

EL DERECHO DE VISITA RESPECTO DE LOS HIJOS
EMANCIPADOS O MAYORES DE EDAD QUE PRECISEN
APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES

*THE RIGHT TO VISIT WITH EMANCIPATED CHILDREN AND
CHILDREN OF LEGAL AGE REQUIRING DECISION-MAKING
SUPPORT*

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 350-371



Celia PRADOS
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de mayo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Con este trabajo se persigue analizar la reforma del artículo 94 del Código Civil, relativo al derecho de visita y comunicación respecto de los hijos, llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPCD). En concreto, nos ocuparemos del derecho de visita respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen de apoyos en la toma de decisiones.

PALABRAS CLAVE: Derecho de visita; hijos; capacidad jurídica; discapacidad; apoyos.

ABSTRACT: *This work analyses the reform of Article 94 of the Civil Code on visitation and communication rights with children, amended by Law 8/2021, of 2 June, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. Specifically, we focus on the visitation rights regarding adult disabled or emancipated children who require decision-making support.*

KEY WORDS: *Visitation rights; children; legal capacity; disability; support measures.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO DE VISITA Y COMUNICACIÓN.- I. El derecho de visita y comunicación respecto de los hijos menores de edad.- 2. El derecho de visita y comunicación respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones.- III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, marcó un hito al abordar la discapacidad desde un nuevo enfoque, el de los derechos humanos¹. La CDPD conlleva un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad al desarrollar un modelo social que persigue la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad. Este modelo entiende la discapacidad como una circunstancia en la que las restricciones personales no tienen su origen en las características de la persona, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta la situación de estas personas, generando barreras que las excluyen y discriminan.

En aplicación de este nuevo modelo social la CDPD hace especial hincapié en la autonomía y libertad de las personas para la toma de decisiones. Así lo determina al establecer que la elección de los planes de vida no puede verse restringida por la discapacidad. En el art. 12 CDPD se recoge el derecho al igual reconocimiento ante la ley, siendo considerado este artículo como el eje sobre el que se articula el modelo social de la discapacidad. El artículo reafirma el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, establece la presunción de capacidad e insta a los Estados Partes a reconocer la capacidad para obligarse de todas las personas mayores de edad, sin distinción por razón de discapacidad alguna. También ordena a los Estados a adoptar las medidas de apoyo necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica. Dichos apoyos deben respetar la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como los principios de necesidad y proporcionalidad.

Este planteamiento supone un cambio sustancial en el enfoque de la discapacidad, pues supera el modelo de protección que excluía la voluntad en las decisiones de la persona, e instituye un modelo de protección basado en la

¹ Para el texto vigente en España. *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*. BOE núm. 96, 21 de abril de 2008.

• Celia Prados García

Doctora por el Programa de Ciencias Sociales Aplicadas de la Universidad de Granada (2015), tras estudiar el Máster en Estudios Migratorios, Desarrollo e Intervención Social (2007) y Derecho (2005). Obtuvo el Premio a Mejor Tesis de Derecho Público por la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada (2017). Desde 2018 es Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil en la Universidad de Córdoba. Principales líneas de investigación: derecho de la persona, derecho de familia e historia del derecho y de las instituciones. Correo-e: cprados@uco.es.

autonomía². Este cambio de enfoque declara obsoletos la mayoría de los sistemas europeos en materia de capacidad jurídica y obliga a los Estados Partes a una reforma legislativa que debe concentrarse en el respeto a la voluntad y en ofrecer las medidas de apoyo necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercitar su capacidad jurídica³. Sin embargo, esto no fue un obstáculo para la firma del tratado y la CDPD recibió una amplia acogida por la comunidad internacional. De hecho, se dice que ninguna convención de las Naciones Unidas ha recibido un número tan elevado de signatarios en el día de su apertura a la firma⁴. No obstante, una vez ratificada la Convención, la mayoría de los Estados Partes encontraron dificultades en la aplicación del art. 12 CDPD. Hasta tal punto, que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (Comité, en adelante), órgano de expertos que supervisa e interpreta la aplicación de la Convención, tuvo que pronunciarse a través de su Observación General Primera. El Comité, con la finalidad de promover la aplicación del art. 12, insistió en que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos. Sin embargo, esta cuestión no estaba siendo interpretada correctamente por parte de los Estados. El art. 12 CDPD significa que los distintos ordenamientos jurídicos deben reconocer y garantizar el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones, también cuando éstas tengan trascendencia jurídica⁵. Esto debe reflejarse no solo en el reconocimiento de titularidad de derechos, sino que debe garantizarse su derecho a contraer matrimonio, votar, comprar, vender, pedir un préstamo, ejercer la patria potestad, etc., en las mismas condiciones que las demás personas. Dicho reconocimiento implica, a su vez, la derogación del sistema de sustitución de la voluntad, que respondía a un modelo que decidía por las personas con discapacidad, sin necesidad de contar con ellas.

