurídicos*, 2012, núm. 12, p. 79-106; DE SALAS MURILLO, Sofía. «Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tres diez años de la Convención». *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5, p. 71-120; LEÓN BASTOS, Carolina. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. Madrid: Reus, 2010.

⁷⁹ Vid. ALEMANY GARCÍA, Macario. «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité UN de los Derechos de las Personas con Discapacidad». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, núm. 52, p. 201 i s.

persona davant la llei —també denominat el «cor de la Convenció»⁸⁰—. Si bé és cert que el text internacional reconeix un conjunt de drets pel col·lectiu de persones amb discapacitat el dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei és el que justifica considerar que s'ha produït un veritable canvi de paradigma. En definitiva, el marc legal que adopta aquest article suposa un canvi radical en la manera d'abordar l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, especialment en aquelles situacions on pot resultar necessari algun tipus d'intervenció per part de terceres persones —físiques o jurídiques—.

L'article 12, interpretat de forma minuciosa pel Comitè de drets de les persones amb discapacitat de les Nacions Unides l'Observació General núm. 1, pretén assegurar que les persones amb discapacitat tinguin dret a exercir la seva capacitat jurídica sense necessitat de ser representades i sens perjudici dels suports que puguin requerir, els quals hauran de ser garantits pels Estats part.

Fins ara, el tractament que s'havia dispensat a la discapacitat no havia tingut en compte les situacions particulars de les persones i s'havien adoptat actituds generalitzades pel conjunt de persones amb discapacitat produint situacions de discriminació. La persona amb discapacitat, que tenia dificultats a l'hora de prendre una determinada decisió amb conseqüències jurídiques, era sotmesa a un procediment de modificació judicial de la capacitat. Aquest procediment finalitzava amb una sentència judicial que determinava, per norma general, que la persona amb discapacitat no era apta per a l'exercici dels seus drets i les seves obligacions i, per tant, un tercer —persona física o jurídica— podia representar a la persona en els actes de l'esfera jurídica que la sentència judicial determinés. D'aquesta manera, la persona amb discapacitat era privada, total o parcialment, del seu dret a exercir la capacitat jurídica en igualtat de condicions a la resta⁸¹.

A dia d'avui, aquesta actuació és contrària a l'article 12 CDPD que estableix que les persones amb discapacitat poden realitzar actes per elles mateixes o amb el suport d'una altra persona, sempre i quan demostrin tenir la maduresa i el discerniment necessari per exercitar els seus drets. En altres paraules, totes les persones amb discapacitat, independentment de la seva condició particular, tenen dret a comprendre els actes que realitzen i les conseqüències dels mateixos i decidir en funció d'aquestes.

Aquest canvi de mirada ha fet repensar i modificar les institucions civils tradicionals de protecció a la persona amb discapacitat dels ordenaments jurídics interns dels diferents Estats part. D'altra banda, els poders públics, s'han vist obligats a replantejar la gestió dels serveis vinculats a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, els quals han de posar al centre a la persona, *ergo* considerar la seva voluntat, desitjos i preferències en tots els casos.

⁸⁰ Cfr. CISTERNAS REYES, María Soledad. «Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad. Una perspectiva global». *Anuario de Derechos Humanos*, 2015, núm. 11, p. 27.

⁸¹ Cfr. Art. 200 CCE, anterior a la reforma de la Llei 8/2021, de 2 de juny de 2021.

La importància d'aquest dret i les dificultats que la seva implementació genera es van percebre d'ençà es comença a negociar la Convenció. De fet, el debat constant sobre el contingut de l'article 12 va arribar a posar en risc l'aprovació del text final. Això s'explica, en gran part, tal i com es desprèn dels precedents de la norma, perquè sota el terme *legal capacity* (de l'anglès) el legislador s'acull a un concepte clàssic de la dogmàtica civil —capacitat jurídica— i el concep com una manifestació del dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei. Aquesta concepció, tal i com assenyala MARCO MOLINA, transcendeix al Dret civil, però també el transgredeix al prescindir del seu arbre de categories i aglutinar en un únic concepte, el de capacitat jurídica, els dos clàssics components de la personalitat civil: *capacitat jurídica* i *d'obrar*⁸².

El precedent immediat de l'article 12 CDPD es troba a l'article 9 de la proposta inicial que el grup de treball, en el tercer període de sessions —celebrat del 24 de maig al 4 de juny de 2004—, va presentar al Comitè especial encarregat d'elaborar la Convenció⁸³. Aquest precedent, al meu entendre, no ha de passar desapercebut, doncs esdevé imprescindible per entendre la configuració final que adopta l'article 12 de la Convenció⁸⁴.

En aquest sentit, la qüestió més destacada del precedent té a veure en com el legislador situa el canvi de paradigma en l'esfera civil: «los Estados Partes reconocerán que, en **materia civil**, los adultos con discapacidad tienen una capacidad jurídica idéntica a la de otros adultos y les otorgarán igualdad de oportunidades para ejercer esa capacidad.

⁸² Cfr. MARCO MOLINA, Juana. «La noción de capacidad jurídica». A: LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VANRRELL, M^a Pilar; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles; LÓPEZ SIMÓ, Francisco. *Op cit*, p. 459 i s.

⁸³ El Comitè especial encarregat de preparar una Convenció internacional amplia i integral per protegir i promoure els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat, a la catorzena sessió celebrada el 27 de juny de 2003, va decidir constituir un grup de treball encarregat de preparar i presentar un projecte de text que servís de base per a la negociació del projecte de Convenció pels Estats membres i observadors. Per elaborar aquesta proposta, el Comitè especial va decidir que el grup de treball es reuniria entre períodes de sessions a principis de 2004 i que, en el tercer període de sessions, hauria de presentar un projecte de text on s'aglutinessin totes les propostes. L'Assemblea General de les Nacions Unides va aprovar aquest mandat a través de la Resolució 58/246, de 23 de desembre de 2003. (*Vid. A/RES/58/246. Op cit.*)

⁸⁴ Cfr. A/AC.265/2004/EG.1. Annex 1. *Report of the working group to the ad hoc committee*. Nova York, 27 gener 2004. Article 9: «1. Los Estados Partes reconocerán que, en materia civil, los adultos con discapacidad tienen una capacidad jurídica idéntica a la de otros adultos y les otorgarán igualdad de oportunidades para ejercer esa capacidad. En particular, reconocerán que los adultos con discapacidad tienen los mismos derechos para celebrar contratos y administrar bienes y los tratarán por igual en todas las etapas del procedimiento en los tribunales. 2. Los Estados Partes garantizarán que cuando los adultos con discapacidad necesiten apoyo para ejercer su capacidad jurídica, incluida la asistencia para comprender la información y expresar sus decisiones, opciones y deseos, la asistencia sea proporcional al grado de apoyo requerido y adaptada a las circunstancias individuales del adulto. 3. Sólo una autoridad competente, independiente e imparcial, bajo una norma y procedimiento establecidos por la ley, puede encontrar que un adulto no tenga capacidad legal. Los Estados Partes establecerán por ley un procedimiento con las salvaguardias adecuadas para el nombramiento de un representante personal para ejercer su capacidad jurídica en nombre del adulto. Dicho nombramiento debe guiarse por principios compatibles con la presente Convención y el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo: a) asegurar que el nombramiento sea proporcional al grado de incapacidad legal del adulto y adaptado a las circunstancias individuales del adulto; y, b) garantizar que los representantes personales tengan en cuenta, en la mayor medida posible, las decisiones, elecciones y deseos del adulto».

En particular, reconocerán que los adultos con discapacidad tienen los mismos derechos para celebrar contratos y administrar bienes». En definitiva, pren com a pròpia una categoria negocial del Dret civil —capacitat d'obrar— per a configurar-la com a dret humà de caràcter universal. Faig referència explícita a *categoria negocial* perquè, precisament, l'article 9 posa l'accent la capacitat necessària per *celebrar contractes i administrar béns*. Amb aquest matís, queda clar que el precepte s'està referint a l'aptitud necessària per celebrar actes jurídics amb validesa jurídica⁸⁵.

En tot cas, tal i com s'exposa al darrer paràgraf de la proposta, la persona adulta que ho requereixi haurà de disposar d'assistència per a comprendre la informació i expressar les decisions, opcions i desitjos. A més, puntualitza que aquesta assistència haurà de ser proporcional al grau de suport requerit i adaptada a les circumstàncies de l'individu. En relació amb aquest apartat, el grup de treball també elabora una nota final on especifica que quan un tercer exerceixi la capacitat jurídica en nom d'una persona amb discapacitat no ha d'interferir en els drets i llibertats de la persona concernida. És per això que insta al Comitè a considerar si la representació resultar ser la mesura més adequada per garantir l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat.

Sobre la base del precedent el debat es va centrar en la delimitació conceptual de la noció *legal capacity*, la qual resultava confusa per la majoria dels Estats. Durant el tercer període de sessions, els països i les ONG participants van fer comentaris i propostes de millora, entre les quals va destacar la proposició canadenca. Canadà suggeria començar per delimitar la noció de *legal capacity* prenent com a referència l'article 15.2 *Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona* (en endavant, de l'anglès, CEDAW). S'expressava la preocupació per les diferències entre els sistemes jurídics dels diferents països, alguns basats en el dret romà/continental i altres en el dret comú/anglosaxó i, per tant, la línia prioritària era delimitar bé els conceptes abans de repensar el sistema de suports.

La CEDAW reconeixia una capacitat jurídica per a la dona idèntica a la de l'home, amb les mateixes oportunitats per a l'exercici d'aquesta capacitat. En concret establia que «els Estats Parts reconeixeran per a la dona, en matèries civils, 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 justícia». Per tant, Canadà proposava que les persones amb discapacitat, a l'igual que les dones i

⁸⁵ Per exemple, l'article 531-10 del CCCat, en relació amb la capacitat de donar de la persona física, estableix que «pot ser donant aquella persona que té capacitat d'obrar suficient per a disposar de l'objecte d'obrar i poder de disposició sobre aquest». Aquesta expressió – capacitat d'obrar suficient – que pot generar confusió, es precisa per alguns autors, els quals consideren que la capacitat per a disposar, equival a la capacitat d'obrar plena. Això és, a la capacitat per poder exercir els drets dels quals la persona n'és titular. *Cfr.* ARROYO I AMAYUELAS, Esther; et al. *Dret civil. Part general i dret de la persona*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 138-139. Citat a: MINGOT TORRA, Marta. *La capacitat en el Dret civil*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018, p. 19.

la resta de ciutadania sense discapacitat, tinguessin les mateixes oportunitats per a l'exercici de la capacitat jurídica.

Advertia que era important fer aquesta precisió perquè els ordenaments interns dels diferents Estats entenien de maneres diferents el terme *legal capacity* i això podia alimentar la inseguretat jurídica en el moment d'aplicació del tractat internacional⁸⁶. Partint d'aquesta premissa, Canadà, que considerava que el terme *legal capacity* englobava la titularitat i l'exercici de drets. És a dir, independentment de la discapacitat d'una persona, aquesta tenia dret a exercir la capacitat jurídica, sens perjudici d'establir els suports necessaris per fer efectiu l'exercici. En aquest sentit, si la persona amb discapacitat tenia dret a la capacitat jurídica, entesa aquesta com a titularitat i exercici de drets (concepte ampli de *legal capacity*), no procedirien els mecanismes de representació amb l'objectiu de suprimir o limitar l'exercici de la capacitat jurídica.

La major part de països compartien la proposta impulsada pel Canadà, però d'altres, recolzaven la posició que no es podia englobar en un únic concepte l'aptitud per ser titular de drets i l'aptitud per poder-los exercir perquè aquesta segona es podia veure limitada per a les persones amb discapacitat. Precisament, aquests Estats són els que seguien considerant necessària la pràctica de la representació en l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat⁸⁷.

Atenent al contingut de les declaracions presentades, d'acord amb Bariffi es pot realitzar una classificació en tres models diferenciats. D'una banda, el model «restringit» que es caracteritza perquè els Estats s'oposen a interpretar el concepte de capacitat jurídica englobat dins del de capacitat d'obrar. Aquests són Estats que s'oposen a que l'article 12 generi canvis importants respecte a la manera d'aportar i regular les restriccions o limitacions a la capacitat d'obrar. Aquest model, segons l'autor, portaria a deixar sense efecte el canvi de paradigma de l'article 12, perquè l'aspecte estàtic de la capacitat jurídica — titularitat de drets — ja es presumia abans de la Convenció per a les persones amb discapacitat. Un segon model seria el «moderat». Els Estats estan d'acord amb el canvi, però admeten que poden haver situacions excepcionals o es faci necessària una limitació de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat i el nomenament d'un representant. Per últim, el tercer model

⁸⁶ Per exemple, el nostre ordenament jurídic intern sempre s'ha referit a la *capacitat jurídica* com l'aptitud per ser titular de drets i obligacions i a la *capacitat d'obrar* com l'aptitud per poder exercir els drets i les obligacions (cfr. Art. 211-3 CCCat). La capacitat jurídica, en cap cas, es podia veure restringida o limitada, però la capacitat d'obrar sí que era en virtut d'un procediment de modificació de la capacitat. Per tant, quan el Canadà, amb la seva proposta, delimitava la noció de *legal capacity* era, precisament, per evitar diferenciacions d'aquests tipus i garantir, per a totes les persones amb discapacitat, el dret a la titularitat i l'exercici de la capacitat jurídica.

⁸⁷ Va ser interessant la intervenció de la *World Network of Users and Survivors of Psychiatry*, la qual considerava que imposar la representació implicava, a la pràctica, «la mort social i legal» de la persona i una «violació als drets humans i dignitat». Per a més informació sobre els debats entorn al concepte de *legal capacity*, vid. Comitè especial de les Nacions Unides. *Resumen diario de las discusiones per article i data del tercer període de sessions del Comitè* [en línia]. Ginebra: Nacions Unides, 4 juny a 24 maig 2004. Disponible a: <https://cutt.ly/wKKBTFw>, última consulta: 24 octubre 2022.

denominat per l'autor «d'efectes indirectes» seria aquell en què els Estats manifesten la seva oposició, no directament a l'article 12, sinó a disposicions de la Convenció que es relacionen amb aquest article, per exemple, els articles 14, 15, 23 o 29 CDPD⁸⁸.

L'Alt Comissionat de les Nacions Unides pels Drets Humans, amb la finalitat de clarificar i arribar a un consens en relació amb aquesta qüestió, va realitzar un estudi sobre els termes *right to recognition everywhere as a person before the law* i *legal capacity*. Aquests conceptes s'havien utilitzat en textos Internacionals de drets humans ja existents —PIDCSP, CEDAW, DUDH, CADH⁸⁹— i en diferents sistemes jurídics nacionals. És per això que l'estudi es va fer a tres nivells: internacional, comparat i de *common law*.

L'informe conclouia que els termes *right to recognition everywhere as a person before the law* i *legal capacity* eren diferents. El primer es configurava com un requisit indispensable per a la resta de drets —ser reconegut com a persona en l'ordenament jurídic— i el segon, pressuposava ser titular de drets i obligacions i tenir la capacitat per exercir aquests drets i assumir tals obligacions⁹⁰.

Posteriorment, el president Mackay va enviar una carta a les diferents delegacions considerant els debats que havien tingut lloc a propòsit del terme *legal capacity* i les conclusions de l'informe de l'Alt Comissionat. El president proposava caminar en una mateixa direcció i tancar el debat apostant per un concepte únic de *legal capacity* per a tots els països. Aquest concepte integraria, a banda de la titularitat, l'aptitud de tota persona amb discapacitat per realitzar actes dins la seva esfera jurídica, però amb la possibilitat, en determinats casos, de ser assistit i acompanyat per una o més persones. Per tant, proposava un model de suport i acompanyament a l'exercici de la capacitat jurídica i no un model de substitució i representació.

Finalment, el Comitè va elaborar un informe amb dues propostes en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica⁹¹. Una proposta on es mantenia la tradicional figura del representant i una segona incorporava del model d'assistència que, inicialment,

⁸⁸ Cfr. BARRIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos interno*. Madrid: Tesis doctoral de la Universidad Carlos III, 2014, p. 78-79.

⁸⁹ Cfr. Art. 16, *Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics*, 1996: «tothom té el dret, a tot arreu, al reconeixement de la seva personalitat jurídica»; art. 15, *Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona*, 1979: «els Estats Parts reconeixeran a la dona, en matèries civils, una capacitat jurídica idèntica a la de home i les mateixes oportunitats per a l'exercici d'aquesta capacitat»; art. 6, *Declaració Universal de Drets Humans*, 1948: «tota persona té el dret a tot arreu al reconeixement de la seva personalitat jurídica»; art. 3, *Convenció Americana sobre els Drets Humans*, 1969: «tota persona té dret al reconeixement de la seva personalitat jurídica».

⁹⁰ Cfr. TORRES COSTAS, María Eugenia. *Op cit*, p. 60-61.

⁹¹ Cfr. Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat de les Nacions Unides. *Working text. International Convention on the rights of persons with disabilities* [en línia]. Ginebra: Nacions Unides, 2006. Disponible a: <https://cutt.ly/aOxRsRe>, última consulta: 24 octubre 2022.

havia proposat Canadà. A aquesta darrera iniciativa es van afegir: Unió Europea, Noruega, Austràlia, Costa Rica, Estats Units i Liechtenstein, així com les ONG⁹².

Arribat el moment d'aprovar el contingut final del text del tractat internacional, quasi tots els països apostaven per un model d'assistència a l'exercici de la capacitat jurídica, però les delegacions de Xina, Rússia i països àrabs van manifestar la seva disconformitat. Consideraven que el terme *legal capacity* no podia incloure, en sí mateix, l'aptitud per operar en el tràfic jurídic, doncs aquesta era necessària que és limités per a les persones amb discapacitat, amb la finalitat de protegir-les dins el tràfic jurídic⁹³. Davant la divergència d'opinions, el Comitè va donar la possibilitat a aquests països d'incloure una referència final al text on es delimités la noció del terme *legal capacity* als seus territoris. Així i tot, finalment, es va aconseguir eliminar aquesta nota i de forma unànime es va acceptar el terme *legal capacity*, benvist per la majoria, per referir-se a la capacitat jurídica, però també a la capacitat d'obrar. És a dir, el concepte ampli de legal capacity incloïa l'aptitud per ser titular de drets i per poder-los exercir.

El text definitiu —finalment contingut a l'article 12 CDPD— incorpora aquest nou concepte i un model d'assistència a l'exercici de la capacitat jurídica que, juntament amb els principis d'autonomia, dignitat i igualtat, instaura la perspectiva social de la discapacitat en un aspecte essencial de la vida de les persones: ser part de la comunitat en igualtat de condicions a la resta i prendre les decisions que els hi son pròpies i que afecten les seues vides⁹⁴. Proposa un model de presa de decisions ajustat a la perspectiva social de la discapacitat, on la dignitat i l'autonomia de la persona assumeixen un paper cabdal.

Vigent la Convenció, i signada i ratificada per un gran nombre d'Estats⁹⁵ —entre ells Espanya— el Comitè, tal i com he apuntat en l'apartat precedent, s'encarrega d'analitzar el compliment de la Convenció per part dels Estats part signants.

En virtut de l'article 35 de la Convenció, el 3 de maig de 2010, l'Estat espanyol, presenta, a través del secretari general de les Nacions Unides, un informe inicial sobre les mesures adoptades per complir amb les obligacions de la Convenció i en relació amb els progressos assolits en el termini de dos anys a partir de l'entrada en vigor de la Convenció a l'Estat espanyol. Aquest informe fa un anàlisi de compliment per articles. Sobre l'article 12, l'Estat afirma que la normativa civil s'ajusta al mandat internacional i no és necessari fer modificacions substancials. Únicament, com a novetat, s'enuncia que

⁹² Cfr. Comitè especial de les Nacions Unides. *Daily summary of discussions. Seventh session of the Ad Hoc Committee* [en línia]. Ginebra: Nacions Unides, 2006. Disponible a: <https://cutt.ly/s0xRkbP>, última consulta: 24 octubre 2022.

⁹³ Cfr. Comitè especial de les Nacions Unides. *Proposed Modifications by Governments. Eight session of the Ad Hoc Committee* [en línia]. Ginebra: Nacions Unides, 2006. Disponible a: <https://cutt.ly/E0xR3LR>, última consulta: 24 octubre 2022.

⁹⁴ Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina. *Op cit*, p. 463.

⁹⁵ Per saber quins països concrets han signat i ratificat la Convenció es pot consultar la base de dades del Comitè: <https://acortar.link/wFYi3T>, última consulta: 30 març 2023.

s'està treballant en la redacció d'un avantprojecte que modificarà els títols IX i X del Llibre I del CCE i el capítol II del llibre IV de la LEC per introduir algunes modificacions puntuals de terminologia⁹⁶.

Aquest informe, probablement, es va redactar prenent en consideració la posició del Tribunal Suprem a la sentència de 29 d'abril de 2009 (recurs 1259/2006), fruit d'un recurs de cassació sobre un cas d'incapacitació concret. Davant les disquisicions de com s'havia d'interpretar l'article 12 de la Convenció, la Fiscalia de l'Alt Tribunal, en aquest recurs particular, va introduir un informe amb una proposta d'idea sobre com s'havien de revisar els articles 199 i 200 del CCE per veure si eren congruents amb la Convenció. La Fiscalia admetia que l'article 12 era un repte pel sistema que afectava als conceptes de capacitat jurídica i d'obrar i propiciava la incorporació d'un model de suports.

Davant l'informe de Fiscalia, el Tribunal Suprem va entrar a analitzar les obligacions de la Convenció i la legislació vigent i va acordar que, a l'espera de les reformes legislatives ja anunciades, el règim vigent es podia ajustar a la Convenció sempre i quan s'atengués a uns criteris interpretatius concrets. Aquests criteris eren els següents: «**(a)** s'ha de tenir en compte que "l'incapaç" segueix sent titular dels seus drets fonamentals i la incapacitació és només una forma de protecció; **(b)** la "incapacitació" no és una mesura discriminatòria perquè la situació que mereix protecció té unes característiques específiques i pròpies: persones amb facultats intel·lectives i volitives a qui no se'ls permet exercir els seus drets com a persones, perquè els hi impedeixen governar-se»⁹⁷.

Però no és sorprenent que, a la vista de l'informe inicial presentat per l'Estat espanyol, el Comitè evidencia un alt nivell d'incompliment de les obligacions que deriven del *dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei* i, en virtut de l'article 36 de la Convenció, el Comitè emet, el 23 de setembre de 2011, unes observacions finals⁹⁸.

En aquestes observacions el comitè adverteix que l'Estat espanyol no ha pres mesures per reemplaçar la substitució en la presa de decisions per l'assistència en l'exercici de la capacitat jurídica. Específicament, insta a que es revisin les lleis que regulen la guarda i la tutela i es preguin mesures per adoptar lleis i polítiques que respectin l'autonomia, voluntat i preferències de la persona amb discapacitat. A més, considera essencial que es proporcioni formació sobre aquesta qüestió a funcionaris públics i altres persones interessades.

Veu amb bons ulls que la *Llei 26/2011, d'adaptació normativa de la Convenció internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat* (en endavant, Llei 26/2011), aprovada pel Govern espanyol l'1 d'agost de 2011, estableixi un termini d'un

⁹⁶ Cfr. CRPD/C/ESP/1. *Informe inicial presentado por España de conformidad con el artículo 35 de la Convención*. Espanya, 3 maig 2010.

⁹⁷ Cfr. SOLÉ I CHAVERO, Josep M^a. «El artículo 12 de la Convención. Hacia el fin de las tutelas». *Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas*, 2016, núm. 39, p. 66 i s.

⁹⁸ Vid. CRPD/C/ESP/CO/1. *Examen del informe inicial presentado España en virtud del artículo 35 de la Convención*. Nova York, 19 octubre 2011.

any des de la seva entrada en vigor per presentar un projecte de llei que reguli l'abast i la interpretació de l'article 12 de la Convenció, però mentrestant considera que l'Estat ha de fer passes per evitar que les persones amb discapacitat siguin privades del dret a l'exercici de la capacitat jurídica.

Aquesta preocupació del Comitè no anava dirigida només a l'Estat espanyol sinó que advertia un incompliment generalitzat en l'aplicació de l'article 12 per part de molts altres Estats⁹⁹. Davant aquesta situació, el Comitè decideix dedicar la l'Observació General núm. 1 a detallar el contingut del dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei¹⁰⁰.

Aprovada l'Observació General esmentada, a la qual el Comitè exposa detalladament com s'ha d'interpretar l'article 12 per ser congruent amb els principis de la Convenció, l'Estat espanyol es torna a sotmetre a examen a través de l'informe periòdic combinat segon i tercer¹⁰¹. En aquest informe es justifica la nova redacció de l'article 56 del Codi civil, per la qual les persones amb discapacitat poden rebre suports per a prestar aquest consentiment matrimonial, si s'escau. Amb aquesta habilitació, l'Estat justifica estar alineat amb l'article 12.3 de la Convenció.

En resposta a l'informe presentat per l'Estat espanyol, i de la mateixa manera que a l'any 2011, el Comitè aprova, a la 463^a sessió celebrada el 29 de març de 2019, unes observacions finals¹⁰². En aquestes observacions posa de manifest que li preocupa que el Codi civil de l'Estat espanyol encara permeti privar la capacitat jurídica a una persona per motius de discapacitat i mantingui règims de substitució en la presa de decisions. En aquest sentit, li recorda a l'Estat que ha d'interpretar l'article 12 d'acord amb l'Observació General núm. 1 i, per tant, ha de derogar totes les disposicions legislatives orientades a règims de substitució en l'adopció de decisions. Demana que es reconegui la capacitat jurídica de totes les persones i que s'introdueixin mecanismes de suport per a la presa de decisions que respectin la dignitat, autonomia, voluntat i preferències de les persones amb discapacitat.

En resum, aplicar el contingut de l'article 12 i entendre'n el canvi, no només normatiu, sinó de consciència col·lectiva, no és fàcil. A la vista dels debats i dels informes de seguiment dels Estats es fan paleses les dificultats que suposa la implementació del dret a l'igual exercici de la capacitat jurídica i el treball de fons que era necessari que fes el legislador per reformar les institucions tradicionals del Dret civil.

⁹⁹ Vid. CRPD/C/FRA/CO/1; CRPD/C/PRT/CO/1; CRPD/C/ITA/CO/1.

¹⁰⁰ Vid. CRPD/C/GC/1. *Observació General del Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat núm. 1 (2014). Article 12: igual reconeixement com a persona davant la llei*. Nova York, 19 maig 2014.

¹⁰¹ Vid. CRPD/C/ESP/2-3. *Informes periódicos segundo y tercero que España debía presentar en 2018 en virtud del artículo 35 de la Convención*. Espanya, 3 maig 2018.

¹⁰² Vid. CRPD/C/ESP/CO/2-3. *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*. Nova York, 13 maig 2019. Per ampliar aquesta qüestió, vid. DE ASÍS ROIG, Rafael. «El segundo informe sobre el cumplimiento por parte de España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». *El tiempo de los derechos*, 2019, núm. 16.

4. El contingut del dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei i la significació per a l'ordenament jurídic intern

Possiblement, el reconeixement del dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei i l'acompliment de les obligacions que se'n deriven, serà el repte més gran al que s'enfrontaran, en matèria de discapacitat, els poders públics en els propers anys. Segons l'article 12:

«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 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».

Atesa la importància d'aquest precepte i la implicació que té en l'àmbit públic i privat és necessari analitzar-ne el contingut de forma detallada. Aquest anàlisi, necessàriament, el faré d'acord amb el propòsit i principis de la Convenció de Drets de les Persones amb Discapacitat i atenent al contingut de l'Observació General núm. 1 i a la doctrina especialitzada.

4.1. El reconeixement de la personalitat jurídica de les persones amb discapacitat

El terme *persona* —del llatí *persōna* 'màscara de actor', 'personatge teatral', 'personalitat', 'persona'— no és una creació del Dret, sinó que ja existia fora d'aquest àmbit i l'únic que ha fet la ciència jurídica és interpretar-lo per tal de donar una resposta a la realitat social. De fet, es concep com una qualitat intrínseca de l'ésser humà, per ser rigorosament individual i ostentar-se sense necessitat de comparació alguna amb la resta d'individus¹⁰³. Aquesta dimensió de persona és la base de la regulació jurídica i la base del concepte de *personalitat jurídica*¹⁰⁴.

La persona física és la peça essencial de qualsevol ordenament. Jurídicament, es considera persona a tot aquell a qui el dret accepta com a membre d'una comunitat¹⁰⁵. El nostre ordenament jurídic afirma que la personalitat s'adquireix amb el naixement i no admet gradacions ni restriccions (*cfr.* Art. 211-1.1 CCCat: «la personalitat civil és inherent a la persona física des del naixement»; Art. 20 i 32 CCE) i s'extingeix amb la mort (*cfr.* Art. 211-1.3 CCCat; Art. 32 CCE).

El professor DE CASTRO considerava a la persona com una realitat preexistent i a la personalitat com la qualitat jurídica de l'ésser humà per a ser titular de béns i drets i per pertànyer a una comunitat jurídica¹⁰⁶. No obstant això, afirmava que la personalitat jurídica no sempre es pot entendre com una qualitat inherent a la persona, en tant que individu que participa d'una col·lectivitat, ha d'estar acceptat per la resta de la societat per assumir les conseqüències dels actes que deriven de la interacció amb aquesta. A tall d'exemple, DE CASTRO, per referir-se al terme persona, citava als jurisconsults medievals i deia que: «la persona estava totalment determinada per l'estatus, ja que el servent mancava d'estatus i, com a conseqüència, quedava fora de la comunitat jurídica»¹⁰⁷. Extrapolant l'exemple del professor DE CASTRO a les persones amb discapacitat, la situació seria la mateixa: si aquestes no són reconegudes com a membres d'una col·lectivitat no poden assumir els actes que deriven de la interacció amb aquesta, privant-les del reconeixement de la seva personalitat jurídica.

Aleshores, amb el pronunciament de l'apartat primer de l'article 12 de la CDPD, es torna a considerar un dret ja reconegut per aquestes persones¹⁰⁸, el qual és un requisit o

¹⁰³ *Cfr.* MARCO MOLINA, Juana. «La noción de capacidad jurídica». A: LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VANRRELL, M^a Pilar; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles; LÓPEZ SIMÓ, Francisco. *Op cit*, p. 460.

¹⁰⁴ *Cfr.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, 1984, p. 28.

¹⁰⁵ *Cfr.* ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil. Introducción y parte general*. Madrid: Edisofer, 2013, p. 143.

¹⁰⁶ *Cfr.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952, p. 31. Citat a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*. Barcelona: Atelier, 2017.

¹⁰⁷ *Cfr.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Op cit*, p. 22.

¹⁰⁸ El propi text de la Convenció utilitza la paraula «reafirma» per introduir el dret a l'igual reconeixement de la personalitat jurídica de la persona amb discapacitat.

pressupòsit indispensable perquè es pugui reconèixer la capacitat jurídica a una persona¹⁰⁹. Alguns autors consideren que es tracta d'una reafirmació en el marc del principi de dignitat humana, ja que reconeix una situació jurídica preexistent amb l'objecte de reforçar-la¹¹⁰.

D'altres, com BARIFFI, es qüestionen si aquesta formulació té sentit o pot crear contradiccions, ja que si la personalitat jurídica és la condició perquè una persona pugui ser investida de drets, planteja si té sentit parlar de «tenir dret a tenir drets»¹¹¹. Ara bé, el mateix autor considera que la reafirmació d'aquest dret pot ser beneficiosa per a les persones amb discapacitat, ja que implica que si es produeix qualsevol acció que impedis el gaudi del dret a la personalitat jurídica —per exemple, impedir algun tractament mèdic per motiu de discapacitat que faci perillar la vida d'aquella persona, no permetre adquirir llegats, denegar la inscripció de naixement o l'adquisició de passaport, entre d'altres—, aquesta conducta s'hauria de considerar discriminatòria i contrària a la Convenció¹¹².

En conclusió, tot i que l'article 12 reiteri un dret que es pressuposa per a totes les persones pel mer fet de ser-ho, és necessari per fer front a la discriminació a la qual aquest col·lectiu es veu sotmès, ja que reforça el dret a la igualtat d'oportunitats en tots els àmbits de la vida.

4.2. La capacitat jurídica i el seu exercici. La importància de la capacitat natural en els processos de presa de decisions

Analitzat el concepte de *personalitat jurídica*, val a dir que la capacitat jurídica no és més que la qualitat o manifestació essencial de la personalitat, però *personalitat* i *capacitat* no són conceptes sinònims. Mentre el primer es refereix a l'*existència*, el segon respon a l'*aptitud* d'un subjecte per ser titular de drets i obligacions i per poder realitzar actes jurídics vàlids i eficaços, sens perjudici que els executin amb el suport de tercers. De manera que la capacitat jurídica no es pot entendre com un dret concret i abstracte separat de la personalitat, sinó que és l'aptitud que es deriva d'aquesta última.

Per tant, si tota persona pel fet de ser-ho gaudeix de personalitat jurídica, qualsevol persona gaudirà també de capacitat jurídica. Assenyala DíEZ PICAZO que «la capacidad jurídica es un atributo o una cualidad esencial e inmediata de la persona, (...) una

¹⁰⁹ Vid. Observació General núm. 1, § 11.

¹¹⁰ Cfr. VOLIO, Fernando. «Legal Personality, Privacy, and the Family, in the International Bill of Rights». *The Covenant on Civil and Political Rights*, 1981, núm. 185, p. 189-200; CUENCA GÓMEZ, Patricia. La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del artículo 12 de la CDPD en el ordenamiento jurídico español. Madrid: Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», 2010. Citat a: TORRES COSTAS, María Eugenia. *Op cit*, p. 52.

¹¹¹ Cfr. BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional (...)*. *Op cit*. Citat a: TORRES COSTAS, María Eugenia. *Op cit*, p. 52

¹¹² Cfr. BARIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 294 i s.

consecuencia inmediata e ineludible de la personalidad. Por ello, toda persona, por el hecho de serlo posee capacidad jurídica»¹¹³.

En aquest sentit, l'apartat segon de l'article 12 CDPD decreta que «els Estats reconeixeran que les persones amb discapacitat tenen capacitat jurídica en igualtat de condicions a la resta en tots els aspectes de la vida». Però l'article 12 va més enllà i, a l'apartat tercer, estableix: «els Estats part adoptaran les mesures pertinents per proporcionar accés a les persones amb discapacitat al suport que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica».

Amb aquesta afirmació, la CDPD pretén garantir, no només que les persones amb discapacitat puguin ser titulars de drets i obligacions, sinó que també puguin exercir-los, sens perjudici que per a fer-ho requereixin algun suport¹¹⁴. En el mateix sentit es pronuncia el Comitè de drets de les persones amb discapacitat quan argumenta «que totes les persones, incloses les persones amb discapacitat, tenen capacitat legal i legitimació per actuar en virtut de la seva condició d'ésser humà. A tal efecte, perquè es compleixi aquest dret s'han de reconèixer les dues facetes; aquestes no poden separar-se en cap cas»¹¹⁵.

A més, el Comitè, en relació amb aquesta qüestió, adverteix un altre aspecte important: la *capacitat natural* també es diferencia de la capacitat jurídica. D'una banda, la *capacitat jurídica*, és l'aptitud per ser titular de drets i obligacions i poder-los exercir i d'altra, la capacitat natural és l'aptitud d'una persona per a prendre decisions, la qual varia d'una persona a una altra. A més, no es tracta d'un fenomen objectiu, científic i natural, sinó que pot variar en funció de molts factors i dels contextos socials i polítics amb què es relaciona una persona amb discapacitat. El Comitè adverteix que en cap instrument jurídic internacional s'especifica aquesta diferència, però en aquest cas és necessari fer-ho per deixar clar que no es pot justificar la limitació o supressió de l'exercici de la capacitat jurídica en detriment d'un dèficit de la capacitat natural¹¹⁶.

El Comitè sosté que, en molts casos, els Estats confonen aquests dos termes i limiten o suprimeixen el dret a l'exercici de la capacitat jurídica, per exemple, amb base en la decisió presa per una persona amb conseqüències que es consideren negatives o pel convenciment que aquella persona és deficient per adoptar decisions a conseqüència del seu diagnòstic mèdic. Aquesta qüestió, que amb l'entrada en vigor de Llei 8/2021 pot resultar evident, no ho era fa poc més d'un any.

¹¹³ Cfr. DíEZ-PICAZO, Luis. *Lecciones de Derecho Civil*. València: Tecnos, 1967, p. 83.

¹¹⁴ Aquesta afirmació encara es veu més clara si atenem al contingut a l'apartat cinquè de l'article 12 el qual reconeix com a actor jurídic a la persona amb discapacitat: «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» i *vid.* Observació General núm. 1, § 12 i 23.

¹¹⁵ Cfr. Observació General núm. 1, § 14.

¹¹⁶ Cfr. Observació General núm. 1, § 13.

L'ordenament jurídic intern —espanyol i català— reconeixia, sense restriccions, la plena capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, però limitava o suprimia l'aptitud per a l'exercici dels drets i les obligacions en virtut d'un procediment contradictori de modificació de la capacitat. Aquesta aptitud, diferent de l'aptitud d'un subjecte per a ser titular de drets i obligacions, rebia el nom de *capacitat d'obrar* i era considerada un *estat civil* de la persona¹¹⁷.

La capacitat d'obrar —en relació amb la capacitat natural—, al llarg dels anys, ha estat objecte d'estudi per la doctrina civil i ha admès nombroses interpretacions. Per exemple, el professor DE CASTRO, no estava d'acord amb el fet que la capacitat d'obrar es catalogués com a *aptitud* per poder exercir drets i obligacions, sinó que considerava que aquesta derivava d'un *estat civil*. Per tant, la capacitat d'obrar d'una persona major d'edat no podia ser equiparable a la d'un menor d'edat, a la d'un estranger o a la d'una persona incapacitada, en virtut d'una sentència de modificació de la capacitat. En definitiva, DE CASTRO defensava que la llei no obligava a mesurar les condicions psíquiques de cada persona per esbrinar si tenia o no una determinada aptitud, sinó que aquesta aptitud estava relacionada, i era dependent, de l'estat civil de cada persona. És a dir, la capacitat d'obrar era la «qualitat jurídica de la persona que determina, d'acord amb el seu estat civil, l'eficàcia jurídica dels seus actes»¹¹⁸.

En contraposició, el professor MESSINEO, considerava que la capacitat d'obrar gira entorn del concepte de voluntat, fonament de la qual és l'estat natural —maduresa, coneixement, voluntat i entorn— i no la situació que davant l'ordenament jurídic es troba una persona —estat civil—, ja que la capacitat d'obrar, diu MESSINEO, «correspon a un estat psíquic d'idoneïtat per a entendre i voler o, com també diu la llei, a la plenitud de les facultats mentals, o també denominada capacitat natural»¹¹⁹.

Altres autors han defensat una posició a cavall entre el professor DE CASTRO i el professor MESSINEO. En aquest sentit, LETE DEL RÍO, adverteix que encara que la capacitat d'obrar en la seva comprensió més extensiva depengui de l'estat civil de la persona, i aquesta té la capacitat que la llei li atribueix a l'estat civil que en cada moment ostenta, cada persona, dins del seu estat civil, té la capacitat d'obrar que li correspon segons la seva capacitat natural, a la vegada que aquesta capacitat natural és

¹¹⁷ El Codi Civil de Catalunya encara contempla el terme *capacitat d'obrar*. No obstant això, al text de «l'Avantprojecte de Llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi Civil de Catalunya» es proposa una nova redacció de l'article 211-3 que deixa enrere el concepte de *capacitat d'obrar* i el substitueix pel *d'exercici de la capacitat jurídica*.

¹¹⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Op cit*, p. 48 i s.

¹¹⁹ Cfr. MESSINEO, Francisco. *Manual de Derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1954. Citat a: MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel; MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. «Capacidad e incapacidad legal». *El trastorno mental transitorio en las relaciones de derecho privado*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 15 i s.

la que dona lloc al canvi de l'estat civil¹²⁰. D'altra banda, ALBALADEJO, concep la capacitat natural com un «requisit afegit a la capacitat d'obrar general»¹²¹.

De fet, si ens remuntem a la derogada regulació sobre la incapacitat és fàcil veure com la capacitat natural ha estat l'eix sobre el qual s'han determinat les causes d'incapacitació, la qual ha suposat una limitació o supressió de la capacitat d'obrar. Així, abans de la reforma del Codi Civil de 1983, el sistema d'incapacitació s'estructurava en els articles 199 i 200 referents a la tutela. El primer dels articles anunciava que «l'objecte de la tutela és la guarda de la persona i béns o només dels béns, els quals, no estant sota la pàtria potestat, són incapaços de governar-se per si mateixos». L'article 200 CCE continuava dient que «estan subjectes a tutela: (...) els bojos o dementes, encara que tinguin intervals de lucidesa, i els sordmuts que no sàpiguen llegir o escriure».

Però al marge de les diferents interpretacions, a partir de l'entrada en vigor de la Convenció el tractament diferenciat de *titularitat* i *exercici* de drets i obligacions no es permet i tampoc es permet recórrer a la limitació de la capacitat en funció d'un estat civil, ja que se suprimeixen els procediments de modificació de la capacitat i, com a conseqüència, l'estat civil d'incapacitat d'una persona física.

La Convenció obliga el poder legislatiu a garantir un concepte de capacitat jurídica que englobi les dues aptituds i no les limiti per raó discapacitat¹²². És per aquest motiu que amb l'entrada en vigor de la Llei 8/2021, el concepte de capacitat jurídica ja no s'alinea amb les definicions tradicionals. El concepte de capacitat d'obrar se substitueix pel concepte *exercici de la capacitat jurídica*¹²³ del qual se'n deriva la titularitat dels drets i el seu exercici, inclosa la legitimació, amb independència dels suports proporcionats que es puguin precisar per aquest exercici, els quals es dirigeixen a l'esfera personal i patrimonial de la persona amb discapacitat¹²⁴.

¹²⁰ Cfr. LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 25. Citat a: MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel; MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. *Op cit.*

¹²¹ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona*. Madrid: Edisofer, 1991, p. 230. Citat a: MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel; MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. *Op cit.*

¹²² Vid. MARTÍN CALERO, Carlos. *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*. Madrid: Areces, 2013, p. 657.

¹²³ Des del meu punt de vista, el concepte de *capacitat d'obrar* no desapareix, sinó que aquesta deixa de poder ser restringida o limitada i es transforma amb un nou concepte més entenedor: *exercici de la capacitat jurídica*.

¹²⁴ Cfr. TRESGUERRES FERNÁNDEZ, Ana. *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Pamplona: Aranzadi, 2021. També, vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, 2021.

4.3. La delimitació del terme persona amb discapacitat en relació amb el dret reconegut a l'article 12 de la Convenció

Un dels aspectes segurament més importants a analitzar sobre el contingut del dret que reconeix l'article 12 és el referent a qui són els destinataris dels suports per a l'exercici de la capacitat jurídica. Doncs com deia PEREÑA VICENTE amb paraules de PORTALIS, «les lleis no es reformen per fer-les més sàvies, sinó per a fer-les més favorables a qui els hi interessin»¹²⁵.

El concepte de *persona amb discapacitat* que recull l'article primer de la Convenció és un concepte ampli que admet diferents interpretacions. Concretament, disposa que les persones amb discapacitat són aquelles que «tenen deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials a llarg termini que, en interactuar amb diverses barreres, poden impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb les altres». Per tant, de la dicció literal de l'article es desprèn que per tenir la consideració de *persona amb discapacitat* s'han de complir, almenys, tres requisits: **(a)** tenir una deficiència física, mental, intel·lectual o sensorial¹²⁶; **(b)** que aquesta deficiència perduri en el temps¹²⁷ i **(c)** que la persona amb *deficiències* es trobi amb l'impediment de participar en igualtat de condicions a la societat.

La Convenció, amb aquest concepte ampli de *persona amb discapacitat*, pretén situar a la persona amb discapacitat al centre de totes les decisions que l'afecten i fixa el problema fora de la persona, en concret, a la societat. En definitiva, la definició de *discapacitat* i de *persona amb discapacitat* que aborda la CDPD separa dos àmbits que abans havien estat unificats com a causa-efecte i que justificaven l'exclusió d'aquest col·lectiu: la deficiència i la barrera social. La discapacitat, amb aquesta nova realitat, no és una condició de la persona. En definitiva, el nou concepte que encunya la Convenció no és més que la plasmació del model social de la discapacitat.

No obstant això, si atenem al supòsit concret de qui és destinatari/ària dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica que reconeix l'article 12 CDPD, aquest concepte ampli de *persona amb discapacitat* pot resultar massa general i generar confusió. És necessari matisar l'abast del terme des d'un punt de vista terminològic i de fons.

¹²⁵ PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso Preliminar al Código civil francés*. Madrid: Civitas, 1997. Citat a: PEREÑA VICENTE, Montserrat. «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley». *Revista Derecho Civil*, 2018, núm. 5, p. 61-83.

¹²⁶ De la definició de *persona amb discapacitat* el rellevant no és la deficiència sinó les barreres de l'entorn que no li permeten, a la persona, participar de forma plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions. Per tant, si una determinada deficiència no ve acompanyada de barreres, aquesta no es pot considerar *discapacitat* (cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. *Op cit*, p. 11).

¹²⁷ S'ha de tenir present que si la norma interna d'un Estat té previst un concepte de *persona amb discapacitat* que amplii i beneficiï el marc de protecció de la persona amb discapacitat, resultarà aplicable. Ara bé, en tant que la CDPD estableix aquesta definició de mínims, també serà vàlida aquella norma que exigeixi el requisit de la «perdurabilitat de la deficiència» en un àmbit concret (cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. *Op cit*, p. 13).

Tota persona té dret a l'exercici de la capacitat jurídica, sens perjudici dels suports que pugui requerir. En aquest sentit, l'article 12 al definir l'objecte de la regulació es refereix a les persones amb discapacitat que requereixin suports per exercir la capacitat jurídica. Per tant, s'ha d'entendre que tota persona amb discapacitat és destinatària de la norma o que només ho és aquella que té afectada, d'alguna forma, la seva capacitat per a prendre decisions?

PEREÑA considera que podríem definir a la persona destinatària de la norma des d'una doble perspectiva: àmplia o estricta. Dins la perspectiva àmplia les persones destinatàries serien tots els conciutadans. Això és així perquè tothom es pot veure immers en una situació de discapacitat que, amb previsió d'una pèrdua de capacitat natural, pot decidir establir una mesura futura de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica. D'altra banda, des de la perspectiva estricta, les persones destinatàries serien les *persones amb discapacitat*. No obstant això, aquesta darrera afirmació s'ha de precisar, ja que no tota persona amb discapacitat necessita suports a l'exercici de la capacitat jurídica¹²⁸.

Seguint aquest esquema, dintre de les persones amb discapacitat que poden requerir suports a l'exercici de la capacitat jurídica trobem: **(a)** les que necessiten suports per a *manifestar* la seva voluntat i **(b)** les que requereixen suports per *formar* la seva voluntat. Dins del primer grup entrarien aquelles persones que tenen alguna patologia que no afecta, en cap cas, al desenvolupament de la seva capacitat volitiva. Per exemple, si algú es mou amb cadira de rodes, pot requerir una rampa per accedir a la notaria on ha de signar un acord, però no requerirà una persona que l'assisteixi en la comprensió i signatura d'aquell acord. Una altra circumstància semblant es donaria si la discapacitat fos sensorial, per exemple, una persona sorda que necessita un traductor de llengua de signes per confirmar la seva voluntat i manifestar-la lliurement i conscientment.

Si bé podríem entendre que aquests suports són necessaris per exercir la capacitat jurídica en igualtat de condicions, no són els suports als quals es refereix l'article 12 CDPD. Els suports que aquest article reconeix impliquen un canvi de paradigma en la manera d'abordar les institucions civils de protecció de la persona que si abans tenien un objectiu protector i de substitució ara han d'acompanyar a la persona en el procés de formació de la voluntat perquè entengui, de manera comprensible i adaptada, les conseqüències de realitzar un acte jurídic concret i pugui decidir lliurement. L'Observació General núm. 1 deixa molt clar que l'obstacle es troba en aquestes situacions i que el canvi de paradigma, en el cas de l'article 12, afecta, principalment, a les persones amb discapacitat intel·lectual i psicosocial¹²⁹.

¹²⁸ PEREÑA VICENTE, Montserrat. *Op cit.*

¹²⁹ «Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones. No obstante, los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva y la negación de la capacidad jurídica han afectado y siguen afectando de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial» (*cfr.* Observació General núm. 1, § 9).

En el mateix sentit, PEREÑA VICENTE, argumenta que: «las medidas de apoyo reguladas en la normativa civil no lo son para las personas con discapacidad en general. Tampoco para las que necesitan apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, ya que esto puede dar lugar a otro tipo de medidas y apoyos, como puede ser el lenguaje de signos o la utilización de un determinado *software* para exteriorizar la voluntad de una persona que puede tomar una decisión, pero no exteriorizarla. Las medidas de apoyo que consagra la norma civil se dirigen a procurar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que tienen afectada su capacidad para tomar decisiones». La llei irlandesa, per exemple, ha utilitzat un matís de gran transcendència per entendre qui són els veritables destinataris de la norma. Així, ha indicat que ho són les persones que requereixen assistència en l'exercici de la seva capacitat jurídica per a prendre decisions. Aquesta darrera idea és la que justifica qualsevol mesura civil de suport¹³⁰.

5. El sistema de suports a l'exercici de la capacitat jurídica

Totes les persones, en algun moment de la vida, necessitem suport o acompanyament, amb més o menys intensitat, per a realitzar una determinada actuació o prendre una determinada decisió. Però el fet de requerir un acompanyament més intens no ha d'implacar, *per se*, l'establiment de mesures substitutives i representatives en l'exercici de la capacitat jurídica, sinó que serà suficient amb proveir de l'acompanyament i dels suports necessaris per a materialitzar una determinada decisió en funció de les necessitats individuals.

Sobre aquesta qüestió, l'apartat tercer de l'article 12, estableix que «els estats part han d'adoptar les mesures pertinents per proporcionar a les persones amb discapacitat l'accés al suport que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica». Més endavant, l'apartat cinquè detalla que «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».

D'aquestes disposicions se'n deriven dues qüestions a examinar importants. En primer lloc, l'obligació de l'Administració pública de prestar suports a l'exercici de la capacitat jurídica i en segon lloc, les característiques que han de tenir aquests suports.

¹³⁰ PEREÑA VICENTE, Montserrat. *Op cit.*

5.1. La intervenció pública en la provisió de suports a l'exercici de la capacitat jurídica

El dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei, es configura com un dret civil de la persona¹³¹. Els drets civils serveixen per protegir i promoure els valors de la dignitat humana i l'autonomia i ajuden a preservar una divisió clara entre el poder públic i la societat civil o l'esfera privada. En definitiva, generen un espai dins la societat per a satisfer les aspiracions personals i es recullen, principalment, al Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1976¹³². Per altra banda, els drets econòmics, socials i culturals, regulats específicament al Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals de 1976, constitueixen la base del sistema de llibertats fonamentals que promou els drets civils i polítics. En essència, preparen a la ciutadania per a una vida activa i productiva. Aquí, per exemple, trobem el dret al treball, a l'educació, a la sanitat o a l'habitatge¹³³.

El dret a l'igual exercici de la capacitat jurídica serveix per a controlar la qualitat de l'acció de l'Estat. L'Estat ha de distribuir els beneficis de forma igualitària a la societat i ha de garantir que els recursos es puguin aprofitar per tota la ciutadania, distribuint de manera equitativa les càrregues i els beneficis.

La pròpia Convenció de Drets de les Persones amb Discapacitat tracta de manera diferent els drets civils i polítics respecte als drets econòmics, socials i culturals. Si bé es permet la progressivitat en el compliment de les obligacions que se'n deriven dels drets econòmics, socials i culturals, els drets civils són drets de compliment immediat i la limitació de recursos no pot justificar la no adopció de mesures per a l'exercici efectiu dels drets. Concretament, l'apartat segon de l'article 4 CDPD indica que «els Estats part es comprometen a adoptar mesures fins al màxim dels seus recursos disponibles, per aconseguir progressivament el ple exercici d'aquests drets, sense perjudici de les obligacions previstes en aquesta Convenció que siguin aplicables immediatament en virtut del dret internacional».

PALACIOS, en relació amb aquesta qüestió i sostinguda per l'opinió de COURTIS, considera que realitzar una distinció d'una banda, drets civils i polítics i d'altra, drets socials, econòmics i culturals no és rellevant tenint en compte que la pròpia Convenció fa referència a la universalitat, indivisibilitat, interdependència i interrelació de tots els drets humans i llibertats fonamentals¹³⁴. Entén que tots aquests factors estableixen una vinculació entre tots els drets, provocant que per fer efectiu un dret també sigui

¹³¹ Vid. Observació General núm. 1, § 1.

¹³² Cfr. QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia. *The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*. Op cit, p. 15. Entre els drets que reconeix el PIDCP, a l'article 16, trobem el dret que «tot ésser humà té al reconeixement de la seva personalitat jurídica». D'igual forma ho recull l'article 12.1 de la CDPD.

¹³³ Cfr. QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia. Op cit, p. 17.

¹³⁴ Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina. Op cit, p. 280-281.

necessari que es materialitzin els altres i només d'aquesta forma es podran fer efectius tots els drets reconeguts. Per exemple, disposar de suports a la mobilitat personal implica poder fer efectiu el dret a la vida independent.

En el mateix ordre de consideracions, la mateixa autora no considera cabdal definir la *progressivitat* o *no progressivitat* d'un dret. Per bé que es pot acceptar la teoria d'una correlació entre tots els drets, sobre aquesta última qüestió, i en especial respecte el dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei, no atribuir-li especialment la nota de no progressivitat implica que l'Administració es podrà excusar per no materialitzar immediatament un sistema de suports a l'exercici de la capacitat jurídica. En canvi, si s'emfasitza en la no progressivitat d'aquest dret i la necessitat que sigui reconegut l'Administració haurà de dissenyar aquests sistema sense dilacions, no podent argumentar una falta de pressupost o altres inconvenients que l'impedeixin dissenyar-lo des del primer moment.

Ara bé, alguns autors han interpretat que el que realment es considera un dret de caràcter no progressiu és el reconeixement d'un dret en qüestió, però la prestació que d'aquest reconeixement se'n derivi, es configura com un dret de compliment progressiu que ha d'implicar, necessàriament un progrés constant en les obligacions dels Estats per millorar les condicions de gaudi ple dels drets¹³⁵. Posant com a exemple la qüestió que ens ocupa, segons aquest corrent doctrinal, el reconeixement del dret a l'exercici de la capacitat jurídica en igualtat de condicions seria un dret de caràcter no progressiu. En canvi, l'obligació a prestar suports per a fer efectiu aquest dret es configuraria com un dret de compliment progressiu, però atenent a un mandat de gradualitat i de no reversibilitat. En aquest sentit, divergeixo d'aquesta opinió en tant que per a garantir l'igual exercici de la capacitat jurídica és necessari que els poders públics adoptin les mesures de suport adequades a les necessitats de cada persona i a més, cal que aquests suports s'acompanyin de salvaguardes que impedeixin els abusos o les influències indegudes. Per tant, si es vol fer efectiu l'igual exercici de la capacitat jurídica, obligatòriament, s'han de garantir aquests suports i salvaguardes des d'un inici en funció de les necessitats.

En conseqüència, les Administracions públiques, en el moment d'organitzar les prestacions públiques que tinguin per objecte la provisió de suports a l'exercici de la capacitat jurídica, hauran de tenir en compte que aquestes hauran de configurar-se com a *prestacions garantides* i, per tant, es consideraran *drets públics subjectius de la ciutadania*. Amb aquesta finalitat s'haurà de concretar el contingut del dret i veure quin nivell de responsabilitat que l'Administració té derivat del seu deure de prestació del servei¹³⁶.

¹³⁵ Cfr. STINCO, Juan. «El principio de progresividad en materia de derechos fundamentales». *Ab-Revista de la Abogacía*, 2019, núm. 3, p. 53.

¹³⁶ Cfr. TORNOS MAS, Joaquín; GALÁN GALÁN, Alfredo. *La configuración de los Servicios sociales como Servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Madrid: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, 2007, p. 14.

Sense intenció d'avançar conceptes que analitzaré detalladament al capítol tercer, que un ciutadà o ciutadana sigui titular d'un dret públic subjectiu implica que les persones susceptibles de ser beneficiaries d'un suport a l'exercici de la capacitat jurídica, tenen el dret a poder exigir davant l'Administració el compliment efectiu d'aquest.

En resum, si a les persones amb discapacitat se'ls hi reconeix el dret a rebre suports en l'exercici de la capacitat jurídica, vol dir que aquestes tenen dret a poder exigir-li a l'Administració el seu compliment efectiu, *ergo*, l'Administració assumeix un paper cabdal a l'hora de garantir l'exercici efectiu del dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei. Un paper que, abans de la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat* quedava difós.

5.2. La configuració dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica

El terme *suport* no es defineix explícitament a la Convenció i tampoc ho fa el Comitè a l'Observació General núm. 1 quan interpreta el contingut de l'article 12. Tot i així, en aquest darrer document sí que s'indica que els suports «han de respectar els drets, la voluntat i les preferències de les persones amb discapacitat i mai han de consistir en decidir per elles»¹³⁷.

El suport, d'acord amb el Comitè, «és un terme ampli que aglutina arranjaments oficials i oficiosos, de diferents tipus i intensitats». Per tant, l'Administració pública gaudirà de discrecionalitat en aquest àmbit i, en cap cas, es trobarà limitada per haver-se d'adherir a una taxonomia i tipologia rígida i predeterminada de suports. De fet, aquests variaran en funció de la persona i la situació sobre la qual necessita rebre'n. Deixa clar el Comitè que «inclús en situacions de crisi, s'han de respectar l'autonomia individual i la capacitat de les persones amb discapacitat d'adoptar decisions»¹³⁸.

Aquesta darrera afirmació ha estat, recurrentment, objecte de debat. Què implica una situació de crisi? Què passa si la persona no vol suport, però l'entorn creu que això és contraproduent per a la persona concernida i el seu entorn?

Justament aquesta qüestió va ser objecte d'anàlisi al darrer exemplar de la revista «Actualidad Civil» per persones referents en l'àmbit de la discapacitat. Al debat hi van participar sis experts i es va advertir la confluència d'opinions respecte a aquesta qüestió. Defensen que la Llei no és clara i que la jurisprudència del Tribunal Suprem, especialment a la recent sentència 589/2021, tampoc clarifica els interrogants. Mentre alguns experts consideren, de manera taxativa, que no s'ha de proveir de suports a les persones amb discapacitat en contra de la seva voluntat (*vid.* comentaris de CAYO i GARCÍA); d'altres consideren que es podria exceptuar aquesta afirmació en alguns casos

¹³⁷ Cfr. Observació General núm. 1, § 17.

¹³⁸ Cfr. Observació General núm. 1, § 18. Sobre aquesta qüestió, alguns autors no s'han mostrat partidaris, entenent que pot arribar a ser desigualitari tractar de manera igual a persones que tenen, clarament, necessitats especials. *Vid.* MARCO MOLINA, Juana. *Op cit.*, p. 473 o CANIMAS BRUGUÉ, Joan. «Decidir por el otro a veces es necesario». *Cuadernos de la Fundación Victor Grífols i Lucas*, 2016, núm. 39, p. 13-33.

(*vid.* comentaris de DE LORENZO, LOYA i SAMANIEGO) i d'altres que, de forma concisa, recolzen que aquesta provisió de mesures de suport en contra de la voluntat de la persona és perfectament possible i legítima (*vid.* comentaris de SEGARRA i SANCHO)¹³⁹.

L'anàlisi del concepte suports remet de manera imprescindible a l'informe que l'ex relatora DEVANDAS AGUILAR va presentar l'any 2016 al Consell de Drets Humans de les Nacions Unides¹⁴⁰. En aquest informe els suports són considerats una condició indispensable per a poder participar de forma plena en la comunitat. DEVANDAS els defineix com un «acte de prestar suport o assistència a una persona que la necessita per realitzar les activitats quotidianes i participar en la societat». A més, explica que hi ha molts suports que s'han integrat de forma natural en el disseny social, però altres segueixen sent marginals o inexistents, entre els quals destaquen els suports per a garantir l'igual exercici de la capacitat jurídica¹⁴¹.

Els suports incrementen la qualitat de vida de les persones amb discapacitat i també la de les seves famílies i el seu cercle social. Degut a la predominança del model mèdic-rehabilitador i a la visió paternalista de la discapacitat que roman a la societat, moltes persones que han tingut una persona amb discapacitat en el seu entorn, han vist truncats els seus projectes de vida, ha disminuït el seu nivell de recursos o, fins i tot, s'ha incrementat la bretxa de gènere¹⁴². Tot això, esdevé conseqüència de la manca del desenvolupament d'un sistema de suports adequats i que s'adeqüin a les necessitats de l'individu i s'agreugi arrel de l'escassetat de serveis comunitaris per a les persones que requereixen suport, però també per la falta de finançament en serveis dels poders públics que fa que les persones hagin de recórrer a recursos propis o de la seva xarxa familiar, si en disposen. Seguir en aquesta línia i reproduir el model paternalista ens allunya del model de drets humans que consagra la CDPD.

El PIDSC ja parlava de la importància dels suports. Al llarg del seu articulat fa referència a les mesures que els Estats han de garantir per donar efectivitat als drets rubricats al Tractat Internacional. Per tant, els suports en sí mateixos no són una novetat, sinó que aquesta rau en la importància i rellevància d'aquests, de la necessitat que siguin «disponibles, consensuats, universals, salvaguardats i atenguin a la voluntat i preferències de la persona que els necessita».

L'Observació General núm. 1 del Comitè traça algunes directrius generals sobre la forma i el contingut dels suports per tal que s'alineïn amb la Convenció. També adverteix que aquests suports hauran de protegir tots els drets de la persona, però sense

¹³⁹ Cfr. DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes i CALAZA LÓPEZ, Sonia (coord.); et al. «¿Pueden los jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad?». *Revista de Actualidad Civil*, 2023, núm. 3.

¹⁴⁰ Cfr. A/HRC/34/58. *Informe de la relatora especial sobre els drets de les persones amb discapacitat*. Nova York, 20 desembre 2016.

¹⁴¹ Cfr. A/HRC/34/58. *Op cit*, § 15.

¹⁴² Cfr. A/HRC/34/58. *Op cit*, § 19-21.

regular en excés la vida de les persones¹⁴³. Per tant, els suports podran adoptar moltes formes, però sia quina sia la seva morfologia, hauran d'atendre al compliment d'una sèrie de requisits imprescindibles que es concreten en els següents.

(a) Disponibles

«El apoyo para la adopción de decisiones debe estar **disponible** para todos. El **grado de apoyo** que necesite una persona, especialmente cuando sea elevado, **no debe ser un obstáculo** para obtener apoyo en la adopción de decisiones».

Les mesures de suport s'hauran de prestar per a totes aquelles persones que ho precisin per a l'efectiu exercici de la seva capacitat jurídica, sense importar tipus i grau de discapacitat.

(b) Adequats a la voluntat, desitjos i preferències

«Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la **voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés objetivo**».

Tal i com diu l'Observació General núm. 1 al paràgraf 18, el suport que requereixi la persona amb discapacitat «s'ha de prestar respectant l'autonomia individual i la capacitat de les persones amb discapacitat d'adoptar decisions, inclús en situacions de crisis». De fet, al paràgraf 22, s'estableix el dret a assumir riscos i cometre errors en ares a respectar la voluntat de la persona.

En atenció a aquest argument, inclús en els casos més severs o inclús quan no es té consciència de necessitat de suports, la persona és qui escull quina decisió vol prendre. Qui li presti suport podrà facilitar l'accés a la informació i a la interpretació d'aquesta. També podrà assessorar-la, acompanyar-la i ajudar-la a sospesar les diverses possibilitats i rutes d'acció i anticipar les potencials conseqüències, però en cap cas podrà decidir per la persona acompanyada en pro del seu millor interès.

La professora GARCÍA RUBIO, recolza la idea que l'interès superior de la persona amb discapacitat no es una salvaguarda o garantia vàlida en relació amb les persones adultes amb discapacitat; molt al contrari, les mesures de salvaguarda estan destinades a assegurar el respecte dels drets, la voluntat i les preferències de la persona fins al punt de que, quan no sigui possible determinar la voluntat i preferències després d'haver fet un esforç considerable, el model de l'*interès superior* o del *millor interès* haurà de ser substituït pel de la *millor interpretació possible de la seva voluntat i preferències*¹⁴⁴.

¹⁴³ Vid. Observació General núm. 1, § 29.

¹⁴⁴ Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz. «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad». *El notario del siglo XXI*, 2018, núm. 77, p. 152.

Aquesta fonamentació entroncaria amb l'argumentari del Comitè de bioètica de Catalunya que argumenta que hi ha un ordre jeràrquic entre els conceptes de *voluntat*, *desitjos* i *preferències* i que aquests no son sinònims.

La voluntat és un concepte flexible i relacional que al·ludeix a un acte lliure, racional i crític que «pot quedar excessivament condicionada quan, per exemple, la persona està en una relació de sobreprotecció, de manera que la seva voluntat deixa de ser una voluntat pròpia i autònoma que obeeix a interessos o pressions externs». En canvi, el desig inclou la preferència i pot indicar una carència o una potència. Concretament, el Comitè argumenta que «un desig pot estar motivat pel fet de necessitar alguna cosa que no tenim o per la força de voler fer coses. No tots els desitjos són bons o èticament acceptables i el mateix succeeix amb les preferències». En aquest sentit, el Comitè de Bioètica matisa que no es poden respectar tots els desitjos i preferències si aquestes son arbitràries o absurdes i no representen la seva voluntat i, com a conseqüència, se'n deriven riscos i errors desproporcionats cap a la pròpia persona o tercers¹⁴⁵.

En el mateix sentit es pronuncien RAMOS POZÓN i ROBLES DEL OLMO quan conclouen que «el mejor interés ha de ser compatible con los deberes morales y legales que se inserten en la toma de decisiones; ha de ser concebido como un criterio ideal pero que, a su vez, no puede ser enfocado como un deber absoluto sino más bien prima facie; y que ha de incorporar en su ponderación muchos intereses»¹⁴⁶.

(c) Accessibles

«El **modo de comunicació** de una persona **no debe ser un obstáculo** para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas».

El fet que una persona no utilitzi mitjans convencionals per comunicar-se no ha de ser motiu per privar-la del dret a decidir. Els poders públics hauran de trobar mecanismes per interpretar i conèixer la voluntat de la persona, inclús en les situacions més difícils.

En aquest apartat cobra especial importància la relació amb l'article 9 sobre l'accessibilitat. Tal i com es referència al paràgraf 37 de l'Observació General núm. 1 «la falta d'accés a la informació i la comunicació i els serveis inaccessibles, poden, a la pràctica, constituir obstacles a la efectivitat de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat».

Posem per cas una persona amb paràlisi cerebral que té afectada la parla i es comunica a través d'un comunicador electrònic des de la seva cadira. Hauríem de disposar dels

¹⁴⁵ Cfr. Comitè de Bioètica de Catalunya; Comitè d'Ètica dels Serveis Socials de Catalunya. *Les hospitalitzacions involuntàries en l'atenció a la salut mental*. Barcelona: Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya, 2021.

¹⁴⁶ Cfr. RAMOS POZÓN, Sergio; ROBLES DEL OLMO, Bernabé. «Una propuesta conceptual del criterio del mayor interés». *Revista de bioética y derecho*, 2020, núm. 49, p. 21.

mecanismes necessaris per saber com interpretar el que diu a través de l'aparell electrònic i assegurar-nos que allò que entenem és el que la persona vol manifestar a l'hora d'exercir el seu dret a prendre decisions que li son pròpies.

(d) Garantistes

«La persona o las personas encargadas del apoyo que **haya escogido oficialmente la persona concernida** debe disponer de un reconocimiento jurídico accesible, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un **mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo**, así como un **mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona**».

Quan som part d'un negoci jurídic, no actuem sols, hi ha terceres persones involucrades que també tenen drets i obligacions en relació amb el negoci jurídic que s'està celebrant. El suport s'ha d'implementar de tal manera que preservi els drets de les parts. La tercera persona ha de poder realitzar el negoci amb seguretat jurídica i, en tot cas, ha de poder impugnar la decisió si creu que hi ha un *vici de la voluntat*.

A més, aquest requisit dels suports s'ha de vincular amb el *dret d'accés a la justícia* regulat a l'article 13 CDPD. Les persones amb discapacitat han de poder «accedir a la justícia en igualtat de condicions amb les altres, fins i tot mitjançant ajustos de procediment i adequats a l'edat, per facilitar l'acompliment de les funcions efectives d'aquestes persones com a participants directes i indirectes».

És a dir, les persones amb discapacitat han de poder ser defensar els seus drets davant els tribunals. I és que aquells països que, a més de signar i ratificar la Convenció, hagin optat per fer el propi amb el Protocol Facultatiu, habilitaran als seus ciutadans/es a que puguin presentar una comunicació individual davant el Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat quan s'enfrontin a potencials vulneracions dels drets reconeguts a la Convenció.

Per tant, aquelles persones a qui no se'ls garanteixi l'igual reconeixement com a persona davant la llei, un cop esgotades les vies internes, podran adreçar-se al Comitè de les Nacions Unides. El Protocol reconeix la competència del Comitè per rebre i considerar comunicacions de individus que es trobin sota la jurisdicció d'aquell Estat i que al·leguin ser víctimes d'una violació, per part d'aquell Estat part, de qualsevol dels drets enunciats a la Convenció. El Comitè no rebrà cap comunicació individual que afecti a un Estat part que no sigui part del Protocol Facultatiu, és a dir que no l'hagi ratificat.

(e) Universals

«A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención de que los Estados parte deben adoptar medidas para “proporcionar acceso” al apoyo necesario, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un **costo simbólico o gratuitamente** y por qué la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica».

Els serveis, en tant que públics, han de ser universals i, per tant, han de poder arribar a totes les persones. És per això que els suports s’han de poder adquirir a un cost baix o cost zero. El dret a la igualtat és un dret que no admet compliment progressiu. La manca de recursos o finançament no pot ser un obstacle pel seu exercici i compliment efectiu.

(f) No restrictiu

«El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho a voto, el derecho a contraer matrimonio, o establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad».

El suport que rep la persona no pot implicar la limitació de l’aptitud que té la persona per exercir la seva capacitat jurídica. A pesar que aquesta afirmació és una premissa clau en el nou sistema, l’Observació General núm. 1, en línia amb el que estableix la Convenció, remarca que no es poden negar ni limitar altres drets fonamentals argumentant la necessitat de rebre suports. En tot cas, això suposaria una vulneració *de facto* dels principis d’igualtat i no discriminació.

És important destacar en aquest apartat la clara discriminació i vulneració de drets que suposa limitar l’accés als serveis socials en igualtat de condicions, tal i com reconeix l’article 28 de la Convenció. Ara bé, la majoria dels Estats contemporen, en major o menor mesura, marcs o règims de prestacions socials dirigits exclusivament a persones amb discapacitat, els quals solen ser inflexibles, en el millor dels casos, o incompatibles en el pitjor amb altres tipus de prestacions o beneficis socials¹⁴⁷. Això podria suposar un conflicte amb l’article 28 i l’article 12 de la Convenció.

(g) Voluntaris

«La persona debe tener **derecho a rechazar el apoyo** y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento».

¹⁴⁷ Cfr. BARRIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 208.

Com veurem més endavant, el dret a decidir, porta aparellat uns altres drets, com el dret a poder rebutjar el suport si la persona ho desitja. Aquesta possibilitat o faceta del dret no és més que la materialització d'una decisió, sobre la qual s'ha d'atendre a la voluntat de la persona i no al millor interès d'aquesta. Aquí cal destacar la rellevància de la *voluntarietat* en l'articulació de mecanismes o suports orientats a la presa de decisions.

(h) Associats a salvaguardes

«Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y preferencias de la persona».

Aquesta qüestió, de gran interès per preservar la seguretat jurídica i l'interès de les pròpies persones amb discapacitat i l'interès de tercers, no ha estat desenvolupada de forma extensa per la Convenció ni pel Comitè. No obstant això, sí que queda clar, que les salvaguardes s'establiran, en tot cas, per respectar la voluntat, els desitjos i les preferències de la persona amb discapacitat. Més endavant, quan parlem de les salvaguardes, veurem com queda, també, protegit l'interès de tercers¹⁴⁸.

(i) En base a indicadors no discriminatoris de la capacitat

«La **prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental**; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo».

El Comitè estableix que es requereixen d'indicadors nous per avaluar les necessitats de suport. Els models basats en l'avaluació de la competència mental són rebutjats pel Comitè al ser considerats discriminatoris, ja que perpetuen el model d'exclusió social i de vulneració de drets per algunes persones amb discapacitat¹⁴⁹.

Amb el model social de la discapacitat s'aposta per introduir noves tècniques d'avaluació de les necessitats, amb la finalitat que una persona amb les mateixes competències mentals pugui disposar el suport que requereixi —en funció de la intensitat, freqüència, entre d'altres variables— i ponderant el context social en el que visqui i les barreres de l'entorn a les que s'enfronti.

¹⁴⁸ Vid. *Infra*, § 2.3.a).

¹⁴⁹ Cfr. PORXAS ROIG, Maria Àngels. «Análisis de la conformidad de la «nueva curatela» al modelo de apoyo a las decisiones». A: MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luís; MIRANDA ERRO, Javier; FLORES, Myriam. *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad*. Madrid: Aranzadi, 2019, p. 459.

5.3. Les salvaguardes per assegurar el respecte a la voluntat de la persona amb discapacitat i evitar els abusos i les influències indegudes

En els epígrafs precedents he analitzat els conceptes de *personalitat jurídica* i d'*exercici de la capacitat jurídica* que estableix l'article 12 i he abordat els requisits, trets o característiques dels *suports*, els quals són necessaris per a garantir l'exercici de la capacitat jurídica. Emperò, em queda fer referència al darrer concepte important que es desprèn de l'article 12.4 CDPD: les *salvaguardes*. Els Estats tenen l'obligació d'acompanyar les mesures de suport d'unes salvaguardes adequades i efectives, sota control d'autoritat judicial o anàleg, de manera que es preservi la voluntat del subjecte, al mateix temps que s'eviti l'abús, el conflicte d'interessos i la influència indeguda.

Actualment, una de les majors preocupacions de la nova manera d'entendre l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat se circumscriu al risc que pot comportar respectar les eleccions de les persones amb discapacitat. En aquest sentit, GOODING PIERS, defensa que respectar les eleccions que puguin comportar algun risc per a la persona amb discapacitat no significa donar l'esquena a aquestes persones. Ara bé, aquesta presa de decisions amb suport requerirà que es presti la deguda assistència perquè la persona compregui les seves responsabilitats i la implicació de les seves eleccions. En aquesta línia, el risc es pot mitigar millor amb instruments que contribueixin a evitar els abusos al que es poden veure sotmeses les persones amb discapacitat —salvaguardes— que amb mesures de substitució de la voluntat. D'aquesta manera —d'acord amb GOODING— s'estarà preservant la «dignitat del risc»¹⁵⁰.

Les salvaguardes, per tant, s'han d'entendre com un instrument vinculat als suports, però en cap cas s'han de confondre. De forma encertada, MARTÍN CALERO diferencia els suports de les salvaguardes quan afirma que: «no es posible asimilar apoyos y salvaguardias, porque: **(a)** los apoyos son un derecho de la persona con discapacidad, mientras que la salvaguarda es un deber del Estado; **(b)** la salvaguarda asegura que la medida que permite el ejercicio de la capacidad jurídica sea fiable y no perjudicial; **(c)** todo el conjunto: los apoyos, cualquier otra medida y sus correspondientes salvaguardias son un medio para hacer efectivo el derecho a la capacidad de obrar propia de la persona con discapacidad intelectual; **(d)** no se trata de que las personas con discapacidad intelectual tengan un derecho a su capacidad jurídica, sino que el Estado les proporcione un ejercicio seguro. El ejercicio de la capacidad jurídica es pleno e indiscutible, emana de la dignidad de las personas y no les puede ser arrebatado»¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cfr. GOODING, Piers. «Supported Decision Making: Rights Based Disability Concept and its Implications for Mental Health Law, Psychiatry, Psychology and Law». *Journal of Psychiatry, Psychology and Law*, 2013, núm. 3, p. 436.

¹⁵¹ Cfr. MARTÍN CALERO, Carlos. *Op cit*, p. 676-678.

Aquesta aposta per preservar la dignitat del risc i diferenciar les salvaguardes dels suports suposa un repte per a les institucions públiques i privades —i també per a les famílies i entorn— que han anat prestant i presten suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat. Aquestes institucions i persones, generalment, han desplegat un suport de caire representatiu amb la creença de major protecció en pro de les persones amb discapacitat. Davant el canvi que ens ocupa és legítim, per tant, que tinguin por a la responsabilitat davant un succés perjudicial per a la persona amb discapacitat¹⁵².

Precisament per ajudar a preservar el principi d'autonomia de la voluntat de la persona amb discapacitat i impedir l'abús sense caure en actituds paternalistes, l'apartat quart de l'article 12 obliga als Estats part a «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».

D'acord amb l'articulat de la CDPD, les salvaguardes es configuren com una obligació que tenen els Estats juntament amb la de prestar els suports necessaris per a garantir l'exercici de la capacitat jurídica. Des del meu punt de vista, les salvaguardes es configuren com a garantia de compliment efectiu del dret principal —garantir els suports adequats i necessaris en l'exercici de la capacitat jurídica—. Aquestes salvaguardes, al igual que els suports, han de complir amb una sèrie requisits per tal de configurar-se de manera adequada.

(a) Han de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona

Les mesures que s'adoptin per a l'efectiu exercici del dret a la capacitat jurídica han de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona¹⁵³. El Comitè matisa aquesta afirmació i diu que, amb el nou paradigma, «el principi de “l'interès superior de

¹⁵² En relació amb aquest tema és especialment rellevant el document elaborat pel Departament de Salut d'Anglaterra: una guia per a institucions públiques i provades que contrasta la presa de decisions amb suports amb una cultura d'avertió al risc, *vid.* Department of Health, National Risk Management Programme. *Best Practice in Managing Risk*. Londres: Department of health, 2007.

¹⁵³ Aquest ordre —primer els drets, després la voluntat i posteriorment les preferències— no és fortuït. En primer lloc, s'han de garantir els «drets», qualsevol sistema de suports ha de garantir l'exercici de tots els drets fonamentals de la persona. En segon lloc, s'ha d'atendre a la «voluntat», s'ha de prestar atenció a la manifestació de la voluntat de l'individu sigui amb el format que sigui. En tercer lloc, s'han de garantir les «preferències». Si no és possible recollir i recopilar la voluntat de la persona s'haurà d'indagar sobre les preferències de la persona en qüestió (*cfr.* BARRIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 289).

la persona amb discapacitat s'ha de reemplaçar pel respecte “als drets, la voluntat i les preferències” de la persona amb discapacitat» (vid. Observació General núm. 1, § 21).

Ni la CDPD ni el Comitè neguen que la persona requereixi un suport d'enorme intensitat per poder exercir la capacitat jurídica, però això no ha d'implicar fer valdre el principi de l'*interès superior* de la persona amb discapacitat per sobre la seva voluntat. En aquest sentit, els professionals hauran d'esmerçar-se i dedicar esforços per comprendre, mitjançant l'ús d'eines adequades, allò que expressen les persones acompanyades a través del seu comportament o, si és difícil esbrinar-ho, hauran d'atendre a la trajectòria vital de la persona. En aquest darrer cas és imprescindible involucrar a persones de confiança o a altres persones importants a la vida de la persona acompanyada amb la finalitat de conèixer els màxims detalls d'aquesta història vital.

Però aquesta idea que a ulls del Comitè és justa genera molts dubtes pels professionals del dret i pels professionals del sector social de la discapacitat. A tall d'exemple, tal i com apunta TORRES COSTA, el Consell General del Poder Judicial, seguint la jurisprudència del Tribunal Suprem¹⁵⁴ i el posicionament del Tribunal Constitucional¹⁵⁵, considera que en realitat el nostre ordenament jurídic és compatible amb la Convenció i qüestiona que principis com el d'interès superior siguin expulsats de l'ordenament pel que fa a la persona adulta amb discapacitat, ja que entén que el concepte d'atendre a la voluntat de la persona i a intentar, en casos més seves, esbrinar la seva trajectòria vital és clarament insuficient¹⁵⁶. No obstant això, el Comitè manté la seva postura interpretativa i, amb fermesa, assenyalava que l'interès superior es reserva per a les persones menors d'edat.

No obstant això, actuar d'aquesta manera ens allunyaria de la filosofia del model social de la discapacitat que obliga la CDPD i que demana que la persona estigui implicada, complementant, en el procés de valoració del suport necessari i en el procés de presa de decisions. En aquest cas, per defugir del principi de l'interès superior, s'ha d'apostar per la *planificació centrada en la persona*, com a nucli per a la determinació de les necessitats personals¹⁵⁷.

(b) Han d'evitar els conflictes d'interessos, les influències indegudes i els abusos

Les qüestions sobre el conflicte d'interessos i les influències indegudes tenen una llarga tradició. De fet, no hi ha dubte que, al llarg de la història del dret, s'ha fet palesa la preocupació per protegir a la persona amb discapacitat davant aquestes situacions

¹⁵⁴ Vid. Sentència Tribunal Suprem 282/2009 (Sala Primera, del Civil), 29 d'abril de 2009; Sentència Tribunal Suprem 617/2012 (Sala Primera, del Civil), 11 d'octubre de 2012 o Sentència Tribunal Suprem 244/2015 (Sala Primera, del Civil), 13 maig de 2015.

¹⁵⁵ Vid. Sentència Tribunal Constitucional 131/2010 i 132/2010, de 2 de desembre de 2010.

¹⁵⁶ Vid. TORRES COSTAS, María Eugenia. *Op cit*, p. 232.

¹⁵⁷ MARROYO MOLINA, Lluís; GRAÑANA SANCHO, Anna; BLANCO ROS, Ferran; LEOTTI, Paolo; MOTJÉ, Clàudia. *Models of innovative practices focusing on supported-decision making mechanisms*. Brussel·les: EASPD, 2021.

d'abús, però això no vol dir que s'hagi encertat amb la solució i els mecanismes articulats per fer-ho.

El suport significa poder d'autogovern i aquest és necessari per anar formant les pròpies opinions i creences. Les persones amb discapacitat s'han vist allunyades al llarg dels anys d'aquesta influència que roman, gairebé en exclusiva, supeditada a la de les seves famílies, els altres usuaris dels centres on assisteixen a fer qualsevol tipus d'activitat — laboral, oci, terapèutica, educativa— o a lluites professionals, protocols i normatives. Amb la CDPD s'entén que el que s'ha de vigir és l'excés, l'abús o la interferència danosa, però no la influència com a tal¹⁵⁸.

