

Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil*

Children with disabilities and the visiting arrangement, communication and stays after the reform of article 94 in the Spanish Civil Code

por

ESTHER TORRELLES TORREA
Profesora Titular Universidad
Universidad de Salamanca

RESUMEN: El establecimiento de un régimen de visitas tras una crisis matrimonial tiene un nuevo enfoque en el artículo 94 del Código Civil cuando existen hijos con discapacidad mayores de edad. Era una laguna legal

* El presente trabajo se desarrolla en condición de miembro investigador del GIR «Persona y consumo. Protección de colectivos vulnerables», reconocido el 18 de octubre de 2018, cuyo investigador responsable es José Antonio Martín Pérez. Se enmarca en el proyecto de investigación «Discapacidad y dependencia: retos para potenciar la autonomía de todas las personas», (SA065G19), Junta de Castilla y León.

Agradezco a las Prof.^a M.^a Paz GARCÍA RUBIO y Antonia NIETO ALONSO, las valiosas observaciones que me han facilitado en la interpretación del artículo 94 del Código Civil.

que la jurisprudencia fue subsanando, ya fuera estableciendo una analogía con los menores o incapacitados, ya fuera exigiendo el inicio de un proceso de incapacitación en el que se proveyeran tales visitas. El nuevo artículo 94 del Código Civil concede un protagonismo especial a la persona con discapacidad, pues con la ayuda de apoyos, si es preciso, pretende tener presente su voluntad, deseos y preferencias.

ABSTRACT: The establishment of a visiting regime after a marital crisis has a new approach in artículo 94 del Código Civil when there are children of legal age with disabilities. It was a legal lacuna that case law was filling in, either by establishing an analogy with minors or disabled persons, or by requiring the initiation of a process of incapacitation in which such visits would be provided for. The new artículo 94 del Código Civil grants a special role to the person with a disability, since with the help of support, if necessary, it is intended to take into account his or her will, wishes and preferences.

PALABRAS CLAVES: Discapacidad. Visitas. Comunicación y estancia. Derecho de audiencia. Interés superior de la persona con discapacidad. Voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

KEY WORDS: *Disabled persons. Visiting arrangement. Right to a hearing. The best interests of the disabled person. Wills, desires and preferences of the disabled person.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS.—III. LA REFORMA DE LA DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.—IV. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. NOVEDADES DEL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL: *A) Derecho de visita, comunicación y estancia entre padres e hijos mayores de edad con discapacidad. B) Límite y suspensión del derecho de visitas, comunicación o estancia. C) Derecho de comunicación y visita del hijo mayor de edad con discapacidad con hermanos, abuelos, parientes y allegados.* 2. UNA AUSENCIA. 3. LA PREVIA AUDIENCIA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL *VERSUS «LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS».*—V. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS ENTRE PADRES/HIJOS CON DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA: 1. LA DISCAPACIDAD DE LOS HIJOS Y EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS EN LA JURISPRUDENCIA. 2. LA DISCAPACIDAD DE LOS PROGENITORES Y EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y

ESTANCIAS EN LA JURISPRUDENCIA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Las relaciones entre padres e hijos acostumbran a desarrollarse sin excesivos problemas en situaciones de normal convivencia familiar, sin embargo, en situaciones de crisis matrimoniales o conflictos familiares es preciso tomar medidas para preservar esas relaciones consideradas fundamentales para el desarrollo de la personalidad de las partes implicadas. Si a ello se añade que alguna de las partes sufre una discapacidad, resulta preciso evitar convertir a estas personas en «meros sujetos pasivos»¹.

Por una parte, las crisis matrimoniales, en cuanto ponen fin a una comunidad de vida, generan la existencia de unos intereses comunes que surgieron durante el matrimonio y que algunos perdurarán con posterioridad. Cuando existen hijos son diversos los efectos que se generan y es preciso redefinirlos: cómo se ejerce la patria potestad, la atribución del uso de la vivienda, la pensión de alimentos, etc. De los múltiples efectos que se desencadenan nos interesa el régimen de visitas, comunicación o estancias del progenitor que no tenga la custodia o conviva con ellos. En concreto nos centraremos en los regímenes de comunicación y estancia entre padres e hijos con discapacidad.

Por otra parte, en los últimos años observamos también, en el ámbito jurisprudencial, la problemática generada por parte de algunos de los hijos que solicita un régimen de visitas respecto a los padres con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares entre los que, según la derogada regulación de la incapacidad, fueron nombrados tutores, cuidadores o guardadores de hecho de los mayores con discapacidad (normalmente asume ese rol un hijo), y los restantes hijos de la persona con discapacidad. Estos conflictos no estaban previstos legalmente ni lo están en la nueva reforma de la discapacidad y quizás sería oportuno pensar en ello.

En ambos casos (crisis matrimoniales o familiares), nuestro foco de atención lo centraremos en las personas con discapacidad y en la *Ley 8/2021 de 2 de julio 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* (en adelante Ley 8/2021). A semejanza de los *pentimentos*, esa alteración de un cuadro que manifiesta el cambio de idea del artista acerca de aquello que estaba pintando, la Ley 8/2021 se nos presenta como un auténtico *pentimento jurídico* respecto a la incapacidad, institución cubierta, oculta y aniquilada por una nueva visión e interpretación de la discapacidad a raíz de la Convención de Nueva York de 2006. La exposición de motivos

es contundente al afirmar que se impone «*el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones*». Posiblemente serán visibles aún pinceladas de la incapacitación en alguna parte de nuestro ordenamiento, borrosas y diluidas, pero en otras ocasiones cubiertas ya del todo por el nuevo enfoque de la discapacidad².

En el presente trabajo, nos centraremos en dos cuestiones: la fijación de un régimen de visitas, comunicación o estancias, y la discapacidad de alguna de las partes implicadas. Ambos temas confluyen en el artículo 94 del Código Civil. Por ello, en las páginas que siguen se introducirán unas ideas sobre estas dos premisas, para poder analizar el actual artículo 94 del Código Civil tras la reforma y terminar con un análisis jurisprudencial sobre el tema. Cabe informar que el nuevo artículo 94 del Código Civil se ha recurrido por inconstitucional³.

Antes de cerrar esta presentación, queremos advertir sobre una cuestión terminológica del artículo 94 del Código Civil. Observamos el uso indistinto y sin coordinación de los derechos de visitas, estancia o comunicación. Unas veces se hace referencia solo al régimen de visitas, otras, al derecho de visitas o comunicación, otras, al régimen de visitas, comunicación o estancias, etc. Se analizarán cada uno de estos derechos en apartados siguientes y a lo largo del trabajo se respetará la terminología usada por el legislador. Por otra parte, llama la atención la alusión que se hace al hijo «emancipado» en el apartado 2 del artículo 94 del Código Civil («respecto a los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados»), sin repetirse en el resto del articulado la mención al emancipado. Cuando se cita al emancipado se vincula con los hijos con discapacidad, distinguiendo en el artículo 94.2 del Código Civil los que son mayores de edad de los que están emancipados. Si el legislador optó por resaltar la posibilidad de que una persona con discapacidad puede estar emancipada debería hacer referencia a dicha emancipación en todos los apartados, especialmente en el apartado sexto en el que se hace referencia expresa al mayor con discapacidad.

II. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS

Una de las medidas que debe tomarse en el caso de crisis matrimonial, es la referente a la forma en que los hijos deben convivir con los padres y cómo deben relacionarse con aquel con el que no estén conviviendo⁴. Nuestro ordenamiento admite la posibilidad de la custodia compartida⁵, siendo, además, posible, aunque excepcional, encomendar la guarda de los

hijos a los abuelos o a otros parientes o personas próximas. En todos estos escenarios será preciso determinar el régimen de visitas, comunicación y estancia.

El régimen de visitas, comunicación y estancia supone la fijación del tiempo, modo y lugar del ejercicio por parte del progenitor no custodio del derecho que tiene de relacionarse con sus hijos⁶. Con el establecimiento de un régimen de comunicación o estancia se pretende facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos, de tal modo que se cubran las necesidades afectivas y educativas de los hijos, y se fomenten las relaciones paterno y materno filiales, manteniendo la corriente afectiva entre padres e hijos a pesar de la separación o divorcio⁷.

El derecho a relacionarse padres e hijos está vinculado con el régimen de guarda y custodia que pactan los progenitores o acuerda el juez, y su razón de ser reside en la imposibilidad «metafísica de que los hijos simultáneamente convivan con su padre y con su madre; es la otra cara de la moneda de la guarda»⁸.

Este derecho a mantener relaciones padres/hijos se configura como un derecho-deber, lo que implica que el derecho de visitas, comunicación o estancia no supone satisfacer el deseo del progenitor no custodio, sino que implica atender las necesidades afectivas y educativas de los hijos para que tengan un desarrollo armónico y equilibrado, siempre que sea beneficioso para salvaguardar sus intereses⁹.

Si los padres ejercen conjuntamente la patria potestad, el régimen de visitas, comunicación y estancias será la vía a través de la cual el progenitor no custodio podrá velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una educación integral (art. 154 CC). En el supuesto de que el ejercicio de la patria potestad se otorgue en exclusiva a uno solo de los progenitores, este derecho implicará fomentar la relación humana y la corriente afectiva entre el progenitor e hijo. Si concurren circunstancias relevantes que afectan al interés superior del menor, el juez podrá limitar o suspender el régimen de visitas, comunicación y estancia. En tales casos el juez podrá restringir dicho régimen o declarar su suspensión.

A nivel jurisprudencial, como señala la STS de 28 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4281/2016) «el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos».

En cuanto al contenido del derecho de comunicación y estancia suele considerarse que incluye varias situaciones con diverso alcance:

— El derecho de comunicación: Es de menor intensidad que la visita o estancia. Supone el contacto que tiene lugar entre padres e hijos cuando

no están en contacto físico o cuando no proceden visitas o estancias, o durante el periodo de tiempo entre estas visitas o estancias. La comunicación puede canalizarse de diversas formas: por whatsapp, teléfono, video llamada, mail, etc.

— El derecho de visita propiamente dicho. Por lo general suele desarrollarse en los domicilios de los padres, aunque existen excepciones. Los casos polémicos suelen ser, por ejemplo, los supuestos de enfermedades de los menores que les impiden desplazarse al domicilio de los progenitores no custodios (SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2015, Roj: SAP M 17567/2015). Estas visitas suelen ir acompañadas con pernoctaciones breves (fines de semana o intersemanales)

— La estancia: son las que se desarrollan habitualmente en el domicilio del progenitor que no tiene la guarda y custodia, aunque puede ser en otros lugares. Implica tenerlos en su compañía. La expresión visita y estancia se suelen considerar sinónimos¹⁰. Sin embargo, suele hacer referencia a relaciones que se desarrollan durante cierta prolongación temporal (periodos de vacaciones de los hijos, Navidades, Semana Santa, etc.).

Respecto al tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visita, comunicación o estancia, depende de múltiples circunstancias y situaciones (edad de los hijos, actividad laboral de los padres, etc.).

La discapacidad de los hijos o de los progenitores no debe considerarse una «circunstancia relevante»¹¹ que justifique la suspensión o limitación del régimen de visita, comunicación o estancia. Puede suponer una adaptación de las circunstancias, como se verá más adelante, pero en ningún caso un motivo de suspensión o restricción, excepto que existan motivos adecuadamente fundamentados para hacerlo, resultando beneficioso para la persona con discapacidad¹². Es más, con la anterior regulación, el hecho de que el hijo tuviera una discapacidad, podía reforzar o intensificar las instituciones de guarda, si era necesario. Es llamativa la SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018 (Roj: SAP CO 1/2018), en la que la madre, que ejercía la guarda y custodia exclusiva del hijo con discapacidad, solicita la guarda y custodia compartida para lograr una mayor implicación del padre y es admitida por el juez a pesar de no ser lo que quería el padre y la negativa inicial del hijo con discapacidad. Se toma en consideración la evolución negativa apreciada en el hijo con discapacidad estando solo con la madre, la necesidad de mayor atención, el riesgo de diferencias entre hermanos «lastradas por la actual situación sostenida de un régimen de custodia exclusiva, que no ha servido para un mejor entendimiento de las partes, (...) y necesidad de un cambio de alcance de tales circunstancias, apreciadas las posibilidades e idoneidad de ambos padres a estos efectos, justifican el cambio hacia el régimen de custodia compartida».

III. LA REFORMA DE LA DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Si pretendemos analizar las relaciones personales de los padres con los hijos en los supuestos de crisis matrimoniales o familiares y en los casos en que alguna de las partes sufra alguna discapacidad, será preciso hacer una breve referencia a la regulación de la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico. Hasta la promulgación de la Ley 8/2021 nuestro ordenamiento solo contemplaba la incapacitación o la modificación judicial de la capacidad de obrar con el propósito de solventar la necesidad de adaptar la capacidad de la persona en aquellos casos en que estuviera afectada por una enfermedad o deficiencia que le impidiera gobernarse por sí mismo (antiguo art. 200 CC). La situación específica de cada persona se valoraba judicialmente para «graduar» la incapacidad y determinar el régimen de guarda al que debía quedar sometida. La modificación judicial de la capacidad se configuraba como un instrumento de protección de la persona que no estaba en condiciones de actuar por sí mismo. Las personas afectadas por una discapacidad sufren disfunciones que obstaculizan su aptitud para ejercitar válidamente actos con trascendencia jurídica, y en estos casos se optaba por la aprobación de medidas protectoras, las cuales podían implicar modificaciones de la capacidad de obrar y el desplazamiento de estas personas del tráfico jurídico.

A pesar de la flexibilidad conseguida con una declaración de incapacidad graduable, el sistema era demasiado drástico y era discriminatorio mantener la dualidad entre capaces e incapaces, incapacitados o susceptibles de incapacitación, como únicas opciones previstas legalmente¹³. Este sistema ya generó durante su vigencia gran debate, especialmente el referente a determinar si realmente la incapacitación constituía el sistema de protección más adecuado, o si debían buscarse otras fórmulas para las personas afectadas por una discapacidad¹⁴.

El cambio de paradigma fue auspiciado por la Asamblea General de la ONU, en resolución 61/106 de 13 de diciembre de 2006, con la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con discapacidad —en adelante, Convención de Nueva York—, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. La convención pretende generar una reflexión acerca de mecanismos más flexibles de actuación y protección de las personas con discapacidad, de modo que permitan que sea potenciada su capacidad¹⁵.

A raíz de estos planteamientos de la Convención, la doctrina reaccionó para plantear una reforma del sistema tuitivo, utilizando instrumentos de protección sin necesidad de recurrir a la incapacitación. A nivel jurisprudencial la STS de 7 de julio de 2014 (Roj: STS 2622/2014) ya afirmaba que «estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la

Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad»¹⁶. Esta ha sido la hoja de ruta del legislador español en la Ley 8/2021.

La nueva regulación de la discapacidad ha apostado por la «desjudicialización». Aunque las garantías que otorgaba el control judicial pudieran ser beneficiosas, era conveniente pasar a un nuevo modelo en el que desapareciera el procedimiento de incapacitación, evitando someter a la persona con discapacidad a un proceso judicial que juzgara y decidiera sobre sus capacidades y habilidades.

La base de la reforma parte de la premisa de que la *protección* no puede seguir basándose en la *sustitución* de su *capacidad de obrar*¹⁷, *capacidad de obrar* que deja de existir como concepto paralelo a la antigua capacidad jurídica, surgiendo como concepto único y distinto el de la *capacidad jurídica*¹⁸.

Esta es, además, la tendencia en los países de nuestro entorno, que en los últimos años han afrontado reformas para suprimir o reducir el ámbito de la incapacitación por considerarlo un instrumento demasiado drástico y poco respetuoso con la actual perspectiva de la dignidad de la persona y de su *capacidad*¹⁹ (entre otros, Alemania²⁰, Francia²¹, Italia²², Quebec²³, etc.). Junto a ello, se incorporan medidas con la finalidad simplemente de apoyar o asistir a las personas afectadas por determinadas discapacidades²⁴.

La figura del apoyo se convierte en pieza fundamental del sistema. Y en este sentido, el artículo 12.3 de la Convención establece que los Estados es preciso que adopten las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que necesitan en el ejercicio de su *capacidad jurídica*²⁵. Exige que las medidas de apoyo sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona y, a su vez, que las salvaguardas que se establezcan sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas²⁶.

La Convención potencia la distinción o el distanciamiento entre las medidas de apoyo en el ejercicio de la *capacidad* y las medidas sustitutivas del ejercicio de la *capacidad jurídica*. El modelo de apoyo que complementa pero no sustituye el ejercicio de la *capacidad jurídica* es la regla, convirtiendo en muy excepcional las medidas con funciones representativas o de sustitución del ejercicio de la *capacidad de la persona*²⁷.