Desde la ratificación de la CDPD, el Estado español ha venido adaptando el ordenamiento jurídico interno al tratado internacional⁶. Sin embargo, el proyecto

2 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2017.

3 Comisionado para los Derechos Humanos, *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*, Estrasburgo, 2012.

4 NN.UU. Personas con Discapacidad. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html> (Consultado el 02/02/2022).

5 GARCÍA RUBIO, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 136, 2021.

6 Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. LO 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de datos personales y garantía de

central que adapta el Derecho interno al art. 12 CDPD ha venido de la mano de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPCD). La nueva regulación persigue un modelo que garantice el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, garantizándose los apoyos precisos en el proceso de toma de decisiones. En palabras de María Paz García Rubio nos encontramos ante una reforma radical, transversal y compleja⁷. El nuevo concepto de capacidad resulta casi revolucionario, al prescindirse de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; es decir, reconoce conjuntamente la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y la de ejercer derechos y obligaciones, conforme a la Convención. Esto supone dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. Este cambio radical conlleva la desaparición del modelo de la sustitución en la toma de decisiones y el desarrollo normativo de un régimen de provisión de apoyos que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica. Además, la reforma civil en materia de discapacidad tiene carácter transversal porque afecta a todo el ordenamiento jurídico. Así, reforma la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y, muy especialmente, el Código Civil. Si bien quedan muchas otras normas pendientes de modificación y adaptación a la CDPD. La LAPCD_ implanta un modelo que elimina la incapacitación y otorga preferencia a las medidas voluntarias, es decir, las elegidas por la propia persona, al tiempo que regula un régimen jurídico de provisión de apoyos.

A pesar de que la ley no ha tenido la difusión deseada, en el ámbito académico está siendo objeto de estudio por un amplio sector de la doctrina⁸. Para un grupo de autoras la reforma es insuficiente, pues han quedado sin resolver cuestiones

los Derechos digitales. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

- 7 GARCÍA RUBIO, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", cit.
- 8 AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, 2022. DE SALAS MURILLO, S.: "La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos", *Diario La Ley*, núm. 9841, 2021. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, 2022. GARCÍA RUBIO, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", cit. GARCÍA RUBIO, M.P., SEGARRA CRESPO, M. J., CERRADA LORANCA, C., LABRADOR GIMENO, I., DE PRADA RODRIGUEZ, M., FUSTER BLAY, M., PEREA GONZÁLEZ, A.: "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario La Ley*, núm. 9980, 2021. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.) Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 145-150. LECIÑENA IBARRA, A.: "Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. I, enero-marzo 2022, pp. 257-293. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33 (2022), pp.14-51.

que afectan a derechos fundamentales⁹. Para otros es excesiva, incluso un poco imprudente, pues piensan que la Convención de Nueva York no obliga en esos términos¹⁰. Incluso un sector de la doctrina defiende los conceptos civiles clásicos del modelo sustitutivo de la voluntad¹¹, considera que el nuevo modelo puede desproteger a las personas con discapacidad¹² e incluso que el modelo anterior era compatible con el tratado internacional¹³.

Desde el ámbito del Derecho civil, la reforma incide en el Derecho de obligaciones y contratos, en el Derecho de sucesiones y, especialmente, en el Derecho de familia. Así, destaca la nueva redacción de los arts. 81 y 82 CC que sustituye la expresión hijos con “capacidad modificada judicialmente” por la de hijos “mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo”. Se añade un nuevo párrafo al art. 91 CC relativo al establecimiento de medidas de apoyo en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, cuando existan hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitarlas. Se ha suprimido del art. 171 CC relativo a la patria potestad prorrogada y rehabilitada, por no adaptarse al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad¹⁴. Si bien, en esta ocasión, nos ocuparemos exclusivamente del estudio de la adaptación del art. 94 CC que regula el derecho de visitas respecto de los hijos menores de edad, así como de los hijos emancipados y mayores de edad con discapacidad. Por el contrario, no nos ocuparemos en este trabajo de los párrafos IV y V añadidos al art. 94 CC, por considerar que esta reforma va más allá del objetivo de la LAPCD, de adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias derivadas de la CDPD. Un sector de la doctrina considera que su inclusión responde a “motivos de oportunidad política y necesaria sincronización” con la tramitación paralela de la Ley Orgánica

- 9 TORRES COSTA, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, 2020. PRADOS GARCÍA, C.: “Reforma civil y penal en materia de capacidad jurídica y derechos reproductivos”, *Anales de Derecho y Discapacidad, Revista científica de Derecho de la Discapacidad*, vol. VII (en prensa).
- 10 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “La observación general primera del Comité de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y L. B. PÉREZ GALLARDO), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 85-112.
- 11 GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, A.: “Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 10006, 2022.
- 12 DUPLÁ MARÍN, M.T.: “Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva “capacidad jurídica” de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 788, 2021, pp. 3768 a 3794.
- 13 ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33 (2022), pp. 534-573.
- 14 Sobre la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada se han pronunciado: PRADOS GARCÍA, C.: “Adaptación del Código Civil al nuevo modelo de la discapacidad. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada”, *Actualidad Civil*, núm. 11, 2021. TORTAJADA CHARDI, P.: “La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo proyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual ley 8/2021)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, julio, 2021, pp. 236-251, aunque este último lo hace desde el modelo del “mejor interés” de la persona con discapacidad.