És per això que les salvaguardes han d'observar aquestes situacions on potencialment s'està extralimitant el suport i, per tant, transgredint la voluntat, els desitjos i les preferències de la persona amb discapacitat.

(c) Han de ser proporcionals i adaptades a les circumstàncies de la persona

En línia del que s'ha dit amb anterioritat, les salvaguardes s'han de formalitzar atenent a la circumstància personal de cada persona, tenint en compte l'entorn i la mesura de suport que li ha estat designada. No es poden organitzar suports i salvaguardes genèrics per a totes les persones. Cada persona necessita un tipus de suport, que ha de vindre justificat per les circumstàncies individuals de cada persona.

(d) Han d'aplicar-se en el termini més curt possible

Si el que estem buscant incentivar són mecanismes de suport on hi hagi un acompanyament a la persona i no una representació, entesa aquesta com substitució a la presa de decisions, el *termini més curt possible*, no tindria sentit. Entén BARRI, que l'article 12.4 operaria fora del model de suports i es projectaria sobre el règim jurídic que habilita la limitació de la capacitat jurídica de tota persona, garantint que la discapacitat no sigui el motiu d'aquesta limitació.

De la mateixa manera PALACIOS afirma que es tracta de salvaguardes en el sí d'un sistema d'assistència a la presa de decisions i, per tant, aquestes mesures haurien de preveure's per estendre's en el temps de la mateixa forma que s'estenen altres mesures d'assistència, és a dir, mentre siguin necessàries¹⁵⁹.

Ara bé, tot i compartir les idees dels autors citats, cal tenir present que les salvaguardes també han de ser ràpides pel que fa a la seva detecció, aplicació, acció i resolució de potencials situacions d'abús. És a dir, les salvaguardes han de romandre durant el temps que existeixi el suport i, precisament, aquestes s'han d'establir des del primer moment

¹⁵⁸ Cfr. MARTÍN CALERO, Carlos. *Op cit*, p. 676-678 i Observació General núm. 1, § 22.

¹⁵⁹ Cfr. PALACIOS RIZZO, Agustina. *Op cit*, p. 478.

en què s'inicia la relació de suports entre la *persona concernida* i l'*assistent*. Fins i tot, les salvaguardes poden començar a executar-se prèviament a la relació de suports. Sota el meu punt, una de les actuacions que ajuda a garantir l'exercici de la capacitat jurídica d'acord amb la voluntat, desitjos i preferències de la persona concernida és establir un acord de suports amb la persona, previ a la sol·licitud formal d'una mesura de suports. Això, que la llei no ho regula ni ho reconeix com una salvaguarda en sentit estricte, podria encaixar dins d'aquesta categoria, ja que compleix amb l'objectiu últim de les salvaguardes¹⁶⁰.

(e) Han d'estar subjectes a exàmens periòdics fets per una autoritat o òrgan judicial competent, independent i imparcial

Tal i com he apuntat anteriorment, les salvaguardes són obligacions dels Estats i els suports drets de la ciutadania. És per això que li correspon als primers assegurar-se que les salvaguardes compleixen el fi pel qual han estat designades.

L'Estat és el garant últim de l'efectiu exercici de la capacitat jurídica segons la voluntat, desitjos i preferències de la persona que esta realitza un determinat negoci jurídic i, per tant, a aquesta li correspon l'establiment dels mecanismes de control necessaris per valorar el correcte funcionament de les salvaguardes.

Per concloure, val a dir que les salvaguardes poden ser diverses, però s'haurà d'atendre sempre a la seva finalitat última: assegurar que la persona amb discapacitat pugui exercir la seva capacitat jurídica d'acord amb la seva voluntat, desitjos i preferències. A més, aquestes salvaguardes, a l'igual que els suports, s'hauran de designar en funció de les necessitats particulars de la persona concernida.

6. La qüestió sobre la creació, o no, de drets nous com a conseqüència de les necessitats *extra* que s'han de garantir per fer efectiu el dret a l'igual exercici de la capacitat jurídica

L'article primer de la Convenció afirma que el seu propòsit no és crear drets nous sinó «promoure, protegir i assegurar el gaudi ple i en condicions d'igualtat de tots els drets humans i llibertats fonamentals per a totes les persones amb discapacitat, i promocionar el respecte de la seva dignitat inherent». D'igual forma, l'Observació General núm. 1

¹⁶⁰ El Codi civil espanyol, al llarg del seu articulat, preveu actuacions que encaixen dins la finalitat de les *salvaguardes*. Per exemple, el deure de respecte dels drets, voluntat i preferències de la persona (art. 249.2 CCE); la prohibició de ser titular de mesures de suport a aquells que prestin serveis assistencials o residencials (art. 250.8 CCE); les causes d'inhabilitat per a l'exercici del càrrec de curador (art. 275.2 CC); els informes periòdics de seguiment sobre la situació personal i patrimonial de la persona concernida per part del curador (art. 265 i 270 CCE), entre d'altres. *Cfr.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. «Comentario al artículo 249 de la modificación de Código Civil». A: GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *Op cit.* El Codi civil català actualment, a l'espera de la reforma del llibre II, també preveu determinades actuacions dins la regulació de l'*assistència* que encaixen dins el concepte de salvaguarda. Per exemple, art. 226-2.4, 226-3.1, 226-5 CCCat.

estableix que «l'article 12 no crea drets addicionals per a les persones amb discapacitat, simplement descriuen els elements específics que els Estats part han de tenir en compte per garantir a les persones amb discapacitat el dret a la igualtat davant la llei, en igualtat de condicions a la resta».

Des del meu punt de vista aquestes afirmacions admeten matisos. Si bé és cert que les necessitats de les persones amb discapacitat no es cobreixen amb la mera creació de nous drets, sinó reconeixent de manera efectiva que tenen els mateixos drets i obligacions que la resta de conciutadans —això és al que entenc que es referia el Comitè—, no vol dir que no es puguin crear nous drets a partir de l'abstracció dels elements específics que els Estats han de tenir en compte per a garantir els drets de les persones amb discapacitat.

En aquest sentit, considero que malgrat la Convenció, en rigor, és un tractat internacional consensuat i elaborat sobre la base dels principis d'igualtat i no discriminació i el seu principal propòsit no és la creació de drets nous, hi ha alguns aspectes de l'article 12 que podrien considerar-se *drets específics* o *drets nous* per a les persones amb discapacitat. Drets que no s'han reconegut abans en altres tractats internacionals i que, a partir de l'entrada en vigor de la Convenció, les persones amb discapacitat tenen dret a reclamar una sèrie de mesures sota la base del reconeixement d'aquestes necessitats particulars o específiques.

6.1. El dret a assumir riscos i a cometre errors

Fer efectiu el dret a l'exercici de la capacitat jurídica implica garantir la *autonomia* i la *independència* personals. Aquests mots responen a la capacitat de ser propietari —entès com a beneficiari i responsable— de les decisions que afecten la vida d'un mateix i de les conseqüències que d'aquestes se'n deriven. En definitiva, son conceptes que atorguen a una persona la capacitat necessària per solucionar els problemes que li són propis.

Si s'aprofundeix en aquesta explicació, és lògic pensar que l'autonomia completa no existeix. Totes les persones, en algun moment de la vida, necessitem prendre decisions que depenen d'una multiplicitat de factors de diversa etiologia que requereixen de l'opinió, consell, suport i acció d'un altra persona per a materialitzar-les i adoptar un lideratge en positiu de la qüestió. No obstant això, els suports han de respectar sempre els drets, la voluntat i preferències de la persona, inclòs el dret d'assumir riscos i cometre errors (*vid.* Observació General núm. 1, § 23).

Disposar d'autonomia implica assumir obligacions derivades de les decisions que l'individu pren. Assumir responsabilitats i equivocar-se és un dret inherent a totes les persones malgrat que, *stricto sensu*, no es troba regulat com a tal a cap norma, però es troba implícit en el moment d'adoptar una decisió (*vid.* Art. 12.3 CDPD i Observació General núm. 1, § 23). El paradigma mèdic-rehabilitador assumia —i encara ara ho fa—

que el millor curs d'acció per protegir la persona i els seus béns era no «deixar-la caure», protegir-la fins al punt d'anul·lar la seva capacitat d'autogovern.

Amb el model social de la discapacitat, garantir el dret a assumir riscos i cometre errors permet construir una identitat pròpia, corregint els errors i aprenent de forma continua. L'autonomia no és més que un procés personal i evolutiu de la vida de cada individu, de manera que l'Estat no ha d'irrompre indegudament en les relacions privades de les persones i s'ha d'abstenir de coartar els drets i llibertats fonamentals, tal i com s'estableix a l'article primer de la CDPD¹⁶¹.

Les persones adultes, al llarg de la vida, desenvolupem habilitats per gestionar un pressupost familiar, per atendre una família o per escollir el lloc on volem viure i amb qui. Tot això, són decisions que ens ajuden a treballar la capacitat personal per a prendre decisions futures i minimitzar els errors que cometem. De fet, és adequat afirmar que cap persona neix amb tot el conjunt d'habilitats, múltiples i integrades, sinó que aquestes s'adquireixen amb el dia a dia. Basant-se en una suposició d'una manca d'aptitud per a l'exercici de la capacitat jurídica, a les persones amb discapacitat, se'ls hi han negat experiències vitals necessàries per a desenvolupar aquesta amalgama d'habilitats que permeten el desenvolupament de la capacitat en l'ésser humà. És difícil preveure com es pot realitzar el dret a la vida independent sense suposar positivament la capacitat de les persones i disposar d'estructures que afirmin i donin suport a la capacitat de les persones en tot tipus d'entorns personals i comunitaris¹⁶².

Amb el nou paradigma de la Convenció s'ha de buscar l'equilibri entre el suport adequat i el respecte a la dignitat humana. La persona amb discapacitat ha de tenir espais i eines per expressar i exercir la seva decisió. Això implica l'acceptació de risc, fins i tot quan les decisions semblen poc correctes o arriscades per a altres persones, el qual atorga un major valor al dret a l'exercici de la capacitat jurídica de la persona amb discapacitat¹⁶³. En aquest sentit es pronuncia el Comitè en l'Observació General núm. 1 quan estableix que «un dels principals objectius del suport en l'exercici de la capacitat jurídica és fonamentar la confiança i les aptituds de les persones amb discapacitat de manera que puguin exercir la seva capacitat jurídica amb menys suport a futur, si així ho escullen» (*vid.* Observació General núm. 1, § 24).

Per entendre aquesta qüestió des del punt de vista pràctic, plantejo un cas real que he tingut l'oportunitat de treballar, en primera persona, amb la Fundació Support-Girona, on he exercir com a voluntària durant la realització de la recerca i on hi segueixo vinculada actualment.

¹⁶¹ Cfr. BARRIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 259.

¹⁶² Cfr. Centre for Disability Law and policy NUI Galway. *Submission on Legal Capacity the Pireachtas Committee on Justice, Defence and Equality*. Galway: Centre for Disability Law and policy, 2011, p. 23.

¹⁶³ Cfr. European Network of National Human Rights Institutions; Mental Health Europe. *Implementing supported decision-making. Developments across Europe and the role of National Human Rights Institutions*. Naciones Unides, 2020, p. 9.

«Home de vint-i-vuit anys amb diagnòstic de trastorn mental de tipus psicòtic que se li suma un retard mental lleuger. L'entitat exerceix el càrrec de tutor. En aquest cas, la persona resideix a un centre especialitzat en trastorns de conducta de la província, ja que la convivència familiar, abans de disposar d'aquest recurs, era insostenible. Es produïen abusos verbals i físics envers ambdós progenitors agreujats per furt i robatoris constants en què la persona empenyorava joies i electrodomèstics per poder continuar mantenint un policonsum de substàncies tòxiques que va començar en etapa adolescent. Els progenitors han arribat a canviar de municipi en múltiples ocasions per tal d'evitar aquestes situacions i perdre de vista al seu fill tot i que no han aconseguit evitar que ell torni a trobar, s'instal·li a casa i es reiniciïn les conductes disruptives. Des que resideix en un centre especialitzat en trastorns de conducta aquestes conductes han disminuït i només tornen a aparèixer en les ocasions en què pernocta a domicili en les visites programades de cap de setmana amb la família. Addicionalment, al centre la persona té totes les seves necessitats cobertes i es controla l'adherència al tractament i s'evita per complet el consum de tòxics, fins al punt que s'ha assolit que la persona s'apunti a l'equip de futbol i al gimnàs o que sigui capaç de presentar comportaments socials normalitzats, tant en les visites que rep per part dels professionals com en les activitats que s'organitzen periòdicament amb altres companys. Tot i això, la persona manifesta el seu desig de no voler viure al centre, ja que el controlen i el que ell desitjaria és poder anar a viure amb la família. Els professionals de l'entitat, que han realitzat totes les gestions i tràmits requerits per aconseguir aquest recurs tenen conflictes a l'hora de respectar la voluntat de la persona en aquest sentit, ja que, d'una banda, la seva voluntat manifestada és la d'abandonar-lo, sense ni tan sols considerar que s'ha produït una millora substancial tant en aspectes personals i socials com en aspectes mèdics o en aspectes jurídics (des que la persona resideix al centre els pares no l'han hagut de denunciar com sí que ho havien fet en ocasions anteriors), essent l'alternativa que la persona planteja, a ulls dels professionals, una regressió i un pas enrere en múltiples aspectes».

6.2. El dret a rebre —o no— suports a l'exercici de la capacitat jurídica

El dret a rebre suports a l'exercici de la capacitat jurídica deriva del propi article 12.3 i 12.4 de la Convenció. Però en relació als suports és important assenyalar la diferència entre *rebre suports* i *rebre suports a l'exercici de la capacitat jurídica*. Diferència conceptual que va molt lligada a la referència que he fet abans sobre els conceptes de *persona amb discapacitat* i *persona que requereix suports a l'exercici de la capacitat jurídica*. Ambdues qüestions són cabdals per a l'abordatge posterior de la institució civil de l'assistència i la prestació pública de la mateixa.

Els suports a l'exercici de la capacitat jurídica han de generar un espai on la persona pugui expressar els seus desitjos i preferència i, en tot cas, les persones que fomenten aquest espai i ofereixen suport i acompanyament han d'acompanyar les diferents alternatives i possibilitats. Aquestes opcions s'han de plantejar en funció de les necessitats de la persona i valorant el seu entorn social, deslligades, en la mesura del possible, de la cosmovisió i creences de la persona que presta el suport. És la persona qui escull i qui expressa allò que vol.

Les persones que presten suport i acompanyament han d'ajudar a la persona que necessita suport a que prengui consciència de les decisions i entengui l'impacte i les conseqüències de la mateixa. Aquesta part no és pot obviar. Precisament, en aquest punt és important citar l'article 8 de la CDPD el qual assenyala que «s'han d'adoptar mesures per sensibilitzar la societat, lluitar contra els estereotips, promoure la presa de consciència de les capacitats i aportacions de les persones amb discapacitat (...)».

Freqüentment, es tendeix a pensar que aquests suports necessaris per a l'exercici de la capacitat jurídica es limiten al procés de presa de decisions, i és per aquest motiu que es justifica que les persones més vulnerables davant la falta de suports siguin aquelles amb una discapacitat intel·lectual o que experimenten una situació de salut mental. No obstant això, hi ha uns altres tipus de suports que es connecten amb l'accessibilitat i els ajustos raonables¹⁶⁴. Per exemple, necessitar un intèrpret a la llengua de signes seria un suport instrumental necessari per comprar una propietat, però això seria simplement un suport que actuaria en l'àmbit de la comunicació i no un suport a l'exercici de la capacitat jurídica, entès aquest com el suport que actuaria en l'acte de decidir realitzar un negoci jurídic concret.

Tal i com apunta l'article 12.3 CDPD aquests suports no només s'han de rebre en el moment de donar consentiment sinó durant tot el procés. El que ha de prevaldre és que la persona pugui decidir, en tot cas, si els rep o no i decidir, disposant i sopesant, tota la informació necessària.

Apunta BARRIFFI que «optar por la tesis que sólo la persona puede solicitar las medidas de apoyo, podría condenar a muchas personas con discapacidad a no poder beneficiarse de dichas medidas, sea por no conocerlas, por estar marginadas socialmente, por estar institucionalizadas, o por no tener ningún tipo de red social o familiar que les puede servir de apoyo. Por ello, probablemente sea necesario implementar un sistema que permita a las autoridades públicas y a terceros solicitar medidas de apoyo a favor de personas con discapacidad»¹⁶⁵. Sota el meu punt de vista, afegiria que, abans de permetre que les autoritats i tercers sol·liciten mesures a favor o en nom de la persona, s'hauria d'intentar explicar a la persona acompanyada les opcions de suports disponibles de les que podria disposar.

Per tots aquests motius justificats, dintre el dret a rebre suports, es troba el dret de la persona a no voler rebre'ls¹⁶⁶. D'aquesta forma ho reconeix el Comitè al paràgraf 10 de l'Observació General núm. 1: «algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2, de la Convención, y pueden

¹⁶⁴ Cfr. BARRIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 379.

¹⁶⁵ Cfr. BARRIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 369.

¹⁶⁶ Podríem justificar també que el dret a no rebre suports està vinculat amb el dret a equivocar-se o a cometre errors, ja que és la pròpia persona la que assumeix el risc que pot comportar no rebre acompanyament per a prendre una determinada decisió transcendent, o no tant transcendent, per a la seva vida i com aquesta decisió pot afectar a terceres persones.

no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3». En aquest moment sorgeix el dubte de si donar primacia al respecte de la voluntat i preferències davant l'interès superior. L'Observació General núm. 1 és clara en l'incís 17 quan diu que: «algunas personas pueden no desear ejercer su derecho a recibir apoyo».

En relació amb aquesta qüestió també s'ha valorat per persones expertes que «las decisiones que tomamos no suelen ser puramente racionales. Considerar las alternativas en una situación determinada no suele ser posible ni deseable en vista de la cantidad de tiempo que ello requeriría. Nuestras emociones afectan a nuestras decisiones sobre las opciones que merece, o no merece, la pena a sopesar. El proceso también se ve influido por nuestras experiencias y antecedentes sociales y culturales, incluidas nuestras redes personales. También asumimos riesgos y cometemos errores. Aprendemos de algunos errores, y repetiremos otros»¹⁶⁷.

De la mateixa manera que al punt anterior, pot ser útil exemplificar l'exercici d'aquest dret a través d'un cas pràctic.

«Dona de setanta-nou anys que actualment viu a una residència per a persones grans i en què l'entitat exerceix el càrrec de curador amb representació en l'àmbit econòmic i patrimonial i en aspectes personals —especialment relacionats amb la salut—, disposant de facultats per entrada a domicili i per acordar l'ingrés en centre mèdic o sociosanitari sempre que la situació ho requereixi. En els primers moments d'exercir el càrrec, la persona es troba en situació de sensellarisme pernoctant pel centre de Girona i establint-se diàriament a la via pública davant l'epicentre comercial de la ciutat acompanyada de diversos carros de supermercat que feia servir per endreçar i tenir controlades les seves pertinences. Financerament, la persona es trobava en una situació precària tot i disposar d'una pensió abundant —congelada per no haver presentat la fe de vida corresponent quan la Seguretat Social ho va requerir — a la que tenia dret gràcies al fet que havia treballat en l'àmbit de la sanitat pública. L'entitat realitza les gestions pertinents per reactivar la pensió i cobrar endarreriments, però a escala personal la persona rebutja tot el suport que se li ofereix (habitatge, visites mèdiques) en les constants visites que rep per part dels professionals i treballadors socials de l'entitat. Rebutja inclús que els professionals conversin amb ella i amb males maneres els fa fora cada dia que la van a veure. La situació crea alarma social i tant botiguers i comerciants de la zona com autoritats públiques posen en qüestió la intervenció de l'entitat, ja que no entenen com després de ser nomenats curadors i tenint facultats d'internament d'una persona aquesta encara es troba vivint al carrer després de tants mesos. Els professionals de Support-Girona entenen que si bé és veritat que l'entitat disposa de facultats per acordar un ingrés la persona també té dret a rebutjar el suport que els professionals li plantegen i que és bona pràctica, tot i aquest fet, que continuï rebent visites en què si li ofereixen alternatives per part dels treballadors socials. Finalment, després d'un llarg període de temps la persona accepta que se li ofereixi un espai per resguardar les seves pertinences i és arran d'una hospitalització urgent a causa d'una

¹⁶⁷ Cfr. Council of Europe. Commissioner for Human Rights. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*. Brussel·les: Council of Europe, 2012. A: DE SALAS MURILLO, Sofía. *Op cit*, p. 23.

caiguda i un empitjorament de la situació quan la persona reconeix que les opcions d'habitatge residencial que se li ofereixen potser són el que ella precisa. Acaba acceptant la proposta d'anar a viure en una residència per a persones grans per decisió pròpia i l'entitat no ha exercit una mesura coercitiva tot tenint-ne facultats».

6.3. El dret a la participació activa en la gestió dels suports

El dret a la participació activa en la gestió dels suports implica que la persona amb discapacitat és qui ha d'escollir quins suports vol que se li prestin, per qui i de quina manera.

La teoria moderna de la discapacitat i la ciutadania ha generat un nou concepte el qual rep el nom de *suport autodirigit* o *servei personalitzat* on és la persona qui escull com vol distribuir els fons disponibles per organitzar els serveis de suport. Aquest concepte ha estat encunyat així per experts de l'àmbit de la discapacitat i les polítiques socials i de ciutadania, els quals han treballat i treballen per transformar la manera en què es gestionen els serveis públics¹⁶⁸.

El suport autodirigit dona la possibilitat a les persones amb discapacitat, incloses aquelles amb discapacitat intel·lectual o psicosocial, a controlar el seu *pressupost personal* destinat a donar-los suport. Amb la finalitat que visquin on vulguin i puguin fer allò que desitgin, amb la finalitat de viure com un ciutadà/na en igualtat de condicions. En essència s'inverteix el sentit d'agència. De receptors de beneficència i usuaris de serveis a ciutadans i agents actius.

D'igual forma, es presenta un cas pràctic per exemplificar l'exercici del dret a la participació activa en la gestió dels suports.

«Dona de quaranta-quatre anys amb necessitats de suport que l'entitat Support-Girona ha passat d'exercir el rol de tutor a exercir el rol d'assistent amb facultats de representació. La persona es troba diagnosticada amb un trastorn mental de tipus esquizofrènia paranoide que es complementa amb un retard mental lleuger. Actualment, resideix a un centre especialitzat per a persones amb discapacitat i trastorns de conducta on disposa d'atenció integral 24 hores per parts dels professionals i disposa de totes les seves necessitats bàsiques cobertes. La persona participa activament en les activitats lúdiques se li proposen des del centre i a banda, escull de mutu propi quines vol realitzar pel seu propi compte. No ha treballat mai ni s'espera que es pugui incorporar a un recurs ocupacional o laboral. La relació amb la família és distant tant amb la mare — la persona duu a terme pernoctes al domicili matern de manera ocasional i quan retorna sempre manifesta el neguit perquè la mare no deixa que ella gestioni autònomament els diners de butxaca dels que disposa, entre d'altres— i amb el pare, amb el qual té molt poc contacte. Els seus pares es van divorciar fa molt de temps i actualment la mare resideix a Girona i el pare a Eivissa amb la seva germana gran. Tot i això, durant els

¹⁶⁸ Cfr. DUFFY, Simon. *Self-Directed Support. If it is so good, the why is it so hard? Skills*. Sheffield: Centre for Welfare Reform, 2018.

últims mesos la relació amb el pare ha millorat arran del fet que, després de molts anys, va poder fer un viatge a Eivissa durant una setmana, del que va tornar emocionada. Verbalment, manifesta que vol anar-se'n a viure amb el seu pare a Eivissa, ja que aquest li ha proposat aquesta opció. Es treballa amb la persona d'acord amb la metodologia I-DECIDE de suport en la presa de decisions quines serien les possibles decisions que ha de prendre, essent les bàsiques: **(a)** mantenir el recurs residencial a Girona i el contacte freqüent amb la mare i **(b)** optar per anar a viure a Eivissa amb el pare i la germana). A través del pla individualitzat de suport es treballa amb la persona les implicacions, conseqüències i riscos de cadascuna de les decisions així com les diferents accions a fer en cadascuna d'elles per tal que la persona pugui prendre una decisió de manera autònoma i tingui clar les responsabilitats i accions que s'han de dur a terme per materialitzar-les».

CAPÍTOL SEGON. LA RESPOSTA DEL LEGISLADOR CATALÀ L'ASSISTÈNCIA EXERCIDA PER UNA ENTITAT DE SUPORT

1. El comiat a la visió paternalista: primacia de l'autonomia de la voluntat i assistència professionalitzada per garantir l'exercici de la capacitat jurídica

La *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat* esdevé un veritable punt d'inflexió en l'assentament del model social de la discapacitat i exigeix abordar i configurar el dret a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat des d'una altra perspectiva: totes les persones han de poder exercir la seva capacitat jurídica en igualtat de condicions, sens perjudici dels suports que puguin requerir (*cfr.* Art. 12.2 CDPD). Per donar resposta a aquest canvi, el Comitè de drets de les persones amb discapacitat, recurrentment i en línia amb la Convenció, insta als Estats ha suprimir els procediments de modificació de la capacitat, els quals s'han de substituir per procediments de provisió de mesures de suport, tot respectant els drets, la voluntat i les preferències de la persona concernida¹⁶⁹.

Els Estats que en el seu moment van signar i ratificar la Convenció van quedar obligats pel seu contingut. A conseqüència, han hagut de modificar —o estan en procés de fer-ho— els ordenaments jurídics interns per adaptar-los als principis que instaura el text internacional. Sota aquesta premissa i vinculat a l'exercici de la capacitat jurídica, els Estats han de fer el possible per garantir els suports necessaris perquè les persones amb discapacitat puguin exercir la seva capacitat jurídica amb la deguda autonomia (*cfr.* Art. 12.3 CDPD).

Arran el mandat de la Convenció, les entitats del tercer sector sense ànim de lucre han assolit un paper cabdal a Catalunya. D'ençà que es va aprovar la Convenció i va entrar en vigor, s'han creat nombroses fundacions amb l'objectiu específic de donar suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la capacitat jurídica¹⁷⁰. Aquest augment permet considerar que, en matèria de prestació de suports, estem assistint a un canvi de model, ja que la confiança en l'àmbit familiar, sovint es desplaçada per l'assistència de caire professional¹⁷¹.

¹⁶⁹ *Cfr.* CRPD/ESP/CO/1; CRPD/ESP/CO/2-3 i Observació General núm. 1, § 3.

¹⁷⁰ La coneguda «Asociación Española de Fundaciones Tutelares» —ara denominada «LIBER, Asociación de entidades de apoyo a la toma de decisiones»— va publicar un estudi al 2015 on reflectia un augment del 653% en relació amb el número de persones acompanyades per fundacions tutelars, passant de 343 persones l'any 1988 a 2.388 l'any 2015. *Cfr.* Asociación Española de Fundaciones Tutelares. *Cómo son las personas con discapacidad intelectual apoyadas por las Fundaciones Tutelares* [infografia en línia]. Disponible a: <https://acortar.link/dd2V7b>, última consulta: 23 març 2023.

¹⁷¹ *Cfr.* TRESSERRAS, Josep; SUNYER, Marta; DE BARRÓN, Mikel; FERNÁNDEZ, Pedro María; PINAR, Arancha. «Estudio sobre la realidad de las fundaciones tutelares de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares». *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 2007, núm. 221, p. 76.

Les raons que abonen aquest canvi son diverses, però se'n poden destacar tres: **(a)** es garanteix la continuïtat dels suports; **(b)** el rigor en les situacions de conflicte i **(c)** es millora la coordinació amb altres agents socials i sanitaris de l'entorn de les persones acompanyades¹⁷².

Fruit de l'experiència pràctica del doctorat, he pogut conèixer el dia a dia d'aquestes entitats i participar en espais de treball conjunts, intercanviant opinions de forma constructiva, i escoltant diferents punts de vista, que tenen un impacte positiu en el sector de la discapacitat. Aquesta vessant pràctica de la investigació m'ha fet prendre consciència de la diversitat familiar i les noves formes de convivència, que fan necessària una política social que ajudi a descarregar a les unitats familiars de bona part de les seves responsabilitats tradicionals, incentivant la vida independent i l'autonomia de totes les persones. Per a la consecució d'aquesta necessitat social, les entitats del tercer sector, que disposen de personal professional qualificat i especialitzat, resulten claus i ajuden a sumar esforços entre persones, entitats i administracions¹⁷³.

Per tots aquests motius, en aquest segon capítol, analitzaré com ha evolucionat la legislació civil amb la finalitat de fomentar i garantir l'autonomia de la voluntat de la persona amb discapacitat i, de forma més específica, detallaré com aquesta legislació ha permès que les persones jurídiques puguin intervenir en el procés de garantir aquesta autonomia, exercint el paper de tutores —ara d'assistents— de la persona amb discapacitat¹⁷⁴. Per acabar, i d'acord amb aquesta habilitació, em referiré al règim de l'*assistència*, en tant que mesura de suport per excel·lència a Catalunya, i a les particularitats que d'aquesta se'n deriven quan és assumida per una entitat de suport.

¹⁷² Extret de les notes de la intervenció realitzada pel ponent Josep M^a SOLÉ I CHAVERO al I Congrés Internacional, realitzat a la Universitat de Barcelona el 14 i 15 de setembre de 2022, sobre «l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat i els suports la prestació dels quals assumeix l'Administració pública com a dret públic subjectiu de les mateixes».

¹⁷³ Si bé la investigació posa al centre a la persona amb discapacitat, s'ha de tenir en compte el rol que juga la família, ja que trobar-se en situació de discapacitat té unes conseqüències més enllà de l'esfera individual de la persona amb discapacitat (per exemple, *vid.* Plena Inclusión España. *Apoyo a las familias de personas con discapacidad intelectual en su proyecto de vida*. Madrid: Confederación Plena Inclusión España, 2019). En aquest sentit, el Dret civil català s'ha anat adaptant a les noves realitats familiars i socials (l'augment de l'esperança de vida, el fet que tant la dona com l'home tenen una feina remunerada i, per tant, canvia la concepció i el rol de la *persona cuidadora*, entre d'altres) donant resposta a l'obligació imposada als poders públics a l'article 40 de l'EAC referent a «garantir la protecció jurídica, econòmica i social de les diverses modalitats de família». El punt d'inflexió el trobem al Llibre II del Codi civil català que posa el focus en el respecte als desitjos i aspiracions individuals, tot i que abans ja s'havia treballat en aquesta línia. *Vid.* Llei 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions; Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció de menors desemparats i de l'adopció; Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars; Llei 12/1996, de 29 de juliol, d'aliments entre parents; Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família; entre d'altres.

¹⁷⁴ El meu objectiu és atendre a l'evolució de la normativa a Catalunya, tot i que s'han de fer referències a la normativa estatal per conèixer el context i entendre'n l'evolució.

2. El primer intent d'adaptació de la normativa civil a la Convenció de Nova York: la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya relatiu a la persona i la família

2.1. L'autonomia de la voluntat de la persona amb discapacitat i la capacitat natural com a eixos vertebradors de la Llei 25/2010, del llibre segon del Codi civil de Catalunya

El legislador català, el 29 de juliol de 2010, fent ús de les competències atribuïdes per l'article 129 de l'*Estatut d'Autonomia de Catalunya* (en endavant, EAC) en matèria civil, considerant les matèries reservades a l'Estat per l'article 149.1.8.a) CE i aprofitant la necessitat de refondre les diferents lleis civils especials en matèria de família per bastir una altra part del sistema jurídic privat i contextualitzar les transformacions socials, promulga la *Llei 25/2010, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*¹⁷⁵.

El llibre II del Codi civil català regula el dret de família i ho fa posant el focus en el desenvolupament individual, l'autonomia de la voluntat i la capacitat natural de totes les persones. Això suposa un repte respecte les tendències anteriors, que oferien una regulació neutra i purament tècnica per a equilibrar els plantejaments dels sectors ideològics que apostaven perquè la família, i la protecció de determinats individus (menors i persones amb discapacitat), quedessin fora de qualsevol ingerència pública, encara que això interferís al principi d'igualtat.

Però cada cop pren més força la cultura jurídica que advoca pel reconeixement dels drets humans, impulsada per l'aprovació de diferents tractats internacionals, entre els quals es troba la CDPD. Això implica afrontar la legislació relativa al Dret de família amb nous criteris que permetin, com ho pretén el Llibre II del CCCat, garantir l'autonomia de la voluntat de tots els individus¹⁷⁶. En aquest sentit es pronuncia el preàmbul de la Llei i afirma que «l'ordenament civil ha de fer possible, no obstant les necessitats de protecció per raó de discapacitat, que tothom pugui desenvolupar el seu projecte de vida i prendre part en la vida social» (*cfr.* Preàmbul Llibre II CCCat, § II.4).

Per aconseguir aquest propòsit l'ordenament civil català, a través de la Llei 25/2010, posa l'accent en dues qüestions. D'una banda, la *capacitat natural*, com a criteri que fomenta l'atribució de la capacitat d'obrar i que permet fer-ne una valoració gradual d'aquesta, no estrictament seccionada en etapes al llarg de la vida de la persona i d'altra

¹⁷⁵ Des de que la Generalitat de Catalunya va recuperar la competència legislativa en matèria civil, s'ha dut a terme una gran tasca en l'àmbit del dret de la persona i la família. *Vid.* Nota a peu de pàgina 172.

¹⁷⁶ ROCA I TRIAS, Encarna. «El llibre segon del Codi civil de Catalunya: panoràmica general». A: Institut Català de Dret europeu i comparat de la Universitat de Girona. *Qüestions actuals del dret català de la persona i la família*. Girona: Documenta Universitaria, 2013, p. 507 i s.

banda, fa un pas endavant en la regulació de les *institucions de protecció* de les de les persones majors d'edat que no es poden governar per si mateixes.

2.1.1. *La capacitat natural com a element definitori de l'autonomia de la voluntat*

A Catalunya, la trajectòria legislativa de les *institucions tutelars* s'ha caracteritzat per estar segmentada¹⁷⁷. Primer es regien pel Dret romà, les Constitucions i altres drets especials de Catalunya i després, pel *Codi Civil Espanyol* de 1889 (en endavant, CCE), la *Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil* (en endavant, LEC) i alguns preceptes de la *Compilació del Dret Civil de Catalunya* de 1960 (en endavant, CDCC). No es van regular pel legislador català, i de forma específica per a les persones amb discapacitat, fins a l'aprovació de la *Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la Tutela i Institucions Tutelars* (en endavant, Llei 39/1991). Tot i això, sí que s'havia sistematitzat la tutela per als menors d'edat a la *Llei 11/1985, de 15 de juny, de protecció dels menors* (en endavant, Llei 11/1985)¹⁷⁸. No obstant això, des dels primers textos es percep la intenció del legislador de vetllar pel foment de l'autonomia de la voluntat de totes les persones.

La primera norma que va tractar les institucions tutelars a Catalunya va ser la *Llei 39/1991, de Tutela i Institucions Tutelars*. Aquesta tenia l'objectiu d'endregar i actualitzar la fragmentació legislativa que hi havia en matèria d'institucions tutelars a Catalunya (cfr. Preàmbul, §1 Llei 39/1991), sota el principi bàsic de la *protecció integral* de la persona que ha de ser sotmesa a una institució tutelar i, seguint els models europeus, d'acord amb el principi del *major benefici pels incapacitats i d'acord amb la personalitat d'aquests* (cfr. Art. 1.2 Llei 39/1991). A més, va ser la primera, a l'Estat

¹⁷⁷ Les institucions que actualment coneixem com a *institucions de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat* (cfr. Títol XI del CCE) abans es denominaven *institucions tutelars*. Els precedents més remots els trobem al Dret romà clàssic i justinià. En aquella època s'exercia la *tutela impuberum* —del llatí, tutela sobre els impúbbers—, la *tutela mulierum* —del llatí, tutela sobre les dones—. Després, a l'època de les «XII Taules», també s'exercia la *cura furioses* —del llatí, curatela sobre els malalts mentals— i la *cura prodigi* —del llatí, cura sobre els pròdigs—. La tutela —i també la curatela— es configuraven com a categories jurídiques pròpies del Dret privat i el poder públic intervenia, de forma subsidiària, en ares a exercir la funció de vigilància i control¹⁷⁷. La situació de la persona amb discapacitat en aquell moment no es vinculava amb una situació administrativa permanent, sinó amb la constatació de què certes persones tenien dificultats per a governar-se per si mateixes a conseqüència de l'edat, la condició física o mental o alguna altra situació assimilada que feia necessària la resposta del dret (cfr. Cfr. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes. «Tutela y curatela en Derecho romano». *Revista general de derecho romano*, 2020, núm. 35, p. 14).

¹⁷⁸ Abans de la Llei 11/1985, el legislador català havia intentat legislar en aquest àmbit. Destaca el *Projecte de Llei de Tutela i Curatela de 1934*, el qual volia desenvolupar una regulació pròpia de la matèria —recuperant la dualitat curatela-tutela del dret romà— amb motiu de les característiques específiques del territori català, però el projecte no va prosperar. En canvi, la *Compilació de Dret civil de Catalunya del 1960* directament no va incloure cap referència a les institucions tutelars. Els propis ponents de la comissió per redactar el projecte de Compilació, DE ASÍS CONDOMINES VALLS i FAUS ESTEVE, relaten perquè van optar per no incloure aquesta matèria al text de la Compilació de 1960 (vid. DE ASÍS CONDOMINES VALLS, Francisco; FAUS ESTEVE, Ramón. *Derecho civil especial de Cataluña, Ley de 21 de julio de 1960 anotada*. Barcelona: Bosch, 1960, p. 42 i 43).

espanyol, en reconèixer la delació voluntària dels càrrecs tutelars (*vid.* Exposició de motius de l'Avantprojecte de modificació Codi civil de Catalunya).

Aquesta norma es va inspirar en el contingut de la *Llei 13/1983, de 24 d'octubre, de reforma del Codi Civil espanyol en matèria de tutela* (en endavant, Llei 13/1983), que tenia com a propòsit suavitzar el règim anterior i adaptar-se a la Constitució Espanyola de 1978. Les principals novetats de la Llei 13/1983, apunta BERROCAL LANZAROT, es poden sinteritzar en les següents: «**(a)** les causes d'incapacitat es deixen d'enumerar taxativament i s'identifiquen amb “malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixen a la persona governar-se per si mateixa; **(b)** es consagra el principi de pluralitat de guarda legal i, al costat del tutor, apareixen el curador i el defensor judicial¹⁷⁹; **(c)** s'abandona el model de tutela de família —tutor, protutor i consell de família— i s'instaura un sistema de tutela judicial o d'autoritat que comporta posar les institucions tutelars sota la salvaguarda de l'autoritat judicial que, entre altres coses, les constitueix i controla¹⁸⁰; **(d)** es permet incapacitar als menors quan es prevegi que la causa d'incapacitació persistirà després de la majoria d'edat; **(e)** es deroga el Decret del 1931 que permetia internar els malalts mentals quan s'aconsellava per prescripció facultativa i hi havia conformitat per escrit del parent, representant legal o persona amb qui convisqués el malalt; a partir de la reforma, excepte pels casos d'urgència, es requeria autorització judicial prèvia per procedir a l'internament d'un malalt mental»¹⁸¹.

¹⁷⁹ El curador no és el representant legal de la persona, ja que no supleix la seva voluntat ni li administra el patrimoni. El curador, reforça i canalitza la seva deficient capacitat complementar-la, motiu pel qual la seva funció és purament assistencial i no representativa (*cfr.* Sentència de l'Audiència Provincial de Huelva (AC 1998/3844), de 14 de març de 1998; Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid (AC 2002/323), de 13 de novembre de 2001 i Sentència de l'Audiència Provincial de Biscaia (JUR 2006/156760), de 21 de febrer de 2006).

¹⁸⁰ La regulació anterior a la Llei del 1983, assenyalava que havia de ser una persona física, preferentment familiar, qui assumís l'encàrrec de cuidar, protegir i administrar els béns de la persona amb discapacitat. Hi havia un òrgan denominat *consell de família* que nomenava al tutor, vigilava la seva actuació i autoritzava els actes que la persona que exercís la tutela no pogués fer pel seu compte. Per tant, amb la reforma del 1983 es passa d'un model de *tutela de família* a un model de *tutela d'autoritat*. Aquest *Consell de família* estava compost per les persones que el pare o la mare havien designat en testament i, en defecte, pels ascendents i descendents barons i pels germans i marits de les germanes vives del menor o incapacitat. Si el consell no arribava a tenir cinc persones, es completava amb els parents barons més pròxims d'ambdues línies paterna i materna i, si no n'hi havia o aquests no estaven oblidats a formar part del consell, el jutge municipal nomenava, en el seu lloc, a persones honrades, amb preferència pels amics dels progenitors del menor o incapacitat (*vid.* Art. 294 CCE, redacció original de 1889). Quan la persona no tenia familiars i estava internat en un centre assistencial, eren els caps de les cases d'expòsits —cases de beneficència que recollien i educaven els fills abandonats pels seus progenitors o les persones amb discapacitat— els tutors dels recollits i educats allí; també persones físiques, però la representació en judici d'aquells directors, en qualitat de tutors, estava a càrrec del Ministeri fiscal (*vid.* Art. 212 CCE, redacció original). En resum, el model anterior, responia a un sistema on els òrgans i el control pertanyien a la família del tutelat (*vid.* Díez PICAZO, Luis; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; ROGEL VIDEL, Carlos; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio i CAFFARENA LAPORTA, Jorge. «Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela». Madrid: Fundación General Mediterránea-Dirección General de los Servicios Sociales SEREM, 1977). En canvi, després de la reforma, el segon model es basava en el fet que el tutor, que generalment era un familiar, estava sota la supervisió i control de l'autoritat judicial o altre òrgan administratiu.

¹⁸¹ *Cfr.* BERROCAL LANZAROT, M^a Isabel. «Les institucions de protecció de la persona en el Codi civil de Catalunya, en especial l'assistència». *Revista de Dret privat*, 2012, núm. 12, p. 60.

En aquest sentit, la Llei 39/1991 de Catalunya instaura un sistema de pluralitat d'institucions de protecció pels incapacitats: la *tutela* (vid. Art. 3 a 68), el *protutor* (vid. Art. 69 a 72)¹⁸²; l'*administrador patrimonial* (vid. Art. 15.2)¹⁸³; la *curatela* (vid. Art. 73 a 83)¹⁸⁴; la *pàtria potestat prorrogada o rehabilitada* (vid. Art. 84 i 85), el *defensor judicial* (vid. Art. 86 a 90)¹⁸⁵ i la *guarda de fet* (vid. Art. 91 a 96)¹⁸⁶.

A diferència de la llei estatal, la normativa catalana opta pel model de *tutela familiar*, justificant aquesta decisió amb la tradició jurídica catalana. No obstant això, es distingeix entre la *delació testamentària*, ordenada pels pares mitjançant testament o capítols matrimonials, de la *delació judicial*, que només actua subsidiàriament si manca previsió dels progenitors. A més, aquesta llibertat de l'autoritat parental no vol dir que s'elimina la intervenció judicial, ja que serà el jutge qui nomenarà al tutor i li donarà possessió del càrrec, així com el remourà si s'escau i vetllarà pel correcte exercici del càrrec.

Cinc anys més tard de l'entrada en vigor de la Llei 39/1991, el legislador català va aprovar la *Llei 11/1996, de 29 de juliol, que modifica la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de Tutela i Institucions Tutelars* (en endavant, Llei 11/1996). La reforma s'emmarca en la creixent sensibilitat social envers els problemes que planteja la tendència a l'envelliment i patologies cròniques que disminueixen o anul·len la capacitat d'autogovern de les persones. De fet, el preàmbul de la Llei vincula aquesta iniciativa legislativa al *Pla Integral de la Gent Gran*¹⁸⁷. Aquesta norma suposa un avenç important pel foment de l'autonomia de la voluntat i el respecte de la persona en aquelles circumstàncies on no es podia governar per si mateixa (cfr. Preàmbul, §1 Llei 11/1996).

¹⁸² Aquest s'encarrega de «fiscalitzar, en primera instància, la actividad del tutor, autorizando actos, interviniendo en el inventario y en la rendición de cuentas y poniendo en conocimiento del juez cualquier irregularidad en el ejercicio del cargo» (cfr. Llei 39/1991, exposició de motius, § 6). La figura del tutor s'ajusta més a un model de tutela familiar; ja que és el protutor qui s'encarrega de fiscalitzar, en primera instància, l'activitat del tutor, per la qual cosa pot autoritzar actes, intervenir en l'inventari i en la rendició de comptes i posar en coneixement del jutge qualsevol irregularitat que observi en l'exercici del càrrec (cfr. BERROCAL LANZAROT, M^a Isabel. *Op cit*, p. 67).

¹⁸³ Aquest és nomena quan el patrimoni de la persona tutelada és d'una gran quantitat i cal separar el contingut personal del patrimonial. Aquest administrador exerceix la tutela conjuntament amb el tutor i amb la supervisió del protutor.

¹⁸⁴ La curatela es configura com un règim d'assistència i, per tant, complementava una capacitat insuficient, tal i com es regulava pel legislador estatal. Es distingia: el *curator bonorum* dels béns relictos; el curador del menor; el curador del pròdig i el curador de les persones incapacitades.

¹⁸⁵ Es tracta d'una institució provisional que operarà només per a la realització d'algun dels actes que requereixen nomenament de defensor judicial.

¹⁸⁶ Per primer cop es defineix aquesta institució com: «la persona física o jurídica que ha escollit de manera transitòria un menor que es troba desemparat per qui té l'obligació de custodiar-lo, o bé qualsevol altra persona que per raó de les seves circumstàncies personals necessita que la sotmetin a una institució de guarda de la seva persona i béns».

¹⁸⁷ Cfr. FERRER I RIBA, Josep. «Les lleis 10 i 11/1996, de 29 de juliol, d'aliments, i de modificació de la Llei de tutela i institucions tutelars». *Anuari 1996, Societat Catalana d'Estudis Jurídics*, 1997, p. 63.

A grans trets, a l'ordenament jurídic català, l'aptitud de la persona per realitzar actes amb eficàcia jurídica depenia de la seva capacitat d'obrar. Aquesta capacitat, al seu torn, se subordinava a l'edat o a l'aptitud per autogovernar-se. En el cas que aquesta darrera manqués, totalment o parcialment, la persona s'havia de sotmetre a un procediment d'incapacitació¹⁸⁸. La declaració d'incapacitació comportava una pèrdua de poder per a gestionar els propis assumptes i, a conseqüència, s'establia un règim de curatela —una altra persona acompanyava a la realització de determinats actes o bé, un règim de tutela —es designava un representant legal perquè actués en nom i en interès de la persona incapacitada—¹⁸⁹.

En línia de fomentar l'autonomia personal, la Llei 11/1996 va introduir una novetat important: l'*autotutela* (cfr. Art. 5 Llei 11/1996). Sobre la base d'aquesta figura qualsevol persona, en previsió de ser declarada incapaç, podia nomenar en escriptura pública un o més d'un tutor, protutor o curador i designar substituïts de tots ells o ordenar que una persona o més d'una fossin excloses dels càrrecs esmentats, així com anomenar qualsevol altre organisme tutelar establert per la Llei. En definitiva, se li permetia a la persona que patia una pèrdua progressiva de capacitat, designar o excloure a una o més persones per a protegir-la en un futur i així fer prevaldre la pròpia decisió per damunt de la crida legal. A més, arrel la creació de l'autotutela, es va establir el *Registre de Tutelas i Autotutelas*, on s'inscrivien les delacions atorgades en ús de la facultat prevista a l'article cinquè.

Tot i haver instaurat l'*autotutela*, segons FERRER I RIBA, hi havia un menyspreu criticable de la *capacitat natural* de la persona que preveia ser declarada incapaç, que no s'adia al criteri seguit pel legislador català i espanyol en altres actes de rellevància personal. A més, s'oposava a les orientacions més modernes de dret comparat com per exemple, la *interdiction volontaire* del dret suís o el *Betreuung* del dret alemany¹⁹⁰. Aquest menyspreu, l'autor el justificava amb la falta d'autonomia, de la persona que preveu la futura incapacitació, per constituir el seu règim de protecció —només ho podien instar el cònjuge, determinats parents i el Ministeri Fiscal— i per escollir les facultats que assumirien el tutor o curador i els criteris amb els quals les exercirien¹⁹¹.

¹⁸⁸ Vid. Articles 756 i s. LEC i 199 i 200 CCE, ambdues normes prèvies a la reforma de la Llei 8/2021.

¹⁸⁹ Tot i que a Catalunya, el curador, recordem que també podia assumir un poder de representació per a determinats actes si el jutge ho admetia expressament. Sobre aquest tema, vid. ARROYO AMAYUELAS, Esther. «El nou règim de la curatela derivada d'incapacitació en la Llei 39/1991, de la tutela i institucions tutelars». A: Universitat de Girona. *Materials de les vuitenes jornades de Dret Català a Tossa*. València: Tirant lo blanch, 1994.

¹⁹⁰ El dret alemany no preveu un acte jurídic de derogació total o parcial de la capacitat d'obrar. De fet, només preveu que en determinades circumstàncies una persona es pugui trobar necessitada de protecció al no poder fer-se'n càrrec dels seus assumptes (cfr. *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige*, 1990; posteriorment modificada. La modificació més important té lloc el 29 de novembre de 2009). D'altra banda, al dret suís existeix la denominada *tutela voluntària* o *interdiction volontaire* que s'organitza a petició del propi interessat si demostra que necessita suport per dirigir convenientment els seus negocis. La curatela només s'admetrà davant la hipòtesi en què un major d'edat no pugui atendre per sí mateix un negoci urgent o quan els interessos de la persona concernida estan en pugna amb els de tercers (cfr. *Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 1912).

¹⁹¹ Cfr. FERRER I RIBA, Josep. *Op cit*, 79.

Les normes que van succeir la Llei 11/1996 volien continuar apostant pel foment de l'autonomia de la voluntat, pràctica que ha acabat caracteritzant al legislador català al llarg dels anys. La *Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família de Catalunya* (en endavant, *Codi de Família*), tracta la tutela i la curatela de forma semblant a com s'havia fet fins aleshores, però de nou introdueix algunes modificacions.

En aquest sentit, es manté el binomi tutela-curatela, però a diferència del que establia la Llei 39/1991 s'estableix que el titular de la curatela no tingui la representació de la persona en situació d'incapacitat relativa, i es limita a completar la seva capacitat (*cfr.* Art. 242 *Codi de Família*). Sobre aquesta qüestió, BARDAJÍ GÁLVEZ considera que si el que es busca és ajustar el règim de protecció a les necessitats de les persones aquesta supressió no en resulta del tot encertada. Considera que la *falta d'autogovern* i la *dificultat d'autogovern* no són el mateix. Si una persona no té un efectiu impediment d'autogovern pot ser molt beneficiós que el/la jutge/essa encomani a la persona que du a terme les funcions de curadora la possibilitat d'atendre el pagament de despeses ordinàries que es poden generar. Aquesta curatela tindria un caràcter assistencial, però amb un contingut reforçat en determinats casos¹⁹². Permetre aquesta possibilitat, segons l'autora, contribuïa a perseguir l'interès de la persona sotmesa a protecció d'acord amb la seva personalitat¹⁹³.

Aquestes situacions —clarifica ENCARNA ROCA— estan configurades com un ofici del dret privat, que porta implícites determinades funcions. El tutor i altres titulars d'un càrrec tutelar, no ho són d'una situació subjectiva que poden exercir en benefici propi, sinó d'una situació composta de poders i de tots els drets inherents a aquests, la finalitat de la qual és la protecció¹⁹⁴.

A més, al *Codi de Família*, el sistema de tutela familiar que tenia prevalença en les anteriors normatives, amb la finalitat de conservar tradició jurídica de la societat catalana, es modifica. Així, se suprimeix la figura del protutors i es reforça la creació facultativa del consell de tutela (*cfr.* Art 226 a 236 *Codi de Família*).

¹⁹² Si el que es busca és ajustar el règim de protecció a les necessitats de la persona —diu BARDAJÍ GÁLVEZ— aquesta supressió no resulta del tot encertada. Considera que la «falta d'autogovern» i la «dificultat d'autogovern» no són el mateix. Per tant, si una persona no té un efectiu impediment d'autogovern pot ser molt beneficiós que el/la jutge/essa encomani a la persona que realitza les funcions de curadora la possibilitat d'atendre el pagament de despeses ordinàries que es poden generar. Aquesta curatela tindria un caràcter assistencial, però amb un contingut reforçat en determinats casos (*cfr.* BARDAJÍ GÁLVEZ, María Dolores. «Instituciones tutelares como formas de protección del incapacitado en Derecho Civil Catalán». A: LLEBARÍA SAMPER, Sergio (Coord.). *Un codi per al dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?: estudis en comparació del 50è aniversari de la Compilació*. Barcelona: Colección de formación continua ESADE, 2011, p. 184-185).

¹⁹³ Aquesta afirmació es justificava a partir del contingut de l'article 167.1 del *Codi de Família* que establia que «les funcions tutelars s'exerciran sempre en interès i d'acord amb la personalitat dels tutelats, assegurant la protecció de la persona tutelada, l'administració i guarda dels seus béns i, en general, l'exercici dels seus drets».

¹⁹⁴ *Cfr.* PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA I TRIAS, Encarna. *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de la persona i Dret de la família*. 1ª Ed. València: Tirant lo Blanch, 1998, p. 139.

El Llibre II del CCCat, seguint amb l'objectiu de les normes civils anteriors, fa un pas endavant per l'impuls de l'autonomia personal, posant l'accent a la *capacitat natural* de les persones com a fonament de la *capacitat d'obrar* (cfr. Art. 211-2 Llibre II CCCat). Així, el referit article estableix que «la capacitat d'obrar de la persona es fonamenta en la seva capacitat natural, d'acord amb allò que estableix aquest codi». A més, declara que «les limitacions a la capacitat d'obrar s'han d'interpretar d'una manera restrictiva, atenent a la capacitat natural».

La capacitat natural s'entén com aquella aptitud individual específica que demostra maduresa o seny per entendre l'abast i les conseqüències de l'acte que es vol realitzar¹⁹⁵. La capacitat natural s'ha vinculat, tradicionalment, a la capacitat d'obrar. Així, d'una banda s'havia d'acreditar la capacitat d'obrar necessària per atorgar un determinat acte, és a dir, la persona concernida havia de demostrar que no estava incapacitada i, d'altra banda, demostrar que es trobava en condicions psíquiques de poder dur a terme aquell acte en concret¹⁹⁶.

Quan amb la Llei 25/2010 el legislador relaciona aquests dos conceptes —incorporant la capacitat natural com a fonament de la capacitat d'obrar— s'entén que la pretensió és allunyar-se de la distinció clàssica i apropar-se a una concepció de capacitat d'obrar que vetlli pel respecte a la dignitat i lliure desenvolupament de la personalitat de les persones (cfr. Art. 10 CE) i s'acomodi amb les directrius i principis de la Convenció. Per tant, s'entén que el legislador busca que, d'acord amb l'article 211-3 CCCat, hi hagi una presumpció de capacitat, de manera que en cas contrari s'hagi de provar, positivitzant el principi *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*¹⁹⁷.

Ara bé, és important l'incís que, havent reconegut la relació entre la capacitat d'obrar i la capacitat natural, afegeix l'apartat primer: «d'acord amb allò que estableix aquest codi». Això ens demostra que el legislador, tot i la voluntat de fer un pas endavant en aquest sentit, té dificultats per abandonar totalment el criteri tradicional que associava la capacitat d'obrar a l'edat, l'estat civil o la condició civil de la persona.

De la mateixa manera ho entén EGEA I FERNÁNDEZ quan qüestiona que, malgrat la regulació incorporada pel legislador català envers la capacitat natural, no es podrien

¹⁹⁵ Cfr. EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Op cit*, p. 69; ARROYO I AMAYUELAS, Esther; et al. *Dret civil. Part general i dret de la persona. Op cit*, p. 138-139.

¹⁹⁶ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Introducción y parte general. Op cit*, p. 155. En aquest sentit, ALBALADEJO GARCÍA també entenia que «cuando la falta de idoneidad de la persona para celebrar ahora actos procede de que aquella carece actualmente de las condiciones psíquicas de entendimiento y voluntad necesarios para poderlos llevar a cabo (estado de perturbación mental, sonambulismo, hipnosis o embriaguez total, entre otros), se habla, por muchos, de que *incapacidad natural*; cuando la falta tiene su origen, no en esa ausencia de entendimiento y voluntad adecuados, sino en otras causas, se suele decir que existe *incapacidad legal*». Veure també l'explicació dels epígrafs 4.1 i 4.2 del capítol primer sobre els conceptes de *personalitat jurídica* i *capacitat jurídica*.

¹⁹⁷ Cfr. EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther. *Op cit*, p. 73.

desplaçar les funcions representatives establertes en una sentència de modificació de la capacitat¹⁹⁸.

Sota el meu punt de vista, al legislador català li resultava difícil, desvincular la capacitat d'obrar de l'estat civil —d'incapaç— d'una persona, tenint en compte que hi havia una manca de correspondència entre el que pretenia l'ordenament jurídic català —no només amb la capacitat natural, sinó també amb les institucions de protecció que analitzaré a continuació— i la regulació estatal sobre modificació judicial de la capacitat (*cfr.* Art. 200 CE i 756 i s. LEC, previ reforma Llei 8/2021). En definitiva, les idees del legislador no encaixaven dins un sistema i una societat que pressuposava que la modificació de la capacitat era necessària per protegir als adults que no podien governar-se per ells mateixos¹⁹⁹.

No obstant això, era difícil assolir aquest objectiu, però no inabastable. L'article 149.1.6 CE estableix que l'Estat espanyol té competència exclusiva en matèria processal, però s'estableix una excepció en relació amb les «particularitats que es puguin derivar del dret substantiu de les comunitats autònomes».

El Tribunal Constitucional a les sentències 47/2004, de 25 de març, i 80/2018, de 5 de juliol, entre d'altres, ha tingut ocasió de pronunciar-se amb deteniment sobre l'abast de la competència autonòmica en l'àmbit processal i la metodologia que s'ha de seguir per enjudiciar si s'ha respectat, o no, la competència en un cas concret²⁰⁰. Així, la STC 47/2004, al fonament jurídic quart estableix que:

«La competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el artículo 149.1.6 CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a

¹⁹⁸ *Cfr. Op cit*, p. 70.

¹⁹⁹ D'acord amb els comentaris de EGEA I FERRER, tot l'innegable novetat de regular la capacitat natural pel legislador català, la seva formulació s'ha vist limitada pel règim constitucional de distribució de competències entre l'Estat i les CCAA. Això ha fet que l'acció legislativa de la Generalitat de Catalunya s'hagi limitat a les institucions de protecció, obviant qualsevol actuació directa sobre el règim jurídic de la declaració judicial de modificació de la capacitat. Per tant, tot i la voluntat d'optar per un model més proper a la Convenció, les diferències respecte al dret espanyol són menors (*cfr.* EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Op cit*, p. 19-20).

²⁰⁰ La STC 80/2018, al fonament jurídic cinquè, sobre el cas particular i atenent als tres requisits que s'han d'analitzar per veure si una norma processal autonòmica constitueix una «necessària especialitat» diu: «(...) que el derecho sustantivo autonómico viene conformado en el presente caso por las normas en materia de vivienda recogidas en la propia Ley 2/2017. En segundo término, hemos de destacar, también, que el precepto autonómico no introduce propiamente una especialidad, sino que modifica, ampliándola, una categoría jurídica relevante en el ámbito procesal y, por tanto, regulada por el derecho procesal general, como es el ejercicio de la acción popular. Y, por último, en tercer lugar, esa ampliación no se conecta de forma directa con una peculiaridad del derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma. La representación procesal del Gobierno de la Generalitat no ha ofrecido justificación alguna de la eventual necesidad de una especialidad procesal en este ámbito, con respecto a las normas procesales generales. Esa necesidad tampoco se deduce de la propia Ley 2/2017, por lo que, en definitiva, la norma impugnada no puede considerarse amparada en la competencia autonómica en materia procesal».

vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el artículo 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión 'necesarias especialidades' del citado precepto constitucional, tan solo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por estas».

D'altra banda, metodològicament, estableix tres requisits que s'han de complir per afirmar si una norma processal autonòmica constitueix, o no, una «necessària especialitat» processal, que trobi la seva legitimitat constitucional a l'article 149.1.6 CE. Així:

«(...) Primero, ha de determinarse cuál es el derecho sustantivo autonómico que presenta particularidades; segundo, hay que señalar respecto de qué legislación procesal estatal y, por tanto general o común, se predicen las eventuales especialidades de orden procesal incorporadas por el legislador autonómico; y, finalmente, ha de indagarse si, entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico en la norma impugnada, existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales».

Per tant, els requisits que s'han de complir per respectar l'article 149.1.6 CE són:

- a) Determinar quin dret substantiu autonòmic presenta particularitats.
- b) Determinar en relació amb quina norma processal estatal es presenten aquestes particularitats.
- c) Esbrinar si les peculiaritats de l'ordenament substantiu autonòmic i les singularitats processals incorporades pel legislador autonòmic tenen una connexió directa tal que justifiqui les especialitats processals.

Alineat amb els principis de la CDPD, el legislador català dota d'una especial importància a la *capacitat natural* de les persones a i la situa en el fonament de la *capacitat d'obrar*, inclús introdueix noves figures de protecció per a les persones amb discapacitat, com l'assistència que analitzaré a continuació per ajustar-se al màxim al mandat internacional. No obstant això, va mantenir la tutela i la curatela perquè entenia que, al no poder establir un règim processal autonòmic propi i, per tant, haver-se de sotmetre a la LEC, no podia prescindir del procediments de modificació de la capacitat. Tot i així, per aplicació de l'article 149.1.6 CE hi havia l'opció de defensar que les noves institucions jurídiques que es volien introduir gaudien d'una particularitat tal que obligaven a establir un règim processal particular en l'àmbit autonòmic²⁰¹.

²⁰¹ ARROYO AMAYUELAS afirma que el legislador català no només ha deixat passar l'ocasió de regular aquest extrem sinó de preveure el supòsit a la Llei de Jurisdicció Voluntària (*cfr.* EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Op cit*, p. 474).

D'acord amb l'opinió de DE BARRÓN ARNICHES «el Llibre II del Codi civil català perd l'oportunitat d'optar per les figures veritablement necessàries i desenvolupar bé el seu contingut obligacional, les maneres de controlar el seu exercici per part de l'autoritat, la seva interrelació amb la resta de figures de protecció i inclús els criteris de preferència d'unes figures sobre altres, tal i com s'observa en altres legislacions civils». Considera que «la justificació que el legislador utilitza per emprar una diversitat de règims de protecció²⁰² no és del tot adequada, ja que la pròpia Llei d'Enjudiciament Civil estableix que la sentència que declara la incapacitació determinarà l'extensió i els límits de la mateixa, de manera que s'acomoda a les circumstàncies específiques de cada cas»²⁰³.

CABALLOL ANGELATS, en un article on va tenir l'oportunitat de comentar l'entrada en vigor de la *Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la Jurisdicció Voluntària* (en endavant, LJV), va aprofitar per comentar el supòsit en què una norma de dret civil català contradiu l'establert per una norma processal estatal i considera que si hi ha alguna discrepància entre la norma estatal i autonòmica, el primer no obliga al segon a fer cap canvi, però si el legislador català vol canviar de criteri li correspondrà a ell la competència per a fer-ho²⁰⁴.

En conclusió, i sens perjudici de la justificació que hagués pogut donar el legislador català en relació amb aquesta «particularitat», podem afirmar que l'oportunitat del legislador català d'anar més enllà amb el Llibre II es tracta d'una qüestió poc pacífica i que admet nombroses interpretacions. Molt probablement, anar cap aquesta via, hagués comportat la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat que hagués endarrerit l'aprovació del Llibre II del Codi Civil de Catalunya.

Seguint amb l'evolució del legislador català en adequar l'ordenament jurídic per a fer efectiu el dret a l'igual exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, el 9 de juliol de 2021 —sota el meu punt de vista, conscient el legislador de què havia aprovat una legislació insuficient respecte al mandat internacional— es publicava un Edicte al Diari Oficial de la Generalitat, pel qual se sotmetia a informació pública *l'Avantprojecte de Llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi Civil de Catalunya*. No obstant això, cap dels canvis introduïts es refereix als mecanismes de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat. En l'exposició de motius s'argumenta que «la complexitat d'aquesta reforma fa que sigui convenient deixar per un moment posterior la reforma dels sistemes de protecció».

²⁰² «Recurs massa dràstic i poc respectuós amb la capacitat natural de la persona protegida» (Cfr. Exposició de motius, Llibre II CCCat).

²⁰³ Cfr. DE BARRÓN ARNICHES, Paloma. «La acumulación de Instituciones de protección de la persona en el nuevo libro II del Codi Civil de Catalunya». A: FLORENA I TOMÁS, Carles Enric; FONTANELLAS MORELL, Josep Maria. *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuenta aniversario de la compilación*. Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas sociales, 2011, p. 221.

²⁰⁴ Cfr. CABALLOL I ANGELATS, Lluís. *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el dret català*. Materials de les Dinovenes Jornades de Dret Català a Tossa/Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, 2017, p. 434-458.

Però sí que es proposa una modificació en relació amb els articles 211-1 i 211-3 del Llibre II del CCCat. En particular, és important ressaltar la redacció que es proposa per l'article 211-3 CCCat, ja que deixa enrere el concepte de *capacitat d'obrar* i engloba, sota el concepte de *capacitat jurídica*, l'aptitud per se titular de drets i obligacions i l'aptitud per poder-los exercir. En aquest sentit, l'exposició de motius estableix que «d'acord amb la CDPD s'ha reconegut la capacitat de totes les persones i s'han eliminat les referències a la incapacitació, contemplant mesures de suport que tinguin en compte la voluntat de la persona en la presa de decisions que li afectin».

Així, mentre l'anterior 211-3 CCCat feia referència a la *capacitat d'obrar* i la limitava restrictivament en funció de la *capacitat natural* de la persona, el nou precepte deixa clar que totes les persones poden exercir per sí mateixes els seus drets civils d'acord amb la seva capacitat natural. En tot cas, aquestes persones, si ho necessiten, podran sol·licitar mesures d'assistència o de suport, les quals hauran de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona i ser conformes a la seva dignitat.

En el darrer apartat de la nova proposta de redactat de l'article 211-3 CCCat es recorda que totes les persones poden exercir el dret de sufragi d'acord amb el que estableix la legislació electoral²⁰⁵.

Un altre aspecte important té a veure amb el propi concepte de discapacitat. El text de l'avantprojecte opta per no definir en l'articulat el terme *discapacitat*, en tant que no ha de servir per establir cap discriminació ni diferenciació. No obstant això, en l'exposició de motius es diu que la discapacitat «dona lloc a l'adopció de mesures –no limitades a aquelles persones que es consideren que tenen una discapacitat per complir els requisits de la norma administrativa– atesa la concurrència d'un condició física, mental, intel·lectual o sensorial permanent que interfereix en el desenvolupament de la vida i la integració en l'entorn social, que és objecte de protecció per garantir l'exercici de drets».

La norma, tot i no reformar àmpliament els sistemes de protecció de les persones, deixa clar que «cap situació personal ha de restringir la capacitat de les persones i la voluntat s'ha de tenir en compte en tots els actes que li afectin», sens dubte un dels principis bàsics que instaura i exigeix per als Estats la Convenció de Nova York.

²⁰⁵ Aquesta precisió es fa tenint en compte que fins a l'entrada en vigor de la *Llei Orgànica 2/2018, de 5 de desembre, per a la modificació de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del Règim Electoral General per garantir el dret de sufragi de totes es persones amb discapacitat*, les persones amb capacitat d'obrar modificada judicialment no podien exercir el seu dret a vot.

2.1.2. *Les institucions de protecció de la persona major d'edat: l'assistència com a mitjà de protecció a disposició de les persones majors d'edat amb una «disminució no incapacitant»*

En la línia dels principis de la CDPD, el Llibre II del CCCat, responent a l'objectiu de garantir la plena autonomia de les persones amb discapacitat, fa un pas endavant en la regulació de les institucions de protecció de les de les persones majors d'edat que no es poden governar per si mateixes, però de forma molt subtil. Aquesta llei, tal com s'anuncia al preàmbul, «manté les institucions de protecció tradicionals vinculades a la incapacitació, però en regula d'altres que operen o poden eventualment operar al marge d'aquesta, atenint-se a la constatació que en molts casos la persona amb discapacitat o els seus familiars prefereixen no promoure-la. Aquesta diversitat de règims de protecció sintonitza amb el deure de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, i amb els principis de proporcionalitat i d'adaptació a les circumstàncies de les mesures de protecció, tal com preconitza la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat» (cfr. Preàmbul, § 3, b Llibre II CCCat).

Un clar exemple el trobem en la resposta jurídica que es dona davant la possible pèrdua progressiva de les capacitats cognitives i volitives de la persona. Així, s'admet que, d'haver-se atorgat un poder en previsió d'una pèrdua de capacitat, el fet que aquesta circumstància s'arribi a produir no comportarà, necessàriament, l'extinció del poder. És a dir, es permet que sense necessitat de constituir la tutela, l'apoderat pugui continuar cuidant dels interessos de la persona que ja no es val per si mateixa. Amb aquesta novetat es pretén que no sempre s'hagi de recórrer a un procediment d'incapacitació i a la constitució formal de la tutela, que es configura com una mesura de protecció, especialment en els casos de desamparament de la persona incapaç, quan a la greu malaltia psíquica se li afegeix la falta, inadequació o impossibilitat de suport familiar (cfr. Preàmbul, § 3, b), apartat cinquè, Llibre II CCCat).

A banda d'aquest canvi en el règim jurídic de la tutela, el legislador català, inserta dues noves institucions dirigides a protegir i afavorir l'autonomia de les persones que necessitaven protecció: l'*assistència* i el *patrimoni protegit*.

L'*assistència* es plantejava com una solució davant situacions en què una persona major d'edat necessitava un suport per a tenir cura de la seva persona o els seus béns a causa de la «disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques» (cfr. Art. 226-1 CCCat, abans de la reforma introduïda pel Decret 19/2021). Segons el preàmbul del Llibre II CCCat (cfr. part tercera, lletra b), § 9) l'assistència és un model de protecció paral·lel a la tutela o la curatela.

El que es pretenia amb aquesta figura era reduir els procediments d'incapacitació i desjudicialitzar aquest àmbit de la persona. Ara bé, no tothom hi era procliu i des de l'entrada en vigor del Llibre II CCCat aquesta figura va ser qüestionada. Les famílies no

hi veien la utilitat i consideraven que no quedava clar el paper que jugava l'assistent. I part de la doctrina dubtava de l'eficiència de la reforma, amb base en una regulació insuficient. De fet, durant el procés parlamentari, el grup popular de convergència i unió va fer una esmena on demanava la supressió del capítol IV relatiu a l'assistència²⁰⁶.

El terme *disminució no incapacitant* sobre el qual es construïa l'assistència era especialment important. Amb aquesta expressió es pretenia que la poguessin constituir les persones que no s'havien sotmès a un procediment d'incapacitació. És a dir, no era necessari recórrer a la incapacitació per poder adquirir un suport: es presumia que la persona tenia suficient capacitat natural per a exterioritzar les opcions personals i celebrar actes d'administració del patrimoni. Alguns autors consideraven que aquesta expressió no era la més encertada i en proposaven d'altres com «situació que duu a sol·licitar el nomenament d'un assistent no és suficientment greu per a la privació judicial de la capacitat d'obrar»²⁰⁷. Sota el meu punt de vista, en el moment en què es va valorar la incorporació de l'assistència al Llibre II del CCCat s'estava pensant en aquelles persones que, per regla general, acabaven sotmeses a un procediment d'incapacitació, només pel mer fer de comptar amb alguna malaltia de tipus intel·lectual o psíquic, contrariant clarament el model social de la discapacitat. Així, l'assistència es podia designar per a persones que tinguessin malalties que impediessin el seu autogovern, però que no eren persistents o que sí eren persistents no afectaven llur autogovern²⁰⁸.

Els trets més característics de la configuració d'aquesta institució es concretaven en: la voluntarietat per a la constitució de la mesura i el deure de respecte a la voluntat de la persona. Aquests trets característics segueixen tenint presència en la nova regulació, però la «voluntarietat per a la constitució», en determinats moments, es pot veure limitada.

Així, en relació amb la *voluntarietat*, tot i tractar-se d'una mesura judicial acordada en un procediment de jurisdicció voluntària, s'estava subjecte a la decisió personal i exclusiva de la persona que considerava que necessitava un suport. D'acord amb l'opinió de RIBOT IGUALADA «l'assistència està basada en el principi de lliure disposició de la mesura de protecció i la mesura depèn que la persona protegida, si conserva la seva capacitat natural, mantingui la seva conformitat en la vigència de la mateixa»²⁰⁹.

²⁰⁶ Cfr. BARRADA ORELLANA, Reyes; GARRIDO MELERO, Martín; NASARRE AZNAR, Sergio. *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 2011; BOSCH CAPDEVILA, Esteve; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni. *Las instituciones de protección de la persona en el dret civil de Catalunya*. Barcelona: Centre d'estudis jurídics i formalització especialitzada, 2010. A: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Op cit*, p. 469.

²⁰⁷ Cfr. EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Op cit*, p. 470.

²⁰⁸ Cfr. RIBOT IGUALADA, Jordi. «L'assistència: abast i limitacions de la nova institució». A: Institut de Dret Privat i comparat Universitat de Girona (Coord.). *Qüestions actuals de dret català de la persona i de la família*. Girona: Documenta Universitaria, 2013, p. 76.

²⁰⁹ RIBOT IGUALADA, Jordi. *Op cit*, p. 95.

Pel que fa al *respecte a la voluntat de la persona*, establia l'article 226-1.2 CCCat que «l'autoritat judicial haurà de respectar la voluntat de la persona que ha de ser assistida (...)». En tant que la persona escull qui vol i com vol que se li presti aquell suport, el jutge haurà de respectar aquesta voluntat. També ho haurà de fer la persona que presta assistència. Així l'article 226-2.2 diu que «l'assistent haurà de vetllar pel benestar de la persona assistida, respectant plenament la seva voluntat (...)». Aquest antic pronunciament es manté a la nova regulació i el nou redactat de l'article 226-1 fa referència expressa a la necessitat de «respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona que rep assistència».

D'altra banda, l'altra figura introduïda pel Llibre II del CCCat, el *patrimoni protegit*, comporta l'afectació de béns aportats a títol gratuït per la persona constituent, així com dels seus rendiments i béns subrogats, a la satisfacció de les necessitats vitals d'una persona afectada per una discapacitat psíquica o física de certa gravetat o per una situació de dependència severa. Fins a l'entrada en vigor del Llibre II del CCCat els patrimonis protegits constituïts a Catalunya es regien per la *Llei estatal 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat*, però atenent a la DT 1ª del Llibre II CCCat els règims de protecció constituïts abans de la seva entrada en vigor s'havien de regir, sobre els seus efectes i exercici de càrrecs, pel Codi civil català.

2.2. El rol de les entitats tutelars en relació amb les institucions de protecció de la persona amb discapacitat al Llibre II del Codi civil català

Un altre dels aspectes a destacar en relació amb els avenços que la legislació civil ha fet per garantir l'autonomia de la voluntat de la persona amb discapacitat té a veure amb el rol que han assumit, al llarg dels anys, les *entitats tutelars*.

Aquest punt és especialment important per a la investigació que m'ocupa, doncs justifica clarament la vinculació que el Dret privat té amb el Dret públic en el moment que obliga a l'entitat pública a garantir que les persones amb discapacitat disposin de les mesures de protecció que necessitin i, a més, l'habilita a que pugui prestar, directament, aquestes mesures.

El propi preàmbul del Llibre II CCCat reconeix que, en la línia del camí encetat en aquesta matèria, hi ha necessitat d'aprofundir en l'aptitud per exercir els càrrecs tutelars per part de les entitats no lucratives dedicades a la protecció de persones incapacitades. Considera que aquestes han de tenir una certa especialització i, per tant, si no disposen de mitjans suficients per prestar el càrrec adequadament haurien d'excusar-se. També haurien de fer-ho si les condicions personals de la persona tutelada son alienes als fins pel qual aquestes entitats han estat creades. Finalment, en línia amb la crítica unànime que havien fet els operadors jurídics, també s'ha revisat el règim de rendició de comptes

durant l'exercici del càrrec i al final d'aquest, de manera que s'han de rendir davant l'autoritat judicial que ha constituït la tutela.

Concretament, aquesta qüestió es troba regulada a l'article 222-16 del Llibre II CCCat de la següent forma: «1. Poden ésser titulars de la tutela les persones jurídiques sense ànim de lucre que es dediquin a la protecció de persones menors o incapacitats i que compleixin els requisits que estableix la llei. 2. Les persones jurídiques han de notificar a l'entitat Pública competent el nomenament i el cessament com a tutors en el termini de quinze dies des que hagin tingut lloc. 3. Les persones jurídiques han d'assignar un o més professionals perquè es responsabilitzin del benestar del tutelat. Aquestes persones no poden incórrer en cap de les situacions d'ineptitud que estableix l'article 222-15».

La norma està inspirada en l'article 242 de la Llei 13/1983, la qual va ser permetre que persones jurídiques sense ànim de lucre, que tinguessin com a objectiu la protecció de menors i incapacitats, exercissin la tutela de persones amb discapacitat. Aquest canvi va venir propiciat pel neguit de moltes famílies sobre a qui encomanar la guarda del seu familiar incapacitat quan elles morissin²¹⁰.

En concret, l'article 242 de la Llei 13/1983 establia que «podrán ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados»²¹¹. Aquest article s'aproxima als ordenaments jurídics d'altres territoris que ja feia temps que permetien que persones jurídiques poguessin exercissin la tutela de persones amb discapacitat²¹². No obstant això, la norma espanyola continuava focalitzada amb les persones físiques, ja que molta regulació relativa a la tutela no especificava res pel cas que una persona jurídica l'assumís. De fet, es preferia optar ambigüament pel terme *persona*, sense referir-se a si aquesta era física o jurídica²¹³.

A conseqüència de l'habilitació promoguda per la legislació civil perquè les persones jurídiques poguessin exercir la tutela de les persones amb discapacitat, es van començar

²¹⁰ Cfr. MUÑIZ ESPADA, Esther. *Las personas jurídico-privadas tutoras. En consideración al aspecto personal de la tutela*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 59; PERALES RAMÍREZ, Luis. «Las fundaciones tutelares en España». A: VVAA. *Las personas con retraso mental*. Sevilla: II Jornadas de Fundaciones Tutelares, 1997, p. 112 i MERÍN CAÑADA, Tomás. «La tutela institucional». *Revista multidisciplinar de gerontología*, 2003, núm. 12. A: LEGERÉN MOLINA, Antonio. «El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas», p. 327.

²¹¹ Actualment, aquest supòsit es troba recollit als articles 275.1 CCE —«podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad»— i 276.7 CCE —«(...) En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador: 7. A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el artículo 275.1. II CCE (abans referenciat)»—, que determinen quines persones poden ser curadores i, entre aquestes, reconeix la potestat a fundacions i altres persones jurídiques sense ànim de lucre, públiques o privades, objectius principals de les quals siguin l'autonomia i assistència de les persones amb discapacitat.

²¹² Cfr. MUÑIZ ESPADA, Esther. *Las personas jurídico-privadas tutoras. En consideración al aspecto personal de la tutela*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 60.

²¹³ LEGERÉN MOLINA, Antonio. «La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma». *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 744, p. 1613.

a crear estructures jurídiques estables —inicialment associacions²¹⁴— per ajudar, d'una forma més eficaç, a les persones amb discapacitat a preveure el seu futur davant la potencial pèrdua de capacitat natural. L'experiència d'aquestes associacions —majoritàriament integrades pels familiars de les persones amb discapacitat— va demostrar que la figura jurídica que millor encaixava, per a la tasca que s'havia de desenvolupar i la necessitat de permanència, era la fundació. Així i tot, en aquell moment, les lleis existents fins al moment —*Llei General de Beneficència, de 20 de juny de 1849*, el *Codi Civil* o el *Reial Decret, de 14 de març de 1899, pel qual s'aprova la Instrucció per a l'exercici del protectorat del govern en la beneficència particular*, entre d'altres normés especials— no hi havia cap norma que complís amb l'article 34 CE que reconeix el dret de fundació per a fins d'interès general²¹⁵.

Amb l'aprovació, el 24 de novembre de 1994, de la *Llei 30/1994, de fundacions i incentius fiscals a la participació privada en activitats d'interès general*, es van anar creant fundacions tutelars *ad hoc* de caràcter privat que donaven resposta a la possibilitat que el dret oferís a les persones jurídiques per exercir la tutela d'una persona amb discapacitat²¹⁶. Més endavant, davant la creixent demanda cap a l'exercici de la tutela per persones jurídiques, van començar a sorgir persones jurídiques de caràcter públic que assumien les tuteles que judicialment se'ls hi encomanaven.

A propòsit d'aquesta situació és important fer referència a la *Circular 2/1998, de 3 d'abril de 1998, de la Fiscalia General de l'Estat, sobre l'assumpció de tutela per persones jurídiques públiques*. Aquesta tenia com a missió resoldre un debat recurrent que s'havia suscitat amb l'entrada en vigor de l'article 242 de la Llei 13/1982: la possibilitat que les entitats públiques poguessin ser nomenades *tutores ordinàries*. La Fiscalia General de l'Estat va reconèixer que «la competencia de tales entidades para asumir el cargo de tutor sobre la base de las genéricas atribuciones en materia de “asistencia social”, aun cuando en sus estatutos no figure expresamente la finalidad de menores e incapacitados».

Especialment interessant és el que explica LEGERÉN MOLINA en relació amb aquesta Circular de la Fiscalia General. Des de la publicació de la Circular comencen a dictar-se sentències que obrien camí al nomenament d'ens públics com a tutors ordinaris de persones amb discapacitat i, per tant, les administracions públiques van començar a crear organismes per assumir les tuteles deferides a càrrec seu. No obstant això, l'actuació requeria més agilitat i es va canviar la tendència: ara eren les entitats privades

²¹⁴ L'exemple més clar el trobem amb la «Fundació Atzegi» de Guipúscoa, fundada dos mesos més tard a l'entrada en vigor de la Llei 13/1983.

²¹⁵ Cfr. LEGERÉN MOLINA, Antonio. *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública*. Madrid: Arecs, 2012, p. 113.

