

ESTUDIOS

RETOS DE LA JUSTICIA CIVIL INDISPONIBLE: INFANCIA, ADOLESCENCIA Y VULNERABILIDAD

SONIA CALAZA LÓPEZ
ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
DIRECTORAS

BLANCA OTERO OTERO
JOSÉ CARLOS MUINELO COBO
COORDINADORES

C. ALICIA CALAZA LÓPEZ
SONIA CALAZA LÓPEZ
MARCO CARVALHO GONÇALVES
JÉSSICA DELGADO-SÁEZ
CRISTINA DIAS
SARA DÍEZ RIAZA
ARACELI DONADO VARA
TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA
TOMÁS FARTO PIAY
RUBÉN GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ
PABLO GRANDE SEARA
FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ
ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ
YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA

ÁNGEL MANUEL MARIÑO DE ANDRÉS
LAURA MARÍN CÁCERES
PAULA MARTÍNEZ MOLARES
BLANCA MAZZINI PAREJO
M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ
LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ
BLANCA OTERO OTERO
ANA M.^a PÉREZ VALLEJO
ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ
BREGÁN RIOBÓO-LOIS
JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ
FRANCESCO RUTIGLIANO
CARMEN VERDE-DIEGO



THOMSON REUTERS

ARANZADI

RETOS DE LA JUSTICIA CIVIL
INDISPONIBLE: INFANCIA, ADOLESCENCIA
Y VULNERABILIDAD

SONIA CALAZA LÓPEZ
ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
Directoras

BLANCA OTERO OTERO
JOSÉ CARLOS MUINELO COBO
Coordinadores

RETOS DE LA JUSTICIA CIVIL INDISPONIBLE: INFANCIA, ADOLESCENCIA Y VULNERABILIDAD

Autores

C. ALICIA CALAZA LÓPEZ	ÁNGEL MANUEL MARIÑO DE ANDRÉS
SONIA CALAZA LÓPEZ	LAURA MARÍN CÁCERES
MARCO CARVALHO GONÇALVES	PAULA MARTÍNEZ MOLARES
JÉSICA DELGADO-SÁEZ.	BLANCA MAZZINI PAREJO
CRISTINA DIAS	M. ^a FERNANDA MORETÓN SANZ
SARA DÍEZ RIAZA	LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ
ARACELI DONADO VARA	BLANCA OTERO OTERO
TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA	ANA M. ^a PÉREZ VALLEJO
TOMÁS FARTO PIAY	ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
RUBÉN GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ	FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ
PABLO GRANDE SEARA	BREOGÁN RIOBÓO-LOIS
FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ	JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ
ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ	FRANCESCO RUTIGLIANO
YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA	CARMEN VERDE-DIEGO

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2022



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

Este libro se enmarca en los Proyectos I+D+i del MICINN siguientes: PGC “Ejes de la Justicia en tiempos de cambio” (IP Sonia Calaza), 2021, Ref. PID2020-113083GB-100- y PR “Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor” (IP Esther Pillado), 2019, Ref. PID2019-106700RB-I00.



El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70/93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2022 [Thomson Reuters (Legal) Limited/Sonia Calaza López y Esther Pillado González (Dirs.) y Blanca Otero Otero y José Carlos Muinelco Cobo (Coords.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1124-549-4
DL NA 570-2022

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Sumario

Página

PRESENTACIÓN	29
--------------------	----

PARTE I DISCAPACIDAD

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

PRIORIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL INDISPONIBLE: PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE LA CRISIS FAMILIAR COMO PRESUPUESTO DE PACIFICACIÓN SOCIAL	33
--	-----------

SONIA CALAZA LÓPEZ

CAPÍTULO I

UN NUEVO PARADIGMA SUSTANTIVO: 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 CAPACI- DAD JURÍDICA	41
---	-----------

ÁNGEL MANUEL MARIÑO DE ANDRÉS

I. Introducción	42
II. Evolución legislativa: líneas destacadas	45
1. <i>Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad</i>	46
2. <i>Legislación española más destacada. El cambio de paradigma al modelo de derechos ciudadanos y de la inclusión social</i>	47

	<u>Página</u>
3. <i>Estrategia de la UE sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030</i>	53
4. <i>Proyecto de reforma del artículo 49 de la CE</i>	54
III. La Ley 8/2021	55
1. <i>Algunas precisiones terminológicas: sujetos, circunstancias y ajustes</i>	59
2. <i>Derecho común y derechos civiles territoriales. Derecho Internacional privado</i>	60
3. <i>Medidas de apoyo no voluntarias: guarda de hecho, curatela y defensor judicial</i>	62
4. <i>Medidas voluntarias de apoyo preventivas: poder con cláusula de subsistencia, poder preventivo y autocuratela</i>	67
5. <i>Aproximación a ciertas modificaciones legislativas en el CC, en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad</i>	69
6. <i>Disposiciones transitorias de la Ley 8/2021</i>	75
7. <i>Referencia a la prodigalidad y su actual tratamiento</i>	76
IV. Bibliografía	77

CAPÍTULO II

EL GUARDADOR DE HECHO EN EL SISTEMA DE APOYOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SU NATURALEZA, OBJETO Y ANOTACIÓN REGISTRAL	81
---	----

M.^ª FERNANDA MORETÓN SANZ

I. La nueva configuración de la guarda de hecho para la persona con discapacidad como asistente en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica: publicidad y límites en las actuaciones representativas del guardador	82
1. <i>Preliminar: sobre su anotación registral, intervención en el ejercicio de la capacidad jurídica y autorización judicial si representa a la persona con discapacidad</i>	82
1.1. <i>La intervención jurisdiccional</i>	84

1.2.	La Renovada disposición adicional cuarta del Código Civil: la genérica referencia a la discapacidad como supuesto de hecho que haga preciso la provisión de medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica	85
2.	<i>La medida de apoyo de la guarda de hecho de naturaleza voluntaria vs. legales y subsidiarias. Su previsión ope legis potestativa en los casos de insuficiencia de las demás figuras formales</i>	86
2.1.	Naturaleza legal: las medidas voluntarias como prioritarias, las legales y judiciales como formales subsidiarias, y la guarda de hecho como medida informal, subsidiaria sea personal o conferida a entidad pública en caso de absoluto fracaso del sistema de apoyos	86
2.2.	Objeto: el libre desarrollo de la personalidad	91
2.3.	Ejercicio por entidad pública	92
2.4.	Su renovada institucionalización como figura informal y subsidiaria que puede transformarse en definitiva	93
3.	<i>El guardador de hecho registrado y no inscrito en el Registro Civil</i>	95
4.	<i>Las disposiciones del Código Civil en materia de guarda de menores</i>	97
5.	<i>El Código Civil y la renovada figura de la guarda de hecho como institución integrada en el elenco de apoyo a la persona con discapacidad</i>	101
6.	<i>Registro Civil: La pervivencia de la mera anotación</i>	107
7.	<i>El artículo 12 de la Convención de 2006: un presupuesto o indicador de la capacidad y de la discapacidad genérica</i>	108
II.	Una situación singular: el guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD	109
1.	<i>Derecho subjetivo de ciudadanía y exigencia del reconocimiento mediante procedimiento administrativo: fundamento técnico de la pluralidad procedimental y de la diversidad de modelos de solicitud</i>	109

2.	<i>Iniciación del procedimiento: notas sobre la legitimación activa y las funciones generales del órgano tutelar de la guarda de hecho</i>	112
III.	Reflexiones conclusivas sobre el mecanismo protector del guardador de hecho	114
IV.	Bibliografía	116
V.	Resoluciones judiciales citadas	117

CAPÍTULO III

LA CURATELA COMO CLAVE DEL SISTEMA DE APOYOS ... 119

ARACELI DONADO VARA

I.	El nuevo sistema de apoyos de la Ley 8/2021 y el punto de inflexión que supuso en la materia de discapacidad la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las personas con discapacidad	119
II.	La curatela como medida de apoyo: concepto y tipología: desde la asistencial en la generalidad de los supuestos, hasta la representativa, en los excepcionales	126
1.	<i>La curatela representativa: ¿qué actos debe autorizar el juez?</i>	127
2.	<i>La autcuratela: la curatela establecida en previsión de una futura necesidad de apoyo</i>	134
3.	<i>Nombramiento del curador: ¿quién puede ser curador?</i>	139
4.	<i>Causas de inhabilidad: ¿quién no puede ser curador?</i>	141
4.1.	<i>¿El curador puede excusarse de su función?</i>	141
4.2.	<i>¿Quién puede ser removido del cargo?</i>	142
III.	El desempeño de la curatela: las funciones del curador ...	143
IV.	Extinción de la curatela	145
V.	Conclusiones	145
VI.	Bibliografía	146

CAPÍTULO IV

LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS EN EL NUEVO SISTEMA DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 149

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

I.	Introducción	149
II.	La conceptualización de las medidas voluntarias de apoyo	151
	1. <i>El concepto de apoyo</i>	152
	2. <i>El marco general de las medidas voluntarias de apoyo</i>	154
	3. <i>Los poderes y mandatos preventivos</i>	157
	3.1. <i>Tipología</i>	157
	3.2. <i>Contenido</i>	159
	3.3. <i>El apoderado</i>	161
	3.4. <i>Extinción de los poderes preventivos</i>	162
	4. <i>La autotutela</i>	164
	5. <i>Las instrucciones previas a la toma de decisiones en el ámbito sanitario</i>	168
	5.1. <i>El documento de instrucciones previas y el consentimiento informado</i>	168
	5.2. <i>Elementos subjetivos</i>	170
	5.3. <i>Elementos objetivos</i>	171
	5.4. <i>Elementos formales</i>	174
	5.5. <i>Revocabilidad</i>	175
III.	La tensión entre voluntariedad e interés de la persona con discapacidad en la fijación de las medidas de apoyo	176
	1. <i>La relevancia del interés superior de la persona con discapacidad</i>	176
	2. <i>El supuesto «derecho a equivocarse» de la persona con discapacidad</i>	181
IV.	Bibliografía	187

CAPÍTULO V

APODERAR PARA EMPODERARSE	191
C. ALICIA CALAZA LÓPEZ	
I. Introducción	191
II. Análisis de la reforma del poder preventivo por la ley 8/2021	197
1. <i>Regulación vigente</i>	198
2. <i>Clases de poder preventivo</i>	201
2.1. El poder con cláusula de subsistencia	202
2.2. El poder ad futurum	203
3. <i>Disposiciones comunes</i>	205
3.1. El poderdante y el apoderado	205
3.2. La desjudicialización	208
3.3. El apoyo institucional del notario: Pautas de actuación	210
3.4. El contenido del poder preventivo	217
3.5. Las medidas de control del apoderamiento	222
3.6. Duración y extinción de los poderes preventivos ...	223
III. Bibliografía	227

CAPÍTULO VI

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO REGIME JURÍDICO DO MAIOR ACOMPANHADO EM PORTUGAL ...	231
CRISTINA DIAS	
I. Considerações introdutórias	231
II. Referências aos direitos fundamentais da pessoa com deficiência consagrados na Convenção de Nova Iorque e a razão de ser da nova configuração legal	234
III. O novo regime – introdução à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. Os fundamentos e a razão de ser do regime do maior acompanhado (a Proposta de Lei n.º 110/XIII e sua apreciação)	238

IV.	O regime jurídico do maior acompanhado – análise do regime introduzido pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto	241
	1. <i>O novo regime e sua entrada em vigor</i>	241
	2. <i>Os requisitos do acompanhamento</i>	245
	3. <i>O acompanhante</i>	247
	4. <i>Âmbito e conteúdo do acompanhamento</i>	249
	5. <i>Capacidade do maior acompanhado</i>	251
	6. <i>Valor dos atos do maior acompanhado</i>	252
	7. <i>Mandato com vista a acompanhamento</i>	253
	8. <i>Cessação e modificação do acompanhamento</i>	254
V.	Notas finais	254
VI.	Referências bibliográficas	255

CAPÍTULO VII

	EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD (MUCHO RUIDO...)	259
--	---	-----

JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ

I.	Introducción	260
II.	Nuevo tratamiento procesal de la discapacidad (una reforma insuficiente)	260
III.	El nuevo modelo (deficiencias y relación expediente-proceso)	266
	1. <i>Caracteres del nuevo modelo</i>	266
	2. <i>Relaciones expediente-proceso</i>	268
	2.1. <i>El proceso judicial como cauce sucesivo (oposición)</i>	269
	2.2. <i>El proceso judicial como cauce de control</i>	270
IV.	Novedades de la Jurisdicción Voluntaria	272
	1. <i>Relevancia de la terminología</i>	272
	1.1. <i>Consolidación del término discapacidad</i>	272
	1.2. <i>A vueltas con la terminología procesal (un problema de mucho más calado)</i>	273

	<u>Página</u>
2. <i>Ajustes para personas con discapacidad (¿necesarios o razonables?)</i>	274
3. <i>Modificación de expedientes existentes (solo lo imprescindible)</i>	277
4. <i>Nuevos expedientes (llegaron los «bises»)</i>	279
V. <i>Ámbito del nuevo expediente para la Provisión de medidas judiciales de apoyo</i>	279
VI. <i>La extinción de poderes preventivos</i>	281
VII. <i>Bibliografía</i>	283

CAPÍTULO VIII

EL MODELO PROCESAL DE TÉCNICA MONITORIA PARA LA PROVISIÓN DE APOYOS ESTABLES A PERSONAS CON DISCAPACIDAD: JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSA SUBSIDIARIA	287
---	-----

YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA

I. <i>Introducción</i>	287
II. <i>La intervención jurisdiccional en materia de provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica</i>	288
III. <i>Modelo procesal establecido en la Ley 8/2021</i>	295
1. <i>Provisión de apoyos con carácter ocasional: nombramiento de defensor judicial</i>	295
2. <i>Provisión de apoyos con carácter estable: nombramiento de curador</i>	300
2.1. <i>Jurisdicción voluntaria de carácter preferente</i>	300
2.2. <i>Sistema de técnica monitoria: jurisdicción contenciosa subsidiaria</i>	302
2.2.1. <i>“Fracaso” del expediente de jurisdicción voluntaria</i>	304
A) <i>Planteamiento de oposición</i>	304
B) <i>Imposibilidad de resolver el expediente</i>	309
2.2.2. <i>Derivación al proceso contencioso</i>	311

	<u>Página</u>
IV. A modo de conclusión	314
V. Bibliografía	315
CAPÍTULO IX	
LOS AJUSTES DEL PROCEDIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL EN LA INTERVENCIÓN COMO PARTE Y COMO TESTIGO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	
	319
SARA DÍEZ RIAZA	
I. Introducción	320
II. Significado y origen normativo de los ajustes de procedimiento	321
III. Principales «ajustes en el procedimiento» adoptados por la reforma de la LEC en relación con la intervención de las personas con discapacidad en el proceso	328
1. <i>Ajustes de carácter general</i>	329
1.1. Comparecencia en juicio y representación	329
1.2. Ajustes para personas con discapacidad	329
1.2.1. Apoyos a la comprensión	330
1.2.2. Apoyos a la comunicación	332
1.2.3. Otros apoyos	333
1.2.4. Omisiones en cuanto a su regulación	333
2. <i>Ajustes en determinados procesos</i>	334
2.1. Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores	334
2.2. Pruebas preceptivas en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad	334
2.3. Toma de declaración en los procesos matrimoniales	335
IV. Especial consideración del facilitador judicial	335
1. <i>La figura del facilitador judicial</i>	336

	<u>Página</u>
2. <i>¿Quién ha de retribuir al facilitador judicial?</i>	338
V. Conclusiones	341
VI. Bibliografía	342

CAPÍTULO X

CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CONCEPCIÓN DE LA PRUEBA EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN 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	345
---	-----

ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ

I. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Un nuevo marco jurídico para las personas con discapacidad	346
II. 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	349
1. <i>Antecedentes legislativos</i>	349
2. <i>Estructura</i>	352
3. <i>Notas definitorias</i>	353
III. Expediente de provisión de apoyo en la jurisdicción voluntaria en la ley 8/2021: especial referencia a la prueba practicada en el mismo	361
1. <i>Consideraciones generales</i>	361
2. <i>Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación</i>	365
2.1. <i>Ámbito de aplicación</i>	365
2.2. <i>Competencia</i>	365
2.3. <i>Legitimación</i>	366
2.4. <i>Postulación</i>	366
3. <i>Procedimiento</i>	367

