



EL JUSTICIA DE ARAGÓN

**EL JUSTICIA DE ARAGÓN**  
**202100007008**  
**JUL 2021**  
**REGISTRO DE SALIDA**

**Exp: Q21/1110/01**

**Sr. Vicepresidente del Gobierno de Aragón**  
eljjusticiatramitesdgri@aragon.es

**ASUNTO:** Sugerencia relativa a actuaciones normativas en materia de capacidad y relaciones tutelares en derecho aragonés.

### **I.- ANTECEDENTES**

**Primero.-** Con fecha 15 de junio de 2021, se tomó la decisión de iniciar un expediente de oficio en el seno de este Justiciazgo, ante las dudas de índole jurídica que la publicación y entrada en vigor de la ley estatal 8/2021, de 2 de junio, (se produciría en el plazo de tres meses desde dicha publicación) 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 (BOE 132, de 3/6/2021), que ha supuesto una profunda reforma de diversas normas, entre ellas el Código civil estatal y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Junto a la propia inquietud en el seno de esta Institución, diversos han sido los agentes jurídicos que se han dirigido a la misma, participando su preocupación ante la posibilidad de enfrentarnos a un vacío legal que llevase a la imposibilidad de aplicación de las figuras de derecho civil aragonés, no afectadas por dicha reforma y por lo tanto vigentes, y que con competencia constitucional y estatutaria exclusiva en la materia pudieran verse en la práctica afectadas, lo que conculcaría los derechos y libertades de muchos aragoneses, en especial aquellos que requieren el apoyo de terceras personas ante su situación, en cuanto a la capacidad civil que presentan.



**Segundo.-** Iniciado la tramitación del correspondiente expediente se solicitó información al respecto del objeto del mismo al Gobierno de Aragón y, en concreto, se indicó la motivación de apertura del expediente y en la que dice textualmente:

*“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 (BOE 132, de 3/6/2021), ha supuesto una profunda reforma de diversas normas, entre ellas el Código civil estatal y la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*Aragón tiene regulada la materia en su Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo (1/2011, de 22 de marzo), en sus artículos 34 a 45 y 100 a 159, con otros preceptos a ella vinculados a lo largo de dicho texto legal, en ejercicio de la competencia que le otorga el artículo 71.2º del Estatuto de Autonomía de Aragón, en cuanto a derecho sustantivo, por lo que la citada modificación legal material (la que afecta entre otras normas materiales al Código civil) no presenta afcción alguna a nuestro derecho civil propio, que sigue estando vigente y directamente aplicable, aunque ahora lo haga con figura que el derecho estatal ya no contempla, en especial toda la materia que el Código aragonés denomina “De las relaciones tutelares”, en el Título III de su Libro Primero.*

*No ocurre lo mismo con las modificaciones en derecho procesal que dicha nueva ley establece, al producirse una profunda nueva regulación tanto en la Ley de Enjuiciamiento civil como en la Ley de Jurisdicción Voluntarias, entre otras, que pudieran llevar a que el derecho civil aragonés en la materia se viera privado, o cuando menos con dificultades interpretativas, de mecanismos de ejercicio del mismo antes los órganos jurisdiccionales. No debe olvidarse que el artículo 71.3º del actual estatuto de Autonomía de Aragón, otorga a nuestra Comunidad, la competencia exclusiva en la regulación del “Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés”.*

*Por ello resulta procedente la apertura de este expediente de oficio, a fin de dirigirnos desde el Justiciazgo tanto al Gobierno de Aragón como a sus Cortes a fin de conocer las posibles actuaciones normativas en la materia que puedan estar produciendo o se tenga previsto iniciar, y en especial en relación con la actuación que en la materia ostenta la Comisión de Aragonesa de Derecho Civil, regulada en el Decreto 10/1996, de 20 de febrero (...).”*



**Tercero.-** De forma diligente, lo que debe ser señalado y agradecido, en un completo, extenso y bien argumentado informe, y tras un encuentro entre el firmante del mismo, el Director General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos, y el Lugarteniente del Justicia, en el que se puso en común la preocupación ante la situación existente, se indica por la citada Dirección General:

*“...El artículo 5 apartado a) del Decreto 17/2020, de 26 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Vicepresidencia, atribuye a su órgano directivo: la Dirección General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos, la competencia para la realización de estudios, emisión de informes y elaboración de propuestas sobre el desarrollo y aplicación del Estatuto de Autonomía de Aragón. En particular el artículo 4 apartado 1º letra a) del citado decreto señala que le corresponde al Vicepresidente del Gobierno de Aragón a través de la Dirección General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos: “Impulsar, analizar y coordinar la política de desarrollo estatutario, así como coordinar y seguir los proyectos normativos que deban aprobarse para la efectividad de las previsiones del Estatuto de Autonomía, con especial atención al derecho civil aragonés”. Corresponde por consiguiente a esta Dirección General pronunciarse acerca de la solicitud de información recabada por el Justicia de Aragón.*