²¹⁶ La Llei 30/1994, de fundacions i incentius fiscals a la participació privada en activitats d'interès general es va substituir per la Llei 50/2002, de 16 de desembre, de Fundacions. D'altra banda, en relació amb el marc normatiu sobre fundacions, Catalunya emprà la Llei 29/2002, de 30 de desembre, del llibre tercer relatiu a les persones jurídiques per refundre, sistematitzar i harmonitzar la legislació catalana d'associacions i fundacions, continguda a la Llei 7/1997, de 18 de juny, d'associacions, i a la Llei 5/2001, de 2 de maig, de fundacions.

que es constituïen com a entitats de Dret públic, però sotmeses al Dret privat²¹⁷. Aquest canvi de tendència era compartit pels jutjats que, sovint, tenien preferència perquè l'exercici de la tutela recaigués en una persona jurídica. D'aquesta manera la comunicació era més fluida que amb un parent i el criteri de la persona jurídica era més objectiu i imparcial²¹⁸.

Seguint l'experiència del Codi civil estatal, responent a l'augment considerable de les fundacions dedicades a la protecció de persones amb discapacitat, i amb la finalitat de donar compliment a la disposició addicional primera de la Llei 29/1991, el legislador català, per mitjà del *Decret 184/1994*, de 28 de juny, *crea la Comissió d'Assessorament i Supervisió de les persones jurídiques sense ànim de lucre que tinguin atribuïda la tutela de menors o incapacitats* (en endavant, *Decret 184/1994*). Dita Comissió serà gestionada per la *Unitat de Tuteles* de la Generalitat de Catalunya.

La Comissió d'Assessorament i Supervisió —vigent en l'actualitat amb el nom de Comissió d'Assessorament i Supervisió de les persones jurídiques sense ànim de lucre que tinguin atribuïda la tutela de menors o mesures de suports a les persones amb discapacitat en l'exercici de la capacitat jurídica, arrel la DA 1^a del *Decret 19/2021*— s'encarrega «d'assessorar i prestar assistència a les entitats tutelars, supervisar l'exercici de les seves funcions, emetre informes i fer propostes sobre el nomenament o la remoció de tutors, actualitzar el cens de persones jurídiques que poden exercir la funció de tutors i promoure la creació de persones jurídiques sense ànim de lucre per a l'exercici de funcions tutelars» (*cfr.* Art. 2 *Decret 184/1994*)²¹⁹. Amb la creació d'aquesta Comissió es pretén garantir una major coordinació i millor assessorament i assistència tècnica en qüestions d'aquest àmbit. Es configura com organisme especialitzat per exercir la supervisió i el control de les entitats de suport i promocionar l'increment de càrrecs exercits per persones jurídiques²²⁰.

²¹⁷ LEGERÉN MOLINA, Antonio. «El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas», *op cit*, p. 141. També, *vid.* Preàmbul de la Llei 30/1994 de *fundacions i incentius fiscals a la participació privada en activitats d'interès general*.

²¹⁸ Sobre aquesta qüestió, *vid.* SALINERO ROMÁN, Francisco. «Delación y ejercicio de la tutela por una persona jurídica». A: VVAA. *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional coordinado por Serrano García*. València: Tirant lo Blanch, 2003, p. 136; HEREDIA PUENTE, Mercedes; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal. *Protección legal de incapaces*. Madrid: Colex, 1998 i HEREDIA PUENTE, Mercedes; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal. «El ejercicio de la tutela de incapaces por persona jurídicas». *Revista La Ley*, 1998, núm. 218, p. 1537-1541.

²¹⁹ Val a dir que la modificació terminològica que aquest *Decret 184/1994* ha sofert amb l'entrada en vigor del *Decret 19/2021* no ha estat suficient, perquè se continua parlant de «nomenaments tutelars» quan la institució civil de la tutela ha desaparegut per a les persones majors d'edat amb discapacitat. És necessari un canvi de model —no només terminològic— que permeti a l'Administració fer un seguiment i control ajustat a les premisses de la CDPD i ara també, a la normativa civil en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica.

²²⁰ Sota el meu punt de vista, donat l'escenari en que ens trobem, les funcions que realitza la Comissió d'Assessorament i Supervisió haurien de ser revisades. De fet, es podria plantejar atorgar-li un seguit de funcions per garantir la qualitat en la prestació dels serveis de suport per part de les entitats. Ajudaria si es tractés d'un organisme especialitzat que, a més d'endreçar els nomenaments de suport, pogués ser un referent per a la ciutadania.

El Codi de Família no només va reconèixer la regulació a més de reconèixer que «poden ser tutors o administradores patrimonials (...) les persones jurídiques que no tinguin afany de guany i es dediquin a la protecció dels menors i dels incapacitats i que reuneixin els requisits establerts a la normativa vigent» (*cfr.* Art. 185 CF). Fins aquí, no fa més que replicar el que ja venia regulant la Llei 39/1991. Però a continuació, com que ja s'havia aprovat el Decret 184/1994, obliga a les persones jurídiques a notificar a aquesta comissió el nomenament i cessament com a tutors en el termini de quinze dies des de que han tingut lloc.

A més, estableix un règim d'incompatibilitats i un règim d'excusa. En aquest sentit, l'article 186 del Codi de Família, impedeix que siguin tutors o administradores patrimonials les persones jurídiques desqualificades o intervingudes per l'Administració o bé si les persones jurídiques no aconsegueixen amb els requisits que estableix l'apartat primer de l'article 185, això és: **(a)** no tenir afany de guany; **(b)** dedicar-se a la protecció dels incapacitats. Tampoc es permet que siguin tutors o administradores patrimonials aquelles que mantinguin una relació laboral d'assalariat o contractat o de naturalesa anàloga amb la persona incapacitada. D'altra banda, l'apartat segon de l'article 187 del Codi de Família, permet que es puguin excusar aquelles persones jurídiques que no disposin de mitjans suficients per al desenvolupament adequat de la tutela. Aquesta última consideració també es preveia a la Llei 39/1991.

Paral·lelament, el legislador estatal, davant l'increment d'ús de la «tutela exercida per una entitat pública», va confirmar, a través de 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 per a les persones amb discapacitat* (en endavant, Llei 41/2003), la possibilitat ja existent: la figura de la tutela *ope legis*. L'article 9 de la Llei 41/2003, afegeix un nou paràgraf a l'article 239 CCE i estableix que: «la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando este se encuentre en situación de desamparo²²¹. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»²²².

²²¹ Les persones reconegudes a l'article 234 eren les següents: cònjuge que convísqués amb el menor o incapacitat, pares, persona o persones designades per aquests en les seves disposicions d'última voluntat i descendents, ascendents o germans que designi el jutge.

²²² Més tard aquest contingut s'integra a l'article 239 bis CCE per la *Llei 26/2015, de 28 de juliol de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència*. Aquest disposa que: «la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234. Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad. Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del

Així, es confirmava l'habilitació en pro de les entitats públiques per exercir el càrrec de tutor quan no poguessin fer-ho els cridats per l'article 234 del Codi Civil el qual establia el següent: «para el nombramiento de tutor se preferirá: 1. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223; 2. Al cónyuge que convive con el tutelado; 3. A los padres; 4. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad; 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez».

No obstant això, LEGERÉN MOLINA va aportar una visió contrastada sobre el contingut de l'article 239.3 CE que, sota el meu punt de vista resulta encertada i serveix de base per aquesta recerca. L'autor considerava que la normativa específica que regulava el CCE sobre l'exercici de mesures de protecció per persones jurídiques era escassa i incompleta. Aquesta necessitava ser reformada per donar resposta als problemes que esdevenien de l'exercici del càrrec. Si bé afirma que després de l'aprovació de la Circular 2/1998 es va produir un augment de les atribucions de tuteles ordinàries a persones jurídiques, públiques o privades, i que l'article 293.3 del Codi civil va confirmar la possibilitat de nomenar com a tutora a una persona jurídica de caràcter públic, hi havia molts altres aspectes a millorar²²³.

Així, considerava que la normativa futura que s'aprovés en aquest àmbit —en aquest cas ha sigut la Llei 8/2021— havia de mitigar la judicialització de la tutela i havia de concedir un major poder d'autonomia al subjecte i la persona jurídica que presta li suport. I més encara, després de l'aprovació de la CDPD, que apostava per mecanismes no substitutius de la voluntat. A banda, considerava que s'havien d'incloure a les persones jurídiques, expressament, a la llista de potencials tutors, de manera que no només tinguessin cabuda en els supòsits on la persona, en previsió de necessitat de suport, ho hagués previst. Entre d'altres aspectes, valorava que es regulessin, de forma separada, les causes d'excusa i inhabilitació referides a persones jurídiques. Resulta sorprenent que un estat social i de dret admeti que una Administració pública eludeixi els càrrecs deferits justificant-ho amb una carència de recursos, quan el problema és de repartiment i reorganització d'aquests²²⁴.

imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor».

²²³ Això ja ho venien considerant també altres autors. Per exemple, *vid.* GARCÍA CANTERO, Gabriel. «El nuevo régimen jurídico de la tutela». *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1984, núm. 4, p. 487-488; SANTOS URBANEJA, Fernando. «Propuestas de reforma legislativa en materia de tutela». A: VVAA. *Deficiencia, enfermedad mental y senilidad: Mecanismos legales de protección*. Córdoba: Foro andaluz de debate e investigación sobre la deficiencia y enfermedad mental, 2006, p. 75. Citat a: LEGERÉN MOLINA, Antonio. «La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma». *Op cit*, p. 1626.

²²⁴ LEGERÉN MOLINA, Antonio. *Op cit*, p. 1615 i s.

Val a dir que part d'aquestes precisions s'han incorporat a la Llei estatal que reforma la legislació civil i processal en matèria de capacitat jurídica, però caldrà veure com es regula un cop modificat el Codi civil català²²⁵.

Esquema. Evolució de la legitimació de les persones jurídiques per a prestar suports²²⁶

<i>Llei 39/1991, de Tutela i Institucions Tutelars</i> (Vid. Art. 19 Llei 39/1991)	• Normativa que s'inspira en la reforma del Codi civil espanyol del 1983. • Poden ser tutores les persones jurídiques dedicades a la protecció d'incapacitats que no tinguin afany de guany. • S'ha de nomenar un protutor aliè a la institució. • Es poden excusar de l'exercici del càrrec si no disposen de mitjans suficients pel correcte desenvolupament.
<i>Llei 11/1996, que modifica la Llei 39/1991</i>	• No s'introdueix cap novetat ni millora respecte a la Llei 39/1991.
<i>Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família</i> (Vid. Art. 185, 186, 187 i 239 Llei 11/1996)	• S'ha de notificar a la Comissió d'Assessorament i Supervisió de les persones jurídiques sense afany de guany que exerceixen la tutela d'incapacitats el nomenament o cessament en el termini de 15 dies. • S'estableix un règim d'incompatibilitats per a l'exercici del càrrec: ○ No han de tenir afany de guany i han de tenir com a missió la protecció d'incapacitats. ○ No poden tenir cap relació laboral amb la persona amb discapacitat. • Les persones jurídiques poden ser curadores en la mateixa mesura que poden ser tutores.
<i>Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya relatiu a la persona i la família</i> (Vid. Art. 222-16 Llibre II CCCat)	• El preàmbul incideix en la necessitat d'aprofundir en l'aptitud per exercir els càrrecs tutelats per part de les entitats no lucratives dedicades a la protecció de persones incapacitades. • Es considera que les persones jurídiques que es dediquen a prestar suports han de tenir una certa especialització i, si no disposen de mitjans suficients per prestar el càrrec adequadament, haurien d'excusar-se. També s'haurien d'excusar si les condicions personals de la persona tutelada son alienes als fins pel qual aquestes entitats han estat creades. • Es revisa el règim de rendició de comptes durant l'exercici del càrrec i al final d'aquest, de manera que s'han de rendir davant l'autoritat judicial que ha constituït la tutela.

²²⁵ Vid. Art. 249, art. 275, art. 276 o art. 279 del CCE (després de la modificació introduïda per la Llei 8/2021).

²²⁶ Esquema de construcció pròpia.

<i>Bases de la reforma del Codi Civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica</i>	• No inclou cap aspecte relatiu a les persones jurídiques que presten suports.
<i>Decret 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi Civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació de la capacitat</i>	• No s'introdueix cap novetat ni millora respecte a la Llei 25/2010.
<i>Memòria preliminar de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat</i> (Vid. Art. 222-44 Memòria preliminar)	• Poden exercir mesures de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica les persones jurídiques sense ànim de lucre, públiques o privades, que tinguin per objecte la prestació d'aquests tipus de suports. • Deixa clar que la persona, des d'un inici, pot nomenar a una persona jurídica, en detriment de persona jurídica, si així ho desitja. Per tant, l'exercici dels suports per una persona jurídica no només s'estableix con a supòsit subsidiari. • La persona que decideixi designar a una persona determinada en la qual concorri causa d'inhabilitat ha de fer constar la seva voluntat de prescindir d'aquesta causa o causes si ho desitja. • La rendició de comptes inclou l'àmbit personal i patrimonial de la persona concernida.
<i>Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones</i>	• No s'introdueix cap novetat important respecte al text de la Memòria preliminar de l'Avantprojecte. • Sí que s'estableix que si la persona designada per prestar una mesura de suport ho és per encàrrec de l'administració pública, si vol renunciar al càrrec s'haurà d'ajustar a la normativa específica en matèria de serveis socials.

És evident que hi ha hagut una evolució en positiu en la regulació de l'exercici dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica. El legislador català està treballant per garantir que les persones jurídiques puguin prestar suports en les mateixes condicions que una persona jurídica i, a més, que les persones puguin escollir aquesta via des del primer moment i no només en casos excepcionals o subsidiaris.

Ara bé, voldria fer una reflexió final sobre aquest tema. L'ordenament jurídic civil és aquell que s'encarrega de regular la relació entre la persona amb discapacitat que necessita proveir-se de mesures de suport i la persona que prestarà aquest suport. En aquest sentit, haurem de recórrer a aquesta norma per configurar els suports. Però si bé és cert que s'han tingut en compte les persones jurídiques en l'elaboració d'aquest règim jurídic, les previsions continuen sent insuficients. Considero que el legislador civil confia amb el desenvolupament que l'Administració farà sobre els requisits que

s'han d'acomplir amb la prestació dels serveis de suports a l'exercici de la capacitat jurídica. Però no podem oblidar que la regulació que fixi l'Administració vindrà determinada per les premisses que, prèviament, hagi fixat el legislador civil. Això no és més que una constitució que, desafortunadament, el Dret públic i el Dret privat continuen desenvolupant-se com a drets independents, en comptes de dotar-se de mecanismes que afavoreixin la transversalitat.

En aquest cas, considero que s'ha perdut l'oportunitat d'ampliar i desenvolupar, de forma més concreta i sistemàtica, les especificitats que es donen quan els suports a l'exercici de la capacitat jurídica son prestats per entitats de suport, tant si aquestes son escollides de manera voluntària, judicial o com a conseqüència d'una de necessitat social.

3. El segon intent d'adaptació de la normativa civil a la Convenció de Nova York: les Bases de la reforma del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica

A pesar dels esforços que el legislador català havia fet per adaptar-se a la CDPD, reconeguts inclús pel propi Comitè²²⁷, encara era necessari abolir els règims de substitució i substituir-los per règims d'assistència a la presa de decisions, que respectessin l'autonomia, la voluntat i les preferències de les persones amb discapacitat.

El legislador català n'era conscient, però com he assenyalat considerava que era necessari que, prèviament, la legislació estatal procedís a reformar la normativa; una exigència que ja s'establia a la disposició addicional sèptima de la *Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa de la Convenció* i que el Comitè venia recordant als informes finals a Espanya després d'examinar les accions que aquesta duia a terme.

Amb l'impuls de l'Avantprojecte espanyol de reforma de la legislació civil i processal en matèria de capacitat jurídica i conscient que s'havia de fer un pas mes en aquesta matèria, el Govern de Catalunya, a través de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques va impulsar un procés participatiu per a la recepció dels continguts de la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat a l'ordenament civil català²²⁸. Aquest procés tenia per objectiu «donar veu a les persones i institucions afectades per l'aplicació d'aquestes normes, per generar consens i obtenir el

²²⁷ L'any 2017, la relatora especial de les Nacions Unides, destaca expressament la tasca duta a terme per Catalunya en matèria de suports a la presa de decisions. *Cfr. A/HRC/34/58. Informe de la relatora especial sobre els drets de les persones amb discapacitat*. Nova York, 20 de desembre de 2016, peu de pàgina núm. 16: «la relatora especial señaló que en al menos 32 países se habían iniciado procesos de reforma legislativa, entre ellos, España (Cataluña)».

²²⁸ La Comissió de Codificació és l'òrgan competent per elaborar propostes de revisió, actualització i desenvolupament del dret privat de Catalunya, d'acord amb el que disposa el *Decret 395/2011, de 27 de setembre, de la Comissió de Codificació de Catalunya i de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya*.

coneixement necessari per començar a legislar»²²⁹. Fruit d'aquest procés es van establir les bases per a la modificació completa del Llibre segon del Codi Civil²³⁰.

Atesa la importància pràctica de les entitats, el propi document de bases atorga als hi atorga un paper fonamental que es tradueix en l'alta participació d'aquestes en l'elaboració del document.

El canal de participació va romandre obert fins el 15 d'octubre de 2020. A partir de les aportacions rebudes es va realitzar un «informe de retorn» on es van sistematitzar les propostes recollides i es van explicar els elements més destacats en el procés de participació realitzat. Van fer propostes vuit entitats jurídiques (Activament Catalunya Associació, Fundació *Support*, Fundació Malalts Mentals Catalunya, Federació d'Entitats Col·laboradores amb les persones amb Discapacitat, Associació en defensa dels drets de les persones amb discapacitat intel·lectual, Som Fundació Catalana Tutelar, Federació de Persones Sordes de Catalunya i Confederació Catalana de Persones amb Discapacitat Física i Orgànica)²³¹.

3.1. Les bases sotmeses a participació ciutadana. El concepte de *diàleg civil*

El legislador català, en línia amb la filosofia que inspira la CDPD, reconeix que les persones amb discapacitat han de poder prendre les seves pròpies decisions i si fins ara no ho han fet ha estat perquè existeixen barreres —tant físiques com actitudinals— que impedeixen el lliure desenvolupament individual com a persona. Els Estats tenen l'obligació de construir un entorn facilitador i lliure de traves, que garanteixi el dret a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat.

Si l'objectiu de les bases és proporcionar un marc per a la futura regulació dels instruments legals de suport en l'exercici de la capacitat jurídica al Codi civil català és evident que les persones amb discapacitat, llurs famílies, entitats del tercer sector i altres persones implicades han de tenir veu durant el procés d'elaboració de les normes. D'aquesta manera, ajudaran a orientar el disseny de les noves mesures de suport d'acord amb el seu punt de vista i la seva experiència personal o professional.

²²⁹ Direcció General de Dret i d'Entitats jurídiques de la Generalitat de Catalunya. *Bases de la reforma del Codi Civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica* [en línia]. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2020, p. 3. Disponible a: <https://acortar.link/DPZaX5>, última consulta:

²³⁰ Aquest document de bases s'elabora quan el procediment de modificació judicial de la discapacitat era encara el pressupòsit de l'accés a les mesures de suport a la presa de decisions i que condicionava tota l'estructura del Codi Civil de Catalunya. De fet, el document de bases, fa esment a l'Avantprojecte de llei de reforma del Codi Civil i la legislació processal, presentat pel Ministeri de Justícia el 21 de setembre de 2018.

²³¹ Direcció General de Dret i d'Entitats jurídiques de la Generalitat de Catalunya. *Informe de retorn del procés participatiu d'adaptació del Codi civil de Catalunya a la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2020 [en línia]. Disponible a: <https://acortar.link/lp2IvL>, última consulta: 6 abril 2023.

En relació amb aquesta qüestió, al preàmbul de la Convenció es reconeix que «les persones amb discapacitat han de tenir l'oportunitat de participar activament en els processos de presa de decisions sobre polítiques i programes, inclosos els que els afecten directament». Aquest reconeixement també s'incorpora com un dret de la persona a l'article 29 CDPD, on es fa constar que «els Estats han de promoure un entorn actiu en què les persones amb discapacitat puguin participar plenament i efectivament en la direcció dels assumptes públics, sense discriminació i en igualtat de condicions». Les persones amb discapacitat han de ser «els autors de la seva pròpia inclusió», ja que la plena inclusió i l'accés als drets coneguts a la Convenció només es podrà assolir si existeix un moviment social organitzat que pugui, de forma activa i compromesa, ser garant per desencadenar i accelerar el canvi cap al model social i de drets de la discapacitat²³².

I aquí entra en joc un altre concepte important relacionat amb la participació: el *diàleg civil*. L'article 4.3 CDPD estableix que «en l'elaboració i l'aplicació de legislació i polítiques per fer efectiva aquesta convenció, i en altres processos de presa de decisions sobre qüestions relacionades amb les persones amb discapacitat, els estats part han de fer les consultes necessàries i col·laborar activament amb les persones amb discapacitat, inclosos els nens i les nenes amb discapacitat, a través de les organitzacions que les representen».

Més concretament, l'article 2 n) del *Reial Decret Legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei General de Drets de les Persones amb Discapacitat* (en endavant, LGDPD), defineix expressament aquest concepte com «el principi en virtut del qual les organitzacions representatives de persones amb discapacitat i de les seves famílies participen, en els termes que estableixen les lleis i altres disposicions normatives, en l'elaboració, execució, seguiment i avaluació de les polítiques oficials que es desenvolupen en l'esfera de les persones amb discapacitat, les quals han de garantir, en tot cas, el dret dels nens i les nenes amb discapacitat a expressar la seva opinió lliurement sobre totes les qüestions que els afectin i a rebre assistència apropiada d'acord amb la seva discapacitat i edat per poder exercir aquest dret».

Per tant —sabent que la intenció del document de bases era determinar els suports amb els quals s'haurà de proveir a les persones amb discapacitat per fer efectiu el dret a l'exercici de la capacitat jurídica— tenia sentit que l'elaboració del text comptés amb la participació del propi col·lectiu, assegurant que es respectin els principis mencionats i que els suports s'acordin i es defineixin per la persona amb discapacitat des d'un primer moment.

²³² CAYO PÉREZ BUENO, Luis; ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria. «Los valores. Principios básicos del derecho de la discapacidad. Respeto de la dignidad inherente a las personas con discapacidad». A: DE LORENZO GARCÍA, Rafael. CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Op cit*, p. 189.

3.2. L'àmbit subjectiu i objectiu de la reforma

La base primera del document de bases fa referència a l'àmbit objectiu d'aplicació, és a dir, allò que ha motivat a plantejar-se una modificació de la norma i que constituirà l'objecte de la regulació. D'altra banda, la base segona configura l'àmbit subjectiu o, el que és el mateix, planteja qui serà el destinatari de la norma.

3.2.1. *L'àmbit d'aplicació objectiu: els suports a l'exercici de la capacitat jurídica*

El plantejament per modificar el CCCat es fa amb l'objectiu d'ampliar i millorar la configuració de la regulació sobre les institucions de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de totes les persones que ho necessitin a la llum de la CDPD i després del pas decisiu d'abolir el procediment de modificació de judicial de la capacitat.

Per primer cop, en un text susceptible d'adoptar caràcter legal, es defineixen els *suports a l'exercici de la capacitat jurídica* com aquells conduents a «reconèixer a tota persona els mitjans necessaris per exercir els seus drets i prendre les seves pròpies decisions en l'àmbit jurídic, tant personal com patrimonial, en condicions d'igualtat»²³³.

El document de bases exposa que el terme *suport* és molt ampli i pot incloure el «suport a la comunicació, a la consideració d'opcions, a la comprensió dels actes jurídics i de les seves conseqüències, i a la manifestació de la interpretació de la voluntat de la persona»²³⁴. Per tant, sembla ser que el text engloba en la seva definició dos tipus de suports: **(a)** els necessaris per manifestar la voluntat i **(b)** els necessaris per formar la voluntat.

En relació amb aquesta qüestió i atenent a l'informe de retorn, resulta rellevant analitzar els àmbits on la persona pot rebre suports. Recordem que l'article 12 CDPD estableix que «els Estats part reconeixeran que les persones amb discapacitat tenen capacitat jurídica en igualtat de condicions amb la resta en tots els aspectes de la vida».

La base primera del document de bases estableix que «suport a l'exercici de la capacitat jurídica consisteix a reconèixer a tota persona els mitjans necessaris per exercir els seus drets i prendre les seves pròpies decisions en l'àmbit jurídic, tant personal com patrimonial, en condicions d'igualtat». L'últim paràgraf afegeix que «pel que fa a les

²³³ Precisament per aquest motiu i a conseqüència d'aquesta habilitació en pro de la persona que requereix suports, s'elimina el sistema de prodigalitat. La persona que tingui problemes per administrar i controlar el seu patrimoni podrà, directament, dotar-se dels suports ordinaris que la llei estableixi (*vid.* Base 20^a).

²³⁴ La Federació de Persones Sordes de Catalunya i del col·lectiu de persones sordes que utilitzen llengua de signes considera que no es fa una referència detallada a l'accessibilitat comunicativa i això no permet una bona recepció a l'ordenament civil català de la CDPD. Proposa incloure tots els recursos de comunicació possibles (intèrprets, videointerpretacions, lectura fàcil, sistemes augmentatius i/o alternatius, entre d'altres) que permeten un exercici de la capacitat jurídica en igualtat de condicions).

decisions en l'àmbit de la salut s'estarà al que disposi la normativa específica en la matèria».

Aquesta qüestió no ha passat desapercebuda per a les entitats que van presentar els seus comentaris en la fase d'informació pública. De fet, és el tema que va generar gerent més debat entre la comunitat participant del procés.

La gran majoria d'entitats afirmaven que la capacitat jurídica, com diu el Comitè, inclou l'acompanyament i el suport en les decisions que afecten a tots els àmbits de la vida i, per tant, exclou l'acompanyament en les decisions relatives a la salut, perpetua un model de pràctiques lligades a l'internament forçós en els dispositius de salut mental²³⁵. El legislador, en l'exposició de motius del document de bases, justifica l'exclusió de les decisions relatives a l'àmbit de la salut per tractar-se d'una matèria regulada per Llei orgànica en l'àmbit estatal²³⁶. Entén que les disposicions dels capítols primer i segon del CCCat en matèria de tractament mèdics i internaments, que despleguen normes estatals bàsiques o orgàniques s'han de tractar en un moment posterior i de forma específica. No obstant això, aprofita per destacar la tasca del Departament de la Generalitat en relació amb el document conceptual sobre el «model català de planificació de decisions anticipades» i el document del Comitè de Bioètica de Catalunya titulat «el respecte a la voluntat de la persona amb trastorn mental o addició: document de voluntats anticipades i planificació de decisions anticipades»²³⁷.

²³⁵ Precisament la frontera de la salut mental és un àmbit que té resistència al canvi. Es va avançant en la implementació de l'article 12, però contràriament s'aproven lleis de salut mental, que inclouen mesures coercitives que contradiuen els principis i la finalitat de l'article 12 en l'àmbit de la salut. El propi Comitè, a les Directrius relatives a l'article 14 de la Convenció, obliga als Estats a abandonar les pràctiques coercitives que prevalen als sistemes de salut mental. Aquestes pràctiques, normalment, es justifiquen en una suposada incapacitat per consentir, la necessitat de cura i el risc per a sí mateix i per tercers (Vid. VÁSQUEZ ENCALADA, Alberto. «Discapacidad y capacidad jurídica: el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su implementación». *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas. Discapacidad y equiparación de derechos*, 2022, núm. 61, p. 38 i s.). Precisament, sobre aquesta qüestió, l'Organització Mundial de la Salut està oferint una formació oberta per aprendre sobre «*quality rights*». Es tracta d'un instrument de qualitat i drets dissenyat per avaluar i millorar la qualitat i els drets humans en els establiments i serveis de salut mental i de suport social. Amb aquestes formacions es busca incentivar la supressió de practiques coercitives en l'àmbit de la salut mental i treballar per un eficaç compliment de l'article 12 i 14 de la CDPD. Es pot consultar informació sobre aquesta qüestió a: <https://supportgirona.cat/quality-rights>, última consulta: 18 maig 2023.

²³⁶ Concretament, l'entitat Fundació Malalts Mentals Catalunya considera que el fet de regular els mitjans necessaris per a la presa de decisions en l'àmbit de la salut no té perquè contradir el que disposi la normativa específica en la matèria, sinó que sempre serà una ajuda conforme a la CDPD a l'hora de prendre les pròpies decisions.

²³⁷ Cfr. VVAA. *Model català de planificació de voluntats anticipades. Document conceptual*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2016 i VVAA. *El respecte a la voluntat de la persona amb trastorn mental addicció: document de voluntats anticipades i planificació de decisions anticipades*. Barcelona: Comitè de Bioètica de Catalunya, 2017.

3.2.2. L'àmbit d'aplicació subjectiu: persones que necessitin suport a l'exercici de la capacitat jurídica

La base segona del document de bases estableix que «el suport per a l'exercici de la capacitat jurídica s'adreça a tota persona que el necessiti, sense estar condicionat a la prèvia qualificació d'aquella com a persona amb discapacitat».

Com he apuntat al capítol anterior, la CDPD inclou dins la definició de *persona amb discapacitat* a «totes les persones que tenen deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials a llarg termini que, en interactuar amb diverses barreres, poden impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb els altres», però no exigeix que aquestes acreditin un determinat grau de discapacitat per a poder ser titulars dels drets reconeguts a la norma internacional. L'assoliment del grau de discapacitat permetrà a una persona accedir a l'amalgama de recursos, prestacions, programes o serveis socials o beneficiar-se de mesures d'acció positiva per part de l'Estat, però no resultarà exclouent per al reconeixement d'un dret com és el d'exercir la capacitat jurídica amb els suports necessaris.

Aquest concepte ampli de persona amb discapacitat no és més que una manifestació del model social de la discapacitat que tracta de manera independent la patologia que pugui tenir una persona i les barreres de l'entorn que limiten la seva participació en igualtat de condicions a la societat.

3.3. Els principis de necessitat, proporcionalitat, voluntarietat i subsidiarietat

Les bases segona a cinquena estableixen, d'acord amb la Convenció, els principis sobre els quals s'hauran de regir els suports a l'exercici de la capacitat jurídica. Aquests és concreten en els següents.

(a) Necessitat

La base segona determina que el suport «s'adreçarà a tota persona que el necessiti, sense estar condicionat a la prèvia qualificació d'aquella com a persona amb discapacitat».

Tal i com he apuntat a l'epígraf anterior, el document de bases es caracteritza per no limitar l'àmbit d'aplicació de la norma a un col·lectiu de persones concret, sinó que l'obre a «totes aquelles persones que necessiten suport a l'exercici de la capacitat jurídica». Per tant, ens podem trobar en un supòsit on la persona que necessita suport no té reconegut cap grau de discapacitat, però té la necessitat de rebre acompanyament a la presa de decisions. Un cas molt il·lustratiu seria aquella persona té una addicció al joc.

De forma molt encertada, la Fundació *Support* Girona, en relació amb el redactat d'aquesta base segona, proposa incorporar el concepte social de la discapacitat, ja que això ens demostra que els suports que una persona necessiti s'establiran no sols en funció de la persona, sinó també en funció de les mancances de l'entorn.

(b) Proporcionalitat

La base segona diu que «la mesura de suport que s'ha d'oferir a la persona ve determinada per les seves necessitats. Per tant, per fer possible que la persona pugui tenir cura dels seus afers i prendre per sí mateixa la decisió corresponent, el suport s'ha d'adaptar a la situació concreta de cada persona i el tipus d'acte».

De la dicció literal d'aquest precepte veiem que per tal de conèixer quina és la mesura més adequada per a cada persona haurem d'estar a: la situació personal i el tipus d'acte sobre el qual demana suport i, per tant, la mesura s'ha de confeccionar *ex novo*.

Aquest principi trenca amb el paradigma anterior en tant que obliga a que les mesures de suport que s'instin siguin proporcionals a les necessitats de la persona. Abans de la reforma de la legislació civil en matèria de capacitat jurídica era freqüent sol·licitar la sentència d'incapacitació per poder realitzar un determinat negoci jurídic. Si la persona manifestava que no s'havia sotmès a un procediment d'incapacitació se li recomanava que ho fes, prescindint de la seva voluntat i interactuant directament amb el que seria el seu tutor o curador, ja que es considerava que era la via més àgil i fàcil. Amb la reforma aquest escenari canvia i la mesura que es designi per a la persona que necessiti suport haurà de contemplar la voluntat de la persona en tot cas.

Molt lligat al principi de subsidiarietat que veurem més endavant, el principi de necessitat té la finalitat d'evitar mesures de suport desproporcionades per a la persona que li impedeixin formar la seva voluntat de manera lliure i autònoma. A tall d'exemple, si una persona té suficient amb la designació d'assistent per a la realització dels actes jurídics amb contingut econòmic, no serà necessari acollir-se a la institució de l'assistència amb funcions representatives.

(c) Voluntarietat

El principi de voluntarietat parteix de la premissa que la persona és qui ha d'instar el suport que vol rebre i com el vol rebre. De la mateixa manera que aquesta persona podrà decidir si el vol canviar o li vol posar fi en algun moment.

Sens perjudici de l'establert, s'incorpora una excepció a aquest principi de voluntarietat pels supòsits en què es posi de manifest un abús o influència indeguda o malgrat haver fet el possible per conèixer la voluntat i preferències de la persona no s'hagi pogut aconseguir. En aquest cas, la base quarta, especifica que el suport «s'ha de basar en la millor interpretació possible de la voluntat i les preferències de la persona, considerant

la seva trajectòria de vida, les prèvies manifestacions de voluntat en contextos similars, la informació amb la que compten les seves persones de confiança i qualsevol altra consideració pertinent per al cas concret».

Per últim, es fa referència a l'obligatorietat de basar les formes de suport en la «voluntat, desitjos i preferències de la persona, i no en el interès superior objectiu».

Aquest últim incís és especialment rellevant, ja que per primer cop l'únic criteri que s'aplicarà serà el de la primacia de la voluntat, desitjos i preferències de la persona, excloent l'interès superior que, fins al moment, era l'únic que es tenia en compte. Aquest darrer serà el principi per excel·lència aplicable al col·lectiu de persones menors d'edat, però en cap cas a les persones majors d'edat amb necessitats de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.

Sobre aquest article fa una apreciació l'Associació Activament Catalunya durant el període d'informació pública i diu que no considera adequada la possibilitat que es dona d'instar el suport davant l'autoritat competent quan es posi de manifest una situació d'abús o d'influència indeguda (*cfr.* Base 4^a document de bases). Entén que aquest tipus de situacions no s'han d'abordar amb una major intensitat de suport, sinó amb unes salvaguardes adequades en el moment d'establir el suport adient.

En relació amb això, l'Associació Catalana d'Entitats Tutelars també considera que la voluntarietat ha de ser el principi general, però s'han de tenir en compte les situacions complexes que viuen les entitats com són: persones que no poden manifestar la voluntat, persones sense consciència de necessitats de suport o persones que tenen distorsionada la formació de la voluntat, entre d'altres. Aquesta entitat, en relació amb aquests supòsits, considera que cal trobar un equilibri entre «el paternalisme i algunes propostes de reforma que poden conduir al desemparament».

El principi de voluntarietat és un principi transversal a totes les accions que les Administracions Públiques duen a terme en l'exercici de suport a la capacitat jurídica. Només si es respecta aquest principi, les persones amb discapacitat podran decidir en quin moment i com volen rebre els suports.

Un exemple que reflecteix l'abast del principi el trobem en la Memòria Preliminar de l'Avantprojecte de Llei de l'Agència d'Atenció Integrada Social i Sanitària, aprovada pel Govern de la Generalitat el dia 8 de febrer de 2022. El text de l'avantprojecte persegueix l'objectiu de crear un sistema que faciliti l'atenció centrada en la persona i es dissenyaran polítiques públiques que passaran de dues estratègies paral·leles —la social i la sanitària— a una única estratègia de planificació integrada²³⁸.

²³⁸ Vid. Departament de Dret socials i salut de la Generalitat de Catalunya. *Avantprojecte de llei de l'Agència d'Atenció Integrada Social i Sanitària de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2022.

(d) Subsidiarietat

La base cinquena estableix quines mesures de suport operaran en primer i en darrer terme. Per tant, aquesta disposició està establint un ordre de prelación que, fins al moment, no s'havia establert a cap norma: **a) disseny universal**²³⁹, **b) ajustos raonables** i, per últim, **c) suports a l'exercici de la capacitat jurídica**.

Aquests conceptes tenen el seu origen a la CDPD. A l'article segon es defineix el disseny universal com «el disseny de productes, entorns, programes i serveis que puguin utilitzar totes les persones, tant com sigui possible, sense necessitat d'adaptació ni disseny especialitzat» i els ajustos raonables com «les modificacions i adaptacions necessàries i adequades que no imposin una càrrega desproporcionada o indeguda, quan siguin necessàries en un cas particular, per garantir a les persones amb discapacitat el gaudi o l'exercici, en igualtat de condicions amb les altres, de tots els drets humans i llibertats fonamentals»²⁴⁰. És important la consideració dels ajustos raonables en aquest article, ja que la pròpia CDPD considera que la denegació dels ajustaments raonables és una forma de discriminació²⁴¹.

En definitiva, el document de bases entén que el sistema de suports a l'exercici de la capacitat jurídica només es desplegarà si no s'ha pogut garantir, prèviament, un disseny universal o uns ajustos raonables en l'exercici del dret a la capacitat jurídica.

MIRANDA ERRO, ja apuntava que el concepte d'accessibilitat universal està vinculat a la necessitat de que no existeixi cap tipus d'impediment per aconseguir l'accés de totes les persones a qualsevol àmbit en què es desenvolupin, o tinguin previst desenvolupar, les seves vides, entès en el sentit més ampli. En concret, considera que l'accessibilitat universal s'aconsegueix de moltes maneres, però sobretot quan aquesta es planifica i es gestiona, bé a través del disseny universal per a totes les persones o bé, quan aquest no

²³⁹ El concepte de disseny universal es diferencia del concepte d'accessibilitat universal en nombrosos escrits doctrinals. No obstant això, aclareix DE ASÍS ROIG que el concepte d'accessibilitat universal s'independitza de la idea genèrica d'accessibilitat. De fet, l'Observació General núm. 2 sobre l'article 9 (2014) del Comitè NU sobre els drets de les persones amb discapacitat, afirma: «que la obligación de realizar ajustes razonables es una obligación *ex nunc*, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona con una deficiencia los necesita en una determinada situación, por ejemplo, el lugar de Trabajo o la escuela, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular. En este caso, las normas de accesibilidad pueden servir de indicador, pero no pueden considerarse obligatorias. Los ajustes razonables pueden utilizarse como medio para garantizar la accesibilidad a una persona con una discapacidad en una situación particular. Con la introducción de ajustes razonables se pretende hacer justicia individual en el sentido de garantizar la no discriminación o la igualdad, teniendo en cuenta la dignidad, la autonomía i las elecciones de la persona. Por lo tanto, una persona con una deficiencia rara puede solicitar ajustes que no estén comprendidos en el alcance de ninguna norma de accesibilidad» (vid. DE ASÍS ROIG, Rafael. «De nuevo sobre los ajustes razonables». A: *Anales de Derecho y Discapacidad*, 2018, núm. 2, p. 101-120).

²⁴⁰ També trobem regulat els conceptes a l'article 2 m) del TRLGPD.

²⁴¹ Vid. Art. 2 CDPD quan estableix que: «Per discriminació per motius de discapacitat s'entén '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».

és possible, aplicant els ajustos raonables com a mesura per resoldre i adaptar l'entorn, els productes, els béns i serveis a les necessitats específiques de les persones que es troben en situacions especials de necessitats²⁴².

Més concretament, sobre els ajustos raonables, es pronuncia DE ASÍS ROIG qui els considera els instruments més rellevants del sistema de drets de les persones amb discapacitat²⁴³. En relació amb els límits als ajustos raonables, aquest autor n'incorpora un d'important i és el que té a veure amb els costos. Sobre aquest recorda que estem dins el discurs dels drets humans i, per tant, la limitació d'un dret per tenir un cost excessiu no hauria de tenir cabuda. El que resulta rellevant no és el cost en sí sinó l'afectació al dret. En el context de l'estat espanyol, diu DE ASÍS que «el establecimiento de un gasto público (cfr. Art. 13.5 CE), es un argumento a tener en cuenta que nos lleva no tanto a concluir que hay derechos que no pueden ser satisfechos por cuestiones económicas, sino más bien que hay decisiones, elecciones o prioridades con proyección económica que limitan derechos».

En conseqüència, les Administracions Públiques no podran emparar-se en l'onerositat des ajustos raonables per evitar-ne la seva prestació i, com a conseqüència, els suports, entesos com un dret garantit i de consecució no progressiva, s'hauran de prestar de forma imperativa per assegurar el compliment del que disposa la CDPD.

3.4. Els suports a la presa de decisions

El document de bases fa una distinció clara sobre la tipologia dels suports diferenciant entre els *suports informals* i els *suports formals*. La diferència principal entre ells s'identifica segons si s'estableixen fora dels procediments —els suports extrajudicials o informals— i els que s'adopten a conseqüència d'acudir a un dels procediments específics de la LJV o la LEC. Aquests son els suports formals o judicials.

a) Suports informals o no formalitzats

Els *suports informals*, recollits a la base sisena del document de bases, inclouen el «ventall de pràctiques socials en què es dona suport a la presa de decisions sense comptar amb la legitimació que confereix un procediment formal de caràcter judicial o extrajudicial».

El més rellevant d'aquesta base és el deure que trasllada a l'Administració «d'ampliar els tipus de suports existents, donar més reconeixement al suport amb enfocament

²⁴² Cfr. MIRANDA ERRO, Javier. «La accesibilidad universal y su gestión como elementos imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales». Madrid: Cinca, 2016, p. 101 i s.

²⁴³ Cfr. DE ASÍS ROIG, Rafael. *Op cit*, p. 101-120.

comunitari i promoure el desenvolupament de bones pràctiques de suport a la presa de decisions»²⁴⁴.

Els suports informals s'ha demostrat que són un bon mecanisme de suport a la presa de decisions de les persones amb discapacitat que, en la major part dels casos, són exitosos i eviten la judicialització o burocratització de les decisions que aquestes prenen. En aquest sentit, en el marc del doctorat industrial, s'ha col·laborat en l'elaboració d'un informe sobre suports a la presa de decisions, impulsat per la *European Association of Service Providers for Persons with Disabilities*. Una part d'aquest estudi, precisament, té l'objectiu principal d'identificar bones pràctiques en matèria de suports a la presa de decisions²⁴⁵.

En total, s'identifiquen set bones pràctiques en l'àmbit de la UE. Es tracten de pràctiques que no defineixen un mecanisme de suport concret, sinó que aborden qüestions diferents sobre el suport a la presa de decisions. La majoria d'aquestes se centren en dimensions pràctiques del procés de suport a la presa de decisions i son implementades per una única organització i poques es dirigeixen a tot el sistema de suports proporcionat per l'Administració pública.

b) Suports formals

Els *suports formals* són aquells que es proporcionen «en virtut de designació feta mitjançant una de les formes previstes per la llei i del que es dona publicitat necessària per tal de garantir els interessos de la persona concernida i demés persones».

Aquesta designació es pot fer en dos moments, bé des de que la persona requereix suport o bé en el cas que requereixi suport en un futur i així ho manifesti. En el primer cas operarà l'assistència i en el segon els poders preventius. Aquests dos tipus de suports es poden combinar i, per tant, no son incompatibles entre sí. Els trobem regulats a les bases vuitena i novena, respectivament.

L'assistència es configura com un «suport formal en el que es designa a una persona física o jurídica per tal que assisteixi a una persona que requereix suport en la presa de decisions, per a un afer o qüestió concreta o bé amb caràcter estable per a un àmbit determinat».

Els poders preventius es configuren, també, com a «instruments de suport formal que s'atorguen en escriptura pública notarial i que tenen lloc quan una persona —

²⁴⁴ En l'informe retorn, «Som Fundació» manifesta que aquests tipus de suports poden arribar a generar indefensió de la persona amb discapacitat i un aprofitament de tercers, ja que manca definir les implicacions i responsabilitats de la persona que presta aquest suport informal. Tot i això, entenen que es tracta d'un document molt general que ha de concretar determinats aspectes.

²⁴⁵ MARROYO MOLINA, Lluís; GRAÑANA SANCHÓ, Anna; BLANCO ROS, Ferran; LEOTTI, Paolo; MOTJÉ, Clàudia. *Op cit.*

poderdant— planifica de forma anticipada la seva voluntat i preferències davant la possibilitat de trobar-se en situació de no poder-les comunicar».

En relació amb l'eficàcia dels suports formals, la base 10^a, estableix que davant la manca de consentiment, l'acte que hagi atorgat la persona que requereix suport, podrà ser impugnat a instància de l'altra part o altres persones. D'altra banda, en relació amb la vigència, estableix que aquesta depèn de la voluntat de la persona concernida. Alhora, la revocació o modificació del suport que rep també depèn d'aquesta i la persona que presti l'acord formal també pot renunciar a l'encàrrec sempre i quan no deixi desamparada a la persona a qui dona suport.

3.5. Les salvaguardes en l'exercici del dret a la capacitat jurídica

Un cop descrits els tipus de suports, el document de bases, considerant i aplicant l'article 12.4 CDPD, regula les salvaguardes a la base dotzena i les defineix com aquells mecanismes que tenen per objectiu «garantir que la persona que presta el suport actua amb ple respecte als drets, la voluntat i les preferències de la persona concernida i que no hi ha abús, ni influència indeguda ni conflicte d'interessos». A més, entén que hi ha una situació d'*influència indeguda* quan «de la interacció entre la persona que presta el suport i la que el rep s'aprecia por, agressió, amenaça, engany o manipulació». Les salvaguardes, per tant, tenen dos objectius: **(a)** assegurar que es respectin els drets i la voluntat de la persona concernida i **(b)** evitar que es produeixin abusos, influències indegudes i/o conflictes d'interessos.

Les salvaguardes són l'eix vertebrador entre aquests dos objectius que equilibren dues actituds totalment contraposades. Primera, protegir excessivament una persona amb discapacitat —fins al punt de coartar o suprimir la llibertat de decisió— per evitar que un tercer pugui influir de forma abusiva en la formació de la seva decisió i segona, pensar que mai es produirà una influència externa en la presa de decisions i no establir cap mesura per evitar-la²⁴⁶.

Actualment, amb el model de suports, es pretén acabar amb l'extrem proteccionisme, exigint que les salvaguardes —inherents a tota mesura de suport, sigui formal o informal— permetin a la persona assumir riscos i cometre errors. Les salvaguardes han de ser proporcionals a la mesura de suport prevista i tenint sempre presents els drets, la voluntat i les preferències de la persona concernida i sense arribar a coartar el dret de la persona a assumir riscos i cometre errors, evitaran que no s'arribi a una situació d'abús, influència indeguda i conflicte d'interessos.

²⁴⁶ Sobre aquesta qüestió és interessant l'estudi següent: LÓPEZ RAMON, Víctor M.; RUIZ FERNÁNDEZ, Isabel. «Influencia de las actitudes hacia las personas con discapacidad como generadores de vulnerabilidad social». *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2006, núm. 1, p. 49-63. També, *vid.* RECIO, María, et al. *Abuso y discapacidad intelectual*. Madrid: Fundación Carmen Pardo-Valcarce, 2013.

Així, prenent la definició de *salvaguardes* que s'ha exposat, es formula la següent hipòtesi: «les salvaguardes es materialitzaran quan: **(a)** s'asseguri un procediment d'assignació de suport amb totes les garanties, **(b)** s'implementin controls en l'execució de les mesures de suports i **(c)** s'avalui la qualitat de l'execució de les mesures de suports». La base quinzena reforça aquesta hipòtesi quan cataloga com a «salvaguardes» les «supervisions en la prestació dels suports que ha de realitzar l'autoritat competent» (*cfr.* Base 15^a document de bases, §1).

De fet, la previsió teòrica d'aquest document de bases parla d'aquests tres elements i, si en la futura reforma del CCCat es manté aquest sistema —caldrà estar atents als treballs de la Comissió de Codificació de Catalunya—, s'estarien construint uns fonaments molt sòlids per donar compliment a l'article 12 de la CDPD. Concretament, les bases 13^a a 17^a segueixen un esquema molt clar i útil per entendre la hipòtesi plantejada.

Esquema. Prestació de suports a l'exercici de la capacitat jurídica

1. Designació dels suports	• La designació dels suports que una persona pugui necessitar en l'exercici de la capacitat jurídica s'ha de basar en el respecte a la voluntat de la persona que requereix el suport i en el dret a expressar la seva opinió sobre la mesura, de la qual ha d'entendre l'abast i les conseqüències.
2. Prestació dels suports	• Les mesures de suport s'han de prestar sota unes condicions.
3. Supervisió i control dels suports	• Els Estats han de supervisar la correcta execució de les mesures de suport. És a dir, vetllar perquè en tot moment es respectin els drets, la voluntat i les preferències de la persona concernida.
4. Qualitat dels suports	• Els Estats han de supervisar que les mesures de suport compleixin uns criteris de qualitat i, del contrari, establir responsabilitats civils i, si s'escau, penals.

En relació amb el primer punt, la màxima garantia respecte a la designació de suports, diu la base 13^a, serà la del respecte a la voluntat de la persona que requereix suport, permetent-li expressar la seva opinió i, si s'escau, fer modificacions segons el seu propi criteri.

Més específicament s'assenyala que per a fer-ho possible és preceptiu: **(a)** entrevistar per separat a la persona concernida; **(b)** verificar si el contingut del suport s'ajusta a la seva voluntat i preferències; **(c)** explicar a les persones que han de prestar els suports les obligacions legals que adquireixen envers la persona concernida i, per últim, **(d)** deixar

constància d'haver-ho fet. Per tant, l'èmfasi és posa en la comprensió de la decisió a prendre.

En relació amb les condicions en què s'han de prestar les mesures de suport, la base catorzena estableix que «la persona o persones que presten els suports han de trobar-se lliures de conflictes d'interessos i abstenir-se d'influències indegudes sobre la persona».

Si tot i l'advertiment, segueixen tenint lloc aquestes actuacions il·legítimes, s'haurà d'advertir la persona concernida i aquesta prendre una decisió sobre el seu suport, sens perjudici de les responsabilitats que pugui assumir la persona que ha prestat el suport i la declaració de la ineficàcia de l'acte en qüestió.

Pel que fa al tercer punt, la supervisió i control de la correcta execució de les mesures de suport, la base quinzena menciona que «la prestació de suport en l'exercici de la capacitat jurídica és una activitat subjecta a la supervisió de l'autoritat encarregada de vetllar perquè es respectin els drets, la voluntat i les preferències de la persona concernida».

En aquest punt Som Fundació fa una apreciació en relació amb aquesta base. Considera que s'han de concretar i definir quines seran les *autoritats* des del punt de vista administratiu i quines seran les figures que puguin exercir aquest control.

En la mateixa línia, la Fundació *Support* Girona, fa una reflexió que cal tenir molt present. Així, considera que ha de quedar assegurat el deure dels poders públics de garantir la disponibilitat dels mecanismes de suport i la seva posada en marxa mitjançant polítiques amb serveis accessibles, el menys institucionalitzadors possibles, pròxims, proactius, individualitzats i organitzats per la persona. També considera que cal especificar el paper que l'Administració Pública ha de prendre en el seguiment i control del suports.

De fet, així com les dues primeres previsions —les garanties en el procés de designació dels suports i la manera en què s'ha de desenvolupar la relació de suport— han de ser objecte d'una regulació ampla en l'àmbit del dret privat, les dues darreres —el seguiment, control i qualitat dels suports— li pertocquen a l'àmbit públic del dret.

El paràgraf segon d'aquesta base quinzena enumera un seguit de mesures de supervisió i control per ajudar a determinar si la persona que presta el suport està actuant de conformitat amb el seu mandat i respectant la voluntat i les preferències de la persona. Així, fa referència a: **(a) audiències**, **(b) diligències**, **(c) autoritzacions** per determinats actes amb la finalitat que la persona concernida no sigui provada dels seus béns de manera arbitrària, **(d) informes** per part de la persona que presta el suport en relació amb l'activitat que desenvolupa i **(e) rendicions de comptes** de la gestió econòmica del patrimoni de la persona concernida per part de la persona que presta el suport. Totes aquestes mesures de supervisió i control no son més que salvaguardes que ajuden a

complir amb els objectius que la CDPD estableix per a l'eficàcia en l'exercici del dret a la capacitat jurídica.

És important l'incís que es fa en el tercer paràgraf, ja que obre la possibilitat a designar, per aquella persona que esta rebent un suport formal, una altra persona de la seva confiança que s'encarregui de fer el seguiment de l'actuació que realitzen la o les persones que presten suport directe a la persona que ho necessita.

La base setzena, a més, en relació amb la supervisió de les mesures de suport, regula les *revisions periòdiques* de les mateixes i estableix una revisió automàtica que variarà en funció de la complexitat del suport i la situació de la persona concernida. A més, s'obre la possibilitat al fet que la persona —o qualsevol altra que tingui un interès legítim— pugui instar, d'ofici, la revisió de les mesures de suport si ho considera convenient.

Per últim, i en relació amb la qualitat de l'execució de les mesures i les responsabilitat que, en defecte, deriven, s'ha d'estar al que disposa l'últim paràgraf de la base quinzena i la base dissetena.

S'introdueix la idea de creat un ens que s'encarregui de rebre les queixes sobre el funcionament dels suports i de l'assessorament de la persona concernida. «L'Associació Catalana de Fundacions Tutelars», al l'informe resum, fins i tot planteja que aquest ens pugui tenir potestat sancionadora.

La idea de crear un ens especialitzat que canalitzi les queixes sobre les persones que reben un suport a l'exercici de la capacitat jurídica evoca a pensar en termes de «qualitat» els quals obliguen, indirectament, a una «recopilació de dades» que ajuden a donar compliment a l'article 31 de la CDPD. Aquest article insta als Estats a recopilar informació per avaluar el compliment de les obligacions que deriven de la Convenció i aplicar polítiques que ajudin a eliminar les barreres a les que s'enfronten les persones amb discapacitat.

Per tant, el plantejament que es fa en aquest document de bases és una bona idea que ajuda a donar compliment a l'article 12 de la CDPD i, indirectament, també al 13, entre d'altres.

3.6. La mediació

La base divuitena, pels eventuais desacords que puguin sorgir en relació amb el suport a l'exercici de la capacitat jurídica, admet la via de la mediació. Es tracta d'una opció, sota el meu punt de vista, encertada que ajuda a no judicialitzar els processos de suport a la presa de decisions. Precisament, un dels objectius principals de la reforma és fer que les persones amb discapacitat prenguin les decisions de forma lliure i autònoma, per aquest motiu, s'opta per un procediment de jurisdicció voluntària per a la determinació e les mesures de suport que una persona pugui requerir.

No obstant això, la reforma civil estatal, reconeix la possibilitat de recórrer a la jurisdicció contenciosa si hi ha oposició en el procediment de jurisdicció voluntària o s'ha donat a conèixer una possible situació d'abús o conflicte d'interès (*cfr.* Art. 761 CCE). El legislador català, fa un pas endavant en aquest sentit i obre la porta a la mediació per aquests tipus de casos, fet que s'alinea encara més als principis de la CDPD²⁴⁷.

4. El tercer intent d'adaptació de la normativa civil a la Convenció de Nova York: Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació de la capacitat

4.1. La supressió del procediment de modificació de la capacitat i necessitat d'adaptació del Codi civil català al procediment de provisió de mesures de suport

Tot i els avenços en el procés d'implementació de la Convenció el veritable impuls d'adaptació de l'ordenament català ve propiciat per l'aprovació de la *Llei 8/2021, per la qual es reforma la legislació civil i processal pel suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la capacitat jurídica*, publicada al Butlletí Oficial de l'Estat (en endavant, BOE) el 3 de juny de 2021 i vigent a l'ordenament jurídic des del 3 de setembre de 2021.

Aquesta reforma s'ha produït amb la finalitat d'adaptar l'ordenament jurídic espanyol a la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat*, feta a Nova York el 13 de desembre de 2006 i vigent al nostre ordenament des del 3 de maig de 2008. La reforma pretenen assegurar que les mesures per garantir els suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat respectin els drets, la voluntat i les preferències d'aquestes. Per tant, es modifica el sistema existent fins al moment: ara és la persona amb discapacitat qui pren les decisions que l'afecten. L'abast de la reforma és transcendent, ja que afecta de forma transversal a moltes àrees del dret i al tràfic jurídic i econòmic.

Un dels aspectes més rellevants de la Llei 8/2021 és la supressió del procediment judicial de modificació de la capacitat. En el marc legal anterior a la reforma, quan una persona amb discapacitat requeria suports per a exercir la capacitat jurídica, s'iniciava un procediment de modificació de la capacitat que limitava o privava a la persona de realitzar actes amb transcendència jurídica i, a conseqüència, es nomenava un tutor o curador perquè la representés. Actualment, això ja no és possible, perquè els

²⁴⁷ Per aprofundir en matèria de «mediació i discapacitat», *vid.* ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria. *Discapacidad y sistemas alternativos de conflictos. Un cauce adicional de acceso a la justicia y una oportunidad para la inclusión*. Madrid: Cinca, 2013.

procediments de modificació de la capacitat s'han substituït pels procediments de provisió de mesures de suport.

A més, vinculat a aquest canvi, s'han eliminat les tradicionals institucions de protecció. Desapareix **(a)** la *tutela*, que només es constituirà en relació amb els menors d'edat que no estiguin protegits per la pàtria potestat; **(b)** la *pàtria potestat prorrogada o rehabilitada*, ja que quan una persona arribi a la majoria d'edat, se li prestaran els suports que precisi, com també la resta de persones amb discapacitat; **(c)** la *prodigalitat*, la qual ja no té una regulació autònoma.

Aquestes institucions s'han substituït per d'altres que aconsegueixen amb el nou model de la discapacitat. Aquestes són **(a)** la *curatela*, que passa a ser la principal mesura judicial de suport quan no existeixi altra mesura de suport suficient per a la persona amb discapacitat (*cfr.* Art. 268 a 294 CCE), només en els casos que resulti imprescindible per a les circumstàncies de la persona amb discapacitat, la curatela serà representativa (*cfr.* Art. 269 CCE); **(b)** el *defensor judicial* (*cfr.* Art. 295 a 298 CCE), l'autoritat judicial nomenarà a qui sigui més idoni per respectar, comprendre i interpretar la voluntat, desitjos i preferències de la persona amb discapacitat (*cfr.* Art. 295 CCE); **(c)** el *guardador de fet*, si aquest requereix actuació representativa, haurà d'obtenir l'autorització judicial *ad hoc* a través del corresponent expedient de jurisdicció voluntària (*cfr.* Art 264 CCE).

La Llei 8/2021 pretén, d'entre totes les institucions reconegudes, donar prioritat a les mesures voluntàries, sobretot en els casos en què es pot anticipar la necessitat de suport. Posem per cas una persona amb un Alzheimer diagnosticat recentment. Aquesta persona sap que en uns anys possiblement no tindrà la capacitat mental necessària per prendre les seves pròpies decisions. En aquest supòsit, el legislador anima al fet que aquesta persona, de forma anticipada, pugui decidir les mesures que vol fer valdre en un futur.

En aquest sentit, fora del procediment judicial de provisió de mesures de suport, adquireixen una especial importància els *poders* i els *mandats preventius* i l'*autocuratela*, ja que la llei permet que aquelles persones que prevegin que poden arribar a concórrer circumstàncies que dificultin l'exercici de la seva capacitat jurídica, poden acordar en escriptura pública les mesures de suport relatives a la seva persona i béns. En aquests poders es poden establir, per exemple, l'abast de les facultats de la persona o persones que prestaran el suport, la forma d'exercir el suport, les mesures i òrgans de control pel correcte funcionament de la relació d'acompanyament, les salvaguardes necessàries per evitar abusos o conflictes d'interès o els mecanismes i terminis de revisió de les mesures.

Amb aquesta aposta per les mesures de suport voluntàries, el treball del notariat en el sistema de suports a les persones amb discapacitat en l'exercici de la capacitat jurídica excedeix del *judici de capacitat* que venia realitzant fins al moment. De fet, s'ha plantejat un canvi de denominació perquè s'adapti millor al sistema de la CDPD i passi

a denominar-se *judici de discerniment* o *judici d'aptitud*. Des del meu punt de vista, seria important matisar aquesta denominació, ja que el notari, d'acord amb l'article 12 CDPD, ja no ha de dur a terme un *judici de capacitat legal o civil*, car aquesta l'ostenten totes les persones pel mer fet de ser-ho²⁴⁸.

L'exercici del notariat compren la tasca de donar forma, constituir prova i atorgar eficàcia conforme a la Llei, presentant tres aspectes que no es poden separar: la funció documental, la dació de fe i la interpretació i mediació. Aquestes actuacions es podrien sistematitzar en dos grans blocs. D'una banda, el suport institucional, que donarà forma jurídica al pla personalitzat de suports el qual es dissenyarà sota el control de legalitat del/de la notari/ària i d'acord amb la voluntat, desitjos i preferències de la persona amb discapacitat. El/la notari/ària, en aquesta fase, aconsella, assessora i informa del valor i l'abast de la redacció. L'altre bloc respon a la seguretat jurídica, fase on s'ha de vetllar per l'establiment de les salvaguardes adequades que garanteixin el respecte a la voluntat de la persona i prevegin els abusos, conflicte d'interessos o influències indegudes que es podrien donar. A més, en aquesta fase, el notariat ha de comprovar, com fa amb qualsevol altra persona, que en el moment de prestar el consentiment per la persona amb discapacitat existeix la suficient aptitud de la persona per comprendre l'acte que està realitzant i les seves conseqüències²⁴⁹.

Ara bé, al marge de tot l'exposat, la consagració de l'autonomia de la voluntat no exclou que s'hagi de conciliar amb altres valors reconeguts a l'ordenament jurídic. Això succeeix quan en l'àmbit, per exemple, de la llibertat per contractar, la llibertat de pacte pel que fa al règim econòmic matrimonial o la defensa de consumidors i usuaris es plantegen límits a l'autonomia o autoregulació, generalment vinculats a les exigències de llibertat i seguretat jurídica de les persones intervinents, del trànsit i de tercers que contracten amb aquestes. Per tant, l'autonomia i l'autoregulació dels interessos no impedeix l'establiment de salvaguardes que impedeixin els abusos o influències indegudes, però en cap cas aquestes podran obstaculitzar el respecte de la voluntat i les preferències de la persona. Precisament, aquest punt és fonamental per aconseguir conciliar la llibertat i seguretat deguda de les persones amb discapacitat. En aquest sentit, CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ i CABELLO DE ALBA JURADO afirmen que la culminació de tot el procés d'acompanyament notarial ha de suposar que els compareixents i intervinents arribin a tenir coneixement, gràcies a la intervenció notarial, de: **(a)** l'adequació del negoci jurídic a les seves pretensions; **(b)** l'adequació a la legalitat en virtut del control previ, **(c)** la vestidura jurídica que ha revestit la seva voluntat és la més conforme, jurídicament, a ella i **(d)** els efectes que es deriven de la seva actuació²⁵⁰.

²⁴⁸ En la mateixa línia, *vid.* Art. 246 CCE en disposar que «el mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones realizadas por este Código».

²⁴⁹ ALCÁIN MARTÍNEZ, Esperanza. «Artículo primero. Modificación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862». A: GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. *Op cit.*

²⁵⁰ CABELLO DE ALBA JURADO, Federico; CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena. «La protección jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito notarial». A: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel;

Processalment, és important destacar la preferència de la jurisdicció voluntària per sobre la jurisdicció contenciosa. La Llei 8/2021 estableix que cap expedient de provisió de mesures de suport es pot iniciar directament a la jurisdicció contenciosa, abans s'haurà de recórrer a la jurisdicció voluntària. Aquest procediment voluntari es regula a l'article 42 *bis* b) de la LJV i pretén caracteritzar-se per la senzillesa i accessibilitat. Consta, essencialment, de dues fases. En primer lloc, la fase escrita, que s'inicia amb la sol·licitud de mesures de suport i amb una sèrie de documents que acreditin la necessitat del suport i, en segon lloc, la compareixença, que té com a objectiu il·lustrar a la persona amb discapacitat de les alternatives de suport no judicials. També es practica la prova orientada a la fixació del contingut de la interlocutòria que posarà fi a l'expedient. De no haver-hi oposició a la compareixença, el jutge dicta interlocutòria amb la provisió de suports.

En cas d'haver-hi oposició, l'expedient de jurisdicció voluntària es transformarà en un procediment de jurisdicció ordinària, regulat als articles 756 a 763 LEC. Aquest procediment s'assembla bastant al derogat procediment de modificació de la capacitat, però amb la finalitat d'alinejar-se amb els principis de la reforma, introdueix algunes novetats rellevants: **(a)** es permet que qualsevol persona legitimada pugui instar o el procediment o acreditar un interès legítim; **(b)** s'introdueix la possibilitat que el jutjat decideixi no practicar les audiències preceptives quan el procediment s'insti per la pròpia persona amb discapacitat i aquesta ho sol·liciti amb la finalitat de preservar la seva intimitat i privacitat.

A més, és convenient considerar que les mesures que es dictin en el si del procediment —voluntari o ordinari— seran objecte de revisió periòdica en funció del termini que es disposi a la interlocutòria o sentència, amb una duració màxima de tres anys, prorrogables fins a sis mesos en casos extrems justificats.

Igualment, les privacions de drets de les persones amb discapacitat queden sense efecte d'ençà que la Llei 8/2021 va entrar en vigor. En aquest sentit, es pot sol·licitar la revisió de les mesures que s'hagin establert d'acord amb el sistema anterior. Aquesta revisió és obligatòria i bé es pot sol·licitar a instància de part des de l'entrada en vigor de la reforma o es realitzarà d'ofici per l'autoritat judicial en el termini màxim de tres anys des de l'entrada en vigor de la reforma.

4.2. La referència a la discapacitat s'entén a aquella que precisi la provisió de mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica

Una de les qüestions més importants a tractar de la reforma civil és la noció de *discapacitat*, ja que a pesar de la demanda per part dels operadors jurídics, el legislador

estatal omet regular aquest concepte a la Llei 8/2021²⁵¹. La reforma de la legislació civil en matèria de capacitat jurídica ha evitat qualsevol pronunciament envers el concepte de discapacitat i s'ha mantingut en un estadi neutre. Simplement, i de forma circular, anota que les persones amb discapacitat són aquelles que necessiten suports per a l'exercici de la capacitat jurídica i, per tant, les mesures de suport són aquelles que necessiten les persones amb discapacitat²⁵². Això ens fa pensar que el legislador subscriu íntegrament el contingut dels conceptes de discapacitat i persona amb discapacitat que regula la CDPD i que he detallat al capítol primer, però després coexisteixen, dins el propi Codi Civil, diferents nocions del concepte que augmenten la possibilitat de caure en situacions contradictòries. És per això, que és necessari interpretar i clarificar aquesta qüestió jurídica.

De la dicció literal de la Disposició Addicional 4^a del CCE es desprèn el següent: tota referència a la discapacitat s'entendrà a aquella que faci precisa la provisió de mesures de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica. No obstant això, les referències a la discapacitat dels articles 96 (crisis matrimonials), 756.7.o) (incapacitat per succeir per causa d'indignitat), 782 (substitució fideïcomissària), 808 (legitimaris en situació de discapacitat), 822 (donació o llegat d'un dret d'habitació sobre l'habitatge habitual) i 1401 (col·lació) s'entendran fetes: **(a)** a les persones que presenten un grau de discapacitat psíquic igual o superior al 33% o a les que presenten discapacitats físiques o sensorials amb un grau de discapacitat igual o superior al 65% i **(b)** a les persones amb dependència severa o gran dependència definides a l'article 26 LAPAD.

Aquesta regulació ens obliga a analitzar el concepte civil de *persona que precisa mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica*, que s'aplicarà com a regla general a totes les referències que el CCE fa a la *discapacitat* i el concepte administratiu de *persona amb discapacitat*, que operarà ens els supòsits especials que reconeix la Disposició Addicional 4^a CCE.

(a) Persona que necessita suports a l'exercici de la capacitat jurídica

Tradicionalment, el Dret civil ha considerat que una persona era presumptament «incapaç» i, per tant, susceptible de ser incapacitada quan patia una malaltia o deficiència de caràcter físic o psíquic que li impedia governar-se per sí mateixa (vid. Art. 200 CCE, previ a la modificació per la Llei 8/2021). Per tant, era molt freqüent associar automàticament «diagnòstic» a «incapacitat civil» i donar per suposat que tota anomalia psíquica o trastorn mental persistent impedia necessàriament a la persona governar-se per sí mateixa²⁵³.

²⁵¹ Cfr. Dictamen del Consell d'Estat (Justícia) 34/2019, de 23 abril de 2019, p. 11; Diari de Sessions del Congrés dels Diputats (Justícia), 2020, núm. 197, p. 4.

²⁵² Vid. Preàmbul Llei 8/2021.

²⁵³ Cfr. SANTOS URBANEJA, Fernando. «Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil». A: *Jornadas sobre la revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*. Madrid: Fundación Aequitas, 2004.

Aquesta falta de capacitat per governar-se ha estat associada, generalment, amb les discapacitats intel·lectuals o trastorns de salut mental i no amb discapacitats físiques o sensorials. No obstant això, aquesta prevalença s'ha dut a terme a la pràctica, perquè a efectes legals abans estava permès el procediment de incapacitació – i ara el procediment de provisió de mesures de suport – per a tota mena de discapacitat²⁵⁴. És a dir, no hi ha cap definició de persona amb discapacitat reservada per al supòsit de provisió de mesures de suport ni cap limitació quant a tipus o grau de discapacitat.

En definitiva, la regulació del CCE és un reflex del debat que es va generar entorn a la redacció de l'article 12 CDPD, que ha volgut conferir capacitat jurídica per igual a totes les persones amb discapacitat sense distingir entre tipus o grau de discapacitat. MARTÍN CALERO afirma que els juristes s'han mostrat preocupats pel contingut de l'article 12.2 de la CDPD no pel que diu sinó per a qui afecta, ja que si en aquest apartat es fes referència, únicament, a les persones amb discapacitat física o sensorial, no s'hauria ni portar a debat el contingut de l'article²⁵⁵.

Aquest nova definició genèrica impulsada amb la reforma és amb la que el legislador pretén alinear-se amb la Convenció. Per una banda, és encertada en quant elimina qualsevol referència a la manca de capacitat jurídica i a les patologies que pateixen.

No obstant, aquest concepte inclou algun element crític. I és que està limitant el concepte exclusivament per aquelles persones que reben algun tipus de suport per exercir la seva capacitat jurídica. Potser el legislador s'hauria d'haver plantejat que pot haver persones amb patologies que al interactuar amb l'entorn trobin barreres que els impedeixin la plena participació a la societat i l'exercici dels seus drets amb igualtat de condicions però que, pel motiu que sigui, no rebin mesures de suport.

Malgrat la definició no contravingui els principis suscitats a la Convenció, tampoc no s'acaba d'ajustar al seu esperit.

Així doncs, es tractaria més d'una qüestió de limitar que les úniques persones que poden rebre suports són les que tenen discapacitat. I no tant d'assimilar el concepte de persona amb discapacitat al de persona que rep suports en l'exercici de la capacitat jurídica.

MUÑIZ ESPADA planteja que no totes les persones amb discapacitat precisen de suports per exercir la seva capacitat jurídica. Que el que realment hagués estat eficaç amb la reforma seria clarificar quines persones són les destinatàries dels suports i que s'hauria de distingir entre la persona amb discapacitat necessitada de suports per l'exercici de la seva capacitat en front d'aquella que no ho precisa. En aquest sentit, proposa un

²⁵⁴ Cfr. Art. 200 CCE: «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

²⁵⁵ Cfr. MARÍN CALERO, Carlos. *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*. Madrid: Areces, 2013, pàg. 658.

concepte de discapacitat diferent: «son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales, que al interactuar con barreras de diferente naturaleza, les impiden la plena participación en la sociedad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad. Cuando las personas con discapacidad requieran para el ejercicio de su capacidad jurídica la adopción de medidas de apoyo, se llevarán a cabo respetando sus derechos, su voluntad y sus preferencias. Estas medidas deberán ser proporcionadas y ajustadas a las circunstancias específicas de cada persona, se mantendrán vigentes durante el plazo más breve posible y estarán sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad judicial»²⁵⁶.

(b) Persona que disposa de grau de discapacitat i/o grau de dependència reconegut

L'Estat espanyol, primer amb la *Llei 13/1982, de 7 d'abril, d'Integració Social dels Minusvàlids* (en endavant, LISMI) i després amb la *Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat* (en endavant, LIONDAU), regulava el concepte de «persona amb discapacitat» amb una connotació proteccionista pròpia del model que predominava en aquell temps. Així, sota el paraigua mèdic rehabilitador, considerava que dins aquest grup s'encabia «tota persona que a causa d'una deficiència —previsiblement permanent, de caràcter congènit o no— en les seves capacitats físiques, psíquiques o sensorials trobava disminuïdes les seves possibilitats d'integració educativa, laboral o social».

A conseqüència de l'entrada en vigor de la CDPD a l'ordenament jurídic intern s'aprova la *Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat*. Aquesta Llei reconeix de manera explícita que les persones amb discapacitat havien estat considerades mers objectes de tractament i protecció social i, amb l'aprovació d'aquesta llei, hi ha el compromís de passar a ser considerades subjectes de ple dret.

La Llei 26/2011 davant aquest escenari aprofita per modificar el concepte de «persona amb discapacitat», que es regulava a l'article 1 de la LIONDAU a l'empara del model mèdic i considerant la discapacitat com una matèria de benestar social i regula el concepte de la següent forma: «son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

A més, aquesta mateixa llei, a la disposició final 2^a, es compromet a aprovar un text refós on es regularitzen, clarifiquen i harmonitzen les tres lleis emblemàtiques de la

²⁵⁶ MARÍN VELARDE, Asunción. «La discapacidad: su delimitación jurídica». A: MUÑIZ ESPADA, Esther. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer, 2022, p. 63-64.

discapacitat: la LISMI i la LIONDAU, per introduir les modificacions que la normativa de la discapacitat havia experimentat en relació als drets de les persones amb discapacitat.

Aquest text legal s'aprova per *Reial Decret Legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei General de Drets de les Persones amb Discapacitat i de la seva inclusió social* i es dota d'un concepte de «persona amb discapacitat» pràcticament idèntic al de la CDPD (*cfr.* Art. 4 LGDPD), però amb algunes particularitats:

«1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. 2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos».

El primer apartat respon a un concepte general de persona amb discapacitat clarament inspirat en la CDPD. La única diferència introduïda respecte a aquesta és l'adverbi *previsiblement* per referir-se al requisit de permanència que haurà de tenir la deficiència que presenti una persona.

En canvi, el segon apartat, introdueix un concepte de «persona amb discapacitat» de caire administratiu, mantenint el grau del 33% que exigien les anteriors normatives. L'assoliment d'aquest percentatge o grau de discapacitat és el que permetrà a una persona accedir l'amalgama de recursos, prestacions, programes o serveis socials o beneficiar-se de mesures d'acció positiva.

Aquesta limitació per grau de discapacitat acreditat i reconegut pot semblar raonable en tant que l'accés a prestacions o a mesures d'acció positiva requereixen d'una tipificació restrictiva, mentre que l'accés a les mesures antidiscriminatòries requereixen d'una tipificació àmplia i que cobreixi qualsevol *discriminació per motiu de discapacitat*²⁵⁷.

Precisament, aquest any 2022 el càlcul d'aquest barem o grau de discapacitat ha sofert modificacions amb a finalitat d'ajustar-se al model social. Això és així perquè, anteriorment, la valoració de la discapacitat s'expressava a través d'un percentatge

²⁵⁷ *Cfr.* BARRIFFI, Francisco José. *Op cit*, p. 139.

resultant de l'aplicació dels criteris i barems regulats als annexes 1, 2 i 3 del *Reial Decret 1971/1999, de 23 de desembre, de procediment per al reconeixement, declaració i qualificació del grau de discapacitat*²⁵⁸.

La qualificació del grau de discapacitat, segons l'article 4 de l'esmentat Decret, responia a criteris tècnics unificats i es valoraven tant les patologies mèdiques de la persona com els factors socials complementaris relatius a l'entorn familiar i situació laboral, educativa i cultural, que dificultessin la integració social. No obstant això, els factors socials complementaris només es podien valorar amb màxim 15 punts i, per entrar a valorar-los, calia acreditar prèviament un percentatge de deficiència superior al 25% (*vid.* Art. 5.3 del Reial Decret 1971/1999).

La competència per qualificar el grau de discapacitat és de les comunitats autònomes i formaran part dels òrgans tècnics un/a metge/sa, un/a psicòleg/a i un/a treballador/a social (*Cfr.* Art. 7 i 8 Reial Decret 1971/1999).

El barem que incloïa aquest Reial Decret s'inspirava clarament en el model mèdic rehabilitador, ja que utilitza de forma predominant criteris mèdics respecte als factors socials. A més, aquests factor socials no estaven vinculats estrictament a les barreres actitudinals o físiques de l'entorn sinó a les circumstàncies personals de la persona sotmesa a la qualificació del grau de discapacitat.

És per això que amb l'entrada en vigor de la Convenció es plantejava elaborar un nou barem ajustat al model social. D'aquesta manera es buscava identificar la discapacitat en funció de les barreres físiques o actitudinals de l'entorn. Així, les persones que tinguessin reconegut un grau de discapacitat encaixarien en la primera de les definicions de l'article 4 de la Llei 16/2011 —la que no es vincula amb un grau o percentatge de discapacitats— i, per tant, la segona definició seria una mera concreció administrativa²⁵⁹.

A més, configurar nous barems, a banda de considerar les patologies mèdiques de les persones, havia de fer prevaldre la valoració de les barreres actitudinals o físiques que la persona es trobi en interactuar amb l'entorn. D'aquesta manera, dues persones que comparteixin exactament la mateixa patologia mèdica, no tindran automàticament el mateix grau de discapacitat. Això ja estava passant actualment quan es ponderaven els «factores socials», però es reclamava que no fos com a resultat de l'anàlisi de l'entorn social de la persona, sinó per la valoració que es faci de les barreres socials que percebi

²⁵⁸ Aquesta norma es passa a denominar així, d'acord amb l'article primer únic del Reial Decret 1859/2009, de 4 de desembre. Antigament es titulava *Reial Decret 1971/1999, de procediment pel reconeixement, declaració i qualificació del grau de minusvàlua*. És per això que el títol de la norma parla de «grau de discapacitat», però l'articular fa referència al «grau de minusvàlua». De la mateixa manera que fa referència a la «integració» en comptes de a la «inclusió».

²⁵⁹ *Cfr.* MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. *Op cit*, p. 23.

cada persona en interactuar amb l'entorn²⁶⁰. Val a dir que en aquelles societats on encara predominen les idees del model mèdic, sigui per costum o per la falta de promoció del model social —que en última instància deriva en un estancament en el tractament de la discapacitat— en què es ponderin de forma prioritària els factors socials, per sobre de valorar estrictament la deficiència des d'un criteri mèdic, pot generar disconformitat.

El resultat davant el qual una mateixa discapacitat dues persones tinguin un grau de discapacitat diferent per l'aplicació dels factors socials, pot comportar dues interpretacions diametralment oposades pot donar lloc a dues visions. La primera és que tenir menys grau de discapacitat comporta un benefici i es percep com un avenç per a la persona. La segona la segona visió és la de rebuig per la pròpia persona amb discapacitat o el seu entorn al considerar que davant diagnòstic mèdic idèntic es té dret a menys prestacions.

Responent a aquesta necessitat, el Comitè Espanyol de Representants de Persones amb Discapacitat va instar al Govern de l'Estat espanyol, a través de l'IMSERSO, a aprovar sense més dilacions un nou barem de valoració de les situacions de discapacitat, que substituïxi a l'actual de 1999, amb la finalitat d'ajustar-se al model social de la discapacitat²⁶¹.

El Ministeri de Drets Socials i agenda 2030 va realitzar una consulta prèvia del projecte de Reial Decret pel qual s'establiria el procediment per al reconeixement, declaració i qualificació del grau de discapacitat, sobre el qual es van poder realitzar aportacions fins gener de 2022²⁶².

A la proposta es plantejava actualitzar els barems establerts al Reial Decret 1971/1999, de 23 de desembre, mitjançant la incorporació de sis annexes adaptats a la CIF-OMS/2001. Així, es compliria amb l'interès públic d'elaborar barems de valoració més complets que permetin la posterior individualització dels suports i que atenguin als factors ambientals, socials o psicològics de cada persona. A més, es volia aplicar i traslladar aquesta normativa a l'àmbit dels Serveis Socials i de la Seguretat Social.

Amb l'aplicació de nous barems es complirien els objectius d'abordar la qualificació de la discapacitat des d'un enfocament social i de Drets Humans i d'adaptar la nova terminologia al nou paradigma de la discapacitat. També es proporcionaria una eina informàtica més precisa que permetria facilitar informació d'estudi i observació a gran

²⁶⁰ Vid. Annex 1 B Reial Decret 1971/1999, de 23 de desembre, de procediment per al reconeixement, declaració i qualificació del grau de discapacitat.

²⁶¹ CERMI. *El CERMI insta al Gobierno a aprobar sin dilaciones un nuevo baremo de valoración de la discapacidad basado en un modelo social* [comunicat de premsa], 2 febrer 2022. Disponible a: <https://cutt.ly/PKK1MB4>, última consulta: 7 desembre 2022.

²⁶² Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. *Consulta pública. Proyecto de Real Decreto por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad*.

escala comparant entre països, disciplines, serveis i problemes derivats de la situació de discapacitat.

Finalment, en resposta a la demanda, el 18 d'octubre de 2022, el Govern espanyol va aprovar el *Reial decret 888/2022, pel qual s'estableix un nou procediment pel reconeixement, declaració i classificació del grau de discapacitat*.

Aquesta norma té com a objectiu principal establir nous barems per valorar el grau de discapacitat, projectant una definició més completa i precisa que contempli factor més enllà de les deficiències. Això és: factors socials, ambientals, psicològics, suport de l'entorn, entre d'altres. En definitiva, es pretén passar d'un enfoc mèdic de la discapacitat a un enfoc més social, d'acord amb la Convenció. A més a més, facilita la tramitació d'aquests procediments per mitjans telemàtics per assegurar l'accessibilitat universal i admet un tràmit d'urgència per a persones amb ELA, malalties minoritàries i víctimes de violència de gènere; també per causes humanitàries o d'especial necessitat social (*cfr.* Art. 10 Reial Decret 888/2022).