8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIAV)¹⁵. Tampoco será objeto de estudio la incorporación del art. 94 bis por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, pues excede del objeto de estudio de este trabajo¹⁶.

Una vez expuesto brevemente el objetivo de la ley 8/2021, estructuraremos el trabajo en dos bloques. De una parte, se abordará el estudio del derecho de visita respecto de los hijos menores de edad. De otra, se analizará el derecho de visita de los hijos emancipados y mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones. En especial, se reflexionará críticamente sobre el nuevo tenor del art. 94 CC desde el enfoque social de la discapacidad y sobre si éste es acorde con el art. 12 CDPD.

II. EL DERECHO DE VISITA, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA.

I. El derecho de visita, comunicación y estancia respecto de los hijos menores de edad.

El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad, también llamado usualmente derecho de visita¹⁷, está regulado en el Título IV del Libro I del Código Civil, concretamente en el capítulo IX bajo la rúbrica “De los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio” (art. 94 CC) y en el Título VIII, en

15 Quizás la mayor y más impactante novedad de la nueva redacción del art. 94 CC. Novedad que a todas luces está desconectada de la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la CDPD y que, por el contrario, ha de ligarse a la reforma del art. 544 *ter* LECrim -insertada a través de la LOPIAV. En dichos párrafos se inserta la prohibición o suspensión del régimen de visitas o estancia “respecto del progenitor que 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. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género” (art. 94 CC). En: OTERO CRESPO, M.: “Artículo 94 CC”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Civitas, 2022, pp. 125-129. Véase también el pronunciamiento de Juan Luis Ortega Calderón, Fiscal Decano de la Sección Territorial Ocaña de la Fiscalía Provincial de Toledo, sobre la reforma del art. 94 CC: ORTEGA CALDERÓN, J. L.: “La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del art. 94 CC tras la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio”, *Diario la ley*, núm. 9892 (15 julio 2021).

16 Art. 94 bis CC: La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales.

17 Juan Montero Aroca sostiene que la tradicional denominación “derecho de visita” resulta inapropiada por considerarla insuficiente en tanto el derecho de relacionarse (art. 160 CC) implica tres dimensiones: la visita, la comunicación y la compañía. MONTERO AROCA, J.: *El derecho de visita en los procesos matrimoniales. La aplicación práctica del art. 94 CC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. También se pronuncia sobre esta cuestión LINACERO DE LA FUENTE, al considerar que el término “derecho de visita es demasiado pobre y restrictivo para entender comprendidas la profundidad y las implicaciones que conllevan el contacto, las estancias, las comunicaciones y las relaciones afectivas e intelectuales entre los hijos y los padres (o, en su caso, otros parientes y allegados)”. Véase: LINACERO DE LA FUENTE, M. (coord.): *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

el marco de las relaciones paterno-filiales (desarrollado en los arts. 160 y 161 CC). De tal forma que este derecho se entiende aplicable cuando se trata de un proceso dirigido a determinar los efectos derivados de la ruptura de la convivencia de una pareja de hecho o en cualquier otro supuesto en que haya tenido lugar la filiación extramatrimonial.

Sobre el derecho de visita el art. 94 CC establece que:

“la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.

Este derecho permite al progenitor que no tiene la guarda y custodia del hijo menor de edad atender a su deber de velar por los hijos menores y relacionarse con ellos. El régimen de visitas debe fijarse igualmente en los supuestos de guarda y custodia compartida, indicándose el régimen que corresponde a cada progenitor durante el tiempo en que se suspende la convivencia. Sin embargo, corresponde a la autoridad judicial determinar cómo se llevará a cabo el derecho de visita, comunicación y estancia, incluso cuando no exista expresa petición de parte sobre esta materia. Siendo posible que la sentencia fije un régimen diferente al solicitado por el actor o al acordado por las partes. De forma que la concreción del derecho queda en manos de la interpretación de los tribunales en atención a las circunstancias de cada caso.

El art. 94 CC fue introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. La aprobación del divorcio requería de una reforma radical del Derecho de familia, que entonces debía regular las relaciones del cónyuge no custodio con los hijos menores. Desde entonces, el art. 94 CC ha venido regulando el derecho de los progenitores a visitar y comunicarse con los hijos que no convivían con ellos. Según la redacción de 1981 el progenitor que no tuviese consigo a los “hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”¹⁸. De tal forma que el precepto equiparaba a los hijos “incapacitados” (terminología ya arcaica) con los hijos menores de edad. No obstante, el derecho de visita podía ser limitado o suspendido si se daban graves circunstancias que lo aconsejasen o “se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”¹⁹.