Hay un aspecto importante que cabe resaltar en esta materia y es el relativo a la idea del «interés superior de la persona con discapacidad», que desaparece como referente. Como nos advierte GARCÍA RUBIO «el modelo del «interés superior» o del «mejor interés» de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de «la mejor interpretación posible de su voluntad y de sus preferencias». Por consiguiente, el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas,

puesto que las personas con discapacidad no son menores de edad, y lo que vale para estos no es aplicable para aquellas»²⁸.

En la misma línea PAU PEDRÓN²⁹, señala que «la protección o el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo —«en interés de las personas con discapacidad»—, sino de un modo subjetivo —«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona»». Este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo detrás de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». (...) la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo paternalista que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo atento (a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona), que se produce de abajo hacia arriba. Y es más: cuando esa «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada “voluntad, deseos y preferencias”».

Otra novedad relevante en nuestro ordenamiento jurídico es la figura de las salvaguardas, cuya finalidad es velar por el respeto a los deseos, voluntad y preferencias de la persona, obligando a realizar el esfuerzo necesario para determinarlos (el art. 249.3 CC se refiere a un «esfuerzo considerable»). Sin embargo, habrá ocasiones en las que, a pesar de haber realizado un «esfuerzo considerable» (art. 249.3 CC), no será posible descubrir esos deseos, voluntades y preferencias, en cuyo caso no se acudirá al «interés superior de la persona con discapacidad», sino que deberá acudirse a la «mejor interpretación posible de su voluntad o preferencias». Y excepcionalmente, cuando no sea posible determinar esa voluntad, deseos y preferencias, solo entonces «las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas», cuyo ejercicio deberá tener en cuenta «la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación» (art. 249.3 CC). Por tanto «el interés superior», no es una salvaguarda.

Como señala GARCÍA RUBIO dos son las consecuencias del artículo 249.2 del Código Civil: la primera, que la representación por parte del encargado de proveer el apoyo de la persona con discapacidad es la excepción a la regla, y la segunda, que incluso en esta situación representativa «no hay, en puridad, sustitución de la voluntad del representado por parte del representante, pues este último no puede actuar según su propio criterio, por más que este se inspire en el beneficio de su representado. Muy al contrario se trata de que el titular del apoyo se comporte como un asistente transmisor de la voluntad de la persona con discapacidad». Y cuando esta voluntad no pueda concretarse por parte de quien presta el apoyo «deberá

reconstruirla teniendo en cuenta la trayectoria vital, las creencias y valores de la persona con discapacidad, así como los factores que hipotéticamente esta habría ponderado (las llamadas *sedimented life preferences*) para adoptar la decisión de que se trate»³⁰.

El camino hacia la nueva ley no ha sido fácil³¹ y ha supuesto la elaboración de diversos proyectos legislativos a los que en el presente trabajo también se aludirá, especialmente, al *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, de 21 de septiembre de 2018 (en adelante Anteproyecto 2018) y el *Proyecto de 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*, de 17 de julio de 2020 (en adelante Proyecto 2020). Sin olvidar los nuevos matices y apartados aprobados en el Senado el 11 de mayo de 2021.

Es evidente que, en buena lógica, la entrada en vigor de la Convención debía provocar una revisión tanto de la forma como del contenido del procedimiento de incapacitación y de las instituciones de guarda³². No es objeto del presente trabajo realizar un análisis de las interesantes modificaciones acaecidas³³, que han logrado «incapacitar» el sistema legal existente antes de la Ley 8/2021. Nos centraremos en un aspecto concreto como es el régimen de comunicación y estancia cuando existen personas con discapacidad. Si el objetivo de la Ley 8/2021 ha sido garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad³⁴, repercute en múltiples ámbitos del ordenamiento jurídico, entre ellos el régimen de comunicación y estancia en supuestos de crisis matrimoniales. Con ello se ha conseguido visibilizar a las personas con discapacidad y tenerlas presentes en cualquier ámbito en el que se desenvuelvan.

IV. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL

Uno de los preceptos que ha sido reformado por la Ley 8/2021, es el artículo 94 del Código Civil. Resulta significativo observar la redacción propuesta del artículo 94 del Código Civil en los trabajos previos a la versión definitiva (en concreto, en el Anteproyecto 2018, en el Proyecto de 2020, sin olvidar importantes enmiendas aprobadas en el Senado el 11 de mayo de 2021), incorporando aspectos alejados de la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a la Convención³⁵.

El artículo 94 del Código Civil incorpora como novedades, respecto a su redacción anterior, la referencia a los hijos «con discapacidad mayores de edad o emancipados», cuando haya que determinar el régimen de comunicación y estancia con el progenitor que no los tenga consigo, o con

los hermanos, abuelos, parientes o allegados. Pero lo que ha generado más polémica ha sido la incorporación de los apartados cuarto y quinto en su tramitación última en el Senado, que viene a introducir un límite que opera de forma automática respecto al derecho de visitas, comunicación y estancia, cuando el progenitor está incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o hijos, o cuando aún no se hayan iniciado actuaciones penales, si la autoridad judicial advierte la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Asimismo, el límite también opera si el progenitor está en prisión por los delitos señalados³⁶.

A continuación, procederemos a realizar unas reflexiones sobre las novedades incorporadas y sobre una ausencia.

1. NOVEDADES DEL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL

A) Derecho de visitas, comunicación y estancia entre padres e hijos mayores de edad o emancipados con discapacidad

Tras un primer apartado relativo a la determinación por parte de la autoridad judicial del tiempo, modo y lugar en el que se desarrollará el régimen de comunicación y estancia respecto de los hijos menores, se añade un segundo apartado al artículo 94 del Código Civil referente, exclusivamente, al establecimiento de dicho régimen respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados: «*Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio³⁷, que se establezca el modo³⁸ en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior*

El hijo con discapacidad es una persona mayor de edad o emancipado que puede precisar de apoyo para tomar la decisión respecto al régimen de visitas, comunicación y estancias con el progenitor no custodio con el que no convive. No puede tomar la decisión por sí solo sin ayuda de alguien que le informe y oriente sobre lo que implica un régimen de visitas, comunicación o estancias.

El Anteproyecto de 2018 se expresaba de otro modo: «*Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos*». Aunque el mensaje es el mismo que en el proyecto de 2020 y que en la redacción actual, con la expresión utilizada en el anteproyecto se enfatizaba y pronunciaba más la discapacidad del hijo, siendo en este sentido más peyorativo. En cambio, la redacción actual, pone el foco en el apoyo y resulta más respetuoso con la persona con discapacidad.

Veamos algunos de los supuestos que pueden plantearse cuando se solicita un régimen de visitas, comunicación y estancias con un hijo mayor de edad con discapacidad:

—Primer supuesto: Puede suceder que el hijo sea una persona con discapacidad mayor de edad que no necesita apoyos. En estos casos no es necesario establecer judicialmente un régimen de visitas, pues, si estaban establecidas, quedan extinguidas con la mayoría de edad y, si no están establecidas, tampoco procede establecerlas, pues ya es mayor de edad y se ha extinguido la patria potestad. Los hijos y los progenitores tienen plena autonomía para establecer sus relaciones personales como consideren más oportunas. Así pues, el hijo mayor de edad con discapacidad es igual que cualquier otro hijo mayor de edad. En estos casos, pues, el juez no puede establecer un régimen de visitas y comunicación y no procede la aplicación del artículo 94.2 del Código Civil.

Puede darse el caso de un hijo emancipado con discapacidad que no necesita apoyos. Será tratado como cualquier hijo emancipado, por lo que el juez, para determinar el régimen de visitas, comunicación y estancias, en el derecho de audiencia tendrá en cuenta su voluntad, deseos y preferencias y además podrá tener presente, si es preciso, el interés superior del menor (pero por ser aún menor, no por su discapacidad).

—Segundo supuesto: Es posible que el hijo con discapacidad, mayor de edad o emancipado, precise de una medida de apoyo para tomar la decisión. A ello pretende dar respuesta el 94.2 del Código Civil, con un régimen distinto de los menores. En este caso:

a) Si los progenitores han acordado en el convenio regulador un régimen de visitas, comunicación y estancia, siempre será necesario tener presente la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad mayor de edad o emancipado. Y en el caso de que el hijo con discapacidad cuente con una medida de apoyo que no sean sus padres (hermanos, tíos, abuelos...), el hijo podrá tomar dicha decisión con la ayuda de este apoyo (art. 249.2 CC). Pero no es a este supuesto al que se refiere el artículo 94.2 del Código Civil, pues este artículo se activa cuando no existe acuerdo entre los progenitores.

b) Si no hay convenio regulador, si los padres no se han puesto de acuerdo sobre el régimen de visitas y estancias, entra la previsión del artículo 94 del Código Civil y es la autoridad judicial la que tiene que tomar la decisión. Pero en estos casos pueden darse tres escenarios distintos:

— Que el hijo con discapacidad, aún necesitándola, no tenga establecida una medida de apoyo. En este caso puede resolverse la cuestión de

dos formas: o es el mismo juez el que toma la decisión contando con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o el juez nombrará un defensor judicial.

— Que la medida de apoyo corresponda a sus padres (sería el caso en que los padres o alguno de ellos ya actúan como guardadores de hecho o curadores). En este supuesto puede generarse un conflicto de intereses con los padres, en cuyo caso, como antes, o es el mismo juez el que toma la decisión contando con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o bien el juez nombrará un defensor judicial.

— Que el hijo tenga una medida de apoyo que no son sus padres (por ejemplo, un hermano, primo, novia, vecino...). En este caso el que debe tomar la decisión es la persona con discapacidad con su apoyo (que no son sus padres).

En todo caso, recordemos que la norma obliga al juez a escuchar a la persona con discapacidad mayor de edad: «*La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal*» (art. 94.3 CC)³⁹. Nos llama la atención que el precepto no alude a la necesidad de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad⁴⁰. Aunque también debemos destacar que el juez, en esta audiencia previa, se convierte en un apoyo atípico o en sentido amplio, distinto a las medidas de apoyo tipificadas en el 250 del Código Civil⁴¹. Y como tal, y siguiendo el artículo 249 del Código Civil, tendrá en cuenta esa voluntad, deseos y preferencias, pues afirma que «*Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro*

Por tanto, el juez deberá escuchar al hijo con discapacidad y determinar sus deseos, voluntad o preferencias en dicha audiencia. Esta «audiencia del hijo» debe ir encauzada a que el juez tome conciencia de la situación de la persona con discapacidad para poder prestarle apoyo, y a determinar sus deseos o preferencias, a la vez que supone una garantía de seguridad⁴². La función del Ministerio Fiscal debe ir orientada a la misma finalidad: determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada mayor de edad o emancipada⁴³.

B) Límite y suspensión del derecho de visita, comunicación o estancia

a) Límite o suspensión del régimen de comunicación o estancia de carácter opcional por parte de la autoridad judicial

Si bien el progenitor no custodio tiene el derecho de comunicación y estancia respecto a sus hijos, el apartado tercero, segunda parte, del artículo 94 del Código Civil, advierte que la autoridad judicial podrá limitar o suspender dicho derecho en dos supuestos: si se dieran «circunstancias relevantes» que así lo aconsejen o «se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial»⁴⁴. Estamos, pues, ante una excepción al derecho de comunicación y estancia de carácter facultativo por parte de la autoridad judicial.

Hay un cambio respecto a la redacción anterior del artículo 94.1 del Código Civil en la cual se permitía también limitar o suspender las visitas en los dos supuestos descritos. Pero respecto al primero las circunstancias que aconsejaban la suspensión o limitación debían ser «graves». Actualmente, dichas circunstancias deben ser «relevantes», por lo que se suaviza o atenúa la exigencia⁴⁵. Podría ser relevante, por ejemplo, la negativa del hijo mayor de edad con discapacidad a un régimen de visitas, por no ser ese su deseo o voluntad. Este cambio da mayor autonomía al juez y más facilidades para configurar el régimen de visitas. Es él el que debe determinar cuándo son relevantes las circunstancias que exigen una limitación o suspensión de las visitas, teniendo presentes los deseos y preferencias del hijo con discapacidad a quien habrá tenido ocasión de escuchar dada la necesidad de la previa audiencia que exige el apartado tercero primera parte del artículo 94 del Código Civil.

Sin embargo, determinar que las circunstancias sean relevantes o no, puede generar, a su vez, cierta incertidumbre. En concreto, dichas circunstancias relevantes no pueden fundarse en la pendencia de un proceso penal, pues este caso está previsto en el artículo 94.4 y 5 del Código Civil, ni en el incumplimiento grave o reiterado de los deberes de la patria potestad, dado que se trata de un supuesto previsto en el artículo 94.3 *in fine* del Código Civil⁴⁶.

En cuanto a la suspensión o limitación del régimen de visitas, comunicación o estancias si se hubieran incumplido de forma grave o reiterada los deberes vinculados al ejercicio de la patria potestad impuestos en la resolución judicial, exige la existencia de un proceso previo cuya decisión sobre la materia se pretende modificar (por ejemplo, incumplir el régimen de visitas establecido por el juez).

- b) Suspensión del régimen de comunicación y estancia de carácter obligatorio. Violencia doméstica o de género

Fruto de las enmiendas presentadas en el Senado⁴⁷, se añadieron dos nuevos apartados en el artículo 94 del Código Civil ausentes hasta ese momento⁴⁸. Se trata de los apartados cuatro y cinco referentes a la violencia doméstica o de género y al régimen de comunicación y estancia que ha generado cierta polémica. Se distinguen dos supuestos⁴⁹:

— Que el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos⁵⁰, o existen indicios fundados de violencia doméstica o de género. En estos supuestos no se establece el régimen de visitas y estancias y los existentes se suspenden. Sin embargo, *la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial*⁵¹.

Como se ha advertido, «se trata de una reforma de calado por cuanto que se configura la suspensión del régimen de visitas o estancia como preceptiva, cuando la regla general hasta el momento era la de adopción discrecional de las medidas por la autoridad judicial, conforme a lo establecido en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004»⁵².

Prescindiendo en este trabajo del análisis de la necesidad de que el progenitor esté incurso en un proceso penal o de que existan indicios fundados de violencia doméstica o de género para suspender el régimen de estancias y comunicación, lo relevante para nuestro tema se centra en la excepción. Es decir, en la posibilidad de establecer un régimen de visita, comunicación o estancia por parte de la autoridad judicial (aunque el progenitor esté incurso en un proceso penal o existan indicios fundados de violencia doméstica o de género), teniendo en cuenta dos circunstancias: la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y la evaluación de la situación de la relación paternofilial.

Consideramos que, en estos casos, y en el supuesto del hijo con discapacidad mayor de edad, sucederá lo mismo que comentábamos en el apartado 1.A, al cual nos remitimos. Es decir, pueden darse tres situaciones distintas: que el hijo con discapacidad no tenga establecida una medida de apoyo, que la medida de apoyo corresponda a los padres o que corresponda a personas distintas a los padres. Con las medidas de apoyo el hijo podrá manifestar su deseo, voluntad o preferencias, pero, además, la norma exige la necesidad de analizar la relación del hijo con discapacidad (también del menor, si es el caso) con sus progenitores. Con ello se pretende satisfacer el

papel activo del hijo con discapacidad en el proceso de toma de decisiones que le afectan, pero al mismo tiempo se exige una previa evaluación de la relación para descartar influencias de uno u otro progenitor o incluso de terceros.

En este sentido, el artículo 770.4.^a.III LEC señala que «en las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencia de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

—Que el progenitor esté en prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en un procedimiento penal por los delitos previstos anteriormente. En este supuesto «no procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas»⁵³. Y tampoco opera la excepción según la cual la autoridad judicial puede establecer un régimen de visitas, comunicación o estancias, si entiende que proceden en virtud del interés superior del menor o de la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor con discapacidad necesitado de apoyos, con previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

Es criticable la incorporación de estos apartados en la Ley 8/2021 dado que se trata de una materia dirigida a la protección integral de los menores frente a la violencia, cuestión que se regula en la LO 8/2021. Se considera «una medida fuertemente restrictiva en tanto que puede suponer una interrupción temporal amplia de la relación paternofilial, en función de la duración del proceso penal hasta su conclusión, que puede afectar a las relaciones personales entre los interesados»⁵⁴.

La LO 8/2021, ha reformado el artículo 544 ter-7 LECCRIM. En este precepto resulta confusa la alusión que se hace unas veces a las «personas con capacidad modificada judicialmente» y otras veces a «personas con discapacidad necesitadas de especial protección». Sin embargo, no solo se percibe una terminología confusa, sino que además se olvida en ciertos casos de las personas con discapacidad. En este sentido, tras afirmarse que cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, advierte que el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertenencia de la adopción de medidas de naturaleza civil («determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, (...) a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios»). En cuanto al régimen de visitas, incide, con carácter más específico, en el artículo 544 ter.7.III LECCRIM, estableciendo una suspensión automática de las mismas, pero refiriéndose solo a

los hijos menores, sin ser comprensible que no se aluda a las personas con discapacidad necesitadas de protección⁵⁵.