Específicament sobre els criteris, el Reial Decret n'estableix uns que permeten fixar el grau de discapacitat de forma precisa i objectiva. Actualment, per tant, es regulen quatre barems:

- (a) Avaluació de les funcions i estructures corporals i deficiència global de la persona.
- (b) Avaluació de les capacitats/limitacions en el desenvolupament de les activitats bàsiques de la vida diària.
- (c) Avaluació del desenvolupament dins l'entorn i de restriccions a la participació en situacions vitals.
- (d) Avaluació dels factors contextuais o barreres ambientals.

4.3. L'adaptació del Codi civil català a la supressió dels procediments de modificació judicial de la capacitat: el Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació de la capacitat

Aprovada la Llei 8/2021, que substitueix el procediment de modificació judicial de la capacitat d'obrar pel de provisió de mesures judicials de suport, i amb la voluntat de garantir la seguretat jurídica i adaptar el títol II del llibre segon del CCCat a la Convenció, el 3 de setembre de 2021 —mateix dia que la Llei 8/2021—, entra en vigor el Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi Civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat.

Si bé és cert que el llibre segon del CCCat, a banda les mesures de protecció de caire representatiu, també n'incloïa d'altres no vinculades a un procediment de modificació

de la capacitat —poders en previsió d'una situació d'incapacitat (*cfr.* Art. 222-2 CCCat) o l'assistència (*cfr.* Art. 226-1 a 226-7 CCCat)—, a la pràctica, les mesures acordades, fins a la publicació del Decret, eren la *potestat prorrogada i rehabilitada*, la *tutela* o la *curatela*, que s'acomodaven a l'existència d'un procés de modificació de la capacitat, que ja no és aplicable.

Per tant, si Catalunya no feia un pas endavant en aquesta matèria, haurien coexistit dos règims totalment contradictoris i desigualitaris, que haguessin generat un buit legal en relació amb la configuració dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat. En tot cas, s'ha de tenir molt present que el Decret Llei 19/2021 es un text normatiu transitori, que s'aplicarà fins que no s'aprovi la modificació íntegra del llibre II del CCCat que, com veurem tot seguit, es troba una fase de treball avançada²⁶³.

Ara bé, el Decret Llei 19/2021 fa un veritable pas endavant. Així, modifica el règim jurídic de l'assistència, perquè pugui reemplaçar a les tuteles, curateles, pàtries potestats prorrogades o rehabilitades i altres règims tutelars i abastar les diferents casuístiques de necessitats de suport. A partir de l'entrada en vigor del Decret Llei, a Catalunya ja no es pot instar la tutela, la pàtria potestat prorrogada o rehabilitada o la curatela —aquesta última sí contemplada a la Llei 8/2021—, sinó que únicament es podrà recórrer a la institució de l'assistència. Ara bé, continuen vigents els poders preventius, el defensor judicial i el guardador de fet; aquest últim com a mesura de suport informal.

Val a dir que l'assistència estava pendent de ser modificada, perquè malgrat es va configurar amb coherència amb la Convenció, el seu contingut era incomplet i no oferia a la ciutadania un instrument de suport flexible, que abastés la diversitat de situacions en què una persona podia requerir suports a l'exercici de la capacitat jurídica. Ara, amb el Decret Llei, l'assistència dona resposta al ventall de necessitats que la persona concernida pot requerir i, a més, incorpora una novetat important respecte a la regulació anterior: es pot instar l'assistència per via judicial o mitjançant l'atorgament d'una escriptura pública notarial²⁶⁴.

²⁶³ L'exposició de motius del Decret Llei apunta que «els diversos instruments legislatius d'urgència o de tramitació ràpida, com les tramitacions urgents o la tramitació per lectura única, no permeten que la modificació legal es pugui aprovar i pugui entrar en vigor abans del dia 3 de setembre. L'únic instrument normatiu que permet la celeritat requerida per cobrir el buit normatiu que es podria produir és el Decret Llei, que és el que s'adopta per establir el règim dels suports a la capacitat de les persones». A més, la disposició final 4ª del Decret estableix que «en el termini de dotze mesos des de l'entrada en vigor d'aquest Decret Llei, el Govern ha de presentar un projecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat».

²⁶⁴ Es va incorporar al Llibre II del CCCat, relatiu a la persona i la família, com un mitjà de protecció a disposició de les persones per a les quals, per les seves condicions psicofísiques, la incapacitació i la tutela no eren possibles ni aconsellables. Aquesta figura no es vinculava necessàriament, com passava amb la tutela o la curatela, a la falta de capacitat, sinó que es fonamentava en les situacions de vulnerabilitat que podien precisar d'una protecció jurídica [*cfr.* CUADRADO SOLER, Joan. «La adaptació del Código Civil de Cataluña a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, núm. 790, p. 1166-1194. A més, el propi Govern de la Generalitat,

Una primera observació, personalment curiosa, sobre el Decret Llei fa referència al títol. El legislador català decideix seguir fent referència al *procediment de modificació de la capacitat* en el títol, quan aquest procediment ha estat suprimit de l'ordenament jurídic per la Llei estatal 8/2021. Potser, per evitar caure en la confusió de que els procediments de modificació de la capacitat continuen vigents, fent una interpretació literal de la norma, hauria estat més pertinent no utilitzar aquesta terminologia en el títol i buscar-ne una altra més ajustada a la legalitat vigent com, per exemple, «Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi Civil de Catalunya als nous sistemes de provisió de mesures de suport».

El Decret Llei 19/2021 s'estructura en dos articles, tres disposicions transitòries i cinc disposicions finals.

L'article primer del Decret Llei afirma que aquella persona major d'edat que necessiti suport per exercir la capacitat jurídica en igualtat de condicions podrà sol·licitar la constitució de l'assistència. Amb aquest pronunciament el legislador català instaura l'assistència com a mesura de suport per excel·lència quan una persona major d'edat en necessiti per a l'exercici de la capacitat jurídica.

L'article segon del Decret Llei 19/2021 reforma els articles concrets que regulen el règim jurídic de l'assistència i que tractaré en profunditat a l'epígraf següent.

Les tres disposicions transitòries regulen: **(a)** les assistències constituïdes a l'empara de la regulació anterior; **(b)** la revisió de les mesures judicials vigents i **(c)** les delacions fetes per la persona mateixa.

Sobre les assistències constituïdes a l'empara de la regulació anterior, la disposició transitòria primera estableix que aquestes es mantindran en els termes què van ser acordades, sens perjudici de la modificació judicial a instància de la persona concernida o de qui li presta assistència, per tal d'adaptar-les a la nova normativa.

En aquest sentit, fins que la mateixa persona amb discapacitat o persones legitimades no insten una revisió de sentència, o fins que el jutge no dicti la revisió d'ofici, les mesures establertes en les sentències anteriors a l'entrada en vigor del Decret Llei, mantindran la seva vigència i s'haurà d'estar al que la resolució judicial disposi. Sobre aquesta qüestió, a la pràctica, hi ha persones que han preferit no sol·licitar la revisió i esperar com evoluciona l'aplicació de la norma.

el 31 de maig de 2021 en comunicat de premsa, fa menció a que la legislació catalana és converteix en una de les més ben adaptades i avançades respecte a la Convenció (cfr. Govern de Catalunya. *El Govern aprova un Decret Llei per reforçar els drets i l'autonomia de les persones amb discapacitat* [comunicat de premsa], 31 maig 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/NKKLCCm>), última consulta: 7 desembre 2022].

Les delacions fetes per la persona mateixa, estableix la disposició transitòria tercera, mantenen llur eficàcia i s'apliquen, si s'escau, en cas que es demani el nomenament d'una persona perquè assisteixi l'atorgant en l'exercici de la seva capacitat jurídica.

Pel que fa a la revisió de les mesures judicials vigents, aquestes es mantindran en els termes que es van acordar, sens perjudici de la petició de revisió que pugui sol·licitar la persona concernida, la persona que presta assistència o altra persona legitimada —en aquest cas, la revisió s'haurà de fer en el termini d'un any des de que es rep la sol·licitud— o de la revisió que l'autoritat judicial faci d'ofici o a instància del Ministeri Fiscal en el termini màxim de tres anys des de l'entrada en vigor del Decret Llei.

L'article 42 *bis* c) de la LJV regula el règim de revisió de les mesures judicialment acordades i, de la mateixa forma que dicta pels procediments nous de provisió de mesures de suport, dona la possibilitat a l'autoritat judicial de recavar dictamen pericial i/o de les entitats a les que es refereix l'apartat segon de l'article 42 *bis* b). D'igual forma, s'entrevistarà amb la persona per escoltar la seva opinió i es practicaran les proves pertinents.

Per últim, amb les disposicions finals —primera i segona— la norma aprofita per fer canvis terminològics en relació amb el «Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d'incapacitat» que passa a denominar-se «Registre de nomenaments no testamentaris de suports a la capacitat jurídica» (*cfr.* DF 2^a. II Decret 19/2021). També modifica el Decret 188/1994, de 28 de juny, de creació de la Comissió d'Assessorament i Supervisió de les persones jurídiques sense ànim de lucre que tinguin atribuïdes a la tutela de menors o mesures de suports a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica. Amb la modificació, aquesta Comissió passarà a denominar-se «Comissió d'assessorament i supervisió de les persones jurídiques sense ànim de lucre que tinguin atribuïdes la tutela de menors o mesures de suports a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica» (*cfr.* DF 1^a. II Decret 19/2021).

Especialment importants son la disposició final tercera i quarta. En primer lloc, la disposició tercera recorda el caràcter transitori del Decret Llei, ja que la pròpia disposició quarta obliga al legislador català, en el termini de dotze mesos des de l'entrada en vigor del Decret Llei —setembre de 2023—, a presentar un projecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat.

En segon lloc, la disposició final quarta estableix que «totes les referències que la normativa vigent faci a la tutela, la curatela i la potestat parental prorrogada o rehabilitada per a persones majors d'edat, s'ha d'entendre que es fan al nou règim de mesures de suport a les persones amb discapacitat que estableix aquest Decret Llei».

D'especial consideració em sembla la repercussió que aquest precepte pot tenir en el Dret administratiu si els poders públics es limiten a canviar *tutela, curatela i potestat parental prorrogada o rehabilitada per assistència* sense prendre en consideració cap canvi més.

Els actuals serveis de tutela necessiten més que un canvi terminològic, tal i com abordaré en profunditat al capítol tercer. Per aquest motiu és imprescindible treballar un nou model per a la prestació dels serveis de suport que vetlli per garantir la voluntat de la persona en la presa de decisions i en el disseny dels suports que necessita, tot garantint la qualitat i la correcta prestació dels servei. També cal que s'incrementi la possibilitat de participació en la gestió del servei a les entitats Tercer sector, oferint-les oportunitats i recursos a llarg termini.

A més, les persones professionals en l'àmbit de la discapacitat cal que s'especialitzin i es formin en mesures de suport a les persones amb discapacitat, partint de la base que el suport ha d'ésser escollit i dissenyat per la persona en un sistema de taula rodona²⁶⁵.

4.4. El nou règim jurídic de l'assistència fruit de l'entrada en vigor del Decret Llei 19/2021: particularitats de l'assistència exercida per una persona jurídica

L'assistència, tal i com he analitzat anteriorment, és una institució civil de la persona que troba els seus orígens a la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família²⁶⁶. En concret, la seva regulació es desenvolupa als articles 226-1 a 226-7, en algunes disposicions relatives a la tutela (*vid.* Art. 226-6 CCCat que remet a les regles de la tutela) i a les disposicions comuns a les institucions de protecció de la persona del Llibre II CCCat²⁶⁷. Pel que fa a la normativa processal aplicable per a constituir-la, s'haurà d'estar al que disposi el CCCat —considerant la modificació incorporada pel Decret Llei 19/2021— i la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la Jurisdicció Voluntària considerant la modificació incorporada per la Llei 8/2021—.

Al 2010, aquesta institució s'incorpora a l'ordenament jurídic català com un instrument de protecció dirigit al major d'edat que ho necessita per tenir cura de la persona o dels

²⁶⁵ Aquesta premissa esdevé obligatòria a partir de l'entrada en vigor de la Llei 8/2021. La Disposició addicional 2ª concep l'obligació de formació per a totes les persones implicades en els suports a les persones amb discapacitat, incloses aquestes pròpies i llurs famílies.

²⁶⁶ *Vid. Supra*, epígraf 2.1.2.

²⁶⁷ És interessant la puntualització de QUESADA GONZÁLEZ en relació amb la concepció de «l'assistència» com a una institució més «de protecció de la persona». La regulació general sobre «les institucions de protecció de la persona» dels articles 221-1 a 221-5 CCCat, també és d'aplicació per l'assistència. A quasi totes les disposicions comuns s'utilitza el concepte «persona assistida», però aquest comprèn no només a les persones assistides en sentit estricte —aquelles a les quals se'ls hi ha nomenat un assistent del 226-1 CCCat— sinó també a altres persones sotmeses a altres «institucions de protecció» (*vid.* QUESADA GONZÁLEZ, Maria Corona. *La asistencia y otras Instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán*. Madrid: Reus, 2019, p. 29).

béns a causa de la disminució no incapacitant de les facultats físiques o psíquiques. Es parteix així d'una concepció de la protecció de la persona que no es vincula, necessàriament, als casos de manca de capacitat, sinó que inclou instruments que, basant-se en el lliure desenvolupament de la personalitat, serveixen per protegir les persones en situacions com la vellesa, la malaltia psíquica o la discapacitat. Aquest instrument pot ser 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 les persones afectades per un retard mental lleu o altres per a les quals, pel tipus de disminució que pateixen, els instruments tradicionals no són apropiats per atendre les vostres necessitats. En línia amb les directrius de la Recomanació R (99) 4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, de 28 de febrer de 1999, i amb els precedents existents a diferents ordenaments jurídics de l'entorn de Catalunya, es considera més adequat aquest model de protecció, paral·lel a la tutela o la curatela²⁶⁸. A més, aquesta tendència és la mateixa que inspira la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat.

Amb el Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació de la capacitat, l'assistència deixa de ser una figura complementària a les institucions civils de tutela, curatela o pàtria potestat prorrogada per passar a ser l'única figura d'aplicació en els procediments judicials de provisió de suports a Catalunya²⁶⁹.

La *nova assistència* del CCCat deixa de ser un suport residual al que acudir davant la necessitats de suport a l'exercici de la capacitat jurídica per ser el suport que operarà amb caràcter general. L'assistència substitueix la curatela i la tutela per a la realització d'actes jurídics i altres tipus de suports personals que requereixin les persones amb discapacitat, figura que està pensada i adaptada per donar primacia a la voluntat i preferències de la persona amb discapacitat.

Ara bé, considerant que l'assistència desplaça la tutela i la curatela i esdevé l'única mesura judicial —i extrajudicial— de suport en l'àmbit del Dret civil català —sens perjudici dels poders preventius, la guarda de fet i, per casos excepcionals, el defensor judicial—, en determinats supòsits, a diferència del que succeïa amb l'anterior regulació, la persona que presta assistència podrà assumir funcions representatives (*cfr.* Art. 226-4.3 CCCat).

²⁶⁸ *Cfr.* Nota a peu de pàgina, núm. 197.

²⁶⁹ *Vid.* Art. 1 del Decret Llei 19/2021 el qual estableix que «la persona major d'edat que necessita suport per exercir la seva capacitat jurídica en condicions d'igualtat pot sol·licitar la constitució de l'assistència que regulen els articles 226-1 a 226-7 del Codi civil de Catalunya». No obstant això, juntament amb l'assistència hi ha altres tipus de mesures de suport extrajudicials que es poden instar per tal de garantir l'efectiu exercici del dret a la capacitat jurídica i que no han sofert canvis respecte al Llibre II CCCat. Aquestes mesures són els poders preventius —suport formal— i el guardador de fet —suport informal—. Altrament s'ha de tenir present que l'assistència es pot constituir a través d'escriptura pública notarial, per tant, també es pot classificar com a mesura de suport extrajudicial. Igualment, manté vigència la figura del defensor judicial per aquells assumptes que per la seva naturalesa ho precisin.

Caldrà veure com el Comitè de drets de les persones amb discapacitat valora aquesta excepció en les Observacions Finals que aquest emeti a l'Estat espanyol després de l'examen d'Estat al qual se sotmet cada quatre anys —el darrer va ser al 2019—.

La possibilitat de permetre que algunes persones amb discapacitat puguin tenir un suport a l'exercici de la capacitat jurídica amb funcions representatives en determinats àmbits d'actuació ha estat una qüestió molt debatuda. Si bé és cert, finalment, s'ha optat per incloure-la en el text final pensant amb els supòsits on es fa molt difícil conèixer quina és la voluntat de la persona i on, per les característiques biològiques d'una persona —pensem, per exemple, en un Alzheimer en fase molt avançada— no es pot demostrar que la persona entengui i accepti les conseqüències de l'acte que està realitzant.

Sota el meu punt de vista s'ha fet un pas endavant en el sentit que aquesta assumpció d'acompanyament representatiu no implica una modificació de la capacitat, per tant, formalment, no es modifica, per sentència judicial, la capacitat de la persona que necessita el suport, sinó que es motiva i es justifica la necessitat que una tercera persona jurídica o física assumeixi, en determinats supòsits, la representació en l'acte concret i, en tot cas, tenint en compte la trajectòria vital de la persona concernida i les decisions que aquesta, en un passat, hagués pogut manifestar.

4.4.1. La delimitació del terme assistència: diferències entre l'assistència jurídica i l'assistència personal

En nombroses ocasions, quan invoquem el terme «assistència» entenem, erròniament, que es parla «d'assistència personal»²⁷⁰, però aquest no respon al concepte que regula el CCCat com a mesura de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.

L'assistència personal és un tipus de suport que se li atorga a la persona amb discapacitat per a acompanyar-la en la realització dels actes de la vida diària i no en la presa de decisions que tinguin una determinada transcendència jurídica.

L'assistència personal troba la seva raó de ser a l'article 19 CDPD sobre la «vida independent». Aquest article «reconeix el dret en igualtat de condicions de totes les persones amb discapacitat a viure a la comunitat, amb opcions iguals a les de les altres». Els Estats, en tot cas «han d'adoptar les mesures efectives i pertinents per facilitar el ple gaudi d'aquest dret a les persones amb discapacitat i la seva plena inclusió i participació a la comunitat».

²⁷⁰ «L'assistència personal» troba la seva regulació a l'Ordre ASC/471/2010, de 28 de setembre, per la qual es regulen les prestacions i els i les professionals de l'assistència personal a Catalunya. En relació amb aquest aspecte, el Govern va obrir a consulta pública el Decret pel qual es regula la prestació econòmica de l'assistència personal per a les persones en situació de dependència a Catalunya i l'ampliació del nivell de protecció d'aquesta prestació. Es poden consultar els resultats del període d'informació pública a: <https://participa.gencat.cat/processes/assistentpersonal>.

En concret, la lletra b) d'aquest article fa referència a «l'assistència personal» en tant que diu que les persones amb discapacitat han de tenir accés a aquest recurs que els permet facilitar la seva existència i inclusió a la comunitat.

El Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat a l'Observació General núm. 5 sobre el «dret a viure de manera independent regula de forma específica el terme «assistència personal». Aquesta fa referència al «suport humà dirigit per l'interessat o l'usuari que es posa a disposició d'una persona amb discapacitat com a instrument per permetre la vida independent». Aquest servei, a més, continua dient l'Observació General, es presta a través d'un contracte laboral. Els assistents personals han de ser contractats, capacitats i supervisats per les persones que reben l'assistència.

Per tant, aquest servei tot i configurar-se com una mesura o mitjà de suport per a la persona amb discapacitat —igual que ho fa l'assistència del CCCat— té un àmbit objectiu d'aplicació diferent. L'assistència personal dona suport en aquelles activitats de la vida diària d'una altra persona que, per la seva situació, no pot realitzar-les per ella mateixa (per exemple, la higiene o l'organització de la llar). En canvi, l'assistència del CCCat dona suport en el procés de presa de decisions d'una persona que tinguin una conseqüència o una transcendència jurídica (per exemple, treure diners del banc o vendre una casa).

En tot cas, tot i ser conceptes molt diferents, no podem negar la connexió entre aquests. Així l'Observació General núm. 1 del Comitè sobre l'igual reconeixement com a persona davant la llei, quan parla de la relació de l'article 12 amb altres disposicions de la CDPD, fa menció a l'article 19 sobre la *vida independent*.

En paraules de BARIFFI, la sinèrgia entre aquests dos articles sorgeix en el moment que viure de manera independent —escollint on, com i amb qui viure— implica tenir accés als suports necessaris per poder valorar i prendre aquestes decisions i així aconseguir un nivell de vida adequat²⁷¹.

Al llarg de la història, les persones amb discapacitat no ha pogut dirigir les seves pròpies vides. Moltes d'elles s'han vist obligades a viure en entorns institucionalitzats per la decisió dels seus familiars, poders públics o entorn, afavorint a l'aïllament i la segregació del col·lectiu.

La institucionalització de les persones amb discapacitat segueix sent un problema generalitzat arreu del món i en gran part es deu a l'incompliment de l'article 12 per part dels diferents Estats. És impossible considerar el concepte de capacitat legal sense

²⁷¹ Cfr. BARIFFI, Francisco José. *Op cit*, 203-209.

reflexionar sobre el seu impacte en la vida independent de les persones amb discapacitat i el procés de desinstitucionalització²⁷².

La capacitat jurídica és un dret que connecta amb tot allò necessari per permetre que la persona pugui empoderar-se, viure de manera independent i ser inclosa a la comunitat. La personalitat és més ampla que la capacitat i les decisions i relacions amb l'entorn són les que ens serveixen per augmentar aquesta capacitat. L'article 12, diu en GERARD QUINN, és «*the lightning rod for the paradigm shift*», és a dir, és el primer pas per aconseguir el veritable canvi de paradigma²⁷³.

La reflexió feta fins ara té a veure amb l'afectació que l'article 12 CDPD pot tenir sobre l'article 19 CDPD, però hi ha un altre punt de debat que té a veure amb les interferències que es produeixen en l'eficàcia del dret reconegut a l'article 12 si s'incompleix el dret reconegut a l'article 19. L'Observació General núm. 5 (2017) sobre el dret a viure de forma independent i a ser inclòs a la comunitat diu que «el suport per a l'exercici de la capacitat jurídica s'ha de prestar des d'una perspectiva basada en la comunitat, que respecti els drets, voluntats i preferències»²⁷⁴. Per tant, per poder prendre decisions de forma autònoma, caldrà que aquesta decisió es prengui en un entorn comunitari, escollit per la persona, on aquesta s'hi senti còmoda i acompanyada.

4.4.2. *La constitució d'una mesura de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica exercida a favor d'una persona jurídica*

D'acord amb el que he exposat fins ara, les entitats de suport, que es dediquen a acompanyar a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica, intervenen en la vida d'aquestes quan es dona el supòsit legal que les habilita a fer-ho. Aquest supòsit pot tenir lloc com a conseqüència **(a)** d'una *delació voluntària* o **(b)** d'una *delació judicial*. També és possible que **(c)** aquestes entitats actuïn *cridades per la Comissió d'Assessorament i Supervisió* de les persones jurídiques sense ànim de lucre que tinguin atribuïdes mesures de suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat.

Mitjançant la *delació voluntària*, la persona amb discapacitat escull qui vol que li presti suport i de quina manera. Aquesta decisió la pot manifestar: **(a)** davant *el jutjat de primera instància* on resideix, mitjançant una sol·licitud de provisió de mesures de suport que se substantiarà en un expedient de jurisdicció voluntària (*cfr.* Art. 226-2 CCCat) o **(b)** *atorgant escriptura pública* davant notari (*cfr.* Art. 226-3 CCCat). També

²⁷² Sobre la «desinstitucionalització» és interessant consultar: Comitè Drets de les Persones amb Discapacitat. *Annotated outline of Guidelines on Deinstitutionalization of Persons with Disabilities, including in emergency situations*, 16 agost a 14 setembre 2021. Disponible a: <https://acortar.link/ovsQbN>, última consulta: 14 desembre 2022.

²⁷³ Mental Disability Rights Initiative MDRI-S. *Legal Capacity and Community Living: Protection of the Rights of Persons with Disabilities*. Belgrad: Mental Disability Rights Initiative MDRI-S, 2014, p. 19.

²⁷⁴ CRPD/C/GC/5. *Observació General núm. 5 (2017). Article 19: dret a viure de forma independent i a ser inclòs a la comunitat*. Nova York: 27 octubre de 2017, §80.

es pot donar el cas que una persona, preveient una necessitat de suport futura, hagi designat preventivament, a través d'un poder notarial, el seu desig de què sigui una entitat de suport qui li presti suport arribat el cas (*cfr.* Art. 222-2 CCCat).

S'ha de tenir present que la delació voluntària preval sobre la judicial. Per tant, si l'autoritat judicial comprova que la persona ha adoptat aquestes mesures i són viables, les ha de respectar i no ha d'acceptar la tramitació d'altres mesures judicials que hagin pogut ser instades per altres persones.

Ara bé, també pot succeir que el jutge consideri que les mesures voluntàries no són vàlides, bé perquè designen a persones per a prestar suports que no s'adeqüen als supòsits d'aptitud per exercir el càrrec que regula la normativa civil (*cfr.* Art. 222-15 CCCat) o perquè aquestes persones, objectivament, no volen o no poden prestar el suport. En aquest cas, el jutge escoltarà a la persona amb discapacitat i li proposarà la modificació de les mesures voluntàries que consideri imprescindibles. Per tant, davant una delació voluntària a favor d'un familiar o persona de l'entorn comunitari, el jutge pot veure's obligat a suggerir una entitat de suport per a l'exercici del càrrec (*cfr.* Art. 222-10 CCCat).

D'altra banda, la *delació judicial* té lloc quan la persona amb discapacitat requereix suports per a l'exercici de la seva capacitat jurídica i no els ha establert de forma voluntària davant notari o en cas d'haver-los establerts resulten insuficients per atendre a totes les necessitats de la persona. A més, és recomanable acudir a la via judicial quan es perceben situacions de conflicte durant la tramitació de les mesures entre les persones implicades. La via judicial és molt freqüent en situacions en què funcionaris públics, generalment de serveis socials, per raó dels seus càrrecs, s'adonen de l'existència de fets determinats d'una situació que requereixi l'adopció judicial de mesures de suport. És en aquest cas quan actua la Comissió d'Assessorament abans referenciada.

En aquesta línia, l'article 42.3 LJV estableix que «es podrà promoure l'expedient de provisió de mesures de suport el Ministeri Fiscal, la pròpia persona amb discapacitat, el seu cònjuge no separat de fet o legalment o qui es trobi en una situació de fet assimilable i els seus descendents, ascendents o germans». Seguidament, afegeix que «qualsevol persona està facultada per a posar en coneixement del Ministeri Fiscal els fets que puguin ser determinants d'una situació que requerirà l'adopció judicial de mesures de suport».

D'acord amb l'article 222-10.5 CCCat seran preferentment les persones de l'entorn familiar o comunitari de la persona concernida els cridats per a l'exercici del càrrec a través de l'autoritat judicial. No obstant això, es pot donar el supòsit que aquestes persones de l'entorn familiar o comunitari no puguin o no vulguin prestar aquest suport o no compleixin els requisits d'aptitud necessaris. Aleshores l'autoritat judicial haurà de designar a una altra persona física o persona jurídica —pública o privada— que consideri idònia per a l'exercici de les funcions. En aquest cas, l'entitat de suport rep

una petició per part de l'autoritat judicial i ha d'acceptar o rebutjar el càrrec, d'acord amb el que estableix l'article 222-10.5 del CCCat, tenint en compte les raons que puguin justificar no exercir aquestes funcions, tal com estableix l'article 222-18 del CCCat.

En conclusió, independentment de si ens trobem davant un supòsit de delació voluntària o de delació judicial, les entitats de suport poden ser cridades per exercir el càrrec d'assistent. És per això que és important conèixer les particularitats que apliquen a les persones jurídiques en cadascuna de les fases del procediment de provisió de mesures de suport, independentment de si s'inicia per via notarial o judicial. Val a dir que ens referirem a l'assistència en tant que mesura de suport per excel·lència a Catalunya.

A més, aquest punt és especialment important per a la investigació, ja que és on conflueixen estrictament el Dret privat i el Dret públic. D'una banda, que és el que analitzaré a continuació, aquestes dues vessants del dret conflueixen quan l'Administració es cridada per exercir una mesura de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica i d'altra, aspecte que tractaré al capítol tercer, quan l'Administració presta aquesta mesura de suport a través de la gestió indirecta. És a dir, a través d'una entitat de suport d'iniciativa privada integrada a la xarxa de serveis socials d'atenció pública.

4.4.3. La constitució notarial de l'assistència a favor d'una entitat de suport

4.4.3.1. El judici de consentiment: el nou paper del notariat

Un dels principis més rellevants que ens aporta la legislació civil, en relació amb els suports a l'exercici de la capacitat jurídica, és l'admissibilitat dels suports voluntaris i l'aplicació preferent d'aquests respecte a les disposicions judicials. A més, aquests suports voluntaris no només es formalitzen *en previsió* d'una discapacitat futura, sinó que s'admet que es puguin establir quan la discapacitat ja hi és present. D'aquesta manera s'intenta evitar la *judicialització forçosa* de la vida de les persones amb discapacitat. Mentre abans era freqüent la remissió al procediment judicial d'incapacitació, ara s'obre la possibilitat de conformar un sistema de suports d'acord amb la voluntat i les preferències de la persona en el mateix àmbit notarial.

Concretament, l'article 226-3 del CCCat admet que qualsevol persona major d'edat que prevegi o aprecii una necessitat de suport nomeni, a través d'escriptura pública, una o més persones perquè li prestin suport a l'exercici de la capacitat jurídica a través de l'assistència. De manera que qualsevol persona està legitimada per adreçar-se a un

notari i manifestar la seva necessitat de rebre suport en l'exercici de la capacitat jurídica²⁷⁵.

És evident, per tant, que el paper del notariat ha sofert canvis exponencials i, a conseqüència, ha estat objecte de debat i anàlisi dins el sector arrel el nou paradigma en matèria de capacitat jurídica. De fet, el «XII Congrés Notarial Espanyol» — «Envejecimiento de la Sociedad, como principal desafío del siglo XXI» — va tractar aquesta casuística. La conferència inaugural assumida pel filòsof GOMÀ apuntava que «la llei natural del més fort ha estat moralment derogada i substituïda per una nova i revolucionària llei: la del més dèbil». Així, advertia que l'objectiu dels propers anys rau en donar suport a les persones per a prestar el consentiment i això no implica una substitució, sinó una indagació dels seus drets i preferències; el manteniment material en un període llarg de temps i els reptes econòmics que això implica per a la societat, així com els models de previsió particular d'aquest manteniment. En aquesta mateixa línia es pronuncia TENA ARREGUI, assenyala que «la intención de la Ley de reequilibrar la ecuación en beneficio del valor de la dignidad de la persona con discapacidad ha supuesto una auténtica revolución en muchos ámbitos, pero especialmente en el notarial: el juicio de capacidad notarial no solo ha multiplicado exponencialmente su importancia y trascendencia, sino que se ha complicado notablemente»²⁷⁶.

CASTRO-GIRONA exposa, de manera molt gràfica, que la reforma del Codi civil pretén que la persona pugui «fer-se el seu propi vestit a mesura amb les degudes garanties» i, per aquest motiu, el que en tot cas haurà de fer la persona que exerceix les funcions de suport, com si d'un «estel d'orient» es tractés, serà: **(a)** atendre a la voluntat, desitjos i preferències de la persona que ha sol·licitat el suport; **(b)** procurar que la persona pugui desenvolupar el seu procés de presa de decisions; **(c)** informar a la persona; **(d)** ajudar a la persona a la comprensió i l'enraonament; **(e)** facilitar que pugui expressar les seves preferències i **(f)** fomentar que la persona pugui exercir la seva capacitat jurídica amb menys suports en un futur. El notari, en línia amb el paper que ha d'exercir la persona que presta el suport, no podrà limitar-se a recollir declaracions de voluntat, sinó que la seva funció principal serà assessorar, donar consell i prestar assistència a la persona que

²⁷⁵ A propòsit d'aquesta habilitació, el mateix Consell General del Notariat, a la Circular 3/2021 assenyalava que «el juicio de capacidad ha cobrado una nueva dimensión, pues supone la involucración del notario, que no es ni puede ser un mero espectador». A partir d'ara, el conjunt del notariat ha d'actuar d'acord amb una doble condició: **(a)** ha de prestar suport institucional a la persona amb discapacitat i donar forma jurídica al pla personalitzat de suports, que es dissenyarà sota el control de legalitat del notari i partint sempre de la voluntat, desitjos i preferències de la persona amb discapacitat i **(b)** ha de vetllar perquè s'estableixin les salvaguardes degudes i oportunes amb la finalitat de garantir el respecte a la voluntat, desitjos i preferències de la persona i evitar situacions d'abús, influències indegudes o possibles conflictes d'interessos. Cfr. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena. «La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad». *Hay derecho* [entrada blog], 29 juny 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/yKKLvAO>, última consulta: 8 desembre 2022.

²⁷⁶ TENA ARREGUI, Rodrigo. «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad». *Revista El Notario del Siglo XXI*, 2020, núm. 99, p. 53.

sol·licita uns suports. En aquest sentit el notari, en cada actuació, haurà de realitzar un «microempoderament» que doti a la ciutadania de la deguda seguretat jurídica²⁷⁷.

En definitiva, el notari ha de comprovar si la persona amb discapacitat compren l'acte que està realitzant. És a dir, no farà un *judici de capacitat*, el qual es presumeix per a totes les persones, sinó que emetrà un *judici de consentiment*. Aquest darrer judici consisteix en comprovar que la persona amb discapacitat compren l'acte que està realitzant, conferint així la seguretat jurídica deguda al negoci jurídic que s'està acordant i que es formalitza amb l'escriptura pública de constitució de la mesura de suport a l'exercici de la capacitat jurídica²⁷⁸.

En la mateixa línia, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA afirma que la qüestió de fons no és la capacitat, sinó el consentiment, perquè una cosa és que totes les persones puguin exercir la capacitat jurídica i altra diferent que puguin prestar un consentiment vàlid. Per tal que un acte sigui vàlid és necessari que s'hagi prestat un consentiment informat. Per tant, per tal que un acte realitzat per una persona amb discapacitat sigui vàlid requereix del mateix requisit *sine qua non* que qualsevol altra persona: entendre l'abast de l'acte i les conseqüències d'aquest. Ara bé, és possible que en aquest cas, per a que això succeeixi, siguin necessàries algunes particularitats en funció de la concreta discapacitat i l'acte.

En definitiva, argumenta que el notari té una necessària funció d'acompanyament a la persona en l'elaboració del pla de suport. És per això que distingeix entre dos tipus d'ajustos per tal que la persona manifesti la seva voluntat sobre qui i com vol que se li presti el suport. D'una banda, per a les discapacitats físiques o sensorials, i d'acord amb l'article 25 de la Llei del Notariat, de 28 de maig de 1862 (en endavant, LN) s'hauran de proveir de sistemes augmentatius i alternatius de la comunicació, Braille, dispositius multimèdia de fàcil accés, intèrprets, sistemes de suport a la comunicació oral, llengua de signes, llenguatge dactilòlogic, sistemes de comunicació tàtil i altres. Per un altre costat, per a les discapacitats psíquiques o intel·lectuals, i d'acord amb l'article 665 del CCE, s'hauran de proveir dels ajustos necessaris perquè la persona pugui expressar la seva voluntat, és a dir, un llenguatge senzill, una explicació més pausada de l'acte que s'està realitzant i la possibilitat d'utilitzar el suport d'altres persones (*cfr.* Art. 7 *bis* LEC i 25 LN)²⁷⁹.

En relació amb l'exposat, també cal portar a col·lació i destacar la tasca que la *Mental Capacity Act* britànica de 2005 fa en relació amb els criteris a seguir per determinar si una persona amb discapacitat entén i compren l'acte jurídic que està realitzant. El CCE ja ens dóna pautes, al igual que ho fa el CCCat, però aquestes no estan desenvolupades

²⁷⁷ *Cfr.* CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena. «Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 97, p. 35.

²⁷⁸ *Cfr.* CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ. *Op cit.*

²⁷⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo. «Ley 8/2021: del juicio de capacidad a la formación y evaluación del consentimiento». *Hay derecho* [entrada blog], 6 octubre 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/LKKLgZF>, última consulta: 8 desembre 2022.

de la mateixa manera que ho estan a la *Mental Capacity Act*. L'article 2 d'aquesta llei estableix que una persona no pot prendre una decisió per si mateixa si: **(a)** no és capaç d'entendre la informació rellevant per prendre una decisió; **(b)** no conserva dita informació; **(c)** no utilitza aquesta informació pel procés de presa de decisió o **(d)** no comunica la seva decisió, sigui pel mitja de comunicació que sigui²⁸⁰. En tot cas, deixa clar que el fet que una persona no pugui retenir la informació durant un llarg termini de temps, no obsta a que tingui el cabal necessari per prendre una determinada decisió sobre un tema concret. A pesar de les útils disposicions d'aquesta llei, TENA ARREGUI considera que aquesta resulta insuficient, en tant que es necessiten criteris en relació amb la millor forma de detectar els possibles conflictes d'interès. És per això que proposa l'elaboració d'un codi de bones pràctiques per l'àmbit notarial, ja que el *judici de consentiment* sempre ha constituït l'element essencial per conferir fe pública notarial²⁸¹.

Per últim, s'ha de tenir present que en el procés de designació de persona que presti suport, el notari pot comptar, de cara a realitzar el judici de consentiment, amb les persones de l'entorn de la persona concernida, així com podrà demanar informació sobre les condicions de vida i entorn de la persona, qualificació administrativa de la discapacitat, col·laboració d'experts o recavar informes de serveis socials o altres professionals. Això ha estat reconegut també pel Consell General del Notariat en la Circular 3/2021 a la qual abans m'he referit²⁸².

4.4.3.2. El procediment notarial per sol·licitar una mesura de suport en l'exercici de la capacitat jurídica

Com he indicat, l'article 226-3 CCCat habilita a qualsevol persona major d'edat per designar, a través d'escriptura pública, una o més persones perquè li prestin suport a l'exercici de la capacitat jurídica a través de l'assistència. En aquest sentit, una persona major d'edat es podrà adreçar a un notari i manifestar el seu desig de rebre suports. Aquesta oportunitat pot fer que la provisió judicial ja no sigui precisa ni procedent.

Ara bé, s'ha de tenir present que quan es sol·licita una mesura de suport per la via notarial només està legitimada la pròpia persona amb discapacitat, doncs de no ser així perdria la connotació de *mesura de suport voluntària* (cfr. Art. 226-2 i 226-3 CCCat). Però es poden donar supòsits on no és possible la provisió voluntària de suports i, per tant, la via judicial és necessària i no cabrà la provisió de suports per un altra via (cfr. Art. 56, 57 i 63 LN).

²⁸⁰ Anglaterra. *Mental Capacity Act*, 7 abril 2005.

²⁸¹ Cfr. TENA ARREGUI, Rodrigo. *Op cit.*

²⁸² Sobre aquesta qüestió és interessant consultar aquest article, *vid.* CASTRO-GIRONA, Almudena. «Alternativas a las decisiones por representación». *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas. Discapacidad y equiparación de derechos*, 2022, núm. 61, p. 59 i s.

Evidentment, si és la pròpia persona la que escull qui li prestarà el suport, podrà designar una persona física o una persona jurídica indistintament. Fins i tot, si ho desitja, pot decidir que una persona física l'acompanyi en l'esfera personal i una persona jurídica li doni suport en l'esfera patrimonial i viceversa. També pot ser útil nomenar a més d'una persona per preveure una la impossibilitat de prestar suport per part de l'assistent en un moment determinat. D'aquesta manera, si hi ha una llista de persones habilitades a prestar suport, es podrà nomenar a la següent persona de la llista amb la finalitat que no es quedi descoberta la necessitat de suport. Si no s'estableix res respecte a l'ordre de substitució, s'estarà a la que consta en document posterior i, si n'hi ha més d'una, a la que consti, en primer lloc (cfr. Art. 226-3.3 CCCat).

La designació d'assistent per la via notarial a la qual m'he referit s'haurà de comunicar al Registre civil i també al Registre de Nomenaments no Testamentaris de suports a l'exercici de la capacitat jurídica (cfr. Art. 226-4 CCCat). Per tant, les entitats no soncridades, *de facto*, per exercir el càrrec, és suficient en incorporar-les a l'escriptura pública. Ara bé, l'atorgant, previsiblement, li comunicarà a l'entitat, ja que no tindria sentit que no ho manifestés si realment és la seva voluntat i aquesta haurà d'acceptar el càrrec, doncs es tracta d'una figura jurídica negocial. Caldrà veure com s'executa a la pràctica aquest supòsit. No obstant això, per l'experiència viscuda, la persona amb discapacitat, previ a designar a una entitat de suport com a assistent via notarial, es posa en contacte amb aquesta, qui li brinda la informació, el suport i l'acompanyament necessari per adreçar-se davant notari a formalitzar el suport²⁸³.

Quelcom diferent és que la persona que va atorgar l'escriptura es vegi immersa en un expedient de provisió de mesures judicials, instat per alguna persona legitimada per l'article 42 *bis* LJV. Així, d'acord amb l'article 226-3.5 CCCat, l'autoritat judicial té l'obligació d'esbrinar si existeixen mesures voluntàries. En aquest cas, el jutge hauria de tenir en compte l'atorgament fet a favor d'una persona jurídica i, a no ser que adverteixi algun canvi de circumstàncies, haurà de designar a l'entitat o li hauria de comunicar l'existència d'aquest nomenament. Per tant, davant aquesta situació, l'entitat sí que seria cridada a exercir el càrrec per part de l'autoritat judicial.

4.4.4. La constitució judicial de l'assistència a favor d'una entitat de suport

L'article 226-2 CCCat regula la designació d'assistència per via judicial. Aquesta, a diferència de la designació notarial, la pot instar la persona concernida, però també les

²⁸³ Vid. Fundació *Support-Girona*. Memòria anual 2021. Girona: Fundació *Support-Girona*, 2021. Disponible a: <https://www.supportgirona.cat>, última consulta: 14 desembre 2022. També, a tall d'exemple, vull fer referència a l'eina que estem elaborant —en el marc del doctorat industrial, amb el grup de treball de la Xarxa de Vida Independent de l'IMPD (XAVI)— per facilitar la funció «d'informar» que les entitats tenen respecte a la ciutadania. Hi ha previsió de tenir-la enllestida el primer trimestre de l'any 2023.

persones legitimades a tal efecte per l'article 42 *bis* LJV, és a dir, el/la cònjuge o parella de fet, ascendents, descendents, germans/es i/o el Ministeri Fiscal²⁸⁴.

Ara bé, deixa clar l'article 226-1.3 i 226-2.1 i 2 CCCat, que podran instar l'assistència per via judicial, persones diferents a la persona concernida sempre i quan no hi hagi document atorgat de forma voluntària per aquesta última i, en tot cas, s'ha de respectar per part d'aquestes persones legitimades la voluntat, desitjos i preferències de la persona concernida.

Un dels aspectes que predica a veus el model social de la discapacitat i que s'introdueix amb la reforma té a veure amb aquesta darrera qüestió. La norma preveu que si la persona concernida no pot expressar la voluntat i les preferències, tot i havent facilitat els suports necessaris per manifestar aquesta voluntat (*cfr.* Art. 226-2.2 CCCat), s'haurà d'atendre a la trajectòria vital de la persona, a les seves manifestacions prèvies en contextos similars, a la informació que tinguin les persones de confiança o a qualsevol altra consideració pertinent al cas. Tots aquests fets que s'han de tenir en consideració i se li hauran de traslladar al jutge per tal que emeti una resolució. Aquest principi, inspirador i eix vertebrador de la reforma, es tracta d'una salvaguarda legal que pretén que es respecti la voluntat, desitjos i preferències de la persona, d'acord amb l'article 12.4 CDPD²⁸⁵.

Per tant, en primer lloc, per designar judicialment a una persona per tal que presti assistència a l'exercici de la capacitat jurídica, s'haurà de comprovar que la pròpia persona no ha designat, de forma voluntària una mesura de suport. En segon lloc, per designar a la persona o persones que prestaran assistència s'haurà d'atendre a la voluntat, desitjos i preferències de la persona i, per tant, la persona concernida haurà de ser escoltada i s'hauran d'establir els mitjans necessaris per tal que la persona entengui la decisió que està prenent i les conseqüències d'aquesta. En tercer lloc, si tot i posar tots els mitjans necessaris per tal que la persona entengui i emeti la seva voluntat en relació amb el suport que se li prestarà, les persones que ha instat la provisió de mesures de suport, hauran de presentar al jutge materials que permetin fer-se una idea de la trajectòria vital de la persona i/o de les seves manifestacions en contextos similars. Per tant, el canvi de paradigma és evident i el principi per excel·lència en la provisió de mesures de suport atén a la voluntat de la persona amb discapacitat.

²⁸⁴ Sobre la legitimació activa de la persona amb discapacitat per promoure l'adopció de mesures de suport hi ha hagut crítiques des dels inicis de la negociació de la reforma. *Vid.* TORIBOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters, 2014, p. 1490-1493 i SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 185. A: TORIBOS FUENTES, Fernando. «Comentario al artículo 6 de la modificación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria». A: GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *Op cit.*

²⁸⁵ De nou, és de gran utilitat atendre al contingut que, sobre aquest aspecte, es detalla a la *Mental Capacity Act*.

Ara bé, l'article 226-2.3 estableix que, excepcionalment, mitjançant una resolució motivada, «es pot prescindir del que ha manifestat la persona concernida quan s'acreditin circumstàncies greus desconegudes per ella o quan, en el cas de nomenar la persona que ella ha indicat, es trobi en una situació de risc d'abús, conflicte d'interessos o influència indeguda». Només en aquests casos es podria prescindir de la voluntat de la persona i, en tot cas, acollir-se a l'excepció implica motivar-la de forma suficient²⁸⁶.

En aquesta línia, s'afirma que la fórmula principal i preferent de la reforma és l'assistència, la qual té caràcter general i s'aplica, en principi, a totes les persones que precisin suports per a l'exercici de la capacitat jurídica. Ara bé, si aquestes persones precisen d'un suport més intens, excepcionalment, s'habilita la representació. S'optarà per aquesta fórmula, únicament, quan no sigui possible determinar la voluntat, desitjos i preferències d'una persona. Aquesta indicació ha sigut posada en qüestió per la doctrina, doncs la escassa concreció pot fer que l'excepció acabi sent la regla general, fet que suposaria un autèntic «fracàs normatiu». GUILARTE MARTÍN-CALERO considera que la representació estarà justificada quan la persona amb discapacitat no pugui dur a terme la iniciativa negocial, perquè a pesar de procurar el desenvolupament de la pròpia presa de decisions, a pesar de desplegar totes les tasques informatives i explicatives no es culmina en la conformació d'una voluntat que la persona exterioritza i que la vincula, una voluntat en sentit tècnic jurídic; això no implica que la persona no pugui manifestar els seus desitjos i preferències²⁸⁷.

En un altre ordre de coses, de la mateixa manera que succeeix en l'àmbit notarial, el nomenament de la persona que assisteix i la presa de possessió del càrrec s'hauran d'inscriure al Registre civil i al Registre de Nomenaments no Testamentaris de suports a l'exercici de la capacitat jurídica mitjançant la comunicació de la resolució judicial corresponent (*cfr.* 226-2.5 CCCat). El suport es formalitzarà amb l'acte d'acceptació del càrrec per part de la persona o persones que hagin de prestar el suport. Amb posterioritat, el jutjat ha d'enviar l'exhort al Registre Civil corresponent per a fer l'anotació del suport que s'ha formalitzat. A la pràctica, però, el jutjat no actua d'ofici i quan per fer alguna gestió, on es fa valdre l'exercici de la capacitat jurídica, es demana un assentament literal de naixement i es veu que no està inscrit el suport, es sol·licita per escrit al Jutjat la inscripció al Registre corresponent.

L'article 226-4 CCCat determina el contingut de l'assistència constituïda judicialment, però de nou no ho especifica de forma sistematitzada i penso que pot ser útil recórrer a la proposta que feia al punt anterior. Segons l'article esmentat, la resolució de nomenament de l'assistència, ha de concretar: **(a)** «les funcions que ha d'exercir la persona que presta l'assistència, tant en l'àmbit personal com en el patrimonial, segons que correspongui» i, si s'escau, **(b)** «els actes concrets en els quals la persona que presta assistència pot assumir la representació de la persona assistida». L'article 226-2.4

²⁸⁶ Aquesta qüestió no ha estat lliure d'interrogants, *vid.*, *supra*, nota 139.

²⁸⁷ *Cfr.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. «Comentario al artículo 249 de la modificación de Código Civil». A: GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *Op cit.*

CCCat també admet que **(c)** «l'autoritat judicial estableixi mesures de control que estimi oportunes per garantir el respecte dels drets, la voluntat i les preferències de la persona, i també per evitar els abusos, els conflictes d'interessos i la influència indeguda».

Així, com a mesura de control, el propi article 226-2.6 CCCat ja estableix que la mesura d'assistència es revisarà d'ofici cada tres anys i, excepcionalment, es podrà establir un termini de revisió superior que, en cap cas, podrà excedir de sis anys. Tot això, sens perjudici de la revisió que pugui instar la persona concernida o altres persones legitimades (*cfr.* 42 *bis* c) 1 II). La temporalitat resulta ser també una salvaguarda que permet allunyar situacions d'abús i influència indeguda i permet confrontar novament la mesura adoptada amb els principis rectors als quals he fet referència²⁸⁸.

4.4.4.1. El cas particular de sol·licitar una mesura de suport judicial per part del Ministeri Fiscal d'acord amb la Llei de la Jurisdicció Voluntària

L'apartat tercer de l'article 42 *bis* LJV estableix que «si autoritats o funcionaris públics que, per raó dels seus càrrecs, coneixen l'existència de fets que poden suposar la necessitat d'instar una mesura judicial de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, hauran de posar en coneixement del Ministeri Fiscal aquest fet per tal que aquest iniciï l'expedient».

En aquests supòsits resulta molt rellevant la intervenció de les autoritats i funcionaris de l'Administració sanitària i dels serveis socials de les CCAA i dels municipis. La majoria dels impresos normalitzats per iniciar procediments administratius de reconeixement de la condició de beneficiari de prestacions econòmiques de caràcter públic per raó discapacitat, o els procediments de qualificació del grau de discapacitat o dependència, reflecteixen declaracions a càrrec del sol·licitant sobre la concurrència del supòsit de fet previst en l'article 200 CCE, o el reconeixement de qui subscriu la petició, en nom del beneficiari, actua com a guardador de fet d'aquell.

Específicament en l'àmbit dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica, el Govern de la Generalitat disposa d'un protocol de cribratge —actualitzat al setembre de 2021, ja que la versió anterior era de 2017— per aplicar abans d'iniciar un procés de sol·licitud de mesures judicials de suport en l'exercici de la capacitat jurídica, on s'estableixen criteris i recomanacions per al foment de l'autonomia en la presa de decisions²⁸⁹. Aquest document pretén ser un instrument de treball amb assessorament i informació

²⁸⁸ En relació amb la revisió, GUILARTE MARÍN-CALERO exposa que és important saber què succeeix si transcorre el termini previst de revisió aquesta no es produeix. En aquest cas i emparada per l'article 291 CCE és entendre que la mesura segueix vigent. Caldrà veure quina fórmula utilitzarà el legislador català a la seva nova regulació (*cfr.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. «Comentario al artículo 268 de la modificación de Código Civil». A: GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *Op cit.*).

²⁸⁹ *Cfr.* Departament de Drets socials. Formularis de cribratge i d'informe clínic social per sol·licitar mesures judicials de suport en l'exercici de la capacitat jurídica. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2021. Disponible a: <https://dretssocials.gencat.cat>, última consulta: 14 desembre 2022.

per als professionals, que inclou mesures, mecanismes de suport, coordinació, cooperació, recomanacions i propostes d'intervenció en diferents àmbits.

És a dir, la Generalitat de Catalunya posa a la disposició de les entitats que formen part de la xarxa de serveis socials d'atenció pública de Catalunya i dels funcionaris i autoritats públiques aquests protocols per, precisament, facilitar la tasca de posar en coneixement del Ministeri Fiscal les necessitats de suport que es prevegin. Sota el meu punt de vista, es tracta d'un document imprescindible que, fins i tot, podria ser més detallat i recavar informació de tercers que conviuen en l'entorn de la persona concernida. Al cap i a la fi, ens trobem en l'obligació de destriar la millor mesura de suport, tot respectant les decisions de la persona. Per tant, considero que facilitarà molt la tasca al jutjat un document detallat i motivat de la situació de la persona on s'inclogui, a més a més i de forma clara, una manifestació certa de la voluntat d'aquella. En aquest sentit, serà interessant el que analitzaré més endavant sobre l'*acord de suport*, ja que en l'àmbit dels serveis socials aquest protocol respondria a la idea d'acord de suports.

També és important fer referència en aquest punt a la Resolució DSO/2539/2022, de 3 d'agost, per la qual s'inclouen a l'*Ordre TSF/218/2020, de 16 de desembre, per a la provisió dels serveis de la xarxa de serveis socials d'atenció pública*, els annexos que regulen les condicions d'execució i els criteris d'assignació del servei de suport a les persones amb discapacitat, amb malaltia mental i gent gran en l'exercici de la seva capacitat jurídica, en règim de concert social.

Tindrem ocasió d'aprofundir-hi més endavant. En aquest punt, però, és important fer referència a l'accés al servei de suport a les persones amb discapacitat, amb malaltia mental i gent gran en l'exercici de la seva capacitat jurídica, ja que és aquí on s'estableixen les especificitats de procediment més rellevants per quan una entitat de suport és cridada a exercir el càrrec d'assistent per una persona amb discapacitat.

EL procediment per accedir al servei es tramitarà conforme l'establert a l'article 2 del *Decret 188/194, de 28, de juny, de creació de la Comissió d'Assessorament i Supervisió de les persones jurídiques sense ànim de lucre que tinguin atribuïda la tutela de menors o mesures de suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica*.

S'han establert tres procediments diferents en funció de com s'hagi fet el nomenament de l'entitat de suport.

El primer procediment és relatiu als casos en què la judicatura fa tràmits amb la unitat administrativa gestora de la Comissió d'Assessorament i Supervisió de les persones jurídiques sense ànim de lucre que tinguin atribuïda la tutela de menors o mesures de suports a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica de la

Direcció General de l'Autonomia Personal i la Discapacitat (en endavant, unitat administrativa gestora).

En aquests casos, l'òrgan judicial competent inicia l'expedient de proposta amb la presentació de la documentació corresponent; incloent-hi les dades de les persones interessades, la resolució judicial en què es concreta la mesura de suport constituïda i les dades del procediment judicial.

La unitat administrativa gestora rep aquesta documentació i obre un expedient per cada cas. Si manquen dades o documentació, s'han de requerir d'ofici a l'òrgan judicial competent i es presenten demandes a altres organismes.

A continuació, en el termini màxim d'una setmana, es valorarà la situació i les circumstàncies de la persona interessada atenent a la documentació i informes rebuts del jutjat per tal de buscar l'entitat més adequada per prestar l'assistència segons els criteris de derivació.

Un cop escollida l'entitat, la unitat administrativa gestora tramitarà —mitjançant l'aplicació informàtica Servei d'Informació de Tuteles— la documentació perquè l'entitat pugui estudiar-la i acceptar el càrrec d'assistent de suport quan l'òrgan judicial ho sol·liciti.

L'entitat que presti el servei disposa, amb caràcter ordinari, d'un mes per estudiar el cas. En el supòsit que l'entitat necessiti prorrogar el termini per estudiar-lo, ho comunicarà a la Unitat Administrativa Gestora amb una justificació prèvia. Aquest termini es reduirà a deu dies quan s'hagin dictat mesures cautelars urgents.

El procediment finalitzarà amb la valoració de l'entitat que té dues opcions. Bé acceptar el càrrec directament o bé, si valora que hi ha dificultats per acceptar el càrrec, haurà de fer un informe i trametre'l a la unitat administrativa gestora. Aquesta tornarà a fer una valoració amb noves dades per decidir si realment és possible a proposta i la torna a enviar a l'entitat amb les noves dades o bé remet la proposta a una altra entitat.

En el moment que s'accepti el càrrec i així es comuniqui a través de l'aplicació, la proposta es trasllada al jutjat.

L'últim pas consistirà a fer que l'entitat accepti el càrrec davant el jutge i annexar a l'aplicació l'acta d'acceptació del carrer amb constància explícita de la data, tot informant del mòdul que se li assigna.

El segon procediment va dirigit als casos en què la judicatura tramita el procediment directament amb l'entitat que presta el servei de suport. Per tant, les propostes les traslladarà el jutjat directament a l'entitat, que podrà requerir més documentació al jutjat en cas que en manqui.

Si alguna entitat té altres compromisos, ho hauran de comunicar a la unitat administrativa gestora. Si es comprova que l'entitat pot incrementar el nombre de persones assistides i l'entitat accepta el càrrec davant el jutge, ho haurà d'informar a través de aplicació annexant la mateixa documentació que en el procediment anterior.

Quan l'entitat no pugui acceptar l'encàrrec, sigui per manca de recursos personals o materials, s'excusarà davant el jutge i l'expedient de proposta de l'òrgan judicial es traslladarà a la unitat administrativa gestora, que seguirà el primer procediment previst.

En darrer lloc, s'ha establert un procediment diferent per aquells casos en què l'assistència deriva de la designació notarial mitjançant escriptura pública.

Aquí, serà l'entitat la que informará la unitat administrativa gestora que ha estat designada per mitjà d'escriptura pública i annexarà a l'aplicació el certificat emès pel Registre Civil i el certificat del registre de nomenaments no testamentaris de suport a la capacitat jurídica que es lliura a l'entitat.

Per derivar les persones destinatàries del servei a les entitats que presten l'assistència s'han establert dos tipus de criteris:

a) *Criteris en relació amb la persona assistida:* els criteris de derivació a l'entitat que presti el servei d'assistència a les persones amb discapacitat en l'exercici de la capacitat jurídica, segons els diferents perfils mixtos que pot presentar una persona, són els següents:

- Persones amb discapacitat intel·lectual lleu o límit amb trastorns de conducta: entitats que prestin servei d'assistència a les persones amb discapacitat.
- Persones amb discapacitat intel·lectual moderada o greu i trastorn mental: entitats que prestin servei d'assistència a les persones amb discapacitat.
- Persones amb discapacitat intel·lectual i toxicomania: entitats que prestin servei d'assistència a les persones amb discapacitat.
- Persones amb discapacitat intel·lectual lleu o límit i trastorn mental, en funció del diagnòstic principal: entitats que prestin servei d'assistència a les persones amb malaltia mental.
- Persones amb malaltia mental i toxicomania: entitats que prestin servei d'assistència a les persones amb malaltia mental.
- Persones amb discapacitat intel·lectual, malaltia mental i toxicomania, en funció del diagnòstic principal: entitats que prestin servei d'assistència a les persones amb discapacitat o entitats que prestin serveis a persones amb malaltia mental.

- Persones amb malalties neurodegeneratives i demències: entitats que prestin servei d'assistència a les persones grans (amb independència de l'edat).
- Persones de més de 65 anys amb malaltia mental no compensada: entitats que prestin servei d'assistència a les persones amb malaltia mental.
- Persones de més de seixanta-cinc anys amb discapacitat intel·lectual: entitats que prestin servei d'assistència a les persones amb discapacitat intel·lectual o entitats que prestin serveis a gent gran.

b) Criteris en relació amb l'entitat: per equilibrar el nombre de propostes per a les diferents entitats, quan hi hagi més d'una entitat que actua al mateix territori, la unitat administrativa gestora ha de valorar la càrrega de treball de cada entitat a partir de les propostes següents:

- Propostes en estudi pendents de resposta.
- Propostes que el jutjat deriva directament a l'entitat que presta el servei de suport a la persona discapacitada.
- Compromisos previs de l'entitat. La Unitat Administrativa Gestora n'ha de ser coneixedora amb la finalitat que la proposta al jutjat es faci a favor de l'entitat esmentada i s'evitin duplicats. Els compromisos s'enviaran directament a l'entitat, mitjançant l'aplicació informàtica, de Servei d'Informació de Tuteles (SIT), a l'entitat que ha informat prèviament.

4.4.4.2. La dimensió processal: procediment judicial de provisió de mesures de suport

L'entrada en vigor de la Llei 8/2021, de 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica no només ha produït un canvi en la regulació de les mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, sinó també en la sustentació dels expedients i procediments judicials, introduint modificacions molt significatives a la LJV i a la LEC.

Fins ara, el model aplicable afavoria la judicialització de la discapacitat. D'acord amb el procés de modificació de la capacitat regulat a la LEC (*cfr.* Art. 756 a 760 LEC, versió anterior a la reforma operada per la Llei 8/2021), se celebrava un judici verbal que finalitzava amb una sentència on es declarava la modificació de la capacitat de la persona demandada i se la sotmetia al règim de guarda corresponent. A la pràctica es tractava d'un sistema rígid i inflexible que incomplia clarament el mandat legal internacional. No contenia una determinació detallada de les àrees o els actes sobre els quals es projectava la limitació de la discapacitat i responien a fórmules genèriques o pronunciaments estereotipats²⁹⁰.

²⁹⁰ *Vid.* 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». *REDUR*, núm. 10, 2012, p. 61-64.

Aquesta evolució de la jurisdicció contenciosa a la jurisdicció voluntària resulta adequada, ja que en aquest tipus de qüestions no s'aprecia l'existència d'una controvèrsia entre les parts. De fet, podríem dir que l'objectiu és unidireccional: atorgar suport a aquella persona que ho necessita.

L'expedient de provisió de mesures judicials de suport es regula Capítol III *bis* de la LJV. No obstant això, a pesar de l'extensió d'aquest articulat, els aspectes que regula són específics de l'expedient de constitució de mesures de suport i, per tant, per tot allò que resulti aplicable s'haurà d'atendre a les disposicions de la LJV. En determinats casos, també s'haurà de prendre en consideració la LEC, sobretot amb el que resulta d'aplicació al procediment especial de provisió de mesures (*cfr.* Art. 748 a 762 LEC).

Sobre la base d'aquests articles, el jutjat competent per conèixer de l'expedient serà el de Primera Instància del lloc on resideixi la persona amb discapacitat. Si durant el temps que dura el procediment la persona concernida canvia de domicili, es traslladarà l'expedient al nou lloc de residència. La falta de competència es podrà apreciar d'ofici o es denunciarà per part de qualsevol dels interessats i la seva estimació comporta la remissió de l'expedient al jutjat competent. El criteri de residència actual s'ha imposat al de la residència habitual, en contra del principi de la *perpetuatio iurisdictionis* que consagra l'article 411 LEC. LOZANO BLANCO considera aquest canvi justificat en tant que **(a)** la llibertat d'elecció de domicili és un dels atributs de la capacitat d'obrar de la persona i **(b)** la intervenció personal que es requereix del jutge aquests processos és materialment possible²⁹¹.

Com he assenyalat anteriorment, la sol·licitud de mesures de suport la pot instar la persona concernida i les persones habilitades a tal efecte per l'article 42 *bis* LJV, és a dir, el/la cònjuge o parella de fet, ascendents, descendents, germans/es o el Ministeri Fiscal²⁹².

En relació amb la postulació, decreta l'apartat quart de l'article 42 *bis* a) LJV, la persona amb discapacitat podrà actuar amb la seva pròpia defensa i representació, però aquesta intervenció no és preceptiva, ja que no s'estableix expressament tal i com exigeix l'article 3.2 LJV²⁹³. En tot cas, juntament amb la sol·licitud, es podrà demanar

²⁹¹ *Cfr.* LOZANO BLANCO, Jesús. «Comentario al artículo 752». A: TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters, 2014, p. 1485-1486.

²⁹² Sobre la legitimació activa de la persona amb discapacitat per promoure l'adopció de mesures de suport hi ha hagut crítiques des dels inicis de la negociació de la reforma. *Vid.* TORIBIOS FUENTES, Fernando, *op cit*, p. 1490-1493 i SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 185. A: TORIBIOS FUENTES, Fernando, *op cit*. A: GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *Op cit*.

²⁹³ El fet que no sigui perceptiu actuar amb advocat i procurador ha estat objecte de crítica pel sector de la discapacitat. D'acord amb l'article 6.3 de la *Llei 1/1996, de 10 de gener, d'Assistència Jurídica Gratuïta*, les persones amb discapacitat no serien titulars del dret a la defensa i representació gratuïtes en tant que la postulació és perceptiva. Això podria situar a les persones amb discapacitat en una situació d'indefensió, perquè tot i estar obligat el jutjat a adoptar les mesures necessàries per tal que la persona comprengui l'acte que està realitzant, el propi llenguatge jurídic i les complicacions pròpies del sistema, fan necessària

que es nomeni a un defensor judicial si no fos previsible que procedeixi a realitzar per sí mateixa tal designació. Aquest defensor judicial actuarà a través d'advocat i procurador²⁹⁴.

El lletrat de l'Administració de Justícia, d'acord amb l'article 7 bis LJV²⁹⁵, realitzarà les adaptacions i ajustos necessaris per tal que la persona amb discapacitat compregui l'objecte, finalitat i tràmits de l'expedient de provisió de mesures de suport.

A la sol·licitud de mesures de suport s'adjuntaran els documents que acreditin la necessitat, així com un dictamen pericial dels professionals especialitzats de l'àmbit social i sanitari. Aquests aconsellaran les mesures de suport més idònies per a la persona concernida. A més, es proposaran les proves que es considerin necessàries practicar a la compareixença.

Quan s'hagi admès a tràmit la sol·licitud, per part del lletrat de l'Administració de Justícia (*cfr.* Art. 16 LJV), es convocarà a una compareixença i recavarà certificació del Registre Civil i, si s'escau, d'altres Registres públics que es considerin pertinents, sobre les mesures de suport inscrites. A la compareixença es citarà: **(a)** el Ministeri Fiscal i **(b)** la persona amb discapacitat i, si s'escau, **(c)** el/la cònjuge no separat/da de fet o legalment o qui es trobi en una situació de fet assimilable, **(d)** els/les descendents; **(e)**

l'ajuda d'una persona professional per defensar els interessos de la persona concernida. En aquest sentit la «Asociación Española de Fundaciones Tutelares», «Plena Inclusión España» i el «Consejo General de la Abogacía Española España», després de l'entrada en vigor de la Llei 8/2021, van signar un comunicat on instaven al Govern a: **(a)** modificar l'article 42 bis LJV; **(b)** crear comissions especialitzades als torns d'ofici dels Col·legis d'advocats; **(c)** que jutges i tribunals requereixin la intervenció d'advocat i procurador quan la persona comparegui sense aquests» (*cfr.* Plena Inclusión, Asociación Española de Fundaciones Tutelares; Consejo General de la Abogacía Plena Inclusión, Asociación Española de Fundaciones Tutelares; Consejo General de la Abogacía Española. *Comunicado Consejo General de la Abogacía, Plena Inclusión España y la Asociación Española de Fundaciones Tutelares* [comunicat de premsa], 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/fKKZtsl>, última consulta: 8 desembre 2022).

²⁹⁴ El poder judicial ha habilitat formularis per garantir l'autonomia de la persona amb discapacitat davant la necessitat de sol·licitar mesures de suport. Es poden trobar al web: <https://www.poderjudicial.es/cgpj>.

²⁹⁵ *Vid.* Artículo 7 bis LJV. Ajustes para personas con discapacidad. «1. En los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. 2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin: a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios».

els/les ascendents i/o **(f)** els/les germans/es. Les persones interessades, en el termini de cinc dies des de la recepció de la citació a la compareixença, podran proposar les diligències de prova que estimin pertinents.

L'autoritat judicial, abans de la compareixença, podrà recavar informe de l'entitat pública que, en el respectiu territori, tingui encomanada la funció de promoció de l'autonomia i l'assistència de les persones amb discapacitat, o d'una entitat del tercer sector d'acció social degudament habilitada com a col·laboradora de l'Administració de Justícia²⁹⁶. Aquesta entitat haurà d'informar sobre les alternatives de suport i les possibilitats de prestar aquest suport sense l'adopció d'una mesura judicial. L'autoritat judicial, a més, podrà ordenar un dictamen pericial quan ho cregui convenient.

El dia de la compareixença, que es substanciarà pels tràmits previstos a la LEC i amb les especialitzats que indica l'article 18.2 LJV, l'autoritat judicial i la persona amb discapacitat, realitzaran una entrevista. En ella, l'autoritat judicial, informará a la persona de les alternatives de suport que disposa. El mateix dia de la compareixença es practicaran les proves que hagin estat proposades i s'escoltarà als compareixents que manifesten voler ser escoltats. Si després de la informació donada a la persona amb discapacitat aquesta escull una mesura de suport, es posarà fi a l'expedient.

Si la persona amb discapacitat s'oposa a rebre qualsevol mesura de suport o ho fa alguna de les persones interessades en l'adopció de mesures de suport, es posarà fi a l'expedient, sens perjudici que l'autoritat judicial adopti, de manera provisional, mesures de suport a la persona o al patrimoni d'aquesta. Aquestes mesures, com a màxim, tindran una vigència de trenta dies, a no ser que amb anterioritat a la compareixença s'hagi presentat «demanda d'oposició a les mesures de suport en judici contenciós».

Les mesures que s'adoptin en interlocutòria que posi fi a l'expedient hauran de ser conformes al que preveu la normativa civil sobre mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica aplicable segons territori. Les mesures que s'adoptin, es revisaran en el temps i forma previst a la interlocutòria.

4.4.5. El pla d'assistència que deriva de l'acord de suports

Tant l'article 226-2 com el 226-3 CCCat, respecte a la designació judicial o notarial d'assistència, enuncien que «es poden establir disposicions en relació amb el funcionament i contingut del règim de suport adequat, fins i tot pel que fa a la cura de la seva persona. També es poden establir les mesures de control que s'estimen oportunes

²⁹⁶ El fet que l'autoritat judicial pugui recavar informes de les entitats del tercer sector amb les que la persona amb discapacitat hi està vinculada ha fet que aquestes es vegin obligades a formular models d'informes que responguin a les necessitats del procediment.

per garantir els seus drets, el respecte a la voluntat i a les seves preferències i per evitar els abusos, els conflictes d'interessos i la influència indeguda»²⁹⁷.

En definitiva, amb el contingut d'aquests articles, es plantegen la possibilitat —útil— d'adjuntar, amb la petició de mesures de suport, un document que serveixi de base per, posteriorment, emetre l'escriptura pública o la resolució judicial, havent tingut en compte allò que volia la persona i fent-ho de manera motivada. El document final, emès pel jutge o notari, també recull les regles de funcionament de la relació assistent-assistit i s'identifiquen les mesures de control necessàries per a garantir que es respectin la voluntat i preferències de la persona i s'evitin situacions d'abusos, influències indegudes o conflictes d'interès.

La Memòria preliminar de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, també tracta aquesta qüestió, però ho fa de manera específica²⁹⁸. I ho fa encertadament, ja que disposar d'un pla de suports detallat i motivat en el moment de prestar la sol·licitud de mesures de suports no és altra cosa que una salvaguarda més per assegurar que l'acord que se'n derivi d'aquesta sol·licitud estigui fet d'acord amb la voluntat de la persona i proporcionat a les seves necessitats.

Per complementar la proposta que es fa a la Memòria preliminar amb l'experiència pràctica fruit de la relació amb la Fundació *Support-Girona* i, en particular, amb el projecte *I decide*, a tall d'exemple, presento una proposta sistematitzada del que, sota el meu punt de vista, hauria d'incloure aquest pla de suports. Cal tenir present que aquest contingut és aplicable a la petició de suport que es faci davant notari o davant la jurisdicció voluntària²⁹⁹.

- (a) Dades de la persona que requereix suport i dades de la persona que presta el suport.** En aquest punt s'identificaran les dades de la persona que necessita suport i de qui vol aquesta que li presti suport. Recordem que pot ser una o més d'una i, fins i tot, se'n poden establir més pel cas que hagin d'actuar subsidiàriament.

²⁹⁷ Sota el meu punt de vista, hauria estat útil fer una previsió del contingut en l'articulat de la norma de forma ordenada, de la mateixa manera que, salvant les distàncies, es fa en relació amb els pronunciaments que ha d'incloure una demanda o sentència judicial (*vid.* Art. 399 LEC).

²⁹⁸ L'article 222-32 de la Memòria preliminar estableix que «a la sol·licitud de mesures de suport s'ha d'adjuntar un pla d'assistència, que ha de respectar la voluntat, els desitjos i les preferències de la persona per a qui se sol·licita l'assistència. En aquest pla s'ha d'indicar: la persona o persones que es proposen per a prestar assistència; l'abast i les funcions de l'assistència demanada; el règim de comunicació entre assistent-assistit; les propostes adreçades a incrementar l'autonomia i les salvaguardes que s'estimin oportunes.

²⁹⁹ *Vid.* Fundació Support-Girona. *I decide. Plantilles per a ús dels professionals* [recurs en línia]. Girona: Support Girona, 2019. Disponible a: <https://cutt.ly/tKKZavt>, data última consulta: 13 juny 2023. He tingut l'oportunitat de treballar la metodologia en profunditat en el sí del Doctorat Industrial donat el paper de «formadora» que he tingut en aquest projecte durant el desenvolupament de la investigació.

- (b) *Àmbit/s on la persona necessita suport.* S'han de detallar els àmbits on s'adverteix una necessitat de suport i, preferiblement, aportant evidències.
- (c) *Pla de suports individualitzat.* Idealment, si la sol·licitud de mesures de suport la presenta la persona amb el suport de l'entitat que vol que li presti el suport. Es pot incorporar un pla de suports individualitzat. És a dir, un document de treball conjunt on es prevegi com es desenvoluparà la relació de suport.
- (d) *Habilitats de la persona que requereix suport en funció de la informació extreta de:* entrevista, dictàmens, informes socials, entre d'altres. Per exemple, habilitat per a administrar el sou mensual i realitzar els pagaments fixes mensuals. És important, davant una situació on una persona ha de prendre alguna decisió, valorar les habilitats —digitals, numèriques i d'alfabetització—, ja que entre en joc per interpretar tota la informació disponible que l'ajudi en el seu procés de prendre una decisió conscient i informada.
- (e) *Mesures per garantir que es respecten la voluntat, desitjos i preferències de la persona i s'eviten situacions d'abús, influències indegudes o conflictes d'interessos.* Especialment importants són les *salvaguardes*. Amb el model social de discapacitat i amb la reforma de la legislació civil, el concepte d'*interès superior* de la persona amb discapacitat és canvia pel de *respecte a la voluntat de la persona*. Per tant, les salvaguardes no s'establiran amb una finalitat protectora sinó per fer complir la voluntat de la persona i, en tot cas, garantir que no es produeixin abusos, influències indegudes o conflicte d'interessos. En aquest cas, també és adequat que s'estableixi de quina manera es vol que es faci el seguiment i control davant abusos o influències indegudes.
- (f) *Pla d'avaluació de la relació de suport.* En aquest punt es pot detallar cada quan es desitja que es faci la revisió i sota quins criteris.

4.4.6. *La rendició de comptes de la persona que presta assistència*

La persona que presta assistència podrà actuar en l'àmbit personal o patrimonial de la persona assistida, segons el que dicti la resolució de provisió de mesures de suport o l'escriptura pública notarial. En tant que l'assistent pot tenir atribuïdes funcions d'Administració ordinària del patrimoni de la persona assistida és lògic que hagi de retre comptes per l'Administració dels béns aliens³⁰⁰.

L'article 226-6 del CCCat, en la seva antiga redacció, establia que «en la mesura en què siguin compatibles amb la funció d'assistència, s'apliquen a l'assistent les normes d'aquest codi en matèria d'aptitud, excusa i remoció dels tutors, i també les relatives a la rendició de comptes si l'assistent té atribuïdes funcions d'Administració ordinària de la persona assistida».

³⁰⁰ «És encertat que se li exigeixi a l'assistent retre comptes, ja que, encara que la persona concernida tingui ple reconeixement de la capacitat jurídica, si sol·licita una mesura de suport és perquè es tracta d'una persona vulnerable que no pot cuidar de forma correcta dels seus béns». (Vid. QUESADA GONZÁLEZ, Maria Corona. *Op cit.* p. 84).

La nova redacció de l'article 226-6 CCCat no és tan específica i remet a les regles de la tutela per a tot allò que no s'oposi al règim propi de l'assistència, interpretades d'acord amb la CDPD. Com he dit en retirades ocasions el Llibre II del CCCat no s'ha reformat en la seva integritat. El Decret Llei 9/2021 només modifica els articles 226-1 a 226-8 CCCat de l'assistència i, per tant, el règim de la tutela continua intacte. Així, si atenem a l'article 222-31.1 CCCat l'obligació de retre comptes que s'imposa al tutor i, per extensió, d'acord amb l'article 226-6, a l'assistent, s'ha de fer davant l'autoritat judicial que va constituir l'assistència.

Amb aquesta afirmació sorgeixen dues reflexions importants. La primera té a veure amb el règim vigent de la tutela a Catalunya, el qual és diferent al règim de tutela estatal i la segona amb les assistències no constituïdes judicialment.

Pel que fa a la primera qüestió, si bé ens queda clar que el legislador només ha modificat allò relatiu a l'assistència, cal saber que el legislador estatal ha modificat la tutela de forma íntegra i, per extensió, la rendició de comptes associada a aquesta.

Actualment, al CCE la rendició de comptes no ha de realitzar-se sempre davant el jutge, només serà així quan alguna persona interessada en el procediment ho sol·liciti. Amb això s'evita el gran nombre de vistes que en la major part dels casos mancaven de complexitat i oposició als comptes presentats³⁰¹. La LJV, amb la nova redacció de l'article 45, estableix que «en la resolución por la que se constituye la tutela o curatela u otra posterior, el juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir al tutor o curador informe sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad y el estado de la Administración de sus bienes».

A continuació, l'article 51.1 LJV estableix que «de acuerdo con la legislación civil aplicable o con la resolución judicial correspondiente, el tutor o curador presentará, en su caso, informes sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad, o de rendiciones de cuentas».

Un cop es presenten aquests informes, el lletrat de l'Administració de justícia els trasllada a la persona amb discapacitat, a aquells que apareguin com a interessats en l'expedient i al Ministeri Fiscal. La novetat de la legislació estatal rau en què la compareixença només es celebrarà si alguna de les persones assenyalades ho sol·licita en el termini de 10 dies.

Com sabem, la tutela només és possible per als menors d'edat, i pel cas del curador la norma estatal remet a l'article 292 CCE, «el curador, sin perjuicio de la obligación de rendición periódica de cuentas que en su caso le haya impuesto la autoridad judicial (...)».

³⁰¹ Cfr. Exposició de motius de la Llei 8/2021, apartat VI, p. 8.

Les regles de la tutela a Catalunya, pel que fa a la rendició de comptes, regulen tres activitats diferenciades: **(a)** obligació de fer inventari; **(b)** rendició anual i **(c)** rendició final de comptes.

D'acord amb l'article 222-31.1 CCCat l'assistent ha de retre comptes dins dels primers sis mesos de l'exercici següent. No obstant això, si el patrimoni de la persona assistida és reduït, l'autoritat judicial, després de la primera rendició de comptes, pot pactar amb la persona assistida que les altres rendicions es facin per períodes més llargs.

Pel que fa a la segona qüestió, res hauria d'impedir que l'assistent pogués retre compte davant el/la notari/a que hagi constituït la mesura de suport o davant la pròpia persona amb discapacitat. De fet, l'article 222-21.4 CCCat permet que l'assistit tingui accés a l'inventari dels seus béns. Per tant, la rendició de comptes s'establirà, en tot cas, com un instrument de seguiment i control de la mesura de suport establerta en via notarial o judicial.

4.4.7. La modificació de l'assistència

L'article 226-7 CCCat sobre la *modificació de l'assistència*, abans regulada a l'article 226-4 CCCat, estableix que «les persones legitimades per sol·licitar la constitució de l'assistència poden sol·licitar-ne la modificació o revisió si hi ha un canvi en les circumstàncies que la van motivar».

El Decret Llei 19/2021 ha canviat la redacció respecte a la regulació anterior de l'assistència. Abans es parlava de *reducció o ampliació* de les funcions de la persona que prestava l'assistència³⁰² i ara es parla de *modificació o revisió*.

Aquest canvi ha estat donat per la limitació que podia suposar parlar només de reducció o ampliació de les funcions. RIVERO HERNÁNDEZ ja precisava que la modificació de l'assistència en sentit quantitatiu —de reducció o ampliació— era correcta però també era necessari que es pogués modificar l'assistència en sentit qualitatiu, és a dir, buscant una major eficàcia de la mesura de suport o precisant la forma d'exercici de les funcions inicials³⁰³.

Amb el nou redactat de l'article 226-7 CCCat es podrà demanar la modificació de l'assistència en termes qualitatius i quantitatius, atenent sempre a la voluntat, desitjos i preferències de la persona assistida i avaluant la circumstàncies que motiven aquella decisió.

³⁰² Vid. Art. 226-4 CCCat (previ a l'aprovació del Decret Llei 19/2021): «a instància de part, inclosa la persona assistida, l'autoritat judicial ha d'acordar la reducció o ampliació de l'àmbit de funcions de l'assistent si es necessària donada les circumstàncies»

³⁰³ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentario Artículo 226-4. Modificación de la asistencia. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia». A: ROCA TRIAS, Encarna; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (Coord.). *Persona y familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*. Las Rozas: Sepin, 2011.

Tampoc generarà major problema el possible augment de necessitats de suport de la persona assistida que portin a iniciar un expedient de modificació. L'assistència es configura com a única mesura de suport possible i, per tant, davant una major necessitat de suport, no es podrà recórrer a la modificació de la capacitat sinó, en tot cas, a una revisió en la forma d'exercici de les funcions inicials o una ampliació en els àmbits en què s'està prestant assistència³⁰⁴.

En qualsevol cas, d'acord amb l'article 226-8 b) CCCat, podria passar que davant una millora de l'autonomia de la persona sorgeixi la necessitat de rebaixar la intensitat de suports o, fins i tot, extingir-los.

L'apartat segon, amb el mateix redactat que en la regulació anterior³⁰⁵, dona la possibilitat a la persona que assisteix de comunicar al jutge la necessitat de modificació o extinció de l'assistència si té coneixement de les circumstàncies que ho permeten. Aquesta comunicació és una mera declaració unilateral dirigida al jutge on s'indiquen els fets dels quals se'n té notícia i que permeten la modificació de l'assistència³⁰⁶.