18 Modificado por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE-A-1981-16216.

19 Modificado por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE-A-1981-16216

En base a lo expuesto hasta ahora, puede apreciarse la configuración inicial de un derecho formulado a favor del progenitor no conviviente con los hijos. Así se desprendía del art. 161 CC, que también fue introducido por la ley 11/1981:

“el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”²⁰.

Sin embargo, los cambios sociales acontecidos a lo largo de los últimos treinta años, han incidido en la situación de los menores y en la mejora de los instrumentos de protección jurídica de la infancia. Especialmente para dar cumplimiento al art. 39 CE en lo relativo a la protección social, económica y jurídica de la familia, el deber de asistencia de los padres a los hijos, así como la protección de los derechos niños prevista en los acuerdos internacionales.

El 30 de noviembre de 1990 España ratificaba la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. El tratado internacional reconoce en su art. 9.3 el derecho de visitas de los hijos menores de edad al establecer que:

“los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”²¹.

En este mismo sentido el art. 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992, además de solicitar a los Estados miembros que se adhieran sin reservas a la Convención sobre los derechos del Niño de 1989, recoge el derecho de los menores a relacionarse con los progenitores en caso de separación o divorcio. Igualmente, cabe señalar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que recoge el derecho de relación de los menores con sus progenitores. De esta forma, la necesaria integración del ordenamiento jurídico interno a los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, han llevado al reconocimiento del derecho de visita como un derecho básico del menor, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa²².

20 Modificado por el art. 2 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE-A-181-11198.

El art. 4 de la ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, dotó de contenido al art. 160 CC, que había sido suprimido en 1981: “El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”. Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE-A-1987-25627.

21 BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904.

22 STS 11 febrero 2011 (ROJ: STS 505/2011).

La primera modificación del derecho de visita en nuestro ordenamiento jurídico interno vino de la mano de la ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. La ley añadió un segundo párrafo al art. 94 CC, en el contexto del derecho de visita y comunicación de los nietos con los abuelos. De esta forma, se interpreta ampliamente el derecho de visita y comunicación a otros parientes más allá del progenitor no guardador²³. Además de incorporarse que, en todo caso, se tendrá siempre presente el interés del menor.

En cualquier caso, en la práctica judicial el derecho de visita se venía interpretando como un derecho-deber del progenitor apartado de los hijos y, a la vez, como un derecho de los hijos a comunicar con el progenitor y a estar en su compañía con la finalidad de mantener una recíproca relación afectiva. Aunque hubo que esperar hasta el año 2015 para encontrar un cambio sustancial en la regulación del derecho de visita respecto de los hijos menores de edad. La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la Adolescencia, modificó el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), con el propósito de trasladar el contenido de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. La Convención recoge entre otros principios la regla del *best interests of the child*. Regla que ha sido traducida, sin demasiada precisión, por el de “interés superior del menor”²⁴. En consecuencia, el art.2 LOPJM quedaba redactado de la siguiente forma:

“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

El Comité de los derechos del niño sostiene que el interés del menor tiene una triple dimensión: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo

23 El Tribunal Supremo atribuyó a una mujer la guarda y custodia de su sobrina tras la muerte de su madre, quedando fijado un régimen de visitas progresivo para el padre, de acuerdo con el informe psicosocial y el Ministerio Fiscal. STS 14 septiembre 2018 (ROJ: STS 3154/2018). Un sector de la doctrina ha venido considerando que los titulares de este derecho-deber son el cónyuge no guardador y los hijos menores, al considerar que la relación con otros parientes no es equiparable a la relación paterno-filial. Véase: MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Artículo 94”, *Comentarios al Código Civil / Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), Aranzadi*, 2013.

24 GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), pp. 14-49. VARELA CASTRO, I.: “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016, pp. 3-61.

fundamental y como norma de procedimiento²⁵. Así, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incorpora definitivamente esta dimensión múltiple del interés del menor. En primer lugar, como un derecho sustantivo, pues cuando se adopte una medida que concierna al menor sus intereses han de ser evaluados y ponderados en caso de que existan otros. En segundo lugar, es un principio general de carácter interpretativo que debe responder a los intereses del menor. En tercer y último lugar, se considera este principio como una norma de procedimiento. Además, el preámbulo de la ley establece como finalidad del interés superior del menor: “asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”. En consecuencia, la interpretación del derecho de visita respecto de los hijos menores, debe tener en cuenta el interés superior del menor como una consideración primordial: la elección de la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés del menor y la estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño²⁶. En cuanto a la dimensión del interés del menor como norma de procedimiento, está fuertemente relacionada con el derecho del niño a manifestar su opinión en todos los asuntos que le afecten, tal y como figura en el art. 12 de la Convención²⁷.