**- II -**

*Para poder contestar adecuadamente a la solicitud de información sobre las posibles actuaciones normativas en la materia que puedan estar produciendo o se tenga previsto iniciar, resulta necesario proceder a realizar un breve análisis sobre la situación que se plantea en nuestra Comunidad Autónoma tras la reciente aprobación, por parte del Estado, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Tal y como se indica en el texto de la queja objeto de informe **el 03 de junio de 2021 se publicó en el BOE 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**. Esta ley, pretende dar un paso decisivo en la adecuación del ordenamiento jurídico estatal a la **Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CDPD)**, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que*



*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Tanto la Convención de Nueva York, como la Ley Estatal 8/2021 suponen un trascendental cambio de paradigma en lo que a la regulación en materia de capacidad jurídica se refiere. En el actual sistema aplicable a las personas con discapacidad predomina la sustitución de las mismas en la toma de las decisiones que les afectan, mientras que en el nuevo sistema que se contiene en la convención y en la citada ley prevalece el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.*

*La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por el Estado Español el 30 de marzo de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008) y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, tal y como dispone el art. 45 del instrumento de ratificación.*

*Desde ese momento forma parte de nuestro ordenamiento (art. 96 CE) y la legislación interna debe cumplir, para empezar, con las obligaciones generales que señala el art. 4 de la misma, entre otras: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, y de otra índole, que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención. b) Tomar todas la medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.*

*El cumplimiento de esta norma implica, como se indicaba más arriba la desaparición de la figura de la incapacitación. Ya no hay personas incapaces, sino personas que para ejercer su capacidad necesitan medidas de apoyo para completar lo que hasta ahora se llamaba capacidad de obrar, expresión que ahora se diluye en un solo concepto, el de capacidad jurídica que tiene todo ser humano por el hecho de serlo y que es una cualidad inherente a la personalidad. La Convención de Nueva York está exigiendo a todos los estados que la hayan ratificado que, en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionen salvaguardias para impedir los abusos, de conformidad con el Derecho internacional en materia de recursos humanos.*



*Desde su ratificación por el Estado Español parece claro que la CDPD obliga y vincula a todos los poderes públicos que conforman el territorio español, es decir, tanto al Estado, como a las Comunidades Autónomas, en cada uno de los ámbitos de su competencia. La competencia por tanto para llevar a cabo esta tarea de adaptación al nuevo sistema, corresponde, conforme al artículo 149.1.8 al Estado sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. La Comunidad Autónoma de Aragón tiene reconocida en el artículo 71. 2ª y 3ª de su Estatuto de Autonomía la competencia exclusiva en materia de “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes”, así como en “Derecho procesal derivado de las particularidades del Derecho sustantivo aragonés”. La conservación, modificación y desarrollo del Derecho aragonés corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón de conformidad con la amplia interpretación que de estos conceptos realiza la doctrina constitucional en STC 88/1993, de 12 de marzo.*

*Así, según el FJ 2º de la citada STC, “El concepto constitucional de «conservación... de los Derechos civiles, forales o especiales» permite la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial “(STC 121/1992 FJ1º). **Volviendo a la Ley estatal 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**, es importante resaltar que estamos ante una norma de hondísimo calado ya que a través de ella se modifican las siguientes leyes:*

*- El Código civil: El artículo 2 de la Ley 8/2021 da una nueva redacción al Título XI del Libro Primero que pasa a denominarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”. La nueva regulación ya no se centra en la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni en la modificación de una capacidad que se considera inherente a la condición humana, sino en un apoyo a la persona que lo necesite.*

*Este apoyo engloba una serie de actuaciones, tales como el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas. En*



*situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo, éste podrá concretarse en la representación en la toma de decisiones.*

*Además, se otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, las tomadas por la propia persona con discapacidad. Destacan, entre ellas, los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de autocuratela.*

*Se refuerza, por otra parte, la figura de la guarda de hecho, que deja de ser una situación provisional y se transforma en una institución jurídica de apoyo a los derechos de la persona con discapacidad.*

*Cuando se requiera que el guardador realice una actuación representativa, será necesaria la obtención ad hoc de una autorización judicial.*

*La nueva redacción del Código Civil dedica especial atención a la curatela, que tendrá sobre todo naturaleza asistencial y solo excepcionalmente podrá tener el curador funciones representativas.*

*La Ley 8/2021 elimina del ámbito de la discapacidad la tutela de adultos, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, por considerarse figuras demasiado rígidas y poco acordes al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad.*

*También se modifican algunos artículos relativos a la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges precise de medidas de apoyo y algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y de contratos.*

*El procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos, sean estos personales, políticos o patrimoniales.*