Pel que fa a la legitimació i el procediment per sol·licitar la modificació, tal i com diu l'article 226-7 CCCat, estaran legitimades les mateixes persones que ho estan per sol·licitar la constitució de l'assistència que, tal i com s'ha establert a l'apartat 6.2, ho son el Ministeri Fiscal, cònjuge de la persona amb discapacitat no separat de fet o legalment o qui es trobi en una situació de fet assimilable i els seus o els seves descendents, ascendents o germans/es.

Tal i com passava amb l'anterior regulació, sorgeix el dubte de si el jutge podria modificar d'ofici l'abast de l'assistència. En principi s'afirmava que no era possible en tant que aquest no estava legitimat per sol·licitar la constitució de la institució. No obstant això, no tenia sentit si, posteriorment, s'afirmava que la persona que prestava assistència podia posar en coneixement del jutge les circumstàncies que permeten la modificació i era aquest el competent per resoldre sobre la conveniència o no de la petició.

De fet, sembla que el jutge no actua d'ofici a partir dels informes de rendició de comptes que ha de fer l'assistent (*vid.* Apartat 6.5 sobre la *rendició de comptes*), sinó quan l'assistent li ho comunica directament (*cfr.* Art. 226-7 CCCat)³⁰⁷.

De la mateixa manera, l'article 761 LEC preveu que «las medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil,

³⁰⁴ *Cfr.* RIBOT IGUALADA, Jordi. *Op cit.*, p. 91-93; EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Op cit.*, p. 487-488.

³⁰⁵ L'únic que es modifica és el terme assistent pel de persona que assisteix per adequar-se a l'ús no sexista del llenguatge.

³⁰⁶ *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Op cit.*

³⁰⁷ No obstant, és cert que no comptem amb una reforma completa de la legislació civil i, per tant, és possible que sí es permeti més endavant.

debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria».

Si atenem a la LJV, l'article 42 *bis* c), permet la revisió periòdica de les mesures acordades judicialment, en el termini i la forma en què es disposi en la interlocutòria que les acordi. A més, les persones legitimades segons l'article 42 *bis* a), així com la persona que exerceix el suport, pot sol·licitar la revisió de les mesures abans que transcorri el termini fixat a la interlocutòria.

No obstant això, part de la doctrina afirma que això no té sentit en tant que, per guardar coherència amb la possibilitat que la persona que presta assistència pugui posar en coneixement del jutge les circumstàncies que permeten la modificació, s'hauria d'entendre que el jutge, d'ofici, també podria actuar per modificar l'assistència un cop comunicades les noves circumstàncies³⁰⁸.

4.4.8. *L'extinció de l'assistència*

L'assistència es pot extingir si es donen una o ambdues d'aquestes circumstàncies: **(a)** la mort o declaració de mort o d'absència de la persona assistida i/o **(b)** la desaparició de les circumstàncies que la van determinar. Aquesta regulació està prevista a l'article 226-8 CCCat, abans regulada a l'article 226-5.

En el segon dels supòsits, igual que ho regulava l'anterior article 226-5 CCCat, s'especifica que «l'autoritat judicial, a instància de part, ha de declarar el fet que dona lloc a l'extinció de l'assistència i ha de deixar sense efecte el nomenament de la persona assistent».

Respecte a aquest article, fonamentalment, cal examinar tres aspectes concrets: **(a)** legitimació per sol·licitar l'extinció de l'assistència; **(b)** causa d'extinció per la desaparició de les circumstàncies que la van determinar i **(c)** mort de la persona que assisteix.

En primer lloc, pel que fa a la legitimació per sol·licitar l'extinció, ha de tenir lloc a *instància de part*. En aquets cas s'entén que com a parts s'inclouran les mateixes persones legitimades per sol·licitar l'assistència (*cfr.* Art. 42 *bis* LJV)³⁰⁹.

Especialment rellevant és, en aquest cas, la possibilitat que sol·liciti l'extinció de la institució la pròpia persona assistida, doncs no és més que una manifestació del dret a no rebre suports que comentàvem al capítol primer. Una persona pot sol·licitar la constitució d'aquesta mesura de suport perquè la considera necessària i, després, desdir-

³⁰⁸ *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Op cit.*; RIBOT IGUALADA, Jordi. *Op cit.*, p. 91-93; EGEA I FERNÁNDEZ, Joan. *Op cit.*, p. 488.

³⁰⁹ En els procediments de jurisdicció voluntària és ambigu utilitzar la referència «a instància de part» ja que, tècnicament, no és correcte referir-se a parts al no produir-se un judici contradictori.

se de la seva voluntat i estimar que no la necessita o que la seva relació amb la persona que l'assisteix no és com voldria i sol·licita una modificació (*cfr.* Art. 226-4 CCCat)³¹⁰.

El que no podria fer la persona assistida és declarar-la extingida de forma unilateral, sense comunicar-ho de forma fefaent. En tant que l'establiment d'aquest tipus de suports s'ha d'inscriure al Registre Civil, també s'haurà de comunicar la seva extinció per a formalitzar la cancel·lació registral i que aquesta tingui efectes davant tercers (*cfr.* Art. 72 LRC).

En relació amb la causa d'extinció per les circumstàncies que la van determinar, caldrà estar a quines són aquestes circumstàncies.

Com s'ha dit anteriorment, l'article 226-1 CCCat permet a aquella persona major d'edat que ho necessiti per exercir la seva capacitat jurídica en condicions d'igualtat, sol·licitar la designació d'una o més persones que l'assisteixin.

Per tant, el pressupòsit per sol·licitar designació de persona assistent és la necessitat de suports en l'exercici de la capacitat jurídica. Atenent al sentit literal de l'article, l'assistència només cessaria en el moment en què ja no es tingui aquesta necessitat de suport/s.

La regulació anterior donava peu a pensar que es podia modificar o extingir l'assistència en cas de augment o disminució de les necessitats de suport de la persona assistida. Si es donava el cas d'un augment de la necessitat, tenia lloc la incapacitació total o parcial de l'assistit, que estava prevista com una causa autònoma de l'extinció (*cfr.* Art. 226-5 CCCat abans de la modificació per Decret Llei 19/2021). Actualment no es pot recórrer al mecanisme de la incapacitació i, per tant, si empitjora la situació de la persona assistida l'únic que es podrà fer és revisar la intensitat d'aquell suport, però en cap cas, recórrer a una modificació de la capacitat. En canvi, si la necessitat de suport de la persona acompanyada millora, o bé es podrà instar l'extinció de l'assistència si aquesta persona ja no necessita cap tipus suport o bé es podrà sol·licitar la revisió de la mesura per reajustar la intensitat de les funcions del suport. El fet que s'opti per l'extinció no impedeix que es pugui seguir prestant un suport de caire informal com, per exemple, la guarda de fet.

De fet, no podem deixar de banda que l'Observació General núm. 1 del Comitè apunta al paràgraf 24 que «uno de los objetivos del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica es fomentar la confianza y las aptitudes de las personas con discapacidad de modo que puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, si así lo desean».

³¹⁰ *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Op cit*, p. 490.

Per últim, la lletra a) de l'article 226-8.1 CCCat contempla que en cas de mort, declaració de mort o absència de la persona assistida s'extingirà la institució de l'assistència. En canvi, aquest mateix article no regula expressament el supòsit de mort, declaració de mort o absència de la persona que presta l'assistència. En conseqüència, d'acord amb l'article 226-6 CCCat hauríem de remetre'ns a les normes de la tutela. Per RIVERO HERNÁNDEZ, l'absència de regulació expressa, no es tracta d'un defecte legal, perquè en el cas de mort, declaració de mort o absència de la persona que assisteix, s'haurà de nomenar a una altra persona que substitueixi a l'originari, tal i com passa en el supòsit de *remoció de tutor*³¹¹.

Es tractaria, per tant, d'una aplicació supletòria del règim de la tutela, encara que l'article que regula la remoció no parli de mort com a causa d'aquesta sinó d'ineptitud o actuació amb negligència en l'exercici del càrrec.

En el cas de persones jurídiques, si la persona que presta assistència té una circumstància sobrevinguda que li obsta a prestar l'assistència, es buscaria un altra persona de l'entitat perquè prestes el suport necessari. Ara bé, la persona concernida hauria d'estar d'acord amb aquest canvi. De la mateixa manera, s'entén que si aquesta entitat esdevé absent i no compleix amb les seves funcions, s'aplicaran, anàlogament, les regles de la tutela.

Queda clar que l'assistència judicial es pot modificar i extingir a instància de la persona assistida o de les persones legitimades, però cal veure si succeeix el mateix davant el supòsit d'assistència constituïda a través d'escriptura pública notarial d'acord amb l'article 226-3 CCCat.

L'article 222-4 CCCat, d'aplicació a l'assistència per remissió de l'article 226-6 CCCat, estableix que «l'atorgament d'un acte de delació tutelar posterior revoca l'anterior en tot allò que el modifiqui o li resulti incompatible». Per tant, res obsta a que es pugui modificar l'acord fet en seu notarial si així ho escull la persona que requereix de suport o les persones legitimades per fer-ho.

En tot cas, s'entén que s'exigiria, de la mateixa manera que es considera per la via judicial, que es motivin i justifiquin el canvi en les circumstàncies que permeten aquesta modificació o extinció.

4.4.9. *L'assistència i altres mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica*

CORONA QUESADA, al 2019, advocava per la coexistència de l'assistència i un poder preventiu anterior, ja que això permetia que la persona que estava prestant assistència, en un futur, pogués desenvolupar el seu càrrec d'igual forma si concorria, en la persona

³¹¹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Op cit* i cfr. Art. 222-23 CCCat.

assistida, alguna causa incapacitant. Amb el benentès que un poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat evita haver d'incapacitar el poderdant³¹².

Actualment, sota el meu punt de vista, suprimits els procediments de modificació de la capacitat, podem seguir considerant vàlid l'argument. La constitució de l'assistència no impedeix constituir altres mesures de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica o designar més d'una persona assistent per a àmbits de suport diferents. De fet, pot ser inclús beneficiós. Per exemple, una persona pot decidir que el suport patrimonial li presti una entitat de suport, però que el suport dins l'esfera personal li presti algú del seu entorn familiar.

L'article 226-1 CCCat permet la designació d'una o més persones que assisteixin a aquella persona que necessita un suport per exercir la capacitat jurídica en condicions d'igualtat. Aquesta possibilitat té sentit perquè la persona pot rebre suports en l'àmbit personal i patrimonial i, per tant, té la llibertat per determinar qui vol que li presti els suports en cadascun dels àmbits o bé, dins un mateix àmbit, en actuacions diferents. Per exemple, una persona amb discapacitat pot nomenar assistent al seu germà per tal que li doni suport en l'àmbit de les finances i a la seva mare per tal que l'acompanyi en l'àmbit de les decisions que tinguin a veure amb la salut.

De la mateixa manera, per tant, no serà incompatible constituir una assistència si ja hi ha constituït un poder preventiu o un patrimoni protegit.

Més clarament es veu en els supòsits de coexistència d'una guarda de fet i una assistència. Actualment, en una societat on impera el model de llar residència —tot i ser contrari a la CDPD— és molt freqüent que les persones que treballen en aquestes llars residències acompanyin, de manera informal, a la persona amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica constituent, tal com estableix la llei, una guarda de fet. Ara bé, la persona podria decidir que, pel cas que necessiti suport en l'àmbit de les finances no sigui el seu guardador/a de fet qui l'assisteixi demanant, si s'escau, autorització judicial, sinó que nomena a una persona perquè l'assisteixi, d'acord amb l'article 226-1 CCCat en aquell àmbit concret.

Aquesta solució és totalment legítima. De fet, al CCCat no hi ha cap norma que disposi que no pot tenir lloc la designació d'assistent per aquella persona que tingui un altra mesura de suport vigent. De fet, contràriament, l'article DT 3^a Decret Llei 19/2021 quan diu que les delacions fetes per persona mateixa per al cas de modificació judicial de la capacitat mantenen llur eficàcia.

³¹² Cfr. QUESADA GONZÁLEZ, Maria Corona. *Op cit*, p. 97.

4.4.10. *La impugnació d'actes de la persona assistida*

Segons l'article 226-5 CCCat «els actes jurídics que la persona assistida faci sense la intervenció de la persona que l'assisteix, si aquesta intervenció és necessària d'acord amb la mesura voluntària o judicial d'assistència, són anul·lables a instància de qui assisteix, de la persona assistida i de les persones que la succeeixin a títol hereditari, en el termini de quatre anys des de la celebració de l'acte jurídic»³¹³.

Aquest article és rellevant i polèmic al mateix nivell i, sota el meu punt de vista, està estrictament vinculat al sistema de salvaguardes que s'estableixin en l'acord de suport que es dicti. Fixem-nos que no parla de la irregularitat d'actuacions de la persona que assisteix, les quals es tractaran per les normes generals del Dret civil, sinó dels actes realitzats per la persona assistida.

Si abans aquest article ja plantejava dubtes, encara més ara que es presumeix la capacitat jurídica —entesa com a titularitat i exercici de drets i obligacions— de tota persona, excepte per als menors d'edat els quals queden sotmesos a la pàtria potestat dels progenitors.

A efectes d'examinar el contingut d'aquest article distingirem entre els aspectes següents.

a) No intervenció de la persona que assisteix

En primer lloc, l'article 226-5 CCCat es podrà invocar sempre i quan la intervenció de la persona que assisteix és necessària per a la validesa i eficàcia d'un determinat negoci jurídic, ja que si aquesta intervenció no és necessària, segons el mateix article, el negoci jurídic no seria susceptible de ser impugnat.

S'entén per *no intervenció*, quan l'acte jurídic es realitza sense la presència de la persona que assisteix o en contra de la seva opinió o assentiment³¹⁴. Aquesta intervenció, en tot cas, serà necessària quan la persona que assisteix actua amb funcions representatives o s'ha determinat, en l'acord de funcions o acte de nomenament, que per a que els actes siguin vàlids i eficaços es requereix de l'assentiment de la persona que assisteix³¹⁵.

No obstant això, la nova regulació civil genera dubtes en relació amb aquest tema. Es pot establir en l'acte de nomenament, tenint en compte que es presumeix igual capacitat

³¹³ Abans aquesta previsió estava regulada a l'article 226-3 CCCat, però d'una forma diferent. Així es deia que: «els 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 la persona assistida. També ho són a instància del tutor, si es constitueix la tutela, i dels hereus de la persona assistida, en el termini de quatre anys a comptar des de la posada en tutela o mort d'aquesta».

³¹⁴ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Op cit.*

³¹⁵ Cfr. QUESADA GONZÁLEZ, Maria Corona. *Op cit.*, p. 75.

jurídica per a totes les persones, que es supediti a l'assentiment de la persona que assisteix la validesa i eficàcia d'un acte?

La resposta evidentment és afirmativa. Aquesta previsió es configura com una salvaguarda per evitar un abús o influència indeguda en un negoci jurídic que realitza la persona assistida sense el suport o acompanyament de la persona que l'assisteix, però no podem oblidar el dret que té la persona d'assumir riscos i cometre errors. Per entendre-ho millor, posarem un exemple.

Imaginem que una persona té nomenat assistent per als actes jurídics amb contingut econòmic i, en concret, en l'acord de suport, s'estableix que, en el moment que la persona que requereix suport vulgui fer una transacció econòmica a través d'una plataforma web, haurà de sol·licitar la intervenció de la persona que l'assisteix.

Aquesta persona està navegant per una pàgina de compres on-line i adquireix un mòbil per valor de 800€. Quan la persona que l'assisteix s'assabenta insta la declaració d'anul·labilitat de l'acte jurídic, al·legant que no ha donat el degut assentiment per tal que es realitzi l'acte.

La reforma de la legislació civil, interpretada d'acord amb la CDPD, ens obliga a matisar l'article 226-3 CCCat en relació amb els actes on la intervenció de la persona que assisteix és necessària.

Recordem que l'Observació General núm. 1 del Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, que interpreta l'article 12 de la CDPD, reconeix el dret a no voler rebre el suport que preveu l'apartat tercer de l'article 12 de la CDPD i el dret a assumir riscos i a cometre errors.

Això no vol dir que la persona que fa les funcions d'assistència i, per tant, acompanya a la persona que ho necessita en el procés de presa de decisions, no hagi d'involucrar-se en el procés, assessorar-la i fer-li veure les conseqüències de la decisió que vol prendre, però si fet tot aquest procés la persona decideix materialitzar la decisió, aquesta s'ha de respectar i la declaració d'anul·labilitat de l'acte per ineficàç perd sentit.

Entendrem per tant que la persona que assisteix no ha intervingut quan no ha participat en el procés de presa de decisions de manera conjunta amb la persona acompanyada, assegurant-se que aquesta entengui i conegui les conseqüències de prendre una determinada decisió.

En canvi, si la persona que assisteix ha estat designada per donar suport en un acte/àmbit concret i aquesta no presta el suport necessari és podrà entendre que no ha intervingut de manera adequada en el procés i l'acte podrà ser declarat ineficàç.

Per tant, la importància de la intervenció rau en el procés d'acompanyament que es realitzi atesa la relació persona assistida i persona acompanyada i no en si la persona que necessita suport ha fet o no el que la persona que l'assisteix li ha dit.

Si tornem a l'exemple anterior, l'acte jurídic seria anul·lable si la persona que exerceix el càrrec d'assistent no ha advertit i valorat amb la persona que necessita suport la necessitat de comprar-se un mòbil de 800 € i les conseqüències que això pot tenir per al patrimoni de la persona (per exemple, si es compra un mòbil de 800 € potser no té suficient per pagar el lloguer mensual). En aquest cas, es podria al·legar falta d'intervenció de la persona que assisteix i, per tant, declarar ineficax l'acte, sol·licitant l'anul·labilitat del mateix en el termini de 4 anys des de que s'ha produït la compra del bé.

Diferent és el supòsit de l'assistència per representació, ja que en aquest cas, la persona que assisteix representa a la persona i, per tant, actua en el seu nom, sens perjudici que estigui obligada a assegurar que es compleix la voluntat, desitjos i preferències de la persona acompanyada.

b) Termini per exercir l'acció d'anul·labilitat per ineficàcia de l'acte

En últim terme, pel que fa al termini per poder declarar ineficax —per tant, anul·lable— el negoci jurídic que la persona assistida faci sense la intervenció de la persona que l'assisteix si aquesta intervenció és necessària d'acord amb la mesura voluntària o judicial d'assistència, s'estarà al que disposa l'article 226-5 CCCat. Aquest informa que es disposarà d'un termini de «quatre anys des de la celebració de l'acte jurídic» o «de la mort de la persona assistida si és que l'anul·labilitat la sol·liciten les persones que succeeixen a títol hereditari».

5. L'horitzó de la legislació civil en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat: Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones

Com he vingut reiterant, el Decret Llei 19/2021 esdevé una solució provisional i parcial a la necessitat sorgida arran de la supressió del procediment de modificació judicial de la capacitat, que es va produir amb l'entrada en vigor de la reforma de la legislació processal operada per la Llei 8/2021. El propi Decret Llei 19/2021, a l'exposició de motius, fa palès «que resta pendent concloure els treballs per adaptar el Codi civil als principis de la Convenció; quan aquests concloguin s'hauran ordenat definitivament les institucions de suport de les persones amb discapacitat d'acord amb el nou concepte de capacitat jurídica». Amb la finalitat de fer efectiu aquest procés amb la deguda celeritat, la disposició final quarta del Decret, comprometia al legislador català a presentar un projecte de llei en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat en el termini de dotze mesos, a comptar des de l'entrada en vigor del Decret Llei.

En conseqüència, la Generalitat de Catalunya, mitjançant la Comissió de Codificació de Catalunya, va començar a treballar en aquesta tasca i el proppassat 11 d'abril de 2023 es

va publicar el text de l'*Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones*. El text de l'*Avantprojecte* s'elabora partint de les *Bases de la reforma del Codi civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica*, document presentat al procés participatiu sobre l'adaptació del CCCat a la Convenció de Nova York (cfr. Epígraf 3 del capítol segon). També té present el text de la *Memòria preliminar de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat*, aprovada en sessió del Govern de 22 de març de 2022. Un document que, davant la situació provisional de la legislació civil catalana en matèria de capacitat jurídica, pretenia identificar quins eren els punts que s'havien de treballar en la proposta de text normatiu final.

Aquesta memòria preliminar, igual que es va fer amb el document de bases de la reforma, es va sotmetre a consulta pública des del 20 de març i fins al 20 d'abril de 2022. En aquest període, la ciutadania i els grups específics als quals s'adreça la norma van poder fer les seves aportacions. Posteriorment, durant el mes de maig de 2022, l'òrgan promotor de la consulta va considerar les aportacions rebudes i va valorar la seva incorporació al text final de la norma³¹⁶. Del resultat de la consulta es van recollir deu aportacions de diferents entitats, on es destaca la preocupació perquè quedin ben definides les funcions de l'assistent i el paper de l'Administració pública i de les entitats que presten serveis de titularitat pública³¹⁷.

En definitiva, la necessitat de disposar d'aquesta iniciativa legislativa es fonamenta en dos aspectes. D'una banda, en la voluntat de consolidar la reforma de la legislació civil i adequar-la a la Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat, la qual va suposar un pas endavant cap al gaudi ple i en condicions d'igualtat dels drets de les persones amb discapacitat i d'altra banda, en el compliment del mandat que conté la disposició final quarta del Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost. En aquest sentit es presenta a l'exposició de motius de l'*Avantprojecte de modificació del CCCat*.

³¹⁶ D'acord amb la memòria general de l'avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones, els aspectes objecte de la consulta han versat sobre aquests punts: **(a)** conèixer propostes que permetin entendre les necessitats de les persones amb discapacitat i dels seus familiars; **(b)** conèixer el parer de les persones amb discapacitat, el dels seus familiars i el de les entitats que poden prestar suport, pel que fa a les institucions de suport i protecció de les persones amb discapacitat; **(c)** conèixer propostes per tal d'aconseguir una regulació de l'assistència que abrasi la diversitat de situacions en què una persona amb discapacitat pot requerir suport en l'exercici de la seva capacitat jurídica; **(d)** conèixer les propostes dels diferents professionals i operadors jurídics que han d'intervenir en el règim i aplicació de les mesures de suport (cfr. Direcció General de Dret i d'Entitats jurídiques de la Generalitat de Catalunya. *Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2023 [en línia]. Disponible a: <https://acortar.link/DAdcXV>, última consulta: 17 maig 2023).

³¹⁷ Direcció General de Dret i d'Entitats jurídiques de la Generalitat de Catalunya. *Informe de retorn de la consulta pública prèvia de l'avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2022 [en línia]. Disponible a: <https://acortar.link/zkz0jw>, última consulta: 4 abril 2023.

Amb la finalitat d'entendre l'abast del projecte, a continuació tractarem els aspectes més importants i que impliquen un major canvi respecte a la regulació vigent.

5.1. Les persones destinatàries de la norma: la referència al suport a l'exercici de la capacitat jurídica de totes les persones i el dret a rebre suport de les mateixes

El primer aspecte a destacar del text el trobem al títol. La iniciativa legislativa es titula *avantprojecte de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones*, prescindint de l'incís «amb discapacitat», que sí s'incloïa en el text de la memòria preliminar. També es regula d'aquesta manera al text de l'articulat. L'article 222-1 de l'Avantprojecte estableix que tota persona major d'edat —sense referir-se a persona amb discapacitat explícitament— té capacitat jurídica per ser titular de drets i obligacions i per exercir-los. A més, tota persona té dret a accedir a mesures de suport individualitzades i adaptades a la seva situació per prendre decisions amb efectes jurídics en condicions d'igualtat.

Aquesta qüestió troba la seva justificació a la pròpia Convenció. La qual aposta perquè totes les persones gaudeixin de drets i deures en condicions d'igualtat, sense importar el grau de discapacitat que puguin tenir reconegut. Així, l'Avantprojecte parteix de la base que totes les persones gaudeixen de capacitat jurídica, però algunes necessitaran un suport per exercir-la.

Sota el meu punt de vista resulta encertada aquesta supressió, ja que sovint un dels col·lectius que requereixen més suports són les persones que es troben en una situació de drogodependència o addicions i que no valoren que se'ls hi presti un grau de discapacitat. D'aquesta manera, es posa l'accent en la necessitat de suport i no en la tipologia o grau de discapacitat que té una persona.

Ara bé, establir aquesta regulació s'ha de saber traslladar a l'òptica del Dret públic. Abans era obligatori, per poder demanar una mesura de protecció, haver estat sotmès a un procediment de modificació de la capacitat, prèvia acreditació del grau de discapacitat. Amb l'Avantprojecte la situació es planteja d'una forma diferent i s'amplia: pot sol·licitar una mesura de suport qualsevol persona que ho necessiti, tingui reconegut o no un barem de discapacitat. En aquest sentit, a l'hora de configurar els serveis de suport, la porta d'entrada serà molt més àmplia i suposarà, indiscutiblement, una necessitat d'augmentar recursos. Un aspecte que no es considera a l'informe de la Direcció General de pressupostos que acompanya el text de l'Avantprojecte³¹⁸.

³¹⁸ Concretament, l'informe estableix que: «la mesura no tindrà repercussions sobre els recursos materials i personals de les administracions públiques. No seran significatius els canvis en els funcionaments dels serveis, ni comportarà una adaptació informàtica, ni una major càrrega de feina». Cfr. Direcció General de Pressupostos de la Generalitat de Catalunya. *Informe sobre proposta de disposició de l'avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2022 [en línia]. Disponible a: <https://acortar.link/SUkEUO>, última consulta: 20 maig 2023.

D'altra banda, una altra qüestió important que ajuda a estructurar i entendre la reforma és la distinció «neta»³¹⁹ que fa la iniciativa legislativa entre la situació de la minoria d'edat i la de les persones majors d'edat. Se separen, amb estructura i contingut, les institucions de protecció de les persones menors d'edat dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica per a les persones majors d'edat. L'exposició de motius de l'Avantprojecte es refereix a què mentre les persones menors d'edat estan protegides per la potestat parental i la tutela, les persones majors d'edat tenen dret a comptar amb suports que els hi permetin exercir la capacitat jurídica, sense estar subjectes a cap potestat. Ara bé, hi ha instruments jurídics que seguiran sent comunes per a la minoria i la majoria d'edat: el defensor judicial i els patrimonis protegits.

D'altra banda, és important fer referència a la secció primera del nou capítol II, la qual es dedica a regular els principis generals de les mesures de suport i, precisament, un d'aquests principis es concreta en el *dret al suport*: «tota persona major d'edat té dret a accedir a mesures de suport individualitzables i adaptades a la seva situació per prendre decisions amb efectes jurídics en condicions d'igualtat. No obstant, encara que pogués resultar obvi, tenint en compte la filosofia i principis de la reforma, l'aparat tercer de l'article 222-1 estableix que, el fet de comptar amb un suport no pot suposar, en cap cas, una limitació a la capacitat jurídica de la persona. Per tant, amb aquesta precisió es reafirma l'aptitud de totes les persones majors d'edat a exercir la capacitat jurídica i el dret a rebre suports si ho necessiten per exercir aquesta capacitat.

Que el Dret civil reconegui expressament el dret a rebre suports és una avenç respecte a l'anterior legislació, ja que *a priori*, només es reconeixia aquest dret, expressament, a nivell internacional. Així, no queda dubte que les persones poden reclamar la garantia del mateix a les Administracions públiques, les quals estan obligades a prestar aquests suports.

Precisament, lligat amb el dret al suport, pren molta importància la voluntarietat de rebre'ls. És a dir, la decisió de la persona de poder triar qui vol que li presti suport i de quina manera, aquest incís dona resposta al mandat internacional que ja s'entreveia sobre si la persona tenia dret a rebre suports, però també a no rebre'ls³²⁰. Assenyala RIBOT IGUALADA, que aquest incís és un dels que més ha animat el debat social de l'Avantprojecte³²¹. Inicialment, al text de bases s'apuntava que només la persona podia determinar l'establiment, contingut i abans del suport que desitja rebre, i el podia modificar o posar-li fi en qualsevol moment (*Cfr.* Base 4 del Document de Bases de reforma del Codi civil). No obstant, aquesta premissa va ser molt debatuda i criticada i, si be es segueix dient això, s'afegeix que sempre i quan la voluntat de la persona **(a)** es

³¹⁹ Terminologia emprada a l'exposició de motius de la proposta legislativa, *cfr.* Exposició de motius, apartat II, 1 §.

³²⁰ *Vid.* Capítol 1, epígraf 6.2

³²¹ RIBOT IGUALADA, Jordi. «La proyectada reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica». A: Asociación de profesores de Derecho civil. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2023, p 175.

correspongui a la voluntat lliure d'influències indegudes o situacions d'abús; **(b)** no sigui el resultat d'una simptomatologia clínica que limita el ple coneixement de la seva situació i necessitats, amb risc greu per a la seva persona o per als tercers (*cfr.* Art. 222-6 Avantprojecte).

Sota el meu punt de vista, sobretot l'incís (b) —quan es refereix a la simptomatologia clínica— mereix ser repensat per no fer que la vessant mèdica rehabilitadora imperi de nou. Aquesta declaració és qüestionable si l'analitzem en relació amb els principis que instaura l'Observació general núm. 1 del Comitè, la qual afirma que «inclús en situacions de crisi greu» s'haurà d'estar al que determini la persona concernida, d'acord amb la seva voluntat, desitjos i preferències. També en relació amb les declaracions que el Comitè ha realitzat sobre l'article 14, qui s'ha posicionat de forma molt taxativa al respecte³²². RIBOT IGUALADA, de fet, assenyala que aquest aspecte s'ha introduït arrel de les opcions que ja ha pres a jurisprudència³²³.

5.2. La configuració dels suports i la seva tipologia

Segurament, l'avenç més important de l'Avantprojecte té a veure amb la configuració dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica i la seva tipologia. Al cap i a la fi, aquesta regulació dona resposta a l'obligació internacional de vertebrar un marc de suports per a totes les persones que els hi permeti prendre les seves pròpies decisions de forma autònoma (*cfr.* Art. 12.3 CDPD). El legislador, amb aquest Avantprojecte, trenca completament els esquemes tradicionals per configurar un règim de suports innovador que inclogui els principis de la Convenció i doni cabuda a totes les situacions de necessitats de suports que es puguin donar.

³²² «1. **Prohibición absoluta de recluir a una persona por su discapacidad.** Todavía existen prácticas en que los Estados partes permiten la privación de libertad por motivos de discapacidad real o percibida. En ese sentido, el Comité ha establecido que el artículo 14 no admite excepciones en virtud de las cuales pueda privarse a una persona de su libertad a causa de su discapacidad real o percibida. No obstante, la legislación de varios Estados partes, que abarca leyes relativas a la salud mental, sigue previendo casos en que puede recluirse a las personas a causa de su discapacidad real o percibida siempre y cuando existan otras razones para ello, por ejemplo, que representen un peligro para ellas mismas o para terceros. Esa práctica es contraria al artículo 14 según la interpretación de la jurisprudencia del Comité. 2. **Leyes relativas a la salud mental que autorizan la reclusión de personas con discapacidad basándose en el presunto peligro que representan para sí mismas o para terceros.** A través de todos los exámenes de informes de los Estados partes, el Comité ha determinado que el hecho de permitir la privación de libertad de personas con discapacidad basándose en que aparentemente representan un peligro para sí mismas o para terceros contraviene el artículo 14. La reclusión involuntaria de las personas con discapacidad sobre la base de la presunción de riesgo o peligro que lleva aparejada la etiqueta de discapacidad atenta contra el derecho a la libertad. Por ejemplo, no se debe recluir a una persona solamente porque se le ha diagnosticado esquizofrenia paranoide». (*Cfr.* A/72/55. *Informe del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Anexo: Directrices sobre el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas con discapacidad.* Nova York, 2017).

³²³ Fa referència a la sentència del TS 589/2021, de 8 de setembre —primera en dictar-se després de l'entrada en vigor de la Llei 8/2021— considerava que el trastorn de la persona concernida, li impedia advertir el seu caràcter patològic i la seva necessitat de suport. També esmenta la sentència de l'AP de Barcelona 130/2022, de 8 de març i la 216/2022, de 29 d'abril on la clau per establir el suport rau en no tenir la consciència clara de les repercussions perjudicials com a conseqüència de no prendre's la medicació (*Cfr.* RIBOT IGUALADA, Jordi. *Op cit*, p. 176).

Aquests suports es despleguen, com a regla general, en l'entorn familiar o comunitari de la persona concernida. La pròpia exposició de motius de l'Avantprojecte manifesta que el fet que el Decret 19/2021 suprimís la pàtria potestat prorrogada i la tutela no vol dir que s'excloguin les funcions de suport que el nucli familiar de la persona concernida compleixen, però també es vol donar un paper important a altres persones físiques o jurídiques que exerceixen funcions de suport, ja que constitueixen un dels fonaments i principis dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica: l'autogestió dels suports i la garantia dels desitjos, voluntat i preferències de la persona concernida.

En aquesta línia, l'exercici del suport s'haurà de basar en la dignitat i els drets de la persona i no en el seu interès superior. Això vol dir que la persona té dret a assumir riscos i a cometre errors, dret que ja ens enuncïava l'Observació general núm. 1 del Comitè. Ara bé, l'Avantprojecte estableix un matís: sempre i quan la persona concernida hagi tingut el suport adequat per prendre una determinada decisió. Aquesta precisió no és més que una salvaguarda en pro de la persona concernida i de tercers que es puguin veure implicats en una decisió que es prengui sense el suport necessari i adequat.

El capítol segon de l'Avantprojecte és el que regula els diferents tipus de suports, abans però, a la secció primera, s'estableixen una sèrie de principis generals que han de regir les diferents mesures de suport.

Els suports per a l'exercici de la capacitat jurídica tenen per objecte la presa de decisions amb efectes jurídics, tant en l'àmbit personal com patrimonial (*cfr.* Art. 222.2 Avantprojecte). El text aprofita per clarificar la clara distinció que hi ha entre l'*assistència* i l'*assistència personal*. Aquest darrer instrument respon a una mesura de promoció de l'autonomia personal i d'atenció a la dependència, que es regula per una normativa específica. El mateix passa amb els drets a la informació i a l'autonomia en l'àmbit de la salut.

El mateix article, a l'apartat quart, fa un incís important respecte a la prestació dels serveis de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica a través de l'Administració pública: es regiran per la normativa específica de serveis socials. Sota el meu punt de vista, és cert que aquesta disposició suposa un avenç respecte a la normativa anterior, ja que introdueix a la normativa civil una qüestió de caire administratiu. Ara bé, de nou es marca una línia de separació —públic i privat— en una matèria que hauria d'estar totalment connectada. El Dret administratiu, per legislar en matèria de serveis socials, haurà de recórrer als principis i regles del Dret civil en matèria de suports³²⁴.

³²⁴ En relació amb la coordinació dret públic i privat, l'article 222-7 de l'Avantprojecte, també regula una novetat important respecte a la norma anterior. Així, estableix que «quan les funcions de suport les presta l'Administració pública directament o indirectament mitjançant una persona jurídica, la persona concernida pot participar en el finançament del servei públic, d'acord amb la normativa específica en matèria de serveis socials».

Especialment important és la disposició 222-4 de l'Avantprojecte la qual defineix l'abast dels suports. En aquest precepte es deixa clar que els suports poden ser variats i poden requerir-se tant per *manifestar* (cfr. Art. 222-4.1 i 2 Avantprojecte) com per *formar* la voluntat d'una persona (cfr. Art 222-4.3 Avantprojecte). Aquest article és important perquè dona entrada al concepte de persona amb discapacitat que encunya la Convenció, però s'ha de tenir present que la regulació del Codi civil se centra àmpliament en el suport a la presa de decisions, i no a la manifestació de les mateixes.

L'acompanyament per manifestar respon a un suport en la comunicació que ajuda a traslladar la voluntat de la persona concernida. En canvi, l'acompanyament per formar respon a un suport a la persona per a la presa de decisions amb efectes jurídics. D'acord amb l'article 222-4.3 de l'Avantprojecte pot consistir en: **(a)** acompanyar a la persona perquè desenvolupi relacions socials; **(b)** proporcionar informació sobre qüestions d'interès; **(c)** orientar sobre els drets; **(d)** ajudar a comprendre els actes que la persona està realitzant; **(e)** assistir en la consideració d'opcions i fer recomanacions; **(f)** facilitar que la persona arribi acord amb terceres persones i que es facin efectius.

Aquest darrer suport, en ocasions, pot consistir en la conclusió d'actes jurídics de la persona concernida. És a dir, que la conformitat de la persona que presti suport serveixi com a requisit d'eficàcia de l'acte que s'està realitzant. Podríem dir que aquest instrument opera quan hi ha una alta necessitat de suport. En tot cas, la voluntat de la persona concernida serà la que determini l'establiment, contingut, exercici i abast del suport que vol rebre.

Per tant, es podria concloure que, en funció de la necessitat, els suports poden abastar tres graus: **(a)** *suport a la comunicació*; **(b)** *acompanyament de la decisió*; **(c)** *conformitat per a l'eficàcia de la decisió*.

Amb la finalitat de donar resposta als principis i fonaments, els suports es classifiquen en dos grans grups: *suports no formalitzats* i *suports formals*. D'acord amb l'article 225-5 de l'Avantprojecte, els primers són els que tenen lloc al marge d'un procediment judicial o notarial previst legalment i els segons els que es constitueixen en escriptura pública o resolució judicial per al present i els que es disposen en un poder preventiu per al futur.

(a) Suports no formalitzats

Els suports *no formalitzats* es troben regulats als articles 222-11 i següents de l'Avantprojecte i es defineixen com pràctiques socials que poden consistir en: **(a)** ajudar a comunicar la voluntat de la persona concernida; **(b)** aconsellar-la en la presa de decisions amb efectes jurídics o **(c)** concloure els tràmits i actes d'administració ordinària propis de la persona concernida, els quals es realitzaran seguint les normes del mandat o de la gestió d'afers aliens sense mandat, segons s'escaigui.

La regulació dels suports no formalitzats de l'Avantprojecte suposa un gran avenç respecte a la regulació anterior, sobretot en relació amb el *guardador de fet*. Aquesta figura, que actualment es troba regulada a l'article 225-1 i s. del CCCat i que aplica als menors d'edat i les persones majors d'edat incapacitades, amb la proposta de text normatiu s'elimina per a les persones majors d'edat i només serà aplicable als menors d'edat.

Aquest fet troba la seva justificació en què a la persona major d'edat no se la protegeix, sinó que se l'ajuda. Per tant, referir-nos a la subjecció del guardador és contrari als principis de la Convenció. En tot cas, la persona que presta un suport no formalitzat, aconsellarà, acompanyarà o conclourà tràmits i actes d'administració ordinària propis de la persona concernida, però no protegirà ni propiciarà la subjecció a un guardador.

Amb aquest suport no formalitzat, tal i com es desprèn de l'exposició de motius, el legislador pretén posar en valor les pràctiques socials que s'exerciten i es pretén en l'àmbit social i comunitari i que resulten efectives per garantir a la persona concernida l'exercici de la seva capacitat sense necessitat de judicialitzar la provisió de suports. En tot cas, si aquesta persona que presta un suport informal, requereix acompanyar a la persona concernida més enllà dels actes d'administració ordinària podrà sol·licitar la constitució de l'assistència notarial o judicial per un acte concret o un conjunt d'actes durant un temps determinat (*cfr.* Art. 222-23 Avantprojecte).

En relació amb aquest punt, em crida l'atenció la previsió que es fa a l'article 222-32 de l'Avantprojecte. En el moment que regula quines persones estan legitimades per a sol·licitar la constitució de l'assistència, a banda de reconèixer la legitimació per a totes aquelles persones que determina l'article 42 *bis* LJV, inclou també a «qualsevol altra persona que presti un suport continuat a la persona concernida». Per tant, aquest incís amplia la legitimació activa que regula la LJV. En definitiva, s'ha intentat arribar a un consens amb aquells que consideraven que era molt rígid limitar als parents la legitimació per sol·licitar els suports. Ara bé, aquesta ampliació de la legitimació s'extralimita d'allò que preveu la LJV i, per tant, potser es una regulació excessiva que pot resultar problemàtica per a l'aprovació del text final³²⁵.

(b) Suports formalitzats

Els suports formalitzats es limiten als poders preventius i l'assistència. Per tant, es redueix el ventall de suports que hi havia tradicionalment. Aquestes dues figures ja existien a la legislació civil de Catalunya, però es regulen i configuren per adequar-se a la Convenció. Així, en tant que han desaparegut la tutela i la pàtria potestat prorrogada, l'assistència i els poders preventius amplien el seu règim jurídic i el seu àmbit d'aplicació. L'exposició de motius de l'Avantprojecte, de fet, adverteix que «no s'ha d'oblidar que són instruments que vetllen perquè es respecti la voluntat, desitjos i

³²⁵ *Cfr.* RIBOT IGUALADA, Jordi. *Op cit*, p. 180.

l'autonomia de la persona, raó que explica i justifica les possibles generalitats o abstraccions que es poden detectar en aquesta llei».

La secció tercera del capítol II regula la figura del *poder preventiu*, com a mesura formal establerta per la pròpia persona. El poder preventiu l'atorga una persona major d'edat (poderdant) a favor d'una altra persona física o jurídica (apoderat), per deixar constància de la seva voluntat i preferències davant la possibilitat d'estar en una situació de no poder manifestar-les. El poder pot tenir vigència des del mateix instant que s'atorga o que s'iniciï quan es donen determinades circumstàncies³²⁶.

La regulació dels poders preventius és extensa i detallada, fet que demostra la intenció d'aprofundir i donar primacia a les mesures de suport voluntàries. Al poder preventiu, en tot allò que no prevegi la secció tercera, s'aplicaran supletòriament les normes del mandat que hauran, tanmateix, d'adaptar-se a la nova legislació (*vid.* Art. 622-33.2.c del CCCat). El poder preventiu, com s'estableix a la regulació vigent, es regula amb una doble modalitat: **(a)** eficàcia *immediata* o **(b)** *diferida*. A més pot ser de **(a)** caràcter *general*, que comprèn totes les facultats legalment delegables en l'àmbit personal i patrimonial; o de **(b)** caràcter *especial*, en el qual s'atribueixen facultats concretes i detallades a l'apoderat respecte algun interès específic del poderdant.

És important referenciar allò que enuncia l'article 222-31 de l'Avantprojecte. Una persona major d'edat pot designar en escriptura pública la persona o persones que, en cas d'una futura constitució d'assistència, hagin de ser nomenades en preferència d'altres. Aquesta designació preventiva no requereix la formalització de l'acta prèvia. RIBOT IGUALADA assenyala que, en canvi, no s'ha incorporat l'opció d'establir preventivament un règim de funcionament de l'eventual assistència. Segurament, és una omissió que s'ha d'esmentar si es té en compte el futur de les autotuteles atorgades amb anterioritat a la reforma del Decret 19/2021 i a la futura reforma³²⁷.

La secció quarta del capítol II analitza la institució de *l'assistència notarial i judicial*. La novetat més destacada de l'assistència de l'Avantprojecte respecte al Decret Llei és la delimitació de tres tipus d'assistència: **(a)** de *col·laboració*; **(b)** de *codecisió* i **(c)** de *representació*. Inclús, se'n pot identificar una quarta: l'assistència de designació preventiva, que és aquella que sol·licita la persona major d'edat en escriptura pública pel cas d'una futura constitució judicial d'assistència. Amb aquesta catalogació es pretén cobrir les diferents necessitats intensitats de suport que una persona major d'edat pugi requerir.

³²⁶ Actualment, s'estan generant dificultats per distingir el poder preventiu de l'assistència notarial. La diferència principal rau en què la persona concernida que atorga l'assistència ja està necessitada de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica.

³²⁷ Cfr. RIBOT IGUALADA, Jordi. *Op cit*, p. 179.

L'assistència de *col·laboració* s'estableix quan cal aconsellar a la persona concernida en la presa de decisions. És a dir, es tracta d'una assistència, podríem dir, d'intensitat baixa.

L'assistència de *codecisió* requereix que la persona que presta assistència intervingui en la celebració de l'acte que produeixi efectes jurídics perquè aquest desplegui la seva eficàcia. Aquest tipus d'assistència s'ha d'interpretar i llegir conjuntament amb allò que disposa l'article 222-57 CCCat sobre la «validesa dels actes fets mitjançant suports». Aquest article estableix que aquell acte jurídic realitzat amb un suport formal no es pot anul·lar per manca de voluntat de la persona concernida. No obstant això, si l'acte es realitza sense la seva intervenció quan aquesta és perceptiva, pot ser impugnat per qui exerceix les funcions de suport, la persona concernida i les que la succeeixin. El termini per exercir l'acció d'anul·labilitat serà de quatre anys des de l'atorgament de l'acte. Aquesta possibilitat no és més que una salvaguarda per evitar les situacions d'abús o influències indegudes.

Per últim, l'assistència de *representació* es tracta d'un suport d'intensitat alta que faculta a la persona que presta assistència a prendre decisions o disposar en nom de la persona assistida. No obstant això, aquesta assistència té caràcter excepcional.

Respecte a aquesta última l'Avantprojecte introdueix un matís i assenyala que «l'assistència només comporta limitacions en la presa de decisions o en el poder de disposició de la persona quan s'estableix de forma expressa a l'acord notarial, o a la resolució judicial que la constitueix». Aquest incís no s'incorpora a l'assistència de codecisió. Vol dir això que es deixa en mans de la persona que assisteix decidir si es materialitza l'acte jurídic que s'està realitzant? L'assistència representativa, tot i ser excepcional, no sempre implica la limitació de les facultats dispositives de la persona assistida. Aquesta darrera pot actuar per ella mateixa, a no ser que s'hagi limitat expressament a l'acord notarial o judicial. En canvi, res se'n diu sobre això a l'assistència de codecisió, que corre el risc de ser més representativa que la pròpia.

(c) Mesures transitòries de protecció i suport

A banda de l'assistència i els poders preventius es mantenen dues figures que ja es venien regulant tradicionals: el defensor judicial i els patrimonis protegits. Aquestes figures sí que s'apliquen als menors i als majors d'edat, recíprocament.

El defensor judicial és una mesura transitòria que s'utilitza mentre no es formalitzi una mesura de suport. S'utilitza molt en casos de serveis socials que tenen una urgència immediata. D'altra banda, el patrimoni protegit es manté com estava, només ha adaptat la terminologia per adequar-se a la Convenció.

5.3. Els procediments per sol·licitar una mesura de suport. Especial referència al pla d'assistència, per l'assistència constituïda judicialment, i l'acta prèvia, per l'assistència constituïda per via notarial

Dins la secció quarta del capítol II de l'Avantprojecte es regula la constitució de l'assistència per acord notarial —subsecció segona— i la constitució per via judicial —subsecció tercera—. En relació amb aquests procediments cobren una especial importància l'*acta prèvia* i el *pla d'assistència*.

L'assistència notarial es formalitza en escriptura pública i requereix un acta prèvia per poder-se constituir, a no ser que sigui una mera assistència de col·laboració. Aquesta és una novetat respecte al Decret Llei que, en gran mesura, respon a una necessitat que la pràctica ha posat de manifest en aquest darrers dos anys d'aplicació de l'assistència notarial.

L'acta prèvia, en definitiva, ajuda a formalitzar el suport a través d'un mecanisme de taula rodona. El que fa és acreditar els extrems que justifiquen que la persona concernida està actuant d'acord amb la seva voluntat desitjos i preferències. En l'acta s'escolta a la persona, però també a altres persones i professionals que conformen el cercle de suports d'aquesta. Per elaborar aquesta acta prèvia es poden recavar tots els informes que es consideren adients, que finalitzarà amb una diligència del notari declarant si la persona assistida coneix l'abast i les conseqüències de l'acte a realitzar. Si és així, es continuarà amb l'elaboració de l'acord de suport i la constitució de l'assistència, davant la mateixa autoritat notarial. Posteriorment, l'acord es comunicarà al Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de suports a la capacitat jurídica.

L'acta prèvia es configura com una salvaguarda i garantia per a la persona concernida, ja que obliga a l'autoritat notarial a fer un anàlisi previ de la necessitat, a recavar informes i esbrinar si la persona compren les conseqüències de l'acte que realitzarà. En cap cas realitzarà un judici de capacitat.

D'altra banda, l'assistència judicial la podrà sol·licitar, a través d'un procediment de jurisdicció voluntària, la persona concernida, el cònjuge no separat legalment o de fet, el convivent en parella estable, els descendents, ascendents o germans de la persona concernida o qualsevol altra persona que presti un suport continuat a aquesta. També poden posar en coneixement del Ministeri Fiscal la necessitat de suport les autoritats i el personal funcionari que, per raó del seu càrrec, coneguin de l'existència d'aquesta.

Juntament amb la sol·licitud d'assistència, com a novetat, s'exigeix aportar un pla d'assistència. Aquesta millora la considero essencial per a garantir els principis continguts a la Convenció, tal i com he vingut justificant a l'apartat 4.3.5 del present capítol. És una manera de poder deixar per escrit allò que la persona vol en relació amb

els suports a l'exercici de la capacitat jurídica. És per això que, personalment, recomanaria que aquest pla d'assistència sempre es redactés amb presència de la persona i anés signat per ella.

Aportar-li al jutge un pla d'assistència permet que aquest tingui una idea molt més clara de la situació i necessitats de la persona i assegura el respecte de la voluntat, desitjos i preferències d'aquesta. L'article 222-33 de l'Avantprojecte detalla què ha d'indicar aquest document: **(a)** la persona o persones que es proposen per prestar assistència; **(b)** l'abast i les funcions de l'assistència; **(c)** el règim de comunicació entre la persona que ha de prestar assistència i la persona assistida; **(d)** les propostes adreçades a incrementar l'autonomia de la persona assistida i **(e)** les salvaguardes que s'estimen oportunes.

Al marge d'aquest pla d'assistència, el jutge pot demanar a les entitats públiques i privades que col·laborin amb l'Administració de justícia, els dictàmens i informes que consideri necessaris per esbrinar la necessitat d'adopció de mesures de suport i quines d'aquestes seran les més adequades.

Aquesta disposició ha estat molt ben vista pel sector de les entitats perquè dona més informació sobre què han d'incloure aquests informes i quan se'ls hi pot demanar, ja que abans no quedava ben definit. L'informe ha de ser el més complet i detallat possible, en qualsevol cas, no relleva al jutge de la seva obligació de permetre, fomentar i garantir la participació de la persona amb discapacitat en el procés judicial o d'acudir a altres eines per conèixer de prop a la persona, el seu context i les necessitats de suport. L'informe també pot valorar la manca d'una xarxa que pugui proveir suports i la necessitat d'un defensor judicial —mesura transitòria per solucionar una situació excepcional o concreta de la persona— o d'una mesura cautelar —situació urgent— perquè aquesta situació sigui tinguda en compte pel jutge.

5.4. Les salvaguardes. Especial referència a l'òrgan de supervisió

Especialment important és la incorporació al text de l'Avantprojecte una secció dedicada a les salvaguardes. En la normativa anterior s'havien inclòs, però de forma dispersa en el text. Sistematitzar-ho ajuda a entendre els tipus de salvaguardes i com a conseqüència a preveure-les en tots els acords de suport. A més, donen resposta al mandat internacional contingut a l'apartat quart de l'article 12 de la Convenció. Aquestes resulten necessàries per vigilar el bon i adequat funcionament de la relació de suport.

Les salvaguardes, a l'article 222-38 del text de l'Avantprojecte, es defineixen com «aquelles mesures adreçades a garantir que el procés de designació del suport i el seu desenvolupament es duen a terme amb proporcionalitat, sense abús, conflicte d'interessos ni influències indegudes».

Les salvaguardes s'estableixen pel període que tingui vigència el suport. Les salvaguardes son obligatòries i sinó es constitueixen per part de la persona concernida o les persones legitimades que poden sol·licitar suports, s'aplicaran les que regula la norma³²⁸.

En relació amb les salvaguardes és important destacar el règim de revisió de les mesures. Pel que fa a les mesures constituïdes judicialment s'hauran de revisar d'ofici cada tres anys o, excepcionalment, l'autoritat judicial pot establir un període no superior a sis anys. Quant a les mesures de caràcter voluntari, si la persona no ha determinat un període de revisió diferent, es revisaran per l'autoritat notarial cada sis anys.

Per últim, cal posar en relleu la nova figura de l'*òrgan de supervisió*, que actua pels casos d'assistències constituïdes notarialment o pels poders preventius. És així, perquè en les assistències constituïdes judicialment ja tenim a l'autoritat judicial com a òrgan de supervisió, per tant, no caldria un òrgan específic. Aquesta incorporació suposa un avenç respecte l'anterior regulació, que no establia cap especificitat respecte a la revisió de les mesures voluntàries.

L'òrgan de supervisió, per tant, és la funció de control que s'encomana a una o més persones, físiques o jurídiques, amb l'extensió i les facultats que en cada cas es determini (*cfr.* Art. 222-51 Avantprojecte). L'article 222-52 de l'Avantprojecte regula el règim de constitució d'aquest òrgan de supervisió. El més destacat d'aquest òrgan és que només es considera obligatori en el cas dels poders preventius i de l'assistència notarial amb facultats representatives. Em sembla que fer obligatori aquest òrgan per només aquests supòsits desvirtua la figura, ja que és tan o més necessària per a les assistències de col·laboració o codecisió, en tant que les situacions d'abús o conflicte d'interès no es donen només en els casos d'assistència per representació.

5.5. El règim jurídic transitori, disposicions addicionals i finals

L'Avantprojecte conté un règim transitori de cinc articles; dues disposicions addicionals i una disposició final.

Pel que fa al règim transitori, es fixen els criteris que s'hauran de seguir, respecte als menors i majors d'edat, per transitar cap als nous règims de suports. Pel que fa als menors, regulació dels quals no s'ha modificat substancialment, es mantenen les tuteles

³²⁸ L'article 222.40 de l'Avantprojecte estableix que les salvaguardes poden consistir en: **(a)** l'establiment de les audiències, l'obtenció d'informes i les diligències necessàries per a determinar la idoneïtat de la persona que ha de prestar el suport; **(b)** la formalització d'un inventari o d'una caució a l'inici; **(c)** l'establiment de les audiències i diligències necessàries per a determinar si la persona que presta el suport està actuant d'acord amb el seu mandat; **(d)** la rendició de comptes i el subministrament d'informació, a l'autoritat competent, de l'actuació sobre la persona i els béns; **(e)** el control o l'autorització per a determinats actes; **(f)** la remoció del nomenament de la persona que presta el suport; **(g)** la revisió periòdica de les mesures de suport; **(h)** la impugnació dels actes realitzats sense suport i **(i)** el nomenament d'una defensa judicial.

constituïdes, que es regiran pel que disposa al capítol primer, títol segon amb la nova redacció. Pel que fa a les persones majors d'edat, el règim de suports sí que canvia íntegrament i, en aquest sentit, es distingeixen dues situacions: **(a)** mesures que ja s'han revisat a l'empara del Decret Llei 19/2021 i **(b)** mesures que encara no s'han revisat des de l'entrada en vigor del Decret Llei.

Les mesurers que encara no s'han revisat, igual que reconeixia el Decret Llei 19/2021, es podran revisar a instància de la persona concernida o la resta de persones legitimades per tal d'adaptar-les al nou règim de suports. Si no es sol·licita, la revisió es farà d'ofici per l'autoritat judicial o Ministeri Fiscal en un termini màxim de tres anys (*cfr.* Disposició transitòria segona, apartat 3 de l'Avantprojecte). S'observa, per tant, que els terminis comencen a comptar de nou respecte al Decret Llei 19/2021, que ja concedia aquest termini de tres anys des de la seva entrada en vigor el 3 de setembre de 2021.

La disposició transitòria tercera es refereix a les delacions fetes per la mateixa persona. Es manté el mateix criteri que el Decret Llei 19/2021: «mantenen llur eficàcia i s'apliquen, si escau, en cas que es demani el nomenament judicial d'una persona perquè assisteixi la persona atorgant en l'exercici de la capacitat jurídica».

La disposició transitòria quarta es refereix al règim aplicable als poders preventius. Així, estableix que sigui quina sigui la data d'atorgament, un cop entre en vigor la proposta de Llei, quedaran sotmesos al seu règim.

Per últim, la disposició transitòria cinquena, en l'àmbit del dret successori, regula els casos de substitució exemplar i s'estableix que les constituïdes abans de l'entrada en vigor de la llei seran vàlides si compleixen els requisits de l'article 425-10 a 425-14 del Codi civil de Catalunya.

En relació amb les disposicions addicionals destaca el règim de col·laboració que s'exigeix entre l'Administració de justícia i les entitats del tercer sector d'acció social, a fi de facilitar l'aplicació de les mesures de suport. Aquest pronunciament posa en relleu la importància de les entitats en la configuració i determinació dels suports a l'exercici de la capacitat jurídica i la creixent necessitat de col·laborar amb aquestes per transitar cap al canvi de model. També destaca l'obligació de promoure i difondre mecanismes de resolució alternativa de conflictes per a resoldre casuístiques derivades de les mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, evitant així els processos judicials de caràcter contenciós.

En últim lloc, l'Avantprojecte, en les disposicions finals primera a setena, modifica les disposicions dels llibre primer, segon, tercer, quart, cinquè i sisè del Codi civil de Catalunya per adaptar-les al nou règim de suports a l'exercici de la capacitat jurídica; fet que no es va introduir amb el Decret Llei al ser una norma de transició.

D'altra banda, la disposició final primera estableix una clàusula residual i diu que «totes les referències que qualsevol normativa vigent faci a la tutela, la curatela i la potestat parental prorrogada o rehabilitada per a persones amb discapacitat dels capítols 2 i 3 del títol II del Llibre II del CCCat». La disposició final novena estableix el moment de l'entrada en vigor de la llei, que serà als sis mesos de la publicació de la Llei al DOGC. Per tant, un cop tinguem el text final i es publiqui al DOGC, als sis mesos, la nova normativa civil serà vigent a l'ordenament jurídic català.

CAPÍTOL TERCER. REPENSAR ELS SERVEIS SOCIALS

LA PRESTACIÓ DELS SERVEIS DE SUPORT A L'EXERCICI DE LA CAPACITAT JURÍDICA PER PART D'ENTITATS DE SUPORT

1. L'evolució dels serveis socials i la configuració d'aquests com a drets públics subjectius de la ciutadania

Els capítols primer i segon han servit per identificar els aspectes més rellevants de la reforma de la legislació civil i processal en matèria de capacitat jurídica, tot atenent a la *Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat* que l'ha propiciada. Ara bé, és imprescindible analitzar l'impacte que aquest canvi normatiu té en el Dret públic, atès que l'Administració queda obligada a garantir l'accés als suports per a l'exercici de la capacitat jurídica en igualtat de condicions (*cfr.* Art. 12.3 CDPD)³²⁹.

Les Administracions públiques tenen —i han tingut— una tasca determinant en relació amb els suports que les persones poden requerir per a l'exercici de la seva capacitat jurídica en igualtat de condicions. Així, actuen prestant, de forma directa o a través de fundacions públiques, el suport quan **(a)** la persona concernida ho escull en primer terme o quan no hi hagi altra opció d'entre les previstes a la llei o **(b)** en els casos en què una persona amb discapacitat necessita suport de forma urgent en trobar-se en una situació de desemparament bé perquè no tenen família directa, bé perquè la família no està capacitada o per altres supòsits.

Abans de la reforma de la legislació civil, aquesta tasca ja es venia fent per les Administracions públiques. S'havien articulat instruments de protecció jurídica per a les persones amb capacitat d'obrar modificada, que es materialitzaven en els termes que establia la corresponent resolució judicial. Concretament, la Generalitat de Catalunya prestava *serveis de tutela*, que s'endegaven quan l'entorn de la persona amb capacitat d'obrar modificada no era procliu per assumir un càrrec tutelar o manifestava que no el volia assumir.

Per a poder prestar aquests serveis, el més freqüent ha estat formalitzar acords entre Administracions públiques i fundacions perquè siguin aquestes últimes les titulars de les tuteles ordinàries judicialment deferides i, per tant, assumeixin el càrrec tutelar quan el jutge

³²⁹ L'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica, a l'exposició de motius, anuncia aquesta obligatorietat dels poders públics de forma explícita. Reconeix que les Administracions han d'oferir i crear els mitjans de suport per prendre les decisions que permetin a les persones amb discapacitat desplegar les seves habilitats i capacitats respectant llur dignitat, autonomia individual, voluntat i preferències. Per tant, la participació de l'Administració és clau per garantir el *dret als suports*, reconegut com a tal a l'article 222-1 de l'Avantprojecte (*Cfr.* Exposició de motius de l'Avantprojecte, § 2).

no nomeni a cap persona de suport de les referides a la llei, evitant així que el nomenament recaigui directament sobre l'entitat pública. D'aquesta forma s'articula una col·laboració privada en la gestió d'un recurs públic. El sector privat és qui presta formalment el servei i l'organisme de la comunitat autònoma corresponent s'encarrega de fomentar la creació d'entitats tutelars, signar convenis de col·laboració i finançament, facilitar la gestió i prestar suport tècnic³³⁰. Cal fer notar que a Catalunya, la iniciativa privada juga un paper clau en la prestació dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica i en l'àmbit dels serveis socials en general.

No obstant això, el tractament dels serveis socials i la forma de gestió indirecta d'aquests, que avui en dia ens és familiar i inqüestionable, no ha imperat des de sempre i és necessari analitzar-ne la seva evolució per entendre'n la configuració actual i poder plantejar propostes de millora.

1.1. L'evolució i l'abast dels serveis socials

Els serveis socials, previ a l'arribada de la Constitució i de l'estat de les autonomies, donaven resposta a una obligació moral de l'Estat que suplia una activitat complida, majoritàriament, per l'església i que s'englobava dins l'àmbit de la beneficència. El Dret administratiu, en aquella època, sens perjudici d'alguns autors que analitzaven els serveis socials³³¹, principalment tractava l'activitat que era objecte de litigi davant la jurisdicció pròpia o aspectes de caire, majoritàriament, econòmic, deixant de banda l'estudi en profunditat dels serveis a les persones³³².

No obstant això, val a dir que l'evolució dels serveis socials especialitzats per a les persones amb discapacitat, com la de molts altres col·lectius, no només s'ha vist bloquejada, en gran part, pel progrés social. En particular, les persones amb discapacitat han anat reivindicant els seus drets socials i guanyant autonomia i presència dins la societat, aconseguint que la discapacitat sigui tractada com una qüestió de drets humans. Aquest fet, inevitablement, ha requerit per part de les Administracions una adaptació dels serveis públics a les necessitats socials.

Nogensmenys, l'Administració local a Catalunya va assumir un paper destacat en l'àmbit de l'assistència social³³³. Especialment, l'experiència de la mancomunitat —unió

³³⁰ Cfr. LEGERÉN MOLINA, Antonio. *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública*. Op cit, p. 115.

³³¹ Cfr. DE POSADA HERRERA, José. *Lecciones de Administración. Estudios de Beneficencia Pública*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1995. A: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç; et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic, 2008.

³³² Cfr. AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. «Estudi preliminar. El sistema de serveis socials a Catalunya: garantir drets, prestar serveis». A: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç; et al. Op cit, p. 15-38.

³³³ Recurrentment la doctrina ha analitzat quin concepte és més adequat per referir-se a aquest àmbit d'estudi. Així, alguns textos que parlen d'assistència social i d'altres es refereixen a l'acció social o serveis socials. Les normatives autonòmiques han optat, majoritàriament, per referir-se a l'acció social o als serveis socials,

provincial amb fins administratius— de Catalunya (1914-1925) va fer prosperar en aquest camp. Catalunya va aconseguir una administració pròpia que va assumir obligacions davant la ciutadania en relació amb l'assistència social.

La mancomunitat va conviure amb un període convuls per a les lluites socials que es va veure afavorit pel cop d'estat de Miguel Primo de Rivera. No obstant això, amb l'arribada de la República (1931-1939) s'avança, novament, en l'àmbit de l'assistència social³³⁴.

Un cop més, el període bèl·lic de la Guerra Civil suposa un fre al desenvolupament dels serveis socials i no és fins a l'arribada del període democràtic que aquests comencen a allunyar-se de la idea de beneficència i a desenvolupar-se al marge de la seguretat social.

A Catalunya, la situació canvia quan es comença a treballar en una Llei de serveis socials. El «document de bases per a una nova Llei de serveis socials de Catalunya» ja exemplificava la situació d'una forma molt clara. Establia que el dret a l'educació o a la sanitat hi havia un moment en què deixava de ser universal, limitant l'accés als sectors amb més recursos. El canvi que va suposar considerar-los drets universals va comportar que, independentment del nivell d'ingressos de la ciutadania, es podia accedir a l'educació i a la sanitat i, si es negava l'accés, es podia reclamar judicialment el dret. Els serveis socials, argumenta el document de bases, han de seguir el mateix camí i, per tant, «perquè puguin emprendre el tram final cap a la seva acceptació com a sistema públic, com la quarta columna del benestar social, al costat de les pensions, la salut i l'educació, cal que se'ls hi reconegui el dret a reclamar-los»³³⁵.

Però el veritable punt d'inflexió per a la configuració d'un sistema de serveis de serveis català esdevé amb l'aprovació de la *Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials*, en vigor des de l'1 de gener de 2008³³⁶. L'objectiu principal de la norma és transitar d'un

en tant que consideren que els conceptes d'acció o servei engloben l'actuació completa de les Administracions públiques. En canvi, el concepte d'assistència entenen que té un àmbit d'actuació més limitat. No obstant això, PEMÁN GAVÍN, argumenta que aquest fet podria generar un escenari inseguretat jurídica atès que la CE fa referència, en tot cas, al terme *assistència social* (cfr. PEMÁN GAVÍN, Juan María. «La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general». *Documentació administrativa*, 2005, núm. 271-272, p. 42). En aquest apartat concret faig referència a l'assistència social i, més endavant, en faré als serveis socials, perquè Catalunya, fins a l'aprovació de l'Estatut d'Autonomia, no va utilitzar aquest darrer concepte.

³³⁴ Cfr. AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. «La beneficència: de la policia administrativa al servicio público. El caso de la Mancomunidad a Cataluña». A: TORNOS MAS, Joaquín. *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Catalunya*. València: Tirant lo Blanch, 2022, p. 55-132.

³³⁵ Cfr. Departament de Benestar i Família. Generalitat de Catalunya. *Bases per a una nova Llei de serveis socials de Catalunya. Un document per al debat*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2004, p. 24-25.

³³⁶ La resta de comunitats autònomes també han assumit la competència exclusiva en matèria de serveis socials i, com a conseqüència, han aprovat les seves pròpies lleis de serveis socials. Vid. *Llei 9/2016, de 27 de desembre* (Andalusia); *Llei 5/2009, de 30 de juny* (Aragó); *Llei 1/2003, de 24 de febrer* (Astúries); *Llei 4/2009, d'11 de juny* (Balears); *Llei 16/2019, de 2 de maig* (Canàries); *Llei 2/2007, de 27 de març* (Cantàbria); *Llei 14/2010, de 16 de desembre* (Castella-La Manxa); *Llei 16/2010, de 20 de desembre*

model de *concurrència pública* en l'accés als serveis socials a un model de *reconeixement de drets subjectius* o, el que és equivalent, d'un model de *beneficència* a un model de *sistema de benestar* o *estat de dret*³³⁷.

Aquesta llei s'aprova fruit de l'arribada de la Constitució Espanyola de 1978 i de l'Estat de les autonomies. A partir d'aquell moment, l'assistència social es assumida per les comunitats autònomes en els respectius Estatuts (*cfr.* Art. 166 EAC)³³⁸. Aquesta assumpció de competències en matèria d'assistència social va permetre a les CCAA construir un sistema que superés, definitivament, l'etapa assistencialista i de beneficència i es focalitzés amb la culminació de l'Estat de benestar³³⁹. En qualsevol cas, l'atribució de competències no s'ha de confondre amb *competències excloents*, ja que res impedeix a l'Estat intervenir davant problemàtiques socials que exigeixin d'un plantejament global, tot respectant les competències de les CCAA³⁴⁰.

La LSSC atorga als serveis socials l'entitat que mereixen i els configura com a drets subjectius de la ciutadania de responsabilitat pública. Això és així arrel la necessitat de donar resposta a les demandes socials que van més enllà d'un sistema assistencialista amb pocs recursos i garanties³⁴¹. La majoria de les CCAA van apostar per un model de

(Castellà i Lleó); *Llei 14/2015, de 9 d'abril* (Extremadura); *Llei 13/2008, de 3 de desembre* (Galícia); *Llei 11/2003, de 27 de març* (Madrid); *Llei 3/2003, de 10 d'abril* (Murcia); *Llei Foral 15/2006, de 14 de desembre* (Navarra); *Llei 7/2009, de 22 de desembre* (La Rioja); *Llei 12/2008, de 5 de desembre* (País Basc); *Llei 3/2019, de 18 de febrer* (València).

³³⁷ *Cfr.* RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. «Apunts sobre la nova Llei de Serveis Socials». *Revista Educació Social*, núm. 40, 2008, p. 100. Sobre l'evolució de l'Estat de benestar a Catalunya en comparació amb altres models d'Estat de benestar europeus, *vid.* IDIOATE, Elena; MOLINA, Valèria. «L'Estat de benestar. Una aproximació conceptual i estadística». *Papers de treball de la Direcció General d'Anàlisi i Política Econòmica*, 2008, núm. 1, p. 1-38.

³³⁸ Sobre l'assumpció de competències, no reservades a l'Estat, per part de les comunitats autònomes hi ha hagut un extens debat doctrinal que, a dia d'avui, ha quedat superat amb la regulació incorporada als diferents Estatuts d'Autonomia. Anteriorment, era freqüent distingir entre les comunitats que tenien competències de primer grau o les que tenien competències més dèbils, doncs es considerava que totes les competències que l'Estat permetia assumir a les CCAA, si no es regulaven als Estatuts de les respectives, es considerava que seguien sent de l'Estat. Sobre aquesta qüestió és interessant consultar: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico». *Revista española de Derecho constitucional*, 1982, núm. 2, p. 63-94.

³³⁹ En els darrers temps han sorgit debats entorn al concepte d'*estat social de dret* en contraposició al d'*estat de benestar* amb la idea d'avançar cap a una societat més igualitària, més enllà de l'atenció als col·lectius més desfavorits (*vid.* SEGARRA FERRAN, Joan. «De l'estat de benestar a l'estat social». *Social.cat. El diari digital de l'acció social a Catalunya* [article d'opinió en línia], 2015. Disponible a: <https://cutt.ly/CKKZiPY>, última consulta: 10 desembre 2022).

³⁴⁰ *Vid.* Sentència Tribunal Constitucional 146/1968, de 25 de novembre de 1968. A: MONEREO PÉREZ, José Luis. «Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales». *Temas Laborales*, 2009, núm. 100, p. 297.

³⁴¹ S'ha de tenir present que un dels principis rectors de la LSSC és el de *subsidiarietat*, que inclou, tal i com indica la lletra g) de l'article 5, els principis de proximitat i descentralització, amb la finalitat de que els serveis es prestin en l'àmbit més proper possible als usuaris. És per això que una part important de la LSSC es dedica a determinar la distribució de competències, donant un gran protagonisme a les Administracions locals (*cfr.* BAYONA I ROCAMORA, Antoni. «El sistema de serveis socials a la llei 12/2007». A: AGUADO I CUDOLÀ,

prestacions i serveis garantits per a la ciutadania, deixant enrere un model vinculat a la discrecionalitat administrativa i a la disponibilitat pressupostària. Podien haver optat per una fórmula intermèdia, però es van apostar per una declaració expressa de drets amb canvis substancials i significatius³⁴².

Per tant, l'objectiu que es volia aconseguir era un sistema de serveis socials sota la premissa de l'*estat de benestar*. És il·lustrativa la definició que presenta el recurs electrònic i didàctic de la Diputació de Barcelona: «el benestar és un concepte multidimensional i, per tal de satisfer les necessitats relacionades amb ell, cal articular una sèrie de polítiques mitjançant sistemes, de les que els serveis socials en són una»³⁴³. És a dir, per tal d'aconseguir un sistema de benestar per a totes les persones cal incentivar polítiques públiques orientades a fer efectiu un sistema de serveis socials.

D'acord amb altres autors, el benestar també es pot relacionar amb la *qualitat de vida*, que es defineix com «un concepte multidimensional on s'integren diferents components objectius com la salut, l'economia, el treball, l'habitatge, les relacions socials, l'oci, el medi ambient, els drets, així com el judici subjectiu individual i col·lectiu, sobre el grau amb què s'ha assolit la satisfacció de necessitats, expectatives, essent necessari disposar de polítiques de benestar social, basades en els drets humans universals per garantir la igualtat d'oportunitats, concretades en lleis, plans, programes, serveis i prestacions, com a drets universals»³⁴⁴.

En suma, els serveis socials són un pilar fonamental de l'estat de benestar i de dret i garantir-ne l'eficàcia permet a la ciutadania disposar d'una bona qualitat de vida³⁴⁵. No obstant això, la ciutadania, per gaudir d'una bona qualitat de vida, a banda de ser beneficiària dels serveis socials, també ho haurà de ser de la resta d'elements que integren

Vicenç et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic, 2008, p. 74).

³⁴² Centre de documentació i estudis de la Regidoria serveis i Drets socials del Principat d'Astúries. *Análisis comparativo de leyes de Servicios sociales vigentes en las Comunidades Autónomas*. Astúries: Regidoria Serveis i Drets socials del Principat d'Astúries, 2017, p. 33.

³⁴³ Cfr. Diputació de Barcelona. «La regidoria de Serveis Socials. Espai de formació de l'electe». *Direcció de Serveis de Formació i la Gerència de Serveis de Benestar Social de la Diputació de Barcelona* [recurs en línia], 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/2KKLJQ9>, última consulta: 10 desembre 2022.

³⁴⁴ Cfr. BARRANCO EXPÓSITO, Carmen. «Trabajo social, calidad de vida y estrategias resilientes». *Revista portuaria*, 2009, núm. 2, p. 134. També, vid. FANTOVA AZCOAGA, Fernando. «Sistemas públicos de Servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas». *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, 2008, núm. 49.

³⁴⁵ El propi preàmbul de la Llei, a l'apartat tercer, considera els *serveis socials* un pilar de l'estat de benestar, juntament amb el sistema de seguretat social, de salut, d'educació, de les polítiques d'ocupació, d'habitatge i altres actuacions públiques.

l'estat de benestar i de dret: seguretat social, habitatge, ocupació, sanitat i educació. El conjunt d'aquests serveis s'han encunyat amb el nom de *serveis a les persones*³⁴⁶.

Concretar el concepte de serveis socials és imprescindible per construir una base sòlida i adequada sobre la qual fer propostes de millora per a la gestió d'aquests tipus de serveis. En cas de no fer-ho, difícilment es podrà construir un sistema ajustat a la realitat i a les necessitats diàries. Aquesta idea encara pren més força quan es fa palès que els serveis socials estan en crisi i cal repensar-los, reformular-los i innovar-ne la seva gestió³⁴⁷. FANTOVA AZCOAGA compara el període que estem vivint amb una «cruïlla estratègica» on depèn de nosaltres escollir com volem els serveis socials a futur³⁴⁸.

L'evolució que han sofert els serveis socials i la indefinició del concepte és, precisament, l'epicentre de la crisi, perquè s'ha pensat que els drets socials, a diferència dels drets civils i polítics, són expectatives que, per a la seva realització, requereixen una acció de *fer* o *donar* —acció positiva— per part de l'Estat. I això, requereix l'existència d'una organització institucional i una disponibilitat a les partides pressupostàries, entre d'altres. No obstant això, els serveis socials només són meres obligacions prestacionals per part de l'Estat, ja que no s'esgoten amb les obligacions positives de l'Estat, sinó que un cop satisfetes aquestes obligacions, aquest té l'obligació d'abstenir-se de tota conducta negativa que afecte, il·lícitament, a l'exercici del dret³⁴⁹.

Per acabar, comparteixo la idea d'en FERNANDO FANTOVA quan conclou —després de l'anàlisi de diversos treballs— que molts plantejaments sobre els serveis socials són ambigus, insuficients, esbiaixats i restrictius i no fan justícia a l'especificat i entitat que els caracteritza. Així, considera que tota definició del concepte en qüestió hauria **(a)** subratllar l'entitat i especificitat d'aquests serveis; **(b)** no confondre'ls amb el conjunt de serveis i

³⁴⁶ Vid. Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió i, per últim, la Directiva 2014/25/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a la contractació per entitats que operen dins els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals i per la qual es deroga la Directiva 2004/17/CE.

³⁴⁷ Sobre la innovació dels serveis socials, vid. FANTOVA AZCOAGA, Fernando. «Línies d'innovació per als nostres serveis socials». *Revista de Treball Social*, 2020, núm. 219, p. 53-69. També, en relació amb aquest punt, recupero l'enllaç a les jornades a les quals vaig assistir en el marc del doctorat per debatre, de manera col·lectiva, el model de futur dels Serveis Socials, analitzant els reptes i contradiccions actuals i plantejant propostes transformadores que els abordin de manera afectiva. Vid. Ajuntament de Barcelona. Drets socials. *Repensar els serveis socials. Barcelona davant les crisis* [recurs en línia], 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/oKKLoAK>, última consulta: 10 desembre 2022.

³⁴⁸ Cfr. FANTOVA AZCOAGA, Fernando. «Gestionar los Servicios sociales. ¿La asignatura pendiente?». *Op cit*, p. 29.

³⁴⁹ Cfr. GALIANA-SAURA, Ángeles. «Sobre la efectividad de los derechos sociales: bienestar social y justiciabilidad». A: FORNS I FERNÁNDEZ, María Victòria; et al. *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2020, p. 58-60.

iniciatives que s'orienten a la cerca del benestar individual i social; **(c)** delimitar, de manera realista, els resultats que s'esperen dels serveis socials; **(d)** identificar el seu valor afegit, el qual és de caràcter relacional; **(e)** deixar clar que els serveis socials no són de caràcter residual o subsidiari, sinó que tenen una entitat pròpia; **(f)** afirmar que totes les persones som titulars i, per tant, destinatàries dels serveis socials; **(g)** qüestionar la identificació dels serveis socials amb serveis socials públics, ja que poden ser tant públics com privats i **(h)** diferenciar entre els serveis socials formals i els informals, entesos aquests com a dinàmiques de caràcter familiar o comunitari³⁵⁰.

En definitiva, els serveis socials compleixen un objectiu principal d'acompanyament social que, intrínsecament, porta aparellat actuacions complementàries que recauen, o no, en altres àmbits de serveis a les persones com és l'educació o la sanitat, però que no s'han de confondre com a elements d'un únic sistema³⁵¹. Els serveis socials no són residuals i no s'adrecen a una part diferenciada del conjunt de la població, sinó que són serveis que, necessàriament, han de contenir les notes d'universalitat i qualitat que els caracteritzen.

1.2. El dret d'accés als serveis socials com a dret públic subjectiu de caràcter universal

Amb aquesta explicació podria semblar que l'origen del *dret a l'accés als serveis socials*, com a dret subjectiu de caràcter universal, es troba a la LSSC, però prèviament hi ha altres normes que han esdevingut una porta d'entrada per a configurar els serveis socials com a veritables drets públics subjectius³⁵². A continuació, detallaré aquestes normes i examinaré les implicacions de reconèixer els serveis socials com a drets subjectius de caràcter universal.

En primer lloc, cal fer referència a la Constitució Espanyola de 1978 i, en virtut de les competències que les comunitats autònomes tenien atribuïdes en matèria de serveis socials, al *Decret legislatiu 4/1994, de 20 d'abril, d'Administració institucional, de descentralització, de desconcentració i de coordinació del sistema de serveis socials*.

Tot i que aquestes normes no reconeixen els serveis socials com a veritables drets subjectius —fan referència al dret a sol·licitar una prestació i a obtenir una resposta a temps

³⁵⁰ Cfr. FANTOVA AZCOAGA, Fernando. «Gestionar los Servicios sociales. ¿La asignatura pendiente?». *Op cit*, p. 30.

³⁵¹ Cfr. PÉREZ ERANSUS, Begoña. «El acompañamiento social como herramienta de lucha contra la exclusión». *Documentación social*, 2004, núm. 135, p. 89-107. A: FANTOVA AZCOAGA, Fernando. *Op cit*, p. 34.

³⁵² Cfr. VILÀ MANCEBO, Toni. «Noves tendències legislatives en serveis socials: vers el reconeixement del dret subjectiu i la universalització». *Revista Barcelona Societat*, 2008, núm. 14, p. 37.

i motivada³⁵³— constitueixen els antecedents per situar l'origen del terme *dret públic subjectiu*.

La CE reconeix els drets socials als articles 49 i 50, dins els «principis rectors de la política social i econòmica». Que es regulin sota aquesta rúbrica —i no sota la dels drets fonamentals— no vol dir que no tinguin força jurídica i estiguin buits de contingut, però no creen, per si mateixos, veritables drets subjectius, sinó que estan dirigits a orientar les polítiques públiques de l'Estat³⁵⁴. D'aquesta manera s'explicita a l'article 53 de la CE, el qual dictamina que el reconeixement, el respecte i la protecció dels principis reconeguts al capítol tercer, on s'inclouen els articles 49 i 50 CE referenciats, informaran l'actuació dels poders públics.

D'altra banda, el Decret Legislatiu 4/1994 de la Generalitat de Catalunya i el reglament que el desenvolupa —*Decret 284/1996, de 23 de juliol, de regulació del sistema català de serveis socials, modificat pel Decret 176/2000*—, en la mateixa línia que la CE, tampoc creen veritables drets subjectius, ja que després del reconeixement de la prestació concreta, limiten o condicionen el seu accés a l'existència de crèdit pressupostari³⁵⁵.

Més endavant, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006 (en endavant, EAC) va incloure, al títol primer del capítol primer, els drets i deures de l'àmbit civil i social. Aquests drets, estableix l'article 37 EAC, vinculen a tots els poders públics de Catalunya i, en determinats casos, als particulars. En concret, l'article 24 EAC regula l'àmbit dels serveis socials i els concreta de la següent forma: «totes les persones tenen dret a accedir en condicions d'igualtat a les prestacions de la xarxa de serveis socials de responsabilitat pública, a ésser informades i a donar el consentiment per a qualsevol actuació que els hi afecti».

Tot i les ambigüitats en la definició, i la remissió que fa al desplegament que ha de fer el Parlament en aquesta matèria (*cfr.* Art. 37.2 EAC), l'EAC ja obliga a tots els poders públics a respectar els drets i deures de l'àmbit civil i social i aplicar-los en el sentit més favorable

³⁵³ *Cfr.* TORNOS MAS, Joaquín. «La configuración de las prestaciones sociales como derechos subjetivos». A: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms, 2008, p. 89.