La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia puso de manifiesto, casi veinte años después desde la aprobación del tratado internacional, la incidencia de los cambios sociales en la mejora de los instrumentos de protección jurídica de los menores de edad. En este sentido, el art. 9 desarrolla el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, debiendo ser tenida en cuenta su voluntad²⁸. En cualquier caso, la autoridad judicial debe tener en cuenta la voluntad del menor, así como su desarrollo psicológico y madurez en la toma de decisiones relativa al derecho de visita, debiendo razonar la decisión de apartarse de lo manifestado por el menor²⁹. En este sentido, el Tribunal Supremo ha reiterado en sus sentencias que el interés del menor es la:

“suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y

25 ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 29 Mayo 2013, CRC /C/ GC/14, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html> [Accesado el 26 Abril 2022]

26 GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, cit., pp. 14-49.

27 GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, cit.

28 Sobre la aplicación automática de criterios de edad para excluir el acto de escucha se ha pronunciado María Isabel de la Iglesia Monje, considerándola improcedente. DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 93, núm. 759, 2017, pp. 345-369.

29 DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “El derecho a ser escuchado, cit.

culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor”³⁰.

Apenas habían transcurrido tres días de la entrada en vigor de la LO 8/2015 cuando se aprobaba la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta ley introdujo un cambio significativo en el art. 160 CC, al recoger expresamente el:

“derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161”.

En definitiva, se aprecia una evolución de la naturaleza jurídica del derecho de visita, desde su regulación primitiva, cuyos titulares eran los progenitores, a la configuración de un derecho-deber de los progenitores al tiempo que derecho para los hijos menores³¹. De esta forma, el derecho de visita persigue satisfacer tanto el derecho del progenitor que no los tenga en su compañía a visitar al menor, así como el derecho del menor a relacionarse con sus progenitores, familiares y allegados, en aquellos casos en los que no exista convivencia habitual³². No obstante, el derecho de visita queda subordinado al interés del menor, es decir, las visitas, comunicaciones y estancias podrán ser concedidas únicamente cuando constituyan un verdadero beneficio para el menor³³. Sobre las funciones que cumple el interés del menor en el Código Civil, atendiendo a la letra de los preceptos, sería uno de los criterios de decisión en el art. 94 CC, es decir, que éste no opera como un criterio exclusivo de decisión³⁴. No obstante, tal y como se ha expuesto, la jurisprudencia ha afirmado que el interés del menor es la suma de una serie de factores relacionados con la situación personal de los progenitores, las

30 STS 17 junio 2020 (ROJ: STS 318/2020), entre otras muchas.

31 El Tribunal Supremo ha reiterado en la jurisprudencia que el art. 94 CC se configura como un “derecho-obligación” del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad de comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”, cuya determinación, concreción y desarrollo ha de primar, no solo el derecho del progenitor, sino el principio rector consagrado en el art. 92 CC, sobre las medidas judiciales de cuidado y educación de los hijos que deben ser adoptadas en beneficio de ellos. STS 11 febrero 2011 (ROJ: STS 505/2011).

32 Considera un sector de la doctrina que el derecho de visita contribuye a satisfacer las necesidades afectivas de los menores, al considerarse beneficioso para su desarrollo emocional y personal pasar tiempo en compañía de sus progenitores. Véase: MUÑOZ RODRIGO, G.: “El régimen de visitas, comunicación y estancia”, en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEHAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 193-219.

33 CALZADILLA MEDINA, M.A.: “Artículo 94”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado. Volumen I, Título preliminar- de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I -de las personas. Libro II – de los bienes, la propiedad y de sus modificaciones* (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 510-517.

34 Frente a otros preceptos en los que el interés del menor actuaría como criterio exclusivo, véase a modo de ejemplo el art. 161 CC (visita de familiares y allegados a menores en situación de desamparo); o preceptos en los que se utiliza como vehículo para limitar determinados derechos. Véase: GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, cit., p. 34.

necesidades afectivas de los hijos, las circunstancias familiares, sociales, materiales y culturales que puedan incidir en la estabilidad del menor³⁵.

2. El derecho de visita, comunicación y estancia respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo para la toma de decisiones.

Hasta ahora nos hemos ocupado del párrafo primero del art. 94 CC y del art. 160 CC, así como de la evolución legislativa de ambos artículos. No obstante, la nueva redacción del párrafo segundo del art. 94 CC regula el derecho de visita respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo en la toma de decisiones. Cabe recordar que, pese a la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2007, este artículo ha permanecido inalterado hasta su reciente modificación por la LAPCD. Ni siquiera fue modificado desde el punto de vista semántico por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El objeto de esta ley era la regulación de los expedientes que requiriesen la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela efectiva de derechos en materia de derecho civil y mercantil, en los que no existiese controversia que debiera sustanciarse en proceso contencioso. Sin embargo, en su intento por adaptar el derecho interno a la Convención, incorporó algunas modificaciones, en esencia de carácter terminológico, al sustituir los términos “incapaz” o “incapacitación” por persona “cuya capacidad está modificada judicialmente”. Sin embargo, el art. 94 CC pasó desapercibido para el legislador de 2015, manteniéndose la referencia a los “hijos menores o incapacitados” hasta la reciente entrada en vigor de la LAPCD.