- La Ley de enjuiciamiento civil, suprimiendo el procedimiento de incapacitación, que es sustituido por otro denominado “adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”.*
- La Ley de Jurisdicción voluntaria- La Ley del Notariado.*
- La Ley Hipotecaria.*
- La Ley del Registro civil.*
- La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y reforma del Código civil.*



**Para determinar que posible afcción pueden tener todas estas modificaciones en el derecho aragonés debe de tenerse en cuenta la disposición final segunda de la Ley 8/2021, en la que se especifican los títulos competenciales en virtud de los cuales se ha dictado la ley.** El primero que se cita es el artículo 149.1.8ª CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil, así como también en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos. La ley se dicta también al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE) y de Administración de Justicia (art. 149.1.5 CE).

A la vista de dichos títulos competenciales, resulta necesario precisar que algunos de los artículos de la ley se aplican en todo el territorio nacional, por haberse dictado en el ejercicio de competencias exclusivas del Estado, como son los relativos al derecho procesal, con matices como veremos a continuación, a los instrumentos públicos y al Registro Civil.

Sin embargo, la regulación de la capacidad de las personas es una materia propia de derecho civil. Y, en este caso, la regulación del legislador estatal ya no resulta aplicable a todos los territorios porque el propio artículo 149.1.8 CE tras reconocer la competencia estatal en materia de legislación civil, advierte que esta deberá realizarse “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan”. Evidentemente, entre esas Comunidades Autónomas, se encuentra Aragón que tiene reconocida en el artículo 71.2ª y 3ª de su Estatuto de Autonomía la competencia exclusiva en materia de “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes”, así como en “Derecho procesal derivado de las particularidades del Derecho sustantivo aragonés”. De hecho y en el ejercicio de sus competencias el legislador aragonés realizó una regulación completa de la materia de capacidad, que se encuentra contenida en los artículos 34 a 45 del Código del Derecho Foral de Aragón (“Incapacidad e incapacitación”) y artículos 100 a 169 (“De las relaciones tutelares”).

**Por todo lo anterior, es necesario analizar, a continuación, cómo afecta la Ley 8/2021 a nuestro derecho aragonés tanto desde el punto de vista civil como procesal.**



**A) En primer lugar, al impacto que la reforma del Código Civil tiene sobre la legislación aragonesa, para lo cual es necesario distinguir escenarios diferentes:**

1. *Materias civiles sobre las que la Comunidad Autónoma tiene competencia y, además, ha establecido una regulación propia: En estos supuestos, la regulación del Código Civil en nada afectará a la legislación aragonesa. Es el caso de la capacidad por razón de edad, la capacidad de testar, las relaciones tutelares, las reglas relativas al régimen económico matrimonial o las normas referentes a la patria potestad, entre otras.*
2. *Materias civiles que son competencia exclusiva del Estado: La reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 también se refiere a materias que, de acuerdo con el art. 149.1.8 CE, “en todo caso” son de competencia exclusiva del Estado. En estos casos, como no podía ser de otra manera, la regulación estatal resulta de aplicación directa y general en nuestra Comunidad Autónoma. Se trata, por ejemplo, de las normas para resolver conflictos de leyes (artículo 9 Código civil) o las formas de matrimonio.*
3. *Materias civiles de competencia aragonesa, pero que no han sido reguladas por la Comunidad Autónoma: En el supuesto en que se diera esta circunstancia, sí que se aplicaría el Código Civil de manera supletoria, pero siempre teniendo en cuenta que debería tratarse de una auténtica laguna en la legislación propia y, además, la aplicación del Código Civil debería realizarse teniendo en cuenta los principios generales del derecho foral aragonés.*

**B) Más complicado resulta en la práctica, determinar cómo se resuelve la aplicación de las normas procesales en nuestra Comunidad Autónoma:** En virtud del art. 149.1.6 CE resulta claro que la reforma procesal que ha llevado a cabo el legislador estatal sí que resulta de aplicación en todo el territorio nacional. La Ley 8/2021 ha dictado unas nuevas normas procesales que resultan complemento necesario para aplicar las nuevas normas civiles que la propia Ley 8/2021 ha establecido, al modificar el Código Civil. El problema que surge es que esa nueva legislación procesal únicamente “tiene en mente” la regulación que realiza el Código Civil de la capacidad, no teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas con derecho civil propio puedan adaptarse a la Convención de Nueva York de otra manera a como lo ha hecho el Código Civil. Esto puede ocasionar en la práctica enormes desajustes si Aragón decide regular la capacidad de una forma diferente a la que ha realizado el Estado, porque quizás para la regulación aragonesa no sirvan las normas procesales aprobadas por el Estado.