	<u>Página</u>
4. <i>Auto y posterior revisión de las medidas judicialmente acordadas</i>	371
IV. Bibliografía	372
CAPÍTULO XI	
LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, SE ESTRENA EN EL TRIBUNAL SUPREMO	377
JÉSICA DELGADO-SÁEZ	
I. Introducción	377
II. Antecedentes y objeto del litigio	383
III. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia	383
IV. Sentencia de la Audiencia Provincial	384
V. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) 589/2021, de 8 de septiembre	385
1. <i>Consideraciones del Ministerio Fiscal</i>	385
2. <i>Disposiciones transitorias de la Ley 8/2021</i>	388
3. <i>Resolución del recurso de casación</i>	390
3.1. <i>Modificación de la capacidad</i>	391
3.2. <i>Provisión de apoyos a la persona con discapacidad</i>	391
4. <i>Fallo</i>	396
VI. Bibliografía	396

CAPÍTULO XII

INCAPACIDADE JUDICIÁRIA NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA: ASPETOS PROCESSUAIS	399
--	-----

MARCO CARVALHO GONÇALVES

I. Incapacidade judiciária: âmbito e suprimento	400
1. <i>Suprimento da incapacidade dos menores</i>	400
2. <i>Suprimento da incapacidade dos maiores acompanhados</i>	401
2.1. <i>Maior acompanhado sujeito a representação</i>	401
2.2. <i>Maior acompanhado não sujeito a representação</i>	401

	<u>Página</u>
II. Defesa do incapaz pelo Ministério Público	401
III. Representação do incapaz pelo Ministério Público	402
IV. Consequências da falta de capacidade judiciária	402
1. <i>Âmbito</i>	402
2. <i>Suprimento da incapacidade judiciária e da irregularidade de representação</i>	402
V. Regime jurídico do maior acompanhado	403
1. <i>Âmbito</i>	403
2. <i>Natureza do processo</i>	404
3. <i>Tribunal competente</i>	405
4. <i>Princípios estruturantes</i>	405
4.1. <i>Princípio do dispositivo</i>	405
4.2. <i>Princípio do inquisitório</i>	406
4.3. <i>Princípio da mediação</i>	407
5. <i>Legitimidade</i>	408
6. <i>Tramitação processual</i>	410
6.1. <i>Requerimento inicial</i>	410
6.2. <i>Citação, representação e resposta do beneficiário</i>	410
6.3. <i>Fase instrutória</i>	411
6.4. <i>Decisão</i>	413
6.5. <i>Recurso</i>	416
6.6. <i>Efeitos</i>	417
7. <i>Medidas provisórias e medidas cautelares</i>	418
8. <i>Publicidade</i>	419
8.1. <i>Publicidade do processo</i>	419
8.2. <i>Publicidade da decisão</i>	419
9. <i>Caso julgado e revisão periódica</i>	419
IV. Bibliografia	420

PARTE II
PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

CAPÍTULO XIII

PREVENCIÓN Y RESPUESTA: NUEVO PARADIGMA DE LA LO 8/2021 FRENTE A LA VIOLENCIA EN LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA	425
ANA M. ^a PÉREZ VALLEJO	
I. Introducción	426
II. El derecho a una vida libre de violencia	426
1. <i>Implementación de la Convención de los derechos del niño</i> ...	426
2. <i>Estado de la cuestión y esferas prioritarias de actuación</i>	430
III. Protección integral frente la violencia infantil en España	432
1. <i>Ejes prioritarios y la prevención como nuevo paradigma en el sistema de protección</i>	432
1.1. <i>Violencia: concepto multidimensional</i>	433
1.2. <i>Principios y fines en sede de prevención</i>	434
2. <i>Atención a colectivos especialmente vulnerables</i>	436
2.1. <i>Menores con discapacidad</i>	437
2.2. <i>Diversidad afectivo-sexual</i>	439
2.3. <i>Menores extranjeros no acompañados (MENAS)</i>	440
IV. Alerta en los ámbitos centrales de la vida de niños, niñas y adolescentes	444
1. <i>Prevención primaria</i>	444
1.1. <i>Ámbito familiar</i>	445
1.2. <i>Ámbito educativo</i>	447
2. <i>Prevención secundaria y terciaria</i>	448
2.1. <i>Detección precoz e intervención temprana: Protocolos de actuación</i>	449
2.2. <i>Deber de comunicación de situaciones de desprotección, riesgo y violencia</i>	451

2.3.	Decálogo de derechos y garantías frente a la violencia institucional	453
V.	Novedades en sede de protección frente a determinados delitos	458
1.	<i>Tipos penales y prescripción de los delitos</i>	459
2.	<i>Agravante de edad y perdón del ofendido</i>	460
3.	<i>Registro Central de Delincuentes Sexuales y Trata de Seres Humanos</i>	462
VI.	Bibliografía	464

CAPÍTULO XIV

	LAS SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO TRAS LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA	467
--	---	-----

TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA

I.	Introducción	467
II.	Situación de partida: la desprotección del menor	469
1.	<i>Los indicadores y las situaciones de riesgo</i>	471
2.	<i>Los indicadores y las situaciones de desamparo</i>	475
III.	Posibles actuaciones frente a la desprotección	478
1.	<i>Principios rectores de la actuación administrativa</i>	479
2.	<i>Trascendencia de la correcta valoración de la situación de desprotección examinada y sus efectos</i>	482
2.1.	<i>Situaciones previas a la declaración de riesgo</i>	485
2.2.	<i>Situaciones de riesgo</i>	487
2.3.	<i>Situaciones de desamparo</i>	489
2.3.1.	<i>La guarda provisional</i>	492
2.3.2.	<i>El acogimiento</i>	493
2.3.3.	<i>La adopción</i>	494
IV.	Conclusiones	494
V.	Bibliografía	495

CAPÍTULO XV

EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO: COMENTARIOS A SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL	499
LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ	
I. Introducción	499
II. Notas generales sobre el acogimiento	501
1. <i>El acogimiento familiar</i>	501
2. <i>El acogimiento residencial</i>	505
III. El acogimiento transfronterizo en la normativa de la Unión Europea	508
1. <i>Consideraciones previas</i>	508
2. <i>Procedimiento de solicitud</i>	509
3. <i>Documentación requerida</i>	512
4. <i>Motivos de denegación de la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental</i>	514
4.1. <i>El reconocimiento es contrario al interés del menor</i>	514
4.2. <i>El menor no ha sido escuchado</i>	515
4.3. <i>Otras causas</i>	516
IV. El acogimiento transfronterizo en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio	517
1. <i>Tramitación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo recibidas</i>	517
1.1. <i>Autoridad competente para su recepción</i>	517
1.2. <i>Requisitos formales exigidos</i>	518
1.3. <i>Tramitación de la solicitud</i>	520
2. <i>Análisis de los motivos de denegación de las solicitudes de acogimientos transfronterizos en España</i>	521
3. <i>Solicitud de acogimientos transfronterizos por España</i>	530
V. Bibliografía	531

CAPÍTULO XVI

LA VIOLENCIA DIGITAL DESDE LA PERSPECTIVA REGULADA EN LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA 535

FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ

I. Introducción 535

II. Menores, violencia y violencia digital: una aproximación legislativa 542

III. La carta de derechos digitales: tratamiento o ausencia de la violencia 550

IV. La violencia digital y su regulación en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia 552

V. Conclusiones 560

VI. Bibliografía 560

CAPÍTULO XVII

REFLEXIONES E INCERTIDUMBRES EN TORNO AL CAPÍTULO VIII DE LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA 565

LAURA MARÍN CÁCERES

I. Algunas ideas sobre la protección y promoción del menor 565

II. El Reglamento General de protección de datos ¿suficiente? 570

III. «Prevenir mejor que curar»: La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia 574

IV. A modo de conclusión personal 581

V. Bibliografía 582

CAPÍTULO XVIII

EL DERECHO DE LOS NIÑOS DISCAPACITADOS A LA INCLUSIÓN ESCOLAR: COMPARACIÓN ENTRE ITALIA Y ESPAÑA	585
---	------------

FRANCESCO RUTIGLIANO

I. Los derechos de los niños con discapacidad	585
II. El camino de la inclusión en el contexto español	588
III. El camino de la inclusión en el contexto italiano	590
IV. El camino de la inclusión en el contexto europeo	591
V. El principio de discriminación	593
VI. El derecho a la inclusión escolar del niño discapacitado	596
VII. La educación inclusiva de los niños discapacitados en la nueva agenda 2030 para el desarrollo	604

CAPÍTULO XIX

ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA “ENCUBIERTA” A LA LUZ DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 656/2021, DE 4 DE OCTUBRE DE 2021 Y DEL REFORZAMIENTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO	607
--	------------

PAULA MARTÍNEZ MOLARES

I. Antecedentes de la Sentencia	607
II. Motivos del recurso	609
III. Decisión del Tribunal Supremo	617
IV. Conclusiones	620
V. Bibliografía	622

CAPÍTULO XX

EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA: NATURALEZA JURÍDICA, CARÁCTER PRECEPTIVO Y RELEVANCIA PROBATORIA	625
ESTHER PILLADO GONZÁLEZ	
I. Introducción	625
II. Regulación de la audiencia de los menores de edad en los procesos de familia	627
1. <i>Regulación supranacional</i>	627
2. <i>Regulación estatal</i>	629
3. <i>Regulación autonómica</i>	633
III. Naturaleza jurídica de la audiencia del menor	634
IV. Carácter preceptivo o facultativo de la audiencia del menor	640
V. Relevancia probatoria de la audiencia del menor	651
VI. Bibliografía	653

CAPÍTULO XXI

LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE FAMILIA: PRÁCTICA Y DOCUMENTACIÓN DE LA AUDIENCIA ...	655
PABLO GRANDE SEARA	
I. Introducción	656
II. Práctica de la audiencia del menor	657
1. <i>Tipos o modalidades de exploración del menor</i>	658
1.1. <i>Exploración directa del menor por el juez</i>	659
1.2. <i>Exploración a través de expertos (Equipo Psicosocial) sin la intervención del juez</i>	662
1.3. <i>Audiencia a través de un tercero conocedor de la opinión del menor</i>	666
2. <i>Circunstancias de lugar, tiempo y forma de la audiencia</i>	668
2.1. <i>Lugar en que debe practicarse la exploración del menor</i>	669

	<u>Página</u>
2.2. Circunstancias de tiempo en la exploración del menor	671
2.3. Forma de practicar la exploración del menor	674
2.3.1. Deber de información previa	674
2.3.2. Sujetos intervinientes en la exploración. Respeto de la privacidad e intimidad	677
2.3.3. Desarrollo de la audiencia del menor	681
A) Fase de acogida	681
B) Fase de audiencia propiamente dicha	682
C) Fase de cierre o despedida	685
III. Documentación de la audiencia y confidencialidad	685
IV. Bibliografía	691

CAPÍTULO XXII

EL DERECHO DE LOS MENORES CON DISCAPACIDAD AUDITIVA A OÍR Y SER OÍDOS	695
--	------------

BLANCA MAZZINI PAREJO

I. Introducción	695
II. Marco normativo	696
1. <i>La audiencia al menor</i>	698
2. <i>Interpretación de lengua de signos</i>	700
3. <i>Medios de apoyo a la comunicación</i>	701
4. <i>Aciertos y posibles mejoras</i>	702
III. Cuestiones prácticas	703
1. <i>Modalidades de interpretación</i>	704
2. <i>Especialidades</i>	706
3. <i>Perfiles profesionales</i>	708
3.1. <i>Intérpretes de lengua de signos</i>	708
3.2. <i>Guía-intérpretes</i>	709
3.3. <i>Adecosores</i>	709
3.4. <i>Facilitadores de la comunicación</i>	710

	<u>Página</u>
3.5. Defensores judiciales	711
3.6. Peritos y expertos	711
4. <i>Relevancia</i>	712
IV. Conclusiones	714
V. Referencias bibliográficas	715

CAPÍTULO XXIII

LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD: PROBLEMAS DE ENCAJE PROCESAL	719
--	-----

TOMÁS FARTO PLAY

I. Consideraciones previas	719
II. Evolución de la coordinación de parentalidad	721
1. <i>Origen y proyectos</i>	721
2. <i>La coordinación de parentalidad en la actualidad</i>	724
III. Concepto y notas definitorias de la coordinación de parentalidad	725
IV. Marco jurídico	727
V. Designación del coordinador de parentalidad	730
1. <i>Modalidades</i>	730
2. <i>Momento</i>	732
3. <i>Temporalidad y ultima ratio</i>	733
VI. Funciones y facultades	734
1. <i>Descripción y análisis</i>	734
2. <i>Funciones delegables y no delegables</i>	738
VII. Su incardinación en el sistema de justicia	740
VIII. Conclusiones	743
IX. Bibliografía	745

CAPÍTULO XXIV

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD Y EL MEDIADOR 749

BLANCA OTERO OTERO

I.	Introducción	749
II.	La persona mediadora	751
	1. <i>Funciones de la persona mediadora</i>	752
	2. <i>Formación de la persona mediadora</i>	754
III.	El coordinador de parentalidad	758
	1. <i>Funciones del coordinador parentalidad</i>	761
	2. <i>Formación del coordinador parentalidad</i>	763
IV.	Principales diferencias entre la persona mediadora y el coordinador de parentalidad	766
V.	Bibliografía	772

CAPÍTULO XXV

PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL INFANTIL EN ESPAÑA, 15 AÑOS DESPUÉS DE LA APROBACIÓN DE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA 777

BREGOGÁN RIOBÓO-LOIS

CARMEN VERDE-DIEGO

RUBÉN GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ

I.	Introducción	778
	1. <i>Evolución de los modelos de comprensión de la discapacidad</i>	778
	2. <i>Importancia del Movimiento de Vida Independiente</i>	782
	2.1. <i>Origen y primeros pasos del Movimiento de Vida Independiente</i>	783
	2.2. <i>Evolución en España: el Foro de Vida Independiente y Diversidad</i>	785
	3. <i>Evolución legislativa en el ámbito de la diversidad funcional (discapacidad) en España</i>	786

	<u>Página</u>
4. <i>Asistencia personal e interés superior del menor</i>	791
II. Metodología	794
III. Resultados	795
IV. Conclusión	803
V. Referencias bibliográficas	804

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Presentación

La Justicia civil indisponible ha estado de mudanza durante los últimos años y, ahora se encuentra –¡por fin!– recién instalada. Muchas han sido las reformas legislativas recientes –afectantes a personas frágiles o en situación de extrema debilidad–, en un tiempo de pandemia dónde la noción de «vulnerabilidad» se ha visto, por desgracia, extraordinariamente amplificada; pero las más relevantes –para la Justicia civil– acaso lo hayan sido dos: por orden cronológico, primera, 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; y segunda, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.

En plena fase de acomodación –institucional, judicial y social– de estas relevantes Leyes –que marcan un hito en la Justicia civil de los menores y personas con discapacidad–; un buen número de investigadores, integrados en dos Proyectos I+D+i del MICINN –PR **“Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor”**, 2019, Ref. PID2019-106700RB-I00 y PGC **“Ejes de la Justicia en tiempos de cambio”**, 2021, Ref. PID2020-113083GB-100– liderados, respectivamente, por las Directoras de esta publicación –Profras. Esther Pillado González (catedrática de Derecho procesal de la Universidad de Vigo) y Sonia Calaza López (catedrática de Derecho procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia), han decidido aunar esfuerzos para afrontar un estudio conjunto, con las oportunas sinergias –entre profesionales y académicos de distintas disciplinas, tanto de España como de Portugal–, de esta impactante reforma, todavía embrionaria, que sentará los cimientos de una nueva estructura familiar más acogedora, digna y humana, al tiempo que más respetuosa con los derechos y libertades de todas las personas.

En este libro que tengo el placer de presentar, se ofrece un estudio comprensivo de todos los aspectos sustantivos y procesales más disruptivos de la reforma. Del primer análisis de la nueva normativa, afrontado desde

la Justicia, la Universidad y los Colegios Notariales –como protagonistas principales de la reforma– dependerá el exitoso despertar y ulterior asentamiento de la vida cotidiana de los menores y las personas con discapacidad. De ahí la importancia de una obra como esta.