Como se ha visto anteriormente, el nuevo tenor del art. 94 CC mantiene la redacción del párrafo primero, aunque referido expresamente a los hijos menores de edad. Sin embargo, es en el párrafo segundo donde se lleva a cabo la reforma de mayor calado:

“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 divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior”.

35 La sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 4 de octubre de 2021 se ha pronunciado sobre el derecho de visita y el interés superior del menor y su relación con el: “desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”. SAP Lugo núm. 389/2021, de 4 de octubre.

En esta ocasión no nos encontramos ante una mera reforma semántica, pues se elimina cualquier referencia a hijos mayores de edad en el primer párrafo y se incorpora un párrafo nuevo respecto de los hijos con discapacidad, mayores de edad o emancipados, "que precisen apoyo para tomar la decisión" (art. 94 CC). De la literalidad de este segundo párrafo cabe resaltar que el derecho de visita y comunicación queda supeditado a que el progenitor que no tenga a los hijos en su compañía lo solicite en el procedimiento de nulidad, separación y divorcio (véase "podrá solicitar")³⁶. En este sentido, sería posible que los hijos emancipados o mayores de edad con discapacidad se opongan al establecimiento de un régimen de visitas y comunicación, debiendo el tribunal resolver atendiendo a las circunstancias de cada caso³⁷.

La ley también contempla que la autoridad judicial pueda reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del art. 160 CC. Este artículo persigue evitar que se impidan sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados (que no sido objeto de modificación por el legislador). Para ello, el art. 94 CC añade que para el reconocimiento del derecho de visita y comunicación la autoridad judicial debe dar audiencia a los progenitores o a 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 consentimiento" (art. 94 CC).

Por último, el precepto incorpora que "la autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad" (art. 94 CC). Es decir, en el caso de los hijos emancipados o mayores de edad con discapacidad no hay lugar para la sustitución de su voluntad y no se podrá atender únicamente a la solicitud del derecho de visita por parte del progenitor. Por ello, como punto común tanto para los hijos menores como los emancipados o mayores de edad, la autoridad judicial debe adoptar la correspondiente resolución previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Además, añade el precepto que podrá limitar o suspender los derechos anteriores cuando se dieran "circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial" (art. 94 CC).

36 Sostiene Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO que el legislador ha buscado dar cobertura a los progenitores en situación de conflicto familiar, tras la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.), Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp.145-150.

37 OTERO CRESPO, M.: "Artículo 94 CC", cit., esp. 126.

No obstante, la redacción final del precepto no es la misma que la del Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad que establecía lo siguiente:

“respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior. La autoridad judicial adoptará la resolución que proceda, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal”³⁸.

Esto llevó a María Eugenia Torres Costas a cuestionar la falta de precisión del legislador en lo relativo al cuándo y por qué se puede considerar que una persona no está en condiciones de decidir por sí misma³⁹. Sin embargo, tanto el artículo proyectado como la redacción definitiva han guardado silencio sobre una cuestión mucho más importante: ¿cómo han de prestarse los apoyos para que los hijos mayores de edad o emancipados puedan decidir sobre el derecho de visita y comunicación? También resulta relevante el establecimiento de ajustes razonables en el propio procedimiento, menciones que estaban ausentes en la versión del Anteproyecto y que siguen estándolo en la redacción final del art. 94 CC.

No obstante, pese al no pronunciamiento expreso del legislador en el art.94 CC, los tribunales deberán interpretar el precepto de acuerdo a la LAPCD. Así, habrá de estar a lo estipulado en el art. 249 CC, es decir, que las medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica tendrán por finalidad “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”. Dichas medidas han de estar “inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales” (art. 249 CC). En cuanto a la forma en que deben prestarse dichas medidas, establece el precepto que las personas que presten los apoyos deben “actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera” (art. 249 CC). Además, deberán procurar el desarrollo del proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad, “informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias” (art. 249 CC). Al tiempo que se fomentará la autonomía e independencia de la persona en el ejercicio de la capacidad jurídica, para que en el futuro precise lo menos posible de medidas de apoyo. En este sentido, la ley es clara respecto del procedimiento a seguir por la persona que presta el apoyo, que debe averiguar qué quiere o hubiere querido la persona con discapacidad, en caso de no poder expresarlo de