*Incluso actualmente surge un problema para la aplicación de preceptos concretos de nuestro derecho civil. Un ejemplo es el artículo 38 del Código del Derecho Foral que lleva por título “Incapacitación”. En principio, de acuerdo con la doctrina civilista aragonesa, este artículo estaría plenamente vigente y no habría sido desplazado por la nueva regulación del Código Civil, porque afecta a una competencia civil propia de la Comunidad Autónoma. Pues bien, este artículo 38 CDFA actualmente no podría aplicarse en la práctica porque la Ley 8/2021 ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimiendo el sistema de incapacitación.*

**- III -**

***La nueva regulación de la capacidad plantea una situación jurídica compleja en un país como el nuestro, en el que coexisten pluralidad de ordenamientos civiles.*** El Estado, para adaptarse a la Convención de Nueva York, ha aprobado 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. No obstante, y tal como indicábamos al principio de este informe, este pacto internacional obliga también al resto de poderes públicos, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias.

***Desde el Gobierno de Aragón se considera prioritario proceder, a través del máximo órgano consultivo en derecho foral aragonés, la Comisión Aragonesa de Derecho civil, a analizar: de un lado si el Código del Derecho Foral de Aragón tiene que reformarse o no, para adaptarlo a la nueva realidad en materia de capacidad jurídica que diseña la Convención. También resulta necesario aclarar si la legislación procesal aprobada por el Estado resultaría compatible o no con la regulación aragonesa vigente en la materia. En este último caso y de no ser así, habría que plantearse la posibilidad de que las Cortes de Aragón dictaran una ley al efecto, en el ejercicio de la competencia exclusiva de Aragón en materia de “Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés”.***

*El artículo 34 de la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón define a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil como un órgano consultivo que tiene por objeto asesorar al Gobierno en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés. El Decreto 10/1996, de 20 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula dicha Comisión, señala en el artículo 2 que son funciones de la misma, entre otras, “emitir cuantos informes le sean solicitados por los órganos competentes de la Diputación General de Aragón, en materia de Derecho*



*Civil Aragonés”. En la actualidad la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se encuentra adscrita a la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón en virtud del artículo 1 del Decreto 17/2020, de 26 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba su estructura orgánica. El artículo 4 apartado 1º letra a) señala que le corresponde a esta última a través de la Dirección General de Desarrollo Estatuario y Programas Europeos: “Impulsar, analizar y coordinar la política de desarrollo estatuario, así como coordinar y seguir los proyectos normativos que deban aprobarse para la efectividad de las previsiones del Estatuto de Autonomía, con especial atención al derecho civil aragonés”.*

**Por todo ello, con fecha 17 de junio de 2021, desde la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón, se ha solicitado a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que emita un informe sobre las reformas a introducir en el Código del Derecho Foral de Aragón para el mejor ajuste a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y al Derecho procesal español. La finalidad de este informe es que desde dicho órgano consultivo se prepare un anteproyecto de ley modificación del código de derecho foral y en su caso se indique que reformas procesales deben de emprenderse.**

**Lo que se informa, a los efectos oportunos.”**

## II.- FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN

**I.** El artículo 59.1.b del Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril), establece, como una de las misiones del Justicia de Aragón, la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación.

En desarrollo de dicha previsión estatutaria el artículo 30 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón establece que integran el Ordenamiento Jurídico aragonés, entre otros: el derecho civil o foral de Aragón y las leyes aprobadas por las Cortes de Aragón.

**II.** La problemática cuestión que ahora nos ocupa no es algo surgido de repente, ya que viene siendo latente desde hace años, que nos enfrentábamos a un importante problema en el ámbito de nuestro derecho foral ante la reforma de la legislación estatal en la materia, lo que llevó a que ya en los XXIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en la sesión celebrada en Teruel el día 19 de noviembre de 2019, se afrontara la cuestión.



El título de dicha jornada fue “*La nueva normativa aragonesa en materia de discapacidad a la luz de la convención de Nueva York. Visión de conjunto y novedades procesales*”.

Los tres ponentes D. Rafael López-Melúz Marzo, la abogada Dña. Nuria Souto Abad y la profesora Dña. M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo, abordaron la cuestión desde sus respectivos ámbitos de trabajo, a los que se puede acceder en: [https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/dlm\\_uploads/2020/07/ACTAS-XXIX.pdf](https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/dlm_uploads/2020/07/ACTAS-XXIX.pdf)

Destacar el análisis del entonces anteproyecto, que respecto a la situación procesal, realizaba la profesora directora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Zaragoza:

*“F) Armonización en materia procesal.*

*La adaptación de las normas procesales a los cambios sustantivos que prevé el Anteproyecto constituiría también un problema en caso de que el Código del Derecho Foral de Aragón mantuviese el actual régimen, sobre todo, porque desaparece el proceso de incapacitación: La actual Ley de enjuiciamiento civil —LEC— regula, dentro del Libro IV dedicado a los procesos especiales, el proceso de incapacitación: en concreto, en el Capítulo II del Título I («De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores»), que lleva por rúbrica «De los procesos sobre la capacidad de las personas» y que contiene ocho artículos: del 756 al 763. El art. 760 LEC establece, en su primer párrafo, que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado». En el segundo párrafo del precepto se prevé la posibilidad de que en la propia sentencia de incapacitación se nombre a la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapacitado y velar por él. Es también posible acordar el nombramiento de tutor o curador mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con lo previsto en la Sección 1<sup>a</sup> del Capítulo IV del Título I de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 44 y ss.). XXIX ENCUENTROS DEL FORO ARAGONÉS 226 Eliminada la incapacitación en el Código civil, el Anteproyecto prevé suprimir el proceso especial de incapacitación. El nuevo Capítulo II del Título I del Libro IV contendrá el proceso «sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a persona con discapacidad», que solo se seguirá si existe oposición. El nuevo art. 760 establecerá que «las medidas que adopte el Juez en la sentencia [...] deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 266 y siguientes del Código civil»; preceptos que regularán la medidas judiciales*



*de apoyo, señaladamente, la curatela. Si no hay oposición, el proceso se regirá por lo dispuesto en la legislación sobre jurisdicción voluntaria. A este efecto, se prevé incluir un nuevo capítulo en el Título I de la Ley Jurisdicción Voluntaria —LJV—, el Capítulo III bis, que regulará el «expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Se mantiene la Sección 1ª del Capítulo IV del Título I de esta ley sobre el expediente de tutela (como recuerda la Exposición de Motivos, para los menores) y curatela (como recuerda la Exposición de Motivos, para las personas con discapacidad), pero tal expediente «solamente será aplicable a la curatela cuando, tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido» —art. 44.2 LJV propuesto por el Anteproyecto—. Si bien, inicialmente, el Anteproyecto no se apartaba del modelo contencioso, su última versión ha incluido esta sustanciación por los trámites de la jurisdicción voluntaria cuando no hay oposición, reclamada en varios informes, dado que, como indica el Consejo de Estado en su dictamen, reconocida capacidad a las personas con discapacidad, no existe impedimento alguno para que, ante la ausencia de desacuerdo, pueda acudir a la jurisdicción voluntaria. En esta línea, el Consejo Fiscal ha justificado la vía de la jurisdicción voluntaria alegando que «la pretensión procesal ya no tiene la misma potencialidad intrusiva en los derechos del discapacitado, pues ya no se trata de dar cauce a una pretensión de incapacidad con la consiguiente modificación sustancial de la capacidad de obrar. Ahora se trata de identificar los apoyos precisos, en una decisión siempre rebus sic stantibus». Estas novedades chocan con la actual regulación de la materia en el Código del Derecho Foral de Aragón: Por una parte, eliminado el proceso de incapacitación de la Ley de Enjuiciamiento civil, ¿por qué procedimiento se sustanciaría la incapacitación prevista en el art. 38 CDFa? El nuevo proceso previsto para la provisión de apoyos cuando haya oposición, no permite que la sentencia determine la extensión y límites de ninguna incapacitación —como establece el citado art. 38—, sino que la sentencia resultante del mismo, sin tocar la capacidad, solo determinará el apoyo preciso para que esa capacidad se ejerza en los términos del Código civil (en concreto, el nuevo art. 760 LEC se remite a los arts. 266 y ss. Cc). Y lo mismo cabe decir El derecho civil aragonés ante la convención de naciones unidas... 227 del expediente de jurisdicción voluntaria por el que sustanciará la provisión de apoyos cuando no haya oposición, que también se remite a los mismos preceptos del Código civil (art. 42 bis c LJV). Por otra parte, dado que tales procedimientos contencioso o voluntario están diseñados para adoptar medidas de apoyo en los términos —y conforme al sistema— del Código civil (arts.*



756 y 760 LEC y arts. 42 bis a y c LJV) y parecen excluir la tutela de la persona con discapacidad (que se asocia a una privación previa de la capacidad y que no encajaría con la idea base de estos procesos), cabría preguntarse ¿por qué procedimiento se nombraría tutor al incapacitado aragonés? Recuérdese que en la Ley de Jurisdicción Voluntaria se mantiene el expediente de tutela y curatela — Sección 1ª del Capítulo IV del Título I—, pero el legislador aclara en la Exposición de Motivos que se trata del expediente para nombrar tutor «para el menor» y curador «para la persona con discapacidad». Por último, se produce colateralmente un problema en relación con el nombramiento de curador del menor aragonés emancipado —art. 33 CDFA—. Puesto que el Anteproyecto elimina la curatela del menor, que queda como figura exclusiva del mayor con discapacidad, adapta también las normas procesales a esa novedad y, como se ha indicado, aunque se mantiene el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la curatela en la Sección 1ª del Capítulo IV del Título I, resulta solo aplicable en relación con las personas con discapacidad —como ya se ha indicado que explica la Exposición de Motivos del Anteproyecto— y, en concreto, solo cuando, tras tramitarse un proceso de adopción de medidas de apoyo, haya que nombrar un nuevo curador: «el expediente al que se refiere el artículo siguiente solamente será aplicable a la curatela cuando, tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido» —art. 44.2 LJV—. Por lo que se plantea la cuestión del procedimiento a través del cual se nombrará, en su caso, curador al emancipado aragonés. Al respecto, hay que señalar que tal nombramiento no está previsto en el expediente para la concesión judicial de la emancipación: el art. 55 LJV solo prevé que el Juez «resolverá concediendo o denegando la emancipación».”