JOSÉ GRAIÑO ORDÓÑEZ

Decano del Colegio Notarial de Galicia

PARTE I
Discapacidad

Capítulo introductorio

Priorización de la justicia civil indisponible: prevención y reparación de la crisis familiar como presupuesto de pacificación social

SONIA CALAZA LÓPEZ

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

La Justicia civil indisponible afectante a la infancia, adolescencia y discapacidad ha girado en el año 2021: no ha sido un giro de 360 grados; ni tan siquiera, en el marco procesal, –nos atrevemos a pronosticar– de 180; pero el nuevo paradigma de los menores –cuya protección se ha visto reforzada– y de las personas con discapacidad –a quiénes, ¡por fin! se ha reconocido plena capacidad en el ejercicio de sus derechos y disfrute de sus libertades, merced a la tardía pero firme adecuación de nuestro ordenamiento a los principios rectores de la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006– constituye, a pesar del mantenimiento del conservador escenario procesal, una realidad en este esperanzador despertar del 2022, año en el que comenzamos a visibilizar el fin de una pandemia que ha dejado arrasada la salud –física y mental–, la economía y el bienestar de la sociedad, en su conjunto; pero de forma más agresiva –y dramática–, si cabe, de las personas más vulnerables que la integran: los menores, los adolescentes y las personas con discapacidad.

En estudios anteriores y coetáneos a éste, hemos tenido ocasión de resaltar las fortalezas –que son muchas– de la nueva legislación: 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; y segunda, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia; también, sus debilidades.

En este tiempo en que la disruptiva legislación se está implementado en nuestros Juzgados y Tribunales, es el momento de remar en favor de una mayor sensibilización, una más abierta mentalización y al término, una aplicación de la legislación acorde a las claves esenciales de la reforma.

Este libro constituye, precisamente, una síntesis de estas claves: de cómo la protección precoz de los menores debe anticiparse cronológicamente al fatídico momento en que ya no cabe prevenir, sino sólo reparar; de cómo la violencia engrosa, en su concepción, un efecto multiplicador de destinatarios al identificarse, al fin, con cualquier comportamiento de esta naturaleza que se detecte en el ámbito familiar, y ello con independencia de quién sea el afectado directo por dicho comportamiento; de cómo se van perfilando –y ensanchando– nuevos conceptos tan indeterminados como el «buen trato», conforme a los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la Ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de niños, niñas y adolescentes. Y en el plano del procedimiento, se estrenan nuevos derechos –de los que son, principalmente, acreedores los propios menores: así, el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos dónde se juzgan los hechos respecto de los que son víctimas, con la particularidad de que, como regla general, sus declaraciones se realizarán en una sola ocasión y, siempre, a través de profesionales específicamente formados, impidiéndose, en todo caso, cualquier contacto entre el investigado y el menor; o el derecho de los menores, de formular denuncia por sí mismos sin necesidad de estar acompañados de un adulto.

Frente a estos razonables derechos que impactan, con fuerza, en la cotidiana realidad de nuestros Juzgados y Tribunales, se regulan, a su vez, otras tantas obligaciones –familiares e institucionales–: así, el deber –especialmente exigible a aquellas personas que, por razón de su cargo, profesión, oficio o actividad tengan encomendada la asistencia, cuidado, educación o protección de menores– de comunicación a las autoridades de las situaciones de violencia; la obligación de aplicar, en los centros de protección de menores, los protocolos de actuación previstos por la Entidad Pública de Protección a la Infancia, bajo supervisión del Ministerio Fiscal; o inclusive, la afortunada creación de la figura del Coordinador de bienestar y protección en los centros educativos; además de la imprescindible creación de un Registro Central de Información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia.

Sin perjuicio de que este libro se destina, en esencia, a la Justicia civil indisponible, parece oportuno señalar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha visto modificada, en cuatro ejes estructurales del procedimiento:

primero, tanto la víctima, como el perjudicado –y no sólo los memores– podrán personarse hasta la misma celebración del juicio oral; segundo, la eliminación –tantas veces reclamada por la doctrina y la jurisprudencia, de la dispensa del deber de declarar del cónyuge y de los ascendientes o descendientes del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección para ciertos delitos; tercero, la evitación de toda posible confrontación visual, durante el juicio oral, entre el menor y el investigado; y cuarto, la obligación de la preconstitución de prueba cuando la víctima sea menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección –a fin de minorar, en lo posible, su victimización secundaria– en los delitos relativos al homicidio, lesiones, libertad, integridad moral, trata de seres humanos, libertad e indemnidad sexuales, intimidad, relaciones familiares, derechos fundamentales, organizaciones criminales y terrorismo.

Y en materia de discapacidad, ha de admitirse que una nueva, disruptiva y luminosa concepción ha emergido, con fuerza, en el año 2021: la del escrupuloso reconocimiento, a todas las personas, de una plena capacidad jurídica, con independencia de su discapacidad. Atrás quedan los tiempos de oscuridad, de estigmatización y de degradación de la voluntad de las personas por las diversas causas de discapacidad que, con desigual intensidad, todos atesoramos a lo largo de nuestra vida, especialmente en el tránsito final.

La nueva regulación sustantiva y procesal de la discapacidad, contenida en 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 asienta la nueva –y armónica– estructura de la discapacidad, en esencia, sobre diez pilares:

Son los siguientes:

Primero: *Las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica.*

La capacidad es un atributo incuestionable de todas las personas; así, al igual que todos disfrutamos de un buen número de derechos y, en su reverso, de otras tantas obligaciones, también las personas con discapacidad –como no podría ser de otro modo– son acreedoras de tales derechos y, en su justa contrapartida, responsables de las consiguientes obligaciones, derivadas –todas ellas– de aquellos incuestionables derechos. Por tanto, la capacidad –como la libertad, como la dignidad, como el libre desarrollo de la personalidad– no se presume, no se cuestiona, ni mucho menos se «enjuicia»: sencillamente se tiene por parte de todas las personas y en todos los casos.

Segundo: *La decidida apuesta por la «desjudicialización» o «externalización» de la discapacidad.*

El reto esencial de la nueva concepción de la discapacidad pasa por lograr, en la medida de lo posible, su resolución armoniosa en el seno más íntimo, recogido y privado de las personas, generalmente en su propio hábitat familiar o entorno similar; y tan sólo excepcionalmente, en un frío escenario procedimental. Y esto no sólo por razones de racionalización del sistema judicial; sino, sobre todo, de humanización de la Justicia. De ahí que las medidas naturales –guarda de hecho– o notariales –mandatos preventivos– sean prioritarias frente a las judiciales.

Tercero: *La Jurisdicción voluntaria como nuevo –y prioritario– marco procedimental de la discapacidad.*

En adecuada coherencia con el nuevo paradigma de la discapacidad –atributo de algunas personas prioritariamente gestionado en su ámbito más íntimo–, los clásicos procesos contradictorios, antes denominados, de forma neutra, «sobre la capacidad de las personas» ceden paso en favor de unos nuevos expedientes voluntarios –integrados en el marco de la Jurisdicción voluntaria: Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio, ahora conocidos como «expedientes de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad», que serán tramitados con la mayor rapidez, economía y flexibilidad; al tiempo que con la menor penalidad y encarnizamiento procesal posibles.

Cuarto: *La derivación a la Jurisdicción contenciosa cuando subyace una relevante oposición que no afecte, concretamente, a la designación nominal de quién deba asumir el nuevo cargo de curador.*

La provisión judicial de apoyos, en el marco de la Jurisdicción voluntaria, dependerá –eso sí– de la constante armonía de todos los intervinientes en el proceso; de suerte que, si sobreviene, a lo largo de su tramitación, una oposición frente al pedimento principal del expediente –la provisión de apoyos, con nombramiento de curador y designación del alcance personal y/o patrimonial de su actuación futura–; entonces ese expediente voluntario culminará para dar paso a otro proceso contradictorio, denominado ahora «proceso sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad» y regulado ya en el marco de la Jurisdicción contenciosa, esto es, en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

Quinto: *La desaparición de las pretensiones clásicas: así, de un lado, la pérdida, la modulación del alcance y la reintegración de la capacidad; y de otro, la determinación de la prodigalidad.*

La nueva onda expansiva de la discapacidad –como atributo de las personas, que, bien gestionado, precisará, tan solo en los casos más severos, de una provisión de apoyos– resulta, de todo punto incompatible, con la constitución judicial de una nueva «situación jurídica» de estas personas.

Los nuevos expedientes y procesos de provisión judicial de medidas de apoyo tan sólo entran a determinar la conveniencia –o no– del apoyo solicitado, con designación –en su caso– de los cargos tuitivos estipulados en la legislación sustantiva –defensor judicial o curador–; o supervisión y, en su caso, autorización de ciertas decisiones personales y/o patrimoniales especialmente relevantes –guardador de hecho–; pero no, como es lógico, a anular, restringir, reintegrar o, de cualquier forma, modificar la capacidad; tampoco a declarar la «prodigalidad» de las personas.

La capacidad, como se ha advertido, es un atributo inherente a la personalidad; por tanto, ni se presume; ni se cuestiona; ni se pierde; ni se modula; ni se reintegra: sencillamente se tiene siempre y en todos los casos. En algunos supuestos extremos, las personas con discapacidad precisarán, eso sí, para actuar en el tráfico jurídico en condiciones de igualdad, de ciertos apoyos; pero ello no comporta ni mucho menos que carezcan de capacidad; sino que –para garantizar la plena igualdad jurídica– ejercerán su incuestionable, inequívoca e irrenunciable capacidad provistas de estos apoyos judiciales.

Sexto: *La fulminación de los cargos tuitivos más radicales –tutela y patria potestad prorrogada– y la apuesta por nuevas figuras menos invasivas, más flexibles e igualmente eficaces en la confección –judicial o extrajudicial– de un «traje a la medida de cada persona con discapacidad».*

La fulminación de los cargos tuitivos más radicales –tutela y patria potestad prorrogada– y la apuesta por nuevas figuras menos invasivas, más flexibles e igualmente eficaces en la confección –judicial o extrajudicial– de un «traje a la medida de cada persona con discapacidad»: así, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de la voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo; o incluso, llegado el caso –y siempre de forma excepcional– la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Los tres cargos tuitivos por excelencia, susceptibles de ser acordadas –o «validados»– en vía judicial, son el defensor judicial, el curador y el guardador de hecho.

Séptimo: *El «empoderamiento» de las personas con discapacidad: su «voluntad, deseos y preferencias» serán la mecha que prenda la llama de su propia vida en todas y cada una de sus actuaciones cotidianas.*

Bajo un razonable anhelo de fomentar, en cada caso, la máxima autonomía posible de las personas con discapacidad, en una firme e imbatible apuesta de solidaridad, resiliencia e inclusividad, se sustituye el defenestrado «interés superior» de dichas personas –modelo paternalista que desvalorizaba el criterio de la propia persona en favor de ese hipotético y encorsetado «interés superior»– por su propia «voluntad, deseos y preferencias», que –debidamente expresados– serán de atención personal, social, institucional y judicial prioritaria.

Octavo: *El «encumbramiento» de las personas con discapacidad: la transcendencia de la «trayectoria vital» de estas personas para tomar decisiones relevantes cuando ya no puedan emitir su propia voluntad.*

En perfecta sintonía con el razonable enaltecimiento de la «voluntad, deseos y preferencias» de las personas con discapacidad que pueden, desde su fuero interno, exteriorizar estas elementales manifestaciones para dinamizar, cada día, el ejercicio real de todos sus derechos y libertades; surge la imponderable necesidad de acudir a su «trayectoria vital», al histórico de sus creencias, vivencias y valores, cuando aquella voluntad no pueda ser ya puntualmente verbalizada para tomar, en su nombre, las decisiones más aproximadas a la que hubiere sido su prioridad, de haber podido ser manifestada.

Noveno: *La imprescindible revisión periódica de las medidas.*

La discapacidad no ha sido –voluntariamente– definida en la LRAPD. Y ello porque la discapacidad es poliédrica, evolutiva, cambiante, dinámica; se encuentra –como el mismo cuerpo humano– en permanente movimiento: por tanto, debe ser objeto de atención individualizada y monitorizada, esto es, no sólo de una primera detección temprana acerca de cuál sea el exacto estado de cada persona precisada de apoyo por causa de discapacidad, en tiempo actual o real, sino también en perspectiva de futuro; de ahí la necesidad de la periódica monitorización judicial: no basta –resulta obvio– una mera designación de apoyo generadora de una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada material; antes al contrario, este tipo de resoluciones se encuentran afectadas por un elemental factor temporal que obliga a supervisarlas y, eventualmente, a modificarlas en función de la evolución de la discapacidad, que siempre habrá de estar provista –o dejar de estarlo– del apoyo más necesario, proporcionado y ajustado al exacto momento en que se encuentra la persona.

Décimo: *El cambio de terminología.*

De forma acompasada con cuánto se lleva expresado, y una vez desmantelado el viejo modelo médico, sanitario, asistencial o rehabilitador

de la discapacidad –que la concebía como una «enfermedad o deficiencia persistente y grave que inhabilitaba a la persona para el autogobierno»–; se ha dado, felizmente, paso al modelo social y jurídico –consistente en la designación judicial, en casos extremos, de apoyos que permitan la interacción de todas las personas, con o sin discapacidad, en condiciones de igualdad.

Este primer compás de la nueva sinfonía de la discapacidad impone, de forma imprescindible, que toda la terminología clásica deba ser modificada. Y no es este un tema baladí, pues el lenguaje –como todos sabemos– lejos de ser neutro, puede comprometer –¡y mucho!– la dignidad de las personas. Así, en adecuada coherencia con el nuevo paradigma de la discapacidad –como atributo inherente a personas que gozan, con todos los honores, de plena capacidad–, deben desecharse, de una vez por todas, cuántas expresiones comporten cualquier alusión a la pérdida, modificación o reintegración de una indubitada, incuestionable e irrenunciable capacidad de todas las personas con independencia de su discapacidad.

Capítulo I

Un nuevo paradigma sustantivo: 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

ÁNGEL MANUEL MARIÑO DE ANDRÉS

*Profesor Titular de Derecho Civil de Escuela Universitaria
Universidad de Vigo*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: LÍNEAS DESTACADAS. 1. *Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad.* 2. *Legislación española más destacada. El cambio de paradigma al modelo de derechos ciudadanos y de la inclusión social.* 3. *Estrategia de la UE sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030.* 4. *Proyecto de reforma del artículo 49 de la CE.* III. LA LEY 8/2021. 1. *Algunas precisiones terminológicas: sujetos, circunstancias y ajustes.* 2. *Derecho Común y derechos civiles territoriales. Derecho Internacional privado.* 3. *Medidas de apoyo no voluntarias: guarda de hecho, curatela y defensor judicial.* 4. *Medidas voluntarias de apoyo preventivas: poder con cláusula de subsistencia, poder preventivo y autocuratela.* 5. *Aproximación a ciertas modificaciones legislativas en el CC, en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad.* 6. *Disposiciones transitorias de la Ley 8/2021.* 7. *Referencia a la prodigalidad y su actual tratamiento.* IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito normativo privatista es especialmente sensible a los cambios sociales, aunque en ocasiones necesite una inspiración que venga dada por normas de deber ser. Tal ha sucedido en los últimos años con la regulación relativa a las personas con discapacidad en el ámbito civil y las distintas perspectivas que se planteaban ya por parte del público en general, ya por los propios interesados, movimientos asociativos, familiares o los estudiosos. No es difícil observar, como se hará en el presente capítulo, las diferentes sensibilidades que han impregnado el ordenamiento jurídico, adecuándolo a la cambiante realidad social que demanda, en la actualidad y con razón, el trato digno para la ciudadanía independientemente de sus circunstancias, haciendo necesario tanto la protección de los derechos de las personas físicas como la adopción de medidas de discriminación positiva respecto a ciertos colectivos.

Aun siendo la ciudadanía la genérica destinataria de una norma, se produce en este caso una determinación de concretos destinatarios que incluyen colectivos no homogéneos salvo por la nota de la discapacidad por lo que, aparentemente, se da un igual tratamiento genérico. Se pretende que sea el destinatario el que, por regla general, determine su voluntad respecto a sus concretas necesidades presentes e, incluso, futuras de manera que configure un traje a medida en el cual la intervención externa, de ser necesaria, actuará atemperada por el sistema de creencias y convicciones del propio interesado que en ciertos casos, de no constar, deberá ser averiguado. No obstante, los poderes públicos abordan la materia de género desde la transversalidad¹ y aspectos como la menor edad, las personas mayores y grandes mayores, la diversidad familiar o la migración inciden en la realidad de las personas con discapacidad aunque la concreta norma relativa a estas últimas no las contemple².