En relación con el tema, aunque referido solo a los menores, mención especial merece también el artículo 158 del Código Civil, modificado por la LO 8/2021. Señala que el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará *la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas*, añadiéndose en la exposición de motivos, «con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad».

Cerrando este apartado y reconduciendo la materia, debemos advertir que la sorpresa que supuso la incorporación de los apartados cuarto y quinto en el artículo 94 del Código Civil y sus roces con el artículo 544-ter LECrim (y con los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004), escapan del objetivo de ese trabajo, pero hubiera sido necesario coordinar la Ley 8/2021 y la LO 8/2021 (leyes promulgadas con tan solo dos días de diferencia). En todo caso, para salvar estas incongruencias, quizás pueda considerarse que son regímenes complementarios y si la decisión que debe adoptar el juez civil por exigencia del artículo 94.4 y 5 del Código Civil tiene su fundamento en la existencia de un proceso penal o en indicios fundados de violencia doméstica o de género, quizás lo más oportuno sería asumir la decisión adoptada por el juez penal por parte del juez civil. Y si el proceso penal aún no se ha iniciado, trasladar la cuestión al orden penal, con suspensión del proceso civil a la espera del pronunciamiento adoptado en aquel proceso⁵⁶.

C) Derecho de comunicación y visita del hijo mayor de edad con discapacidad con hermanos, abuelos, parientes y allegados

Otra de las novedades del artículo 94 del Código Civil ha sido restructurar y ampliar el régimen de comunicación y estancia del menor o mayor con discapacidad con sus hermanos, abuelos, parientes o allegados⁵⁷. El artículo 94.6 del Código Civil afirma: *[Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad]*⁵⁸.

Se observa, en consonancia con el artículo 160.1 del Código Civil, que en el artículo 94.1.2.3 del Código Civil, cuando el régimen de visitas es entre los progenitores e hijos menores o con discapacidad mayores de edad o emancipados, la autoridad judicial debe establecerlas; tiene carácter obligatorio (la «autoridad judicial determinará», la «autoridad judicial adoptará»), aunque excepcionalmente podrá limitarlo o suspenderlo (art. 94.3 *in fine* CC). En cambio, cuando el régimen de visitas es entre el menor o la persona mayor de edad con discapacidad y sus hermanos, abuelos, parientes o allegados, es una opción del juez decidir al respecto («la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita...»; art. 94.6). Por tanto, es la autoridad judicial la que *puede* reconocer este derecho, y para ello será preciso que se cumplan estos requisitos:

— En primer lugar, se exige la previa audiencia de los progenitores y de las personas que hayan solicitado el régimen de visitas y comunicación (hermanos, abuelos, parientes o allegados). Es preciso escuchar no solo a las partes que solicitan un régimen de visitas y comunicación, sino también a los progenitores, aunque no vinculará al juez lo alegado por dichas partes. El antiguo artículo 94.2 del Código Civil solo prevéía el régimen de visitas entre abuelos y nietos, aunque la jurisprudencia lo interpretaba de forma extensa⁵⁹. Esta extensión legal a otras personas cercanas a la persona con discapacidad, era una cuestión anhelada, entre otras, en la SAP de Segovia de 9 de julio de 2020 (Roj: SAP SG 300/2020) que echa de menos el derecho de comunicación y visitas entre hermanos cuando uno de ellos es mayor de edad con discapacidad pues «no existe norma legal que regule esas relaciones», añadiendo que ello no permite pensar que no existe ese derecho, como se desprende de la regulación de menores y personas con discapacidad, llevando a la aplicación analógica del artículo 160.1 y 2 del Código Civil.

—En segundo lugar, es preciso el consentimiento de los menores o mayores de edad con discapacidad cuando el régimen de visitas y comunicación es con hermanos, abuelos, parientes y allegados. No se exige el consentimiento del menor o del hijo con discapacidad mayor de edad en el régimen de visitas y comunicación con sus progenitores⁶⁰, ni se exige dicho consentimiento en el artículo 160.2 del Código Civil en el que solo se advierte que el juez, en caso de oposición a dichas visitas, «resolverá atendidas las circunstancias»⁶¹. La necesidad de consentimiento se introdujo, como novedad, en la aprobación de las enmiendas presentadas en el Senado. El problema es que hay una disociación entre el artículo 94.6 del Código Civil que exige el consentimiento y el artículo 160.2 del Código Civil en el cual no se exige. Debería exigirse dicho consentimiento en ambas normas.

—En tercer lugar, la autoridad judicial resolverá teniendo en cuenta el interés del menor y la voluntad, deseos y preferencias del mayor con disca-

pacidad⁶². Por tanto, lo determinante no será lo que deseen los progenitores, o hermanos, abuelos, parientes o allegados, sino que lo decisivo será lo que determine el interés del menor, si estamos ante un menor de edad, y la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor de edad con discapacidad.

La necesidad de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad, se introdujo en el Proyecto de 2020, pues el Anteproyecto de 2018 solo hacía referencia al interés superior del menor⁶³. Con este cambio observamos que no se regula el «interés del menor» frente al «interés de la persona con discapacidad», sino el «interés del menor» frente a «la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada»⁶⁴. Como advertíamos *supra*, el interés de la persona con discapacidad desaparece y se sustituye por «la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad». Y, como ya se ha advertido, cuando esa voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad no estén plenamente formadas, será necesario contribuir a su formación, procurando que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias»⁶⁵. De ahí que el artículo 249.2 del Código Civil afirme que «*Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro*66.

El problema será cuando no sea posible determinar «la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada», ni siquiera con los apoyos y tampoco sea posible deducirlos de su trayectoria vital (pensemos en casos de parálisis cerebral). En este caso el juez deberá admitir o no dichas visitas teniendo presente el beneficio que le puede aportar dichas visitas.

2. UNA AUSENCIA

Para finalizar el análisis del artículo 94 del Código Civil, consideramos que quizás hubiera sido conveniente contemplar un problema que se está dando cada vez más en los últimos años. Se trata de la solicitud de un régimen de visitas y comunicación por parte de los hijos respecto a sus progenitores con discapacidad.

Empiezan a ser habituales los casos en los que son los hijos mayores de edad los que solicitan un régimen de visitas o comunicación con sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares⁶⁷. Los conflictos se generan entre los descendientes del progenitor con discapacidad. Suele ser común que uno de los hijos sea el

tutor, curador, o guardador de hecho de su padre o madre con discapacidad (esto último, lo más habitual), existiendo mala relación de aquel con los restantes hijos de la persona con discapacidad. Es en estos casos en los que se está solicitando un régimen de visitas por parte de los descendientes que se ven privados de la posibilidad de estar o comunicarse con sus progenitores. Puede darse el caso en el que el progenitor con discapacidad viva en su propia casa junto a uno de sus hijos que es el tutor, curador o guardador de hecho, o el progenitor con discapacidad viva en casa de este hijo. En estas circunstancias el hijo cuidador obstaculiza las visitas a los demás hijos.

Uno de los elementos característicos de estas situaciones es la discapacidad del o de los progenitores de edad avanzada, que suelen ser personas mayores dependientes con descendientes.

El problema es que en el ordenamiento jurídico actual no existen instituciones de apoyo específicamente vinculadas a las personas de edad avanzada, por eso, cada vez son más frecuentes lagunas legales en distintos ámbitos en los que están presentes las personas de la tercera edad, paralelas a un incremento de este sector de la población⁶⁸. Sería conveniente tenerlo presente en futuras reformas.

Esta problemática se planteó en la SAP de La Coruña de 22 de mayo de 2019 (Roj: SAP C 608/2019), en la que la hija pide un régimen de visitas para ver a su madre, declarada incapaz, dado que su tutora (la hermana de la demandante) le prohíbe verla. En primera instancia se deniega la solicitud por considerar que no está previsto en el ordenamiento la posibilidad de pedir régimen de visitas de hijos a padres. Sin embargo, en segunda instancia se le concede en virtud de los artículos 43.2 y 44 LJV.

En el mismo sentido, en un supuesto muy similar, la SAP de Salamanca de 25 de febrero de 2013 (Roj: SAP SA 101/2013), determina la forma y términos del régimen de visitas solicitado por el hijo con su madre, la cual vive en su casa con la hermana de aquél, que a su vez es la tutora. La sentencia confirma un régimen de visitas, a través de un sistema de recogidas y entregas, los lunes, miércoles y viernes, de 16:00 a 20:30 h, pues, basándose en el interés de la persona incapaz, no se considera que las visitas en la vivienda de la madre sea lo más beneficioso para ella, por los severos enfrentamientos y agresiones que ha habido entre los hermanos al respecto. Y en el caso de que la madre tenga ya limitados los movimientos «se señala» que tendrán que ponerse de acuerdo las partes o acudir de nuevo a la vía judicial.

En la misma línea, la SAP de Barcelona de 18 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13898/2005) alega que «de las actuaciones no se colige que haya existido una situación de conflicto entre la parte actora y el incapaz, por lo que la relación con su hija y nietas, familia igualmente del declarado incapaz, debe entenderse beneficiosa para el mismo, por no constar prueba en contrario que así lo acredite; y, sin que la conflictividad gratuita entre las partes hoy

en litigio, deba perjudicar al incapacitado, debiendo también plantearse las partes que el interés del declarado incapaz pasa igualmente por orillar su problemática personal. (...). También debe rechazarse la argumentación sobre la vulneración del derecho de la codemandada sobre la inviolabilidad del domicilio, pues el régimen de visitas se ha previsto en la vivienda en que habita el incapacitado, lo que hace decaer su tesis revocatoria, dado que igualmente tiene derecho el incapaz a recibir en la misma a su familia».

Estos supuestos descritos cada vez son más frecuentes y consideramos que hubiera sido oportuno regularlo en la Ley 8/2021. Nos atrevemos a apuntar una posible solución al tema:

—Si el progenitor es una persona de edad avanzada con discapacidad que no necesita apoyos para decidir (puede ser el caso de personas que sufren severas limitaciones físicas, pero no intelectuales) o no quiera disponer de apoyos, hay que estar y respetar su voluntad, deseos y preferencias para pactar un régimen de visitas y comunicación con sus hijos.

—Ahora bien, es posible que el progenitor con discapacidad precise de un apoyo para tomar la decisión. En este caso la medida de apoyo (formales o no formales) según el artículo 249.2 del Código Civil *deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera*. Añadiéndose incluso en el apartado tercero que «*En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*». Por tanto, hay que indagar los deseos de la persona con discapacidad, propiciar y respetar su voluntad, sin someterlo a presiones.

El problema será cuando el progenitor tenga un apoyo (imaginemos incluso un curador con medidas representativas) que se niega a dichas relaciones personales. En estos casos existe un conflicto de intereses. Por tanto, si no puede determinarse cuál es la voluntad del progenitor con discapacidad a través de los medios de apoyo y no hay acuerdo tampoco con los hijos respecto al régimen de visitas y comunicación, sino conflicto de intereses entre ellos, deberá acudirse a la autoridad judicial. Podrá resolver el mismo juez atendiendo a las circunstancias o podrá nombrar a un defensor judicial (art. 295.1.2.º CC).

En todo caso, será preciso que el juez escuche a la persona con discapacidad, al Ministerio Fiscal, a los solicitantes y personas que se opongan a las relaciones personales. Cuando es el juez el que toma la decisión ob-

servamos que él es un apoyo en sentido amplio (como lo sería también el notario), distinto a las medidas de apoyo tipificadas en el 250 del Código Civil. Esta «audiencia del progenitor con discapacidad» puede ir encauzada a que el juez tome conciencia de la situación de la persona con discapacidad y pueda determinar sus deseos, voluntades o preferencias⁶⁹. La función del Ministerio Fiscal debe ir orientada a la misma finalidad: determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad mayor de edad (art. 749 LEC). A veces no resultará fácil si no lo han conseguido las medidas de apoyo existentes, por lo que el juez deberá decidir atendiendo a las circunstancias⁷⁰.

En todo caso, es preciso destacar que la autoridad judicial podría limitar o suspender el derecho de visitas si se dieran «circunstancias relevantes» que así lo aconsejan o «se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial»⁷¹. Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Madrid de 13 de octubre de 2017 —JUR 2018, 29930—, que suspende el régimen de visitas establecido a favor de una hija respecto a su madre con discapacidad de 87 años, pues sus condiciones físicas ya no permitían su desplazamiento (la hija con la que no convive la madre tenía un régimen de visitas de fines de semana alternos desde los viernes a las 18 h. hasta los domingos a las 19 h. y los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano por mitad, entre las dos hijas, realizándose las recogidas en el domicilio donde resida, adonde se retornará).

3. LA PREVIA AUDIENCIA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL VERSUS «LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS»

Queremos dedicar un apartado especial al tema de la previa audiencia a la que está obligada la autoridad judicial por su relevancia a la hora de determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Uno de los principios básicos en la reforma es el respeto a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad⁷². Para ello es fundamental escuchar a la persona, ya sea a través de las relaciones personales entre estas personas y sus apoyos o por parte de la autoridad judicial en las audiencias previas. El artículo 9 LOPJM recoge el derecho del menor a ser oído y escuchado⁷³. En este sentido, el menor podrá manifestar sus opiniones y deseos en los procedimientos que le afecten⁷⁴. Además, el artículo 92.2 del Código Civil obliga al juez a velar por el cumplimiento del derecho del menor a ser oído cuando deba adoptarse cualquier medida sobre su custodia, cuidado o educación, imponiendo al juez en su apartado sexto la obligación de oír a los menores que tengan

suficiente juicio, cuando se estime necesario, para determinar qué régimen de custodia es más idóneo para él⁷⁵. Se considera que si los menores tienen suficiente juicio y siempre si son mayores de 12 años tienen derecho a ser oídos. Si tienen menos de 12 años, para ser oídos, deben tener suficiente juicio (770 y 777.5 LEC)⁷⁶.

El derecho a ser oído, es, como se indica, un «derecho», no una «obligación»⁷⁷, lo que implica que no se puede forzar al menor a que manifieste su opinión pues podría ser incluso contraproducente⁷⁸, ni significa que su opinión sea vinculante para el juez, aunque debe prestar una especial atención y ponderación a lo manifestado⁷⁹.

Respecto de los hijos con «discapacidad mayores de edad o emancipados», también observamos el reconocimiento de este derecho a oírles, y será esta la vía para descubrir su voluntad, deseos y preferencias. La conexión entre el derecho a ser oído y el respeto a la voluntad, deseos y preferencias es fundamental. Así, en el artículo 94 del Código Civil se les hace partícipes en la decisión respecto al régimen de visitas y comunicación o estancia, teniendo en cuenta su «voluntad, deseos o preferencias».

La previa audiencia por parte de la autoridad judicial implica tener contacto con el menor o persona con discapacidad entrevistándole para poder conocer su opinión, deseos y preferencias sobre aquellos temas que le puedan afectar, exigiendo, a su vez, una actitud activa del juez para poder averiguar la verdadera voluntad del implicado⁸⁰. Oírles permite al juez comprobar el grado de afectividad que une a los hijos con cada progenitor, la relación existente entre ellos y le ayuda a obtener suficiente información como para poder adoptar las medidas más oportunas en cada caso necesario. Es importante tener en cuenta la edad, su situación y las circunstancias familiares⁸¹, debiendo cerciorarse de que la voluntad manifestada haya sido correctamente formada y que el menor o mayor con discapacidad no se encuentra condicionado o presionado por alguno de los apoyos que pueda tener (progenitores, hijos o terceras personas)⁸².

La relevancia del derecho de audiencia del hijo con discapacidad se ha reflejado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia. Así, la STS de 30 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3908/2014), declara que, «extraída de la Constitución española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso».