³⁵⁴ *Vid.* Art. 49 CE: «Els poders públics duren a terme una política de previsió, tractament, rehabilitació i integració dels disminuïts físics, sensorials i psíquics, als quals prestaran l'atenció especialitzada que requereixen, i els empararan especialment en el gaudi dels drets que aquest Títol atorga a tots els ciutadans». I també, art. 50 CE: «Els poders públics garantiran la suficiència econòmica als ciutadans durant la tercera edat, mitjançant pensions adequades i actualitzades periòdicament. Amb independència de les obligacions familiars, també en promouran el benestar mitjançant un sistema de serveis socials que atendran els problemes específics de salut, habitatge, cultura i lleure».

³⁵⁵ *Vid.* Art. 5.3 Decret 284/1996: «L'accés a cada servei de la xarxa bàsica de serveis socials de responsabilitat pública s'efectua respectant les prioritats determinades pels objectius, la dedicació, l'àmbit i les característiques de cada entitat, servei o establiment. El moment de l'accés romandrà condicionat a l'existència de recursos disponible».

per a la plena efectivitat. De fet, estableix que qualsevol acte que els vulneri pot ser objecte de recurs davant els tribunals (*cfr.* Art. 38.2 EAC).

A més, a l'article 39 EAC, estableix els principis que han de regir tota política pública i, entre d'aquests es troben els següents: **(a)** els poders públics han de garantir la qualitat de vida de totes les persones; **(b)** han de promoure polítiques públiques que garanteixin un sistema de serveis socials, de titularitat pública i concertada, adequat als indicadors econòmics de Catalunya; **(c)** han de garantir la qualitat de serveis; **(d)** han d'establir la gratuïtat dels serveis socials que les lleis determinin com a bàsics; **(e)** han de dur a terme polítiques preventives i comunitàries i **(f)** han de vetllar per la dignitat, la seguretat i la protecció integral de les persones, especialment de les més vulnerables.

Ara bé, de la mateixa manera que amb el text constitucional i la normativa autonòmica de desplegament, els principis tenen contingut jurídic i vinculen als poders públics en les seves polítiques i actuacions, però no creen drets en l'esfera de la ciutadania, a menys que una norma amb rang de llei en desenvolupi el seu contingut.

Posteriorment, la *Llei 13/2006, de 27 de juliol, de prestacions socials de caràcter econòmic*, distingeix, al capítol IV, entre **(a)** *prestacions de dret públic*, on l'Administració ha de fer l'aportació que correspongui; **(b)** *prestacions de concurrència*, limitades a disponibilitat pressupostària i s'han de tenir en compte criteris de prelación en funció de l'estat de necessitat **(c)** *prestacions d'urgència*, per atendre situacions puntuals, urgents i bàsiques. En aquesta llei ja es distingeix entre les prestacions que no es poden limitar per motius pressupostaris i les que sí.

Per altra banda, la *Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència*, a l'article primer, estableix com a objectiu «regular les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat en l'exercici del dret subjectiu de la ciutadania a la promoció de l'autonomia i l'atenció a la dependència». A més, d'acord amb aquest, els articles 13 a 25 estableixen els requisits d'accés a les prestacions i atorguen a les persones sol·licitants la possibilitat d'iniciar accions administratives o jurisdiccionals en defensa del dret que els hi reconeix la llei, característica principal per considerar-ho un dret subjectiu.

Per últim, la *Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials de Catalunya* ha complert amb l'escomesa d'organitzar les prestacions que passaran a ser drets subjectius de la ciutadania. Així, la LSSC fa una primera aproximació de quines seran les prestacions garantides i les que no. A més, estableix de manera clara, a l'article 24.4, que les garantides «son les prestacions exigibles com a dret subjectiu». No obstant això, deixa obert a que, a través de reglament, es determinen els requisits d'accés a cadascuna de les prestacions de serveis, econòmiques o tecnològiques.

De la mateixa manera, tampoc s'explicita la possibilitat de recórrer a la via jurisdiccional en els casos on es reconegui el dret subjectiu, però sí que parla de la reserva de crèdit per cobrir les prestacions garantides (*cfr.* Art. 60.3 LSSC).

Delimitat l'origen de la regulació dels serveis socials com a drets públics subjectius cal fer referència a les conseqüències de dotar, a determinades prestacions socials, d'aquesta qualificació jurídica.

En definitiva, configurar algunes prestacions socials com a garantides i, per tant, com a drets públics subjectius, atorga a la ciutadania la possibilitat de reaccionar davant la inactivitat de l'Administració pública en fer efectiva una determinada prestació. En paraules de TORNOS MAS, és el «reconeixement d'una acció al ciutadà per exigir del poder públic una conducta positiva». És a dir, el dret es «perfecciona quan l'Administració li notifica al ciutadà/na la concreta prestació a la qual pot accedir»³⁵⁶.

A mode de resum, resulta especialment interessant fer referència als requisits necessaris per reconèixer una determinada prestació com a dret públic subjectiu. Per a fer-ho, em serviré de la construcció elaborada per TORNOS MAS³⁵⁷:

- a) Identificar els subjectes que són titulars del dret.
- b) Precisar si el dret es configura *ex lege* o necessita d'un negoci jurídic posterior. En definitiva, caldrà veure si la prestació depèn d'una avaluació tècnica prèvia o no. Si és necessària aquesta, el contingut del dret es perfeccionarà en el moment que es rep resolució motivada de dita valoració.
- c) La norma ha d'establir la relació concreta de prestacions que l'Administració es compromet a prestar com a dret públic subjectiu de la ciutadania. Les carteres de serveis inclouen aquesta relació.
- d) La prestació no necessàriament ha de ser gratuïta. Es poden establir copagaments.

Si prenc com a referència els serveis de tutela de la Cartera de Serveis Socials de Catalunya, que tindrè ocasió d'exposar detalladament més endavant, i comparo la seva configuració amb els requisits establerts, puc afirmar que es configuren com a veritables drets públics subjectius de la ciutadania.

El legislador català, en relació amb aquests tipus de serveis, identifica com a subjectes titulars de dret a les persones amb discapacitat; precisa que complint els requisits d'accés es pot accedir directament al servei, sense estar condicionat una avaluació prèvia; reconeix

³⁵⁶ *Cfr.* TORNOS MAS, Joaquín. *Op cit.*

³⁵⁷ *Cfr.* TORNOS MAS, Joaquín. *Op cit*, p. 93 i s.

específicament que es tracta d'una prestació garantida i no s'estableixen copagaments. Això ens porta a afirmar que, davant un incompliment del servei, la ciutadania té dret a reclamar-ne el reconeixement efectiu.

1.3. La Cartera de Serveis Socials: instrument jurídic per a la garantia dels drets públics subjectius

La LSSC, al propi preàmbul, introdueix la Cartera de Serveis Socials com a principal novetat de la llei³⁵⁸. La Cartera SS és un instrument jurídic que pretén assegurar l'accés a les prestacions garantides del sistema de serveis socials de la població que les necessiti. La mateixa LSSC inclou un catàleg amb la finalitat que serveixi de base al Govern per elaborar la primera cartera de serveis d'acord amb les directrius que la LSSC estableix. Els articles 24 i següents estableixen el règim jurídic de la Cartera de Serveis Socials.

Segons l'article 25 LSSC, la Cartera de serveis socials s'aprova per decret del Govern i té una vigència de quatre anys, però es pot revisar anticipadament, d'acord amb el que estableixin les lleis de pressupostos. A més, en el procés d'elaboració i revisió de la Cartera, el Govern ha de garantir la participació cívica i ha de justificar qualsevol decrement respecte de la versió anterior. Així, el *Decret 151/2008, de 29 de juliol, va aprovar la primera Cartera de Serveis Socials (2008-2009)*.

La següent Cartera va ser aprovada per Decret 142/2010, d'11 d'octubre i, a dia d'avui, segueix vigent atès que ha anat prorrogant-se mitjançant les successives lleis de pressupostos. Aquest fet no ha estat exempt de debats i de fet, el Govern de la Generalitat, al Pla Estratègic de Serveis Socials 2021-2024, anuncia que un dels objectius principals i transversals és la «revisió, actualització i simplificació de la cartera de serveis socials, estructurada a partir de l'atenció primària i l'atenció especialitzada, per orientar-la cap a l'atenció centrada en la persona i la seva interacció familiar i comunitària, plantejada segons les necessitats, amb els i les professionals adequades i amb nous models de serveis flexibles i alternatius als serveis tradicionals, fer possible la integració funcional dels serveis socials en condicions equitatives de proximitat i potenciar l'apoderament de les persones i la realització del seu projecte vital»³⁵⁹.

Tal i com he anunciat, la Cartera determina el conjunt de prestacions de la xarxa pública de serveis socials, així com les seves condicions d'accés. Però aquest no és l'únic aspecte important, doncs la Cartera es concep com un programa o instrument d'actuació que compleix una doble funció. D'una banda, vincula al Govern pel que fa a les prestacions de

³⁵⁸ Cfr. Preàmbul LSSC, § 6.

³⁵⁹ Cfr. Departament de Benestar i Família. Generalitat de Catalunya. *Pla Estratègic de Serveis Socials 2021-2024*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2021.

serveis socials que s'ofereixen a la ciutadania i de l'altra, serveix com a garantia per a la seva exigència per part dels seus potencials destinataris³⁶⁰.

Lligat a aquesta segona funció, un dels continguts més rellevants de la Cartera és determinar si una prestació esdevé o no garantida, doncs de ser-ho, l'accés a aquesta prestació és configura com un veritable dret subjectiu i, per tant, l'Administració ha de proveir dels recursos suficients per poder-les atendre. A diferència de les prestacions no garantides, que es troben subjectes a disponibilitat pressupostària limitada i subjectes als principis de prelació i lliure concurrència. SALAVERRÍA PALANCA es refereix a aquesta diferenciació atenent al principi de garantia al qual s'ha de sotmetre l'Administració³⁶¹.

No obstant això, *garantida* no vol dir *gratuïta*. Els articles 62, 63 i 65 LSSC deixen clar que tot i la tendència a la universalitat i gratuïtat dels serveis socials, l'usuari o usuària pot haver de cobrir una part del finançament. L'article 67 LSSC estableix els criteris per a establir la participació de finançament dels usuaris o usuàries. En tot cas, l'Administració, haurà de tenir en compte la naturalesa del servei, el cost de referència, la capacitat econòmica de l'usuari o usuària, especialment el seu nivell de renda i el sector de la població a qui s'adreça la prestació o el servei. La determinació de les participacions s'ha de fonamentar en els principis d'equitat, solidaritat i redistribució.

En definitiva, la Cartera SS és l'instrument jurídic que habilita a la ciutadania a poder exigir el compliment efectiu dels seus drets davant l'Administració o, fins i tot, si s'escau, davant els jutjats o tribunals.

2. Els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica: serveis socials especialitzats integrats a la xarxa de serveis socials d'atenció pública

2.1. La configuració actual dels serveis de tutela a la Cartera de Serveis Socials de Catalunya

El sistema públic de serveis socials, anuncia l'article 15 LSSC, s'organitza en forma de xarxa —el que es denomina xarxa de serveis socials d'atenció pública— i s'estructura en **(a) serveis socials bàsics** i **(b) serveis socials especialitzats**³⁶². D'acord amb els articles 16 i

³⁶⁰ Cfr. BAYONA I ROCAMORA, Antoni. *Op cit*, p. 73.

³⁶¹ Cfr. SALAVERRÍA PALANCA, Fèlix. «El règim jurídic de la cartera de serveis socials». A: FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria; et al. *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2020, p. 146.

³⁶² El Pla Estratègic de Serveis Socials de Catalunya 2020-2024 es pronuncia sobre aquest aspecte i estableix que una de les febleses del sistema té a veure amb «la compartimentació encara existent entre els anomenats serveis socials bàsics i els especialitzats i la gran diversificació de proveïdors de serveis. Aquesta estructura

18 LSSC, respectivament, els primers conformen el primer nivell del sistema públic de serveis socials i els segons donen resposta a situacions i necessitats que requereixen, tenint en compte diferents tipologies de necessitats, una *especialització tècnica* o una *disposició de recursos* determinats.

La Cartera de serveis socials, que he presentat anteriorment, determina el conjunt de prestacions de la xarxa de serveis socials d'atenció pública. Aquestes prestacions podran vincular-se a serveis socials bàsics o especialitzats i es classifiquen, segons l'article 20.2 LSSC, en prestacions **(a)** de serveis, **(b)** econòmiques o **(c)** tecnològiques.

Pel cas que ens ocupa —els serveis de tutela o serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica— em centraré a analitzar les prestacions de serveis, regulades a l'article 21 LSSC i dins d'aquestes, la prestació de serveis que té com a missió «la protecció jurídica i social de les persones amb capacitat limitada»³⁶³.

D'entre les prestacions reconegudes a la Cartera de serveis socials n'hi ha de **(a)** *garantides* i **(b)** *no garantides*. D'acord amb l'article 24 LSSC, les primeres són exigibles com a dret subjectiu i les segones depenen dels crèdits pressupostaris assignats, tot aplicant els principis de *prelació* i *concurrència*³⁶⁴.

Per saber si una determinada prestació és o no garantida, i si s'integra a la categoria de serveis socials bàsics o especialitzats, haurem d'atendre al que disposi la Cartera de Serveis Socials vigent en cada moment. Actualment, els serveis de tutela es troben regulats com a serveis socials especialitzats de prestació de serveis garantits³⁶⁵. Per tant, es tracta de prestacions que no estan sotmeses a disponibilitat pressupostària i, si no es garanteixen pels

comporta que les necessitats socials s'abordin de manera parcel·lada i que sovint cadascun dels serveis funcioni com un compartiment estanc, amb una interrelació baixa entre si i, consegüentment, amb moltes limitacions per garantir l'assistència continuada a la ciutadania».

³⁶³ Segons l'article 21.1 LSSC les prestacions de serveis «són els serveis i les intervencions acompanyats per equips professionals que tenen com a finalitat la prevenció, el diagnòstic, la valoració, la protecció, la promoció, l'atenció i la inserció de persones, d'unitats de convivència i de grups en situació de necessitat social».

³⁶⁴ Sobre aquest binomi, prestacions garantides-no garantides, s'han dut a terme reflexions i s'ha arribat a pensar que podem estar parlant d'uns serveis de *primera* i *segona* categoria, ja que sembla ser que a la pràctica no tots els serveis estan garantits de la mateixa manera. Mentre que els menys garantits s'adrecen a perfils de població amb menys capacitat de reclamar-los —persones en risc d'exclusió social, infants, persones amb discapacitat— els més garantits s'adrecen a un col·lectiu de destinataris més ampli, que cada vegada abasten un segment més ampli de la població (Cfr. BOLDÚ ALFONSO, Maite; CASADEMONT FALGUERA, Xavier i GINESTA REY, Mercè. *Qui governa els serveis socials en el món local*. Barcelona: Col·legi Oficial de Treball Social de Catalunya, IX Premi de Recerca “Dolors Arteman”, 2020, p. 168-170).

³⁶⁵ Cfr. Annex 1 Cartera de Serveis Socials (Decret 142/2010). En concret, apartat 1. Prestacions de serveis. 1.2 Serveis socials especialitzats. **1.2.3. Serveis per a gent gran. 1.2.3.5 Servei de tutela per a gent gran;** 1. Prestacions de serveis. 1.2 Serveis socials especialitzats. 1.2.6 Persones amb discapacitat. 1.2.6.2 Serveis per a persones amb discapacitat intel·lectual. **1.2.6.2.6 Servei de tutela per a persones amb discapacitat intel·lectual** i 1. Prestacions de serveis. 1.2 Serveis socials especialitzats. 1.2.7 Persones amb problemàtica social derivada de malaltia mental. **1.2.7.6 Servei de tutela per a persones amb malaltia mental.**

poders públics, es poden exigir com a dret subjectiu de la ciutadania. És a dir, es poden invocar davant jutjats o tribunals.

Més concretament, si consultem l'annex 1 de la Cartera de serveis socials, els serveis de tutela —recollits al Decret com a «serveis de tutela per a gent gran, persones amb discapacitat intel·lectual o persones amb malaltia mental»— es configuren de la manera següent.

Les taules que detallen aquests tipus de serveis es componen de 13 camps: **(a)** garantia de la prestació, **(b)** descripció, **(c)** objecte, **(d)** funcions, **(e)** tipologia de la prestació, **(f)** situació de la població destinatària, **(g)** edat de la població destinatària, **(h)** forma de prestació, **(i)** perfils professionals, **(j)** ràtios de professionals, **(k)** estàndards de qualitat i **(l)** criteris d'accés/normativa reguladora.

Així, els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica es configuren com una prestació garantida, dins els serveis socials especialitzats, que es du a terme per persones jurídiques sense ànim de lucre, amb un equip de professionals, dedicats a la protecció de les persones amb discapacitat intel·lectual, amb malaltia mental o gent gran. A més —s'afegeix— «incapacitades judicialment o protegides per càrrecs tutelars designats judicialment».

L'objectiu d'aquests serveis, assenyala la Cartera, és «cobrir les necessitats de suport, protecció i garantia de tots els drets —personals i patrimonials— i promoure l'autonomia personal de les persones incapacitades judicialment o en procés d'incapacitació en els termes que estableixi la corresponent resolució judicial.

Les funcions que realitzaran les persones jurídiques sense ànim de lucre que es fan càrrec d'aquestes persones seran totes aquelles «necessàries en l'àrea social, jurídica i econòmica per assegurar la protecció de la persona tutelada, l'Administració i la guarda dels seus béns i en general l'exercici dels seus drets, vetllant perquè tingui la màxima qualitat de vida orientada a la promoció de l'autonomia personal; així com altres funcions establertes per l'ordenament jurídic vigent».

La població destinatària d'aquests tipus de serveis són: **(a)** les persones amb discapacitat intel·lectual incapacitades legalment o protegides per càrrecs tutelats designats judicialment que tinguin 18 anys o més; **(b)** les persones amb malaltia mental incapacitades legalment o protegides per càrrecs tutelats designats judicialment a partir de 18 anys o **(c)** les persones grans incapacitades legalment o protegides per càrrecs tutelars designats judicialment a partir de 65 anys i menys de 65 anys amb malalties neurodegeneratives.

Els perfils professionals es concreten en cinc: **(a)** el referent de tutela, amb titulació universitària preferentment en l'àmbit social; **(b)** l'auxiliar de tutela, amb la qualificació que es determini; **(c)** el responsable econòmic, amb titulació com a mínim de tècnic superior de formació professional de la branca d'Administració amb coneixements d'especialització en comptabilitat financera; **(d)** l'auxiliar comptable i **(e)** un/a advocat/da.

En funció de les necessitats de suport, la persona amb discapacitat, serà circumscrita en un mòdul (A, B, C o D) i la Generalitat exigeix, per cada mòdul, una ràtio de professionals i atorga un tipus de finançament.

Els mòduls permeten classificar les persones amb discapacitat en funció del grau de dificultat i dedicació que comporta el seu *servei de tutela*. L'assignació de la persona en un mòdul o un altre la fa l'aplicatiu per a professionals de tuteles de la Generalitat de Catalunya, en funció de la puntuació obtinguda després de valorar 12 indicadors. Aquests indicadors són: habitatge —valorat en 3 punts—, vinculació d'entitats —valorat en 7 punts—, província/oficina principal —valorat en 2 punts—, xarxa de serveis —valorat amb 2 punts—, patologia —valorat amb 2 punts—, trastorns mentals greus —valorat amb 3 punts—, família —valorat amb 1 punt—, patrimoni —valorat amb 3 punts—, causes judicials —valorat amb 3 punts—, curatela —valorat amb 1 punt—, primer any —valorat amb 2 punts—.

La persona que obtingui una puntuació de 0 a 8 punts estarà dins el grup A, la que n'obtingui entre 9 a 16 estarà dins el grup B i la que n'obtingui entre 17 i 30 estarà dins el grup C. El mòdul D es reserva per casos d'extrema gravetat: persones que estan al grup B o C, però presenten condicions que dificulta greument l'exercici del servei de tutela. L'entitat, en aquests casos, haurà de sol·licitar, prèviament a la unitat de gestió de tuteles, el vist i conforme per assignar aquest mòdul³⁶⁶.

Com més alta sigui la puntuació, més alt serà el mòdul i, per tant, més finançament per persona atesa es rebrà. Actualment, el finançament que reben les entitats proveïdores de servei al mes per persona en funció del mòdul és de 112,02€ pel mòdul A, 208,25€ pel mòdul B, 332,06€ pel mòdul C i 419,51€ pel mòdul D³⁶⁷.

A més, la taula que defineix els serveis, estableix que aquests hauran de complir amb uns estàndards de qualitat, que estan detallats, sobre la base de 29 indicadors, en un document de 2002 —revisat el 2006— del Departament d'Acció Social i Ciutadana de la

³⁶⁶ Cfr. PÉREZ ALTISENT, Laia. *Les entitats tutelars. Revisió del model actual de finançament*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2020, p. 46-47.

³⁶⁷ Cfr. *L'Ordre TSF/59/2021, d'11 de març, per la qual s'aproven les bases que han de regir la convocatòria ordinària de subvencions de projectes i activitats per a entitats de l'àmbit de polítiques socials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies* és el text de la darrera convocatòria.

Generalitat³⁶⁸. Tal com s'assenyala a la introducció, la revisió dels indicadors de qualitat es va fer tenint en compte els conceptes de qualitat de vida i, d'altra banda, procurant tenir el màxim d'indicadors de resultat, sense perdre de vista els criteris d'impacte, efectivitat i possibilitat d'aplicabilitat en el sector.

Els indicadors de qualitat s'agrupen en: **(a)** atenció a la persona; **(b)** relació, informació i drets dels tutelats; **(c)** coordinació i **(d)** organització i gestió. A més, cada indicador s'acompanya d'una descripció dels aspectes necessaris que són: dimensió, àrea rellevant, criteri, nom de l'indicador, format o fórmula, definició de termes, font de dades, tipus, dimensió de qualitat de vida relacionades, estàndards i comentaris. Sense ànim d'estendre'm en aquest tema, caldria fer una revisió dels criteris atenent, també, al nou paradigma d'exercici de la capacitat jurídica.

Per últim, en relació amb els requisits d'accés, la Cartera estableix cinc requisits: **(a)** els requisits establerts a la resolució judicial de nomenament de tutor; **(b)** el requisit d'edat establert a la Cartera i al qual he fet referència anteriorment; **(c)** la residència en un municipi de Catalunya; **(d)** per a les persones estrangeres, els requisits establerts en la normativa vigent d'estrangeria i d'acollida i integració de les persones immigrades i **(e)** la resta de requisits d'accés establerts en l'ordenament jurídic vigent. De no complir aquests requisits, la persona sol·licitant quedaria exclosa del gaudi d'aquesta prestació.

Ara bé, fet l'anàlisi de l'actual regulació, si el comparem amb les premisses que encunya la reforma de la legislació civil i processal en matèria de capacitat jurídica, s'adverteix una imperiosa necessitat de reformular els serveis socials especialitzats per a persones amb discapacitat i millorar-ne la seva configuració i gestió. L'actual model, que es configura com obsolet i qüestionable pel conjunt de serveis socials, no respon a les demandes de les persones amb discapacitat que reivindiquen alternatives que afavoreixin el major benestar de les persones amb discapacitat i la seva inclusió social.

Partint d'aquesta idea, i aprofitant l'experiència pràctica del doctorat industrial i el contacte que aquest permet tenir amb persones professionals i expertes en l'àmbit del tercer sector i de l'Administració pública, s'han formulat enquestes idèntiques a diferents grups d'interès per extreure'n conclusions útils per a la recerca³⁶⁹. Les respostes obtingudes han permès treballar els reptes que s'han d'abordar en relació amb els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica des de la vessant del dret i, en particular, del Dret administratiu.

³⁶⁸ Fundació Avedis Donabedian. *Indicadors d'avaluació de la qualitat de les entitats tutelars*. Barcelona: Departament de Benestar i Família. Institut Català d'Assistència i Serveis Socials, 2006.

³⁶⁹ L'enquesta es troba en accés obert i es pot consultar al següent enllaç:
<https://forms.gle/FaRTvvd7kjoJvziFA>

De manera unànime, les entitats que han donat resposta a l'enquesta manifesten desaprovació en relació amb el model de finançament. Aquest no ajuda a preveure i organitzar els recursos personals i materials de les organitzacions amb rigor i qualitat. Aquest fet, alhora, genera molta incertesa i comporta haver-se d'adaptar a canvis sobtats de les persones professionals. Aquesta situació és contraproductiva per les persones beneficiàries del servei, les quals necessiten establir vincles de confiança amb les persones que els hi presten suports, que alhora necessiten dedicació i coneixement mutu³⁷⁰. És necessari que el finançament sigui estable i suficient i que s'ajusti a la realitat de les entitats. De no ser així, el suport que puguin prestar les persones professionals de les entitats s'haurà de limitar a temes de la quotidianitat sense poder recolzar a la persona per a una millora de la seva qualitat de vida.

D'altra banda, les entitats convergeixen en la falta de control i inspecció en relació amb la prestació dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica. De fet, la totalitat de les entitats afirmen no haver rebut cap inspecció en els darrers anys en relació amb els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica que presten com a entitats proveïdores de serveis socials.

Per a poder exercir amb plena qualitat el servei és necessari construir un model de treball en xarxa amb els diferents departaments —justícia, salut i drets socials— que contribueixi a agilitzar els processos. No és rellevant l'instrument de col·laboració jurídic en si a través del qual es vehiculi aquest model, sinó les clàusules que s'estableixin en el pacte de condicions i l'organització del seu finançament.

En base als resultats de l'enquesta i del treball directe amb les entitats, de forma esquemàtica, s'identifiquen els següents reptes i necessitats:

- (a)** Avançar cap a un nou paradigma en la forma d'entendre i desenvolupar els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, promovent la millora de les habilitats i competències de les persones que requereixen suports i amb l'objectiu de vetllar per la seva dignitat, autonomia i qualitat de vida.
- (b)** Oferir una resposta adequada per a cada cas particular. Cal donar veu a tots els interlocutors d'un mateix procés —persones de l'àmbit jurídic, de salut o del treball social— amb la finalitat de millorar la coordinació i atendre a les necessitats particulars amb la qualitat deguda.

³⁷⁰ En aquest punt és interessant assenyalar l'estudi elaborat per ALSINET, FELIU i TORRES on critiquen que un dels punts dèbils del sistema de serveis és assignar les prestacions en funció del diagnòstic i prioritzar els aspectes administratius dels recursos per sobre les necessitats. És a dir, es té poc en compte la necessitat individual de la persona. *Vid.* ALSINET i MORA, Carles; FELIU i PÉREZ, Begoña; TORRES i BALDRICH, Mercè. *Revisió del model dels serveis de suport per a les persones amb discapacitat intel·lectual i del desenvolupament*. Lleida: Universitat de Lleida, 2017.

- (c) Garantir la personalització dels suports i garantir-ne la seva continuïtat. Cal que es potenciï el vincle i els suports i l'atenció basada en la comunitat.
- (d) Consensuar quin instrument jurídic atorga major eficàcia i eficiència per a la gestió dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica que presten les entitats proveïdores de serveis acreditades dins la xarxa de serveis socials d'atenció pública.
- (e) Aconseguir que les entitats d'iniciativa privada que presten aquests tipus de serveis tinguin una previsió de finançament per a organitzar els seus recursos.
- (f) Millorar els sistemes de control i qualitat d'aquests tipus de serveis.

En conseqüència, s'identifiquen dos àmbits de l'Administració pública que cal repensar i sobre els quals s'ha d'actuar. D'una banda, cal treballar la millora dels serveis de tutela per adaptar-los a la CDPD i a la reforma de la legislació civil i processal en matèria de capacitat jurídica i, d'altra banda, a les formes de col·laboració publicoprivada per aconseguir una gestió dels serveis eficaç i eficient que respecti la dignitat i autonomia de totes les persones. Aquestes dues qüestions seran les que analitzaré d'aquí en endavant amb la finalitat de construir una tesi propositiva i útil per a la millora del sistema de serveis socials i, en particular, pels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat.

A continuació, es planteja una proposta que pot servir de base per adaptar els actuals *serveis de tutela* reconeguts al *Decret 142/2010, d'11 d'octubre, que regula la Cartera de Serveis Socials de Catalunya*. És necessari advertir, per no incórrer en confusions, que la proposta següent no té a veure —tot i que és determinant per a la mateixa— amb la fórmula proposada per a la prestació d'aquest tipus de serveis per part de les entitats, la qual veurem més endavant, sinó amb la configuració substantiva dels *serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica* a la Cartera de Serveis Socials de la Generalitat la qual requereix, urgentment, ser reformada³⁷¹.

De fet, des de l'any 2007-2008, hi ha constància d'aquesta necessitat i, com a conseqüència, s'han treballat diverses propostes de bases per a l'elaboració d'un nou model d'atenció dels serveis de tutela, però no s'han acabat materialitzant ni publicant. No obstant això, el contacte amb diferents entitats del sector arrel del doctorat industrial, m'ha permès

³⁷¹ Al maig de 2023 el Govern d'Extremadura va publicar el *Decret 35/2023, de 19 d'abril, pel qual s'aprova el catàleg del sistema públic de serveis socials de la comunitat autònoma d'Extremadura*. Aquest Decret, a l'apartat 2.2.1.24, regula els «serveis de suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la capacitat jurídica». És la primera comunitat autònoma que ha regulat els suports en cartera de serveis socials un cop vigent la reforma civil estatal. Ara bé, sota el meu punt de vista la norma ha perdut l'oportunitat de desenvolupar d'una forma més tècnica els serveis a la llum de la reforma civil. Entre d'altres coses, no reconeix finançar les mesures de suport notariales, una proposta que sí s'integra a la present investigació.

accedir a l'arxiu documental i recuperar alguns documents que ens han servit de base per a la formulació de la següent proposta³⁷².

Esquema. Proposta de modificació de la Cartera de Serveis Socials

Prestació	Regulació actual dels serveis de tutela a la Cartera de Serveis Socials	Proposta de reforma. Nou model. Serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica
Nom de la prestació	Servei de tutela per a gent gran (o per a persones amb discapacitat intel·lectual o per a persones amb malaltia mental).	Servei de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.
Garantia de prestació	Prestació garantida.	Prestació garantida.
Descripció	Servei dut a terme per persones jurídiques sense ànim de lucre, dedicades a la protecció de les persones grans incapacitades judicialment o protegides per càrrecs tutelars designats judicialment.	Servei dut a terme per persones jurídiques sense ànim de lucre, dedicades al suport, acompanyament i promoció de l'autonomia de les persones majors d'edat que requereixen suports a l'exercici de la capacitat jurídica.
Objecte	Cobrir les necessitats de suport, protecció i garantia de tots els drets (personals i patrimonials) i promoure l'autonomia personal de les persones incapacitades judicialment o en procés d'incapacitació en els termes que estableixi la corresponent resolució judicial.	Proporcionar el suport i l'acompanyament —en l'àmbit personal i patrimonial— que les persones amb discapacitat puguin requerir per a l'exercici de la capacitat jurídica. Tot amb la finalitat de garantir els drets i promoure l'autonomia personal de totes les persones. El suport, en tot cas, anirà acompanyat de les salvaguardes

³⁷² En aquest sentit, el Director de la Fundació Suport-Girona ens ha facilitat accés a la següent documentació de referència: Institut Català d'Assistència i Serveis Socials. *Document de treball marc per a l'elaboració del model d'atenció dels serveis de tutela*, esborrany, novembre 2008; Junta Directiva de l'Associació Encaix. *Incapacitacions i tuteles. Reflexions per a un nou model*, esborrany, juny 2006. Sobre aquest tema és especialment interessant, cfr. PALLISERA DÍAZ, Maria. *Propostes de transformació i millora dels serveis d'atenció a la persones amb discapacitat intel·lectual*. Barcelona: Associació empresarial d'economia social de Dincat, 2023, document que em servirà de base i suport. També tinc present l'opinió de la Sr. Carolina Puyaltó, professora lectora Serra Húnter, que forma part del Grup de Recerca en Diversitat de l'Institut de Recerca Educativa (Universitat de Girona). Amb ella he col·laborat en l'elaboració del document de propostes al Govern de la Comarca del Garraf en matèria de vida independent, qui va participar en una reunió de treball per donar-nos la seva opinió sobre la «reforma de la cartera de serveis socials». Puyaltó ha participat en un informe encarregat per Dincat al Grup de Recerca en Diversitat de la Universitat de Girona on es parla de la situació de la discapacitat intel·lectual en els diferents àmbits de la vida partint de la Convenció, aportant dades objectives que posen de manifest importants mancances a resoldre dins la Cartera de Serveis Socials. Aquest informa també ha servit de base al meu estudi (Cfr. PALLISERA Maria; DÍAZ-GAROLERA, Gemma; FULLANA, Judith i PUYALTÓ, Carol. *Estudi sobre la revisió i actualització de la cartera de serveis socials per persones amb discapacitat intel·lectual de Catalunya*. Girona: Grup de recerca en diversitat de la Universitat de Girona, 2022).

		adequades i necessàries per evitar abusos, conflicte d'interessos i/o influències indegudes. A més, la persona ha de disposar de la informació en un format accessible.
Funcions	- Totes aquelles funcions necessàries en l'àrea social, jurídica i econòmica per assegurar la protecció de la persona tutelada, l'Administració i la guarda dels seus bens i en general l'exercici dels seus drets, vetllant perquè tingui la màxima qualitat de vida orientada a la promoció de l'autonomia personal. - Les altres funcions establertes per l'ordenament jurídic vigent.	- Totes les funcions necessàries en l'àrea social, jurídica i econòmica orientades a facilitar que tota persona pugui expressar la seva voluntat i preferències de manera activa i, de no ser possible, atendre a la seva trajectòria de vida. - Les funcions que realitzin els i les professionals han de permetre a la persona desenvolupar la seva personalitat, guanyar en autonomia a l'hora de prendre decisions i procurar la millora de la seva qualitat de vida.
Tipologia de la prestació	Prestació de servei: servei especialitzat.	Prestació de servei: servei especialitzat.
Situació de la població destinatària	Persones grans incapacitades legalment o protegides per càrrecs tutelars designats judicialment.	Situació i edat de la població destinatària. Persones majors d'edat que requereixin un o més suports per a l'exercici de la capacitat jurídica.
Edat de la població destinatària	A partir de 65 anys i menys de 65 anys amb malalties neurodegeneratives.	Aquest apartat s'eliminarà, en tant que queda englobat en l'anterior ³⁷³ .
Forma de prestació	Mitjançant intervenció d'equip de professionals.	Mitjançant sistemes de col·laboració interprofessional o <i>de taula rodona</i> , amb professionals especialitzats dels àmbits social, sanitari i jurídic i altres que puguin acompanyar la presa de decisions de les persones amb discapacitat. El suport es prestarà en els termes que estableixi el document judicial o notarial de provisió de mesures de suport.

³⁷³ Cal tenir present que no es recomana utilitzar la distinció actual entre gent gran, persones amb discapacitat intel·lectual i persones amb malaltia mental. És més eficient i eficaç utilitzar la mateixa prestació, amb les mateixes característiques, per a tots els col·lectius de persones majors d'edat que requereixen suports per a l'exercici de la capacitat jurídica.

Perfils professionals	Referent de tutela amb titulació universitària preferentment en l'àmbit social; auxiliar de tutela amb la qualificació que es determini; responsable econòmic amb titulació com a mínim de tècnic superior de formació professional de la branca d'Administració amb coneixements d'especialització en comptabilitat i gestió financera; auxiliar comptable; advocat/da.	Referent de suport amb titulació universitària preferentment en l'àmbit social; auxiliar de suport amb la qualificació que es determini; responsable econòmic amb titulació com a mínim de tècnic superior de formació professional de la branca d'Administració amb coneixements d'especialització en comptabilitat i gestió financera; auxiliar comptable; advocat/da.
Ràtios de professionals	El servei de tutela comporta la possibilitat d'aplicar 4 mòduls en funció de les necessitats de suport: - Referent de tutela: mòdul A: 1/70; mòdul B: 1/50; mòdul C: 1/22; mòdul D: 1/15. - Auxiliar de tutela: mòdul A: 1/70; mòdul B: 1/50; mòdul C: 1/22; mòdul D: 1/15. - Advocat/da. - Responsable econòmic: fins a 100. - Auxiliar comptable: a partir de 100.	<i>Vid. Infra</i> 1.2.4.
Estàndards de qualitat	Publicació del Departament d'Acció Social i Ciutadania: «Indicadors d'avaluació de qualitat. Avaluació externa de la qualitat de les entitats tutelars de Catalunya. Octubre 2002» (revisada el 2006).	Aquest document necessita ser revisat. Una tasca que sobrepassa els límits de la nostra investigació, però imprescindible per a garantir un correcte funcionament del servei.
Criteris d'accés – normativa reguladora	Els requisits per accedir a aquest servei són els següents: a) els requisits establerts en la resolució judicial de nomenament de tutor, d'acord amb el que preveu la legislació civil, processal civil i administrativa, particularment, la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, i el Decret 188/1994 de 28 de juny, de creació de la Comissió d'Assessorament	Els requisits per accedir a aquest servei, d'acord amb el Decret Llei 19/2021, són els següents: (a) aportar resolució, judicial o notarial, de necessitat de mesura de suport; (b) el requisit d'edat establert en aquesta disposició; (c) la residència en un municipi de Catalunya; (d) per a les persones estrangeres, els requisits establerts en la normativa vigent d'estrangeria i d'acollida i integració de les persones immigrades;

	i Supervisió de les Persones Jurídiques sense Ànim de Lucre que tinguin atribuïda la tutela de menors o incapacitat; b) el requisit d'edat establert en aquesta disposició; c) la residència en un municipi de Catalunya; d) per a les persones estrangeres, els requisits establerts en la normativa vigent d'estrangeria i d'acollida i integració de les persones immigrades; e) la resta de requisits d'accés establerts en l'ordenament jurídic vigent.	e) la resta de requisits d'accés establerts en l'ordenament jurídic vigent ³⁷⁴ .

Aquesta taula pretén recollir totes les prescripcions que assenyala la Convenció i la reforma de la legislació civil i processal en matèria de capacitat jurídica. En cap cas és consolida com a única alternativa al canvi, però sí que pot servir de base per a elaborar una proposta de model de serveis de suports centrat en la persona. En particular, hi ha determinats aspectes que és rellevant explicar amb profunditat: la vessant terminològica, l'objecte de la prestació, els tipus de suports, les persones beneficiàries i els diferents perfils de necessitat i els requisits de les persones professionals adscrites al servei.

2.1.1. La delimitació terminològica dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica

Com he exposat als capítols precedents, la *Llei 8/2021, de 2 de juny, per la que es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la capacitat jurídica* ha suprimit els procediments de modificació de la capacitat jurídica i els ha substituït pels procediments de provisió de mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica. A conseqüència, s'han eliminat les tradicionals institucions de protecció: **(a)** la tutela; **(b)** la pàtria potestat prorrogada o rehabilitada i **(c)** la prodigalitat.

En atenció a això, si es suprimeixen els procediments que habilitaven a designar una mesura representativa per a l'exercici de la capacitat jurídica té sentit qüestionar-nos perquè seguim parlant de *serveis de tutela*.

La disposició final tercera del *Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi Civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat*, estableix que «totes les referències que la normativa faci a la tutela, la curatela i la potestat parental prorrogada o rehabilitada per a persones majors d'edat, s'ha d'entendre

³⁷⁴ S'ha de tenir en compte que aquests requisits poden variar un cop s'aprovi la reforma del Llibre II del CCCat, doncs recordem que el Decret Llei 19/2021 és una norma de caràcter transitori.

que es fan al nou règim de suport a les persones amb discapacitat que estableix aquest Decret Llei». Vol dir això que d'acord amb aquesta disposició els serveis de tutela passen a denominar-se, automàticament, serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica? I, en tot cas, és suficient el canvi terminològic per integrar el nou model de suports a l'exercici de la capacitat jurídica, que incorpora la normativa civil, a l'àmbit del Dret públic?

Més enllà del canvi terminològic que, indiscutiblement, s'ha de d'acomodar per poder delimitar de forma correcta l'abast del servei, caldrà adaptar la seva configuració als principis i requisits que ja exigia la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat* i que ara també exigeix la normativa civil.

Aquest canvi no només afecta a l'Administració i els ens que la integren, sinó a tota la xarxa e serveis socials d'atenció pública. En aquest sentit, també es requerirà a les entitats privades proveïdores de serveis públics, que adaptin els seu funcionament a aquest nou escenari. Aquestes entitats han de tenir en compte que els serveis que presten s'han d'adaptar a les noves realitats i han de transformar i ampliar les seves actuacions, amb la finalitat de constituir-se com a proveïdores vàlides per a la prestació de serveis de suport a la presa de decisions de les persones amb discapacitat³⁷⁵.

A tal efecte, les *entitats tutelars* passen per un procés de canvi on l'autonomia, l'empoderament i l'autodeterminació de les persones amb discapacitat que requereixen suports a l'exercici de la capacitat jurídica esdevenen els pilars que han de sostenir totes les seves actuacions. Obviar la subjectivitat de les pròpies persones en les seves vivències i processos personals i fixar indicadors d'avaluació exclusivament ubicats en professionals i familiars, no estaria en consonància amb el principi d'autonomia que predomina amb el canvi de paradigma actual³⁷⁶.

La CDPD i la legislació civil espanyola i catalana fan referència a la necessitat de reconèixer, a totes les persones, el dret a l'exercici de la capacitat jurídica en igualtat de condicions, sens perjudici dels suports que puguin necessitar. Els suports, en tot cas, ajudaran a la persona a prendre les seves pròpies decisions d'acord a la seva voluntat,

³⁷⁵ És interessant l'opinió que ens comparteix SOLÉ I CHAVERO en tant que considera que els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, amb la reforma, responen a un esquema de suports entre iguals i que, per tant, la clau del suport, respectuós amb la voluntat de la persona, és el vincle. Cal crear entorns que siguin pròxims, proactius, propositius, persuasius i persistents. El que defineix com la «regla de les tres P». Cfr. SOLÉ I CHAVERO, Josep Maria. «Los retos del nuevo modelo: beneficios, problemas y nuevos enfoques». *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Discapacidad y equiparación de derechos*, 2022, núm. 61, p. 102 i s.

³⁷⁶ Cfr. DORADO BARBÉ, Ana; GONZÁLEZ CASAS, David; RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María; SOJO BELINCHÓN, Rocío. «Propuesta de apoyo a personas con capacidad modificada desde el trabajo social. El caso de las entidades tutelares». *Revista Política y Sociedad*, 2021, núm. 58, p. 3.

desitjos i preferències, tot establint les salvaguardes necessàries per tal que no es produeixin situacions d'abús, conflicte d'interessos o influències indegudes.

Els suports per a l'exercici de la capacitat jurídica són diversos —guarda de fet³⁷⁷, poders preventius, assistència i defensor judicial— i, alguns d'ells, es poden instar de diverses maneres —l'assistència, per exemple, es pot instar judicialment o davant notari; els poders preventius, es poden instar només davant notari i el defensor judicial és una mesura de caire judicial—, però tots aquests suports, independentment del tipus i la forma de sol·licitar-les, tenen la mateixa finalitat: permetre a totes les persones exercir el dret a la capacitat jurídica en igualtat de condicions.

En aquest sentit, si l'Administració, amb els serveis socials especialitzats, vol donar cobertura a totes les casuístiques possibles de suports a l'exercici de la capacitat jurídica, la terminologia de serveis que resultaria més correcta atendria al nom *de serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica*, front a la terminologia actual de *serveis de tutela*.

No obstant això, la Generalitat de Catalunya sembla que aposta per emprar el terme *servei d'assistència a la capacitat jurídica* i el defineix com el «un servei social especialitzat que duen a terme entitats socials per prestar suport en alguns aspectes a les persones amb deteriorament cognitiu, amb malaltia mental o amb discapacitat intel·lectual en l'exercici de la capacitat jurídica, a través de mesures judicials o notariales»³⁷⁸.

En qualsevol cas, al marge de la seva terminologia, l'Administració té l'obligació de definir i concretar l'objecte del servei per clarificar-ne el seu abast, doncs actualment els serveis de tutela, tal i com estan configurats a la Cartera de SS, sembla que només garanteixin l'accés a la tutela³⁷⁹, sense tenir en compte la reforma i, per tant, sense fer referència a l'assistència.

Amb la reforma de la legislació civil i processal en matèria de capacitat jurídica i el canvi de paradigma que aquesta acompanya, cal que l'Administració es posicioni sobre quin tipus de servei vol oferir a les persones. *Ergo*, té l'obligació de canviar la terminologia, ajustar l'objecte i repensar la seva gestió. Si només s'ajusta la terminologia i es segueix limitant

³⁷⁷ Amb l'Avantprojecte de reforma del Codi civil català ja no parlem de guarda de fet, sinó de suport no formalitzat.

³⁷⁸ Departament de Drets Socials. *Guia per a emplenar la sol·licitud per obtenir l'acreditació com entitat proveïdora d'assistents per a la capacitat jurídica de la xarxa de serveis socials d'atenció pública*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/RLNBNU5>, última consulta: 10 desembre 2022.

³⁷⁹ El Decret 142/2010, d'11 d'octubre, pel qual s'aprova la Cartera de Serveis Socials 2010-2011, reconeix els serveis de tutela a tres grups diferenciats: **(a)** gent gran; **(b)** persones amb discapacitat intel·lectual i **(c)** persones amb malaltia mental. En els tres casos el servei es defineix com un servei social especialitzat que duen a terme entitats sense ànim de lucre —entitats tutelars— a partir d'un nomenament judicial, quan l'entorn familiar d'una persona no se'n pot fer càrrec o el jutge considera que no és idoni que se'n faci. Es pot veure la seva configuració en detall més endavant.

l'accés als suports en determinats supòsits, el sentit i la filosofia de la reforma civil no es podrà, en cap cas, materialitzar en l'àmbit del dret públic i, més concretament, en l'àmbit dels serveis socials.

És a dir, per garantir el ple exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, s'hauran de configurar uns serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica per a totes les persones que ho necessitin, sigui quin sigui aquest suport —formalitzat o no formalitzat, emprant la terminologia de l'Avantprojecte— i sigui quina sigui la porta d'entrada —judicial o notarial—. Només així s'estarà proveint a la ciutadania de prestacions garantides i adequades a la Convenció i a la legislació civil i processal.

2.1.2. L'objecte i els principis informadors dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica

Els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica són suports personals que es configuren amb l'objectiu de fer realitat els desitjos i preferències d'una persona proporcionant orientació, suport i acompanyament en tot el procés de presa de decisions, sigui en l'àmbit personal o patrimonial³⁸⁰.

Fer referència a *tot el procés* implica prestar aquest servei no només en el moment en què es materialitza o s'executa una determinada decisió, sinó que comença d'antuvi la persona és conscient que necessita recolzament en l'exercici de la seva capacitat jurídica o, sense ser-ne conscient, l'entorn creu convenient que es valori aquesta possibilitat.

Aquest suport es proporcionarà mentre la persona ho necessiti i procurarà la millora les condicions de vida de la persona i vetllarà per preservar la seva dignitat i incrementar-ne l'autonomia. En definitiva, els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, a banda de tenir la funció d'acompanyament a la presa de decisions i prevenció davant possibles abusos, conflictes d'interessos o influències indegudes, han de vetllar perquè la persona desenvolupi aptituds que l'ajudin a relacionar-se de manera autònoma amb les qüestions que afecten a la seva pròpia vida.

És molt gràfica la proposta de bona pràctica que es proposa al manual sobre justícia i persones amb discapacitat de VÁSQUEZ ENCALADA. Argumenta que en el moment que estem analitzant una proposta o una consulta sempre s'ha de tenir present: la voluntat, l'enfoc de drets humans i la igualtat de tracte i d'oportunitats. És possible que una persona mai hagi expressat la seva voluntat, però això no vol dir que no ho pugui fer amb els suports necessaris. S'ha de posar en pràctica l'enfoc igualitari i, per tant, s'ha de garantir la

³⁸⁰ En aquest sentit, *vid.* The Israel Human Rights Centre for People with Disabilities. *Supported Decisions-Making Service for Person with Disabilities*. Israel: Bizchut association, 2016, p. 14.

titularitat i l'exercici dels drets. Lligat a això, s'ha d'escoltar a la persona i brindar caràcter vinculant a la seva voluntat, doncs és el millor garant dels drets de la seva pròpia persona. Evidentment, es pot consultar a l'entorn de la persona perquè brindi informació i ajudi a interpretar la voluntat, desitjos i preferències, però això no s'ha de confondre amb una substitució de la voluntat³⁸¹.

Els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de la xarxa de serveis socials d'atenció pública de Catalunya han de cobrir les necessitats de suport d'aquelles persones que no tenen suport en el seu entorn o, si el tenen, no és idoni que aquest se'n faci càrrec.

Sobre aquesta qüestió és legítim qüestionar-se si podrien accedir a aquests serveis les persones que tenen persones de l'entorn per acompanyar i assistir a una persona en el procés de decisions, però per algun motiu, bé la persona concernida o bé l'entorn, no vol que així sigui. Aquesta és una qüestió controvertida, però si ens fixem en l'informe de l'any 2016 de l'ex relatora especial del Comitè dels drets de les persones amb discapacitat citat anteriorment, el fet que moltes famílies vegin truncats el seus projectes de vida es deu, en gran mesura, a la manca de desenvolupament d'un sistema de suports adequats. Per tant, si seguim apostant per un sistema de serveis a nivell *micro* que no prevegi la garantia tots els tipus de suport —més enllà dels que es deriven d'un procediment judicial— correm el risc que les persones amb discapacitat i llurs famílies reprenguin la mirada assistencialista i proteccionista de la discapacitat.

2.1.3. El tipus de serveis de suport. La prevalença de les mesures voluntàries

Tal i com ha assenyalat el Comitè de drets de les persones amb discapacitat, el suport és un terme molt ampli que aglutina arranjaments formals i informals, de diferents formes i intensitats. La designació d'un o altre suport i la intensitat amb que aquest s'ha de prestar variarà en funció de les necessitats de cada persona a títol individual. En tot cas, els suports formals es prestaran sempre d'acord amb les condicions i requeriments que es fan constar al document judicial o notarial que els decreti.

Actualment, els serveis de tutela es regulen a la Cartera SS amb l'objectiu de cobrir les necessitats de suport d'aquelles persones que han estat incapacitades judicialment o que es troben en procés d'incapacitació i d'acord amb el que estableixi la corresponent resolució judicial. Distingeix, a més, entre si el suport el necessita una persona gran, una persona amb discapacitat intel·lectual o una amb trastorn de salut mental.

³⁸¹ Cfr. VÁSQUEZ ENCALADA, Alberto (Coord.). *Manual sobre justicia y personas con discapacidad*. Ciutat de Mèxic: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 168 i s.

Si l'objectiu és seguir amb aquesta idea i, per tant, donar cobertura únicament a aquelles persones que tinguin una resolució judicial de provisió de mesures de suport s'estarà desvirtuant el sentit de la reforma civil i processal en matèria de capacitat jurídica, que aposta per una desjudicialització d'aquests processos³⁸². A Catalunya, com he analitzat al capítol anterior, l'assistència passa a ser la mesura de suport per excel·lència i es pot instar en via judicial o en via notarial.

L'Administració —en concret, el Departament de Drets socials— coneix que hi ha una necessitat de suport bé perquè el Departament de justícia li ho notifica a través d'una resolució o bé perquè serveis socials comunica al Ministeri Fiscal una determinada necessitat de suport amb la finalitat que aquest, d'ofici, iniciï un procediment. No obstant això, a dia d'avui, també es podria donar el cas que la necessitat de suport s'identifiqués i es concretés per via notarial i l'Administració estaria obligada, en tot cas, a garantir aquest servei.

De fet, tal i com he detallat al capítol segon, l'Avantprojecte de reforma del Codi civil català treballa en la línia d'incentivar els suports no formalitzats i, per tant, donar primacia a les mesures voluntàries davant les formals. L'Administració queda obligada, per la pròpia norma, a prestar els suports que les persones puguin requerir en l'exercici de la capacitat jurídica, independentment de com siguin aquests suports. Per tant, l'Administració ha de considerar, dins la seva cartera les diferents modalitats de suport. És per això que, davant la necessitat de replantejar un nou model de suports a la presa de decisions, pot ser adequat i útil identificar els suports formals i informals i plantejar un marc regulador i de finançament que cobreixi cadascuna de les casuístiques.

2.1.4. Les persones beneficiàries dels serveis de suport: perfils de necessitat i àrees d'actuació. El sistema de mòduls i les ràtios de personal

Ja he exposat anteriorment que els serveis de tutela es financen amb base un sistema de mòduls (A, B, C i D), essent A el mòdul on s'insereixen les persones amb menor necessitat de suport i el D les de major necessitat de suport. Per saber quin mòdul li correspon a una determinada persona es valoren dotze ítems o indicadors i, en funció de la puntuació obtinguda, s'insereixen en un o altre grup.

Alhora, per a cada mòdul, s'assignen diferents ràtios de persones professionals de suport (*vid, Supra*. Taula amb proposta de modificació de la Cartera de Serveis Socials). La configuració de les ràtios persona-professional s'ha qüestionat en nombroses ocasions i no

³⁸² *Vid.* Avantprojecte de reforma del Codi civil català, exposició de motius.

només en el camp dels serveis de tutela³⁸³. El càlcul de les ràtios no s'adequa a les necessitats reals i, a la pràctica, els recursos personals per a prestar el servei amb eficàcia i eficiència resulten insuficients. Cada cop més, les persones professionals deixen els seus llocs de treball pel desgast físic i emocional que els hi comporta aquesta situació. Aquest neguit encara s'ha incrementat més arrel la reforma de la legislació civil i processal, que exigeix garantir un major poder de decisió de la persona amb discapacitat i, per tant, un treball més intens persona-professional.

El finançament dels i les professionals és essencial per articular un nou model d'atenció centrat en la persona. Fa temps que el sector professional reivindica la congelació i retallada dels salaris, que repercuteix directament en l'atenció a les persones i la sostenibilitat dels serveis. De fet, el propi Pla Estratègic 2020-2024 de la Generalitat estableix, explícitament, que «és fonamental reconèixer, cuidar, formar i millorar les condicions salarials i laborals dels i les professionals per tal de garantir una atenció de llarga durada de qualitat de llarga durada de qualitat». En aquest sentit, a l'informe d'impacte econòmic del Pla Estratègic s'explicita que «mantenir les tarifes actuals seria un retrocés en els drets laborals per a una sèrie de sectors que ja estan castigats en condicions laborals i salarials, n'augmentarà el descontent, pèrdua de nivell adquisitiu i sobrecàrrega de feina actual. Des d'un punt de vista ètic, suposa el menyspreu envers els treballadors que es dediquen a la cura de les persones. Qualsevol millora de les condicions d'aquests treballadors impacta directament en la qualitat de la prestació dels serveis de les entitats del tercer sector social a Catalunya, tot reconeixement la tasca tan important que fan. Es tracta d'una actuació de justícia social que ha de revertir en la qualitat i benestar de persones professionals i usuàries»³⁸⁴.

A més, la problemàtica no només la trobem en com es calculen les ràtios persona-professional, sinó amb com es valora la pertinença a un o altre mòdul. Els indicadors que s'utilitzen actualment segueixen posant molt èmfasi a la malaltia de la persona i poc als recursos de l'entorn que disposa la persona concernida.

Les entitats reivindiquen constantment que una patologia més greu no implica, per se, major necessitat de suport. Es pot donar el cas —de fet és el que succeeix de manera freqüent— que una persona amb un alt grau de discapacitat i dependència, però amb un entorn social i professional procliu a la inclusió, requereixi menys hores d'atenció que una persona amb un grau de discapacitat i dependència menor, però que no té xarxa dins el seu entorn.

³⁸³ La disconformitat amb les ràtios de persones professionals en l'àmbit dels serveis socials bàsics ha estat l'epicentre de molts debats. Vid. GINESTA, Mercè (Coord.); CIVIT, Mercè; RIVERA, Juanma; RODRÍGUEZ, Arantxa. *Els serveis socials bàsics a la província de Barcelona. Situació actual i propostes de millora*. Monogràfic de treball social, 2017, núm. 13, p. 46 i s.

³⁸⁴ Direcció General de Pressupostos de la Generalitat de Catalunya. *Valoració de l'informe d'impacte econòmic i social del Pla Estratègic de Serveis Socials 2020-2024*. Barcelona: Departament de Vicepresidència i d'Economia i Hisenda, 2020. Disponible a: <https://acortar.link/GvoL5w>, última consulta: 31 maig 2023.

A banda, un altre factor rellevant, té a veure amb la voluntarietat de rebre suport. La tendència actual és un increment de la necessitat d'atenció de persones joves o adolescents, les quals no són proclius als canvis i que, des del primer moment, necessiten una atenció continua o personalitzada que acabi generant un vincle estret que permeti al professional treballar un pla individual adaptat a les necessitats particulars³⁸⁵.

Tots aquests factors no es tenen en consideració en un sistema d'indicadors que no es revisa des de fa més de dues dècades. La problemàtica no són els mòduls en sentit estricte, sinó els criteris que s'utilitzen i la tendència que hi ha de classificar a les persones en compartiments estancs en base a criteris que s'ajusten ben poc a la realitat del moment.

És rellevant en aquest sentit portar a col·lació la proposta que es va plantejar al 2008 per la Fundació Encaix i l'ICASS, i que finalment no va prosperar, sobre com s'havien de recollir els perfils de necessitats de suport³⁸⁶. El document de treball plantejava establir un mòdul bàsic d'atenció dels serveis i, posteriorment, analitzar les diferents situacions de necessitats —nivell 2 i 3— que comporten majors nivells de dedicació de les funcions d'atenció directa que es desenvolupen des de diverses àrees: social, jurídica i econòmica. En aquest sentit desenvolupaven un catàleg de situacions en les diferents àrees que, si concorrien, donaven lloc als diferents mòduls d'atenció a necessitats específiques de suport. Per exemple, identificaven com una situació que requeria major suport a l'àrea social la dificultat greu que podria tenir una persona per incloure's dins la societat i assumir responsabilitats i que, a més, no tenia un recurs d'habitatge. D'altra banda, identificaven com a situacions que requerien major suport en l'àrea jurídica aquells casos en què hi havia conflictes patrimonials o processos judicials oberts i, en l'àrea econòmica, situacions on hi havia pendent, per exemple, una acceptació d'herència.

També és important referenciar, a tall d'exemple, l'estudi que la Fundació Tu-i-Nos i l'Institut de Robòtica per a la Dependència estan elaborant per executar una plataforma tecnològica que, a través de la intel·ligència artificial, contribueixi a la gestió de l'assistència a Catalunya³⁸⁷. Així, han desenvolupat una plataforma que reuneix tres innovacions tecnològiques en un núvol per guiar als operadors socials en totes les fases del procés d'assistència i millorar el treball en xarxa amb els Departaments de Drets socials i justícia, facilitant a les entitats: un programari informàtic, un robot informàtic que valora les necessitats de les persones d'acord amb unes escales generalment acceptades —qualitat

³⁸⁵ Vid. BALLESTEROS GUERRA, Juan Carlos; SANMARTÍN ORTÍ, Anna; TUDELA CANAVIRI, Patricia; RUBIO CASTILLO, Ana. *Barómetro juvenil sobre Salud y Bienestar 2019*. Madrid: Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, 2020; QUIROGA, Violeta; GUASCH, Carmen. «L'afectació de salut mental en la població infantil i adolescent en situació de risc a Catalunya». *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, 2014, núm. 57, p. 135-153.

³⁸⁶ Cfr. Institut Català d'Assistència i Serveis Socials. *Op cit*; Junta Directiva de l'Associació Encaix. *Op cit*.

³⁸⁷ Fundació Tu-i-Nos. *Plataforma tecnològica per a la gestió de l'Assistència a Catalunya. Presentació al Departament de Drets Socials i Departament de Justícia*. Comarca del Garraf: Fundació Tu-i-Nos, 2022.

de vida— i un *data meet*, un reservori de dades d'accés exclusiu per als Departaments de Drets socials i justícia.

Aquests models i qualsevol altre que es pugui elaborar pensant en una millor organització dels recursos serà útil i benvingut, però cal que l'Administració pública faci un esforç per valorar les propostes que s'estan promovent en aquest camp que ajudin a consolidar un sistema únic aplicable a totes les entitats proveïdores de serveis. D'aquesta manera es podrà assegurar el dret dels usuaris a rebre uns serveis de qualitat (*cfr.* Art. 82 i s. LSSC).

A més, s'ha de tenir en compte que les persones professionals que acompanyen a les persones amb discapacitat no deixen de ser persones treballadores amb una sèrie de drets i deures que també s'han de garantir per part de l'Administració pública. L'article 43 LSSC estableix que «l'organització del sistema públic de serveis socials ha de tenir el personal suficient amb la formació, la titulació, els coneixements, l'estabilitat laboral, la capacitat, el reconeixement social i laboral i les aptituds que calguin per a garantir l'eficiència i l'eficàcia en la prestació dels serveis socials». Amb unes ràtios descompensades i un sistema que no s'acosta a la realitat, difícilment, s'aconseguiran uns recursos personals eficients.

Per últim, com a tercer aspecte a concloure, garantir el dret a rebre suports en l'exercici de la capacitat jurídica no és un servei aïllat, sinó que permet la consecució d'altres drets. Per actuar s'ha de poder decidir i si es requereixen suports per decidir, aquests han de ser garantits, com un dret subjectiu de la ciutadania, per l'Administració pública.

3. La iniciativa privada en la prestació dels serveis socials. Els instruments de col·laboració publicoprivada per garantir la gestió dels serveis

3.1. L'espenta europea per transitar cap a un nou model de contractació pública dels serveis a les persones

La Unió Europea, en matèria de prestació dels serveis a les persones, sempre ha exercit un paper clau. El Tractat Fundacional de la Unió Europea (en endavant, TFUE) desvinculava les seves disposicions de la competència dels Estats membres per a prestar, encarregar i organitzar serveis d'interès general que no tinguessin caràcter econòmic³⁸⁸. Aquest paper, sobretot després d'una època de recessió econòmica, es va veure reforçat amb l'*Estratègia Europa 2020*, una estratègia pel creixement intel·ligent, sostenible i integrador³⁸⁹. Aquesta

³⁸⁸ *Cfr.* Sobre el concepte d'*interès general* a les Directives Europees de 4^a generació, *vid. Infra*, epígraf 3.4.

³⁸⁹ *Cfr.* COM (2010) 2020. C/IRL/A. *Estratègia Europa 2020, una estratègia pel creixement intel·ligent, sostenible i integrador*. Brussel·les, 3 de març de 2010.

posa el focus en el desenvolupament de polítiques de contractació pública que garanteixin un ús eficient dels fons públics i incentivin la creació d'un mercat únic.

Amb aquest objectiu, el 27 de gener de 2011, la Comissió Europea, aprova *el Llibre verd sobre la modernització de la política de contractació pública de la UE. Cap a un mercat europeu de la contractació pública més eficient*³⁹⁰. Reconeix el paper fonamental de la contractació pública i justifica la necessitat de modernitzar les eines i els mètodes de contractació existents per adequar-los a la necessitat de donar resposta a l'evolució del context polític, social i econòmic³⁹¹.

Afirma que es té en compte l'especificitat dels serveis socials en l'àmbit de la contractació, però tot i això es fa precís adaptar les normes actuals amb la finalitat que es doni una millor solució a les característiques específiques i tècniques d'aquests tipus de serveis.

En aquest sentit, el 26 de febrer de 2014, les *Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE, d'adjudicació de contractes de concessió i 2014/24/UE, de contractació pública* van introduir modificacions de gran calat al règim jurídic de les modalitats de gestió dels serveis a les persones. És important destacar el contingut de la consideració sisena de la Directiva 2014/24/UE en tant que reafirma que «els serveis no econòmics d'interès general han de quedar exclosos de l'àmbit d'aplicació de la present Directiva». La UE considera, i així ho estableix a la Directiva referida, que aquests tipus de serveis tenen una dimensió transfronterera limitada i es presten en un context particular que varia molt d'un Estat membre a un altre, fet que justifica l'establiment d'un règim específic.

No obstant això, aquesta declaració no ha de portar a l'equívoc. Afirmar que els serveis econòmics d'interès general han de quedar exclosos de l'àmbit de la Directiva, no obsta a que la contractació d'aquests serveis s'hagi de sotmetre a les Directives de contractació, amb la finalitat de garantir les llibertats d'establiment i de prestació de serveis. Això és així perquè els serveis socials, en la mesura que son retribuïts —pel receptor o per les administracions que encarreguen la seva prestació a un tercer— son activitats econòmiques

³⁹⁰ Cfr. COM (2011) 15. *Llibre verd sobre la modernització de la política de contractació pública de la UE. Cap a un mercat europeu de la contractació pública més eficient*. Brussel·les, 3 de març de 2010.

³⁹¹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, entre d'altres autors, reconeix el promptuari de fórmules jurídiques que s'han organitzat per atendre les necessitats socials. Un model que està en revisió i que requereix una delimitació conceptual que permeti contrastar l'adequació a les disposicions comunitàries i la coherència sistemàtica del Dret intern (cfr. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. «Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales». A: DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Barcelona: Marcial Pons, 2022, p. 197-198). També, vid. GIMENO FELIU, José Maria. «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, núm. 52, p. 12-65; GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y formas de prestación*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

i, per tant, la seva contractació queda sotmesa a les Directives. Tot això, sens perjudici de la seva consideració com a *serveis econòmics d'interès general* a efectes de no quedar subjectes a les prescripcions de l'article 106 i s. TFUE³⁹².

Ara bé, és cert que en l'àmbit dels serveis socials i, en general, dels serveis a les persones, les noves Directives de contractació —conegudes com a les Directives de quarta generació³⁹³— aporten novetats rellevants al panorama jurídic de la contractació pública.

La Directiva 2014/24 introdueix una gran flexibilitat en els criteris de selecció dels contractistes que han de prestar serveis socials o serveis a les persones. Fins i tot, es permet l'adjudicació directa a entitats sense ànim de lucre. La intenció és integrar les consideracions socials a tot el cicle contractual, amb la finalitat de trobar un equilibri entre la qualitat i el preu, però també incentivant la responsabilitat social i la qualitat de la prestació sota la base de l'eficiència social. En aquesta línia, la Directiva considera que els serveis socials, sanitaris, educatius o culturals i d'altres específics han d'incloure, especialment, criteris de *qualitat* i *sostenibilitat*. Aquesta idea es recull als articles 76 i 77 de la referida Directiva.

Concretament, l'article 76 reconeix la possibilitat als Estats membres de determinar les normes de procediment aplicables, sempre que aquestes normes permetin, als poders adjudicadors, tenir en compte l'especificitat dels serveis en qüestió. A més, els Estats podran determinar que l'elecció del proveïdor de serveis es faci sobre la base de l'oferta econòmicament més avantatjosa, tenint en compte criteris de qualitat i sostenibilitat pel cas dels serveis socials.

D'altra banda, l'article 77 faculta per reservar a determinades organitzacions el dret de participació en els procediments d'adjudicació de contractes públics exclusivament pel cas dels serveis socials, culturals i de salut que es contemplen a l'article 74. Aquestes organitzacions hauran de complir, en tot cas, les condicions que estableix l'aparat segon d'aquest article.

Aquests dos articles s'han interpretat recentment pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE) i, en aquest sentit, cal referir-se al següent:

³⁹² Cfr. LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. «La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas». A: DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo. *Op cit*, p. 160.

³⁹³ Per a més informació sobre el perquè de las Directives de quarta generació, *vid.* MORENO MOLINA, José Antonio. «La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos». A: AAVV. *Observatorio de contratos públicos 2012*. Madrid: Aranzadi Cizur Menor, 2013, p. 115-163.

- (a) L'exclusió de les entitats privades amb ànim de lucre dels procediments d'adjudicació de contractes públics que tenen per objecte la prestació de serveis socials no és contrària al principi d'igualtat, sempre i quan aquesta exclusió contribueixi a complir amb la finalitat social i a aconseguir els objectius d'eficiència pressupostària i solidaritat.
- (b) En canvi, no es poden adjudicar directament a una entitat sense ànim de lucre sense abans haver realitzat un procediment competitiu³⁹⁴.

A banda d'aquesta novetat, la Directiva 24/2014 suprimeix les diferents modalitats contractuals de serveis i es regulen dues vies amb la mateixa finalitat: **(a)** la *concessió de serveis* i **(b)** el *contracte de serveis*. S'haurà d'escollir una via o l'altra en funció de si es trasllada o no el risc operacional al contractista. El fet d'eliminar el contracte de gestió de serveis públics, que integrava diverses modalitats de contractes —concessió gestió interessada, concert i societat d'economia mixta—, fa que disposem de la concessió de serveis i del contracte de serveis com a vies de gestió indirecta dels serveis en la modalitat contractual.

Vinculat a aquesta novetat, la Directiva reconeix que, juntament amb les formes de gestió dels serveis adreçats a les persones mitjançant contracte, els poders públics poden decidir organitzar-se a través de *modalitats no contractuals*. Per tant, s'ofereix la possibilitat de prestar serveis a través de la gestió indirecta fora de la normativa contractual³⁹⁵.

Les Directives, en aquest sentit, no qüestionen quina ha de ser la naturalesa jurídica de la prestació ni qui la materialitzarà, sinó que posen l'atenció a la forma en què aquesta es prestarà, s'organitzarà i es finançarà³⁹⁶. Per aquest motiu atorguen aquesta prerrogativa amb una sèrie de condicionants³⁹⁷. La consideració 114 de la Directiva UE/24/2014, estableix que:

«Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno (...). Los Estados miembros y poderes públicos siguen teniendo libertad para

³⁹⁴ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco. «Resumen de la Sentencia de 14 de julio de 2022 ASADE». *Observatorio de contratación pública*, 2022. Disponible a: <https://www.obcp.es>, última consulta, 15 desembre 2022.

³⁹⁵ Cfr. DARNACULLETA GARDELLA, María Mercè. «Les noves modalitats de gestió de serveis a les persones a la legislació autonòmica de Serveis Socials: especial referència a l'acció concertada». *Revista Catalana de Dret Públic*, 2021, núm. 62, p. 40.

³⁹⁶ ÁLVAREZ FERNÁNDEZ defensa la idea que la LCSP no ha anat més enllà regulant les fórmules extracontractuals perquè és una competència de les CCAA organitzar les seves prestacions en els termes que considerin i d'acord amb els mecanismes que considerin més adequats (cfr. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. *Op cit*, p. 23).

³⁹⁷ Cfr. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. *Op cit*, p. 22.

prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación».

De la mateixa manera la *Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/24/UE i 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014* (en endavant, LCSP), a l'article 11.6, estableix el següent:

«Queda exclosa d'aquesta Llei la prestació de serveis socials per entitats privades, sempre que aquesta es dugui a terme sense necessitat de subscriure contractes públics, a través, entre altres mitjans, del simple finançament d'aquests serveis o la concessió de llicències o autoritzacions a totes les entitats que compleixin les condicions que el poder adjudicador hagi fixat prèviament, sense límits ni quotes, i que el sistema esmentat garanteixi una publicitat suficient i s'ajusti als principis de transparència i no-discriminació».

A més, aquesta disposició, s'ha d'interpretar conjuntament amb la disposició addicional 49 de la LCSP, la qual estableix que «la Llei no obsta perquè les comunitats autònomes, en l'exercici de les competències que tenen atribuïdes, legislin articulant instruments no contractuals per a prestar serveis públics destinats a satisfer necessitats de caràcter social».

Per tant dels articles referenciats es desprèn que les CCAA estan habilitades, i se'ls obre una finestra d'oportunitat, per organitzar la prestació dels serveis públics destinats a satisfer necessitats de caràcter social. D'una banda, poden senzillament finançar aquests serveis i de l'altra, poden concedir llicències o autoritzacions a totes les entitats que compleixin unes condicions establertes, prèviament, pel poder adjudicador. Triïn l'opció que triïn, en tot cas, hauran de complir amb els requisits de: **(a)** garantir una publicitat suficient; **(b)** emprar fórmules jurídiques que respectin els principis de transparència, no discriminació i publicitat suficient i **(c)** donar l'opció de gestionar els serveis socials públics a tots els operadors econòmics interessats que compleixin les condicions prèviament establerts, sense límits ni quotes.

Per tant, el considerant 114 de la Directiva es limita a reconèixer que les autoritats nacionals son lliures per escollir la fórmula a través de la qual atendran les diferents prestacions de serveis socials i concreta que, quan la fórmula escollida no reuneixi els requisits d'un contracte públic, les Directives de contractació no seran d'aplicació. Això és, sempre que hi hagi existència de selecció d'operadors econòmics, onerositat i caràcter recíproc en l'exigència de les obligacions, seran aplicables les Directives de contractació.

Aquesta qüestió queda molt clara a les sentències *Tirkkonen* i *Falk Pharma*³⁹⁸. En elles el TJUE deixa clar que escollir una oferta concreta és un element vinculat als contractes públics. Per tant, si els criteris que s'utilitzen són per identificar l'actitud de les empreses per executar un contracte —sense pretendre identificar l'oferta econòmicament més avantatjosa— no estariem parlant d'un contracte públic. A la sentència *Tirkkonen* s'enuncia expressament que «las fórmulas no contractuales se deben fundamentar en condiciones de aptitud y no en criterios de adjudicación. Tienen que permitir que todos los operadores puedan concurrir en igualdad de condiciones»³⁹⁹. De no ser complir-se els requisits prèviament establerts estariem davant un règim contractual encobert que pretén seleccionar la millor oferta qualitat-preu d'entre totes les presentades en base amb uns criteris d'adjudicació prèviament establerts i que desvirtua l'essència de la regulació comunitària.

La selecció d'operadors econòmics és una característica imprescindible per a catalogar una fórmula de col·laboració com a *contractual* i, per tant, afirmar que resulten aplicables les Directives europees de contractació. Ara bé, altres dos característiques rellevants ho són l'onerositat i el caràcter recíproc de les obligacions, també denominat negoci sinal·lagmàtic.

Es considera que un contracte és onerós, des de la perspectiva comunitària, quan l'entitat pública rep una contraprestació que li genera un interès econòmic. Aquesta idea de negoci onerós s'ha de vincular amb l'obligació de que sigui un negoci sinal·lagmàtic, és a dir, a banda del poder adjudicador també ha d'obtenir un benefici el licitador. A més, fruit del negoci sinal·lagmàtic, les dues parts han de contraure obligacions vinculants, compliment de les quals es pugui recórrer per la via judicial⁴⁰⁰.

En aquest cas, per tal d'identificar si a un negoci jurídic celebrat per un poder adjudicador li resulta aplicable la Directiva de contractació és essencial identificar si aquest negoci

³⁹⁸ Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 3ª), d'1 de març de 2018, assumpte C-9/17, *Tirkkonen* contra *Maaseutuvirasto*; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 5ª), de 2 de juny de 2016, assumpte C-410/14, *Falk Pharma GmbH* contra *DAK-Gesundheit*.

³⁹⁹ En el mateix sentit es pronuncia la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya al Dictamen 114/2020, emès el 18 d'abril, en relació amb el projecte de decret d'acreditació, concertació social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública.

⁴⁰⁰ El caràcter *sinal·lagmàtic* d'un contracte públic es tradueix necessàriament en la creació d'obligacions jurídicament vinculants per a cadascuna de les parts i es constitueix com una característica essencial del contracte públic (*cfr.* Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 4ª), de 10 de setembre de 2020, assumpte C-367/19, *Tax-Fin-Lex* contra *Ministrstvo za notranje zadeve*). D'altra banda, pel que fa al *preu*, només un contracte onerós pot constituir un contracte públic (*cfr.* Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 3ª), de 21 de desembre de 2016, assumpte C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord* contra *Region Hannover*). Hi ha altres autors, tal i com cita GARCÍA-ANDRADE, que consideren que el «preu no és un element essencial del contracte, ja que només es un instrument per aconseguir una finalitat: la prestació de qualitat d'un servei» (*cfr.* GIMENO FELIU, José María; GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo. *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria, eficiencia y creación de valor*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 90-91. Citat a: GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. «Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales». *Op cit*, p. 204.

incorpora criteris d'adjudicació que valorin la qualitat-preu i veure si és onerós i sinal·lagmàtic.

3.2. La resposta del legislador a les Directives de quarta generació

Les Directives europees que he comentat requereixen ser transposades al dret intern a través dels instruments oportuns. Ara bé, si arribat el termini per a fer-ho encara no hi ha una norma de transposició aprovada o s'ha transposat de manera incorrecta, podem recórrer a la institució de l'*efecte directe*. Així, es permet a un particular invocar-la directament davant els poders públics, amb primacia de qualsevol norma interna, garantint l'eficàcia del Dret europeu⁴⁰¹.

Precisament, amb les Directives de quarta generació va succeir això. Arribat el termini en què s'hauria d'haver produït la transposició de les directives al dret intern, 18 d'abril de 2016, no es va fer i, per tant, aquestes resultaven aplicables directament i l'ordenament jurídic intern s'havia d'interpretar d'acord amb el dret de la UE. No obstant, això no eximia a l'Estat d'aprovar una norma que incorporés el contingut de les Directives. Si la interpretació no era possible, l'òrgan jurisdiccional nacional havia d'aplicar el Dret comunitari de forma íntegra i protegir els drets que aquest confereix als particulars⁴⁰².

A Catalunya, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat, alertada perquè la legislació estatal no havia transposat les directives en termini i amb la finalitat d'evitar una situació d'inseguretat jurídica, en data 6 d'abril de 2016, va aprovar l'Informe 1/2016, on es concreten quines disposicions de les directives comunitàries són d'aplicació directa. Tot i així, aquesta actuació no resulta suficient i, habilitada per l'article 67.6.a) de l'EAC, el 31 de maig de 2016, la Generalitat de Catalunya aprova el *Decret Llei 3/2016, de mesures urgents en matèria de contractació pública* (en endavant, Decret Llei 3/2016).

Però poc després que Catalunya aprovés el Decret Llei, el Govern espanyol aprova la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/24/UE i 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014. La LCSP, complint amb les directrius de les Directives europees, reconeix tres vies de gestió dels serveis públics: **(a) gestió directa**; **(b) gestió indirecta amb figures contractuals derivades de la LCSP**; **(c) gestió indirecta amb figures extracontractuals**. Aquesta darrera que, d'acord amb l'article 49

⁴⁰¹ Vid. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 3^a), de 5 de febrer de 1963, assumpte C-26/62, *Onderneming van Gend & Loos* contra Administració fiscal holandesa, on el TJUE consagra l'*efecte directe del Dret de la UE*.

⁴⁰² Cfr. MORENO MOLINA, José Antonio. *Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?* Madrid: Observatorio de Contratación Pública, 2016.

LCSP, depèn del desenvolupament que en facin les CCAA ha suposat un marc regulador diferenciat i no lliure de qüestionaments.

3.3. El rol de les entitats privades d'iniciativa social o mercantil per a la prestació de servis socials a Catalunya

En l'àmbit dels serveis socials mai hi ha hagut una reserva a la titularitat pública d'un recurs, equipament, projecte, programa o prestació amb exclusió de la lliure iniciativa privada. Les lleis de serveis socials autonòmiques permeten que tant la iniciativa privada com la pública puguin desenvolupar prestacions de caràcter social.

No obstant això, la iniciativa privada ocupa una posició rellevant i transversal en tota la normativa que desenvolupa el sistema de serveis socials. Precisament, la pròpia LSSC dedica el títol VI a aquesta matèria. En concret, l'article segon fa esment a que «el sistema de serveis socials està integrat pel conjunt de recursos, equipaments, projectes, programes i prestacions de titularitat pública i privada destinats a la finalitat que estableix l'article 3 de la llei»⁴⁰³.

Aquesta confluència entre l'activitat pública i privada, d'acord amb VAQUER CABALLERÍA, no s'ha d'entendre com una tendència del Dret administratiu modern, sinó com una volta al punt d'origen: a la consciència de la incapacitat de la iniciativa pública per donar compliment, per sí mateixa, a la funció assistencial de l'Estat⁴⁰⁴. En tot cas, ALONSO SECO i GONZALO GONZÁLEZ, destaquen que els sistemes actuals de serveis socials han de tenir present la iniciativa privada, en la mesura que estem davant una actuació solidària de la societat on s'han d'aprofitar tots els subjectes socials existents⁴⁰⁵.

La iniciativa privada pot ésser exercida per **(a) entitats d'iniciativa social** o per **(b) entitats d'iniciativa mercantil** (cfr. Art. 69 LSSC). Així, les entitats d'iniciativa social són les fundacions, associacions, cooperatives, organitzacions de voluntariat i les altres entitats i institucions sense ànim de lucre que aconsegueixen activitats de serveis socials (cfr. Art. 69.2 LSSC). D'altra banda, les entitats d'iniciativa mercantil són les persones jurídiques i altres

⁴⁰³ No només a Catalunya, també la resta de lleis autonòmiques de serveis socials reconeixen que la col·laboració amb entitats d'iniciativa social és necessària per a la correcta prestació dels serveis socials (cfr. CIRIZA ARIZTEGUI, Luis; PURROY IRURZUN, Elízabeth. «La colaboración de las entidades de iniciativa social en la prestación de servicios sociales, análisis comparado de las leyes de servicios sociales». *Revista Tercer sector*, 2010, núm. 14, p. 159-165.

⁴⁰⁴ Cfr. VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2002, p. 239.

⁴⁰⁵ Cfr. ALONSO SECO, José María; GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo. *La asistencia social y los servicios sociales en España*. Madrid: BOE, 2002. Citat a: MOLLEVÍ I BARTOLÓ, Josep. «El tercer sector a la llei de Serveis Socials». A: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics, 2008, p. 262.

entitats privades amb ànim de lucre que acompleixen activitats de serveis socials i que adopten qualsevol forma societària reconeguda per la legislació mercantil (*cfr.* Art. 69.3 LSSC).

Nogensmenys, hi ha una extensa tradició d'apostar per la iniciativa privada social o no lucrativa en l'àmbit dels serveis socials. Aquesta pràctica, que ja pren rellevància en l'època de la beneficència, ha experimentat en les últimes dècades un procés d'expansió que ha consolidat un àmbit d'actuació propici per a la iniciativa privada no lucrativa articulada entorn a les denominades *organitzacions del tercer sector*. Aquesta expressió respon a entitats que no formen part del sector públic, però tampoc s'engloben dins el sector privat empresarial que actua al mercat de béns i serveis⁴⁰⁶.

Les Administracions públiques, cada cop més, han comptat amb la iniciativa privada, a través d'entitats d'iniciativa social, pel desenvolupament d'activitats en nombrosos àmbits, especialment en l'àmbit dels serveis socials. Això ha implicat que hi dediquin un volum creixent de fons pel seu finançament. En definitiva, el terreny de la col·laboració entre les d'entitats d'iniciativa social i l'Administració pública s'ha eixamplat. Aquesta preferència té presència, tant en el moment d'obtenir subvencions com en la celebració de convenis de col·laboració i també, en l'adjudicació de contractes i concerts socials⁴⁰⁷.