1. La perspectiva de género se asume por la Unión Europea en el Tratado de Ámsterdam de 1999 y en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2001. En el ámbito español, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres dispone en su artículo 15 que las Administraciones públicas integrarán el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres «de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».
2. Así el Anteproyecto de Ley de Diversidad Familiar y Apoyo a las Familias tramitado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 al carecer España de norma estatal a tal efecto. Como objetivos de tal norma se prevén entre otros, «Avanzar en el pleno reconocimiento jurídico y social de la diversidad de modelos de convivencia familiar, que requieren de una mejor regulación tanto en su reconocimiento legal como en el régimen de ayudas para garantizar la igualdad de oportunidades y el acceso a los bienes y servicios públicos, contribuyendo a la redistribución de la renta y la riqueza de las familias, incluyendo a todos los modelos de familias, con

Siendo la finalidad de las sucesivas normas la misma, difieren, no obstante, los modelos seguidos³. En un primer momento prima la finalidad tuitiva de la persona y de su patrimonio. Para ello se entiende a la persona como necesitada de ayuda fundamentalmente mediante el internamiento o se la rehabilita utilizando parámetros de normalidad. Las instituciones existentes a tal fin procuran en base al mayor interés de la persona con discapacidad, realizar la toma de decisiones más adecuada, independientemente de la voluntad del sujeto⁴. El modelo actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico realiza un cambio radical en la estructura jurídica para orientarla hacia la necesaria adopción de decisiones por la propia persona con discapacidad, de acuerdo con su valores o creencias y persiguiendo la inclusión social⁵. Evitamos de esta forma la sobreprotección característica de modelos anteriores, para desplazar el punto de atención al acompañamiento de las personas con discapacidad. La

independencia de circunstancias tales como el estado civil, la orientación sexual o el origen de la filiación» o «Sistematizar, modernizar y mejorar la protección social, económica y jurídica de las familias desde la AGE y en colaboración con el resto de administraciones, fijando un marco de referencia de objetivos, principios y valores». Nótese que las instituciones de derecho privado en el caso de las migraciones pueden tener repercusiones en los países de origen, disponible en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/Consulta-Publica-LDFyAF.pdf> [última consulta: 26.01.22].

3. Señala en tal sentido PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008 pp. 25 y ss. los modelos de prescindencia, rehabilitador y el modelo social. Del modelo de prescindencia indica que configuraba a estas personas como innecesarias, pobres o anormales (*sic*). Respecto del modelo rehabilitador destaca como sólo se considera útiles a las personas con discapacidad en la medida en que sean rehabilitadas contraponiéndolo al modelo social en el cual se considera que todos los individuos pueden realizar aportaciones válidas desde el respeto a la diferencia. Resulta interesante su consideración de la discapacidad como modelo de opresión social equiparando la estructura de la vida social de las personas con discapacidad comparable con el establecido para colectivos como mujeres, negros (*sic*) homosexuales o mayores. Se valora positivamente el modelo de asistencia en la toma de decisiones frente al de sustitución en tanto aquel no cuestiona la sabiduría de las elecciones por lo que el sujeto persona con discapacidad acepta el riesgo inherente a su elección. Entiende, finalmente, que a través de este modelo de asistencia se evita la falta de responsabilidad y la censura de la opinión de la persona con discapacidad.
4. Así el tenor literal del artículo 216 CC en su redacción en vigor en 2019 establecía que «Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial» e igual forma que proclama hoy el actual artículo 200 CC en su párrafo primero que ya no es de aplicación a las personas con discapacidad.
5. Incluso en aquellos casos en donde no es posible tal toma de decisiones, se prescinde del mayor interés para como dispone actualmente el artículo 268 CC respetar siempre a máxima autonomía de la persona que precise apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica «y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

sobreprotección impide la toma de decisiones por el protegido⁶ además de limitar la inclusión de las personas con discapacidad⁷.

Determina en su artículo 4 el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de las personas con discapacidad de 2013 que lo son «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Un papel importante lo ostentan también los movimientos asociativos que persiguen como finalidad la defensa organizada de sus derechos⁸ junto con el Tercer Sector social formado por organizaciones con personalidad jurídica sin ánimo de lucro que trabajen para la promoción de la persona y para la inclusión de los colectivos vulnerables⁹. A tal efecto podemos observar como a Ley 8/ 2021 en su disposición adicional I establece la posibilidad de colaboración de estas entidades con la Administración de Justicia¹⁰.

6. En tal sentido se pronuncia ESCAÑO HIDALGO, A., «Las secuelas de la sobreprotección», *La mente es maravillosa*, disponible en <https://lamenteemaravillosa.com/las-secuelas-de-la-sobreproteccion> (última consulta: 30-12-2021), quien acertadamente en nuestra opinión manifiesta como «Sobreproteger a una persona es ir más allá de cubrir y satisfacer sus necesidades y cuidados básicos. Es pensar por ella, tomar decisiones por ella, solucionar todos los problemas. Es vivir por esa persona, cuando esa persona es, en esencia, quien debe desarrollar sus propias capacidades personales si quiere funcionar correctamente en el mundo».
7. A nuestro parecer resulta ejemplar la actuación de la Fundación MAPFRE creando la APP SOY CAPPAZ que «ayuda a las personas con capacidades diferentes a incorporarse al mundo laboral y con la que podrán desarrollar su vida de manera más independiente» intentando evitar que la sobreprotección frustre la integración laboral. Respecto de la concreta aplicación *vid.* <https://www.fundacionmapfre.org/accion-social/programa-social-empleo/integracion/app-soy-cappaz/>
8. Destaca entre otras, la labor realizada CERMI el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad que se caracteriza por ser una plataforma de encuentro y acción política de las personas con discapacidad «para avanzar en el reconocimiento de sus derechos y alcanzar la plena ciudadanía en igualdad de derechos y oportunidades con el resto de componentes de la sociedad». *Vid.* <https://www.cermi.es/es/cermi>.
9. La Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social configura su marco jurídico y muestra en el Preámbulo la finalidad «de asegurar un desarrollo armónico de las políticas sociales, una identificación correcta de las necesidades de los grupos afectados y un óptimo aprovechamiento de los recursos» potenciando su capacidad de interlocución con la Administración.
10. Señala a tal fin la posibilidad de realizar las siguientes actuaciones:
 - a) Informar, auxiliar, asistir, aportar conocimiento experto y, en general, cooperar con la Administración de Justicia en las materias propias de su ámbito, en los términos que se determine reglamentariamente.
 - b) Actuar como interlocutores ante el departamento ministerial o autonómico responsable de la Justicia a través de sus órganos de participación y consulta, en los términos previstos en la normativa que resulte de aplicación.

Aspectos determinantes son los relativos a la integración y normalización o a la eliminación de las barreras sociales para permitir la interacción de las personas con discapacidad en la vida social, aceptándolas y adaptando las condiciones sociales a las características propias de tales sujetos. La dignidad de las personas con discapacidad se enfatiza en la actualidad considerándola acertadamente una cuestión de derechos humanos, buscando una proporcionalidad en la respuesta dada por la normativa¹¹, evitando en todo caso la estigmatización.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: LÍNEAS DESTACADAS

Tomando como referencia los diferentes modelos, podemos comprender como la norma ha ido adaptándose y evolucionando a la par que la sociedad o incluso configurando un nuevo paradigma al que la población ha de amoldarse por tratarse de derechos fundamentales. La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela determinó como causa de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes que impidieran a la persona gobernarse por sí misma, estableciendo la necesaria participación del Ministerio Fiscal en un proceso de incapacitación que finalizaría, en su caso, mediante sentencia que configuraría tal incapacitación, determinando el régimen de tutela o guarda a que hubiera de ser sometido la persona cuya incapacidad se hubiera declarado, modificando su capacidad de obrar y constituyendo el estado civil de incapacitado¹².

c) Colaborar con la Administración de Justicia en el diseño, desarrollo y aplicación de todo tipo de iniciativas, programas, medidas y acciones que redunden en la mejora del servicio público de la Justicia y de la percepción que la ciudadanía tiene del mismo.

d) Cualquier otra que se determine reglamentariamente».

11. Incluso la actual situación sanitaria por razón del COVID tiene una incidencia notable en estos aspectos como se señala, CERMI, *Derechos humanos y discapacidad informe España 2020*, disponible en <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/Informe%20Espa%C3%B1a%202020.pdf>, [última consulta: 26.01.22], p. 321 en la Conclusión 3 indicando que «La Pandemia ha aflorado un cuestionamiento de los derechos humanos, materializada en situaciones de denegación de UCIS o de negación de traslados a un hospital por razón de edad o de discapacidad o a la generación de tentativas de no asignar estos recursos sobre la base de salvar el sistema sanitario, una premisa perniciosa de vidas ya amortizadas como puede ser las personas mayores o vidas menos útiles, en el caso de las personas con discapacidad».
12. ROVIRA-SUEIRO, M.E., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 27 –52, defiende que «el título de atribución del estado civil de incapacitado es un título complejo por cuanto además de la concurrencia de una causa legal de las previstas en el art. 200 CC es preciso un pronunciamiento judicial, en forma de sentencia», además de referirse a la interdicción civil y a la prodigalidad. Destacaba la autora que «la imposibilidad

1. CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU). Forman parte del ordenamiento jurídico interno desde el 3 de mayo de 2008.

Bajo esta denominación nos referimos a tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar tales derechos en base a la dignidad de la persona con discapacidad y a la proporcionalidad de la respuesta. Destaca el compromiso de los Estados de facilitar el apoyo que se solicite para ejercitar la capacidad jurídica. Se señala que para evitar abusos en materia de derechos humanos se adoptarán medidas proporcionales que, permitiendo el ejercicio individual de la capacidad jurídica, han de respetar la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad siendo adecuadas a las circunstancias personales concretas y objeto de examen periódico¹³. Se explicitan por el texto aspectos concretos relativos al ejercicio de la capacidad jurídica señalando que se ha de «garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en

de autogobierno se convierte en la pieza clave de toda incapacitación de ahí la importancia de delimitar con precisión su alcance hasta el punto de que una interpretación muy rigurosa puede hacer inoperante la incapacitación y, por lo tanto, conducir a la desatención de la persona, pero una interpretación excesivamente laxa podría llevar a incapacitaciones innecesarias y, por consiguiente, a la privación injustificada de la capacidad de la persona» refiriéndose así a la interpretación flexible que se realizaba jurisprudencialmente respecto de la imposibilidad de gobierno la cual «deberá ser apreciada haciendo abstracción en lo posible del factor externo de la complejidad o no del patrimonio de la persona cuya incapacitación se promueve».

13. Dispone por ello el artículo 12 bajo la denominación de Igual reconocimiento como persona ante la ley que «1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero» y velando para que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

El Comité Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad¹⁴ pone de relieve en su observación general n.º 1 de abril de 2014 que es necesario derogar el modelo de sustitución en la toma de decisiones implantado el modelo diferente en el que prime el apoyo a la toma de decisiones «en función de la voluntad, gustos y preferencias» del sujeto y no por el mejor interés¹⁵. Posteriormente, la observación final 23 del Comité Internacional de 9 de abril de 2019, recordando la antes citada, recomienda a España que derogue las disposiciones jurídicas discriminatorias haciendo desaparecer el régimen de sustitución en la toma de decisiones por el de la adopción de decisiones con apoyos¹⁶.

2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA MÁS DESTACADA. EL CAMBIO DE PARADIGMA AL MODELO DE DERECHOS CIUDADANOS Y DE LA INCLUSIÓN SOCIAL

Consecuencia de las actuaciones antes señaladas, entre otras circunstancias, fue la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la

14. Conocido por el anagrama CRDP, se trata de un órgano formado por expertos independientes cuya función consiste en supervisar la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad por los Estados Partes, permitiéndole el Protocolo adicional que examine reclamaciones individuales respecto de violaciones presuntas individuales por Estados miembros. Más información sobre el mismo y especialmente las consultas sobre Informes presentados se puede obtener en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>

15. Señala también que, en aras a su protección y atendiendo a lo que entonces era considerado interés de la persona con discapacidad «En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad». Para consulta del texto completo *vid* <http://www.convenziondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

16. Por ello indica que se «(...) reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, la autonomía, el deseo y las preferencias de las personas con discapacidad». En este sentido <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/observaciones-finales-sobre-los-informesperi%C3%B3dicos-segundo-y-tercero> [última consulta: 26.01.22].

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que supuso un paso importante en la adaptación de la normativa interna a las indicaciones de la Convención y al cambio paradigmático previsto que, si bien restaban campos concretos sobre los cuales no se incidía, consagra como paradigma el de derechos ciudadanos y a la inclusión social¹⁷.

La legislación anterior a tal norma permanecía en vigor o era adaptada al nuevo modelo. Debemos destacar por su importancia la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad¹⁸ con la introducción del patrimonio protegido o el Real Decreto Legislativo 1/2013 que aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹⁹. De esta forma podemos observar que las personas con discapacidad pasan a ser consideradas ciudadanos libres y titulares de derechos en aplicación de la Ley 26/2011 en vez de ser objeto de tratamiento y protección social. Los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad, a los que la norma se refiere, valorarán las capacidades y habilidades del concreto sujeto²⁰, haciendo finalmente la norma el reconocimiento expreso del principio de libertad en la toma de decisiones de la persona, que afecta a todos los derechos que se regulan. Esto conlleva la libertad de la persona con discapacidad a optar o no por acogerse a las medidas de acción positiva con las consecuencias jurídicas que de ello derivan.

Especial interés por la trascendencia social²¹ que obtuvo lo fue la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio,

-
17. Lo cual conlleva el abandono del modelo médico asistencial o rehabilitador e implica la consecuente adaptación de los materiales normativos previos o, en su caso, su derogación.
 18. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con la finalidad patrimonial que su título señala, regula entre otras, interesantes instituciones en materia civil como el contrato de alimentos o aspectos relativos al cómputo de las legítimas y al legado de derecho de habitación, en el campo del Derecho Común. La norma ha sido objeto de sucesivas modificaciones de entre la que hemos de destacar la operada en 2021.
 19. Se refunden en este texto la Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad (LISMI), de 1982, la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, de 2003 y la Ley por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de 2007.
 20. Tal actuación no impide como es obvio que además se valoren las limitaciones y barreras a las que se enfrentan la persona con discapacidad, todo ello a los efectos de la oportuna calificación administrativa que acredite el grado de discapacidad.
 21. Buena prueba de ello es la indicación realizada en el Preámbulo de este texto al indicar que «Se atiende así también la demanda de la sociedad civil articulada en torno a

de la Jurisdicción Voluntaria «con el fin de aclarar también que la intención de la reforma introducida por la Ley es favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad» a tal fin y en aplicación del artículo 23.1 de la Convención que exige la adopción de medidas para que «Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges». Se pretende con ello en la norma nacional que se acredite como respecto de cualquier otra persona, la emisión del consentimiento matrimonial mediante, en este caso y de ser necesarios, «apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes». Un posible dictamen médico sobre la aptitud para consentir solo se requerirá en el «caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo»²².

Un concepto que ha sido bienvenido por los distintos sectores interesados es el de consumidor vulnerable al ser la regulación en materia de consumo un sector en el que las circunstancias relativas a la discapacidad no eran objeto de especial tratamiento²³. Se produce un cambio importante con la publicación del Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Esta norma incluye la categoría de personas consumidoras vulnerables a las que define como «aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o

la discapacidad, que a través de su movimiento asociativo, ha planteado a las fuerzas políticas, al Legislador y al Gobierno de la Nación, la modificación de este precepto para establecer, eliminando restricciones y proporcionando apoyos, un régimen legal favorecedor, de la celebración del matrimonio, si esa es la voluntad de las personas con discapacidad». Por esta razón se realizó la modificación del precepto al cual se refiere durante su *vacatio legis*.

22. La vigente redacción del artículo 56 CC establece al efecto que «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código» regulando el concreto caso de una posible discapacidad que impidiere prestar un consentimiento en su párrafo segundo.
23. Aparte de los derechos generales de los consumidores y usuarios, solo se encontraba respecto de este concreto colectivo la referencia realizada a la aplicación de los principios generales en el artículo 3 de la Convención. En tal sentido *vid.* Los derechos de los consumidores y usuarios con discapacidad http://www.consumo-ccu.es/pdf/Folleto_Derechos_Consumidores_Accesible.pdf. [última consulta: 30.12.21].

sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad». Se aplica en el ámbito concreto de las relaciones de consumo sin perjuicio de cualquier otra normativa sectorial que pudiera ser de aplicación²⁴. Se establecen en lo relativo al consumidor vulnerable, derechos específicos respecto a los contratos con consumidores y usuarios. Por ello, el artículo 60.1 Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y usuarios (TRLGDCU) en su párrafo segundo indica que además de la genérica obligación de facilitar una información clara y comprensible de forma veraz, «Sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses». Se incluye por tanto no solo la accesibilidad sino también la asistencia necesaria²⁵.