38 Puede consultarse en la *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp.247-310.

39 TORRES COSTA, M. E.: *La capacidad jurídica*, cit.

forma comprensible⁴⁰. Solo en el caso de no poder concluir cuál es la verdadera voluntad de la persona con discapacidad, la prestadora de apoyos debe tratar de reconstruir la voluntad, teniendo en cuenta “la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores”, así como cualquier factor que hubiese tenido en consideración a la hora de decidir sobre el hipotético régimen de visita y comunicación. Incluso aunque su voluntad sea contraria a la opinión de la persona que presta el apoyo y al propio interés superior objetivo de la persona con discapacidad⁴¹. Sobre esta última cuestión, es preciso insistir en la necesidad de abandonar definitivamente el sistema del interés superior, a todas luces contrario al art. 12 CDPD. En cualquier caso, en caso de duda, el Juez determinará en la comparecencia si es el hijo quien adopta la decisión, al tiempo que verifica la ausencia de influencia indebida y manipulación⁴². Para ello, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas oportunas para asegurar el ejercicio de las medidas de apoyo conforme a lo estipulado en la LAPCD.

La redacción de este segundo párrafo del art. 94 CC con carácter independiente contribuye, en palabras de Marta Otero Crespo, a dotar “de visibilidad propia” a los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo⁴³. Aunque, no deja de ser llamativo que parte de las modificaciones llevadas a cabo en el Código Civil establezcan cierto paralelismo entre los menores y las personas adultas con discapacidad, no resolviéndose la confrontación entre el interés superior del menor *versus* la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad⁴⁴. Sin embargo, un sector de la doctrina se ha pronunciado sobre el alcance de esta reforma, considerando que el nuevo precepto responde a la filosofía y alcance de la LAPCD⁴⁵, dándose cobertura a los progenitores en situación de conflicto familiar; tras la supresión de la patria potestad prorrogada⁴⁶. Incluso sorprende a alguna autora que no se extienda esta preocupación por los hijos adultos o emancipados con discapacidad en lo relativo a la pensión de alimentos “equiparando los hijos menores y mayores con discapacidad necesitados de apoyo”⁴⁷.

40 GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *ADC*, tomo LXXXV, 2022, fasc. I (enero-marzo), pp.279-334.

41 GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo, cit.

42 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Se da nueva redacción al artículo 94 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.) Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 145-150.

43 OTERO CRESPO, M.: “Artículo 94 CC”, cit.

44 OTERO CRESPO, M.: “Artículo 94 CC”, cit.

45 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas”, en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. E. y TORAL LARA), Wolters Kluwer, pp.303-368.

46 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Se da nueva redacción al artículo 94 CC”, cit.

47 LINACERO DE LA FUENTE, M. (coord.): *Tratado de Derecho de familia*, cit.

Lejos de estas afirmaciones, considero que la incorporación de un supuesto excepcional conlleva una distinción por razón de la discapacidad, a todas luces contraria al art. 5 CDPD (igualdad y no discriminación)⁴⁸. Pensemos por un momento, que al alcanzar la mayoría de edad las personas se relacionan con sus progenitores de forma libre y espontánea, incluso se considera relevante la decisión del hijo menor de edad en esta cuestión, tal y como se ha expuesto anteriormente. La razón por la que el legislador incluye un párrafo al art. 94 que resulta incompatible con el art. 12 CDPD, resulta a todas luces incomprensible desde el modelo social de la discapacidad. Salvo que se trate de un reducto de paternalismo característico del modelo anterior, en el que se confundía el interés del menor con la voluntad de la persona con discapacidad. En definitiva, el legislador debió limitarse a la supresión de la referencia a los “hijos incapacitados” que contenía el párrafo primero en su redacción anterior, dejando que sean las personas adultas quienes decidan y actúen por sí mismas, ofreciéndole apoyos en caso de necesitarlos.

III. CONCLUSIONES.

El derecho de visita, comunicación y estancia ha sido objeto de reforma en los últimos años en el contexto de adaptación del ordenamiento jurídico interno tanto a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 como a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Sin embargo, de lo expuesto en este trabajo se evidencia una mejor adaptación en materia de protección de los derechos de los menores de edad. Así se desprende de la reforma del art. 160 CC que establece el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, frente a la configuración inicial de un derecho cuyo titular parecía ser el progenitor. Así como la configuración de un derecho de visita, comunicación y estancia erigido en torno al interés superior del menor y al derecho a ser escuchado. Evidenciándose un mayor reconocimiento de los derechos de los menores, así como del respeto a su voluntad.