Una altra mostra i justificació de la creixent expansió que experimenten les entitats d'iniciativa social la trobem en la tramitació de la Llei del Tercer sector Social de Catalunya que reconeix el paper i l'aportació de les entitats socials a la societat i les persones⁴⁰⁸.

Segons la taula del tercer sector aquesta llei esdevé necessària, oportuna, urgent i viable i resol unes necessitats que fa molt temps estaven a sobre la taula. En concret: **(a)** disposa d'un marc jurídic comú per a les entitats del tercer sector Social de Catalunya; **(b)** reconeix una identitat pròpia del tercer sector social; **(c)** reconeix la importància de l'activitat que duu a terme el tercer sector social a Catalunya; **(d)** garanteix i millora la participació del tercer sector Social en el disseny i l'execució de les polítiques públiques que li afectin; **(e)** garanteix i millora la interlocució del tercer sector Social amb les administracions públiques; **(f)** defineix i garanteix mesures de foment i de finançament que garanteixin la

⁴⁰⁶ *Cfr.* PEMÁN GAVÍN, Juan María. *Op cit*, p. 66 i s.

⁴⁰⁷ *Cfr.* DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè. «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales». A: DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Barcelona, Marcial Pons, 2022, p. 117-132.

⁴⁰⁸ *Vid.* Proposició de llei del tercer sector 202-00045/12, de 3 de maig de 2022. Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 326, de 7 de juny de 2022.

sostenibilitat del tercer sector Social; **(g)** regula l'acció concertada per a les entitats del tercer sector social i **(h)** dota de seguretat jurídica al tercer sector social⁴⁰⁹.

El tercer sector ha demostrat un diferencial en la prestació dels serveis socials, doncs es focalitza més en les necessitats dels usuaris de serveis i té un major coneixement i expertesa per a treballar amb necessitats complexes. A més, tenen la capacitat d'establir confiança amb els seus usuaris i generar vincle, alhora que ofereixen serveis que, de manera unificada, responen a les necessitats concretes de les persones i, en general, de la comunitat⁴¹⁰.

Altrament, i sens perjudici de l'estudi específic que realitzaré en aquesta matèria més endavant, la pròpia LSSC veiem que atorga algunes prerrogatives a les entitats socials d'iniciativa privada com la reconeguda a l'article 70.4 LSSC: «les entitats d'iniciativa social tenen, a més, el dret de participar mitjançant llurs associacions representatives en el Consell General de Serveis Socials». També, l'article 75 LSSC, estableix que «es poden establir per reglament, en funció de la naturalesa del servei, criteris de valoració especial respecte a les entitats d'iniciativa social i les entitats de serveis socials acreditades».

En qualsevol cas, PEMÁN GAVÍN, amb base a la doctrina de MUÑOZ MACHADO i VAQUER CABALLERÍA⁴¹¹, adverteix que aquesta creixent incidència de la iniciativa privada social en l'àmbit de les administracions públiques no ens pot portar a la «desnaturalización de estas entidades de su identidad como instancias capaces de movilizar iniciativas sociales y recursos económicos de manera desinteresada y altruista, y de su condición como meros apéndices de las administraciones públicas»⁴¹².

Ara bé, en conclusió, i al marge de les diferències, confluències i preferències entre les entitats d'iniciativa social i mercantil en l'àmbit dels serveis socials, totes dues poder actuar dins el sistema de serveis socials prestant serveis de titularitat privada. D'una banda, ho poden fer a través del règim de l'autorització (cfr. Art. 68 i 69 LSSC) i de l'altra, a través del règim de l'acreditació (cfr. Art. 70 i s. LCCS).

⁴⁰⁹ Cfr. Taula del tercer sector social de Catalunya. *Per la defensa del tercer sector Social a Catalunya. Argumentari per a una futura Llei del Tercer sector Social de Catalunya*. Barcelona: Taula d'entitats del tercer sector social de Catalunya, 2021.

⁴¹⁰ Cfr. Taula del tercer sector social de Catalunya. *El valor añadido del tercer sector en la prestación de servicios públicos. Guía práctica de cláusulas sociales en la contratación pública de servicios sociales y de atención a las personas*. Barcelona: Taula d'entitats del tercer sector social de Catalunya, 2009.

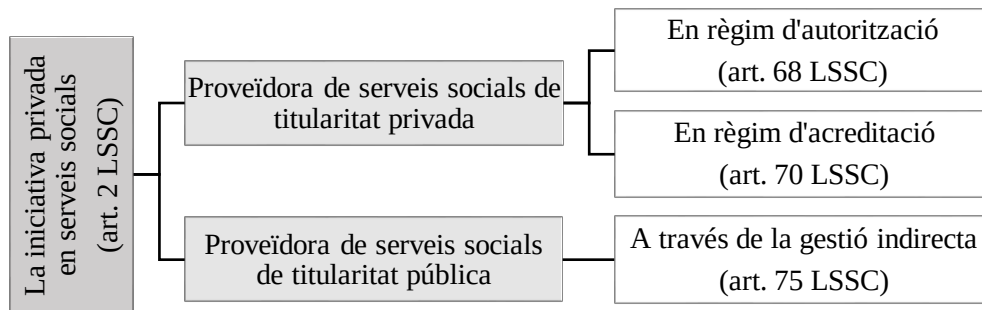
⁴¹¹ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. «La contribución de las organizaciones sociales a la transformación del Estado de bienestar». A: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.). *Las estructuras del bienestar en Europa*. Madrid: Escuela Libre Editorial, Civitas, 2000, p. 777-779 i 785-587 i VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *Op cit*, p. 240-241. A: PEMÁN GAVÍN, Juan María. *Op cit*, p. 29 i s.

⁴¹² Cfr. PEMÁN GAVÍN, Juan María. *Op cit*, p. 69.

En el primer cas, si una entitat vol prestar serveis amb règim d'autorització als «extramurs» —fent ús de l'expressió del professor ARIMANY— ho podrà fer i a més, es podrà beneficiar de subvencions i altres mesures de foment. En aquest cas els serveis seran de titularitat privada i el finançament que reben es canalitzarà per una via diferent de la integració⁴¹³. En el cas de l'acreditació, es faculta a les entitats d'iniciativa privada a ser proveïdores de la XSSAP. Els serveis també seran de titularitat privada, però les entitats s'integraran dins la XSSAP, sota la responsabilitat i el control públic, a través de fórmules de col·laboració.

Endemés, les entitats d'iniciativa privada també poden actuar dins el sistema de serveis socials prestant serveis de titularitat pública, a través de mecanismes de gestió indirecta (*cfr.* Art. 75 LSSC), sens perjudici que l'Administració, a través de mitjans propis personals i materials, pugui prestar els serveis de manera directa.

Esquema. La iniciativa privada en l'àmbit dels serveis socials



Dit això, en l'apartat següent, exposaré les formes en què una entitat d'iniciativa privada pot actuar dins el sistema de serveis socials prestant serveis de titularitat privada o pública per, més endavant, veure quina forma permet garantir uns serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica a l'empara del nou paradigma del respecte a la voluntat, desitjos i preferències de la persona concernida.

⁴¹³ *Cfr.* ARIMANY LAMOGLIA, Esteban. «Públic i privat a la Llei Catalana de Serveis Socials». A: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms, 2008, p. 225.

3.4. L'actuació de la iniciativa privada dins el sistema de serveis socials prestant serveis de titularitat privada

3.4.1. *El règim d'autorització de les entitats socials o mercantils d'iniciativa privada*

La iniciativa privada es pot exercir fora del marc del sistema públic i, per tant, sense el finançament públic que impulsa el sistema de serveis socials (*cfr.* Art. 68 LSSC). No obstant això, quan una activitat es planteja, s'organitza i es desenvolupa per la pròpia Administració adquireix la naturalesa de servei públic i, per tant, s'habilita a l'Administració a intervenir amb l'objectiu de satisfer l'interès general.

En relació amb el concepte de servei públic, el dret comunitari adopta una visió més amplia que es concreta en el concepte de *serveis socials d'interès general* i dins d'aquests distingeix entre els *econòmics* i no *econòmics*. Concretament, la Comunicació de la Comissió Europea al Parlament, el Consell, el Comitè econòmic i social i el Comitè de les Regions, de 20 de desembre de 2011 (COM (2011) 900 final), defineix els serveis d'interès general de la següent forma:

«Social services of general interests include social security schemes covering the main risks of life and a range of other essential services provided directly to the person that play a preventive and socially cohesive/inclusive role. While some social services (such as statutory social security schemes) are not considered by the European Court as being economic activities, the jurisprudence of the Court makes clear that the social nature of a service is not sufficient in itself to classify it as non-economic. The term social service of general interest consequently covers both economic and non-economic activities».

Aquesta diferenciació sorgeix per acotar l'àmbit d'aplicació de les normes de dret comunitari i, en particular, les relatives a la competència i al mercat interior i les relatives a la contractació⁴¹⁴. Precisament, les directives de quarta generació estableixen especificitats pels serveis socials no econòmics d'interès general en considerar que, per les seves característiques particulars, no els hi ha de resultar aplicable, estrictament, la normativa pròpia de contractació.

Per tant, sempre i quan una determinada activitat o prestació es trobi sota el paraigua de l'interès general es podrà complir des d'un àmbit estrictament privat, però intervingut des de l'àmbit públic, és a dir, sota inspecció i control de l'Administració.

⁴¹⁴ *Cfr.* ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. «El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos». *Revista ius et veritas*, 2021, núm. 62, p. 17-22.

En concret, el règim d'autorització a Catalunya es troba regulat a la LSSC (*cfr.* Art. 71) i, de forma més completa, al *Decret 284/1996, de 23 de juliol, sobre el sistema català de serveis socials, modificat parcialment pel Decret 176/2000, de 15 de maig* (*cfr.* Art. 14 i s.) en tot el que no s'oposi a la LSSC i mentre no es dicti el desenvolupament reglamentari de la mateixa. Assenyala ARIMANY LAMOGLIA que es tracta d'una regulació que no s'ha de confondre amb la pròpia del sistema públic de serveis socials, ni ve presidida pels principis rectors de tal sistema⁴¹⁵.

Si no s'acompleixen els requisits exigits per a obtenir l'autorització de forma permanent (*vid.* Art. 71.2 i 3 LSSC) pot portar a la revocació de la mateixa. A més, d'acord amb l'article 73.3 LSSC, l'autorització també es podria suspendre si es dicta una mesura cautelar d'acord amb règim d'infraccions i sancions de la pròpia LSSC.

3.4.2. El règim d'acreditació de les entitats socials o mercantils d'iniciativa privada

Els articles 70 i 71 de la LSSC regulen la possibilitat que les entitats d'iniciativa privada que ho sol·licitin puguin formar part de la XSSAP. Per a la qual cosa hauran d'obtenir l'acreditació corresponent i establir un conveni de col·laboració amb l'Administració competent en matèria de serveis socials. Aquesta acreditació comporta el dret a prestar serveis amb finançament públic, d'acord amb el que estableixi la normativa reguladora de serveis socials i el mencionat conveni de col·laboració.

L'acreditació comporta el dret de prestar serveis amb finançament públic, que no serveis de titularitat pública. És a dir, l'entitat privada està prestant un servei subjecte a regulació i control públic i ajustat, en tot cas, als principis rectors de la normativa de serveis socials, però els serveis seran de titularitat privada (*cfr.* Art. 2 LSSC)⁴¹⁶.

L'acreditació és un requisit necessari per entrar a formar part de la XSSAP i poder adquirir el dret de prestar serveis amb finançament i responsabilitat pública, però no és suficient per completar el *tràmit de la integració*.

A banda de l'acreditació, que l'atorga d'Administració general com òrgan competent, l'Administració titular del servei en qüestió, que pot ser un ens, per exemple, municipal o supramunicipal, i l'entitat privada que vulgui completar l'acreditació hauran de formalitzar un conveni de col·laboració on es definiran els termes en què s'ha de prestar el servei (*cfr.* Art. 70.1 LSSC).

⁴¹⁵ *Cfr.* ARIMANY LAMOGLIA, Esteban. *Op cit*, p. 226 i 227.

⁴¹⁶ *Cfr.* ARIMANY LAMOGLIA, Esteban. *Op cit*, p. 217 i s.

Establir un conveni de col·laboració que vinculi a l'Administració titular del servei i a l'entitat que el prestarà, per tant, és una segona fase que va mes enllà de l'acreditació que la Generalitat està obligada a donar si es compleixen uns determinats requisits.

La LSSC guarda un silenci absolut en relació amb el contingut d'aquest conveni de col·laboració i tampoc es desenvolupa, a posteriori, en cap norma reglamentària. Per tant, s'entén que aquest conveni esdevé la via necessària per poder integrar els serveis socials de titularitat privada a la XSSAP, però res s'especifica respecte als requisits del seu contingut. A la pràctica, sembla ser, es tracta d'una prescripció de la llei que no es du a terme i, generalment, amb el mer acompliment dels requisits necessaris per acreditar-se, l'Administració ja inclou els serveis dins la XSSAP.

Seguint amb l'acreditació en sentit estricte, l'article 70.3 LSSC, estableix que «les condicions d'acreditació que han de complir les entitats d'iniciativa privada s'han d'establir per reglament». En aquest sentit, l'any 2020, es va aprovar el *Decret 69/2020, de 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública* (en endavant, Decret 69/2020)⁴¹⁷, el qual respon a la necessitat de regular el règim jurídic de l'acreditació d'entitats de serveis socials privades —exigit per l'article 70 LSSC— perquè puguin ser proveïdores de la xarxa de serveis socials d'atenció pública. Al mateix temps, estableix el règim jurídic del concert social i la gestió delegada com a sistema de provisió dels serveis socials de la xarxa esmentada (*cfr.* art. 1 Decret 69/2020).

Aquest sistema garanteix que les entitats de serveis socials compleixin els estàndards de qualitat exigibles de manera que, amb finançament, accés i control públics, i d'acord amb els principis de transparència, publicitat, concurrència, igualtat i no discriminació, es pugui donar una resposta eficaç, àgil i adequada i de qualitat a les necessitats d'atenció personalitzada i integral de les persones i, al mateix temps, generar seguretat jurídica i atorgar el reconeixement laboral i social necessari als col·lectius de professionals (*cfr.* Art. 2 i 3 Decret 69/2020).

Així, pel que fa al règim de l'acreditació, l'article segon del Decret 69/2020, estableix que aquesta «és el resultat d'un procediment d'avaluació dels serveis socials que una entitat de serveis socials privada presta a la població, amb la finalitat de reconèixer que compleix els estàndards de qualitat i la resta de requisits exigits per a cada tipologia de servei de la xarxa de serveis socials d'atenció pública». Val a dir que malgrat que s'indica que la finalitat és avaluar si les entitats de serveis socials privades compleixen amb els estàndards de

⁴¹⁷ Mentre no es va aprovar el Decret d'acreditació d'entitats previst a l'article 70 de la LSS, la disposició addicional vuitena de la Cartera de Serveis Socials entenia acreditades les entitats: **(a)** inscrites al RESE, si complien amb les clàusules administratives i prescripcions tècniques per contractar amb l'administració segons tipologia de serveis i **(b)** les col·laboradores de determinats serveis.

qualitat⁴¹⁸, no s'inclou la regulació d'aquets, sinó que es remet al que s'estableixi reglamentàriament per a cada categoria de servei, establint, només el criteris generals.

Segons l'article 8 del Decret 69/2020, les entitats de serveis socials privades interessades en acreditar-se per integrar-se dins la XSSAP, han de complir amb els següents requisits:

- Disposar de la suficient solvència econòmica i financera, consistent en un patrimoni net o fons propis positius o ràtio positiva entre els actius i passius.
- Disposar de la solvència tècnica suficient, consistent en una experiència en la prestació de serveis socials durant els darrers dos anys en serveis de la mateixa tipologia o naturalesa semblant.
- Disposar d'un sistema de gestió de qualitat i d'un sistema d'avaluació contínua de la qualitat del servei social.
- No estar incurses en una prohibició de contractar, d'acord amb la normativa de contractació.
- No haver estat sancionades amb caràcter executiu, administrativament o penalment, ni l'entitat ni els seus representants legals i responsables, per infraccions greus per motius higienicosanitaris o d'infància i adolescència, o per infraccions molt greus en matèria de serveis socials.
- No haver estat sancionades amb caràcter executiu, administrativament o penalment, per la comissió d'infracció greu, en matèria d'integració laboral de persones amb discapacitat o molt greu en matèria de seguretat i salut en el treball.
- No haver estat sancionades amb caràcter executiu, administrativament o penalment, per haver exercit o tolerat pràctiques laborals considerades discriminatòries per raó de sexe o de gènere.
- Disposar de la pòlissa d'assegurança que cobreixi la responsabilitat civil i la del seu personal segons la tipologia de servei.
- Estar al corrent de les obligacions tributàries i amb la Seguretat Social.
- Complir les obligacions aplicables en matèries mediambiental, social o laboral que estableix el dret de la UE, el dret nacional, els convenis col·lectius o les disposicions de dret internacional mediambiental, social i laboral que vinculin l'Estat.
- Complir les condicions laborals dels i de les treballadors/es de conformitat amb el conveni col·lectiu aplicable.
- Complir el que estableix la normativa aplicable en matèria d'igualtat efectiva entre dones i homes i disposar d'un pla d'igualtat.
- Complir la normativa sobre protecció de dades de caràcter personal i de confidencialitat professional i protecció de la intimitat de les persones.

⁴¹⁸ La qualitat dels serveis socials és un principi rector del sistema de serveis socials i un dret dels usuaris, d'acord amb l'article 84 LSSC.

Els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica

- Complir la normativa sobre els drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió laboral.
- Complir amb la normativa de protecció a la infància i l'adolescència.
- Disposar d'un protocol en matèria d'assetjament sexual i per raó de gènere.
- Disposar d'un sistema d'organització i gestió de prevenció, d'acord amb la normativa de riscos laborals.

Aquests requisits, sens perjudici dels de solvència econòmica i financera, coincideixen amb els que preveu la legislació de contractes, fet que ens porta a afirmar que el Decret s'allunya de la naturalesa *no contractual* que predica.

L'article 9 del Decret 69/2020 regula els diferents procediments d'acreditació. Així estableix que per tal que les entitats interessades es puguin acreditar s'haurà de tramitar un procediment administratiu que s'inicia a instància de part i que resol el Departament competent de la Generalitat, tot respectant els principis de publicitat, transparència, lliure concurrència i no discriminació.

Les entitats poden presentar la sol·licitud d'acreditació en qualsevol moment. Exclusivament, per via electrònica, d'acord amb l'article 14 de la LPAC. Juntament amb la sol·licitud hauran d'acreditat, documentalment, els requisits als quals he fet referència.

El Comitè d'Acreditació de Serveis Social ha d'adoptar un acord motivat amb la proposta d'aprovar o denegar l'acreditació, després d'haver avaluat els informes i la documentació que consta a l'expedient. Si es proposa la denegació, s'ha de donar trasllat a les entitats interessades perquè puguin presentar al·legacions en el termini de 10 dies hàbils⁴¹⁹.

La resolució aprovant o denegant l'acreditació s'ha de dictar en el termini màxim de tres mesos a comptar des de la data de presentació de la sol·licitud i s'ha de notificar, individualment, a les entitats interessades i publicar-la al tauler electrònic de la Generalitat de Catalunya. Si l'Administració no resol i notifica en termini, les entitats interessades poden entendre desestimada la seva sol·licitud i, contra la resolució esmentada, que exhaureix la via administrativa, es pot interposar recurs potestatiu de reposició i anar, directament, davant la via contenciosa administrativa.

Per últim val a dir que les entitats de serveis socials privades acreditades i llur acreditació s'han d'inscriure en el Registre d'entitats, serveis i establiments de serveis socials.

⁴¹⁹ El Comitè d'Acreditació de Serveis Socials és l'òrgan col·legiat que s'encarrega de l'anàlisi, el debat i l'acord de proposta sobre aspectes relacionats amb les entitats proveïdores de la XSSAP (*cfr.* Art. 10 Decret 69/2020).

L'acreditació, com he dit, és necessària perquè les entitats de serveis socials privades puguin integrar-se, i ser proveïdores, de la XSSAP, amb finançament, accés i control i públics. Això sí, l'acreditació, per sí mateixa, no comporta el dret a atendre les persones usuàries de serveis de la xarxa esmentada.

És destacat que el Decret 69/2020 tampoc es pronuncia sobre el conveni de col·laboració que exigeix l'article 70 LSSC per a la integració d'una entitat a la XSSAP. No obstant això, sí que deia clar que l'acreditació, per sí mateixa, no comporta el dret a atendre les persones de usuàries de la XSSAP, fet que ens porta a pensar que, per a fer-ho, requeriran d'aquest conveni de col·laboració al qual fa referència la LSSC i on s'establiran les condicions per a la prestació del servei.

L'acreditació s'atorga per un període inicial de 4 anys, però es pot prorrogar tàcitament cada dos anys i fins a un màxim de 10 anys, sempre i quan es compleixin les condicions i requisits que s'exigeixen per a l'acreditació. Un cop finalitzat el termini màxim, s'ha d'iniciar un nou procediment d'acreditació.

Els requisits d'acreditació no s'han de complir només en el moment de la sol·licitud, sinó durant tot el període en què s'estan proveint serveis de la xarxa de serveis socials d'atenció pública. Per aquest motiu, si una entitat deixa de complir qualsevol dels requisits, es podrà revocar la seva acreditació i, per tant, aquesta entitat perdrà el dret d'atendre les persones usuàries de la XSSAP.

3.5. L'actuació privada dins el sistema de serveis socials prestant serveis de titularitat pública

El que he exposat fins ara feia referència a la possibilitat de que les entitats d'iniciativa privada tenen de prestar els serveis socials que ofereixen en col·laboració amb l'Administració pública.

A mode de recapitulació, dèiem que bé poden prestar serveis de titularitat privada a través del règim d'autorització o bé a través del règim d'acreditació. Si ho fan en règim d'autorització poden obtenir subvencions i altres mesures de foment, però diferents a les que podran rebre si s'acrediten i signen un conveni de col·laboració, doncs d'aquesta forma s'integren a la XSSAP.

Ara bé, les entitats d'iniciativa privada —socials i mercantils— també poden prestar serveis de titularitat pública, però obligatòriament hauran d'haver passat, prèviament, el procediment d'acreditació. D'acord amb el que estableix l'article 75 de la LSSC, «les entitats d'iniciativa privada, en llur condició d'entitats prestadores de serveis socials, poden

gestionar serveis socials de titularitat pública, mitjançant l'establiment del contracte corresponent amb l'Administració competent i passaran a formar part de la XSSAP».

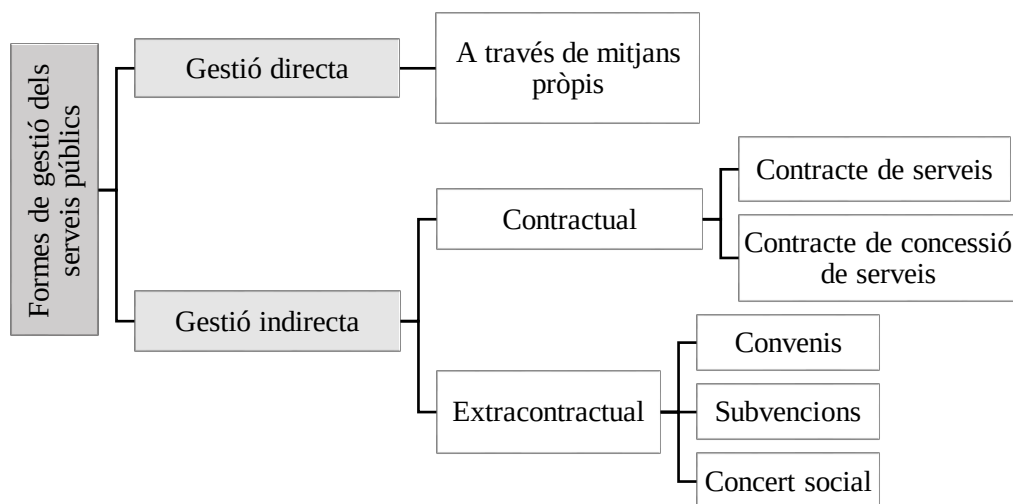
Amb aquesta darrera afirmació se'ns pot generar un dubte. Si l'Administració pública, responsable d'un determinat servei, formalitza un contracte o concerta amb una entitat privada de serveis socials perquè aquesta gestioni un determinat servei de titularitat pública, ja no s'haurà de formalitzar el conveni de col·laboració al qual fa referència l'article 70 LSSC?

En aquest cas, l'entitat no estarà obligada a formalitzar aquest conveni de col·laboració, perquè a l'hora de concertar o contractar s'entén que ja s'han fixat les estipulacions necessàries per a la prestació del servei. Possiblement per això, tal i com dèiem anteriorment, l'article 11 del Decret 69/2022 tampoc especifica res sobre el conveni de col·laboració i obre la porta a que amb l'acreditació i la concertació sigui suficient per a integrar a una determinada entitat dins la XSSAP. En la mateixa línia, ESTEBAN ARIMANY, parla de dues vies diferents d'integració. La primera es regula a l'article 70 LSSC i la segona, a l'article 75 LSSC⁴²⁰.

4. Fórmules de gestió, directes i indirectes, per a la prestació dels serveis socials

La iniciativa privada està legitimada per prestar serveis socials de titularitat pública. En aquest supòsit, l'Administració està gestionant el serveis, dels quals n'és responsable, de forma *indirecta*. Si l'Administració prestés serveis de forma directa, a través dels seus propis òrgans, estaríem davant una gestió *directa*.

Esquema. Formes de gestió dels serveis públics



⁴²⁰ Cfr. ARIMANY LAMOGLIA, Esteban. *Op cit*, p. 236.

A continuació, detallaré quines son les fórmules de gestió a les quals pot optar l'Administració per a proveir els serveis socials de suport a l'exercici de la capacitat jurídica per analitzar, posteriorment, les avantatges i desavantatges de cadascuna d'aquestes figures.

4.1. Les fórmules de gestió indirecta extracontractuals. En especial, el règim jurídic del concert social

4.1.1. *Les figures tradicionals: el conveni i la subvenció*

Extramurs de la contractació pública, existeixen altres mecanismes de col·laboració econòmica entre les Administracions públiques i les entitats privades. Això facilita que entitats d'iniciativa social que es troben fora del sistema de serveis —en el cas de Catalunya, fora de de la XSSAP— puguin rebre finançament públic.

En aquests casos, tradicionalment, la fórmula principal de col·laboració ha estat la *subvenció*. L'article 2 de la *Llei 38/2003, de 17 de novembre, General de Subvencions* les defineix com tota disposició dinerària, realitzada per qualsevol subjecte contemplat a l'article 3 de la Llei, a favor de persones públiques o privades, que compleixi els següents requisits: «**(a)** l'entrega s'ha de realitzar sense contraprestació directa dels beneficiaris; **(b)** l'entrega ha d'estar subjecta al compliment d'un determinat objectiu, execució d'un projecte, realització d'una activitat, adopció d'un comportament singular o ha de concórrer una situació, havent el beneficiari de complir les obligacions materials i formals que s'haguessin establert; **(c)** el projecte, l'acció, conducta o situació que es financi ha de tenir per objecte el foment d'una activitat d'utilitat pública o interès social o de promoció d'una finalitat pública» (Cfr. Art. 3 LGS).

Afirma DARNACULLETA GARDELLA que «en todos los casos, el otorgamiento de ayudas y subvenciones a entidades privadas que coadyuven a la prestación de servicios sociales, dentro o fuera de las redes autonómicas, se limita a las entidades sin ánimo de lucro. La colaboración con entidades del tercer sector de acción social puede instrumentarse incluso mediante ayudas directas, tanto de ámbito estatal como de ámbito autonómico»⁴²¹.

Sota el meu punt de vista, les subvencions no són l'instrument adequat per vehicular els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de es persones amb discapacitat. Sobretot per dos motius essencials. D'una banda, dificulta la planificacions dels recursos disponibles per realitzar els serveis de suport, no permet que les entitats prestadores puguin comprometre els recursos a llarg termini i això afecta a la millora i creixement dels serveis.

⁴²¹ DARNACULLETA GARDELLA, María Mercè. *Op cit*, p. 131.

D'altra banda, els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica s'han convertit en prestacions garantides per a la ciutadania i, les Administració té l'obligació de garantir-les.

La subvenció no permet exigir el compliment de les actuacions subvencionables i, simplement, si l'entitat no compleix amb l'activitat compromesa ha de retornar el finançament. No obstant això, SOLÉ I CHAVERO considera que la forma en què s'ha configurat la subvenció per a prestar els serveis de suport i la garantia pública és «el millor del vell model» a escala mundial, perquè la majoria de llocs del món no té la potencia i estructura de suport que ha tingut Catalunya, el repte ara és que la nova manera de prestar suports s'ha de convertir també «en el millor del nou model»⁴²².

Un altre mètode de col·laboració econòmica fora de l'àmbit de la contractació és l'adopció de *convenis de col·laboració*. L'article 86 LPAC preveu que «les Administracions públiques puguin celebrar acords, pactes convenis o contractes amb persones tant de Dret públic com privat, sempre que no siguin contraris a l'ordenament jurídic ni versin sobre matèries no susceptibles de transacció i tinguin per objecte satisfer l'interès públic que tinguin encomanat, amb l'abast, efectes i règim jurídic específic que, en el seu cas, prevegi la disposició que ho reguli».

Afegeix l'article 47 LRJSP que els convenis són «acords amb efectes jurídics adoptats per les Administracions públiques, els organismes públics i les entitats de dret públic vinculats o dependents o les Universitats públiques entre si o amb subjectes de dret privat per una finalitat comuna».

La celebració d'aquests convenis quedaria fora de les modalitats de contractació previstes a la LCSP. Però no es pot obviar que un conveni celebrat amb una entitat privada, integrada al sistema de serveis socials, tindria per objecte la gestió de les prestacions incloses el catàleg de serveis socials del territori on s'estigui actuant. Aquest objecte acabaria coincidint amb l'objecte d'un contracte per la prestació de serveis socials, el que faria necessari que s'hagués de regir per un procediment de licitació d'un contracte públic⁴²³.

En relació amb els convenis, considero que tampoc és una bona opció per finançar els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, ja que plantegen els mateixos inconvenients que les subvencions. De fet, el conveni és l'instrument idoni per formalitzar una subvenció i per tant, es despleguen els mateixos efectes jurídics.

⁴²² Cfr. SOLÉ I CHAVERO, Josep Maria. *Op cit*, p. 97.

⁴²³ DARNACULLETA GARDELLA, María Mercè. *Op cit*, p. 115.

4.1.2. Els concerts socials. En particular, el règim de concertació social a Catalunya: Decret 69/2020, de 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública

Durant molt temps, l'instrument per excel·lència per articular la col·laboració d'entitats privades en la gestió indirecta dels serveis educatius, hospitalaris i socials ha sigut el concert regulat a l'article 277 del derogat *Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la llei de contractes del sector públic*. Ara bé, aquest instrument jurídic, tal i com he apuntat a l'apartat primer, arrel la incorporació de les Directives europees a la LCSP, s'ha suprimit com a modalitat contractual de gestió dels serveis. Tot i això, d'acord amb el considerant 114 de la Directiva, res impedeix que el legislador continuï utilitzant el terme *concert*, però establint particularitats o, fins i tot, establint un règim jurídic diferent.

Davant l'habilitació comunitària i estatal, les legislacions de les diferents CCAA, des de 2014, han començat a reformar els ordenaments jurídics per aprofitar la finestra d'oportunitat i introduir noves modalitats de gestió de serveis. Aquest privilegi comunitari s'ha materialitzat amb l'expansiva aprovació de normes autonòmiques reguladores del *concert social*⁴²⁴. No obstant això, la qüestió no és pacífica. Aquests marcs normatius no comparteixen un únic règim jurídic i això pot arribar a ser contraproduent. De forma encertada, i resumint molt bé la problemàtica de fons, DARNACULLETA GARDELLA adverteix que «la naturalesa jurídica dels concerts socials i els acords d'acció concertada regulats a la legislació autonòmica no depèn de la qualificació jurídica que els hi hagi atribuït el legislador, sinó del seu concret règim jurídic»⁴²⁵. Altres autors també han tingut ocasió d'analitzar aquests tipus de negocis i s'han derivat dues corrents contraposades. Mentre uns consideren que els concerts socials són autèntics *contractes públics*, altres que afirmen que són *figures extracontractuals*⁴²⁶.

⁴²⁴ El *concert* és un instrument jurídic que ja s'utilitzava per a la gestió d'altres serveis a les persones —en l'àmbit de la sanitat i l'educació— però es catalogava com a contractual. Amb la desaparició del contracte de gestió de serveis públics, que incloïa el concert com a modalitat contractual, res impedeix que aquesta figura es continuï regulant a l'empara dels articles 12.2 i 25.1.2.b) LCSP (cfr. DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè. *Op cit*, p. 42).

⁴²⁵ Cfr. DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè. *Op cit*, p. 46.

⁴²⁶ Autors que recolzen la idea del concert social com a figura contractual, *vid.* PIZARRO NEVADO, Rafael. «El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 2020, núm. 14, p. 91; DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè. «Les noves modalitats de gestió de serveis a les persones a la legislació autonòmica de Serveis Socials: especial referència a l'acció concertada». *Op cit*, p. 49; CASTILLO ABELLA, Jorge. «Tipología y régimen jurídico de los sujetos gestores de residencias de mayores». *InDret*, 2020, núm. 2, p. 465. Front a altres autors que defensen que el concert és una figura extracontractual, *vid.* GIMENO FELIU, José Maria. *Op cit*, p. 40 i s.

Resum. Regulació del concert social a les Comunitats autònomes⁴²⁷

Comunitat Autònoma	Normativa concert social	Règim jurídic
Astúries	<i>Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social.</i>	El concert social opera en l'àmbit dels serveis socials i va dirigit únicament a entitats sense ànim de lucre. Es configura com a figura no contractual i diferenciada de la gestió indirecta.
Andalusia	<i>Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales.</i>	El concert social opera en l'àmbit dels serveis socials i dona prioritat a les entitats sense ànim de lucre. Es configura com un contracte administratiu especial.
Aragó	<i>Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.</i>	El concert social opera en l'àmbit sanitari i de serveis socials i va dirigit únicament a entitats sense ànim de lucre. Es configura com a figura no contractual i diferenciada de la gestió indirecta.
Canàries	<i>Decreto 144/2021, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del concierto social en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Canarias.</i>	El concert social opera en l'àmbit sanitari i de serveis socials i va dirigit únicament a entitats sense ànim de lucre. Es configura com un instrument organitzatiu no contractual.
Cantàbria	<i>Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.</i>	El concert social opera en l'àmbit sanitari i de serveis socials i poden concórrer tan empreses mercantils com entitats sense ànim de lucre. Es configura com un instrument no contractual de gestió indirecta per a la prestació de serveis socials públics.
Castella i Lleó	<i>Decreto 3/2022, de 17 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico del concierto social en determinados ámbitos del Sistema de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública de Castilla y León.</i>	El concert social opera en l'àmbit dels serveis socials i dona prioritat a les entitats sense ànim de lucre. Es configura com l'instrument no contractual de gestió indirecta per a la prestació de serveis socials públics.

⁴²⁷ Taula de construcció pròpia.

Castella-La Manxa	<i>Decreto 52/2021, de 4 de mayo, por el que se regula el concierto social para la gestión de servicios sociales y atención a las personas en situación de dependencia en Castilla-La Mancha.</i>	El concert social opera en l'àmbit sanitari i de serveis socials i poden concórrer tan empreses mercantils com entitats sense ànim de lucre. Es configura com un dels instruments no contractuals de gestió indirecta dels serveis públics.
Comunitat valenciana	<i>Decret 181/2017, de 17 de novembre, del Consell, pel qual es desenvolupa l'acció concertada per a la prestació de serveis socials en l'àmbit de la Comunitat Valenciana per entitats d'iniciativa social.</i>	El concert social opera en l'àmbit dels serveis socials i va dirigit únicament a entitats sense ànim de lucre. Es configura com a figura no contractual i diferenciada de la gestió indirecta.
Extremadura	<i>Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y socio sanitario en Extremadura.</i>	El concert social opera en l'àmbit sanitari i de serveis socials i va dirigit únicament a entitats sense ànim de lucre. Es configura com un dels instruments no contractuals de gestió indirecta dels serveis públics.
Galícia	<i>Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia; Decreto 229/2020, de 17 de diciembre, de conciertos sociales.</i>	El concert social opera en l'àmbit dels serveis socials i dona prioritat a les entitats sense ànim de lucre. Es configura com a figura no contractual i diferenciada de la gestió indirecta, que es reserva als contractes del sector públic.
Illes Balears	<i>Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears; Decreto 48/2017 de 27 de octubre, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales.</i>	El concert social opera en l'àmbit sanitari i de serveis socials i poden concórrer tan empreses mercantils com entitats sense ànim de lucre. Es configura com a figura no contractual i diferenciada de la gestió indirecta, que es reserva als contractes del sector públic.
La Rioja	<i>Ley 7/2009, de Servicios Sociales de La Rioja.</i>	El concert social opera en l'àmbit de serveis socials i poden concórrer tan empreses mercantils com entitats sense ànim de lucre. Es configura com un dels instruments no contractuals de gestió indirecta dels serveis públics.

Madrid	<i>Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.</i>	Per garantir la participació de la iniciativa privada en la prestació de serveis només contempla la celebració de contractes i convenis i l'atorgament de subvencions.
Múrcia	<i>Decreto 10/2018, de 14 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad.</i>	El concert social opera en l'àmbit de serveis socials especialitzats en sector de persones grans i persones amb discapacitat i poden concórrer tan empreses mercantils com entitats sense ànim de lucre. Es configura com a figura no contractual i diferenciada de la gestió indirecta.
Navarra	<i>Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.</i>	El concert social opera en l'àmbit de salut i de serveis socials i va dirigit únicament a entitats sense ànim de lucre. Es configura com un dels instruments no contractuals de gestió indirecta dels serveis públics.
País Basc	<i>Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco.</i>	El concert social opera en l'àmbit dels serveis socials i va dirigit únicament a entitats sense ànim de lucre. Es configura com a figura no contractual i diferenciada de la gestió indirecta, que es reserva als contractes del sector públic

L'anàlisi concret dels instruments de concertació social regulats a cadascuna de les legislacions autonòmiques —sens perjudici del resum anterior— desborda l'objectiu d'aquest estudi que se centrarà a exposar la regulació del concert social a Catalunya. No obstant això, tenint en compte que la qüestió és molt dispar entre les CCAA, és important analitzar quin és el règim jurídic d'aquest instrument.

Per a fer-ho, ens servirem dels arguments emprats a l'estudi realitzat per LEÑERO BOHÓRQUEZ en el marc de la publicació col·lectiva «La col·laboració publicoprivada en la gestió de serveis socials» i de la recent Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (sala 4^a), de 14 de juliol de 2022, assumpte C-436/20, Asociación de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (en endavant, ASADE) contra Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas. A més, el Dictamen 114/2020 que va emetre, perceptivament, la

Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya, en relació amb el contingut del projecte de decret d'acreditació, concertació social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública, també advertia l'equivoc d'estar regulant una figura contractual amb una errònia qualificació jurídica, però els seus comentaris no es van arribar a considerar, en la seva totalitat, al text final.

El 14 de juliol de 2020, el legislador català, aprova el *Decret 69/2020, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública*. Aquest Decret respon a la necessitat de regular el règim jurídic de l'acreditació d'entitats de serveis socials privades exigible per a ser proveïdores de la XSSAP. Així mateix, preveu el règim jurídic de la provisió dels serveis de la xarxa esmentada mitjançant el *concert social* i la *gestió delegada*, a l'empara dels quals aquestes entitats poden prestar serveis socials a la població amb finançament, accés i control públic.

D'acord amb aquesta disposició, el Decret té dos objectes clarament diferenciats. D'una banda, el *desplegament del règim d'acreditació* previst a la LCSSP i de l'altra, el *desplegament del règim del concert social i la gestió delegada* previst a la Disposició addicional tercera del Decret 3/2016.

El règim jurídic del concert social i la gestió delegada dels serveis de la XSSAP es regula al capítol III del Decret. Aquesta regulació troba el seu precedent al *Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública*, que s'aprova com a conseqüència de l'entrada en vigor de les Directives europees de quarta generació, cataloga aquests dos instruments com a «fórmules no contractuals per a la gestió dels serveis de la xarxa de serveis socials d'atenció pública».

Així, l'article segon del Decret defineix el *concert social* com «el sistema de provisió dels serveis socials mitjançant el qual els serveis socials de titularitat privada passen a formar part de la xarxa de serveis socials d'atenció pública». D'altra banda, la *gestió delegada* la defineix el mateix article com «el sistema de provisió dels serveis socials mitjançant el qual els serveis socials de titularitat pública són gestionats per les entitats de serveis socials privades i passen a formar part de la xarxa de serveis socials d'atenció pública».

Amb la gestió delegada, dicta l'esmentat Decret, es presten serveis de *titularitat pública* i, amb el concert social, de *titularitat privada*. Ambdues figures disposen de finançament, accés i control públic d'acord amb els principis d'atenció personalitzada i integral, d'arrelament de la persona a l'entorn social, elecció de la persona i continuïtat en l'atenció i la qualitat.

Aquesta distinció sosté la idea del legislador que les fórmules de gestió no contractuals esdevenen, al mateix temps, mecanismes de gestió indirecta dels serveis socials. A

diferència del que han considerat algunes CCAA, que circumscriuen aquestes fórmules a un règim especial diferenciat de la gestió directa i indirecta dels serveis⁴²⁸.

L'article 14 del Decret 69/2020 estableix que «a través de convocatòries per a la provisió dels serveis socials objecte dels concerts socials o de gestió delegada, es garantiran la distribució objectiva de la provisió dels serveis entre les entitats que vulguin ser proveïdores al territori mitjançant criteris objectius». Aquestes convocatòries, també establiran criteris específics que les entitats hauran d'acomplir per a prestar un determinat servei. Ara bé, a l'article 14 del Decret 69/2002 s'estableixen unes condicions generals d'assignació. Aquestes tenen a veure amb la *continuitat*, la *qualitat* i la *responsabilitat social corporativa*⁴²⁹.

Algunes d'aquestes consideracions generals són pròpies dels instruments contractuals. El Dictamen 114/2020 de la Comissió Jurídica Assessora constata que els criteris que es recullen a l'article 14 del Decret estan inspirats en l'*Acord de Govern de 20 de juny de 2017, pel qual s'aprova el Codi per a una contractació pública socialment responsable en l'àmbit de la Generalitat* i són els mateixos que s'han fet per a convocatòries de serveis mitjançant fórmules contractuals.

En aquest sentit, el TJUE, a la sentència ASADE, exposa que un acord d'acció concertada ve precedit, a la pràctica, per una selecció entre les entitats privades sense ànim de lucre que hagin manifestat el seu interès en prestar els serveis socials d'assistència a les persones. En la major part dels casos, els requisits que se sol·liciten per a concertar a una entitat, responen més a criteris vinculats a un procés selectiu que a l'acreditació de l'aptitud i solvència necessària per a prestar un determinat servei (*cfr.* Apartat 68 i 69).

En definitiva, les fórmules no contractuals es poden fonamentar en condicions d'aptitud, però no en criteris d'adjudicació.

A tall d'exemple, el criteri relatiu a la destinació dels beneficis o excedents és exclusiu d'un model contractual de prestació de serveis, en la mesura que es permet l'obtenció de beneficis, però s'intenta alleugerar amb el matís dels criteris socials.

Al respecte, el TJUE, a la sentència ASADE, ha tingut ocasió de precisar, a propòsit de contractes públics pels quals la Directiva 2014/24 encara no era aplicable, que per complir aquests requisits, es necessari:

⁴²⁸ *Cfr. Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales en Andalucía.*

⁴²⁹ *Cfr. Art. 14 Decret 69/2020: continuitat en l'atenció personalitzada i integral a les persones usuàries i el seu arrelament en l'entorn social, qualitat en l'atenció a les persones en la prestació del servei i responsabilitat social de l'entitat proveïdora.*

«les entitats privades a les quals es reserven aquests contractes en virtut de la normativa de l'Estat membre de que es tracti no poden perseguir objectius diferents dels esmentats a l'apartat anterior, ni obtenir cap benefici, ni tan sols indirecte, pel fet de fer les seves prestacions, independentment del reemborsament dels costos variables, fixos i permanents necessaris per subministrar-les. Tampoc no poden proporcionar cap benefici als seus membres. A més, l'aplicació d'aquesta normativa no es pot estendre fins a cobrir pràctiques abusives d'aquestes entitats o membres. Així, les entitats esmentades només podran recórrer a l'ús de treballadors dins dels límits necessaris per al seu funcionament normal i respectant els requisits establerts per la normativa nacional sobre aquest tema, podent, per la seva banda, els voluntaris obtenir únicament el reemborsament de les despeses efectivament suportades com a conseqüència de la prestació de l'activitat, dins dels límits establerts prèviament per les entitats privades mateixes (*cfr.* Apartat 92)».

D'altra banda, als articles 15 a 17 del Decret 19/2021 s'estableixen els tres tipus de procediments de concert social i gestió delegada.

L'article 15 regula el *procediment ordinari*. Aquest procediment exigeix, tant pels concerts socials com per a les gestions delegades, l'inici d'un procediment administratiu a través d'una convocatòria pública. Les entitats interessades a ser proveïdores de la XSSAP hauran de presentar una sol·licitud d'acord amb aquesta convocatòria que s'haurà d'ajustar als principis de publicitat, transparència, lliure concurrència i no discriminació.

Abans de la publicació de la convocatòria, s'haurà de justificar la necessitat i acreditar l'existència de crèdit adequat i suficient, com amb tot expedient administratiu. Aquesta convocatòria s'haurà de publicar al diari oficial i al tauler electrònic de l'Administració pública competent.

El contingut mínim de la convocatòria és el següent: **(a)** quantia dels fons destinats; **(b)** objecte del concert social o gestió delegada; **(c)** els serveis a proveir; **(d)** el preu; **(e)** els requisits per presentar-se a la convocatòria; **(f)** el termini de vigència i **(g)** les causes de resolució.

Un cop rebudes les sol·licituds, l'òrgan competent per tipologia del servei social ha de comprovar que les entitats tenen l'acreditació corresponent i estan inscrites al Registre d'entitats, serveis i establiments de serveis socials i, un cop feta la comprovació, han d'emetre un informe tècnic valorant les sol·licituds. El Comitè de provisió de serveis socials⁴³⁰ adopta un acord motivat per assignar o denegar els serveis a les entitats amb base

⁴³⁰ El Comitè de provisió de serveis socials és un òrgan col·legiat regulat a l'article 18 del Decret 69/2020. Aquest òrgan s'encarrega d'avaluar les sol·licituds i propostes d'acord relacionades amb la provisió de serveis socials mitjançant el concert social o la gestió delegada. Està integrat per personal de l'Administració pública i es compon d'una persona que exerceix la presidència, almenys tres vocals i una persona que actua com a secretaria, amb veu, però sense vot.

a l'expedient i recavant els informes addicionals que cregui convenients. Aquest acord es notificarà a les entitats i es publicarà al tauler electrònic de l'Administració competent per, si s'escau, es puguin presentar les al·legacions que es considerin. A la vista de l'acord del Comitè i de les al·legacions, la persona responsable del departament competent ha d'emetre una resolució motivada assignant els serveis a les entitats interessades i establir el règim del concert social o gestió delegada, les condicions de prestació del servei, el termini de vigència, les causes de resolució i el règim d'impugnació.

Un cop s'ha fet l'assignació del servei s'ha de formalitzar el concert o la gestió delegada mitjançant un acord entre la persona titular de l'Administració competent i l'entitat de serveis socials on es farà constar el preu, les condicions per a la prestació del servei, la vigència, les causes de resolució i el règim d'impugnació.

Acte seguit, l'article 16 del Decret regula el *procediment de provisió directa* per aquells casos en què **(a)** s'acrediti que en una convocatòria pública prèvia no s'ha prestat cap sol·licitud o cap ha resultat ser adequada; **(b)** s'acrediti que només hi ha una entitat proveïdora del servei al territori o **(c)** quan es tracti de serveis socials personalíssims que tinguin com a característica determinant l'arrelament de la persona en l'entorn i sigui necessari dotar de continuïtat l'atenció a les persones que ja eren usuàries del servei, preveu un procediment de provisió directa sense convocatòria.

En aquests casos, el procediment s'inicia d'ofici per l'Administració competent la qual, a través d'informe tècnic, ha de justificar i motivar les raons per les quals es recorre a aquest tipus de procediment.

En darrer terme, l'article 17, preveu un *procediment d'emergència* quan hi ha una necessitat d'atenció immediata a persones en situació d'urgència social i vulnerabilitat, atès que hi ha un perill per a la seva vida o integritat.

En aquests casos, el Decret 69/2020 preveu fer una provisió d'emergència dels serveis mitjançant una resolució de l'ens públic competent en la matèria de serveis socials en qüestió. No obstant això, per garantir la publicitat i lliure concurrència, aquests serveis s'han d'incloure en una convocatòria pública en el termini de sis mesos des de la resolució de provisió pel procediment d'emergència. Aquest procediment d'emergència és similar al regulat a l'article 120 LCSP i resulta indicatiu per justificar el caràcter contractual de la figura.

A banda de concretar els tipus de procediments per a la provisió de serveis que formen part de la XSSAP, el Decret 69/2020 concreta el règim jurídic del *concert social* i la *gestió delegada* i n'estableix el seu finançament, el règim de places, la vigència, la modificació, la suspensió, el cessament voluntari i la resolució anticipada de les dues figures.

En relació amb el finançament s'obliga a l'Administració a assignar fons públics per a sostenir els serveis socials que presten les entitats proveïdores, però s'especifica que aquest finançament queda supeditat a la disponibilitat pressupostària i a allò que es fixi per a cada convocatòria de provisió de serveis, la qual haurà de consignar el crèdit que es destini per a un determinat servei.

El fet que es supediti a disponibilitat pressupostària el finançament d'un servei pot anar en contra del que determina la LSSC i la Cartera de Serveis Socials en tant que hi ha uns determinats serveis socials que es configuren com a drets públics subjectius i, com a característica intrínseca, no es poden limitar per motius pressupostaris, ja que són drets garantits de la ciutadania.

En relació amb aquest tema, l'article 22 del Decret 69/2020 regula el cost de referència del servei i diu que aquest s'establirà a la Cartera de serveis socials o a les disposicions que es dictin per a les diferents tipologies de servei.

A pesar que la seva complexitat excediria l'abast del tema objecte d'estudi, el finançament del serveis socials sempre ha generat un enorme debat. Si bé és cert que els serveis socials garantits no han de limitar-se per raó de pressupost, el cost de referència de les diferents tipologies de serveis es qüestiona de manera massa freqüent.

Una de les avantatges més clares que implica la concertació social és la seva vigència. L'article 26 del Decret 69/2020 preveu que la vigència inicial del concert social i la gestió delegada és de quatre anys, però es pot prorrogar d'any en any, si no hi ha oposició expressa de les parts, fins al període màxim de deu anys.

Aquesta extensió de la durada màxima, més enllà de la que preveu la LCSP, afavoreix sens dubte a les entitats proveïdores de serveis. Ajuda a poder preveure i gestionar d'una millor forma els recursos amb la finalitat de fer un seguiment més acurat del servei i incrementar-ne la qualitat. Una demanda que es troba sobre la taula de les Administracions públiques des de fa molt temps.

A més, l'article 26 preveu una pròrroga de sis mesos addicionals si, arribat el període màxim de deu anys, l'Administració pública competent encara no ha formalitzat un nou concert social o gestió delegada.

Per últim, el Decret estableix els supòsits de modificació, resolució anticipada, suspensió o cessament voluntari del concert social o la gestió delegada. En aquest sentit s'estableix el següent per a cadascuna d'aquestes situacions.

El procediment de modificació del concert social o la gestió delegada el pot iniciar d'ofici l'Administració pública competent o es pot iniciar a instància de l'entitat proveïdora.

La modificació s'instarà quan, per circumstàncies sobrevingudes i imprevisibles en el moment de l'assignació inicial al proveïdor, es pot augmentar o disminuir el nombre de places o hores d'atenció fins a un 50% del preu inicial, IVA exclòs, sempre que no s'alteri la tipologia dels serveis a proveir i no sigui possible canviar el proveïdor per raons econòmiques o tècniques quan la modificació generi inconvenients significatius. Així ho regula l'article 27 del Decret 69/2021.

En relació amb aquesta qüestió, els apartats segon i tercer regulen la cessió i la subcontractació, en termes molt semblants a la regulació de contractes. Aquest fet, sens dubte, és contrari a la filosofia pròpia de la concertació social i a les modalitats no contractuals.

A banda, el Decret 69/2020 regula determinats supòsits en què no es pot prorrogar el concert social i la gestió delegada i, per tant, s'ha de procedir a la resolució anticipada o la improrrogabilitat. Aquest procediment s'inicia per l'Administració competent i es resoldrà per la persona titular del Departament competent, a proposta del Comitè de provisió de serveis socials, en el termini màxim de tres mesos, sota el principi de contradicció i amb audiència prèvia de les entitats interessades.

Els supòsits en què es pot iniciar el procediment de resolució anticipada o improrrogabilitat son aquells regulats a l'article 28.1 del Decret de concertació social:

- Acord mutu de l'entitat proveïdora i l'Administració pública competent.
- Revocació de l'acreditació com a entitat proveïdora.
- Sanció en l'àmbit de la gestió delegada o el concert social.
- Mort o extinció de la proveïdora sempre que no hi hagi successió de l'activitat.
- Haver sol·licitat la declaració de concurs voluntari, haver estat declarades insolvents, estar declarades en concurs, estar subjectes a intervenció judicial o haver estat inhabilitades de conformitat amb la Llei 22/2003.
- Cessament voluntari de l'activitat.
- Modificació de les condicions tècniques o dels costos de referència per part de l'Administració sense que hagi donat la seva conformitat l'entitat.
- Perill de la viabilitat econòmica de l'entitat.
- Negació injustificada d'atendre les persones usuàries derivades per l'Administració competent.
- La falsedat o omissió essencial en efectuar la declaració responsable d'acreditació de compliment de requisits i condicions que estableix la convocatòria pública corresponent de cada servei.

- Altres condicions que pugui establir la convocatòria pública corresponent de cada servei.

En el cas que s'iniciï un procediment sancionador en matèria de serveis socials o d'infància per un servei que s'està prestant sota l'empara del concert social o la gestió delegada, es pot adoptar la mesura cautelar de suspensió d'aquest instrument de gestió i, conseqüentment, les entitats deixaran de tenir dret a atendre a les persones usuàries de la XSSAP. El procediment de suspensió s'haurà de resoldre en el termini de tres mesos, sota el principi de contradicció i amb audiència prèvia de les entitats interessades. En tot cas, aquesta suspensió no pot anar en detriment de les persones que es beneficien del servei prestat, sinó que se'ls hi haurà de proporcionar una alternativa amb característiques semblants.

En un altre ordre de coses, les entitats proveïdores de serveis de la XSSAP tenen dret a cessar, de manera voluntària, la prestació del servei al qual s'havien obligat. El procediment s'iniciaria a sol·licitud de l'entitat proveïdora i haurà de resoldre'l l'Administració competent a proposta del Comitè de provisió de serveis socials en el termini de tres mesos, sota el principi de contradicció i amb audiència prèvia de les entitats interessades. D'igual forma que passava amb la suspensió, les persones beneficiàries del servei hauran de rebre una alternativa amb característiques semblants.

D'acord amb l'exposat, el text normatiu aporta una indefinició del marc legal substantiu del concert social i la gestió delegada a Catalunya. Mentre es preveuen una sèrie de criteris que s'ajusten a les normes pròpies de la concertació social, hi ha d'altres que són propis dels contractes públics.

Davant aquesta situació, aquest mateix any, el TJUE ha dilucidat els dubtes que es plantejaven al respecte a la sentència ASADE que he vingut citant en línies anteriors. Aquesta sentència resol una qüestió prejudicial que havia plantejat el Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, sobre el *Decret 181/2017, de 17 de novembre, regulador de l'acció concertada per a la prestació de serveis socials*, impugnat per ASADE.

Aquesta sentència dilucida una qüestió polèmica: *l'acció concertada* o *concert social* per a la prestació dels serveis socials constitueix un contracte públic de serveis socials als efectes de la Directiva 2014/14. Els arguments que utilitza per recolzar aquesta afirmació, i que són d'aplicació pel Decret regulador de l'acció concertada a Catalunya, són els següents:

- (a) Moltes CCAA han afirmat que el concert que regulen a les seves normes autonòmiques no és el mateix que es regulava abans com a modalitat contractual al *Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la llei de contractes del sector públic*, però no estableixen en ningun moment, de

forma precisa, el seu règim jurídic. A més, argumenten que és més eficient pressupostàriament, però no és cert, ja que els mòduls que fixa l'Administració per a la prestació de serveis són els mateixos per a entitats concertades que per a empreses contractades.

- (b) La majoria d'activitats o serveis objecte de concertació es corresponen a activitats que figuren a l'annex IV de la Directiva 24/2014.
- (c) Un acord d'acció concertada ve precedit, a la pràctica, per una selecció entre les entitats privades sense ànim de lucre que hagin manifestat el seu interès en prestar els serveis socials d'assistència a les persones. En la major part dels casos, els requisits que se sol·liciten per a concertar a una entitat, responen més a criteris vinculats a un procés selectiu que a l'acreditació de l'aptitud i solvència necessària per a prestar un determinat servei.

4.2. Les fórmules de gestió indirecta contractuals: especial incidència al contracte i a la concessió de serveis. El risc operacional

Tal i com he referenciat anteriorment, una de les principals novetats que aporten les Directives europees en matèria de contractació i que es trasllada d'igual forma a la LCSP és la regulació de dues úniques modalitats contractuals per a la prestació de serveis: la *concessió de serveis* i el *contracte de serveis*.

Per distingir aquestes dues figures jurídiques cal atendre al concepte de *risc operacional*, doncs la concessió ja no es defineix ni es distingeix dels contractes d'obres o serveis pel fet de tenir per objecte una obra o servei públic, ni perquè el contractista rebi pagaments directes dels usuaris o de l'Administració, sinó que el que distingeix la concessió dels contractes és l'assumpció o no del risc operacional. Per tant, el concepte de servei públic perd rellevància a l'hora de classificar el contracte⁴³¹. Així, els articles 14.4 i 15.2 LCSP, entre d'altres, estableixen que per considerar que estem davant una concessió d'obra o de servei, el concessionari haurà d'assumir un risc operacional.

En aquest sentit, l'article 15 LCSP defineix el contracte de concessió com «aquell en virtut del qual un o diversos poders adjudicadors encarreguen a títol onerós a una o diverses persones, naturals o jurídiques, la gestió d'un servei la prestació del qual sigui de la seva titularitat o competència, i la contrapartida del qual estigui constituïda pel dret a explotar els serveis objecte del contracte o per aquest dret acompanyat del de percebre un preu». A continuació, a l'apartat segon, deixa clar que «el dret d'explotació dels serveis implica la transferència al concessionari del risc».

⁴³¹ Cfr. HUERGO LORA, Alejandro. «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público». *Nueva Época*, núm. 4, 2017, p. 32.

Per altra banda, l'article 17 LCSP defineix el contracte de serveis com «aquells l'objecte dels quals són prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o dirigides a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o subministrament, inclosos aquells en què l'adjudicatari s'obligui a executar el servei de manera successiva i per un preu unitari».

L'Informe 12/2010 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, de 23 de juliol de 2010, ens pot ajudar a entendre millor aquesta diferenciació. Aquest estableix que:

«la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de Servicios. Las restantes condiciones, el hecho que la prestación vaya destinada directa a su utilización por los particulares y que la organización del Servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de Servicio público que tienen el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de la asunción del riesgo derivado de la explotación del Servicio. De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios».

És interessant destacar que alguna part de la doctrina ha encunyat aquest canvi de model com una «desnaturalització dels tipus contractuals» amb la finalitat d'expressar els límits del dèficit i deute públic, però adverteixen que s'ha de vigilar el principi d'eficiència perquè, de no ser així, les noves fórmules podrien arribar a generar costos més elevats⁴³².

En relació amb els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica res ens obsta per tant a poder-los gestionar a través de les figures contractuals de la concessió de serveis o el contracte de serveis, en funció de si l'adjudicatari assumeix o no aquest risc operacional al qual he fet referència.

No obstant això, en l'àmbit dels serveis socials especialitzats serà freqüent que es recorri a la via del contracte i no a la de la concessió. En tractar-se de serveis que han de ser garantits per l'Administració i que es configuren com a drets públics subjectius no té sentit que corrin a risc i ventura de l'adjudicatari, sinó que és l'Administració la que d'assegurar un correcte i continuat funcionament del servei.

⁴³² Cfr. HUERGO LORA, Alejandro. *Op cit*, 31-51; També sobre aquesta qüestió, vid. SAHÚN PACHECO, Rocío. *Riesgo operacional y Servicio público*. Madrid: BOE, 2019.

Per últim, no vull acabar sense fer una breu referencia al *Projecte de Llei de contractes de serveis a les persones*.

Davant la prerrogativa que el Dret europeu atorga als Estats membres per a establir el règim jurídic que considerin més adient a la naturalesa i finalitat dels serveis socials —règim contractual i extracontractual—, la Generalitat de Catalunya, després d'haver desenvolupat un règim jurídic no contractual dels serveis socials mitjançant el Decret Llei 3/2016, de 5 de setembre de 2017, admet a tràmit la iniciativa sobre el projecte de llei de contractes de serveis a les persones; més coneguda com a «Llei Aragonés». Aquesta proposta va arribar al Parlament sense esmenes a la totalitat on, finalment, va decaure pels vots en contra de l'oposició.

Tenia l'objectiu de regular els contractes onerosos que licitaven les Administració públiques de Catalunya per garantir els serveis d'atenció a les persones, que tenen com a finalitat el benestar i la qualitat de vida de la ciutadania. Aquests instruments jurídics ja es recollien a la normativa estatal de contractació pública, però amb base a les noves Directives de contractació, el Govern de la Generalitat considerava que calia anar un pas més enllà: els serveis a les persones requerien un tractament proper i vinculat a la qualitat, a la proximitat, a les necessitats dels usuaris i a la continuïtat en la prestació del servei.

Concretament, durant el debat a la totalitat al Parlament, el vicepresident del Govern i conseller d'economia i hisenda, el Sr. Pere Aragonés, va presentar la proposta normativa com una Llei de contractes —no de serveis— necessària per donar resposta a les necessitats emergents vinculades a l'estat de benestar. En definitiva, considerava la llei com una «nova eina de política social i econòmica per a aconseguir la igualtat d'oportunitats». Per aconseguir això, va exposar que el projecte de llei feia èmfasi en dues fases clau de la contractació: **(a)** la *selecció del contractista* i **(b)** l'*execució del contracte*.

En relació al primer aspecte, les principals novetats del projecte de llei eren les següents: no es podia demanar una solvència econòmica superior al doble del valor estimat del contracte; el preu no podia superar el 40% del total de criteris avaluable —o el 30% en serveis sanitaris—⁴³³; es permetia exigir a les empreses i entitats que volien optar a un contracte públic el compliment d'uns requisits objectius vinculats a la qualitat del servei i al compromís amb el servei públic, amb independència de la naturalesa jurídica. A més, determinades prestacions quedaven fora de la possibilitat de subcontractar.

Amb aquesta decisió es justificava l'entrada de petites empreses en detriment de grans corporacions. A més, es proposava valorar criteris que anessin més enllà del volum de

⁴³³ No obstant això, val a dir que moltes corporacions ja venien aplicant aquest criteri de rebaixa del preu. *Vid.* Instrucció d'Alcaldia de l'Ajuntament de Barcelona, de 29 de juny de 2017, relativa a la regulació de les fórmules de valoració del preu en la contractació pública municipal.

negoci i, per tant, donessin primacia a la igualtat de gènere, millors condicions laborals, compromís ambiental o reinversió d'excedents, entre d'altres.

D'altra banda, en relació amb l'execució del contracte, el projecte de llei regulava un sistema estricte de control i seguiment per part de l'Administració. Aquets sistema podia comportar sancions i suspensions de contracte. Entre les mesures es preveia la designació d'un responsable, la realització d'informes periòdics, enquestes a les persones usuàries del servei o auditories.

En l'exposició de motius del projecte de llei s'explicita que la finalitat de la llei és «la promoció de la qualitat, l'expertesa, la professionalitat i l'especialitat de les entitats prestadores d'aquests serveis i la seva adaptació a les necessitats dels usuaris».

Malgrat això, quan el projecte de llei estava a les portes de ser aprovat pel Parlament, es van alçar tot un conjunt de veu crítiques contra la proposta. Consideraven que aquesta llei incentivava la privatització i externalització dels serveis públics, ja que eren les grans empreses les que ho tenien més senzill per complir amb els criteris de solvència que la llei exigia, tot i no posar el focus en el criteri preu⁴³⁴.

D'entre els arguments contraris destaca la consolidació d'un model mixt de col·laboració publicoprivada dels serveis públics en detriment d'un model de gestió directa per part de l'Administració pública finançada amb recursos públics. Així com la preocupació per l'increment de la precarietat i desigualtat laboral i la impossibilitat d'evitar l'entrada de grans multinacionals.

Tot i així, també s'ha de reconèixer que la prestació d'un gran nombre de serveis, requereix l'existència d'un nombre important de mitjans propis que l'Administració actualment no té. A més, aquests mitjans, sobretot els personals, han de ser qualificats i especialitzats. En aquest punt, les entitats que porten anys prestant aquests serveis tenen avantatge i compten amb treballadors i treballadores que coneixen la matèria i realitzen aquestes funcions amb més experiència. Però això no treu que l'administració, amb una bona organització dels recursos disponibles, pugui prestar els serveis a través de la gestió directa.

A mode de conclusió, val a dir que la «Llei Aragonés» no va estar exempta de polèmica i debat. Finalment, no va veure llum verda al Parlament. Aquest fet demostra la dificultat de consens en la gestió dels serveis i el conflicte d'interès que alimenta les empreses i entitats socials. No obstant això, actualment, les figures contractuals per a la gestió dels serveis a les persones segueixen sent les regulades a la LCSP, sens perjudici de veure un canvi per

⁴³⁴ *Vid.* Debat de totalitat sobre el «Projecte de llei de contractes de serveis a les persones» (200-00003/12) [en línia], 7 de novembre de 2018. Disponible a: <https://acortar.link/qQzIUM>, última consulta: 11 desembre 2022.

part de la Llei de contractes catalana que s'està treballant per part de la Generalitat i que, de nou, posarà sobre la taula tots aquests qüestionaments i debats⁴³⁵.

4.3. Les fórmules de gestió directa

Per últim, cal fer referència a la gestió dels serveis per la pròpia Administració, és a dir, a les fórmules de *gestió directa* dels serveis públics. En aquest cas, la titularitat i la gestió del serveis recauen en l'Administració, qui els presta amb els seus mitjans personals i materials, independentment de la forma jurídica emprada⁴³⁶.

La gestió directa es pot dur a terme **(a)** amb *mitjans propis no personificats*; **(b)** a través d'*entitats personificades* o **(c)** per *encàrrec a mitjans propis o in house providing*. La LCSP no tracta la qüestió de la gestió directa al no formalitzar-se aquesta sobre la base d'un contracte, més enllà del que disposen els articles 2, 3, 6 i 32 LCSP. És per això que, al nostre ordenament jurídic intern, la classificació de les formes de gestió de serveis públics en modalitats de gestió directa i indirecta es troba regulada a la legislació local. En concret, als articles 85 i 86 de la *Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local* (en endavant, LRBRL).

L'article 85 LRBRL estableix que l'Administració haurà d'escollir, d'entre totes les formes de gestió possibles, aquella que resulti més eficient i sostenible. Aquesta obligació també s'estén a l'elecció entre les formes de gestió directa administrativa i les formes de gestió directa empresarial. En aquest sentit, l'article 85.2.b) LRBRL estableix que «només es podrà fer ús de les formes de gestió directa empresarial quan quedi acreditat mitjançant un memòria justificativa elaborada a l'efecte que resulten més sostenibles i eficients que les formes de gestió directa administrativa»⁴³⁷.

Des de la perspectiva del Dret administratiu de contractació, la gestió directa per la pròpia entitat local no planteja majors interrogants, però sí que els planteja la gestió directa dels serveis a través d'òrgans públics, entitats públiques empresarials locals i societats mercantils de capital local: saber si l'assignació de la gestió dels serveis a aquestes ha de

⁴³⁵ Vid. Generalitat de Catalunya. *Participa gencat. Consulta prèvia preliminar a l'Avantprojecte de Llei de contractació pública de Catalunya* [recurs en línia]. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2022, disponible a: <https://participa.gencat.cat/processes/llei-contractacio-publica-catalunya?locale=es>.

⁴³⁶ Sovint es confon el paper de «garant» d'un servei amb el paper de «prestador». Aquesta tasca pot confluir —o no— en la figura de l'Administració. Si ho fa estarem davant la fórmula de la gestió directa dels serveis on l'Administració és garant i prestadora alhora. Aquesta fórmula és pròpia dels serveis públics municipals, però res impedeix que es pugui utilitzar a nivells supramunicipals.

⁴³⁷ Cfr. VILLAR ROJAS, Francisco. «Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2016, núm. 58-59, p. 96-106. Citat a: DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo. *Op cit*, p. 99.

respectar la legislació de contractes respecte a les exigències establerts pels mitjans propis o *in house providing*⁴³⁸.

Segons EZQUERRA HUERVA, l'elecció de la forma de gestió dels serveis és una manifestació de la potestat organitzativa dels ens locals. Ara bé, aquesta potestat no pot desplaçar ni anular la vigència i deure jurídic de complir amb la normativa de contractació pública. És a dir, l'Administració pot encarregar l'objecte propi d'un contracte a un tercer, però aquest haurà de tenir la consideració de *mitja propi* que estableix l'article 32 LCSP⁴³⁹.

A més a més, compartint la reflexió de DARNACULLETA GARDELLA, si les Administracions públiques volen optar per la gestió directa mitjançant personificacions instrumentals, hauran de regir-se pels criteris d'eficàcia i sostenibilitat. I això comporta una sèrie de conseqüències: **(a)** la determinació de la sostenibilitat i l'eficiència requereix d'un anàlisi tècnic i una ponderació adequada de variables; **(b)** una Administració podria acordar la prestació d'un concret servei públic de caràcter social en termes insostenibles, sempre que això no afecti a la sostenibilitat de la hisenda municipal o autonòmica (*cfr.* LOEPSF⁴⁴⁰ i LRBRL).

5. La gestió dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica

5.1. L'estat actual per a la gestió dels serveis de suport a la capacitat jurídica a Catalunya

Al sector de la discapacitat, la prevalença de les entitats d'iniciativa privada social respecte a les entitats d'iniciativa privada mercantil és una realitat. La necessitat d'establir vincle amb la persona amb discapacitat i treballar dins d'un entorn comunitari ha fet que l'Administració tingui preferència per establir aliances amb les entitats del tercer sector i que siguin aquestes les que prestin els serveis de suport. Aquest fet no és descabellat ni estrany, doncs les entitats d'iniciativa social tendeixen a tenir una vocació altruista, a banda de l'experiència dilatada en l'àmbit dels serveis socials. Addicionalment, com veurem a continuació, aquesta decisió s'ha vist influïda per l'estalvi de costos directes que la iniciativa privada suposa envers la pública.

⁴³⁸ Sobre els mitjans propis personificats s'ha pronunciat recentment el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en les resolucions 294/2022, de 16 de novembre de 2022 (recurs N-2021-0539) i 300/2022, de 23 de novembre (recursos N-2021-0364).

⁴³⁹ EZQUERRA HUERVA, Antonio. «La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos». *Observatori de contractació pública*, 2018.

⁴⁴⁰ Llei Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'Estabilitat Pressupostària i Sostenibilitat Financera.

En aquesta línia, a Catalunya, els *serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica* — antics *serveis de tutela*— es gestionen a través d'un model totalment privat on no hi ha presència de cap entitat pública, sinó que són les entitats privades les que assumeixen la gestió del servei.

Tal i com he relatat al capítol segon, els jutjats i el Ministeri Fiscal es dirigeixen a la Comissió d'Assessorament i Supervisió de les persones jurídiques sense ànim de lucre que tinguin atribuïdes la tutela de menors o mesures de suports a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica per conèixer quina entitat és la més idònia per assumir el càrrec de suport. A tal efecte, s'envia la resolució de provisió de mesures de suport i els informes necessaris. Un cop es valora el cas, la Comissió sol·licita a una determinada entitat que estudiï el cas i manifesti si el pot o no assumir. Posteriorment, i després de les interlocucions mantingudes amb les diferents entitats, la Comissió comunica al Jutjat quina és l'entitat idònia per assumir el càrrec (*cfr.* Capítol 1, epígraf 4.1.1).

En l'àmbit notarial, com he apuntat al capítol segon, és la persona qui escull l'entitat que vol que li presti suport i, en tot cas, serà la persona qui li faci extensiva la seva voluntat, la qual es formalitzarà a través d'escriptura pública.

En alguns casos —i diem en alguns casos perquè, recordem, existeix la possibilitat que entitats d'iniciativa privada prestin aquests tipus de serveis de forma autònoma, però dins la XSSAP— aquestes entitats d'iniciativa privada, que presten els serveis de suport a persones amb discapacitat que ho necessitin per a l'exercici de la capacitat jurídica, son finançades per l'Administració pública a través la convocatòria ordinària de subvencions de projectes i activitats per a entitats de l'àmbit de les polítiques socials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies⁴⁴¹. En aquesta convocatòria, la línia J es destina a subvencionar activitats vinculades a Programes de manteniment de serveis i establiments de serveis socials per a les actuacions en matèria de serveis socials especialitzats que duguin a terme les entitats de serveis socials d'iniciativa social i les privades sense ànim de lucre on entren els serveis de tutela.

La convocatòria biennal referida estableix els criteris per poder-se beneficiar de la subvenció adscrita a la línia J. Així poden ser beneficiàries «les entitats que gestionin serveis socials d'atenció especialitzada, en els àmbits d'atenció a la gent gran amb dependència o risc social, a persones amb discapacitat, problemàtica social derivada de trastorn mental, drogodependències o altres addicions, afectades pel virus VIH/SIDA o problemàtica social i risc d'exclusió social». Aquestes entitats hauran d'estar registrades al

⁴⁴¹ Vid. *Op cit*, Ordre TSF/59/2021, d'11 de març.

«Registre d'entitats, serveis i establiments de serveis socials» a la data de publicació de la convocatòria.

La justificació dels fons percebuts i el compliment de la finalitat de la subvenció es farà presentant una sèrie de documentació: **(a)** memòria tècnica, **(b)** memòria econòmica, **(c)** altes i baixes, trimestrals, de les persones usuàries i **(d)** declaració responsable que acrediti la continuïtat de l'acció subvencionada.

La Generalitat, estableix a la convocatòria, pot subvencionar fins a un 100% del cost del servei, però pot penalitzar fins a un màxim d'un 5% el total de la subvenció si l'entitat no accepta les propostes de càrrec tutelar que es deriven des del Departament de Justícia.

Així mateix, s'estableixen uns criteris de valoració específics que es puntuen amb un màxim de 40 punts. Aquests són: **(a)** previsió de mecanismes d'avaluació de la prestació del servei, **(b)** qualificació de la persona professional que desenvolupa el servei, **(c)** col·laboració de l'entitat amb la resta d'agents del territori/treball en xarxa, **(d)** coordinació, cooperació i col·laboració amb els serveis socials bàsics municipals o comarcals per a l'execució de les actuacions objecte de subvenció.

No obstant això, la Generalitat ha començat a transitar del règim de subvenció al règim de concert, donant compliment a la normativa en matèria de contractació i, més concretament, al Decret 69/2020, de 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública al qual abans he fet referència.

La disposició segona del Decret 69/2020 determina que es faculta la persona titular del departament competent en matèria de serveis socials perquè dicti les disposicions necessàries per desplegar i executar el Decret. En aquest sentit, s'aprova *Ordre TSF/218/2020, de 16 de desembre, per a la provisió dels serveis de la xarxa de serveis socials d'atenció pública*. Aquesta Ordre permet, d'acord amb els principis de publicitat, lliure concurrència i no discriminació, que totes les entitats de serveis socials privades puguin concórrer lliurement i en les mateixes condicions a prestar, amb finançament, accés i control públics, els serveis que integra la Cartera de Serveis Socials de Catalunya.

L'Ordre, en la seva part final, inclou uns annexos on es concreten les condicions funcionals i materials que s'ha de complir per a la tipologia de cada servei, però res es diu en relació amb els serveis de tutela. No obstant això, amb posterioritat, s'aprova la *Resolució DSO/2539/2022, de 3 d'agost, per la qual s'inclouen a l'Ordre TSF/218/2020, de 16 de desembre, per a la provisió dels serveis de la xarxa de serveis socials d'atenció pública, els annexos que regulen les condicions d'execució i els criteris d'assignació pel servei de suport a les persones amb discapacitat, amb malaltia mental i gent gran en l'exercici de la seva capacitat jurídica, en règim de concert social*.

Actualment, les entitats que volen acreditar-se per a prestar aquest servei, estan en procés de fer-ho, el règim transitori de l'Ordre TS/218/2020, estableix el següent:

«1. Quan així es disposi expressament en la convocatòria pública de concert social o de gestió delegada, les entitats de serveis socials privades que en l'entrada en vigor del Decret 69/2020, de 14 de juliol, prestaven els serveis socials de la xarxa de serveis socials d'atenció pública, en virtut de contractes, convenis, resolucions o altres instruments jurídics amb finançament públic, es podran acollir al règim jurídic del concert social o de la gestió delegada que regulen el Decret 69/2020, de 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública, i aquesta Ordre, per ser entitats proveïdores de la xarxa esmentada. Per garantir la qualitat i la continuïtat necessàries en l'atenció de les persones usuàries, els instruments jurídics en virtut dels quals es duu a terme la prestació d'aquests serveis poden ser objecte de pròrroga fins que es formalitzin els concerts socials o les gestions delegades».

Les entitats tutelars, ara de suport, s'han vist abocades a aquesta situació. El fet de ser entitats de serveis socials privades que ja veien prestant serveis socials dins la xarxa de serveis socials d'atenció pública, en virtut de subvencions biennals, fa que ara es puguin acollir al règim del concert social.

I mentre no es faci el canvi de règim, l'instrument jurídic en virtut del qual es duu a terme la prestació, en aquest cas la subvenció, es prorrogarà fins a la formalització del concert social. Per aquest motiu, les entitats tutelars es segueixen finançant a través del règim de subvenció fins que no es faci efectiu el pas al règim de concertació.

«2. Les entitats de serveis socials privades proveïdores de la xarxa de serveis socials d'atenció pública l'empara de les ordres dictades pel Departament de Treball, Afers Socials i Famílies durant els exercicis 2017, 2018, 2019 i 2020, queden sotmeses al règim jurídic que regulen el Decret 69/2020, de 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la xarxa de serveis socials d'atenció pública, i aquesta Ordre. El termini de vigència d'aquests instruments de provisió serà, en tot cas, de 4 anys a comptar des de la seva formalització, prorrogables cada 2, fins a un màxim de 10 anys».

En el moment que les entitats passin a formalitzar el concert social per a prestar els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica començarà a comptar el termini de vigència. Aquest podrà arribar a un màxim de deu anys, amb un termini inicial de quatre anys i amb possibilitat de pròrroga d'any en any.

A mode de resum, els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica a Catalunya es troben en la següent situació: **(a)** responen a un model privat de gestió i **(b)** mentre no es finalitzin els tràmits per a transitar al model de concert social, el finançament d'aquests

serveis continuarà provenint de la convocatòria ordinària de subvencions de projectes i activitats per a entitats de l'àmbit de les polítiques socials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies.

Aquest és el mòdul particular de Catalunya, doncs no existeix a un model unificat per a la gestió dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica al territori espanyol. De fet, conflueixen tres models: **(a)** el *públic*; **(b)** el *publicoprivat* i **(c)** el *privat*⁴⁴².

El model públic té presència a Aragó, Astúries, Cantabria, Navarra i La Rioja. Aquest model respon a una gestió directa. Per tant, l'Administració s'encarrega de gestionar aquest servei amb els propis mitjans personals i materials. Això ho fa de manera directa o creant un organisme autònom o bé constituint una persona jurídica participada públicament. Aquest model de gestió no obsta a que entitats privades puguin prestar aquest servei, però no ho faran amb finançament públic o, si el reben, aquest no serà significatiu.

El model publicoprivat té presència a Andalusia, País Basc (Biscaia), Canàries, Castella i Lleó, Madrid, València i Galícia. En aquest model conflueixen la iniciativa pública i la iniciativa privada. L'Administració és qui s'encarrega de gestionar el servei a través de mitjans propis personals i materials, però també col·labora amb entitats privades a través de diferents figures jurídiques (convenis, subvencions, concerts, etc.).

Per últim, el model privat, el més majoritari, té presència al País Basc (Guipúscoa i Àlaba), Balears, Castella la Manxa, Catalunya, Melilla, Ceuta, Extremadura i Múrcia. En aquest cas, no hi ha presència d'entitats públiques, sinó que són les entitats privades les que assumeixen la gestió, amb responsabilitat i control públic.

En aquest cas, les entitats que s'agrupen en aquest model tenen una relació estable amb l'Administració que els permet organitzar els seus recursos. Ara bé, el finançament privat, freqüentment, no s'adequa a la realitat i per tant, tendeixen a poder desenvolupar projectes innovadors o pilots per progressar en la millora de la qualitat de vida de les persones a qui donen suport.

5.2. Els avantatges i els desavantatges de l'aplicació mecanismes de col·laboració publicoprivada existents a la gestió dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat

Vistos els diferents instruments jurídics existents, considero d'utilitat mostrar, segons el meu criteri i en base als arguments subscrits en aquesta recerca, quins son els avantatges i

⁴⁴² Per ampliar informació sobre aquesta qüestió, *vid.* PÉREZ ALTISENT, Laia. *Op cit.* També, *vid.* Asociación Española de Fundaciones Tutelares. *Estudio sobre la situación de la tutela. Op cit.*

desavantatges de cadascun d'aquests instruments de col·laboració publicoprivada en relació amb la gestió dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat.

No em referiré ni a la subvenció ni al conveni en tant que són instruments que, malgrat han estat molt utilitzats en els darrers anys, no haurien d'estar orientats a cobrir les necessitats de prestació de serveis públics (*cfr.* Epígraf 5 del present capítol). De fet, la LSSC considera que els convenis de col·laboració, subvencions i ajuts s'han d'adreçar a la creació, manteniment, millora i modernització de centres, promoció. I desenvolupament de programes i activitats de serveis socials, i a la promoció d'accions formatives i d'activitats de recerca i desenvolupament relacionades amb els serveis socials. Aquests instruments tenen un component gracieable i de provisionalitat que no afavoreix a la bona gestió dels serveis públics a llarg termini.