De hito legislativo ha de ser calificada Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia en la que tiene incidencia, discutida en ocasiones, el aspecto de la discapacidad. Así, en la actualidad y dentro de los derechos de la personalidad relativos al cuerpo, encontraríamos incluido no solo el derecho a la vida sino también la eutanasia que aparece configurada como un derecho individual basado en la autonomía de la voluntad que permite la toma de una decisión autónoma del sujeto frente a situación que vulnera, entre otras, su dignidad. En aplicación de la previsión realizada en la norma podemos observar como el artículo 4.3 señala que «En especial, se adoptarán las medidas pertinentes para

-
24. Así se regula por el artículo 3.2 TRLGDCU. En este sentido se incluye una norma común que da tratamiento unitario a este colectivo caracterizado por la vulnerabilidad, anteriormente regulado por alguna normativa autonómica. A su vez el artículo 8.2 del mismo texto establece que «Los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos».
25. Señala GARCÍA RUBIO, M.P., «La COVID-19 y su impacto en las normas de contratación con consumidores», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. extra 3, 2021, p. 172 que «al menos de momento, la mayor parte de los preceptos que han sido modificados por en el Real Decreto Ley 1/2021, o bien tienen escaso contenido normativo o son, directamente, de aplicación práctica muy difícil o incluso imposible».

proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico»²⁶. Configura genéricamente la norma la necesidad de las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables para la prestación de ayuda a morir en la necesidad de que «su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas» siendo comunicada libremente. Cuando la persona «no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes» se prevé la actuación del representante designado en «documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento»²⁷. Recordamos por tanto la específica existencia de los documentos de instrucciones previas previstos para el caso de que el paciente no pueda dar personalmente sus indicaciones con la posibilidad de nombramiento de un mandatario suyo *ad hoc* para dar cumplimiento a las indicaciones del mandante o interpretarlas respecto a sus cuidados y tratamientos.

Han de tomarse en consideración los distintos materiales normativos existentes tanto en el ámbito de las diferentes Comunidades Autónomas. Sin ánimo de exhaustividad y en referencia al ámbito de la CA de Galicia y su conjunción con el estatal, se ha de tener presente la Ley de Galicia 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y la Ley de Galicia 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. En lo relativo al Registro gallego de instrucciones previas el Decreto de la Consellería de Sanidad 259/2007, de 13 de diciembre, por

-
26. MINISTERIO DE SANIDAD, *Manual de buenas prácticas en eutanasia*, disponible en https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/Manual_BBPP_eutanasia.pdf. [última consulta: 26.01.22]. Para la materia objeto del presente capítulo resulta de especial interés la configuración realizada en el Anexo IV de dicha publicación sobre el Protocolo de actuación para la valoración de la situación de incapacidad de hecho. Recuérdese que dicho protocolo se elaboró dando cumplimiento al mandato legal contenido en la Disposición adicional sexta de la ley 3/2021 que dispone que «Con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud deberá elaborar en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley un manual de buenas prácticas que sirva para orientar la correcta puesta en práctica de esta Ley. Asimismo, en este mismo plazo deberá elaborar los protocolos a los que se refiere el artículo 5. 2.».
27. En tal sentido artículos 5.1. y 5.2. b y c de la Ley Orgánica 3/2021.

el que se crea el Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud y el Decreto 159/2014, de 11 de diciembre, por el que se establece la organización y funcionamiento del Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud, entre otros. En relación a la prestación de eutanasia hemos de citar la preexistente Ley de Galicia 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales en la que se deben hacer las necesarias adaptaciones para adecuar su articulado al vigente régimen legal de ayuda a la prestación de morir y de ejercicio de capacidad jurídica por personas con discapacidad como se puede observar al realizar la lectura de, entre otros, los artículos 10.5 y 10.6²⁸.

Sobre este tema que no es menor se han vertido, ya durante su tramitación, opiniones que ponen de relieve el poco acierto del legislador al tratar de forma específica al colectivo de personas con discapacidad. SERRA, valientemente a nuestro juicio, se pregunta por los mecanismos que da el Estado a la persona con discapacidad grave para que tenga una vida digna entendiéndolo que, al no encontrarlos en el modelo actual, «solo queda morir dignamente»²⁹. La calificación de las personas con discapacidad como vidas prescindibles se deduce también por el SID al señalar el Comité de los derechos de las personas con discapacidad de la ONU que se permite la eutanasia por motivos de discapacidad³⁰. Teme el Comité de los derechos de las personas con discapacidad que «el texto legal podría constituir una invitación pública a que las personas con discapacidad,

-
28. Si bien en lo atinente a la eutanasia y en el ámbito gallego, se ha publicado el Decreto de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia 101/2021, do 8 de julio, por el que se crea la Comisión de Garantía e Evaluación de la Eutanasia de la Comunidad Autónoma de Galicia.
29. Así SERRA, M.L., «Sobre eutanasia y personas con discapacidad: breve análisis de la proposición de Ley Orgánica de la regulación de la eutanasia, propuesta presentada por el grupo parlamentario socialista (PSOE) a la mesa del Congreso de los Diputados», *Anales de derecho y discapacidad*, n.º 3, 2018, p. 262. Criticando los arts. 3.2 y 5.4 del Proyecto de ley, afirma que el colectivo de personas con discapacidad es «señalado por el proyecto de ley para requerir esta práctica, (lo que) estigmatiza y refuerza estereotipos nocivos de la persona con discapacidad».
30. SERVICIO DE INFORMACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD, «La ONU advierte a España de que la ley de Eutanasia maltrata a la discapacidad», disponible en file:///D:/congreso%20derecho%20y%20familia/iustel/La%20ONU%20advierte%20a%20Espa%C3%B1a%20de%20que%20la%20ley%20de%20Eutanasia%20maltrata%20a%20la%20discapacidad%20%E2%80%93%20SID.pdf. [última consulta: 26.01.22]. Se entiende por este Comité, acertadamente a nuestro juicio que España «debe velar por que no existan disposiciones que permitan la eutanasia por motivos de discapacidad, ya que tales disposiciones contribuyen a la estigmatización de la discapacidad». Se critican así las letras b y c del artículo 2 del Proyecto, reproducidas en el texto legal aprobado que aluden a «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante» y «Enfermedad grave e incurable».

especialmente con discapacidades graves, opten por la terminación de su vida» y critica duramente que «basta la opinión de un médico –sin control alguno de carácter judicial ni de cualquier otra naturaleza– que entienda que el paciente no se encuentra en pleno uso de sus facultades, para que en tal caso la eutanasia pueda aplicarse si la persona, en una situación previa a la discapacidad o enfermedad, la eligió para el futuro en un documento de instrucciones previas, sin que se le permita modificar la elección realizada entonces». Concluye señalando una paradoja en su opinión ya que la legislación en la Ley 8/2022 «pone fin a la sustitución de las personas con discapacidad en la toma de decisiones –reemplazándola por un modelo de apoyo en la toma de decisiones–, (sin embargo) se apruebe una disposición de esta naturaleza que permite que esa sustitución se aplique en una decisión tan grave como poner fin a la propia vida, y además sin control judicial alguno»³¹. Entendemos que la práctica de la ayuda a morir será la que marque el desacierto de tales críticas que parecen *prima facie* bastante precisas.

3. ESTRATEGIA DE LA UE SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA 2021-2030

La nueva Estrategia de la UE sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030 fue presentada en marzo de 2021³². Como aspectos más destacados podemos citar la propuesta de tarjeta europea de discapacidad, un nuevo centro de recursos y conocimiento sobre accesibilidad, recomendaciones y guías en el proceso de desinstitucionalización de las personas con discapacidad, apostando por la vida independiente o la creación de la Plataforma de la Discapacidad³³.

31. Plasma así su parecer el COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, «Opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el proyecto de ley de Eutanasia, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de diciembre de 2020», disponible en <https://www.infocoponline.es/pdf/Documento-Naciones-Unidas.pdf> [última consulta: 26.01.22] señalando además en la Evaluación final C que «Las leyes deben hacer pedagogía de los derechos humanos y en ningún caso ofrecer mensajes a la sociedad acerca de que las personas con discapacidad son descartables, son objetos y no sujetas de derecho. No se debe, en nombre de la protección de la práctica clínica, comprometer los derechos contenidos en la Convención».
32. Puede ser objeto de lectura en <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0101&from=ES>
33. Información más detallada la podemos encontrar en MOLEDO, A., «Estrategia europea de los derechos de las personas con discapacidad y novedades», *Cermi.es semanal* n.º 428, el cual indica que «En el capítulo de accesibilidad, aunque algo escondida en el texto, la Comisión se compromete a evaluar para 2023 el mercado de tecnologías

4. PROYECTO DE REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DE LA CE

El artículo 49 CE necesita, como resulta evidente en la actualidad, una modificación terminológica y su adecuación al modelo social comunitario³⁴. Se pretende obtener una igualdad formal y material, así como dar cumplimiento a la previsión constitucional del artículo 10 de la Constitución³⁵, pretendiendo además una participación social de en la concreción de las políticas en materia de discapacidad. Formalmente se pretende

de asistencia para las personas con discapacidad. También se publicará este año una guía para incluir la accesibilidad en la licitación pública.

En el capítulo de los derechos europeos, la Comisión planea trabajar con la Red de Cooperación sobre las Elecciones para promover la participación política de las personas con discapacidad y que las próximas elecciones europeas sean más accesibles.

En el apartado de calidad de vida y vida independiente, la Comisión prevé trabajar con los Estados miembros para asegurar que en las estrategias relativas a competencias profesionales se tengan en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad. En 2022 se iniciará también un estudio sobre la protección social y los servicios a las personas con discapacidad.

En acceso igualitario y no discriminación, la Comisión prevé lanzar este año una guía para la inclusión y la educación de niños y niñas con discapacidad, así como otras acciones para mejorar las competencias del profesorado europeo en educación inclusiva y diversidad. La Comisión también invitará a la Agencia Europea de Derechos Fundamentales a que realice un estudio sobre la situación de las personas con discapacidad que viven en residencias.

En el capítulo de promoción de los derechos de las personas con discapacidad a nivel global la Comisión se compromete a que sus delegaciones fuera de la UE promuevan el cumplimiento de la Convención de manera más activa. También se propone, por primera vez, que los Estados Miembros autoricen a la Comisión a proponer un candidato al Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad por parte de la UE.

En los apartados relativos al cumplimiento de la estrategia, la Comisión propone que todas las agencias e instituciones europeas nombren a un «coordinador de discapacidad» para sí asegurar la coherencia de las acciones y el respeto a la Convención en todas las áreas de actuación europeas.

En lo relativo a sus obligaciones en tanto que administración pública, la Comisión publicará este año un Plan de Accesibilidad Web (prometido, por otra parte, hace más de dos años a la Defensora del Pueblo europea), así como que todos sus edificios cumplan con los estándares de accesibilidad del entorno construido para 2030.

Finalmente, la Comisión también presentará este mismo año un mecanismo de seguimiento, incluyendo indicadores, de todos los compromisos adquiridos en esta estrategia» Disponible en <http://semanal.cermi.es/noticia/Estrategia-Europea-derechos-discapacidad-novedades.aspx> [última consulta: 26.01.22].

34. Realiza un interesante estudio de los diferentes modelos existentes ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La tutela constitucional de las personas con discapacidad», *Revista de derecho político*, n.º 100, 2017 (Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I)), pp. 1040 y ss. Alude asimismo al ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad y a la configuración de los artículos 49 y 55 CE.
35. Indica en tal sentido el preámbulo que «En este punto el Tribunal Constitucional ha señalado en su reciente Sentencia 51/2021, de 15 de marzo, la «especial relevancia

enfatar la dignidad de las personas con discapacidad, reflejando los distintos enfoques en materia de discapacidad e incluyendo expresamente la especial vulnerabilidad de mujeres y niñas³⁶.

El Proyecto de reforma CE 11 mayo 2021³⁷ presenta el siguiente tenor literal del artículo 49, señalando en su número 1 que «Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación». Libertad de elección y participación se contienen en el numeral 2 al señalar que «Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad». Finalmente, el número 3 alude a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y a su protección a tenor de la normativa internacional al señalar que «Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes» concluyendo el artículo que «Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos».

III. LA LEY 8/2021

El respeto a la voluntad y a las preferencias de las personas con discapacidad basa el nuevo sistema establecido legalmente junto con medidas de apoyo que se legislan. Se atiende a los asuntos patrimoniales como era habitual pero también a aspectos personales como pueden ser los relativos a la determinación del domicilio o a la salud de la persona, pretendiendo la eliminación de las barreras físicas y jurídicas pero a requerimiento de

exegética» que debe otorgarse a la Convención de 13 de diciembre de 2006 en relación con el alcance de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad (FJ3)».

36. CABELLO FERNÁNDEZ, M.D., «La discapacidad en un ordenamiento multinivel de los derechos», *RUE: Revista universitaria europea*, n.º 32, 2020, páginas 124 y ss, refleja una posible alternativa partiendo del texto propugnado en el Anteproyecto pero tomando en consideración las indicaciones del Dictamen del Consejo de Estado de 28 de abril de 2019 haciendo hincapié, entre otros, no tanto en la titularidad de los derechos de las personas con discapacidad como en el ejercicio de los mismos por tales sujetos.
37. 102/00000 Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española. Disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-54-1.PDF [última consulta: 26.01.22].

las persona con discapacidad que así lo solicite y atendiendo a la voluntad y a la trayectoria vital de tal persona³⁸.

No busca nuestro sistema en la actualidad la genérica determinación del interés superior de la persona con discapacidad. Como ya acertadamente señalaba con anterioridad GARCIA RUBIO «Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque»³⁹.

En cuanto a los apoyos, se diferencia entre medidas preventivas de naturaleza voluntaria y aquellas otras de origen externo y judicial. Entre las primeras se configuran los poderes y mandatos preventivos, la autotutela y las medidas de apoyo tomadas por la persona con discapacidad de más de dieciséis años para su mayoría⁴⁰. En las segundas pueden ser incluidas la guarda de hecho, la tutela, la tutela representativa y el defensor judicial, amén de las medidas no voluntarias adoptadas judicialmente respecto de la persona con discapacidad menor de edad para cuando alcance su mayoría, en defecto de previsión propia.

Quizá llama la atención especialmente que se deje al margen de la discapacidad, la prodigalidad que jurídicamente desaparece como tal⁴¹. Destaca de otra parte respecto de los ajustes, la necesidad lógica en la

-
38. El artículo 249 CC dispone en su párrafo primero que las medidas de apoyo «tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y que «deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad» señalando en su párrafo tres que «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».
39. GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil* vol. V, n.º 3 (julio-septiembre, 2018) Estudios, p. 32 señalaba el carácter controvertido del tema indicando que, si bien ciertas legislaciones lo incluyen, otras prefieren no hacerlo. Señalaba ya en referencia al Anteproyecto de la norma, como se daba prioridad absoluta al «principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona». Ciertamente de tal manera ha sido legislado, atendiendo al criterio expresado en la Observación General n.º 1 del Comité de Expertos de la ONU de 2014, como razona.
40. El artículo 254 CC *sensu contrario* viene a indicar que las medidas de apoyo judiciales no se adoptarán si el mayor de dieciséis años ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad.
41. En esta materia, y en otras, difiere el texto legal finalmente aprobado del presentado en el proyecto que sí establecía una regulación de la prodigalidad pero, ciertamente, separada de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

comunicación del uso de un lenguaje claro, sencillo y asequible que tenga en cuenta características personales y las necesidades de la concreta persona con discapacidad permitiendo así el derecho de la persona con discapacidad a entender y ser entendida. Por ello, confiere la ley un papel destacado al facilitador profesional experto, a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica o a la persona de su elección, sin otros requisitos⁴² y, como no puede ser de otra forma al Notario, que juega un destacado papel⁴³.