También en la SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2020 (Roj: SAP CA 1417/2020). Se trata de un caso de padres divorciados con hijo con discapacidad que hasta la minoría vive con la madre y cuando cumple 18 con padre. El padre solicita rehabilitar la patria potestad afirmándose que «Esta Sala comparte la anterior doctrina relativa a la posibilidad de poder ser rehabilitada la patria potestad de uno solo de los progenitores, y en el presente caso, estimamos que ello es lo más conveniente, dado el divorcio de los progenitores, y las tensas relaciones entre ambos, pese a que sería muy deseable lo contrario, (...). Sin perjuicio de ello, no estimamos procedente una rehabilitación de la patria potestad a favor de ambos, dado que el hijo convive con el padre, y declaró de forma contundente en la vista que quiere seguir viviendo con su padre, habiendo demostrado el Sr. Ismael la buena labor realizada con el hijo en los dos últimos años, al haber conseguido numerosos títulos e incluso un premio nacional, y siendo desde luego ello loable, no lo es menos que, como muy bien expuso la abuela materna, para alcanzar dichos óptimos resultados después de la mayoría de edad, ha sido indudable de mucho peso la labor realizada por la madre (...). Por tanto, no se trata de que uno u otro progenitor sea o haya sido “mejor padre”, dado que ambos han contribuido o contribuyen al desarrollo y a los éxitos actuales del hijo, sino que dada la falta de convivencia entre ambos, y el deseo taxativo del menor de vivir con su padre, hemos de optar por rehabilitar la patria potestad solo a favor del padre, sin que proceda fijar en este caso una especie de custodia compartida del incapaz, con estancias alternativas con ambos progenitores, porque no es el deseo del incapaz, en el que no apreciamos un grado de influenciabilidad que le impida manifestar su real deseo, y todo ello, sin perjuicio de exhortar al padre para que, valorando la labor realizada por la madre mientras el hijo era menor, favorezca y facilite la necesaria relación maternofilial del hijo y las relaciones —ahora inexistentes con su hermana—, para que su desarrollo personal, afectivo y emocional puede ser completo»⁸³.

Observamos en esta sentencia el interés del juez en escuchar al hijo con discapacidad —ya mayor de edad— y respetar sus decisiones y preferencias, dando visibilidad a sus deseos, siguiendo de este modo el espíritu de la Convención de Nueva York y de la normativa actual tras la Ley 8/2021.

La actual redacción del artículo 94 del Código Civil exige una «previa audiencia» por parte de la autoridad judicial en diversas ocasiones:

—Por una parte, según el apartado tercero del artículo 94 del Código Civil, el juez, «previa audiencia del hijo y Ministerio Fiscal», adoptará la resolución procedente respecto al régimen de visitas con el progenitor no custodio.

—Por otra parte, el artículo 94.6 del Código Civil, en cuanto al régimen de visitas del menor o del mayor con discapacidad con hermanos,

abuelos, parientes o allegados prevista en el artículo 160.2 del Código Civil, requiere previa audiencia de estos y de los progenitores, teniendo «*siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos o preferencias del mayor con discapacidad*» a la hora de determinar el régimen de visitas, los cuales, a su vez, deben consentir. En este caso la audiencia es múltiple: progenitores, hermanos, abuelos, parientes y allegados que solicitan el régimen de visitas y comunicación con el hijo y, por supuesto, el propio hijo.

—No hay que olvidar que el artículo 94.4 del Código Civil, en los supuestos en que un progenitor esté incurso en un proceso penal por violencia doméstica o de género o si existen indicios de ello, la autoridad judicial, excepcionalmente, podrá señalar un régimen de visitas, comunicación o estancia a través de una resolución motivada en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos, previa evaluación de la situación de la relación paternofilial. Por tanto, el juez está obligado a escucharle también en estos casos.

Y precisamente para poder determinar cuál es esa voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad será preciso oírle, siempre que sea posible⁸⁴.

V. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS ENTRE PADRES/HIJOS CON DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

Describo el régimen de visitas, comunicación y estancia, el nuevo enfoque de la discapacidad y las novedades introducidas en el artículo 94 del Código Civil, consideramos oportuno realizar ahora un breve análisis de la situación jurisprudencial del tema hasta la entrada en vigor del nuevo artículo 94 del Código Civil, para observar cómo se resolvían los supuestos del régimen de visitas y comunicación de hijos mayores con discapacidad. Si algo llama la atención es la gran casuística existente y la dificultad de establecer reglas claras al respecto, pues cada supuesto tiene sus peculiaridades. El análisis de la jurisprudencia es un buen barómetro para percibirnos de la multitud de supuestos de discapacidad existente.

El Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre el tema específico del régimen de visitas y comunicación e hijos con discapacidad mayores de edad. Sí lo ha hecho, como se verá, en el tema del derecho de alimentos y atribución de la vivienda en los que se ven implicados hijos con discapacidad mayores de edad⁸⁵. Por tanto, será la jurisprudencia de las Audiencias la que nos dibujará el camino, que ya anunciamos bacheado.

1. LA DISCAPACIDAD DE LOS HIJOS Y EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS EN LA JURISPRUDENCIA

Si la existencia de crisis matrimoniales es cada vez mayor, es evidente que acabaran repercutiendo cada vez más sobre hijos con discapacidad. Si realizamos un análisis jurisprudencial de la cuestión, nos percatamos de que con frecuencia han existido conflictos cuando el régimen de visitas afectaba a un hijo mayor con discapacidad, agravados por la inexistencia de una norma al respecto. El nuevo artículo 94 del Código Civil ya ha abierto una vía para resolver tales supuestos y será preciso observar cómo se van resolviendo y aplicando en los tribunales.

Del análisis de la jurisprudencia estando vigente la versión derogada del artículo 94 del Código Civil respecto al régimen de visitas de los progenitores con hijos mayores con discapacidad podemos extraer las siguientes ideas:

1. Existía un vacío legal respecto a cómo resolver el régimen de visitas y comunicación en casos de crisis matrimoniales, cuando existían hijos con discapacidad mayores de edad sin modificación judicial de su capacidad de obrar y se solicitaba un régimen de visitas por parte del «progenitor no custodio». A este vacío ha puesto fin el actual artículo 94 del Código Civil como hemos tenido oportunidad de analizar previamente.

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales observamos que, si se había modificado judicialmente la capacidad de obrar del hijo mayor de edad con discapacidad, no se planteaban tantos problemas, pues lo habitual era que se prorrogara o rehabilitara la patria potestad y dentro de ese ámbito se establecía un régimen de visitas⁸⁶. E incluso en estos casos, se llegó a alegar que, al tratarse de una hija mayor de edad declarada judicialmente incapacitada con la patria potestad rehabilitada, «es más factible no establecer un régimen de visitas, ya que la hija tiene treinta años y parece más oportuno que el padre se ponga en contacto con ella de forma voluntaria, sin necesidad de fijar un régimen de visitas» (SAP de Tarragona de 30 de julio de 2003, Roj: SAP T 1162/2003). En este caso se trató a la hija mayor de edad con discapacidad como a cualquier otro hijo mayor de edad. La sentencia es muy coherente con la actual regulación de la discapacidad.

En cambio, observamos que, si no existía una declaración judicial modificativa de la capacidad de obrar de un hijo mayor de edad con discapacidad, dado que se había extinguido la patria potestad, se consideraba que no procedía establecer un régimen de visitas y comunicación. Sin embargo, aproximadamente a partir de 2006 (coincidente con las fechas de la Convención de Nueva York) se considera que no supone obstáculo alguno para establecer un régimen de visitas entre padre e hija mayor de edad con disca-

pacidad, «*el hecho de que no se haya declarado discapaz judicialmente*», y, a pesar de ello, observamos que unas veces se establece, sin más, un régimen de visitas; y en otras ocasiones, se exigía que se abriera un procedimiento de modificación de capacidad y que el régimen de visitas se estableciera en dicho procedimiento. Es decir, unas veces se aplicaba analógicamente la normativa del régimen de visitas y comunicación de los padres con los hijos menores o incapacitados y otras veces no, exigiendo que se abriera un proceso de incapacitación y que en el mismo se determinara el régimen de visitas.

Parece no decantarse por la analogía la SAP de Valladolid de 22 de octubre de 1999 (ROJ:SAP VA 1544/1999). Ante la solicitud de un régimen de visitas por parte del padre, afirma que, dado que el hijo mayor de edad incapacitado no estaba incapacitado judicialmente, no está sometido a patria potestad ni ordinaria ni rehabilitada por lo que tampoco procede resolver sobre el régimen de visitas. Considera que cuando el legislador en «el artículo 94 del Código Civil se refiere a los incapacitados, está pensando en los supuestos que, de acuerdo al artículo 171, se ha prorrogado o rehabilitado la patria potestad, y de esta manera, en cuanto está presente la patria potestad, el derecho de visitar a los hijos y tenerlos en su compañía, se configura como un derecho-deber de los padres por ser una de las funciones propias y naturales»⁸⁷.

Tampoco acude a la analogía la SAP de La Coruña de 17 de marzo de 2005 (Roj: SAP C 1422/2005), en la que, tras el divorcio de los padres de una hija con discapacidad de 35 años, pero sin previa incapacitación judicial, el padre solicita un régimen de visitas, a lo que el tribunal afirma que «no es posible acordar medida alguna en relación con su guarda y custodia por su madre, sin una previa incapacitación judicial». Se considera que el régimen obligado de visitas del Código Civil está articulado para los hijos menores sujetos a patria potestad (arts. 90 y 92 CC) y el actual artículo 94 del Código Civil menciona expresamente a los «hijos menores e *incapacitados* del matrimonio». Por ello la sentencia considera que «hay que entender que tales disposiciones no pueden aplicarse analógicamente a los hijos mayores de edad no incapacitados, pues incluso para la prórroga de la patria potestad es precisa la previa incapacitación judicial, como se deduce del artículo 171 del mismo cuerpo legal».

Sin embargo, notamos un cambio de enfoque y una aplicación analógica de la normativa de los menores e «*incapacitados*», en la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2006 (Roj: SAP B 3692/2006). Ante un caso de separación de los padres de dos hijos mayores de edad con discapacidad cerebral, pero sin haber sido modificada judicialmente su capacidad, considera aplicable la doctrina jurisprudencial relativa a los menores de edad. Se decide que los hijos convivan con la madre en el domicilio familiar y se establece un

régimen de visitas a favor del padre por ser lo más beneficioso para los hijos sin exigir su incapacitación.

En la misma línea, la SAP de Burgos de 14 de julio de 2011 (ROJ:SAP BU 617/2011): a pesar de reconocer que la hija de 40 años con una discapacidad permanente e irreversible, no está incapacitada judicialmente, «no supone que no deban de adoptarse medidas de custodia de esta hija o que la forma más adecuada sea un régimen de guarda y custodia compartida». La sentencia considera que debe otorgarse y regularizarse el régimen de custodia y visitas sobre la hija, pues precisa un cuidado y atención directo, constante e indefinido por parte de alguno de los padres en beneficio de la misma. Por ello, se mantiene la guarda y custodia a la madre, sin admitir una custodia compartida, dado que el padre desconoce los cuidados que la enfermedad requiere, pero reconociendo un régimen de visitas a favor del padre y sin previa necesidad de incapacitación judicial.

También la SAP de Segovia de 9 de julio de 2020 (Roj: SAP SG 300/2020) aplicó analógicamente la regulación de los menores e incapacitados. Aunque en este caso son los hermanos los que piden un régimen de visitas con su hermana con discapacidad ingresada en un centro en contra de la voluntad de su padre a tales visitas y el cual tiene rehabilitada la patria potestad. El juez concede las visitas «a falta de norma expresa que las regule con una aplicación analógica de las visitas de los padres con los hijos menores o incapacitados».

Estas sentencias se acercaban a la nueva regulación de la discapacidad, es decir, no equiparaban a los mayores con discapacidad con los menores o mayores con capacidad modificada judicialmente. En todo caso, si pretendía establecer equivalencias tenía que haber sido con los mayores de edad plenamente capaces. La patria potestad se extinguía *ope legis* una vez que el hijo alcanzaba la mayoría de edad y, por ello, era preciso considerar extinguido el régimen de visitas. Y en esos casos, para establecer un régimen de visitas con el progenitor con el que no convive el hijo con discapacidad, lo adecuado era contar con su aprobación, como ya hicieron algunas sentencias que hemos visto anteriormente, sin necesidad de acudir a un previo proceso de incapacitación o modificación judicial de la capacidad de obrar o restablecer la patria potestad.

Actualmente la regulación ampara dichas situaciones; se ha extinguido la patria potestad prorrogada o rehabilitada y es imprescindible atender a los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y perfilar voluntariamente un régimen de visitas libremente establecido con ayuda de los apoyos necesarios para una mayor comprensión del tema por parte de la persona con discapacidad de la forma que se ha anunciado anteriormente.

El Tribunal Supremo no se pronunció sobre el régimen de visitas e hijos con discapacidad mayores de edad. Sí lo hizo en el tema del derecho de ali-

mentos y atribución del uso de la vivienda en los que se ven implicados hijos con discapacidad mayores de edad. Respecto a estos temas, con la legislación anterior, existía la tendencia de equiparar a los menores con las personas con discapacidad mayores de edad en los supuestos en que la patria potestad hubiera sido rehabilitada o prorrogada o se hubiera establecido un régimen de tutela (es el caso de la STS de 30 de mayo de 2012 —Roj: STS 3791/2012—⁸⁸).

Sin embargo, distinto es el supuesto de la discapacidad de un hijo mayor de edad cuya capacidad no fue modificada judicialmente, ni constaba resolución administrativa relativa al grado de discapacidad. Sobre estos casos, es significativa la STS de 19 de enero de 2017 (Roj: STS 113/2017)⁸⁹. Respecto a la atribución de la vivienda familiar consideró que el interés superior del menor que inspira la medida del uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor, pues «el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad»⁹⁰.

Respecto a la solicitud de extinción del derecho de alimentos, la STS de 7 de julio de 2014 (Roj: STS 3791/2012), advirtió que «el problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores (...) la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos». La sentencia equipara los hijos mayores con discapacidad reconocida, aunque no declarada judicialmente, con los menores. Idem STS de 17 de julio de 2015 (Roj: STS 3441/2015).

La lectura que podemos hacer de estas sentencias es la tendencia que había a equiparar a los mayores de edad con discapacidad cuya capacidad no ha sido modificada judicialmente, con los mayores de edad con capacidad plena. Como nos recordaba la STS de 19 de enero de 2017 (Roj: STS 113/2017) «no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho sufre alguna limitación de esta clase (...) no cabe generalizar una equiparación absoluta a efectos de sus medidas de protección entre hijos discapacitados y menores». En todas estas sentencias ya vamos intuyendo el espíritu de la Convención de Nueva York.

2. En la jurisprudencia anterior a la reforma, se observa una mayor sensibilidad y una especial atención al beneficio que supone para los hijos mayores con discapacidad el tener un régimen de visitas y comunicación con sus progenitores. Así, la SAP de Málaga de 2 de enero de 2007 (Roj: SAP MA 229/2007), otorga la guarda y custodia al padre y un régimen de visitas a la madre respecto a la hija mayor de edad con discapacidad ingresada en un centro, a lo que se opone el padre. El juez considera que lo más importante «no es el propio interés del progenitor sino el de su hija mayor incapacitada» pues es un derecho de la personalidad el derecho de visita del progenitor no custodio. Y dado que hay una conducta afectiva de la hija hacia la madre, recibiendo de buen grado las muestras de cariño de esta, se valoran de forma positiva las visitas de la madre al centro a pesar de ser poco frecuentes.

Sin embargo, en otras ocasiones, cuando se observa que no es beneficioso para el hijo con discapacidad tener relación con algunos de sus progenitores, se limitaron o suspendieron, tal como señalaba el artículo 94 del Código Civil. En este sentido en la SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008 (Roj: SAP B 7565/2008) el padre solicita la suspensión del régimen de visitas con un hijo con minusvalías severas, porque el padre sufría depresión por duelo patológico e ideación autolítica debido a la muerte otro de sus hijos. Se suspende el régimen de visitas que tenía establecido hasta que el estado de salud del padre le capacite para ello. En este caso, se considera que las relaciones de visitas serían peligrosas para los dos, por sufrir ambas partes, padre e hijo, una discapacidad. En cambio, en situación también de riesgo para los hijos, la SAP de Barcelona de 2 de noviembre de 2010 (Roj: SAP B 9995/2010), *limita* el régimen de visitas a uno progresivo, a la madre respecto de su hija mayor de edad incapacitada judicialmente por trastornos bipolares e ingresada en un centro. Se considera que la personalidad de la madre no es positiva para la hija aconsejándole un tratamiento psicoterapéutico. Pero no por ello se suspende el régimen de visitas.

3. En la jurisprudencia anterior a la reforma del artículo 94 del Código Civil respecto al régimen de visitas con hijos mayores de edad con discapacidad, se contempla una tendencia a adaptar el régimen de visitas a las circunstancias propias de la persona discapacitada, decantándose por lo que resulta más beneficioso para la persona con discapacidad mayor de edad. Hay una mayor sensibilidad en estos casos, pues son personas que requieren rutinas y cuidados especiales y son estas circunstancias las que priman. Así, a veces es tal el grado de discapacidad (pensemos en supuestos de parálisis cerebral que impide desplazamientos), que el régimen de visitas del cónyuge no custodio es «stricto sensu», es decir, en el domicilio familiar en el que vive con la madre que tiene la guarda y custodia del hijo (SAP de Granada de 5 de abril de 2003, Roj: SAP GR 884/2003). O incluso se

exige que, dadas las circunstancias especiales que requiere la persona con discapacidad, el progenitor que reclame un régimen de visitas «disponga de un domicilio adecuado a las necesidades de la hija» (SAP de Zaragoza de 7 de octubre de 2008, Roj: SAP Z 2821/2008)⁹¹.