Concluía la profesora de Mayor del Hoyo anticipando la problemática situación a la que se venía abocados si, entonces en el otoño de 2019, no se adoptaban medidas normativas al respecto:

“Pues bien, alcanzada, como decía, la regulación de un auténtico sistema de capacidad y relaciones tutelares, propio de Aragón, que, aunque ciertamente muy parecido al del Código civil, permitía dejar atrás una regulación parcial y fragmentaria, que originaba problemas de armonización con el Derecho supletorio estatal, se plantea ahora nuevamente la necesidad de una nueva reforma para adaptar ese sistema al nuevo paradigma diseñado por el legislador estatal. Y ello, no porque en puridad deba seguir el modelo del Código civil, sino porque el legislador estatal ha modificado el resto del Derecho privado, aplicable en Aragón, atendiendo a este modelo y sin ser sensible a la



*pluralidad derechos civiles; lo cual, por otra parte, no siempre es fácil en cuanto que la atención a la pluralidad puede dar lugar, en ocasiones, a una complejidad excesiva (por ejemplo con previsiones paralelas, etc.). Son las consecuencias de la necesidad de engarzar conjuntos de normas procedentes de distintos legisladores: mientras los pilares de ambos conjuntos son iguales, no hay problema en que lo construido por uno de los legisladores —el estatal— se aplique sobre pilares del otro conjunto normativo —el foral—; el problema surge cuando se regulan de modo diverso materias básicas. Un cambio en la regulación de los cimientos y, por tanto, de la construcción estatal puede causar problemas para aplicar algunas normas resultantes sobre los cimientos forales. Ello origina que el Derecho estatal arrastre al foral y que, por tanto, la libertad del legislador autonómico se vea, en cierto modo, condicionada. En cualquier caso, el legislador aragonés tiene la última palabra en relación con la adaptación del Código del Derecho Foral de Aragón a la Convención de Naciones Unidas e, íntimamente conectado con ello, con la posible puesta en armonía de este Código Foral con el Derecho estatal resultante, a su vez, de la adaptación. Por lo que solo la historia nos desvelará el devenir de los acontecimientos.”.*

**III.-** Queda patente que tanto el mundo académico como el profesional, e incluso nos atrevemos a decir el jurisdiccional, ha sido consciente de la amenaza de una compleja situación en la aplicación material del Derecho Foral aragonés, en especial en el ámbito procesal, tras la modificación del marco jurídico estatal en la adaptación producida en el mismo a la Convención de Nueva York llevada a cabo por la Ley 8/2021. Tan es así esta preocupación que una de las jornadas de los próximos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en concreto la que se celebrará el próximo 9 de noviembre en Zaragoza, por la Comisión de Coordinación de los mismos, que reúnen ampliamente a los distintos operadores jurídicos aragonesas, se dedicará a afrontar en profundidad la cuestión, encargando a la profesora Dña. Aurora López Azcona la ponencia “*La necesaria reforma del Código Aragonés a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de la personas con discapacidad*”, la cual estará acompañada por el notario D. Adolfo Calatayud y el Magistrado D. Armando Barreda, que incidirán dentro de la cuestión general a tratar por la profesora López Azcona en las implicaciones de las mismas respecto a las actuaciones notariales y jurisdiccionales.

Pero la publicación de la norma estatal, su entrada en vigor efectiva el próximo 3 de setiembre con todos efectos modificativos y derogatorias, lleva a que si bien la jornada prevista para noviembre podrá ser un magnífico instrumento de reflexión jurídica y puesta



en común de reflexiones sobre la situación de la cuestión , en la práctica se haga necesario con carácter urgente adoptar medidas, o cuando menos posicionamientos concretos, que no produzca la incertidumbre, cuando no el vacío, en cuanto a qué normas se deben aplicar.

**IV.-** La *vacatio legis* de la norma estatal de tres meses, nos lleva a que en setiembre de este año los juzgados y profesionales del derecho deban aplicar, y los ciudadanos verse por ellas afectados, las normas positivas de Derecho Aragonés en materias de competencias exclusiva aragonesa: capacidad por la razón de la edad, incapacidad e incapacitación, relaciones tutelares, efectos de la filiación, etc.