Elimina la reforma la tutela de personas con discapacidad⁴⁴, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada⁴⁵. Pasa el sistema a serlo de apoyo de personas adultas ya que algunas medidas anteriormente existentes, como expresa el preámbulo de la ley 8/2021, suponían una carga gravosa para progenitores mayores. Pretende el actual sistema la búsqueda de personas diferentes de los progenitores que favorezcan la independencia del hijo mayor de edad con discapacidad, en evitación de la temida sobreprotección.

Como reiteradamente se solicitaba desde diferentes colectivos e instancias, desaparece la incapacitación y el estado civil de incapacitado ya que

42. Así en el artículo 7 bis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria bajo el título de ajustes para la persona con discapacidad, tras la reforma.

43. Manifiesta acertadamente LORA-TAMAYO DODRÍGUEZ, I., «El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», *EL NOTARIO DEL SIGLO XXI*, n.º 97 mayo junio 2021, tal carácter de operador jurídico esencial en este campo, junto con la autoridad judicial y en sus respectivas funciones. Indica que «El notario es clave en el apoyo a la persona discapacitada tanto en la autorización de las escrituras en las que las personas regulan su discapacidad futura o actual (disposiciones sobre la propia discapacidad, autocratela y poderes preventivos), como en los otorgamientos que ante él se realicen» poniendo de relieve aspectos como el control de capacidad de las personas, el juicio notarial de capacidad o las comparecencias.

Disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-97/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica> [última consulta: 26.01.22].

44. El artículo 199 CC dispone en la actualidad que exclusivamente «Quedan sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad».

45. Para suplir parcialmente el vacío dejado por tal derogación, se realiza la previsión del artículo 254 CC relativa a las personas con discapacidad menores, de entre 16 y 18 años, que pueden adoptar sus propias medidas o en su defecto se adopten medidas judiciales. En el ámbito del matrimonio, también el artículo 91 CC dispone que «Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de éstas, las cuáles, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad».

se realiza una nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que ni se puede restringir ni modificar. La capacidad jurídica se ejercita por la persona con discapacidad con o sin apoyos o actuaciones representativas⁴⁶ y desaparece la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar⁴⁷. Las preferencias de la persona con discapacidad respecto de medidas preventivas frente a las medidas legales judiciales se indicarán a través del Registro Civil. Finalmente, como anteriormente se indicó, desaparece la prodigalidad como tal institución jurídica autónoma⁴⁸.

Viene a señalar la norma tres niveles de actuación. Comienza con las medidas voluntarias para, en defecto de ellas, hacer uso de una posible guarda de hecho que sea apoyo suficiente. En ausencia de ambas o en caso de insuficiencia, podrá la autoridad judicial adoptar otras medidas supletorias o complementarias⁴⁹.

Ello no obstante, es de interés la posibilidad legal de que sean terceros los que realicen las previsiones sobre reglas de administración y disposición de ciertos bienes, indicando a quienes corresponde su ejercicio como administrador. Así sucede en las disposiciones a título gratuito a favor de persona necesitada de apoyo⁵⁰, por lo que tales bienes y su administración

-
46. Por ello con mucho acierto LASARTE ÁLVAREZ, C., YÁÑEZ VIVERO, F. (col.), DONADO VARA, A. (col.), JÍMENEZ MUÑOZ, F.J. (col.), *Principios de derecho civil. T. 1, Parte general y derecho de la persona*, Marcial Pons. Madrid, 2021., pp. 210-12 y ss. señala la necesidad de adoptar otra mirada sobre esta realidad indicando muy acertadamente que lo que «el traje para todos en el que consistía la incapacitación judicial existente hasta la fecha ya no sirve, ha de ser rediseñado para cada persona con discapacidad».
47. Defiende VERDA Y BEAMONTE, J.R. DE, *¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?*, Revista Tribuna, IDIBE, Valencia 2021 disponible en <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/> [última consulta: 26.01.22] que «la Ley 8/2021 no rechaza la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que, teniendo carácter doctrinal, no era acogida en la redacción anterior del Código civil; y tampoco parece que su supresión venga exigida por el art. 12 de la Convención». Reconoce no obstante «que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus conocidas Observaciones Generales de 19 de mayo de 2014, la ha rechazado» con unos argumentos que califica como cuestionables, para concluir preguntándose «hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma)» cuando, a su juicio, vienen a significar lo mismo.
48. Téngase, no obstante, presentes las Disposiciones Transitorias segunda y quinta de la Ley 8/2021.
49. Permite por ello el artículo 255 CC a cualquier persona mayor de edad o menor emancipada adoptar medidas voluntarias de apoyo.
50. Reconoce tal posibilidad al disponente el art. 252 CC si bien preceptúa que «Las facultades que no se confieran al administrador las ejercerá la persona favorecida

seguirán las indicaciones establecidas en el negocio jurídico constitutivo o en el subyacente, en su caso.

1. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: SUJETOS, CIRCUNSTANCIAS Y AJUSTES

La precisión de los términos requirió realizar una adecuación terminológica en la Ley 8/2021 que estableciera respecto del CC una modificación aclaratoria de la semántica de la palabra discapacidad⁵¹ por lo que como regla general y por aplicación del artículo. segundo, regla 67 de tal norma a la Disposición adicional 4ª CC se establece que se entenderá en esta norma, con carácter general, por discapacidad «aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica». Difiere el concepto usado cuando se realiza la remisión a la Ley 41/2003 de protección patrimonial y a la Ley 39/2006 de Dependencia en los casos personas con resolución y/o certificado y discapacidad psíquica igual o superior al 33% o física o sensorial igual o superior al 65% o dependencia grado II o grado III. El concepto plasmado en estas dos normas se aplicará también en el CC no en forma general sino en ciertos supuestos de vivienda, indignidad para suceder, sustitución fideicomisaria, legítima, legado de derecho de habitación o no colación de gastos⁵².

Una vez determinada la situación de discapacidad según el ámbito que fuere, resta fijar a que colectivo de personas con discapacidad se aplica la norma objeto de este estudio. Nos referimos a una persona con discapacidad menor de edad de entre 16 y 18 años, a un mayor de edad o menor emancipado que se encuentre sin apoyo, con guarda de hecho o

con el apoyo que corresponda». Sería posible también que el disponente estableciera la necesidad de medidas de apoyo.

51. Era ya habitual en la legislación anteriormente vigente que no resultara una voz única sino que a los efectos de lo dispuesto por ciertas normas se acotará el concreto significado a aplicar.
52. La Disposición Adicional 4ª CC queda redactada del siguiente tenor «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

que tuviera previstas medidas de apoyo o, finalmente, con medidas judicialmente establecidas bien se trate de curadores con facultad de representación plena⁵³ o de curadores sin facultad de representación plena.

Resulta de particular interés la mención realizada a los ajustes necesarios para las personas con discapacidad en su derecho a entender y ser entendidas «para garantizar su participación en condiciones de igualdad» en el concreto ámbito judicial por ello el artículo 7 bis de la Ley 15/2015 Jurisdicción voluntaria y el artículo 7 bis de la Ley 1/200 LEC establecen entre otros ajustes para personas con discapacidad, el lenguaje claro y la asistencia o apoyo de profesional experto o de persona de su elección. Entendemos que dicha necesidad y los ajustes pueden ser perfectamente aplicables a las relaciones iusprivatísticas como garantía de igualdad no sólo para sus destinatarios si no en general para todos los sujetos intervinientes⁵⁴.

2. DERECHO COMÚN Y DERECHOS CIVILES TERRITORIALES. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La relación entre el derecho común y los derechos civiles territoriales se rige por el principio de competencia lo que ha de ser tenido en consideración al coexistir diferentes regulaciones en el territorio español. La materia procesal contenida en la Ley 8/2021 es de aplicación general en el territorio nacional por el carácter exclusivo de la competencia estatal⁵⁵. No sucede lo mismo con el aspecto sustantivo de la ley por lo que habrá

53. El artículo 1903 CC tras la reforma contempla que «Los curadores con facultades de representación plena lo son (responsables) de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella».

54. Téngase en cuenta en sede contractual la disposición del artículo 1302.3 CC indicando que «Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Parece necesario, por tanto, ese plus de información beneficiosa para las partes intervinientes.

55. El artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, señala su competencia exclusiva en materia de derecho civil, con excepción de las materias reservadas al Estado por el artículo 149.1.8ª de la Constitución española.

que estar a lo que sea de aplicación en cada territorio. Así en Cataluña, al no ser de aplicación directa la norma sustantiva estatal, fue necesario dictar una norma propia ya que tampoco se admite por el derecho civil catalán la aplicación supletoria del derecho estatal⁵⁶. No sucede lo mismo en el ámbito de la CA de Galicia ya que no tiene competencia en esta concreta materia y además permite la aplicación supletoria del Derecho civil común⁵⁷.

En materia de Derecho internacional privado, el art 9.6 párrafo segundo CC tras la modificación por la Ley 8/2021 señala que la ley de las medidas de apoyo será la del lugar de residencia habitual de la persona mientras que se aplicará la Ley española para medidas de apoyo provisionales o urgentes y en su número 8 respecto de los contratos celebrados entre personas que se encuentren en España, «las personas físicas que gocen de capacidad

56. Para evitar el vacío legal en Cataluña fue dictado el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad publicado en el BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2021. Dicha norma fue convalidada por la Resolución 110/XIV del Parlamento de Cataluña. La exposición de motivos indica que «Aunque el libro segundo del Código civil de Cataluña también incluye instituciones de apoyo que operan sin la necesidad de que la capacidad de la persona concernida esté modificada judicialmente –como los poderes en previsión de una situación de incapacidad, regulados en el artículo 222-2, o la asistencia, regulada en los artículos 226-1 a 226-7–, en la práctica la mayoría de las medidas acordadas para las personas con discapacidad consisten en la potestad prorrogada o rehabilitada, en la tutela o en la curatela» por lo que se justifica la normativa de urgencia. Prevé la Disposición final cuarta que en un plazo de doce meses desde la entrada en vigor –3 de septiembre de 2021– se elabore por el Gobierno de dicha Comunidad un Proyecto de ley en materia de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

57. En el supuesto gallego y respecto de la competencia, es interesante traer a colación la Sentencia 133/2017 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 16 de noviembre de 2017 resolviendo el Recurso de inconstitucionalidad 2845-2007 interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de los artículos 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia por la que se establece la nulidad de los preceptos legales gallegos que regulaban la adopción y la autotutela ECLI:ES:TC:2017:133. De otra parte, la norma estatal tiene carácter supletorio en esta Comunidad. El artículo 1. 3. de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia establece que «En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego». Sin entrar a fondo por no ser esta la sede, menciones como la del artículo 271 LDCG en materia de partición a las personas incapacitadas legalmente representados han de entenderse a la nueva luz de la Ley 8/2021 y sus disposiciones transitorias. En nuestra opinión, no sucede lo mismo con el artículo 210 del mismo cuerpo que dispone que «Sólo pueden otorgar pactos sucesorios las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar» ya que entendemos debe ser objeto de adecuación expresa mediante su modificación si el legislador gallego así lo considerase como puede suceder en otras menciones realizadas en la ley gallega, so pena en otro caso de derogación tácita.

de conformidad con la ley española solo podrán invocar su discapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal discapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte» ya que la ley personal correspondiente a su nacionalidad «regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte» como señala el art 9.1 CC. Finalmente establece el artículo 10.8.CC que «En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en España, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley española solo podrán invocar su discapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal discapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte».

El artículo 16.1 CC establece en el ámbito del derecho interregional que «Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV» entendiéndose como ley personal en este supuesto «la determinada por la vecindad civil» aunque entendemos que habrán de tenerse en cuenta los posibles cambios de residencia dentro del ámbito estatal por las diferentes regulaciones⁵⁸.

3. MEDIDAS DE APOYO NO VOLUNTARIAS: GUARDA DE HECHO, CURATELA Y DEFENSOR JUDICIAL

A la vista del artículo 249 CC podemos observar que estas medidas solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona mayor de edad con discapacidad o del menor emancipado en igual situación. La finalidad de las medidas de apoyo legales o judiciales es que la persona logre un ejercicio adecuado de su capacidad jurídica. A diferencia de la anterior legislación no hay una descripción de causas y sí en cambio hay referencia a la necesidad de tales apoyos⁵⁹. Las funciones de tales apoyos son informar, ayudar en comprensión y razonamiento, facilitar la expresión de preferencias de la persona con discapacidad y fomentarán el ejercicio de la capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro. Deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

58. Fundamentalmente, se ha de determinar si la vecindad civil es de derecho común o de uno de los derechos civiles territoriales, amén de la residencia ya que pueden coincidir o no. Especialmente en las Comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco habrán de tenerse presentes las normas actuales o las posibles normas futuras según su respectivo ámbito competencial.

59. La Disposición adicional 4ª CC se establece que se entenderá, con carácter general, por discapacidad «aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

Para el caso de que «no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir con carácter excepcional funciones representativas»⁶⁰, actuando el representante de acuerdo no con el mayor interés sino conforme a «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»⁶¹. Cabe plantearse que sucedería si la persona con discapacidad se opone a la adopción de medidas, siendo la respuesta que tras la tramitación oportuna, podría llegar la resolución judicial a adoptarlas⁶².

Como medidas de apoyo no voluntarias se presenta a la guarda de hecho, la curatela y al defensor judicial –artículo 250 CC– prohibiéndose a ciertas personas la realización de tales funciones. Así se expresa en su párrafo último «No podrán ejercer ninguna de las instituciones jurídicas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo». Tal referencia que atañe a personas físicas o jurídicas prestadoras de servicios de tal índole se ve matizada por la afirmación de que podrán ser curadores, sin embargo, «las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad»⁶³ y como es de acervo común, la obtención de ingresos en concepto de retribución no es óbice, en principio, para la carencia de ánimo de lucro.

Define la guarda de hecho el art. 250 CC como «medida informal de apoyo cuando no hay medidas voluntarias o judiciales que se estén

60. Parte el CC de lo que califica como realización de «un esfuerzo considerable» en la determinación de la voluntad de la persona con discapacidad.

61. Artículo 249 p3 CC.

62. Razona al efecto la STS (Pleno) número 589/2021, de 8 de septiembre de 2021, ponente SANCHO GARGALLO ECLI:ES:TS:2021:3276 señalando en su fundamento de derecho cuarto que «Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado» razonando respecto del trastorno de una persona que le impida tener conciencia de su situación de necesidad que «No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

63. Artículo 275 párrafo 2 CC.

aplicando eficazmente»⁶⁴ que no precisa de investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. En esta medida no existe limitación temporal en el cargo. Si ha de representar, usará una autorización judicial⁶⁵. Si por el contrario, el acto es de escasa relevancia económica, no implica cambio de vida ni tiene «especial significado personal y familiar» no será necesaria autorización judicial para su realización⁶⁶.

Si bien no hay obligación de puesta en conocimiento del juez de la guarda de hecho, el guardador de hecho puede ser requerido por la autoridad judicial para que informe, para el establecimiento de salvaguardas y la rendición de cuentas⁶⁷. La previsión presente en el texto del proyecto de que los actos del guardador no pudieran ser impugnados si respondieren a la voluntad, deseos y preferencias de la persona apoyada ha desaparecido en el texto definitivo del artículo 264 CC.

El guardador de hecho tendrá derecho al reembolso de gastos justificados que se hayan producido con ocasión o por consecuencia de la guarda. De haber sufrido daños que deriven de su actividad será indemnizado con cargo a los bienes de la persona con discapacidad⁶⁸. Tiene prohibido como cualquier otro prestador de apoyos, por regla general, recibir liberalidades de la persona apoyada o de sus causahabientes⁶⁹.

Si bien como su nombre indica esta guarda surge como una situación de hecho, prevé la norma en su extinción en el artículo 267 CC la obligación de comunicación formal a la autoridad pública para el caso de desistimiento del guardador de hecho⁷⁰.

64. Reitera el art. 263 CC tal idea obligando a quien adecuadamente actúa como guardador de hecho de persona con discapacidad a que continúe «en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente».

65. El artículo 264 CC requiere igual autorización judicial al guardador de hecho en los actos que, en todo caso, la exigen del curador *ex* artículo 287 CC.

66. Artículo 264 párrafo 5 CC.

67. El artículo 265 CC establece tal posibilidad de requerimiento «en cualquier momento» dada la duración indefinida *ab initio* de la guarda de hecho.