Instrument de gestió	Avantatges	Desavantatges
Gestió directa	• Reducció de costos indirectes del servei. • Control directe en el disseny i l'execució del servei. • Control directe de l'Administració sobre l'execució del servei. • Agilitat en la comunicació. • Major transversalitat amb la resta d'àrees integrants dels serveis socials. • Proximitat.	• Increment dels costos del personal funcionari d'atenció directa. Per tant, necessitat de major disponibilitat pressupostària. • Actualment, insuficiència de mitjans i recursos. • La possibilitat de la persona usuària per escollir qui vol i com vol que se li presti el servei queda supeditada a com l'Administració dissenyi la prestació del servei.
Contracte de serveis	• Estan molt ben fixades les responsabilitats de cadascuna de les parts del contracte. • Fomenta la competència. • S'estableixen mecanismes de control associats a un règim de penalitats. • Es garanteix la solvència de les entitats que prestin el servei. • Es garanteix l'especialitat i l'expertesa de les entitats. • Permet a les entitats organitzar les finances en previsió de la seva durada.	• Durada limitada. • Impossibilitat d'escollir, per part de la persona usuària del servei, qui vol que li presti el suport i de quina manera.

Concert social	• Homogeneïtza la forma de treballar de les entitats i n'assegura la seva expertesa. • Es garanteix una continuïtat de l'atenció a l'usuari. • Es garanteix l'especialitat i l'expertesa de les entitats. • Permet una previsió i organització de les finances.	• Règim jurídic no harmonitzat i confós entre les diferents comunitats autònomes. • Costos indirectes elevats. • El proveïdor només cobra el preu d'allò executat. • Impossibilitat d'escollir, per part de la persona usuària del servei, qui vol que li presti el suport i de quina manera.

Aquesta taula, de manera gràfica, avala que, *stricto sensu*, totes les figures tenen avantatges i desavantatges quan es tracta de prestar serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica. Malgrat tot, el realment destacable és el desavantatge comú en el què incorren cadascun d'aquests instruments: la impossibilitat d'escollir, per part de la persona usuària del servei, qui vol que li presti el suport a l'exercici de la capacitat jurídica i de quina manera. Aquest fet, encara resulta més rellevant si el valorem conjuntament amb el contingut dels capítols primer i segon, on he destacat l'obligació de respectar els drets, desitjos i preferències de les persones amb discapacitat en la presa de decisions per part dels Estats part.

Els poders públics, per tant, han d'adoptar decisions per veure quina és la millor fórmula de col·laboració publicoprivada que, indirectament, marcarà el grau de responsabilitat que assumiran sobre aquests serveis.

6. Una proposta per articular la prestació del servei de suport a l'exercici de la capacitat jurídica a partir de l'experiència del Doctorat Industrial. El Servei Municipal d'Assistència Personal de l'Institut Municipal de Persones amb Discapacitat de l'Ajuntament de Barcelona

En tant que emergeixen noves necessitats socials, el Dret administratiu ha de treballar per garantir una bona gestió dels fons públics que en doni resposta. Ha de desenvolupar polítiques públiques i programes que ajudin a construir un escenari de cohesió social, oferint oportunitats i ampliant les capacitats individuals. Sobretot en l'àmbit de la discapacitat, les polítiques de beneficència envers al col·lectiu han passat a un segon pla i, a dia d'avui, es reivindica la igualtat d'oportunitats del col·lectiu i la inclusió multinivell dins la societat.

En aquest sentit, m'agradaria presentar el model del *Servei d'Assistència Personal de Barcelona* (en endavant, SAP-BCN) i la seva implementació a través de la contractació

pública⁴⁴³. Aquest model ha resultat reconegut com a bona pràctica administrativa per entitats i organitzacions del sector de la discapacitat, en tant que garanteix els principis essencials que ha d'observar un servei públic. Això és, informació prèvia a la ciutadania, prestació dins l'entorn comunitari, generació de vincle, selecció i autoorganització dels suports i avaluació i qualitat del servei prestat per part de l'òrgan públic.

La idea de treballar amb un model SAP-BCN sorgeix davant la necessitat d'acomplir amb el contingut del dret reconegut a l'article 19 de la *Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat* i consolidar l'experiència acumulada amb la prova pilot de prestació del servei que es venia aplicant des de l'any 2006 per l'IMPD, òrgan gestor del servei⁴⁴⁴. Aquest model es treballa incorporant tres mirades diferents i complementàries: la tècnica i de gestió, la de les persones usuàries del servei i la de les entitats privades i assistents personals que presten el servei.

El SAP-BCN es defineix com un servei que facilita la vida independent de les persones amb discapacitat i en situació de dependència i, per tant, la figura de l'assistent personal es converteix en un suport que permet que puguin dur a terme el seu projecte vital. Aquest model compleix, minuciosament, amb les obligacions que l'article 19 CDPD i l'*Observació general núm. 5 (2017) sobre el dret a viure de forma independent* i a ser inclòs a la comunitat imposen als Estats. En aquest sentit, el model es configura, sobre la base dels següents principis.

- (a) És la persona amb discapacitat qui decideix els àmbits de prestació del servei que necessita i les hores que hi destina, en base amb la assignació nominal d'un import anual corresponent a les hores que necessita.
- (b) És la persona amb discapacitat qui decideix si vol contractar de manera directa l'assistent/a personal o si ho fa mitjançant una empresa o entitat acreditada per a prestar el servei. En cas que decideixi fer-ho mitjançant na entitat acreditada, tria

⁴⁴³ Departament de serveis de vida independent de l'Institut Municipal de Persones amb Discapacitat de l'Ajuntament de Barcelona. *Model del Servei d'Assistència Personal de Barcelona*. Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 2019. Disponible a: <https://acortar.link/2dTmtK>, última consulta: 16 desembre 2022.

⁴⁴⁴ L'any 2006, l'Institut Municipal de Persones amb Discapacitat va iniciar el projecte pilot «Per a l'autonomia personal i la vida independent», primer programa de vida independent per a persones amb discapacitat física que es duia a terme a Catalunya. Inicialment, es van adherir a aquest projecte pilot vuit persones procedents de llars residències titularitat de l'IMPD i del fòrum de vida independent. Fins al 2012, progressivament, s'incorporen cinc persones més al programa. L'Àrea d'acció social i ciutadania de l'Ajuntament de Barcelona, l'any 2011, va crear el servei d'assistència personal mitjançant un contracte de gestió de serveis amb procediment d'adjudicació negociat sense publicitat per un període d'un any. El servei establia unes quantitats de prestacions mensuals màximes, d'acord amb el Pla d'Activitats Individualitzat fixat per la Generalitat de Catalunya. Aquestes quantitats s'establien sobre la base d'equiparar el cost d'atenció personal dels serveis residencials. Al 2013, s'incorporen al servei 12 usuaris que estaven dins el projecte de l'IMPD. Per tant, es va unificar en un únic servei d'assistent personal i va passar a ser gestionat per l'IMPD amb el nom de Servei Municipal d'Assistent Personal.

- entre les opcions existent, quina vol que li presti el servei. A més, també escollirà a l'assistent/a personal entre les persones proposades per l'entitat o empresa escollida.
- (c) La concreció de les hores necessàries d'assistència personal és fruit d'un procés personalitzat d'adaptació del servei a cada persona, circumstància i situació, que es concreta mitjançant el *pla individual d'assistència personal*.
 - (d) És la persona amb discapacitat qui decideix en quines activitats de la seva vida requereix assistent personal, en quin moment i de quina manera vol que es realitzi cada activitat. També escull qui controla la seva execució.

Definit el model l'IMPD havia de considerar quina fórmula de gestió era la més idònia per a prestar el servei. L'Observació general núm. 5 de la Convenció és clara i explícita en relació amb aquesta qüestió: les fórmules de gestió del servei poden i han de ser diverses. En aquest sentit, estableix que: «el servei el controla la persona amb discapacitat, la qual cosa significa que pot contractar serveis de tot un seguit de proveïdors o actuar com un ocupador/a».

Per poder acomplir amb aquest objectiu, l'IMPD, en un primer moment quan assumeix el servei com a propi, va optar per atorgar una subvenció mitjançant concessió directa i formalitzar un acord entre l'IMPD i la persona beneficiària del servei. Tot amb la finalitat que la persona pogués desenvolupar un Pla d'Activitats Personal, ajustat a les seves necessitats i d'acord amb la seva voluntat. És a dir, que pogués establir com volia que si li pretès el servei, però també qui li volia que li prestés.

Per justificar-ne l'interès general i no quedar vinculat per la LCSP es justificava el servei es fonamentava en un negoci jurídic d'activitat de foment, que es materialitza en una subvenció, conduent a la garantia del dret humà a la vida independent i ser inclòs a la comunitat i per tant, en cap cas, ens trobem davant la contractació d'un servei, sotmès a la LCSP.

Aquest sistema de subvenció no va trigar en ser qüestionat per no complir amb les regles de pública concurrència. S'havia de buscar una solució, dins el marc contractual, que incorporés els principis del model i, al mateix temps, garantís la concurrència de totes aquelles entitats d'iniciativa privada prestadores d'aquest serveis.

Així, l'any 2020 es decideix apostar per un nou model de gestió, que deixava de banda les subvencions i engegava un procés de selecció de proveïdors minuciosos en base al principis exigits pel model SAP-BCN. La fórmula que es va utilitzar va ser l'acord marc, regulat als articles 219 i s. de la LCSP.

La figura de l'acord marc permetia seleccionar a un conjunt d'entitats prestadores del servei en base a uns criteris de selecció basats, sobretot, amb la qualitat. D'aquesta manera, de les

entitats homologades la persona podia escollir quina volia que li prestés el servei d'assistència personal.

El contracte plantejava una puntuació de 10 punts pels criteris avaluables de forma automàtica i de 90 punts pels criteris que depenien d'un judici de valor. Aquesta distribució es justificava amb tres extrems: **(a)** el preu hora del servei ve determinat per l'IMPD d'acord amb allò que estableix la Generalitat; **(b)** el criteri econòmic no pot ser determinant per l'adjudicació perquè es busquen les ofertes que més s'ajustin al model del SAP-BCN i **(c)** donada la naturalesa i especificitats del servei, la qualitat de l'atenció proporcionada a les persones usuàries està molt més vinculada a l'exercici de la voluntat i decisió de la persona amb discapacitat titular del servei pel que fa a què ha de fer l'assistent personal, com i quan, que no pas altres aspectes que es puguin valorar mitjançant criteris automàtics.

El fet que la proporció de la puntuació sigui del 90% obliga a la creació d'un Comitè de persones expertes extern a l'IMPD que faci la valoració de les propostes presentades pels licitadors. En aquest sentit, el plec proposa garantir tres mirades: **(a)** l'expertesa en la prestació del servei d'assistència personal; **(b)** l'expertesa en el control de gestió dels serveis adreçats a persones amb discapacitat des del context de l'Administració pública i **(c)** l'expertesa de la normativa legal a l'Estat espanyol i a nivell internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat. D'altra banda, s'estableixen quatre criteris avaluables mitjançant judici de valor.

En primer lloc, es valora la millora del procés de selecció d'assistents personals per part de la persona amb discapacitat i en situació de dependència titular del SAP-BCN, així com el procediment a seguir des de que arriba una petició fins al moment que aquesta comunica a l'adjudicatari aquesta decisió. A continuació, es valora la manera de gestionar i resoldre les incidències d'allò que és responsabilitat de l'adjudicatari. Aquí, el propi plec, i el model del SAP-BCN, incorpora la necessitat de vetllar perquè la persona amb discapacitat pugui prendre les seves pròpies decisions en tot moment, d'acord amb l'article 12 de la CDPD. Posteriorment, es valora l'aplicació d'indicadors per valorar el grau de satisfacció de la persona amb discapacitat durant el temps que duri la relació d'assistència personal. Per últim, es valora el desenvolupament d'un pla de formació contínua i supervisió dels assistents personals.

Per tant, s'estableixen criteris per valorar com es desenvoluparà el servei i quins passos es duran a terme per millorar-ne la qualitat i garantir la bona relació entre la persona amb discapacitat i l'assistent personal.

La preparació d'aquest expedient de contractació m'ha fet veure que una licitació de serveis amb uns criteris de valoració detallats, pot ajudar a aconseguir desenvolupar un servei de qualitat i amb totes les garanties, tenint en compte a la persona i vetllant perquè pugui

desenvolupar els seus drets de forma eficaç i efectiva. Ara bé, això no treu que aquesta proposta es presenti com a única solució possible, sinó que pot servir com a canal per a transitar cap a un model de suports a l'exercici de la capacitat jurídica centrat en la persona i beneficis per les entitats que presten aquests tipus de serveis.

NOTES FINALS

La present investigació ha buscat conjugar dues branques del dret —el Dret privat i el Dret públic—, que sovint s'analitzen de forma separada, per donar una resposta integral a les obligacions que deriven dels canvis normatius en matèria d'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, fruit de l'entrada en vigor, el 3 de maig de 2008, de la *Convenció de les Persones amb Discapacitat* a l'ordenament jurídic intern a Catalunya. El text va ser aprovat, el 13 de desembre de 2006, per l'Assemblea General de les Nacions Unides i ratificat per l'Estat espanyol el 3 de desembre de 2007.

Les connexions entre l'àmbit del Dret privat i del Dret públic són, essencialment, dues. D'una banda, la manera en què s'han de repensar els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, regulats a la Cartera de serveis socials —actualment com a serveis de tutela— i d'altra, la necessitat de repensar les fórmules de col·laboració publicoprivada per a la millora de la gestió d'aquests serveis. Aquest anàlisi conjunt té l'objectiu primer d'oferir conclusions que abastin les premisses dels dos drets perquè és la manera en què les persones amb discapacitat, llurs famílies, les entitats de suport i les Administracions públiques, totes elles com a agents implicats, estiguin emparades per una regulació sòlida dirigida a promocionar l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat.

Per fer possible aquesta reflexió, en primer lloc, he analitzat amb profunditat el mandat internacional establert a l'article 12 de la Convenció i, per a fer-ho, ha resultat útil remuntar-nos als inicis del tractament de la discapacitat i al procés de gestació del propi article. I, posteriorment, he estudiat com s'ha transposat el contingut d'aquest article a la normativa civil.

En darrer terme, tota aquesta informació analitzada des de l'òptica del Dret privat l'he traslladat al Dret públic, ja que són els poders públics els obligats a garantir el dret als suports.

En definitiva, aquesta investigació tenia tres objectius principals que considero que s'han assolit amb satisfacció. En primer lloc, desenvolupar els conceptes bàsics d'estudi a partir de la Convenció i abordar l'evolució de la legislació civil en matèria de capacitat jurídica a Catalunya. En segon lloc, analitzar les particularitats de l'*assistència* exercida per una persona jurídica. Per últim, explorar les opcions de col·laboració publicoprivada existents amb la finalitat de justificar quina d'elles pot contribuir a garantir una major eficàcia i eficiència en la gestió i prestació dels serveis de suport en l'exercici de la capacitat jurídica. En relació amb aquests objectius s'han extret diferents conclusions que es recullen a continuació.

PRIMERA.- Les persones amb discapacitat, al llarg dels anys, han estat un col·lectiu vulnerable que sovint ha viscut condicions d'exclusió i discriminació pel mer fet de comptar amb una discapacitat de tipus físic, sensorial, intel·lectual o psicosocial. Han vist restringits els seus drets bàsics i llibertats fonamentals, condicionant i obstaculitzant el desenvolupament personal, així com el gaudi ple dels recursos i serveis que ofereix la societat. Aquesta qüestió de la discapacitat, influenciada per les diferents corrents de l'època, ha rebut tractaments diferenciats. Des d'un model de prescidència, que justificava la discapacitat en causes d'origen religiós o diví, a un model mèdic, que encunyava l'origen de la discapacitat en causes científiques, pel qual justificava que les persones que la patien havien de ser curades o rehabilitades.

Les Nacions Unides van ser conscients que aquesta qüestió social s'havia d'abordar des de l'enfoc dels drets humans i d'acord amb les demandes del col·lectiu organitzat de la discapacitat. El 13 de desembre de 2006, després d'un llarg període de treball i debat, l'Assemblea General de les Nacions Unides va aprovar el text de la *Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat*, un instrument jurídic internacional, de caràcter vinculant, que abanderarà un marc protector i garantista pels drets de les persones amb discapacitat.

La Convenció deixa enrere el model mèdic de la discapacitat, esdevenint un punt d'inflexió en el reconeixement i l'exercici dels drets de les persones amb discapacitat. El text abanderarà el model social de la discapacitat, que es caracteritza per tractar a la discapacitat com una qüestió de drets humans, reconeixent una sèrie de drets per a les persones amb discapacitat, considerant-les subjectes titulars dels mateixos, però també preveient mesures que els estats han d'implementar per garantir l'exercici dels seus drets. Amb el model social la discapacitat adopta un caràcter relacional i dinàmic que emergirà en el moment en què la societat no eviti les barreres, físiques o actitudinals, de l'entorn per permetre que una persona hi pugui participar de forma lliure i igualitària.

El text reconeix veritables drets subjectius per a la ciutadania, ja que exigeix als Estats que adaptin els seus marcs normatius i accions públiques, incorporant la discapacitat com una qüestió transversal a tota política pública, perquè les persones amb discapacitat puguin ser partícips, com a subjectes actius titulars de drets, de la societat en igualtat de condicions a la resta. En el moment que això no és així, la ciutadania pot reclamar l'efectiu exercici del seu dret davant els poders públics.

SEGONA.- L'eix vertebrador de la Convenció, el constitueix l'article 12, sobre el dret a l'igual reconeixement com a persona davant la llei, sobre el qual es construeixen i pivoten la resta de drets reconeguts al tractat internacional. Precisament, la importància de l'article, va plantejar molts dubtes durant la seva elaboració i va qüestionar l'aprovació del text final.

L'article 12 estableix l'igual reconeixement com a persona davant la llei que es concreta en el dret al reconeixement de la personalitat jurídica de totes les persones amb discapacitat i declara que aquestes persones tenen capacitat jurídica en igualtat de condicions a la resta en tots els aspectes de la vida.

El dret a l'exercici de la capacitat jurídica es construeix prenent com a pròpia una categoria negocial del Dret civil —capacitat d'obrar— per configurar-la com a dret humà de caràcter universal. La capacitat jurídica, amb l'aprovació de la Convenció, s'entén com a l'aptitud per ser titular de drets, però també com a l'aptitud per a poder-los exercir. És a dir, desapareix la distinció entre capacitat jurídica i capacitat d'obrar i es presumeix que totes les persones poden exercir la seva capacitat jurídica, sens perjudici dels suports que puguin necessitar per a fer-ho. Aquest canvi té una clara repercussió als ordenaments jurídics interns dels diferents països, que comunament havien diferenciat la capacitat jurídica i d'obrar, precisament, per modificar o suprimir la d'obrar quan es demostrava que la persona no es podia governar per sí mateixa (*cfr.* Art. 200 CCE, anterior a la Llei 8/2021). En aquest sentit es configurava la legislació civil espanyola i catalana.

De fet, el Comitè de drets de les persones amb discapacitat, conscient que no era fàcil la interpretació de l'article i veient que les accions que duïen a terme els Estats no s'ajustaven a les premisses de la Convenció, va aprovar l'Observació General núm. 1 (2014), document que ha de servir de guia als Estats per interpretar el contingut de l'article 12 i que ha generat, i genera un gran debat en relació amb el seu caràcter vinculant. En tot cas, no es pot negar que és útil per orientar als Estats en la planificació i el desenvolupament de polítiques públiques que garanteixin el reconeixement de tots els drets humans i llibertats fonamentals.

Els suports hauran de construir-se amb la finalitat de donar suport a la persona que el necessiti en la presa de decisions. Això és que la persona entengui el acte que està realitzant i les seves conseqüències i, pels casos en què es pugui advertir una situació d'abús o influència indeguda, s'hauran de fer valdre les salvaguardes necessàries per preservar la voluntat, desitjos i preferències de les persones concernides.

TERCERA.- Des de que es van aprovar les primeres normes en matèria de tutela i institucions tutelars, el respecte a l'autonomia personal i l'interès per reforçar-la i garantir-la, han constituït els objectius que han guiat al legislador català. Amb la finalitat última, tal com estableix explícitament el preàmbul de la *Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil català*, que totes les persones, especialment les persones amb discapacitat, puguin prendre part en igualtat de drets i deures a la vida social i desenvolupar el seu projecte de vida.

En línia amb els principis de la Convenció de Nova York, el Llibre II del Codi civil de Catalunya posa l'accent en la capacitat natural de les persones i va introduir una nova institució —l'assistència, que pren com a referència altres models europeus, com el suís o l'alemany— orientada a reforçar l'autonomia de les persones amb discapacitat. Aquesta institució es configura com una solució a la necessitat, d'una persona major d'edat, que a causa d'una disminució, no incapacitant, de la seves facultats físiques o psíquiques, necessita suport per a la cura de la seva persona o els seus béns. No obstant això, en contra dels principis de la mateixa Convenció, possiblement temorós d'un eventual recurs d'inconstitucionalitat, va mantenir les institucions tradicionals en matèria de protecció de la persona basades en la representació.

Ara bé, és cert que l'assistència que regulava el Llibre II, fos per aquest motiu o per un altre, es va caracteritzar per la seva falta d'aplicació. El fet que només la poguessin demanar les persones que no havien estat sotmeses a un procediment de modificació de la capacitat, i tenint en compte que aquesta era la regla general, va ser una figura poc demandada. A més, des de l'àmbit públic tampoc s'incentivava la seva aplicació perquè es finançava una quantitat superior per aquelles mesures de caire representatiu que per les assistències, una qüestió polèmica i molt criticada per les entitats proveïdores de serveis.

Conscient que l'empenta per adaptar la legislació civil a la Convenció havia estat insuficient, el legislador segueix treballant per adequar l'ordenament jurídic intern a les premisses internacionals. Però el veritable punt d'inflexió ha esdevingut arran de la *Llei 8/2021, de 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal pel suport de les persones amb discapacitat a l'exercici de la seva capacitat jurídica*. La Llei suprimeix els procediments de modificació de la capacitat d'obrar i, per tant, també s'exclouen les mesures tradicionals substitutives de la voluntat: la tutela, la pàtria potestat prorrogada o rehabilitada i la curatela representativa.

L'eliminació del procediment de modificació de la capacitat fa possible que el legislador català consolidi el treball iniciat al 2010 i proposi un complet canvi de rumb al sistema de suports per a l'exercici de la capacitat jurídica del seu ordenament. L'assistència estava pendent de ser modificada, perquè malgrat es va configurar amb coherència a la Convenció, el seu contingut era incomplet i no oferia a la ciutadania un instrument de suport flexible que abastés la diversitat de situacions en què una persona podia requerir suports a l'exercici de la capacitat jurídica.

Així, amb caràcter provisional, el 31 d'agost de 2021, aprova el *Decret Llei 19/2021, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat*. Aquesta norma amplia la configuració de l'assistència per fer-la possible davant qualsevol necessitat de suport i la consolida com a única mesura de suport a Catalunya, sens perjudici de la regulació vigent sobre el guardador de fer, defensor judicial

o poders preventius. L'assistència regulada al Decret Llei dona resposta al ventall de necessitats respecte a la regulació anterior: es pot instar l'assistència per via judicial o notarial i pot sol·licitar-la la persona que necessita suport per ella mateixa, evidentment sense el previ requisits de tenir la capacitat modificada que ja no existeix, o aquelles persones legitimades que reconeix la Llei de Jurisdicció Voluntària.

Ara bé, durant aquest any de vigència del Decret Llei 19/2021, l'aplicació n'estan fent els jutjats i tribunals no és gaire positiva. Les resolucions sembla que dediquen pocs esforços en buscar mecanismes de taula rodona i seleccionar la mesura més acurada al cas particular, ans al contrari les anteriors tuteles o pàtries potestats prorrogades s'estan reconvertint a tuteles representatives.

QUARTA.- La persona jurídica està habilitada per prestar, si s'escau, suports a l'exercici de la capacitat jurídica d'una persona amb discapacitat en forma, principalment, d'assistent. Quan la persona que necessita suport no té un entorn comunitari que pretengui acompanya-la o el que té no és el procliu, l'Administració pública té l'obligació de vetllar pel benestar d'aquesta persona i oferir-li un recurs públic, en forma de servei social especialitzat, que cobreixi les necessitats de suport.

La legislació civil, des dels inicis de la regulació de les mesures de protecció per a persones amb discapacitat, ha permès que persones jurídiques poguessin prestar aquest tipus de suports. Aquesta habilitació ha estat present des de l'any 1991, no obstant això, no s'ha pogut comprovar una progressió al respecte i la regulació per aquests supòsits continua sent insuficient. Contràriament al que succeeix a la pràctica, on la confiança comuna en l'àmbit familiar, sovint es desplaça cap a una preferència per l'assistència de caire professional.

A pesar del paper que desenvolupen les entitats del tercer sector a la pràctica, el legislador català ha desaprofitat l'oportunitat per ampliar i desenvolupar, de forma més concreta i sistemàtica, les especificitats que es donen quan els suports a l'exercici de la capacitat jurídica son prestats per entitats de suport, tant si aquestes son escollides de manera voluntària, judicial o com a conseqüència d'una de necessitat social. Aquest fet pot arribar a ser un problema a l'hora de configurar els serveis públics de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, ja que considero que el legislador civil confia amb el desenvolupament que l'Administració ha de materialitzar en relació amb els serveis de suport a la Cartera de serveis socials, però en canvi el Dret públic necessita partir d'una regulació concreta que ha de venir determinada pel Dret civil substantiu.

CINQUENA.- El Decret Llei 19/2021 és una norma de caràcter transitori, una solució provisional i parcial a la necessitat sorgida arran de la supressió del procediment de modificació de la capacitat. De fet, el propi text compromet al legislador català perquè, en el termini d'1 any des de l'entrada en vigor, presenti un projecte de modificació del Codi

civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat. Així, a l'abril de 2023, la comissió de codificació de la Generalitat de Catalunya ha presentat l'*Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones*, que es troba en fase d'audiència i informació pública.

L'Avantprojecte es justifica a partir de dos aspectes fonamentals. D'una banda, en la voluntat de consolidar la reforma de la legislació civil i adequar-la a la Convenció i d'altra banda, en donar compliment al mandat que conté la disposició final quarta del Decret Llei 19/2021.

En síntesi, és clar que el text de l'Avantprojecte incorpora el model social de la discapacitat i les premisses bàsiques de la Convenció, pel que fa al dret a rebre suports. De fet, reconeix, explícitament, el *dret al suport* com el dret de totes les persones a rebre suports a l'exercici de la seva capacitat jurídica, però també com l'obligació dels poders públics a proveir-los.

La proposta de reforma aposta per superar el paternalisme que ha imperat fins al moment, distingint clarament entre la situació de la minoria i la majoria d'edat, i oblidar la idea d'evitar el risc com a objectiu principal. Ans al contrari, les persones tenen dret a l'exercir la capacitat jurídica en tots els casos, sens perjudici dels suports que puguin requerir i aquest exercici comporta riscos. En tot cas, gràcies als suports, podem ajudar a minimitzar el risc, però no eliminar-lo. Per tant, la reforma ens situa en un nou escenari de riscos que s'ha de treballar i configurar. En aquest sentit, l'avantprojecte fa una classificació molt més sistemàtica dels suports: formalitzats i no formalitzats. Essent els primers els que es constitueixen en escriptura pública o resolució judicial o es disposen en un poder preventiu pel futur i, els segons, els que tenen lloc al marge d'un procediment notarial o judicial.

Un aspecte destacat i que valoro en positiu de la reforma respon a la regulació del pla d'assistència —per la via judicial— o l'acta prèvia —per la via notarial—, ja que esdevenen instruments molt útils per fer efectiu el principi de lliure elecció i l'obligació d'analitzar cas per cas la necessitat de suport. Tan és així que, tenint en compte la importància que l'Avantprojecte de reforma del Codi civil li dona a les mesures de suport voluntàries, seria idoni que s'estengués socialment la idea de configurar anticipadament els suports que una persona pugui precisar en un futur, de la mateixa manera que es fa amb el testament. Aquesta iniciativa ajudaria a fer una tasca prèvia preventiva i a endreçar els suports de futur segons les voluntats i preferències de la persona.

SISENA.- La *Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat* i, en concret, el canvi assolit en relació amb els suports en l'exercici de la capacitat jurídica, ha tingut un impacte en el Dret públic, atès que l'Administració queda obligada a garantir l'accés als suports, com a dret públic subjectiu de les mateixes.

Abans de la reforma de la legislació civil, aquest servei ja es venia prestant per les Administracions públiques. S'havien articulat instruments de protecció jurídica per a les persones amb capacitat d'obrar modificada, que es materialitzaven en els termes que establia la corresponent resolució judicial. Concretament, la Generalitat de Catalunya prestava *serveis de tutela*, que s'endegaven quan l'entorn de la persona amb capacitat d'obrar modificada no era idònia per assumir un càrrec tutelar o manifestava que no el volia assumir.

Els serveis de tutela es troben definits a la Cartera de serveis socials de Catalunya, la qual requereix una reforma immediata per adaptar-se a la reforma de la legislació civil i processal en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica i, en general, a les noves necessitats socials. És necessari un canvi terminològic, però també una reforma íntegra del seu contingut que tingui present a la heterogeneïtat de persones que conformen la societat.

Fruit de l'experiència del doctorat industrial, he pogut contrastar opinions de persones professionals vinculades a la prestació dels serveis de suport i, de manera unànime, reclamen necessària una reforma d'aquests serveis. En definitiva, s'identifiquen els següents reptes i necessitats.

En primer lloc, s'ha de treballar per la millora de les habilitats i les competències de les persones que requereixen suports i respectar la seva dignitat, autonomia i vetllar per una bona qualitat de vida. En aquest sentit, el suports han d'anar orientats al desenvolupament individual i a la possibilitat de rebre, si s'escau, menys suports en un futur. Per tant, prestar un servei de suport implica acompanyar en tot el procés, no només en el moment que sorgeix la necessitat de suport, sinó d'antuvi la persona és conscient que necessita suport i vol veure quines opcions té i com ho pot materialitzar.

En aquest sentit, la interlocució de tots els agents implicats —professionals de l'àmbit jurídic, mèdic o social— han de treballar de forma conjunta, amb la finalitat de millorar la coordinació i atendre a les particularitats amb la qualitat deguda. Actualment, hi ha un sistema d'indicadors per valorar el suport que no es revisa des de fa més de dues dècades i això comporta que les persones rebin suports en base a criteris estancs que s'ajusten ben poc a la realitat del moment.

En segon lloc, cal garantir la personalització dels suports i la seva continuïtat. S'ha de potenciar el vincle i l'atenció basada en la comunitat. Els serveis de tutela anteriors, afavorien la institucionalització i la representació, homogeneïtzant casos i processos. Atès que la reforma implica un increment de les mesures voluntàries de suport, és necessari que prevegi el finançament pels suports naturals a la comunitat. No fer-ho implicaria desatendre una prestació garantida com són els suports a la capacitat jurídica.

En tercer lloc, és necessari garantir una millor eina de col·laboració publicoprivada que permeti destinar més recursos a les entitats proveïdores de serveis. En la prestació dels serveis de suport, abans serveis de tutela, hi conviuen molts agents, les Administracions, les persones, llurs famílies, però sobretot les entitats del tercer sector proveïdores d'aquests serveis, que no deixen de ser treballadors/es amb una sèrie de drets i deures, dels qual l'Administració també n'és responsable. El sistema de suports que exigeix la normativa civil implica una major necessitat de recursos que, fins ara, no s'ha tingut en compte

Per últim, s'ha de treballar per la millora continua del control i la qualitat d'aquests tipus de serveis. Amb aquest nou esquema de suports és necessari que els serveis públics, i la gestió dels mateixos, s'orientin amb la finalitat de garantir una adequada informació prèvia a la ciutadania, la prestació dels suports dins l'entorn comunitari, la generació de vincle, la selecció i autoorganització dels suports i una correcta avaluació i qualitat del servei per part de l'òrgan públic.

SETENA.- Per a poder prestar aquests serveis, el més freqüent ha estat formalitzar acords entre Administracions públiques i fundacions perquè siguin aquestes últimes les titulars de les tuteles ordinàries judicialment deferides i, per tant, assumeixin el càrrec tutelar quan el jutgi no nomeni a cap persona de suport de les referides a la llei, evitant així que el nomenament recaigui directament sobre l'entitat pública. D'aquesta forma s'articula una col·laboració privada en la gestió d'un recurs públic. El sector privat és qui presta formalment el servei i l'organisme de la comunitat autònoma corresponent s'encarrega de fomentar la creació d'entitats tutelars, signar convenis de col·laboració i finançament, facilitar la gestió i prestar suport tècnic. Cal fer notar que a Catalunya, la iniciativa privada juga un paper clau en la prestació dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica i en l'àmbit dels serveis socials en general.

El fet de no tenir una idea de clara de com s'han de configurar els serveis fa que la gestió dels mateixos es trobi en una situació d'estancament i precarietat. Si bé és cert que poden haver-hi diferents formes de prestació dels serveis, a través de mecanismes de gestió directa o indirecta, la qüestió rau en escoltar la necessitat dels col·lectius per fer front a la realitat a la que s'enfronten dia a dia.

En aquest sentit, el desenvolupament i la regulació del concert social a les diferents comunitats autònomes, habilitades per les Directives europees de contractació de quarta generació, ha fet que s'aposti per gestionar els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica a través d'aquesta figura. En tant que figura extracontractual, atorga un poder de decisió major a favor de les entitats o empreses prestadores de serveis. El concert garanteix unificar i protocol·litzar les estructures i actuacions de les entitats d'una forma menys rígida, alhora que assegura un pagament regular, atorgant major estabilitat a les entitats o empreses.

No obstant això, es tracta d'una figura no lliure de debat i és que la heterogènia regulació de la figura per part de les diferents comunitats autònomes ha qüestionat la consideració d'aquesta com a extracontractual. De fet, el Tribunal Superior de Justícia, a la recent sentència ASADE ha dilucidat els dubtes i ha confirmat que l'acció concertada o concert social, a efectes de la Directiva 2014/14, constitueix un contracte públic de serveis socials.

Aquest fet ens ha portat a analitzar si altres figures podrien donar cobertura a la prestació dels serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica. De l'anàlisi es conclou que totes les figures tenen avantatges i desavantatges quan es tracta de prestar serveis socials. Malgrat tot, el realment destacable és el desavantatge comú en el què incorren cadascun d'aquests instruments: la impossibilitat d'escollir, per part de la persona usuària del servei, qui vol que li presti el suport a l'exercici de la capacitat jurídica i de quina manera. Aquest fet, encara resulta més rellevant si el valorem conjuntament amb el contingut dels capítols primer i segon, on he destacat l'obligació de respectar els drets, desitjos i preferències de les persones amb discapacitat en la presa de decisions per part dels Estats part.

Els poders públics, per tant, han d'adoptar decisions per determinar quina és la millor fórmula de col·laboració publicoprivada que, indirectament, marcarà el grau de responsabilitat que assumiran sobre aquests serveis.

En aquest sentit, considero imprescindible, en primer lloc, analitzar molt bé els requeriments d'aquests serveis per traslladar-ho correctament a al Cartera de Serveis Socials per, posteriorment, decidir quina figura contractual o extracontractual és la més idònia per garantir el compliment de cadascun d'aquests requisit.

Particularment, en els serveis de suport és essencial garantir que la persona pugui escollir qui vol que li presti el suport i de quina manera. Així mateix, cal tenir present que les entitats que presten aquest servei han de poder planificar els seus recursos a llarg termini, per a garantir la millora i creixement dels serveis. A banda, els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica són prestacions garantides i, per tant, l'Administració és la responsable última i ha d'establir criteris per valorar com es desenvoluparà el servei i quins passos es duren a terme per garantir la qualitat i la bona relació entre la persona amb discapacitat i l'assistent.

VUITENA.- L'institut Municipal de Persones amb Discapacitat de l'Ajuntament de Barcelona ha demostrat, amb el complex Servei d'Assistència Personal, que la fórmula jurídica no ha de resultar un impediment per a gestionar serveis. A més, de l'anàlisi d'aquest, considero que per uns serveis garantits, sempre serà més útil una fórmula contractual, on l'Administració pugui controlar i gestionar àmpliament els recursos, que un altra fórmula que no permeti a l'Administració exigir-ne, *de facto*, el compliment efectiu.

Al marge de quina és la fórmula de col·laboració administrativa més idònia, si les persones amb discapacitat tenen el dret a rebre suport i a decidir sobre els aspectes de la seva pròpia vida, el principi de llibertat d'elecció ha de ser l'element nuclear de tota política pública moderna. S'han de configurar i prestar serveis tot atenent als drets humans i a la dignitat de les persones. Evidentment, això constitueix el repte més gran de l'era moderna, sobretot per les entitats del tercer sector proveïdores de serveis, que acompanyen a les persones amb l'exercici de la seva capacitat jurídica, que han d'adaptar la seva organització i les seves accions a les premisses del model social i de drets.

A més, es imprescindible, per fer possible aquest canvi, incentivar la formació, la qual és necessària que sigui també finançada per l'Administració. Reconèixer la capacitat jurídica és un assumpte de tota la societat. És imprescindible tenir la formació adequada per treballar des de l'òptica de la personalització i de l'atenció basada en la comunitat, dins i fora la família.

Per últim, he de fer referència al valor afegit d'haver realitzat aquesta investigació a través d'un programa de doctorat industrial. Com és sabut, en l'àmbit de les ciències socials i jurídiques no és habitual fer recerca i poder veure-hi la seva aplicabilitat. Però en el meu cas, el treball s'ha gestat, des del primer moment, amb la col·laboració de les pròpies persones amb discapacitat i llurs famílies, de les entitats de suport i de la pròpia Administració pública. Amb aquests tres actors he pogut compartir opinions a través de casos reals que han nodrit les línies d'aquest treball. De fet, considero tot i que el treball respon a un contingut jurídic, en tot moment, s'ha fet incís als neguits i necessitats que es valoren des de l'òptica del treball social, el qual esdevé essencial en aquesta matèria. Participar de les converses amb els agents implicats m'ha fet veure que hi ha una necessitat d'eixamplar el dret, de posar al centre a la persona i a les seves necessitats i, sobretot, a no generalitzar i a veure les necessitats que presenta la discapacitat, que és de base heterogènia.

A més, el desenvolupament i configuració del dret a la capacitat jurídica es troba en fase de construcció. Aquesta tesi l'he elaborat en un moment on encara hi ha molts aspectes a definir i a considerar i que, de ben segur, l'aplicació pràctica, ajudarà a donar respostes molt més acurades. És per això, que es fa imprescindible seguir investigant en aquest àmbit. Sobre tot, tenint en compte que caldrà veure quin és el resultat final de l'*Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil català en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones*, la configuració dels serveis socials de suport i la seva gestió pública i també, la modificació de la normativa sobre mesures d'internament voluntàries. Per tot això, he volgut plantejar una tesi executiva i propositiva que serveixi de base per a futures investigacions que ajudin a desenvolupar uns serveis de suport adequats a les necessitats socials que ens succeeixen.

BIBLIOGRAFIA

REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFIQUES

AEFT. *Estudio sobre la situación de la tutela*. Madrid: AEFT, 2020.

AGUADO DÍAZ, Antonio Leon. *Historia de las deficiencias*. Madrid: Escuela libre, 1995.

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms, 2008.

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. «La beneficencia: de la policía administrativa al servicio público. El caso de la Mancomunidad a Cataluña». A: TORNOS MAS, Joaquín. *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Catalunya*. València: Tirant lo Blanch, 2022.

Ajuntament de Barcelona. Drets socials. *Repensar els serveis socials. Barcelona davant les crisis* [recurs en línia], 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/oKKLoAK>, última consulta: 10 desembre 2022.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona*. Madrid: Edisofer, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Introducción y parte general*. Madrid: Edisofer, 2013.

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.); ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria (Coord.). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza. «Artículo primero. Modificación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862». A: GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, 2021.

ALEMANY GARCÍA, Macario. «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité UN de los

Derechos de las Personas con Discapacidad». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, núm. 52, p. 201-222.

ALONSO SECO, José María; GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo. *La asistencia social y los servicios sociales en España*. Madrid: BOE, 2002.

ALSINET I MORA, Carles; FELIU I PÉREZ, Begoña; TORRES I BALDRICH, Mercè. *Revisió del model dels serveis de suport per a les persones amb discapacitat intel·lectual i del desenvolupament*. Lleida: Universitat de Lleida, 2017.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. «El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos». *Revista ius et veritas*, 2021, núm. 62, p. 14-36.

ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria. *Discapacidad y sistemas alternativos de conflictos. Un cauce adicional de acceso a la justicia y una oportunidad para la inclusión*. Madrid: Cinca, 2013.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo. «Ley 8/2021: del juicio de capacidad a la formación y evaluación del consentimiento». *Hay derecho* [entrada blog], 6 octubre 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/LKKLgZF>, última consulta: 8 diciembre 2022.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. «Primera Sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo pronunciada después de la publicación de la Ley 8/2021. Comentario a la STS 598/2021, de 8 de septiembre». *Revista boliviana de derecho*, 2022, núm. 33, p. 788-799.

ARIMANY LAMOGLIA, Esteban. «Públic i privat a la Llei Catalana de Serveis Socials». A: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms, 2008.

ARISTÒTIL. *Política*. Traduït per: GARCÍA VALDÉS, Manuela. *Política de Aristóteles*. Barcelona: Gredos, 2022.

ARROYO AMAYUELAS, Esther. «El nou règim de la curatela derivada d'incapacitació en la Llei 39/1991, de la tutela i institucions tutelars». A: Universitat de Girona. *Materials de les vuitenes jornades de Dret Català a Tossa*. València: Tirant lo blanch, 1994.

ASÍS ROIG, Rafael. «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho, poder». A: CAMPOY, Ignacio. *Los derechos de las*

personas con discapacidad. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: Dykinson, 2004.

Asociación de profesores de Derecho civil. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

Asociación Española de Fundaciones Tutelares. *Cómo son las personas con discapacidad intelectual apoyadas por las Fundaciones Tutelares* [infografía en línea]. Disponible a: <https://acortar.link/dd2V7b>, última consulta: 23 març 2023.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad». *Revista ius et veritas*, 2016, núm. 53, p. 262-266.

BALLESTEROS GUERRA, Juan Carlos; SANMARTÍN ORTÍ, Anna; TUDELA CANAVIRI, Patricia; RUBIO CASTILLO, Ana. *Barómetro juvenil sobre Salud y Bienestar 2019*. Madrid: Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, 2020.

BARDAJÍ GÁLVEZ, María Dolores. «Instituciones tutelares como formas de protección del incapacitado en Derecho Civil Catalán». A: LLEBARÍA SAMPER, Sergio (Coord.). *Un codi per al dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?: estudis en comparació del 50è aniversari de la Compilació*. Barcelona: Colección de formación continua ESADE, 2011.

BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2014, p. 262-266.

BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos interno*. Madrid: Tesis doctoral de la Universidad Carlos III, 2014.

BARNES, Colin; MERCER, Geof. *Disability*. Cambridge: Polity Press, 2003.

BARNES, Colin; OLIVER, Mike; BARTON, Len. *Disability Studies Today*. Oxford: Polity Press, 2002.

BARRADA ORELLANA, Reyes; GARRIDO MELERO, Martín; NASARRE AZNAR, Sergio. *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 2011. A: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Comentari al llibre segon del Codi civil de*

Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona. Barcelona: Atelier, 2017.

BARRANCO EXPÓSITO, Carmen. «Trabajo social, calidad de vida y estrategias resilientes». *Revista portularia*, 2009, núm. 2, p. 133-145.

BAYONA I ROCAMORA, Antoni. «El sistema de serveis socials a la llei 12/2007». A: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic, 2008.

BELLO JANEIRO, Domingo; MALIQUER DE MOTES I BERNET, Carlos. *La tutela de las personas mayores*. Galicia: Xunta de Galicia, 2004.

BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana; GÓMEZ-BENOGOECHEA, Blanca. «Los menores con discapacidad como víctimas del maltrato infantil: una revisión». *Intervención psicosocial*, 2006, núm. 3, p. 293-306.

BERROCAL LANZAROT, M^a Isabel. «Les institucions de protecció de la persona en el Codi civil de Catalunya, en especial l'assistència». *Revista de Dret privat*, 2012, núm. 12, p. 57-136.

BIEL PORTERO, Israel. *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. València: Tirant lo blanch, 2011.

BLANCK, Peter. *Disability rights*. Anglaterra: Ashgate, 2005.

BOLDÚ ALFONSO, Maite; CASADEMONT FALGUERA, Xavier i GINESTA REY, Mercè. *Qui governa els serveis socials en el món local*. Barcelona: Col·legi Oficial de Treball Social de Catalunya, IX Premi de Recerca "Dolors Arteman", 2020.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni. *Les institucions de protecció de la persona en el dret civil de Catalunya*. Barcelona: Centre d'estudis jurídics i formalització especialitzada, 2010. A: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*. Barcelona: Atelier, 2017.

BYRNES, Andrew; CONTE, Alex; GONNOT, Jean-Pierre, LARSSON, Linda; SCHINDLMAYR, Thomas, SHEPHERD, Nicola; WALKER, Simon; ZARRALUQUI, Adriana, et al. «De la exclusión a la igualdad; hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad». *Manual para parlamentarios*, 2017, núm. 14, p. 1-57.

CABALLOL I ANGELATS, Lluís. *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el dret català*. Materials de les Dinovenes Jornades de Dret Català a Tossa/Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, 2017.

CABELLO DE ALBA JURADO, Federico; CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena. «La protección jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito notarial». A: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel; DE RADA GALLEGU, Isabel. *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020.

CAMPOY, Ignacio. *Los derechos de las personas con discapacidad. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas*. Madrid: Dykinson, 2004.

CANIMAS BRUGUÉ, Joan. «Decidir por el otro a veces es necesario». *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 2016, núm. 39, p. 13-34.

CASTILLO ABELLA, Jorge. «Tipología y régimen jurídico de los sujetos gestores de residencias de mayores». *InDret*, 2020, núm. 2, p. 457-507.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena. «La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad». *Hay derecho* [entrada blog], 29 juny 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/yKKLvAO>, última consulta: 8 desembre 2022.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena. «Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 97, p. 32-37.

CASTRO-GIRONA, Almudena. «Alternativas a las decisiones por representación». *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Discapacidad y equiparación de derechos*, 2022, núm. 61, p. 59-84.

CAYO PÉREZ BUENO, Luis; ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria. «Los principios. Principios básicos del derecho de la discapacidad. Respeto de la dignidad inherente a las personas con discapacidad». A: DE LORENZO GARCÍA, Rafael; CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*. Madrid: Aranzadi, 2020.

CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Discapacidad, Derecho y políticas de Inclusión*. Madrid: Cinca, 2010.

Centre de documentació i estudis de la Regidoria Serveis i Drets socials del Principat d'Astúries. *Análisis comparativo de leyes de Servicios sociales vigentes en las Comunidades Autónomas*. Astúries: Regidoria Serveis i Drets socials del Principat d'Astúries, 2017.

Centre for Disability Law and policy NUI Galway. *Submission on Legal Capacity the Pireachtas Committee on Justice, Defence and Equality*. Galway: Centre for Disability Law and policy, 2011.

CERMI. *El CERMI insta al Gobierno a aprobar sin dilaciones un nuevo baremo de valoración de la discapacidad basado en un modelo social* [comunicat de premsa], 2 febrer 2022. Disponible a: <https://cutt.ly/PKK1MB4>, última consulta: 7 desembre 2022.

CHARLTON, James. *Nothing about us without us. Disability, Oppression and Empowerment*. Berkeley, Los Angeles i Londres: University of California Press, 1998.

CIRIZA ARIZTEGUI, Luis; PURROY IRURZUN, Elízabeth. «La colaboración de las entidades de iniciativa social en la prestación de servicios sociales, análisis comparado de las leyes de servicios sociales». *Revista Tercer sector*, 2010, núm. 14, p. 159-165.

CISTERNAS REYES, María Soledad. «Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad. Una perspectiva global». *Anuario de Derechos Humanos*, 2015, núm. 11, p. 17-37.

Comitè de Bioètica de Catalunya; Comitè d'Ètica dels Serveis Socials de Catalunya. *Les hospitalitzacions involuntàries en l'atenció a la salut mental*. Barcelona: Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya, 2021.

Comitè Drets de les Persones amb Discapacitat. *Annotated outline of Guidelines on Deinstitutionalization of Persons with Disabilities, including in emergency situations*, 16 agost a 14 setembre 2021. Disponible a: <https://acortar.link/ovsQbN>, última consulta: 14 desembre 2022.

Council of Europe. Commissioner for Human Rights. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*. Brussel·les: Council of Europe, 2012.

CUADRADO SOLER, Joan. «La adaptación del Código Civil de Cataluña a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, núm. 790, p. 1166-1194.

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». *REDUR*, núm. 10, 2012, p. 61-94.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. «La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española». *Revista de Estudios Jurídicos*, 2012, núm. 12, p. 79-106.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del artículo 12 de la CDPD en el ordenamiento jurídico español. Madrid: Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», 2010.

DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Barcelona, Marcial Pons, 2022.

DARNACULLETA GARDELLA, María Mercè. «Les noves modalitats de gestió de serveis a les persones a la legislació autonòmica de Serveis Socials: especial referència a l'acció concertada». *Revista Catalana de Dret Públic*, 2021, núm. 62, p. 37-52.

DE ASÍS CONDOMINES VALLS, Francisco; FAUS ESTEVE, Ramón. *Derecho civil especial de Cataluña, Ley de 21 de julio de 1960 anotada*. Barcelona: Bosch, 1960.

DE ASÍS ROIG, Rafael. «De nuevo sobre los ajustes razonables». *Anales de Derecho y Discapacidad*, 2018, núm. 2, p. 101-120.

DE ASÍS ROIG, Rafael. «El segundo informe sobre el cumplimiento por parte de España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». *El tiempo de los derechos*, 2019, núm. 16.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma. «La acumulación de Instituciones de protección de la persona en el nuevo libro II del Codi Civil de Catalunya». A: FLORENA I TOMÁS, Carles Enric; FONTANELLAS MORELL, Josep Maria. *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuenta centenario de la compilación*. Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas sociales, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas, 1984.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael; CAYO PÉREZ BUENO, Luis; DE MIGUEL VIJANDI, Beatriz. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006-2016: una década de vigència*. Madrid: Cinca, 2016.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael; CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*. Madrid: Aranzadi, 2020.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael; CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Nuevas Fronteras del Derecho de la Discapacidad*. Madrid: Aranzadi, 2021.

DE POSADA HERRERA, José. *Lecciones de Administración. Estudios de Beneficencia Pública*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1995. A: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç; et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms, 2008.

DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes i CALAZA LÓPEZ, Sonia (coord.); et al. «¿Pueden los jueces proveer de apoyos a las personas con discapacidad contra su voluntad? *Revista de Actualidad Civil*, 2023, núm. 3.

DE SALAS MURILLO, Sofía. «Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tres diez años de la Convención». *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 5, p. 71-120.

DE SALAS MURILLO, Sofía. *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Nueva York*. Madrid: Dykinson, 2013.

Departament de Benestar i Família. Generalitat de Catalunya. *Bases per a una nova Llei de serveis socials de Catalunya. Un document per al debat*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2004.

Departament de Benestar i Família. Generalitat de Catalunya. *Pla Estratègic de Serveis Socials 2021-2024*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2021.

Departament de Dret socials i salut de la Generalitat de Catalunya. *Avantprojecte de llei de l'Agència d'Atenció Integrada Social i Sanitària de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2022.

Departament de Drets socials. *Formularis de cribratge i d'informe clínic social per sol·licitar mesures judicials de suport en l'exercici de la capacitat jurídica*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2021. Disponible a: <https://dretssocials.gencat.cat>, última consulta: 14 desembre 2022.

Departament de Drets Socials. *Guia per a emplenar la sol·licitud per obtenir l'acreditació com entitat proveïdora d'assistents per a la capacitat jurídica de la xarxa de serveis socials d'atenció pública*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/RLNBNU5>, última consulta: 10 desembre 2022.

Departament de Drets Socials. *Guia per a emplenar la sol·licitud per obtenir l'acreditació com entitat proveïdora d'assistents per a la capacitat jurídica de la xarxa de serveis socials d'atenció pública* [recurs en línia]. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/RLNBNU5>, última consulta: 10 desembre 2022.

Departament de serveis de vida independent de l'Institut Municipal de Persones amb Discapacitat de l'Ajuntament de Barcelona. *Model del Servei d'Assistència Personal de Barcelona*. Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 2019.

Department of Health, National Risk Management Programme. *Best Practice in Managing Risk*. Londres: Department of health, 2007.

DÍEZ PICAZO, Luis; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; ROGEL VIDEL, Carlos; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio i CAFFARENA LAPORTA, Jorge. «Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela». Madrid: Fundación General Mediterránea-Dirección General de los Servicios Sociales SEREM, 1977.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Lecciones de Derecho Civil*. València: Tecnos, 1967.

Diputació de Barcelona. «La regidoria de Serveis Socials. Espai de formació de l'electe». *Direcció de Serveis de Formació i la Gerència de Serveis de Benestar Social de la Diputació de Barcelona* [recurs en línia], 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/2KKLJQ9>, última consulta: 10 desembre 2022.

Diputació de Barcelona. «La regidoria de Serveis Socials. Espai de formació de l'electe». *La Direcció de Serveis de Formació i la Gerència de Serveis de Benestar Social de la Diputació de Barcelona* [recurs en línia], 2021. Disponible a: <https://cutt.ly/2KKLJQ9>, última consulta: 10 desembre 2022.

Direcció General de Dret i d'Entitats jurídiques de la Generalitat de Catalunya. *Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2023.

Direcció General de Dret i d'Entitats jurídiques de la Generalitat de Catalunya. *Bases de la reforma del Codi Civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2020.

Direcció General de Dret i d'Entitats jurídiques de la Generalitat de Catalunya. *Informe de retorn de la consulta pública prèvia de l'avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2022.

Direcció General de Pressupostos de la Generalitat de Catalunya. *Valoració de l'informe d'impacte econòmic i social del Pla Estratègic de Serveis Socials 2020-2024*. Barcelona: Departament de Vicepresidència i d'Economia i Hisenda, 2020.

DORADO BARBÉ, Ana; GONZÁLEZ CASAS, David; RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María; SOJO BELINCHÓN, Rocío. «Propuesta de apoyo a personas con capacidad modificada desde el trabajo social. El caso de las entidades tutelares». *Revista Política y Sociedad*, 2021, núm. 58, p. 1-14.

DUFFY, Simon. *Self-Directed Support. If it is so good, the why is it so hard? Skills*. Sheffield: Centre for Welfare Reform, 2018.

EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RICA, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.). *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*. Barcelona: Atelier, 2017.

European Network of National Human Rights Institutions; Mental Health Europe. *Implementing supported decision-making. Developments across Europe and the role of National Human Rights Institutions*. Nacions Unides, 2020.

EZQUERRA HUERVA, Antonio. «La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos». *Observatori de contractació pública*, 2018, p. 1-6.

FANTOVA AZCOAGA, Fernando. «Gestionar los Servicios sociales. ¿La asignatura pendiente?». *Educación social*, 2006, núm. 34, p. 28-43.

FANTOVA AZCOAGA, Fernando. «Línies d'innovació per als nostres serveis socials». *Revista de Treball Social*, 2020, núm. 219, p. 63-39.

FANTOVA AZCOAGA, Fernando. «Sistemas públicos de Servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas». *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, 2008, núm. 49, p. 148-149.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel; DE RADA GALLEGÓ, Isabel. *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2020.

FERRER I RIBA, Josep. «Les lleis 10 i 11/1996, de 29 de juliol, d'aliments, i de modificació de la Llei de tutela i institucions tutelars». *Anuari 1996, Societat Catalana d'Estudis Jurídics*, 1997.

FLORENA I TOMÁS, Carles Enric; FONTANELLAS MORELL, Josep Maria. *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuenta centenario de la compilación*. Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas sociales, 2011.

FLYNN, Eilionóir; ARSTEIN-KERSLAKE, Cliona de Bhailís; SERRA, María Laura. *Global perspectives on legal capacity reform. Our voices, our stories*. Londres i Nova York: Routledge, 2019.

FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria; et al. *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2020.

FOUCAULT, Michel. *Historia de la locura en la época clásica*. Barcelona: Fondo de cultura económica de España, 2018, vol. I i II.

Fundació Avedis Donabedian. *Indicadors d'avaluació de la qualitat de les entitats tutelars*. Barcelona: Departament de Benestar i Família. Institut Català d'Assistència i Serveis Socials, 2006.

Fundació Support-Girona. *I decide. Plantilles per a ús dels professionals* [recurs en línia]. Girona: Support Girona, 2019. Disponible a: <https://cutt.ly/tKKZavt>, data última consulta: 13 juny 2023.

Fundació Tu-i-Nos. *Plataforma tecnològica per a la gestió de l'Assistència a Catalunya. Presentació al Departament de Drets Socials i Departament de Justícia*. Comarca del Garraf: Fundació Tu-i-Nos, 2022.

GALIANA-SAURA, Ángeles. «Sobre la efectividad de los derechos sociales: bienestar social y justiciabilidad». A: FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria; et al. *La protección*

jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar. Barcelona: Atelier, 2020.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. «El nuevo régimen jurídico de la tutela». *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1984, núm. 4, p. 465-500.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico». *Revista española de Derecho constitucional*, 1982, núm. 2, p. 63-94.

GARCÍA PONS, Antonio. «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España». *Anuario de Derecho Civil*, 2013, núm. 66, p. 59-157.

GARCÍA PONS, Antonio. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid: Areces, 2008.

GARCÍA RUBIO, María Paz. «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad». *El notario del siglo XXI*, 2018, núm. 77, p. 143-192.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. «Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales». A: DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Barcelona: Marcial Pons, 2022.

GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI*. Nuevas tipologías y formas de prestación. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

GIMENO FELIU, José Maria; GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo. *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria, eficiencia y creación de valor*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

GIMENO FELIU, José Maria. «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, núm. 52, p. 12-65.

GINESTA, Mercè (Coord.); CIVIT, Mercè; RIVERA, Juanma; RODRÍGUEZ, Arantza. *Els serveis socials bàsics a la província de Barcelona. Situació actual i propostes de millora*. Monogràfic de treball social, 2017, núm. 13.

GOODING, Piers. «Supported Decision Making: Rights Based Disability Concept and its Implications for Mental Health Law, Psychiatry, Psychology and Law». *Journal of Psychiatry, Psychology and Law*, 2013, núm. 3, p. 442-451.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, 2021.

HEREDIA PUENTE, Mercedes; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal. «El ejercicio de la tutela de incapaces por persona jurídicas». *Revista La Ley*, 1998, núm. 218, p. 1537-1541.

HEREDIA PUENTE, Mercedes; FÁBREGA Ruiz, Cristóbal. *Protección legal de incapaces*. Madrid: Colex, 1998.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco. «Resumen de la Sentencia de 14 de julio de 2022 ASADE». *Observatorio de contratación pública*, 2022. Disponible a: <https://www.obcp.es>, última consulta, 15 desembre 2022.

HUERGO LORA, Alejandro. «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público». *Nueva Época*, núm. 4, 2017, p. 31-55.

IDIOATE, Elena; MOLINA, Valèria. «L'Estat de benestar. Una aproximació conceptual i estadística». *Papers de treball de la Direcció General d'Anàlisi i Política Econòmica*, 2008, núm. 1, p. 1-38.

Institut Català de Dret europeu i comparat de la Universitat de Girona. *Qüestions actuals del dret català de la persona i la família*. Girona: Documenta Universitaria, 2013.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola; ESPEJO YAKSIC, Nicolás; Universitat Santiago de Chile. *Discapacidad Intelectual y Derecho*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2019.

LEGERÉN MOLINA, Antonio. «La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma». *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 744, p- 1611-1633.

LEGERÉN MOLINA, Antonio. *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública*. Madrid: Areces, 2012.

LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo. «La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas». A: DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Barcelona: Marcial Pons, 2022.

LEÓN BASTOS, Carolina. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. Madrid: Reus, 2010.

LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Madrid: Tecnos, 1986.

LIDÓN HERAS, Leonor. «La otra mirada, presupuesto para la toma de conciencia sobre la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad. Artículo 8 de la Convención». A: ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.); ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria (Coord.). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

LLEBARÍA SAMPER, Sergio (Coord.). *Un codi per al dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?: estudis en comparació del 50è aniversari de la Compilació*. Barcelona: Colección de formación continua ESADE, 2011.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VANRRELL, M^a Pilar; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles; LÓPEZ SIMÓ, Francisco. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Madrid: Dykinson, 2022.

LÓPEZ RAMON, Víctor M.; RUIZ FERNÁNDEZ, Isabel. «Influencia de las actitudes hacia las personas con discapacidad como generadores de vulnerabilidad social». *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2006, núm. 1, p. 49-63.

LOZANO BLANCO, Jesús. «Comentario al artículo 752». A: TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters, 2014.

MARCO MOLINA, Juana. «La noción de capacidad jurídica». A: LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VANRRELL, M^a Pilar; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles; LÓPEZ SIMÓ, Francisco. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Madrid: Dykinson, 2022.

MARÍN CALERO, Carlos. *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*. Madrid: Areces, 2013.

MARÍN VELARDE, Asunción. «La discapacidad: su delimitación jurídica». A: MUÑIZ ESPADA, Esther. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer, 2022.

MARROYO MOLINA, Lluís; GRAÑANA SANCHO, Anna; BLANCO ROS, Ferran; LEOTTI, Paolo; MOTJÉ, Clàudia. *Models of innovative practices focusing on supported-decision making mechanisms*. Brussel·les: EASPD, 2021.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a Lourdes. «Tutela y curatela en Derecho romano». *Revista general de derecho romano*, 2020, núm. 35, p. 1-75.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luís; MIRANDA ERRO, Javier; FLORES, Myriam. *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad*. Madrid: Aranzadi, 2019.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. «El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas». *Revista Anales Derecho y Discapacidad*, 2016, núm. 1, p. 9-28.

MAZZILI, Elisabetta. «La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: proyección en la Ley 8/2021». A: LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VANRRELL, M^a Pilar; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles; LÓPEZ SIMÓ, Francisco. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Madrid: Dykinson, 2022.

Mental Disability Rights Initiative MDRI-S. *Legal Capacity and Community Living: Protection of the Rights of Persons with Disabilities*. Belgrad: Mental Disability Rights Initiative MDRI-S, 2014.

MERÍN CAÑADA, Tomás. «La tutela institucional». *Revista multidisciplinar de gerontología*, 2003, núm. 12, p. 327. A: LEGERÉN MOLINA, Antonio. «El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas». Madrid: Dykinson, 2014.

MESSINEO, Francisco. *Manual de Derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1954.

MINGOT TORRA, Marta. *La capacitat en el Dret civil*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2018.

MIRANDA ERRO, Javier. «La accesibilidad universal y su gestión como elementos imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales». Madrid: Cinca, 2016.

MOLLEVÍ I BARTOLÓ, Josep. «El tercer sector a la llei de Serveis Socials». A: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç et al. *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic, 2008.

MONEREO PÉREZ, José Luis. «Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales». *Temas Laborales*, 2009, núm. 100, p. 295-398.

MORENO FLÓREZ, Rosa M^a. *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2021 (589/2021)*. Madrid: BOE, 2021.

MORENO MOLINA, José Antonio. «La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos». A: AAVV. *Observatorio de contratos públicos 2012*. Madrid: Aranzadi Cizur Menor, 2013, p. 115-163.

MORENO MOLINA, José Antonio. «Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?». Madrid: Observatorio de Contratación Pública, 2016.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel; MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. *Capacidad e incapacidad legal. El trastorno mental transitorio en las relaciones de derecho privado*. Madrid: Dykinson, 2008.

MUÑIZ ESPADA, Esther. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer, 2022.

MUÑIZ ESPADA, Esther. *Las personas jurídico-privadas tutoras. En consideración al aspecto personal de la tutela*. Barcelona: Bosch, 1994.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. «La contribución de las organizaciones sociales a la transformación del Estado de bienestar». A: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.). *Las estructuras del bienestar en Europa*. Madrid: Escuela Libre Editorial, Civitas, 2000.

OLEA FERRERAS, Sonia; COMAS-MATA MIRAS, Carmen. «La efectividad de los dictámenes de los órganos de seguimiento de Tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español; examen particular de la discapacidad». A: DE LORENZO GARCÍA, Rafael; CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Nuevas Fronteras del Derecho de la Discapacidad*. Madrid: Aranzadi, 2021.

PALACIOS RIZZO, Agustina; BARIFFI, Francisco José. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Cinca, 2007.

PALACIOS RIZZO, Agustina. *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008.

PALLISERA DÍAZ, Maria. *Propostes de transformació i millora dels serveis d'atenció a la persones amb discapacitat intel·lectual*. Barcelona: Associació empresarial d'economia social de Dincat, 2023.

PALLISERA María; DÍAZ-GAROLERA, Gemma; FULLANA, Judith i PUYALTÓ, Carol. *Estudi sobre la revisió i actualització de la cartera de serveis socials per persones amb discapacitat intel·lectual de Catalunya*. Girona: Grup de recerca en diversitat de la Universitat de Girona, 2022.

PASTOR PALOMAR, Núria. «Reservas a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2019, núm. 37, p. 1-34.

PEMÁN GAVÍN, Juan María. «La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general». *Documentació administrativa*, 2005, núm. 271-272, p. 39-80.

PERALES RAMÍREZ, Luis. «Las fundaciones tutelares en España». A: VVAA. *Las personas con retraso mental*. Sevilla: II Jornadas de Fundaciones Tutelares, 1997.

PEREÑA VICENTE, Montserrat. «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley». *Revista Derecho Civil*, 2018, núm. 5, p. 61-83.

PÉREZ ALTISENT, Laia. *Les entitats tutelars. Revisió del model actual de finançament*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2020.

PÉREZ DALMEDA, María Esther. «Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad de las últimas cinco décadas». *Revista Española de Discapacidad*, 2019, núm. 7, p. 7-27.

PÉREZ ERANSUS, Begoña. «El acompañamiento social como herramienta de lucha contra la exclusión». *Documentación social*, 2004, núm. 135, p. 89-107.

PIZARRO NEVADO, Rafael. «El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 2020, núm. 14, p. 88-103.

PLATÓ. *República*. Madrid: Edimat, 2019.

Plena Inclusión España. *Apoyo a las familias de personas con discapacidad intelectual en su proyecto de vida*. Madrid: Confederación Plena Inclusión España, 2019.

PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso Preliminar al Código civil francés*. Madrid: Civitas, 1997.

PORXAS ROIG, Maria Àngels. «Análisis de la conformidad de la «nueva curatela» al modelo de apoyo a las decisiones». A: MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luís; MIRANDA ERRO, Javier; FLORES, Myriam. *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad*. Madrid: Aranzadi, 2019.

PUIG DE LA BELLACASA, Ramón. *La discapacidad y la rehabilitación en Juan Luis Vives. Homo homini par*. Madrid: Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, 1993.

PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA I TRIAS, Encarna. *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de la persona i Dret de la família*. 1ª Ed. València: Tirant lo Blanch, 1998.

QUESADA GONZÁLEZ, Maria Corona. *La asistencia y otras Instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán*. Madrid: Reus editorial, 2019.

QUINN, Gerard; DEGENER, Teresa. *The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*. Nova York i Ginebra: Naciones Unidas, 2002.

QUINN, Gerard. «Next steps – Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities». A: BLANCK, Peter. *Disability rights*. Anglaterra: Ashgate, 2005.

QUIROGA, Violeta; GUASCH, Carmen. «L'afectació de salut mental en la població infantil i adolescent en situació de risc a Catalunya». *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, 2014, núm. 57, p. 135-153.

RAMOS POZÓN, Sergio; ROBLES DEL OLMO, Bernabé. «Una propuesta conceptual del criterio del mayor interés». *Revista de bioética y derecho*, 2020, núm. 49, p. 7-23.

RECIO, María, et al. *Abuso y discapacidad intelectual*. Madrid: Fundación Carmen Pardo-Valcarce, 2013.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. «Apunts sobre la nova Llei de Serveis Socials». *Revista Educació Social*, 2008, núm. 40, p. 100-104.

RIBOT IGUALADA, Jordi. «L'assistència: abast i limitacions de la nova institució». A: Institut de Dret Privat i comparat Universitat de Girona (Coord.). *Qüestions actuals de dret català de la persona i de la família*. Girona: Documenta Universitaria, 2013.

RIBOT IGUALADA, Jordi. «La proyectada reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica». A: Asociación de profesores de Derecho civil. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentario Artículo 226-4. Modificación de la asistencia. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia». A: ROCA TRIAS, Encarna; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (Coord.). *Persona y familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*. Las Rozas: Sepin, 2011.

ROCA I TRIAS, Encarna. «El llibre segon del Codi civil de Catalunya: panoràmica general». A: Institut Català de Dret europeu i comparat de la Universitat de Girona. *Qüestions actuals del dret català de la persona i la família*. Girona: Documenta Universitaria, 2013.

ROCA TRIAS, Encarna; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (Coord.). *Persona y familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*. Las Rozas: Sepin, 2011.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ángela. *Modelos en el tratamiento de las personas con discapacidad: especial referencia a la discapacidad intelectual*. Madrid: Universidad Carlos III, 2010.

SAHÚN PACHECO, Rocío. *Riesgo operacional y Servicio público*. Madrid: BOE, 2019.

SALAVERRÍA PALANCA, Fèlix. «El règim jurídic de la cartera de serveis socials». A: FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria; et al. *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*. Barcelona: Atelier, 2020.

SALINERO ROMÁN, Francisco. «Delación y ejercicio de la tutela por una persona jurídica». A: VVAA. *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional coordinado por Serrano García*. València: Tirant lo Blanch, 2003.

SANTOS URBANEJA, Fernando. «Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil». A: *Jornadas sobre la revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*. Madrid: Fundación Aequitas, 2004.

SANTOS URBANEJA, Fernando. «Propuestas de reforma legislativa en materia de tutela». A: VVAA. *Deficiencia, enfermedad mental y senilidad: Mecanismos legales de protección*. Córdoba: Foro andaluz de debate e investigación sobre la deficiencia y enfermedad mental, 2006.

SASTRE CAMPO, Ana. «La legislación y las políticas públicas desde la perspectiva de la Convención». A: ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.); ÁLVAREZ RAMÍREZ, Gloria (Coord.). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

SEGARRA FERRAN, Joan. «De l'estat de benestar a l'estat social». *Social.cat. El diari digital de l'acció social a Catalunya* [article d'opinió en línia], 2015. Disponible a: <https://cutt.ly/CKKZiPY>, última consulta: 10 desembre 2022.

SERRA, María Laura. *Derechos humanos de las mujeres y niñas con discapacidad. Informe España 2018*. Madrid: Cinca, 2018.

SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

SOLÉ I CHAVERO, Josep M^a. «El artículo 12 de la Convención. Hacia el fin de las tutelas». *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 2016, núm. 39, p. 63-75.

SOLÉ I CHAVERO, Josep Maria. «Los retos del nuevo modelo: beneficios, problemas y nuevos enfoques». *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Discapacidad y equiparación de derechos*, 2022, núm. 61.

STIKER, Henry-Jacques. *A history of disability*. Traduït per: SAYERS, William i ARBOR, Ann. Estats Units: University of Michigan Press, 1999.

STINCO, Juan. «El principio de progresividad en materia de derechos fundamentales». *Ab-Revista de la Abogacía*, 2019, núm. 3, p. 49-62.

Taula del Tercer sector Social de Catalunya. *El valor añadido del Tercer sector en la prestación de servicios públicos. Guía práctica de cláusulas sociales en la contratación pública de servicios sociales y de atención a las personas*. Barcelona: Taula d'entitats del Tercer sector Social de Catalunya, 2009.

Taula del Tercer sector Social de Catalunya. *Per la defensa del Tercer sector Social a Catalunya. Argumentari per a una futura Llei del Tercer sector Social de Catalunya*. Barcelona: Taula d'entitats del Tercer sector Social de Catalunya, 2021.

TENA ARREGUI, Rodrigo. «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad». *Revista El Notario del Siglo XXI*, 2020, núm. 99, 50-55.

The Israel Human Rights Centre for People with Disabilities. *Supported Decisions-Making Service for Person with Disabilities*. Israel: Bizchut association, 2016.

TOBOSO MARTÍN, Mario; ARNAU RIPOLLÉS, M^a Soledad. «La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen». *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2008, núm. 20, p. 64-94.

TORIBOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters, 2014.

TORNOS MAS, Joaquín; GALÁN GALÁN, Alfredo. *La configuración de los Servicios sociales como Servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Madrid: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, 2007.

TORNOS MAS, Joaquín. *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Catalunya*. València: Tirant lo Blanch, 2022.

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

TRESGUERRES FERNÁNDEZ, Ana. *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Pamplona: Aranzadi, 2021.

TRESSERRAS, Josep; SUNYER, Marta; DE BARRÓN, Mikel; FERNÁNDEZ, Pedro María; PINAR, Arancha. «Estudio sobre la realidad de las fundaciones tutelares de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares». *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 2007, núm. 221, p. 59-82.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2002.

VÁSQUEZ ENCALADA, Alberto (Coord.). *Manual sobre justicia y personas con discapacidad*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

VÁSQUEZ ENCALADA, Alberto. «Discapacidad y capacidad jurídica: el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su implementación». *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Discapacidad y equiparación de derechos*, 2022, núm. 61, p. 38-48.

VELARDE LIZAMA, Valentina. «Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico». *Revista empresa y humanismo*, 2012, núm. 1, p. 115-136.

VICENTE HERRERO, M^a Teófila; TERRADILLOS GARCÍA, M^a Jesús; AGUADO BENEDÍ, M^a José; CAPDEVILA GARCÍA, Luisa; RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M^a Victoria; AGUILAR JIMÉNEZ, Encarna. *Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas*. Madrid: AEEMT, 2016.

VICENTE IMMIG, Cláudio. *A presença profética das pessoas com deficiência no atual contexto cultural: questões antropológicas, éticas e sociais*. Roma: Pontificia Universitas Lateranensis, Academia Alfonsiana, Institutum Superius Theologiae Moralis, 2010.

VILÀ MANCEBO, Toni. «Noves tendències legislatives en serveis socials: vers el reconeixement del dret subjectiu i la universalització». *Revista Barcelona Societat*, 2008, núm. 14, p. 35-44.

VILLAR ROJAS, Francisco. «Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2016, núm. 58-59, p. 96-106.

VOLIO, Fernando. «Legal Personality, Privacy, and the Family, in the International Bill of Rights». *The Covenant on Civil and Political Rights*, 1981, núm. 185, p.1-523.

VVAA. *El respecte a la voluntat de la persona amb trastorn mental addicció: document de voluntats anticipades i planificació de decisions anticipades*. Barcelona: Comitè de Bioètica de Catalunya, 2017.

VVAA. *Model català de planificació de voluntats anticipades. Document conceptual*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2016.

RESOLUCIONS DE L'ASSEMBLEA GENERAL DE LES NACIONS UNIDES

A/RES/2106 A (XX). *Resolució per la qual s'aprova la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació racial*. Nova York, 21 desembre 1965.

A/RES/2856 (XXVI). *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides per la qual s'aprova la Declaració dels Drets del Retardat Mental*. Nova York, 20 desembre 1971.

A/RES/3447 (XXX). *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides per la qual s'aprova la Declaració dels Drets dels Impedits*. Nova York, 9 desembre 1975.

A/RES/31/123. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual es Declara l'Any Internacional dels Impedits*. Nova York, 16 desembre 1976.

A/RES/1979. *Resolució per la qual s'aprova la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona*. Nova York, 18 desembre 1979.

A/RES/37/53. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual s'aprova el Pla d'Acció Mundial pels Impedits*. Nova York, 3 desembre 1982.

A/RES/44/23. *Resolució per la qual s'aprova la Convenció sobre els Drets de l'Infant*. Nova York, 20 novembre 1989.

A/RES/47/3. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual es declara el 3 de desembre com el «Dia Internacional de les persones amb discapacitat»*. Nova York, 7 octubre 1992.

A/RES/48/96. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual s'aproven les Normes Uniformes per a la igualtat d'oportunitats per a persones amb discapacitat*. Nova York, 4 març 1996.

A/RES/56/168. *Resolució per la qual es decideix establir aquest Comitè Especial obert a la participació de tots els Estats Membres i observadors davant les Nacions Unides amb la finalitat d'examinar propostes relatives a una Convenció Internacional amplia i integral per promoure i protegir els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat*. Nova York, 19 de desembre de 2001.

A/RES/58/246. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual es crea el Comitè Especial encarregat de preparar una Convenció Internacional amplia i*

integral per promoure i protegir els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat. Nova York, 23 desembre 2003.

A/RES/61/106. *Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, per la qual s'aprova el Protocol facultatiu de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat.* Nova York, 24 gener 2007.

DOCUMENTS DEL COMITÈ DE DRETS DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT DE LES NACIONS UNIDES

A/57/212. *Report of the Expert Meeting on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities.* Ciutat de Mèxic, 11 a 14 juny 2002.

A/AC.265/WP.2 *Position paper by European Union about Comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities.* Nova York, 29 juliol a 9 agost 2002.

A/AC.265/WP.3 *Position paper by the People's Republic of China about Comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities.* Nova York, 29 juliol a 9 agost 2002.

A/58/118. *Informe del Comitè Especial encarregat de preparar una Convenció Internacional àmplia i integral per promoure i protegir els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat.* Nova York, 3 juliol 2003.

A/AC.265/2004/EG.1. Annex 1. *Report of the working group to the ad hoc committee.* Nova York, 27 gener 2004.

Comitè especial de les Nacions Unides. *Resumen diari de les discussions per article i data del tercer període de sessions del Comitè* [en línia]. Ginebra: Nacions Unides, 4 juny a 24 maig 2004. Disponible a: <https://cutt.ly/wKKBTfw>, última consulta: 24 octubre 2022.

Comitè especial de les Nacions Unides. *Proposed Modifications by Governments. Eight session of the Ad Hoc Committee* [en línia]. Ginebra: Nacions Unides, 2006. Disponible a: <https://cutt.ly/D0amm3W>, última consulta: 24 octubre 2022.

CRPD/C/ESP/1. *Informe inicial presentado por España de conformidad con el artículo 35 de la Convención*. Espanya, 3 maig 2010.

CRPD/C/ESP/CO/1. *Examen del informe inicial presentado España en virtud del artículo 35 de la Convención*. Nova York, 19 octubre 2011.

CRPD/C/GC/1. *Observació General del Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat núm. 1 (2014). Article 12: igual reconeixement com a persona davant la llei*. Nova York, 19 maig 2014.

CRPD/C/16/D/7/2012. *Dictamen aprovat pel Comitè en virtut de l'article 5 del Protocol Facultatiu, respecte a la comunicació núm. 7/2012*, 10 octubre 2016.

CRPD/C/18/D/30/2015. *Dictamen aprovat pel Comitè en virtut de l'article 5 del Protocol Facultatiu, respecte a la comunicació núm. 30/2015*, 5 octubre 2017.

CRPD/C/ESP/2-3. *Informes periódicos segundo y tercero que España debía presentar en 2018 en virtud del artículo 35 de la Convención*. Espanya, 3 maig 2018.

CRPD/C/ESP/CO/2-3. *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*. Nova York, 13 maig 2019.

CRPD/C/21/D/34/2015. *Dictamen aprovat pel Comitè en virtut de l'article 5 del Protocol Facultatiu, respecte a la comunicació núm. 34/2015*, 29 abril 2019.

CRPD/C/IRL/A. *Initial report of Ireland under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Irlanda, 20 abril 2020.

CRPD/C/23/D/41/2017. *Dictamen aprovat pel Comitè en virtut de l'article 5 del Protocol Facultatiu, respecte a la comunicació núm. 41/2017*, 30 setembre 2020.

Comitè especial de les Nacions Unides. *Daily summary of discussions. Seventh session of the Ad Hoc Committee* [en línia]. Ginebra: Nacions Unides, 2006. Disponible a: <https://cutt.ly/50aWkSG>, última consulta: 24 octubre 2022.

Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat de les Nacions Unides. *Working text. International Convention on the rights of persons with disabilities* [en línia]. Ginebra: Nacions Unides, 2006. Disponible a: <https://cutt.ly/30aWclf>, última consulta: 24 octubre 2022.

JURISPRUDÈNCIA

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 3^a), de 5 de febrer de 1963, assumpte C-26/62, *Onderneming van Gend & Loos* contra Administració fiscal holandesa.

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 5^a), de 2 de juny de 2016, assumpte C-410/14, *Falk Pharma GmbH* contra *DAK-Gesundheit*.

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 3^a), de 21 de desembre de 2016, assumpte C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord* contra *Region Hannover*.

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 3^a), d'1 de març de 2018, assumpte C-9/17, *Tirkkonen* contra *Maaseutuvirasto*.

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala 4^a), de 10 de setembre de 2020, assumpte C-367/19, *Tax-Fin-Lex* contra *Ministrstvo za notranje zadeve*.

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (sala 4^a), de 14 de juliol de 2022, assumpte C-436/20, *Asociación de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)* contra *Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas*.

Sentència Tribunal Constitucional 47/2004, de 25 de març de 2004.

Sentència Tribunal Constitucional 131/2010, de 2 de desembre de 2010.

Sentència Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de desembre de 2010.

Sentència Tribunal Constitucional 80/2018, de 5 de juliol de 2018.

Sentència Tribunal Constitucional 146/1968, de 25 de novembre de 1968.

Sentència Tribunal Suprem 141/2004, d'11 de febrer 2004.

Sentència Tribunal Suprem 116/2006, de 24 d'abril 2006.

Sentència Tribunal Suprem 282/2009 (Sala Primera, del Civil), 29 d'abril de 2009.

Sentència Tribunal Suprem 617/2012 (Sala Primera, del Civil), 11 d'octubre de 2012.

Sentència Tribunal Suprem 244/2015 (Sala Primera, del Civil), 13 maig de 2015.

Els serveis de suport a l'exercici de la capacitat jurídica

Sentència de l'Audiència Provincial de Huelva (AC 1998/3844), de 14 de març de 1998.

Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid (AC 2002/323), de 13 de novembre de 2001.

Sentència de l'Audiència Provincial de Biscaia (JUR 2006/156760), de 21 de febrer de 2006.