Han sido muchos los trabajos realizados al respecto de forma parcial en busca de enmarcar las posibles actuaciones y los instrumentos para afrontar las mismas que puedan ser utilizados. Destaca en este sentido el trabajo, a fecha de hoy pendiente de publicar, firmado por una de las mayores autoridades en materia de Derecho Foral Aragonés, como lo es la catedrática de Derecho Civil, Dña. Carmen Bayod López, en el trabajo titulado: *“Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los derechos civiles territoriales”* (dentro de la obra colectiva: *“Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas legislativas”*, dirigida por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2021), en el que junto al estudio de las muchas implicaciones de derecho material, dedica un importante apartado a las consecuencias procesales de la reforma estatal, concluyen, en lo que respecto a la afección que las mismas pueden producir en la aplicación del derecho aragonés, e incluso proponiendo soluciones de *lege ferenda*:

**“... 4.4.1. El punto de partida: Las normas de Derecho transitorio: ¿a quién se dirige la reforma procesal?”**

*El Derecho transitorio es el conjunto de normas que regulan la sucesión de las leyes en el tiempo designando los criterios de aplicación entre la ley nueva y la derogada al caso concreto. Estas normas de conflicto deben ser aplicadas por el juez de oficio, como parte de su tarea en la determinación del Derecho aplicable. La Ley 8/2021 incluye seis Disposiciones transitorias, todas ellas dirigidas a poner en marcha la modificación operada en el Código civil y el tránsito de un sistema sustantivo presidio por la modificación de la capacidad de las personas a otro en el que tal posibilidad ha dejado de existir en todo caso. Pero esta reforma sólo afecta al Derecho civil estatal y a su procedimiento, pero no al resto de los Derechos civiles españoles, que no han sido tenidos en cuenta. En efecto, el propio título de esta norma: Ley 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, pone en evidencia que esta reforma, incluida la procesal, sólo puede ponerse en relación con la reforma civil estatal y así parece deducirse del Preámbulo de la Ley al afirmar a este respecto que “En cuanto al régimen transitorio, se ha optado por una fórmula flexible, según la cual como regla general, las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la nueva Ley desde su entrada en vigor y se establece una amplia legitimación para solicitar de la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con arreglo al sistema anterior. La revisión también se podrá producir de oficio”. Nada de esto se produce respecto del resto de los Derechos civiles territoriales en los que nada ha cambiado, todavía.*

*Las DDTT primera, segunda, tercera y cuarta, se refieren en exclusiva al Código civil y no al resto de los Derechos civiles españoles<sup>1</sup>. La quinta y la sexta, Revisión de las medidas ya acordadas y Procedimientos en tramitación, sólo pueden referirse a la modificación sustantiva estatal; por ello, inaplicables al resto de los Derechos civiles españoles, ya que ellos no varían, como he señalado.*

*Ahora bien, dicho esto no es fácil establecer qué harán el resto de los Derechos civiles españoles una vez que entre en vigor la reforma procesal en la que se deja de hablar de procedimiento de incapacitación.*

<sup>1</sup> Recuérdese que el Dictamen del Consejo de Estado afirma que “la reforma proyectada del Código Civil se entiende sin perjuicio de las disposiciones que puedan aprobarse en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución y los correspondientes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación la proyectada ley con carácter supletorio”, y creo lo mismo debemos afirmar de la reforma procesal pues se hace al servicio de dicha reforma sustantiva estatal y con una evidente deslealtad con el resto de los Derechos civiles españoles.





**4.4.2. ¿Pueden seguir siendo de aplicación los Capítulos I y II del Título I del Libro IV de la Lec. referidos a “Procesos de capacidad sobre las personas” en Aragón?**

*La respuesta no es fácil. Sería sencilla si el legislador estatal, en el ámbito de sus competencias (art. 149.1.6º CE), hubiera previsto esta situación, declarado expresamente que esta reforma procesal sólo afecta a la regulación del Código civil y no al resto de los Derechos civiles españoles. Con todo, e igualmente, creo que esta debe ser la respuesta que debemos ofrecer porque esta ley tiene por objeto la reforma de la “legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, pero tan sólo en el ámbito de la competencia civil del Estado.*

*Por ello considero que estas normas deben seguir siendo aplicables al resto de los Derechos civiles españoles, que no han visto modificado su sistema civil al que va añadido, y a su servicio, el procedimiento necesario para llevarlo a cabo.*

*Para conseguir aplicar el procedimiento civil modificado por esta ley se me ocurren varias ideas:*

- 1. Que la Cortes aragonesas en el ejercicio de su competencia en materia procesal derivada de las particularidades del derecho sustantivo (art. 149.1. 6ª CE y art. 71.3ª EAArg.) aprueben una disposición legal que se remita a los preceptos modificados de la Lec. y LJV indicando su vigencia para Aragón.**