68. Artículo 256 CC.

69. El artículo 251 CC prohíbe a quien preste apoyos «Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor».

70. Indica el artículo 267 CC que «La guarda de hecho se extingue: 1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo. 2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron. 3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 4.º Cuando, a

En cuanto a la curatela, como ya se ha indicado, se configurará con carácter general como una curatela asistencial no representativa que servirá de apoyo continuado, siendo determinada por una resolución judicial en la que no tendrá cabida la incapacitación al haber desaparecido tal institución. Dispone el artículo 268 CC que las medidas han de ser proporcionadas adecuándose a las necesidades de la persona con discapacidad, permitiendo la ayuda a la toma de decisiones y fomentando aptitudes. Se ha de respetar de una parte la autonomía de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y de otra parte se atenderá a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Se establece una revisión periódica de las medidas de apoyo en el plazo máximo de tres años. El juez podrá ampliar excepcionalmente tal plazo hasta seis años. Como es obvio si hay un cambio de circunstancias, se puede proceder en tal momento a revisar las medidas de apoyo adoptadas⁷¹. También puede el Juez establecer medidas de control como expresa el artículo 270 CC y requerir para que se informe en cualquier momento, igual que el Ministerio Fiscal. En la actual configuración de las medidas de apoyo no existe el deber de instar la curatela dejando a salvo, esto sí, el deber de las autoridades de puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal. Pueden instarla el propio interesado, su cónyuge o pareja no separado, descendientes, ascendientes, hermanos y Ministerio Fiscal⁷². Si se tratase de un menor, en los casos que se admiten ya vistos, podrán instarla los titulares de la patria potestad, sus tutores o el Ministerio Fiscal.

Indica la Ley que puede ser curador la persona física mayor de edad que no haya sido excluida por el curatelado y sea apta para tal fin según la autoridad judicial y las fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro que promocionen y asistan a personas con discapacidad según señala el artículo 275 CC principalmente designadas por el interesado o elegidas en su defecto por el juez o por ciertos terceros⁷³. Diferencia la ley la inhabilidad absoluta para el ejercicio del cargo de curador y la relativa⁷⁴.

solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente».

71. Dispone el artículo 268 CC en su párrafo último que «...las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas».
72. Artículos 42 Bis.a de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).
73. Incluso p. ej. designadas por el cónyuge, la pareja o los progenitores u otras personas en quien se haya delegado *ex* artículo 274 CC.
74. A diferencia del número 2 del artículo 275 que dispone expresamente que «2. No podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el

El cargo de curador es excusable salvo si se trata de una entidad pública⁷⁵, con derecho a retribución y al reembolso de los gastos realizados⁷⁶. Cabe su remoción de darse los supuestos del art. 278 CC pudiendo designarse un defensor judicial.

Permite la Ley que existan varios curadores así como un curador de la persona y otro de los bienes, pudiéndose exigir fianza⁷⁷.

El curador ayudará a desarrollar el proceso de toma de decisiones del curatelado, fomentando sus aptitudes y asistiendo con respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona asistida según el artículo 282 CC.

Las facultades representativas se darán sólo en los casos excepcionales en que se designe tal curador representativo, estando obligado a hacer inventario⁷⁸ y necesitando autorización judicial para actuar según disponga la resolución judicial⁷⁹.

ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior» se permite que por circunstancias excepcionales apreciadas por la autoridad judicial puedan serlo ciertas personas que en otro caso no serán elegibles como señala su número 3 «1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona».

75. El artículo 281 CC *in fine* dispone que «No concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública».
76. Siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, la autoridad judicial fijará su importe y el modo de percibirlo a la vista del «trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes» según expresa el artículo 281 CC. De producirse daños al curador le correspondería, con cargo al patrimonio del curatelado, la indemnización por daños que se acrediten.
77. «Si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican» y de ser varias determinará su funcionamiento la autoridad judicial a la vista de la voluntad de la persona con discapacidad como permite el artículo 277 CC. Respecto de la fianza se podrá exigir por concurrir razones excepcionales como indica el artículo 284CC si bien «En cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado».
78. A la forma, requisitos y plazos del inventario se refiere el artículo 285 CC.
79. En todo caso de acuerdo con el artículo 287 la necesitará para «1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales. 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter

Finalmente, en lo que a estas medidas de apoyo no voluntarias se refiere, ha de aludirse al defensor judicial que se configura como un apoyo ocasional, sin perjuicio de que sea recurrente, en los supuestos del artículo 295 CC para casos de conflicto con quien sea apoyado, excusa o imposibilidad en el apoyo.

4. MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO PREVENTIVAS: PODER CON CLÁUSULA DE SUBSISTENCIA, PODER PREVENTIVO Y AUTOCURATELA

Se diseñan en la Ley varias medidas voluntarias de apoyo de carácter preventivo. En efecto tal finalidad lo es en previsión de una futura necesidad de apoyo. Su relevancia viene dada por la prevalencia de éstas sobre las medidas externas, debiendo ser otorgadas en escritura pública y comunicadas de oficio al Registro Civil⁸⁰. Permite expresamente el artículo. 255 CC adoptar medidas de apoyo a la persona mayor de edad y a la menor de edad emancipada si bien el artículo 254 CC alude al mayor de 16 años que ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad.

El poder con cláusula de subsistencia pervive incluso cuando la persona con discapacidad necesite apoyo para el ejercicio de su capacidad⁸¹,

dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular. 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. 6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos. 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria».

80. Indica tal necesidad el artículo 260 CC al disponer que «El Notario autorizante los comunicará de oficio (los poderes preventivos) y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante».

81. Permite el artículo 256 CC que el poderdante establezca la subsistencia del poder «si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad» mediante una cláusula en tal sentido en la escritura pública de apoderamiento.

evitando la causa de extinción general del contrato de mandato del artículo 1732.5° CC que indica que «Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica». Se impide por ello que lo realizado por tal mandante, con posterioridad a tal circunstancia, sea nulo.

El poder preventivo, en cambio, contiene sólo previsiones hacia un futuro, cuando sea, en su caso, necesario un apoyo. El poderdante determinará el momento en que empieza a funcionar tal poder permitiendo la actuación del mandatario. Podrá garantizarse tal previsión mediante un juicio del notario y un informe pericial que se contendrá en un acta notarial acreditativa como señala el artículo 257 CC.

La efectividad del poder preventivo o del poder con subsistencia de efectos no se verá afectada «pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado»⁸².

En el supuesto de que el apoderamiento, ya preventivo, ya con subsistencia de efectos, comprenda todos los negocios del mandante quedará sujeto a reglas de curatela, salvo que otra determinación fuera tomada por el mandante⁸³.

En los poderes se pueden establecer medidas de control y determinar formas específicas de extinción que lo conviertan en un traje a medida del mandatario⁸⁴. Finalmente, téngase presente que cualquier legitimado para instar el procedimiento de provisión de medidas de apoyo⁸⁵ o el curador podrán instar judicialmente la extinción de concurrir causas de remoción.

82. El artículo 258 CC realiza tal previsión sin perjuicio de otras salvaguardas o causas de extinción establecidas por el poderdante que tendrán preferencia a tales fines.

83. Art. 259 CC.

84. Como se recoge en el artículo 258 párrafo tercero CC «El poderdante podrá establecer, además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder». Cabe que el poderdante determine que no se extinga el poder dejando sin efecto, por ejemplo, la previsión legal de que, excepto por internamiento, el cese de la convivencia con el cónyuge o pareja extinguirá automáticamente el poder a su favor.

85. Se refiere así al artículo 757.1 LEC que dispone que «El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano» además del Ministerio Fiscal.

Completando esta visión, encontramos la autocuratela en la que la propia persona mediante una declaración de voluntad, vertida en escritura pública, propone la curatela que le ha de apoyar. Por ello cabe el nombramiento o exclusión de curadores, las indicaciones de cuidado de su persona y de administración de bienes, pudiendo establecerse medias de vigilancia para el caso de una hipotética futura discapacidad. Si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona necesita de apoyo, por circunstancias motivadas podrá prescindir total o parcialmente de tales indicaciones mediante resolución motivada⁸⁶.

5. APROXIMACIÓN A CIERTAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN EL CC, EN EL REGISTRO CIVIL Y EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Dentro de las modificaciones obradas por la Ley 8/2022 en el derecho civil sustantivo, que serán objeto de un detallado estudio posterior en esta obra, podemos destacar en materia de derecho de la persona ciertos aspectos relativos a la nacionalidad⁸⁷. En materia de obligaciones y contratos, puntos relativos al pago, la capacidad para contratar y la anulabilidad tienen especial trascendencia práctica. También hay modificaciones en rescisión, arrendamientos y contrato de depósito si bien son objeto de especial atención la extinción del mandato y la responsabilidad civil por hecho ajeno. Así en cuanto al pago el artículo 1163 CC admite el pago hecho a persona con discapacidad que actúe sin los apoyos para recibirlo y que se haya convertido en su utilidad, cuando el pagador conociera la existencia de medidas de apoyo u obtuviera una ventaja injusta.

Desaparece como no puede ser de otra forma, la imposibilidad para consentir establecida con anterioridad en el artículo 1263 CC para el caso de capacidad de obrar modificada ya que hoy no cabe tal posibilidad respecto de las personas con discapacidad respecto del ejercicio de su capacidad jurídica. En relación con ese aspecto, la anulabilidad contractual varía su regulación, señalando en el artículo 1302.3 CC que «Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas,

86. Artículos 271 y 272 CC sin perjuicio de la previsión del artículo 274 CC que permite delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en la escritura pública.

87. En tal sentido artículos 15.1, 20.2 y 21.3 CC en lo relativo a la opción en nacionalidad y vecindad civil

con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción»⁸⁸. Si tras ejercitarse la acción correspondiente, procede la restitución, al contratante con derecho a ella solo le corresponderá aquello en que la persona con discapacidad se enriqueció con la prestación recibida de darse los requisitos establecido en el artículo 1304 CC⁸⁹. El plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulabilidad comenzará a computarse en este supuesto desde la celebración del contrato⁹⁰. Al respecto el artículo 1314 CC deja sin efecto la extinción de la acción por pérdida de la cosa cuando se hubiese prescindido de las previstas medidas de apoyo.

El artículo 1291.1 CC adecúa la rescisión por lesión en más de una cuarta parte del valor al caso de celebración sin autorización judicial de contratos por curadores con facultades de representación.

En los contratos de arrendamientos de fincas rústicas y urbanas sujetos al CC se establece el artículo 1548 como máximo el plazo de seis años para el arrendamiento por administradores que no tengan poder especial.

De especial interés resulta la reconfiguración parcial del artículo 1732 CC respecto de las causas de extinción del contrato de mandato⁹¹ estableciéndolas tanto respecto del mandatario necesitado de medidas de apoyo como para el mandante que cuente con curatela representativa. Como no puede ser de otra forma, excluye los supuestos en los que se cuente con mandato preventivo.

Tras regular los efectos del depósito tanto cuando es realizado por un depositante o a un depositario persona física con discapacidad sin contar

88. Se permite también que puedan ser anulados por la persona de apoyo sólo «si el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». En cambio, no puede ser alegada por los contratantes la falta de apoyo de aquel con el que contrataron *ex* artículo 1303.4 CC.

89. Exige el artículo 1304 CC que se haya prescindido de las precisas medidas de apoyo y «que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

90. Artículo 1301.4 CC.

91. Indica el artículo 1732 CC por lo que a este tema respecta que «El mandato se acaba: (...) 4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. 5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos».

con las medidas de apoyo previstas⁹² entra la Ley 8/2021 a tratar la responsabilidad civil a los efectos de determinar la posible responsabilidad del sujeto persona con discapacidad. Afirma en el artículo 299 CC que «La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables». En el caso de responsabilidad civil por hecho ajeno plasma el art. 1903, párrafo cuarto que «Los curadores con facultades de representación plena lo son (responsables) de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella». El numeral IV del Preámbulo de la Ley 8/2021 indica que la imputación es subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y que el texto legal recoge una concepción restringida en la responsabilidad por hecho ajeno⁹³.

En derecho de familia y en materia de sucesiones se presenta una regulación acertada de la separación judicial y de mutuo acuerdo para el caso de que existan hijos necesitados de apoyo⁹⁴ con medidas relativas a la guarda y custodia de los hijos o al régimen de comunicación o visitas respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión⁹⁵. Se adecuan las reglas sobre el establecimiento de la filiación cuando se trate de progenitores o hijos con discapacidad⁹⁶ y se reconfigura el Título IX del Libro Primero CC relativo a la tutela y guarda de menores.

Quizá sea en Derecho de sucesiones donde se modifica normativa con especial relevancia en derecho común. Como podrá observarse en materia de capacidad testamentaria, por la supresión de la sustitución ejemplar, la modificación del destino de la legítima estricta proponiéndose

92. Artículos 1764 y 1765 CC.

93. Expresa que «Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno».

94. Artículos 81 –separación decretada judicialmente respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores– y 82 CC –separación de mutuo acuerdo– en la que se postula que «No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos en la situación a la que se refiere el artículo anterior». Además, como se trató con anterioridad, encontramos la previsión del artículo 91 CC.

95. Artículos 92 y 94 CC respectivamente.

96. En lo relativo a los reconocimientos, entre otros, *vid* artículos 121, 123 y 124 CC. En relación a la reclamación de filiación artículos 133.1 y 137.1 y 2 CC.

una sustitución fideicomisaria de residuo y el establecimiento, entre otras, de normas relativas a la colación y partición. La dicción actual del artículo 663 CC establece que no puede testar «(...) 2.º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello». Esta afirmación no supone respecto a las personas con discapacidad una prohibición para tal negocio ya que, en forma expresa, el artículo 665 CC recoge la posibilidad del testamento realizado por la persona con discapacidad al señalar que «La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones». Será imprescindible como en cualquier otro documento notarial la ayuda del Notario⁹⁷, que tras la reforma adopta un papel de ayuda y facilitación en los ajustes⁹⁸. Es clara en ese sentido la previsión legal al indicar que «El

97. Es de sumo interés, a nuestro juicio, la opinión expresada por TENA ARREGUI, R., «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del Siglo XXI* – Revista 99. Con acierto señala que «A toda esta complejidad hay que sumar la cuestión de que no se precisa la concreta condición psíquica de la persona que necesita apoyos. Solo podemos deducirlo de una manera indirecta de los artículos que precisan la finalidad del apoyo, concretamente del artículo 249 CC y de los específicamente dirigidos al notario (art. 665 y DT 3ª) cuando señala que el apoyo procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola a su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. La persona necesitada es, en consecuencia, la que en el momento del otorgamiento no puede realizar ese proceso por sí sola con el apoyo normal que el notario presta a los intervinientes. Pero lo cierto es que el contenido concreto de esa actividad de apoyo suplementario que deben prestar el notario u otra persona tampoco se especifica de manera clara, quizás porque tal cosa tampoco es el cometido propio de una ley». Estudia que pautas tiene el Notario en la actualidad para tal función y desecha una hipotética ubicación de las mismas en el CC por no ser el lugar adecuado, a su juicio, tal ubicación. Indica que «se necesitan criterios seguros sobre la forma y el alcance de los mismos, así como la mejor manera de detectar y sortear los posibles conflictos de intereses o incluso prohibiciones. No olvidemos que las personas que suelen prestar apoyo a los discapacitados suelen ser familiares muchas veces personalmente interesados en los correspondientes negocios jurídicos. Necesitamos también criterios uniformes sobre la interacción del notario con los prestadores de apoyos y su reflejo en el instrumento público» y en base a su experiencia profesional propone «que se dicte un catálogo de buenas prácticas en esta materia». Considera, poniendo como ejemplo la idoneidad de una curatela representativa, que «en este tema de la calificación de la idoneidad del consentimiento necesitamos pautas, directrices y criterios seguros que nos permitan mantener esa imprescindible homogeneización y que facilite la necesaria coordinación con el criterio judicial», disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10931-el-juicio-notarial-de-valoracion-del-consentimiento-tras-la-ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad> [última consulta: 26.01.22].

98. El artículo 25, párrafo final de la Ley del Notariado tras la reforma manifiesta que «Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que

Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias». Recordemos, sin embargo, que el Notario tiene una intervención directa en el testamento notarial abierto al quedar entendido de la voluntad del testador. También es cierto que existen otros testamentos en donde tal intervención es, en su caso, tangencial⁹⁹.