Los cuidados y rutinas especiales de algunas personas con discapacidad, conllevan, a su vez, una mayor implicación de los padres en los cuidados de los hijos con discapacidad y en ocasiones se ha admitido la solicitud, por parte de la madre que tiene la guarda y custodia del hijo, de una mayor implicación y ayuda del padre, pues se advierte que la madre necesita «descansar» (SAP de Álava de 21 de febrero de 2008 Roj: SAP VI 32/2008; o la SAP de Valencia de 18 de abril de 2012 Roj: SAP V 812/2012).

En otras ocasiones se intenta excluir a un progenitor del régimen de visitas por no considerarlo capacitado para cuidar a la persona con discapacidad, como en el caso de la SAP de Málaga de 24 de septiembre de 2009 (Roj: SAP MA 2543/2009), la cual, sin embargo, da la razón al padre y le atribuye un régimen de visitas por considerar que sí puede atender al hijo con parálisis cerebral en su domicilio durante las visitas. Incluso se reconoció el paso de una guarda y custodia exclusiva a una custodia compartida, en el caso de un divorcio con una hija con discapacidad mayor de edad con patria potestad rehabilitada, por considerar que el elemento determinante es el beneficio que reporta para la hija, no ya el cambio de modelo de exclusiva a compartida, «sino especialmente en cuanto al factor psicológico que representa que jurídicamente se establezca la responsabilidad de los progenitores respecto a las funciones de guarda» (SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2014 (Roj: SAP B 13526/2014)⁹².

4. En la jurisprudencia anterior se advierte también un progresivo reconocimiento a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, aunque encubierto, pues estos deseos de la persona con discapacidad se intentan compaginar con los del progenitor no custodio intentando favorecer un acercamiento entre las partes. En la SAP de Murcia de 14 de noviembre de 2019 (Roj: SAP MU 2320/2019), el padre reclama, un régimen de visitas con su hijo mayor de edad incapacitado judicialmente tras un grave accidente de tráfico, del que se desprecupó asumiendo el cuidado personal y patrimonial exclusivamente la madre y hermana lo que generó en el hijo un inicial rechazo hacia el padre. El juez considera que debe reestablecerse el régimen de visitas de forma progresiva y teniendo en cuenta la voluntad del hijo con discapacidad y la evolución de esos iniciales contactos, pudiendo aumentar las visitas si es beneficioso para el hijo. Se obliga a los padres a reconsiderar sus enfrentamientos en beneficio de su hijo.

En la SAP de Pontevedra de 17 de julio de 2014 (Roj: SAP PO 1750/2014), el padre solicita un régimen visitas con su hija mayor de edad con discapacidad que al mencionarle al padre se pone nerviosa, ansiosa e inestable

y no desea verle. Los psicólogos no deducen los motivos del rechazo. El juez no establece un régimen de visitas y aconseja al padre que se acerque a la hija mayor y a través de ella con la hija con discapacidad de forma progresiva si se puede.

Incide también en la relevancia de recabar los deseos de los mayores de edad con discapacidad, la SAP de Málaga de 30 de enero de 2020 (Roj: SAP MA 1226/2020). Considera que hay que enfocar el tema desde los derechos de la hija con discapacidad mayor de edad y los derechos reconocidos en la CNY, por lo que no procede la extinción del régimen de visitas solicitado por su padre ni privar a la hija de la posibilidad de estar con su padre, disfrutar de su compañía y del tiempo que puedan estar juntos⁹³.

Como conclusión, podemos observar que la ausencia de una regulación que solventara el régimen de visitas en los supuestos en que existieran hijos con discapacidad mayores de edad, implicaba, muchas veces, sobreprotegerlos a costa de defender los derechos de los progenitores. Observamos una tendencia a preservar los deseos, voluntades y preferencias de las personas con discapacidad a partir de la Convención, pero muchas veces acaban aniquilados por una regulación cuya tendencia era apartar a la persona mayor con discapacidad y focalizar la atención en unos progenitores abatidos muchas veces por dichas situaciones. La actual regulación sitúa en plano de igualdad los derechos de las partes: los de los hijos mayores de edad con discapacidad y los de los progenitores, otorgando más protagonismo a los primeros cuando deba establecerse un régimen de visitas.

2. LA DISCAPACIDAD DE LOS PROGENITORES Y EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS EN LA JURISPRUDENCIA

Para terminar, hay que tener presente que es posible que la discapacidad la sufran uno o ambos progenitores. Esta circunstancia, como destaca GUILARTE MARTÍN-CALERO, en los supuestos de crisis matrimoniales, «con toda probabilidad será utilizada por el otro progenitor para justificar su *petitum*, de suerte que deberá probarse en el procedimiento la incidencia negativa, o en su caso, la falta de incidencia de la discapacidad en el interés del menor», lo que en última instancia generará un alto riesgo de discriminación⁹⁴. Así pues, será preciso coordinar el interés superior del menor y el principio de no discriminación del progenitor con discapacidad.

Según el artículo 2.4 LOPJM «en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos

concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en el interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas». Observamos en la norma una defensa de los derechos del menor intentando conciliarlos con otros si se encuentran en conflicto, y si tal conciliación no es posible, prevalecerá el interés del menor sobre cualquier otro interés.

Es evidente que el interés del menor se manifiesta en el derecho a relacionarse con sus progenitores, siendo la custodia compartida la que mejor defiende dicho interés. Ahora bien, si no concurren las circunstancias para ello, sabemos que el menor tiene derecho a un régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor no custodio si se dan las circunstancias idóneas para ello, a pesar de su discapacidad⁹⁵. Si no se dan dichas circunstancias, es decir, cuando es difícil desarrollar un régimen de visitas, comunicación y estancia por el estado de discapacidad del progenitor no custodio, no es necesariamente una discriminación hacia el progenitor discapacitado, siempre que tal decisión se apoye en la mayor competencia del otro progenitor para desempeñar la guarda y custodia⁹⁶ y la imposibilidad por parte del progenitor con discapacidad.

La STS de 11 de febrero de 2011 (Roj: STS 505/2011), apoyándose en la STC176/2008, de 22 de diciembre, afirma que «la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil (...) un derecho tanto del progenitor como del hijo»⁹⁷.

El juez debe adoptar las medidas necesarias para equilibrar los derechos del menor con los del progenitor con discapacidad y «no existirá discriminación en el ejercicio de la facultad de guarda, cuando la decisión adoptada por el juez haya contemplado la discapacidad del progenitor no como un factor de exclusión, sino como un factor de ponderación, como una circunstancia que impone una especial vigilancia y cautela al juzgador que deberá, siempre que no lo descarte el interés del menor, mantener los contactos familiares, adoptando los apoyos que sean precisos para garantizar el derecho de relación padre-madre e hijo»⁹⁸.

Este interés en que se mantengan los contactos familiares del progenitor con discapacidad con sus hijos, lo vemos reflejado en la jurisprudencia, aunque es extremadamente casuística pudiendo distinguir los siguientes supuestos:

1. Solicitud por parte del progenitor con discapacidad de un régimen de visitas, comunicación y estancia con sus hijos. La casuística es variada y se advierte una tendencia a observar, con especial atención, el interés superior del menor.

Así, la SAP de Málaga de 17 de diciembre de 2015 (Roj: SAP MA 3800/2015), en un caso de modificación de medidas por cambio sustancial de las circunstancias, el padre reclama la guarda y custodia que hasta el momento ostentaba la madre, dado que el problema con el alcoholismo, ansiolíticos y demás sustancias, impiden a la madre hacerse cargo adecuadamente de los menores. Se otorga la guarda y custodia al padre y a la madre un régimen de visitas efectuándose las mismas en el domicilio de los abuelos maternos.

O en la SAP de Madrid de 18 de junio de 2019 (Roj: SAP M 10852/2019), el padre con discapacidad solicita la suspensión del régimen de visitas con su hijo pues no podrá atenderle por su estado, sin embargo, solicita mantener la comunicación con su hijo. Se acepta, aunque el régimen de visitas sí se mantiene durante las vacaciones del niño.

En la SAP de Cádiz de 27 de marzo de 2020 (Roj: SAP CA 723/2020), se atribuye la guarda y custodia al padre y a la madre un régimen de visitas. El hecho de que el padre tenga una discapacidad visual no es obstáculo para ejercer sus funciones como padre: «no se detecta un defecto invalidante de carácter físico para asumir el rol paterno y la responsabilidad parental como progenitor custodio, pues ningún episodio o circunstancia de entidad o gravedad se pone de manifiesto al respecto».

A veces, las solicitudes de regímenes de visita por parte de padres con discapacidad se deniegan, pero por prevalecer el interés superior de menor, no por su discapacidad. En este sentido la SAP de León de 23 de noviembre de 2018 (Roj: SAP LE 1237/2018), resuelve el supuesto de un padre con discapacidad que solicita una ampliación del régimen de visitas con su hija (consisten en una hora cada tres meses) y se deniega, pues la hija está en proceso de adopción y si se incrementan las visitas puede influir en la adaptación de la menor en la nueva familia.

2. A veces se observa la preocupación por el bienestar del progenitor con discapacidad. Es el caso en que se solicita, por parte de la exesposa, un régimen de visitas o comunicación con el padre con discapacidad de sus hijos. Aquí es la madre la que reclama tener un régimen de visitas con el padre de sus hijos. Es el supuesto de la SAP de Málaga de 23 de noviembre de 2017 (Roj: SAP MA 3520/2017). El padre sufre una enfermedad degenerativa, es declarado incapaz y es tutora su madre. Se acredita que el matrimonio lleva años sin convivir y sin que la esposa y madre de sus hijos se interesara por él en el procedimiento de tutela. Se afirma que si bien para la fijación del régimen de visitas «se ha atendido al interés prioritario de los menores no podemos obviar que igualmente debe ser objeto de especial protección y garantizar los derechos del incapaz (...). No resulta en modo alguno procedente reconocer un derecho de visitas de la esposa con su marido, ni acudiendo esta a la actual residencia de su esposo junto con

sus hijos, ni estableciendo un lugar de reunión distinto del indicado como régimen transitorio, pues ello supondría sacarlo de su entorno y rutina habituales lo que podría conllevar ataques de agresividad y descontrol, lo que sin duda perjudica al enfermo que requiere un tratamiento y una medición especializada, y al que la actora no está habituada y desconoce, pues debido al estado degenerativo del Sr. Ángel Jesús, se encuentra en peor estado que cuando convivían juntos requiriendo ayuda para todo y la presencia constante de una persona a su lado». Por todo ello se deniega el régimen de visitas conjuntas y se mantiene el régimen de visitas de los hijos con el padre en el entorno de la tutora por ser lo más beneficioso para el incapaz y sin ser perjudicial para los menores.

3. También existen supuestos en que son los hijos los que solicitan un régimen de visitas con sus padres con discapacidad. El tema se ha abordado anteriormente y allí nos remitimos.

VI. CONCLUSIONES

I. La reforma del artículo 94 del Código Civil a través de la Ley 8/2021 incorpora como novedades la referencia a los hijos «con discapacidad mayores de edad o emancipados», cuando sea preciso determinar el régimen de comunicación y estancia con el progenitor que no los tenga consigo, o con los hermanos, abuelos, parientes o allegados. Pero las novedades exceden la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, y las que han generado más polémica han sido las incorporadas en los apartados cuarto y quinto al introducir un límite especial al régimen de visitas y comunicación que opera de forma automática, cuando el progenitor esté incursa en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o hijos, incluso si se advierte la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No procede «en ningún caso» el régimen de visitas si el progenitor está en prisión, provisional o por sentencia firme por los delitos señalados. Las medidas son muy estrictas comparadas con otras normas similares, pudiendo generar una suspensión prolongada de las relaciones paternofiliales. Hubiera sido conveniente sincronizar mejor la Ley 8/2021 con la LO 8/2021.

II. La coordinación de los apoyos con la decisión judicial a la hora de determinar el régimen de visitas, comunicación y estancia genera distintos supuestos:

—Primer supuesto: hijo con discapacidad mayor de edad que no necesita apoyos. No parece que sea necesario establecer judicialmente un régimen de

visitas, pues, si estaban establecidas, quedan extinguidas con la mayoría de edad y si no están establecidas no procede establecerlas, pues ya es mayor de edad y se ha extinguido la patria potestad. Los hijos y los progenitores tienen plena autonomía para establecer sus relaciones personales como consideren más oportunas.

Si el hijo es emancipado con discapacidad que no necesita apoyos, el juez, tendrá en cuenta su voluntad, deseos y preferencias y además deberá tener presente el interés superior del menor (pero por ser aún menor, no por su discapacidad).

—Segundo supuesto: Hijo con discapacidad, mayor de edad o emancipado, con necesidad de apoyo. En este caso:

1. Si los progenitores han acordado en el convenio regulador un régimen de visitas, comunicación y estancia, siempre será necesario contar con la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad mayor de edad o emancipado. Y en el caso de que el hijo con discapacidad cuente con una medida de apoyo que no sean sus padres (hermanos, tíos, abuelos...), el hijo podrá tomar dicha decisión con la ayuda de este apoyo (art. 249.2 CC).

2. Si no hay convenio regulador, es la autoridad judicial la que tiene que tomar la decisión (art. 94 CC). Pero en estos casos pueden darse tres escenarios distintos:

—Que el hijo con discapacidad no tenga establecida una medida de apoyo, a pesar de necesitarla. Puede resolverse la cuestión de dos formas: o es el mismo juez el que toma la decisión contando con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o el juez nombrará un defensor judicial.

—Que la medida de apoyo corresponda a sus padres. En este supuesto puede generarse un conflicto de intereses con los padres, en cuyo caso, o es el mismo juez el que toma la decisión contando con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad o bien el juez nombrará un defensor judicial.

—Que el hijo tenga una medida de apoyo que no son sus padres. En este caso el que debe tomar la decisión es la persona con discapacidad con su apoyo.

III. La norma obliga al juez a escuchar a la persona con discapacidad mayor de edad. Llama la atención que el precepto no aluda a la necesidad de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad, aunque en esta audiencia previa el juez se convierte en apoyo atípico y estará vinculado a ellas (arts. 249 CC).

IV. Se regula, por una parte, un límite o suspensión del régimen de comunicación o estancia de carácter opcional por parte de la auto-

ridad judicial si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen (antes se exigían circunstancias graves) o se incumplan, de forma grave y reiterada, los deberes impuestos por la resolución judicial. Por otra parte, se prevé una suspensión del régimen de comunicación y estancia de carácter obligatorio cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o si existen indicios fundados de violencia doméstica o de género, aunque en estos casos se puede establecer un régimen de visitas si así lo aconseja el interés superior del menor o la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación paternofilial. También se suspende si el progenitor está en prisión, provisional o por sentencia firme acordada por un procedimiento penal por los delitos citados anteriormente. Estas previsiones chocan con el artículo 65 y 66 LO 1/2004, artículo 544-ter-7 LECrim.

V. El nuevo artículo 94 del Código Civil ha reestructurado y ampliado el régimen de comunicación y estancia del menor o mayor con discapacidad con sus hermanos, abuelos, parientes o allegados. El juez puede otorgar este derecho tras la audiencia de progenitores y de las personas que han solicitado el régimen de comunicación o estancia. En todo caso es preciso el consentimiento de los menores o mayores con discapacidad, consentimiento que no se exige en el artículo 160.2 del Código Civil. La autoridad judicial resolverá atendiendo el interés del menor y la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad.

VI. Empiezan a ser habituales los casos en los que son los hijos mayores de edad los que solicitan un régimen de visitas o comunicación con sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares. Los conflictos se generan entre los descendientes del progenitor con discapacidad. Suele ser común que uno de los hijos sea el tutor, curador, o es el guardador de hecho de su padre o madre con discapacidad, existiendo una mala relación de aquel con los restantes hijos de la persona con discapacidad. En estas circunstancias el hijo cuidador obstaculiza las visitas a los demás hijos. Proponemos la regulación de un régimen de comunicación y/o estancia en estos casos dependiendo de la necesidad o no de apoyo del progenitor con discapacidad.

VII. El análisis jurisprudencial permite observar cómo se resolvían los supuestos del régimen de visitas y comunicación de hijos mayores con discapacidad. Si algo llama la atención es la gran casuística existente y la dificultad de establecer reglas claras al respecto, pues cada supuesto tiene sus peculiaridades. El Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre el tema específico del régimen de visitas y comunicación e hijos con discapacidad

mayores de edad. Sí lo ha hecho en el tema de derecho de alimentos y atribución de la vivienda en los que se ven implicados hijos con discapacidad mayores de edad.