Por el contrario, la LAPCD no ha resuelto bien la adaptación del derecho de visita al art. 12 CDPD. En primer lugar, porque de la lectura del art. 94 CC puede deducirse cierta equiparación entre los hijos menores de edad y los hijos emancipados y adultos que precisen apoyo para la toma de decisiones. Además,

48 Art. 5 CDPD: 1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

la regulación de un supuesto excepcional para personas adultas con discapacidad, no contemplado para el resto de hijos adultos, crea una distinción por razón de la discapacidad, contraviniéndose el art. 5 CDPD. Cuando, por el contrario, el legislador pudo haberse limitado a suprimir la referencia a los "hijos incapacitados" que contenía el párrafo primero del art. 94 CC en la redacción anterior. En caso de que el legislador estuviera pensando en hijos mayores o emancipados con dificultades severas para expresar su voluntad, quizás debiera haber resuelto las cuestiones relativas a la relación entre el progenitor y el hijo como si una guarda de hecho conflictiva se tratase, en lugar de como un derecho de visitas a favor del progenitor.

En adelante, queda en manos de los tribunales la adecuada interpretación del precepto. Puesto que la ley tiene un ámbito de aplicación claro, el de las personas mayores de edad, en lo relativo al derecho de visita y comunicación, la autoridad judicial debe tener en cuenta como único criterio de actuación el del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de los hijos emancipados o mayores de edad con discapacidad, en absoluta consonancia con el art. 12 CDPD. Igualmente, las personas que presten las medidas de apoyo, cuando éstas sean necesarias para la toma de decisiones en lo relativo al derecho de visita y comunicación, deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias del hijo. Procurando en todo momento el desarrollo del proceso de toma de decisiones, tal y como establece el art. 249 CC. Cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias del hijo menor emancipado o mayor de edad con discapacidad, se tendrá en cuenta su trayectoria vital, creencias, valores y factores que hubiera tomado en consideración de no haber precisado el apoyo. En cualquier caso, como la autoridad judicial debe adoptar la resolución previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, si lo considera necesario podrá dictar las salvaguardas necesarias para garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias del hijo.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Reparto de cargas derivadas del derecho de visita” en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2014.

CALZADILLA MEDINA, M. A.: “Artículo 94”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado*. Volumen I, Título preliminar- de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I -de las personas. Libro II – de los bienes, la propiedad y de sus modificaciones (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2017.

COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*, Estrasburgo, 2012.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.:

- “El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 93, núm. 759, 2017.
- “Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, julio-agosto 2013.

DE SALAS MURILLO, S.: “La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos”, *Diario La Ley*, núm. 9841, 2021.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 10021, 2022.

DUPLÁ MARÍN, M. T.: “Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva “capacidad jurídica” de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 788, 2021.

EHEVARRÍA DE RADA, M^a. T. y ORTEGA BURGOS, E. (dir): *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

EKELAAR, J.: *Family Law and Personal Life*, 2^a ed., Oxford University Press, 2017.

GARCÍA RUBIO, M. P.:

- "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 136, 2021.
- "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina).

GARCÍA RUBIO, M. P., SEGARRA CRESPO, M. J., CERRADA LORANCA, C., LABRADOR GIMENO, I., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., FUSTER BLAY, M., PEREA GONZÁLEZ, A., "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario La Ley*, núm. 9980, 2021.

GARCÍA RUBIO, M. P. y TORRES COSTAS, M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad", *ADC*, tomo LXXXV, fasc. I (enero-marzo), 2022.

GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, A.: "Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10006, 2022.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.) Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

LECIÑENA IBARRA, A.: "Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. I, enero-marzo, 2022.

LINACERO DE LA FUENTE, M. (coord.): *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Artículo 94", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2013.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La observación general primera del Comité de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y L. B. PÉREZ GALLARDO), Dykinson, Madrid, 2021.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: "Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas", en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. E. y TORAL LARA), Wolters Kluwer.

MONTERO AROCA, J.: *El derecho de visita en los procesos matrimoniales. La aplicación práctica del art. 94 CC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "El régimen de visitas, comunicación y estancia", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEHAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ONU. Personas con Discapacidad. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convenccion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>.

ONU. Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 Mayo 2013, CRC /C/GC/14.

ORTEGA CALDERÓN, J. L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del art. 94 CC tras la reforma de la Ley 8/2021 de 2 de junio", *Diario La Ley*, núm. 9892, 15 de julio de 2021.

OTERO CRESPO, M.: "Artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Civitas, 2022.

PRADOS GARCÍA, C.:

- "Adaptación del Código Civil al nuevo modelo de la discapacidad. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada", *Actualidad Civil*, núm. 11, 2021.
- "Reforma civil y penal en materia de capacidad jurídica y derechos reproductivos", *Anales de Derecho y Discapacidad, Revista científica de Derecho de la Discapacidad*, vol. VII (en prensa).

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional", *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, 2006.

ROMERO COLOMA, A. M.: "Los incumplimientos del régimen de visitas y su problemática jurídica", *Diario La Ley*, núm. 8267, 10 de marzo de 2014.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022.

TORRES COSTA, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, 2020.

TORTAJADA CHARDÍ, P.: "La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo proyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual ley 8/2021)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021.

VARELA CASTRO, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016.