***Considerar, directamente, que dichos preceptos son aplicables en Aragón a través de la llamada que a los mismos hace el Derecho sustantivo vigente, que no ha variado y se desarrolló teniendo en cuenta dicha regulación procesal. Para ello, bastaría recordar que las normas derogadas siguen siendo válidas y forman parte del ordenamiento jurídico<sup>2</sup>, siendo aplicables si las llama el Derecho transitorio (art. 2 Lec.), pero también, en un sistema complejo, dichas normas pueden y deben, con mayor razón, volver a penetrar en el sistema a través de la llamada que a ellas haga un Derecho civil vigente que se servía de las mismas, y no siendo competente para dictarlas, deben mantener su aplicabilidad las normas derogadas<sup>3</sup>.***

***2. Si las Cortes de Aragón no actúan y no nos convence el argumento anterior, creo que la única solución sería recurrir al procedimiento declarativo ordinario que por la cuantía corresponda cuando no haya previsto uno especial, como es el caso, respecto del procedimiento de incapacitación (art. 248 Lec.). Con todo, al afectar el proceso a la capacidad de las personas, creo que cabría defender que estamos ante una materia que afecta a derechos fundamentales de la persona y en todo caso ante un asunto cuyo interés económico es imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo, por lo que habría que seguirse el trámite del juicio ordinario art. 249.1. 2º y 2 Lec.”.***

2. Sobre estas cuestiones en las que no puedo entrar vid. AGUILÓ REGLA, «La derogación en pocas palabras», AFD, XI, 1994, págs. 407-418, DELGADO ECHEVERRÍA, «Las normas derogadas. Validez, vigencia y aplicabilidad», Derecho Privado y Constitución, 2003, págs. 197 a 252.
3. Obsérvese que la regulación de la incapacitación, al ser desconocida en el Cc., se presenta ahora como una especialidad del Derecho civil aragonés, lo que permitiría su regulación procesal; por ello, y para ahorrar trámites, afirmemos que el Derecho vigente, en un Estado civil complejo, en el ámbito de sus competencias puede llamar al Derecho derogado, como lo hacen las normas transitorias.



**V.-** Del informe remitido por el Gobierno de Aragón, se deduce le consta a nuestro ejecutivo la importancia que el tema objeto de este expediente presenta, tanto en cuanto al fondo de la cuestión, como a los plazos en los que en su caso deberán adoptarse decisiones al respecto. Compartimos que debe ser el órgano consultivo con el que cuenta nuestro ordenamiento autonómico, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, compuesta por excelentes profesionales conocedores de las particularidades de nuestras instituciones civiles, la que debe pronunciarse a la mayor celeridad posible sobre las que a su criterio deban ser las actuaciones normativas modificativas o de nueva

creación a dictarse, pero no podemos olvidar que la realidad nos enfrenta, como queda dicho, ante una situación de urgente necesidad (la entrada en vigor de la norma estatal con todas sus consecuencias en cuanto a derecho positivo y procesal será en septiembre), bien respecto a la determinación del marco procesal en el que deba aplicarse en su caso las instituciones que siguen estando vigentes en nuestro derecho civil propio, bien en cuanto a la reforma o nueva regulación de instrumentos tanto de derecho material como procesal, para los que sería competente el ejecutivo aragonés en su impulso e implementación, y en última instancia el legislativo aragonés, haciendo uso de las competencias y facultades que nuestro Estatuto de Autonomía les otorga, en especial la posibilidad de utilización de la figura del decreto ley que el artículo 44 del citado Estatuto otorga al Gobierno de Aragón para supuestos de necesidad urgente y extraordinaria, y aún la propia facultad legislativa que ostentan las Cortes de Aragón en materia procesal cuando la misma venga derivada de las particularidades del derecho sustantivo, ex artículo 149.1.6º de la Constitución española y 71.3º del Estatuto de Autonomía aragonés.



EL JUSTICIA DE ARAGÓN

### III.- RESOLUCIÓN

Por todo ello, **RESUELVO:**

1º. Realizar **SUGERENCIA** al Gobierno de Aragón, en comunicación a su Vicepresidencia, para que, previo dictamen de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y con carácter urgente, utilizándose en su caso la figura del Decreto Ley, se proceda dotar al ordenamiento jurídico aragonés de instrumentos normativos que permitan la aplicación de las particularidades de nuestro Derecho Foral en materia de capacidad jurídica y figuras anexas y accesorias, ante la entrada en vigor de la 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 .

2º. Dar traslado de esta resolución a las Cortes de Aragón para su información y, en su caso, adopción de medidas en virtud de lo en ella expuesto.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comunique si acepta o no la Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.



P.A. Javier Hernández García  
Lugarteniente del Justicia