La ausencia de una regulación que solventara el régimen de visitas en los supuestos en que existieran hijos con discapacidad mayores de edad, implicaba, muchas veces, sobreprotegerlos. Observamos una tendencia a preservar los deseos, voluntades y preferencias de las personas con discapacidad a partir de la Convención, pero muchas veces acaban aniquilados por una regulación cuya tendencia era aparcar a la persona mayor con discapacidad y focalizar la atención en unos progenitores abatidos muchas veces por dichas situaciones. La actual regulación sitúa en plano de igualdad los derechos de las partes: los de los hijos mayores de edad con discapacidad y los de los progenitores, otorgando más protagonismo a los primeros cuando deba establecerse un régimen de visitas.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009)
- STS de 11 de febrero de 2011 (Roj: STS 505/2011)
- STS de 30 de mayo de 2012 (Roj: STS 3791/2012)
- STS de 7 de julio de 2014 (Roj: STS 2622/2014)
- STS de 30 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3908/2014)
- STS de 20 de octubre de 2014 (Roj: STS 4233/2014).
- STS de 17 de julio de 2015 (Roj: STS 3441/2015)
- STS de 28 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4281/2016)
- STS de 19 de enero de 2017 (Roj: STS 113/2017)
- STS de 7 de marzo de 2017 (Roj: STS 851/2017)
- STS de 3 de diciembre de 2020 (Roj: STS 4050/2020)
- SAP de Valladolid de 22 de octubre de 1999 (Roj:SAP VA 1544/1999)
- SAP de Granada de 5 de abril de 2003 (Roj: SAP GR 884/2003)
- SAP de Tarragona de 30 de julio de 2003 (Roj: SAP T 1162/2003)
- SAP de Barcelona de 18 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13898/2005)
- SAP de Barcelona de 6 de abril de 2006 (Roj: SAP B 3692/2006)
- SAP de Málaga de 2 de enero de 2007 (Roj: SAP MA 229/2007)
- SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008 (Roj: SAP B 7565/2008)
- SAP de Zaragoza de 7 de octubre de 2008 (Roj: SAP Z 2821/2008)
- SAP de Álava de 21 de febrero de 2008 (Roj: SAP VI 32/2008)
- SAP de Málaga de 24 de septiembre de 2009 (Roj: SAP MA 2543/2009)
- SAP de Barcelona de 2 de noviembre de 2010 (Roj: SAP B 9995/2010)
- SAP de Burgos de 14 de julio de 2011 (Roj:SAP BU 617/2011)
- SAP de Valencia de 18 de abril de 2012 (Roj: SAP V 812/2012)

- SAP de Salamanca de 25 de febrero de 2013 (Roj; SAP SA 101/2013)
- SAP de Pontevedra de 17 de julio de 2014 (Roj; SAP PO 1750/2014)
- SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2014 (Roj; SAP B 13526/2014)
- SAP de Málaga de 17 de diciembre de 2015 (Roj; SAP MA 3800/2015)
- SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2015 (Roj; SAP M 17567/2015)
- SAP de Madrid de 13 de octubre 2017 (JUR(2018)29930)
- SAP de Málaga de 23 de noviembre de 2017 (Roj; SAP MA 3520/2017)
- SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018 (Roj; SAP CO 1/2018)
- SAP de León de 23 de noviembre de 2018 (Roj; SAP LE 1237/2018)
- SAP de Coruña de 22 de mayo de 2019 (Roj; AAP C 608/2019)
- SAP de Madrid de 18 de junio de 2019 (Roj; SAP M 10852/2019)
- SAP de Murcia de 14 de noviembre de 2019 (Roj; SAP MU 2320/2019)
- SAP de Málaga de 30 de enero de 2020 (Roj; SAP MA 1226/2020)
- SAP de Cádiz de 27 de marzo de 2020 (Roj; SAP CA 723/2020)
- SAP de Segovia de 9 de julio de 2020 (Roj; SAP SG 300/2020)
- SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2020 (Roj; SAP CA 1417/2020)

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEVO BERMEJO, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas, reclamación judicial*, Madrid: Tecnos.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2019). El deterioro cognitivo de la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad. *Revista de Bioética y Derecho*, 45. En línea, disponible en <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/26973/28654>.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2005). Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la Ley 42/2003 de 21 de noviembre. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, núm. 6 (11-111).
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (2004). La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales. *Revista doctrinal Aranzadi civil-Mercantil*, núm. 3 (2479-2512).
- CASAS PLANES, M.D. (2010). Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial (Referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 de marzo de 2007), En S. de Salas Murillo (Coord.). *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: La Justicia de Aragón. (477-498).
- CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En M. Yzquierdo Tolsada, M. Cuena Casas. *Tratado de Derecho de familia*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Vol II, 2.^a edición. (381-608).
- CRESPO ALLUÉ, F. (1986). Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés. *RDP*, núm. 3 (195-220).
- CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *RCDI*, núm. 777, (13-90).

- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2017). El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar. *RCDI*, núm. 759, (345-369).
- DELGADO SÁEZ, J. (2020). *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico práctica española*. Madrid: Reus.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1999). La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo. *Actualidad Civil*, núm. 21, mayo. (553-581).
- GARCÍA RUBIO, M.^a P.
- (2008). 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 *AAMN*, tomo LVIII. (143-192).
 - (2017). La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. En M. García Goldar y J. Ammerman Yebra (Dir.). *Propuestas de modernización do Dereito*. Santiago de Compostela, Editores Xunta de Galicia. (7-18).
 - (2018). Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *RDC*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre. (29-60).
 - (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Artículo monográfico, junio, SP/DOCT/114070 (1-17).
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2008). La protección de las personas mayores en el Derecho civil francés. En J. Gómez Gállico (Coord.). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, t. I, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, (515-580).
- GUIRARTE MARTÍN-CALERO, C.
- (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (el Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*. Madrid: Reus.
 - (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En C. Guijarro Martín-Calero (Dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. (145-151).
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011). Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril. En F. Blasco Gascó (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, Vol. 1. (1325-1336).
- LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2000). El tráfico jurídico negocial y el discapacitado. En R., Martínez Die. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Madrid: Civitas.
- MARÍN LÓPEZ, J.M. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 5.^a Ed. (238-240).
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2015). Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2013 de 29 de abril). *La Ley. Derecho de familia*.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994). El derecho de visitas en la reciente praxis judicial. *Aranzadi Civil*, Tomo 1. (145-168).
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2021). Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas. En E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara (dirs). *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. Madrid: Wolters Kluwer. (303-368).
- MORO ALMARAZ, M.^a J. (2021). La tramitación legislativa de la Ley 8/2021. *LA LEY Derecho de familia*, núm. 31, sección A Fondo, Tercer Trimestre, La Ley 9532/2021. (1-12).
- ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*. Madrid: Wolters Kluwer.
- ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021). La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al aparato del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio. La Ley 7947/2021, *Diario La Ley*, núm. 9892, Sección Tribuna, de 15 de julio, Wolters Kluwer.
- OTERO CRESPO, M. (2022). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En M.P. García Rubio y M.J. Moro Almaraz (dirs). Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters. (125-129).
- PARRA LUCÁN, M.^a A. (2019). La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *AAMN*, tomo 59. (471-494).
- PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacidad al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil, *RDC*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre). (5-28).
- PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacidad? *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre.
- (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En M. Pereña Vicente (Dir.). *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid; Dykinson. (119-141).
- PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.^a C. (2009). La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho privado y constitución*. Núm. 23. (335-368).
- QUESADA GONZÁLEZ, C. (2019). *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán*. Madrid: Reus.
- RIVERO HERNANDEZ, F. (1997). *El derecho de visita*, Universidad de Navarra, servicio de publicaciones.
- RIVEROS FERRADA, C. (2021). La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán. *La Ley Derecho de familia*, núm. 31, sección A Fondo, Tercer Trimestre, La Ley 9532/2021. (1-11).
- RUBIO TORRANO, E. (2009). La incapacidad: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York, *Aranzadi civil: revista doctrinal*, núm. 2. (2115-2118).

- SERRANO CASTRO, F. (2010). *Relaciones paterno-filiales*. Madrid: El Derecho.
- SERRANO GARCÍA, I. (2020). Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. En E. Muñiz Espada (Dir.). *Contribución para una reforma de la discapacidad*. Madrid: Walters Kluwer. (69-87).
- SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021). Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad. BIB 2021\3733 *Aranzadi digital* núm. 1.
- TAMAYO HAYA, S. (2007). La custodia compartida como alternativa legal. *RCDI*, núm. 700. (667-712).
- TORRELLES TORREA, E. (2021). Derecho a las relaciones personales: el supuesto en el que se impide la relación con el progenitor de edad avanzada con discapacidad, *Revista Catalana de Dret Privat (RCDP)*. vol. 24. (11-47).
- TORRES COSTA, M.^a E. (2020). *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 (Derecho Privado), Madrid.
- VALLESPÍN PÉREZ, D. (2018). El derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 131. (p. 8).
- VARELA AUTRÁN, B. (2008). La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras. En M.A. Martínez García (coord.). *La defensa jurídica de las personas vulnerables: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. (73-124).
- VIÑAS MAESTRE, M.D. (2012). Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda. *Indret*, [En línea], núm. 3, disponible en <https://indret.com/medidas-relativas-a-los-hijos-menores-en-caso-de-ruptura-especial-referencia-a-la-guarda/>
- VIVAS TESÓN, I. (2012). Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar. *Revista de Derecho Privado*, núm. 5.
- (2012) *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración y apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Badajoz: Observatorio estatal de la discapacidad. FUTUEX (Fundación para la promoción y apoyo de las personas con discapacidad).

NOTAS

¹ Así nos lo recuerda la SAP de Segovia de 9 de julio de 2020 (Roj: SAP SG 300/2020).

² Buen ejemplo de ello es la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante LO 8/2021), que a pesar de ser posterior a la Ley 8/2021, aun se refiere, en alguno de los preceptos reformados, indistintamente y con poca claridad a la «capacidad judicialmente modificada» o a las «personas con discapacidad necesitadas de especial protección» (art. 544 ter.7 LECrim al que nos referiremos más adelante).

Además, a pesar de la reforma, hay leyes que aun arrastran la antigua terminología y que es preciso reformar, como las leyes sanitarias. A título de ejemplo, la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia

de información y documentación clínica. Advierte la necesidad de reformas de otras leyes GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *SP/DOCT/114070, Artículo monográfico*, junio, 2.

³ El GP Vox ha interpuesto el recurso de inconstitucionalidad 5570-2021 contra el artículo segundo apartados 10 y 19 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, lo que afecta a los artículos 94 y 156 del Código Civil (BOE de 16 de octubre de 2021).

⁴ Nos recuerda la SAP de Málaga de 13 de mayo de 2005 (Roj: SAP ML 153/2005), que solo procede régimen de visitas si los padres viven separados, no si viven en la misma vivienda.

⁵ Incluso en estos casos, como advierte acertadamente GUILARTE MARTÍN-CALEIRO, C. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 146, «incluso, en los supuestos de atribución de la custodia compartida, si la alternancia es amplia, deberá fijarse un tiempo para la relación con el progenitor al que no le corresponda la guarda en ese momento».

⁶ Actualmente, a nivel legislativo, se observa un uso indistinto de las expresiones «régimen de comunicación y estancia», «régimen de visitas», «régimen de visitas, comunicación o estancia», etc. Terminológicamente, la expresión «régimen de visitas» ha sido criticada prefiriéndose la expresión «relaciones personales» (en este sentido, observamos que el artículo 92.10 del Código Civil reformado en la disposición final segunda de la LO 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, usa la expresión «estancia, relación y comunicación»). A título de ejemplo, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*. Madrid: Wolters Kluwer, 21; BERROCAL LANZAROT, A.I. (2005). Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la Ley 42/2003 de 21 de noviembre. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*. núm. 6 *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*. núm. 6, 47; RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1997). *El derecho de visita*. Universidad de Navarra, servicio de publicaciones, 23.

El artículo 94 del Código Civil también se ve afectado por este uso variado de expresiones, sin un criterio uniforme (lo mismo sucede en el artículo 544 ter LECrim al que aludiremos). Respetaremos el uso de los términos del legislador en los distintos apartados del artículo 94 del Código Civil.

⁷ Como afirma, ORDÁS ALONSO, *El derecho de visita, comunicación y estancia...*, op cit., 71, «el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse con un desarrollo integral de su personalidad».

⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (el Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*. Madrid: REUS, 236.

⁹ Por todos, CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.). *Tratado de Derecho de familia*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Vol II, 2.^a edición, 476.

A nivel jurisprudencial se insiste también en esta perspectiva. Por todas: SAP de Madrid de 22 de marzo de 2019 (Roj: SAP M 3961/2019): «el régimen de visitas a que alude el referido artículo 94 del Código Civil consagra un derecho-deber que tiene por finalidad fomentar las relaciones humanas paterno filiales y mantener latente la corriente afectiva que debe presidir dicha relación, procurando que los hijos, a pesar de la separa-

ción convivencial no se vean afectados por las desavenencias de sus padres». Existe un interés mutuo en el trato y relación de padres e hijos.

¹⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 239.

¹¹ Veremos más adelante que la nueva redacción del artículo 94 del Código Civil prefiere referirse a «circunstancias relevantes» en vez de «graves circunstancias».

¹² Como se señala en múltiples sentencias, por todas, SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008 (Roj: SAP B 7565/2008), el régimen de visitas no puede ser interpretado de forma restrictiva, por su propia naturaleza y por tratarse de un derecho que actúa para la reanudación de las relaciones entre padres e hijos y su mantenimiento y desarrollo. Este derecho solo puede ceder ante un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. Es un complejo derecho-deber cuyo cumplimiento no tiene por finalidad únicamente dar cumplimiento a los deseos de los progenitores, sino principalmente satisfacer las necesidades afectivas y educacionales, de forma amplia, de los hijos, en aras de un desarrollo integral de su personalidad y equilibrio.

¹³ Como señala VARELA AUTRÁN, B. (2008). La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras. En M.A. Martínez García (coord.). *La defensa jurídica de las personas vulnerables: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 87, el establecer una medida única de carácter legal, por más que la misma pueda resultar graduable y modificable, como ocurre con la incapacitación judicial, para suplir las deficiencias intelectivas de las personas discapacitadas, no resulta, en el tiempo presente y dada la integración llevada a cabo de dichas personas, la solución más óptima y proporcionada para conseguir el adecuado autogobierno y la programática igualdad de las mismas.

¹⁴ Desde hace años eran numerosas las voces que proponían prescindir del proceso de incapacitación y la subsiguiente tutela o, al menos, limitarlos a aquellas personas con deficiencias más graves en las que eran inoperantes las alternativas, debiendo en todo caso adaptar la incapacidad a las necesidades individuales de cada persona. Así, a título de ejemplo, LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2000). El tráfico jurídico negocial y el discapacitado. En R. Martínez Díe (Coord.). *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Madrid: Civitas, 185; CASAS PLANES, M.D. (2010). Breve reflexión acerca del futuro de la incapacidad judicial (Referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 de marzo de 2007). En S. de Salas Murillo (coord.). *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 479; PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacidad? *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre; (2018) La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En M. Pereña Vicente (dir.). *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Dykinson, 119 y sigs.; CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *RCDI*, núm. 777, 13 y sigs.

¹⁵ La entrada en vigor de la Convención generó la duda de si las vigentes medidas modificativas de la capacidad de obrar de nuestro ordenamiento en aquel momento eran acordes a los principios contenidos en ella. La STS de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009) resolvía una cuestión prejudicial, señalando la adecuación del procedimiento de incapacidad a la Convención. Esta sentencia, interpretando la normativa del Código Civil en materia de incapacidad a la luz de la Convención, señala que «la incapacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado» (esta reflexión se

reitera en múltiples sentencias posteriores: STS de 11 de octubre de 2012, 24 de junio 2013 y 24 de junio de 2014, o a nivel provincial, por todas, SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2020 Roj: SAP CA 1417/2020). Más recientemente la STS de 3 de diciembre de 2020 (Roj: STS 4050/2020) afirma que «el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español, por la tutela y curatela. Junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención».

¹⁶ PARRA LUCÁN, M.ªA. (2019). La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, *AAMN*, tomo 59, 473 advierte que «La Sala Primera ha reiterado que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención».

¹⁷ GARCÍA RUBIO, M.P. (2006). La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. En M. García Goldar y J. Ammerman Yebra (dir.). *Propuestas de modernización do Dereito*. Santiago de Compostela: Editores Xunta de Galicia, 11, manifiesta que este sistema de sustitución en la toma de decisiones, tiene un «carácter eminentemente paternalista y basado en la idea del mejor interés de la persona con discapacidad», advirtiéndonos de que la Convención rompe con este modelo.

Este cambio es acorde con las directrices emanadas de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 23 de febrero de 1999, sobre «Los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados», que hace referencia expresa al «principio de flexibilidad en la respuesta jurídica». Para ello establece las siguientes bases: 1.^º «Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquellas definir la selección de los medios elegidos... 3.^º Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes... 5.^º Deberían incluirse entre las medidas de protección que, aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, sin ser necesaria una medida judicial o administrativa. Si la protección y la asistencia necesarias pueden ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales. Ahora bien, si las decisiones tomadas por un pariente o por una persona que intervenga en los asuntos del mayor incapacitado son reconocidas por la Ley, todo poder conferido o reconocido deberá ser cuidadosamente limitado, controlado y vigilado».

¹⁸ La capacidad jurídica incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercerlos. No equivale al concepto de personalidad jurídica, sino que incluye la capacidad de ejercer tales derechos (lo que era la capacidad de obrar hasta ahora).

¹⁹ Para un estudio más detallado puede consultarse el número monográfico sobre el tema en la *RDC* vol. V, núm. 3, 2018. También lo tratan, entre otros, PERENA VICENTE, La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacidad..., *loc cit*; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011). Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril. En F. Blasco Gascó (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, Vol. 1, págs. 1325-1326; RUBIO TORRANO, E. (2009). La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York. *Aranzadi civil: revista*

doctrinal, núm. 2, págs. 2115-2118; VIVAS TESÓN, I. (2012). Una propuesta de reforma del sistema tutitivo español: proteger sin incapacitar. *Revista de Derecho Privado*, mes 5, 3 y sigs.; o (2012) *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración y apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutitivo español*. FUTUEX (Fundación para la promoción y apoyo de las personas con discapacidad).

Las opciones internacionales pasan por reformar completamente el modelo de protección prescindiendo de la incapacidad (es la propuesta de las reformas españolas de 2018 y 2020), o mantenerlo complementado con figuras que actúen como alternativa limitándose a realizar una labor de asistencia y no tanto de representación. Esta última es la opción adoptada en Francia, y en la regulación del Derecho de personas en Cataluña. PAU PEDRÓN, De la incapacidad al apoyo..., *loc cit.*, 9, considera que no aciertan aquellos ordenamientos que ponen en primer plano el «interés» frente a la «voluntad», siendo partidario de que hay que dar preferencia a esta última. Y solo cuando esta voluntad no pueda expresarse ni reconstruirse, entrará en juego el criterio del interés.

²⁰ Realiza un análisis de los objetivos y contenido de esta regulación, RIVEROS FERRADA, C. (2021). La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán. *LA LEY Derecho de familia*, núm. 31, sección A Fondo, Tercer Trimestre, La Ley 9532/2021, o GARCIA-RIPOLL MONTIJA-NO, M. (1999). La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo. *Actualidad Civil*, núm. 21, mayo, 553 y sigs.

²¹ Sobre la reforma, cfr. GALLEGU DOMÍNGUEZ, I. (2008). La protección de las personas mayores en el Derecho civil francés. En J. Gómez Gállico (Coord.). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. t. I. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 515 y sigs.; CASAS PLANES, Breve reflexión..., *loc. cit.* 485 y sigs.; CRESPO ALLUÉ, F. (1986). Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés. *RDP*, núm. 3, 195 y sigs.

²² En Italia, se ha instaurado una figura denominada «Amministratore di Sostengo» —que podemos traducir como administrador de apoyo— por la Ley 6, de 9 de enero de 2004, que ha recibido el refrendo de su constitucionalidad por sentencia de la Corte Constituzionale de 9 de diciembre de 2005.

²³ En Quebec, el Código Civil aprobado en 1991, como regímenes de protección admite que puede nombrarse un tutor o un curador para representar al mayor con discapacidad, o un «conseiller» para asistirle (art. 258). Este se nombrará judicialmente para aquel que, si bien tiene aptitud generalmente para actuar y administrar sus bienes por sí solo, necesita para ciertos actos o en ciertos momentos, de ser «asistido» o «conseillé» en la administración de sus bienes (art. 291 y sigs.).

²⁴ Fue pionero en este sentido el Derecho alemán que en enero de 1992 derogó la declaración de incapacidad de las personas adultas creando la figura de la asistencia jurídica a través de la «Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegeschaft fuer Volljährige-Betreuungsgesetz», ley que se ha modificado en reiteradas ocasiones siendo la más reciente la reforma operada el 12 de mayo de 2021 a través de la «Gesetz zur Reform des Vormundschaf- und Betreuungsrecht».

²⁵ Una buena definición de lo que significa «apoyo» en GARCÍA RUBIO, La esperada nueva regulación..., *loc cit.*, 11. Interesante también la interpretación del término «apoyo» en el comentario al artículo 12 párrafo 3 (17) de la Convención de Nueva York, en la Observación general Núm. 1 (2014) CRPD/C/GC/1. 5. (disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%A9culo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>).

²⁶ En este sentido, hay que reconocer que, especialmente tras la reforma de la incapacidad de 1983, la incapacidad no fue un sistema uniforme y aplicable en igual medida a todos los que precisaran la adopción de medidas de ejercicio de la capacidad: el régimen de protección y guarda se adaptaba a las necesidades de cada persona, precedido de un procedimiento judicial con mayores garantías.

²⁷ Apuntamos, sin detenernos, que la Ley 8/2021 ha supuesto la supresión de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, manteniendo únicamente el concepto de capacidad jurídica predicable para todo ser humano.

El concepto de proporcionalidad que utiliza la Convención no es excluyente de medidas representativas de la capacidad jurídica, siempre que así se requieran, pero son muy excepcionales. Lo señala, entre otros, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C. (2009). La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar, *Derecho privado y constitución*, núm. 23, 349. Sin embargo, no es el mecanismo prioritario como ha sido hasta ahora en la mayoría de las ocasiones, sino muy excepcional sin olvidar que «en todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones» (Comentario al artículo 12 párrafo 3 (18) de la Convención de Nueva York, en la Observación general núm. 1, *loc cit*, 5).

En los casos más graves, en los que la discapacidad de la persona le impide realizar totalmente actos con trascendencia jurídica, de no establecer alguna medida de sustitución de su capacidad jurídica, supondría la privación a la persona con discapacidad de la posibilidad de actuación en el ejercicio y defensa de sus intereses legítimos, lo que en definitiva sería contrario al principio de igualdad. Se requiere, eso sí, que se establezcan las garantías necesarias para que la medida sustitutiva de la capacidad jurídica se adopte solo en los casos estrictamente necesarios y mediante el establecimiento de cautelas y salvaguardas que permitan asegurar que la sustitución de la capacidad en tales situaciones se realice en beneficio único y exclusivo de la persona con discapacidad. Por tanto, la sustitución es una vía excepcional y extrema.

²⁸ GARCÍA RUBIO, La esperada nueva regulación..., *loc cit*, 11. Insiste en ello con un estudio de derecho comparado en GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *RDC*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 32 o 53, y (2017). 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. *AAMN*, tomo LVIII, 164-165.

²⁹ PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *RDC*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 8 y 9. Véase también ARROYO AMAYUELAS, E. (2019). El deterioro cognitivo de la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad. *Revista de Bioética y Derecho*, 45, 132 y sigs.

³⁰ GARCÍA RUBIO, Contenido y significado..., *loc cit*, 6. La autora es consciente de los casos límite o difíciles en los cuales el apoyo debe ser sustitutivo, pues la persona con discapacidad no puede formar su voluntad ni expresarla y además, carece de trayectoria vital que pueda interpretarse, y admite «que en estos casos tan excepcionales la representación heterónoma o sustitutiva de la voluntad del representado se me ofrece como la única solución viable para que estas personas no resulten totalmente expulsadas del ámbito jurídico, por más que reconozco que ni siquiera en este tipo de hipótesis admite el Comité la actuación por sustitución» (7 y 14).

³¹ Al respecto puede consultarse MORO ALMARAZ, M.J. (2021). La tramitación legislativa de la Ley 8/2021. *La Ley. Derecho de familia*, núm. 31, sección A Fondo, Tercer Trimestre, La Ley 9532/2021.

³² En esta línea, la exposición de motivos del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, identificaba claramente una de las cuestiones a replantear en lo relativo a los instrumentos de protección de las personas con algún tipo de discapacidad: «Se trata de que no siempre sea necesaria la incapacitación y la constitución formal de la tutela, que se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la enfermedad psíquica se une la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar». Se remarcaba también que «la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso con la capacidad natural de la persona protegida». Una de las novedades más llamativas

del Libro II del Codi civil de Catalunya es la llamada «asistencia» como nuevo instrumento de protección, destinado a mayores de edad con alguna disminución «no incapacitante» de sus facultades físicas o psíquicas, por lo que necesitan un apoyo tanto en lo relativo a su persona como a su patrimonio. De su regulación resulta que estamos ante un instrumento cuya principal diferencia con la tutela y la curatela es que no requiere la previa declaración de incapacidad, la cual se sustituye por la declaración de asistencia y el nombramiento de asistente. Puede consultarse QUESADA GONZÁLEZ, C. (2019). *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán*. Madrid: Reus.

³³ Para un estudio de las novedades introducidas por la Ley 8/2021, GARCÍA RUBIO, Contenido y significado..., *loc cit.* La autora enumera los puntos principales de la reforma: no se da una definición de discapacidad; desaparece la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; no se contempla el criterio del «mejor interés de la persona con discapacidad»; el único criterio de actuación es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad; se reconoce el derecho al apoyo, pero no se contempla de modo expreso la facultad de renunciar a él; respeto a los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad en los apoyos; atención bifronte, pues se trata de atender tanto a los aspectos patrimoniales como a los personales de la persona con discapacidad; restricción máxima de los supuestos en los que se permite la sustitución en la forma de decisiones de la personas con discapacidad; junto con los apoyos se establecen salvaguardas; es una ley destinada a los mayores de edad.

³⁴ Como señala la STS de 19 de enero de 2017 (Roj: 113/2017) «la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con distintas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

³⁵ En las enmiendas presentadas al Proyecto de 2020 el 9 de diciembre de 2020, no consta ninguna al artículo 94 del Código Civil del Proyecto. Puede consultarse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-2.PDF. Sin embargo, sí se incorporaron modificaciones en el Senado.

³⁶ Los apartados cuarto y quinto han sido recurridos por inconstitucionalidad: Recurso de inconstitucionalidad 5570-2021 (BOE 16 de octubre de 2021). OTERO CRESPO, M. (2022). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En M.P. García Rubio y M.J. Moro Almaraz (dirs). Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 126 y 128, considera que insertar estas cuestiones en el artículo 94 responde en esencia a motivos de oportunidad política y critica la falta de rigor técnico de los nuevos párrafos.

³⁷ El *Informe sobre el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de la Secretaría General del CGPJ* del 28 de noviembre de 2018, 54, se refería a los «procedimientos de separación, nulidad y divorcio». Sin embargo, ni el Anteproyecto de 2018 ni en el Proyecto de 2020 se referían a la «nulidad», pero se ha añadido cuando el proyecto pasó por el Senado el 11 de mayo de 2021.

³⁸ En el *Informe sobre el Anteproyecto...*, *op cit.* 55, el CGPJ advierte que junto al modo debe entenderse el «tiempo y lugar».

³⁹ El derecho de audiencia al que alude la norma abarca a los hijos menores y a los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados, pues el precepto alude a los «párrafos anteriores».

⁴⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Comentario al artículo 94 del Código Civil..., *op cit.*, 147 y 148, considera que, al igual que el apartado sexto del artículo 94 del Código Civil advierte que se tenga presente la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad para el caso de establecer un régimen de comunicación y estancia *ex artículo 160* del Código Civil, también debería haberse incluido esta referencia en el apartado segundo.

⁴¹ Entre las medidas de apoyo típicas, la guarda de hecho es la que aparece como «medida informal», porque no necesita un acto de constitución.

⁴² TORRES COSTA, M.E. (2020). *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, Derecho privado, 257, comentando el Anteproyecto de 2018, considera que «parece un poco incoherente la asunción de la incapacidad para decidir por sí solos, con el requisito de su audiencia en el pleito. Quizás debiera hacerse hincapié en el nuevo texto en la finalidad de esta audiencia, que sería precisamente la de fijar su voluntad, gustos y/o preferencias, lo cual evidenciaría que el hijo con discapacidad sí tendría capacidad para decidir por sí solo, aunque con necesidad de asistencia o de ajustes de procedimiento».

⁴³ Señala GUILARTE MARTÍN-CALERO, Comentario al artículo 94 del Código Civil..., *op cit.*, 151, que «el juez, en la comparecencia, determinará si es el hijo mayor de edad con discapacidad quien adopta la libre decisión. Verificará, por tanto, la ausencia de influencia indebida y manipulación; o si, por el contrario, le corresponde a él determinar el régimen de visita, comunicación o estancia, atendidas las circunstancias del caso, pero, sobre todo, con respeto a la voluntad, deseos y preferencias expresados por el hijo mayor de edad».

⁴⁴ Un supuesto especial de suspensión lo observamos en el artículo 158 del Código Civil, que ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Respecto a los hijos menores señala que el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: «*6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma*

⁴⁵ Reconoce que «se atenúan, de graves a relevantes, el tipo de circunstancias concorrentes», el Dictamen 5/2018 del Consejo económico y social (CES) de 24 de octubre de 2018 sobre el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 7. Disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/5183810/Dic052018.pdf/faf267a1-29ce-24c0-ac2e-2a7611f95bf0>

⁴⁶ ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021). La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al aprobar el artículo 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio. La Ley 7947/2021, *Diario La Ley*, Núm. 9892, Sección Tribuna, de 15 de julio, Wolters Kluwer, 8 tras reconocer la dificultad que ya suponía determinar cuándo existían «graves circunstancias» para suspender o limitar el régimen de visitas comunicación o estancias, «calificar ahora como relevantes las circunstancias que pueden amparar tan gravosa decisión para el interés superior de menor como la que nos ocupa genera mayores dificultades interpretativas y sobre todo, camina hacia una opción eminentemente práctica, tal vez como cajón residual en el que ubicar la solución a los supuestos no acogidos en las demás hipótesis, por muy difícilmente imaginables que nos resulten para una decisión de tal calado».

⁴⁷ A través de la enmienda 94 del GPN, en el Senado se introducen dos nuevos párrafos en el artículo 94 del Código Civil alegando, simplemente, que «se prevén los supuestos en los que no procederá el establecimiento del régimen de visitas en coherencia con las previsiones del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia». *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 27-5 de 20 de mayo de 2021 (Enmiendas del Senado

mediante mensaje motivado, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-5.PDF

⁴⁸ Como advierte GUILARTE MARTÍN-CALERO, Comentario al artículo 94 del Código Civil..., *op cit*, 149 «tales supuestos quedaban ya englobados en la regulación anterior y, en particular, en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004, de 24 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género».

⁴⁹ El Decreto Ley 26/2021 de 30 de noviembre de modificación del libro segundo del Código Civil de Cataluña en relación a la violencia vicaria, reforman los artículos 233-11 y 236-5 del Código Civil de Cataluña, advirtiendo en su preámbulo que «para proteger de manera más efectiva y a tiempo a la hija y el hijo, no hace falta esperar a la sentencia para adoptar la medida. Se hace referencia expresa a las comunicaciones, además de las estancias. Con la prohibición de las comunicaciones se va más allá de la protección física de las personas menores de edad, ya que se parte del criterio de que las comunicaciones también perjudican a los niños y los adolescentes. Excepcionalmente, en el apartado 4 de este artículo 233-11 se posibilita que, de forma motivada, la autoridad judicial pueda acordar que se puedan hacer estancias o comunicaciones en interés superior del niño. Se considera que no se entendería que se excluyan de forma general, sin posibilidad de excepción. En todo caso, se debe escuchar al niño o adolescente, si tiene capacidad natural suficiente, y la justificación se debe tomar en interés de la persona menor. En el artículo 236-5 se ha incluido una prohibición genérica en la misma línea, en el contexto de la potestad parental».

⁵⁰ Estar incurso en un proceso penal por delito contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral, libertad o indemnidad sexual, parece que abarcaría las diversas fases del proceso penal: desde la instrucción hasta la conclusión de la ejecución a través de sentencia firme de condena.

⁵¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Comentario al artículo 94 del Código Civil..., *op cit*, 148 y 149, considera afortunada dicha excepción.

⁵² SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021). Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad. BIB 20213733 *Aranzadi digital* núm. 1, 8.

⁵³ Curiosamente el precepto solo hace referencia a las visitas, no al derecho de comunicación o estancia, pero deben considerarse incluidas.

⁵⁴ SOSPEDRA NAVAS. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio..., *loc cit.*, 8. El autor alerta sobre el hecho de que «la suspensión perceptiva de las visitas puede provocar disfunciones en los casos en que el proceso penal y el civil se sustancien ante órganos distintos (...), pues es indudablemente la interrelación entre el objeto del proceso penal y los indicios existentes, con la medida civil de la suspensión de las visitas y comunicación, dada su naturaleza cautelar, de medida cautelar de protección de la persona vulnerable. La cuestión es que, al establecerse de forma automática y trasladarse la competencia al juez civil, el justificador de la incoación del proceso penal es suficiente para que se decrete la suspensión de las visitas, abstracción hecha de la gravedad de los hechos, el peligro potencial que se deriva para las personas protegidas y de los indicios existentes». ORTEGA CALDERÓN, JL. La suspensión..., *loc cit.*, 1 y 2, también es crítico con estos nuevos apartados que considera una «reforma radical» añadiendo que hubiera sido más adecuado que se incluyera la reforma del artículo 94 del Código Civil en la Ley 8/2021 de 4 de junio junto con dos artículos más reformados por esta última ley: el 92 del Código Civil y 544 ter-7 LECrim que coincide parcialmente con el artículo 94 del Código Civil. Puede consultarse la obra del autor en la que se explica el origen de los apartados 94.4 y 5 del Código Civil en el Pacto de Estado contra la violencia de género (p. 3), y se anuncia una posible inconstitucionalidad del artículo 94 del Código Civil por el juego de rangos normativos con las normas mencionadas, entre otras (p.6). FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 209, se adhiere a las críticas «en cuanto sin una sentencia firme —digamos provisionalmente en el curso del

procedimiento, no bastando indicios—, no debería ser posible privar a un progenitor de su derecho de relación con un menor».

⁵⁵ Dice el artículo 544 ter-7.III: «Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del imputado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial». Se establece una suspensión automática del régimen de visitas como contenido de la orden de protección. Lo curioso es que en este apartado no se haga referencia a las personas con discapacidad, como sí se hace en el artículo 94.4 del Código Civil. Todo apunta a una descoordinación legislativa.

⁵⁶ ORTEGA CALDERÓN, La suspensión..., *loc cit.*, 6 y 15.

⁵⁷ Vid artículo 160.2 del Código Civil.

⁵⁸ Como señala MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2021). Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas. En E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LARA (dirs). El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento. Madrid: Wolters Kluwer, 334, se han introducido dos cambios: se amplía el número de personas respecto a los que la autoridad judicial va a reconocer el derecho de comunicación y visitas y se reconoce el derecho no solo respecto del menor sino también del mayor con discapacidad.

⁵⁹ A título de ejemplo, STS de 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002, 8462).

⁶⁰ Aunque indirectamente puede ser decisiva la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pues se permite suspender o limitar el régimen de visitas si existen circunstancias relevantes (art. 94.3 CC).

⁶¹ El artículo 160.2 del Código Civil se aplica a los casos de crisis matrimonial, a los casos en que exista despreocupación de los progenitores en que sus hijos se relacionen con dichas personas o en los casos de fallecimiento de uno de los progenitores si conlleva la imposibilidad de que se vea el hijo con la familia del fallecido.

⁶² Quizás sería preciso añadir «y emancipado» para ser coherente con los otros apartados del artículo 94 del Código Civil.

⁶³ Criticó esta ausencia del Anteproyecto el *Informe sobre el anteproyecto...* *op cit.*, del CGPJ, 55: «una coherencia no meramente formal con el sistema de apoyos proyectado conduciría a ponderar mejor el peso de la voluntad del hijo mayor con discapacidad, tanto más relevante cuanto se trata del derecho a relacionarse con él de sus hermanos, abuelos, parientes y allegados, y tanto más cuanto el elemento o hecho causante de la discapacidad no comporta una anulación completa o especialmente importante de sus facultades cognitivas y volitivas».

⁶⁴ Existe cierta polémica en torno al interés superior del incapaz, en concreto en mantenerlo o suprimirlo. PARRA LUCÁN, La protección de las personas con discapacidad..., *loc cit.*, 484 considera que «el interés superior del discapacitado —sentencia de 19 de noviembre de 2015—, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapacitado en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, vida e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual, por parte de quien asume el cuidado» (insiste en la misma línea en las páginas 485 y 486).

⁶⁵ Como advierte GARCÍA RUBIO, La esperada nueva..., *loc cit.*, 11, las medidas de salvaguarda a las que alude el artículo 12.4 de la Convención, «estarán destinadas a asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y que cuando no sea posible determinar esa voluntad y esas preferencias después de haber

hecho un esfuerzo considerable, el modelo del «interés superior» o del «mejor interés» de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de «la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias». Por consiguiente, debe de quedar claro que el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas, puesto que las personas con discapacidad no son menores de edad, y lo que vale para estos no es aplicable para aquellas».

⁶⁶ PAU PEDRÓN, De la incapacitación al apoyo..., *loc cit.*, 9.

⁶⁷ Hay que destacar, sin embargo, que nos movemos en el ámbito de crisis familiares (conflictos entre hermanos, esencialmente, privando uno de ellos la visita a sus progenitores a otro u otros hermanos), no en el de las crisis matrimoniales. Por ello, quizás su ubicación no sería tanto en este artículo 94 como en el artículo 160 del Código Civil.

El tema se ha analizado en TORRELLES TORREA, E. (2021). Derecho a las relaciones personales: el supuesto en el que se impide la relación con el progenitor de edad avanzada con discapacidad, *Revista Catalana de Dret Privat (RCDP)* vol. 24, 11-47.

⁶⁸ Para un estudio de ello, QUESADA GONZÁLEZ, *La asistencia y otras instituciones de protección...*, *op cit.*

⁶⁹ TORRES COSTA, M.^a E., *La capacidad jurídica...*, *op cit.*, 257.

⁷⁰ Podrá tener en cuenta o valorar los informes que considere pertinentes, el del Ministerio Fiscal, etc. La duda es si el juez puede acudir al interés superior de la persona con discapacidad para resolver este caso. Como se ha indicado *supra*, la LRAPD suprime cualquier referencia al interés superior de la persona con discapacidad como herramienta para decidir sobre medidas de apoyo u otras cuestiones previstas en la ley. Pero para tomar decisiones en estos casos tan extremos en los que no hay alternativas para conocer la voluntad o deseos de la persona con discapacidad, quizás sí pueda ser útil. En estos casos, llamémosle o no interés superior de la persona discapacitada, es evidente que el juez decidirá lo que considere que mejor puede beneficiar o ayudar a dicha persona.

⁷¹ Así lo establece el actual artículo 94 del Código Civil.

⁷² GARCÍA RUBIO, Las medidas de apoyo..., *loc cit.*, 31 y sigs.

⁷³ Este derecho lo encontramos previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 6); Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (art. 13); la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 12); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1992 (art. 24); Convenio de La Haya de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los niños (art. 23); Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (art. 3); Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (Considerando 19, 33, artículos 11 y 42, en sede de sustracción internacional de menores).

⁷⁴ Como pone de manifiesto DELGADO SÁEZ, J. (2020). *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico práctica española*. Madrid: Reus, 173, nota 149, «el derecho del menor a ser escuchado y a manifestar sus opiniones y deseos es tal que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado al Estado español en sentencia de 11 de octubre de 2016, asunto: Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España (23298/12) a indemnizar a la madre de dos hijas menores por vulneración por la justicia española del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ante el rechazo del juez de oír personalmente a la hija mayor de doce años y la ausencia de toda motivación por parte de aquél para rechazar tal petición, el Tribunal considera que la Sra. I.C. se ha visto indebidamente privada de su derecho a que sus hijas menores sean oídas personalmente por el juez, a pesar de lo dispuesto en la normativa interna aplicable, sin que haya sido aportado ningún remedio a tal privación por las jurisdicciones superiores al resolver los recursos planteados».

⁷⁵ La STS de 7 de marzo de 2017 (Roj: STS 851/2017), afirma que «cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio».

⁷⁶ Suele afirmarse que por debajo de los 7 años no se considera apropiado ser oído a no ser que sea imprescindible. *Vid. ACEVO BERMEJO, A. (2006). Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas, reclamación judicial.* Madrid: Tecnos, 48.

⁷⁷ Como pone de manifiesto DELGADO SÁEZ, *La guarda..., op cit.*, 176, apoyándose en doctrina a la cual nos remitimos «existe obligatoriedad de escuchar al menor mayor de doce años en los procesos contenciosos, pero, esta obligación desaparece en los procedimientos de mutuo acuerdo en los que la audiencia será decidida por el juez en función de su necesidad o no, o solicitada por alguna de las personas a las que nos hemos referido».

⁷⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994). El derecho de visitas en la reciente praxis judicial. *Aranzadi Civil*, Tomo 1, 154.

⁷⁹ DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2017). El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar. *RCDI*, núm. 759, 349.

⁸⁰ VALLESPÍN PÉREZ, D. (2018). El derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 131, 9.

⁸¹ CAMPUZANO TOMÉ, H. (2004). La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales. *Revista doctrinal Aranzadi civil-Mercantil*, núm 3, 14; SERRANO CASTRÓ, F. (2010). *Relaciones paterno-familiares*. Madrid: El Derecho, 82; VIÑAS MAESTRE, M.D. (2012). Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda. *Indret*, [En línea], núm. 3, disponible en <https://indret.com/medidas-relativas-a-los-hijos-menores-en-caso-de-ruptura-especial-referencia-a-la-guarda/>, 28-32; MARTINEZ CALVO, J. (2013). Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2013 de 29 de abril). *La Ley. Derecho de familia*, mayo, 8; DE LA IGLESIA MONJE, El derecho a ser escuchado..., *loc cit.*, 349.

⁸² GARCIA RUBIO, La esperada nueva..., *loc cit.*, 12; o TAMAYO HAYA, S. (2007). La custodia compartida como alternativa legal, *RCDI*, núm. 700, 696.

⁸³ También alude a este derecho la SAP de Segovia 9 de julio de 2020 (Roj: SAP SG 300/2020): destaca el defecto durante procedimiento de la falta audiencia de la persona con discapacidad, mayor de edad interna en un centro, para establecer un régimen de visitas con sus hermanos. El juez pone de evidencia que mucha normativa exige dicha audiencia y no se ha tenido en cuenta en el caso debatido».

Sin embargo, no siempre se observa la preocupación por la audiencia de discapacitado: en la SAP de Las Palmas de 1 de febrero de 2018 (Roj: SAP GC 196/2018), se discute de qué modo ha de llevarse a efecto el régimen de comunicación y estancias de un padre con un hijo mayor de edad discapacitado (no judicialmente) cuya guarda de hecho corresponde a la madre que vive en Fuerteventura y el padre en Gran Canaria. Se establece un régimen de desplazamientos para el hijo de una isla a otra, aunque en ningún caso se observa en la sentencia interés en saber cuál es la voluntad y deseo de la persona con discapacidad.

⁸⁴ Curiosamente el artículo 94 del Anteproyecto de 2018 y el Proyecto de 2020 se olvidaban del derecho de audiencia de los menores (quizás podía entenderse incluido en el 94.2 del Código Civil de dichos textos al afirmar: «La autoridad judicial adoptará la resolución que proceda previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal», pues se refería a «hijo» sin matizar). La nueva redacción del artículo 94 del Código Civil tras pasar por el Senado subsana este aspecto al añadir en el 94.3 «prevista en los párrafos anteriores». Ya hemos puesto de manifiesto que el artículo 9 LOPJM prevé que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio, en concreto los mayores

de 12 años, deberán ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se decida sobre su guarda y custodia (por todas, STS de 20 de octubre de 2014 Roj: STS 4233/2014).

⁸⁵ Para un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la protección de las personas con discapacidad, puede consultarse PARRA LUCÁN, La protección de las personas con discapacidad..., *loc cit.* 473 y sigs.

⁸⁶ El proyecto de 2020 suprime la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y en su artículo 252 afirma que «Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias». Con alguna variación, también previsto en el artículo 250 Anteproyecto 2018. *Vid.* SERRANO GARCÍA, I. (2020). Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. En E. Muñiz Espada (dir.). *Contribución para una reforma de la discapacidad*. Madrid: Walters Kluwer, 81.

⁸⁷ Pero como sucede en el caso, si no se ha rehabilitado la patria potestad, sino que se ha constituido la tutela, era preciso determinar qué juez, el de la crisis matrimonial o el de la incapacidad era el que debía establecer el régimen de visitas del progenitor que no lo tenía consigo. El 171 del Código Civil parecía otorgar preferencia al juez de la incapacidad.

⁸⁸ Se debate el problema de la atribución del uso de la vivienda al hijo discapacitado y a la madre titular de la potestad rehabilitada: «Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil, que no distingue entre menores e incapaces. (...). Al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo discapacitado y a la madre como progenitora que ostenta la guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación».

⁸⁹ Se plantea el problema de la atribución del uso de la vivienda familiar afirmando que «esta Sala no se ha pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad. Si lo ha hecho a propósito del derecho de alimentos, pero no respecto a la atribución de la vivienda. Y el 96 tampoco tiene en cuenta esta condición ni en ningún derecho especial se prevé (posiblemente porque esté contemplando, como instrumento protector, la prórroga de la patria potestad, con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, supuesto en el que se produce la equiparación entre hijos menores y mayores a que se refiere la STS de 30 de mayo de 2012. El problema será determinar si entre los apoyos que deben prestarse a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del Código Civil configura este derecho como una medida de protección de los menores tras la ruptura matrimonial y *nunca* con carácter indefinido (en el caso la madre quiere el uso de la vivienda indefinido no de tres años como señala la audiencia). Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con capacidad judicialmente modificada sería contrario al 96 del Código Civil y limitaría otros derechos constitucionales como el derecho de propiedad».

⁹⁰ La sentencia continúa afirmando que «Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como

criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores».

⁹¹ Cabe advertir que en estos casos el hijo discapacitado era menor de edad.

⁹² También otorga un paso de guarda y custodia exclusiva a compartida, a pesar de los conflictos entre los padres en la SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018 (Roj: SAP CO 1/2018), aunque cabe señalar que es un supuesto de discapacitado menor de edad.

⁹³ La sentencia considera que no supone obstáculo alguno a establecerse un régimen de visitas entre padre e hija mayor de edad con discapacidad psíquica del 83% reconocida administrativamente, «el hecho de que no se haya declarado discapaz judicialmente». Pero afirma que no hay que olvidar que la patria potestad se extingue *ope legis* una vez que la hija ha alcanzado la mayoría de edad y por ello considera extinguido el régimen de visitas. Sin embargo, ello obliga a enfocar el tema desde los derechos de la hija con discapacidad mayor de edad y los derechos reconocidos en la CNY, por lo que no procede la extinción del régimen de visitas solicitado por su padre ni privar a la hija de la posibilidad de estar con su padre, disfrutar de su compañía y del tiempo que puedan estar juntos. Y en este sentido procede oír a la hija a la hora de decidir el régimen de visitas. No obstante, la sentencia acaba señalando que el régimen de visitas, en todo caso, deberá determinarse en el correspondiente procedimiento de capacidad respecto de la hija en el que se establecerán las medidas protectoras y beneficiarias para la discapaz, entre ellas la forma de relacionarse con su padre.

También observamos esta tendencia a tener presente la voluntad de la persona, aunque referente a una hija discapacitada menor de edad, en la SAP de Madrid de 18 de julio de 2017 (Roj: SAP M 10657/2017), en la que un padre reclama un régimen de visitas con sus hijos (de 16 y 14 años) con los que no tiene contacto desde hace 8 años. La hija menor es discapacitada: sordomuda. No se otorgan visitas por no quererlo los hijos.

⁹⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho a la vida familiar..., op cit*, 239. Como señala la autora, aunque es cierto que va a influir la competencia y capacidad parental del progenitor a la hora de establecer un régimen de visitas, a su juicio «no tendrá incidencia sobre la privación de la patria potestad, al ser esta una medida a adoptar. En interés del menor, cuando exista una voluntad rebelde del progenitor al cumplimiento de los deberes paterno filiales, un incumplimiento pertinente y voluntario que, en este caso, no existiría».

⁹⁵ Aunque nada impide establecer un régimen de visitas a pesar de estar establecida una guarda y custodia compartida.

⁹⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho a la vida familiar..., op cit*, 241.

⁹⁷ Insisten en ello el artículo 9.3 sobre la convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones unidas el 20 noviembre de 1989; el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento europeo en resolución de 18 julio de 1992 o en el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea.

⁹⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho a la vida familiar..., op cit*, 242.

*(Trabajo recibido el 9 de diciembre de 2021 y aceptado
para su publicación el 4 de abril de 2022)*