Suprime la norma la sustitución ejemplar¹⁰⁰ configurando en cambio en el artículo 782 CC la sustitución fideicomisaria en beneficio de hijos con discapacidad que grava la legítima, con remisión al artículo 808 CC al indicar que si «alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel (el legitimario persona con discapacidad) disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa». Explicita la norma la posibilidad del testador de actuación en sentido distinto a la previsión legal, en relación al gravamen como sustitución fideicomisaria de residuo y a la posible disposición a título gratuito y por acto mortis causa por el legitimario persona con discapacidad. El hijo legitimario persona sin discapacidad será el que, en su caso, acreditando que no concurre causa justificativa, podría impugnar el gravamen de su legítima estricta.

Se realizan ciertos cambios en la donación o legado intransmisibles de derecho de habitación a favor del legitimario conviviente que puede ser voluntario o por ministerio de la ley con ciertas diferencias¹⁰¹ permitiendo el juego de la autonomía de la voluntad del testador.

resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso».

99. Testamento cerrado, testamento ológrafo y, en fin, testamentos especiales.

100. No obstante, la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 8/2021 establece un régimen para aquellas sustituciones ejemplares establecidas con anterioridad a la norma en las que el fallecimiento de la persona sustituida se produjese tras la entrada en vigor de la misma, previendo que «la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida. No obstante, la sustitución se entenderá como una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida».

101. El artículo 822 CC indica que «La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se

No son colacionables los gastos de progenitores y ascendientes respecto de hijos o descendientes que, con origen en la situación de discapacidad de éstos, se realizaran para cubrir necesidades especiales¹⁰².

En cuanto la partición diferencia la norma entre el heredero con medias de apoyo y sin ellas, como lo hace en cuanto a la facultad de partir y a la aprobación judicial¹⁰³.

En el ámbito del Registro civil, por su importancia la resolución judicial de la provisión de apoyos recibe un tratamiento diferenciado en la norma respecto de las medidas de apoyo voluntarias. De la primera predica el artículo 72.1 Ley Registro Civil (LRC) 2011 que «La resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual de la persona con discapacidad. La inscripción expresará la extensión y límites de las medidas judiciales de apoyo», estableciendo también tal inscripción «para cualquier otra resolución sobre las medidas de apoyo a personas con discapacidad». Respecto de las medidas de apoyo voluntarias, en cambio, dispone el artículo 77 LRC 2011 el carácter inscribible del «documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes». Como se trata de datos especialmente protegidos, el acceso a tales asientos solo podrá realizarlo «el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan»¹⁰⁴.

Respecto del Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles, entre otros, señala el artículo 755 LEC que «A petición de parte, se comunicarán también al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan» y que tratándose de medidas de apoyo «la comunicación

encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten».

102. Artículo 1041 CC.

103. Artículos 1052, 1057 y 1060 CC.

104. El artículo 84 LRC 2011 permite el acceso a lo inscrito de las Administraciones Públicas y a los funcionarios a tales datos «cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo».

se hará únicamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido». Además, entre otros aspectos, el Registrador «calificará(n), bajo su responsabilidad, la legalidad (...) así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro»¹⁰⁵.

Resulta también de interés la publicidad en el Registro de la Propiedad de la restricción de la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar para el caso de hijos con discapacidad cuyo plazo determinará el Juez en función de las circunstancias¹⁰⁶.

Dispone el artículo 2.4 LH que en el Registro de la Propiedad «Las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de este apartado se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles». El artículo 242 bis LH respecto del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles indica que «Podrán ser objeto de asiento también en este libro las resoluciones sobre personas con discapacidad a las que se refiere el artículo 755.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Añade en el numeral siguiente que «El asiento en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles expresará las circunstancias contenidas en la resolución correspondiente. En el caso de las medidas de apoyo, el asiento únicamente expresará la existencia y el contenido de las medidas». Se suprime el Libro de los Incapacitados, se crea un Índice Central Informatizado y en cuanto a la información registral se establece una publicidad restringida respecto de «las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a personas con discapacidad»¹⁰⁷.

6. DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 8/2021

La regulación de la transición respecto de dos normas que responden a distintos modelos pero a una misma realidad no siempre resulta sencilla, máxime en este campo. Dispone por ello la Ley 8/2021 de unas transitorias en las cuales la primera plasma la abolición de meras prohibiciones de derechos a las personas con discapacidad siendo la segunda la que establece la manera en que los tutores, los curadores –salvo los de las personas declaradas pródigas– y los defensores judiciales ya nombrados con

105. Artículo 18 Ley Hipotecaria (LH).

106. Artículo 96.1 y 3 CC.

107. Artículo 222,9 LH. En cuanto a la consulta de fichas del Índice de personas se harán constar sólo los datos del titular persona física, el apellido, nombre y su número del documento nacional de. Lo mismo se observará respecto del Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles *ex art.* 222bis 5 LH.

anterioridad, ejercerán su función adecuando su actuación a las disposiciones de la Ley 8/2021. Establece que se apliquen las normas de curadores representativos a los tutores de personas con discapacidad y que quienes venían actuando como guardadores de hecho lo hagan conforme a la vigente legislación. Se señala que las declaraciones de prodigalidad continúan vigentes hasta la revisión –de acuerdo con la disposición transitoria 5– en la manera prevista por la normativa derogada.

La disposición transitoria tercera respecto de las previsiones de autotutela existentes prevé que se entenderán referidas a autotutela y junto con los poderes y mandatos preventivos se regirán por la Ley 8/2021 salvo la previsión del artículo 259 CC en tanto que «el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa».

Tras la entrada en vigor de la Ley, no cabe la sustitución ejemplar señala la disposición transitoria cuarta «sin que (se) pueda suplir el testamento de la persona sustituida». Preveía la disposición transitoria quinta la posibilidad de que antes de la entrada en vigor el tres de septiembre del 2021 ciertas personas pudieran solicitar la revisión de las medidas establecidas con anterioridad estableciendo un plazo máximo de un año desde la solicitud para que se produjera tal revisión. De no haber tal solicitud se dispone que se haga de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en el plazo máximo de tres años. Finalmente, la disposición transitoria sexta regulaba la tramitación de los procesos en curso a la entrada en vigor de la Ley.

7. REFERENCIA A LA PRODICALIDAD Y SU ACTUAL TRATAMIENTO

Si bien el Proyecto de Ley separaba la prodigalidad denominándola «De la asistencia en caso de prodigalidad» de las medidas de apoyo a la personas discapacitadas y establecía como finalidad de aquella impedir la realización de conductas desordenadas que pongan en peligro grave sus intereses patrimoniales¹⁰⁸, no recoge el texto definitivo tal previsión DT 2ª L 8/2021 permanecen bajo legislación anterior hasta revisión en 3 años¹⁰⁹

108. Así lo preveía el art 300 del Proyecto de ley indicando que «El juez designará la persona que ha de asistir al pródigo y los actos para los que éste necesita el consentimiento de su asistente» y estableciendo en el artículo siguiente que se aplicarían supletoriamente al asistente del pródigo las normas del curador en lo que resulten compatibles con su función patrimonial

109. En tal sentido MARIÑO PARDO, F., «Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Desaparición de la prodigalidad:

adaptándola a lo dispuesto en la transitoria quinta o si no se revisan abocándolas a su extinción.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La tutela constitucional de las personas con discapacidad», *Revista de derecho político*, n.º 100, 2017 (Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I)), pp. 1027-1055.
- CABELLO FERNÁNDEZ, M.D., «La discapacidad en un ordenamiento multinivel de los derechos», *RUE: Revista universitaria europea*, n.º 32, 2020, pp. 99-134.
- CERMI, *Derechos humanos y discapacidad informe España 2020*, disponible en <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/Informe%20Espa%C3%B1a%202020.pdf> [última consulta: 26.01.22].
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, «Opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el proyecto de ley de Eutanasia, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de diciembre de 2020», disponible en <https://www.infocoponline.es/pdf/Documento-Naciones-Unidas.pdf> [última consulta: 26.01.22].
- ESCAÑO HIDALGO, A., «Las secuelas de la sobreprotección», *La mente es maravillosa*, disponible en <https://lamenteesmaravillosa.com/las-secuelas-de-la-sobreproteccion> [última consulta: 30.12.21].
- GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil* vol. V, n.º 3 (julio-septiembre, 2018) Estudios, pp. 29-60.
- «La COVID-19 y su impacto en las normas de contratación con consumidores», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º extra 3, 2021, pp. 161-182.

régimen transitorio», disponible en http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_33.html [última consulta: 26.01.22]. Entiende que, aunque haya desaparecido la curatela por prodigalidad, podría en ciertos casos una conducta pródiga conllevar «la adopción judicial de medidas de apoyo conforme a la nueva ley». Planteándose que sucederá si no se revisan las medidas en plazo para adecuarlas opina que «Aunque la materia es debatible, a mi entender, teniendo en cuenta que la curatela del pródigo ha desaparecido como tal, transcurrido el plazo máximo para la revisión de la medida sin que esta se produzca, habrá que entenderla extinguida de modo automático».

- LASARTE ÁLVAREZ, C., YÁÑEZ VIVERO (col.), F., DONADO VARA, A. (col.), JÍMENEZ MUÑOZ, F.J. (col.), *Principios de derecho civil. T. 1, Parte general y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- LORA-TAMAYO DODRÍGUEZ, I., «El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica», *EL NOTARIO DEL SIGLO XXI*, n.º 97 mayo-junio 2021, disponible <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-97/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica> [última consulta: 26.01.22].
- MARIÑO PARDO, F., «Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Desaparición de la prodigalidad: régimen transitorio», disponible en http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_33.html [última consulta: 26.01.22].
- MINISTERIO DE SANIDAD, *Manual de buenas prácticas en eutanasia*, disponible en https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/Manual_BBPP_eutanasia.pdf [última consulta: 26.01.22].
- MOLEDO, A., «Estrategia europea de los derechos de las personas con discapacidad y novedades», *Cermi.es semanal* n.º 428, disponible en <http://semanal.cermi.es/noticia/Estrategia-Europea-derechos-discapacidad-novedades.aspx> [última consulta: 26.01.22].
- ROVIRA-SUEIRO, M.E., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- SERRA, M.L., «Sobre eutanasia y personas con discapacidad: breve análisis de la proposición de Ley Orgánica de la regulación de la eutanasia, propuesta presentada por el grupo parlamentario socialista (PSOE) a la mesa del Congreso de los Diputados», *Anales de derecho y discapacidad*, n.º 3, 2018, pp. 259-263.
- SERVICIO DE INFORMACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD, «La ONU advierte a España de que la ley de Eutanasia maltrata a la discapacidad», disponible en <file:///D:/congreso%20derecho%20y%20familia/iustel/La%20ONU%20advierte%20a%20Espa%C3%B1a%20de%20que%20la%20ley%20de%20Eutanasia%20maltrata%20a%20la%20discapacidad%20%E2%80%93%20SID.pdf> [última consulta: 26.01.22].

TENA ARREGUI, R., «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del Siglo XXI – Revista 99*, disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10931-el-juicio-notarial-de-valoracion-del-consentimiento-tras-la-ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad> [última consulta: 26.01.22].

VERDA Y BEAMONTE, J.R. DE, «¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?», *Revista Tribuna*, IDIBE, 2021 disponible en <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/> [última consulta: 26.01.22].

PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008.

Capítulo II

El guardador de hecho en el sistema de apoyos a las personas con discapacidad: su naturaleza, objeto y anotación registral

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia
Defensora Universitaria UNED*

SUMARIO: I. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO PARA LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO ASISTENTE EN LA TOMA DE DECISIONES Y EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA: PUBLICIDAD Y LÍMITES EN LAS ACTUACIONES REPRESENTATIVAS DEL GUARDADOR. 1. *Preliminar: sobre su anotación registral, intervención en el ejercicio de la capacidad jurídica y autorización judicial si representa a la persona con discapacidad.* 1.1. La intervención jurisdiccional. 1.2. La Renovada disposición adicional cuarta del Código Civil: la genérica referencia a la discapacidad como supuesto de hecho que haga preciso la provisión de medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica. 2. *La medida de apoyo de la guarda de hecho de naturaleza voluntaria vs. legales y subsidiarias. Su provisión ope legis potestativa en los casos de insuficiencia de las demás figuras formales.* 2.1. Naturaleza legal: las medidas voluntarias como prioritarias, las legales y judiciales como formales subsidiarias, y la guarda de hecho como medida informal, subsidiaria sea personal o conferida a entidad pública en caso de absoluto fracaso del sistema de apoyos. 2.2. Objeto: el libre desarrollo de la personalidad. 2.3. Ejercicio por entidad pública. 2.4. Su renovada institucionalización como figura informal y subsidiaria que puede

transformarse en definitiva. 3. *El guardador de hecho registrado y no inscrito en el Registro Civil.* 4. *Las disposiciones del Código Civil en materia de guarda de menores.* 5. *El Código Civil y la renovada figura de la guarda de hecho como institución integrada en el elenco de apoyo a la persona con discapacidad.* 6. *Registro Civil: la pervivencia de la mera anotación.* 7. *El artículo 12 de la Convención de 2006: un presupuesto o indicador de la capacidad y de la discapacidad genérica.* II. UNA SITUACIÓN SINGULAR: EL GUARDADOR DE HECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL SAAD. 1. *Derecho subjetivo de ciudadanía y exigencia del reconocimiento mediante procedimiento administrativo: fundamento técnico de la pluralidad procedimental y de la diversidad de modelos de solicitud.* 2. *Iniciación del procedimiento: notas sobre la legitimación activa y las funciones generales del órgano tutelar de la guarda de hecho.* III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE EL MECANISMO PROTECTOR DEL GUARDADOR DE HECHO. IV. BIBLIOGRAFÍA. V. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

I. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO PARA LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO ASISTENTE EN LA TOMA DE DECISIONES Y EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA: PUBLICIDAD Y LÍMITES EN LAS ACTUACIONES REPRESENTATIVAS DEL GUARDADOR

1. PRELIMINAR: SOBRE SU ANOTACIÓN REGISTRAL, INTERVENCIÓN EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL SI REPRESENTA A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

En las posteriores líneas, invitamos a un breve análisis del protagonismo de esta institución, fundada en su existencia *de facto*, más allá del ordenamiento jurídico, a la específica institucionalización materializada 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.

Sin otros prolegómenos, lo cierto es que la norma recién mencionada, en su Preámbulo¹, fundamenta su renovada naturaleza como instrumento

1. Denominada Exposición de motivos en su trámite inicial y según la calificación de la Cámara del texto procedente del Gobierno https://www.congreso.es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=

institucional en el sistema de apoyos ideado en pro de la persona con discapacidad, ya en el Año europeo de las personas con discapacidad², en la legislación parlamentaria subsiguiente y, en la determinante Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Como es bien sabido, en reiteradas ocasiones, no cabe sino remitirse a la argumentación por parte del ejecutivo como autor del Proyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros³ y calificado por la Mesa del Congreso⁴, o en su defecto, porque de idéntica forma exige su fundamentación el Estatuto del Congreso de los Diputados⁵, si de lo que se tratase fuese de una proposición de Ley.

En este caso, nos hemos de remitir al Preámbulo, por distintos motivos:

- el primero de ellos, porque, en definitiva, se trata de la interpretación auténtica hecha o pretendidamente fundada por el legislador en la norma que modifica y de forma sustancial la totalidad del sistema contenido en el hasta ahora vigente Código civil;
- la segunda afecta al contenido al que el mencionado poder que ha resuelto deconstruir la institución de la Guarda de hecho para, con idéntica denominación y pilares sustentadores, consolida alguno de sus más abandonados perímetros y establece cuál es su actual contorno normativo,
- así, por último, conviene subrayar los límites que, en ciertas actuaciones, cuando alcancen las representativas que, en puridad,

view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000027

2. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac11413>
3. https://www.congreso.es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000027
4. Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados. Art. 109. Los proyectos de ley remitidos por el Gobierno irán acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos. La Mesa del Congreso ordenará su publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y el envío a la Comisión correspondiente.
5. Lo cierto, es las disfunciones en la división de poderes, hacen que salvo error, en la IV Legislatura, iniciada en el 2019 e inconclusa hasta el momento de redactar estas líneas, el ejecutivo haya dictado más de un centenar de Reales Decretos leyes, que en síntesis, por razones de urgencia, hurten al legislativo el Poder soberano que la ciudadanía ha depositado en él https://www.congreso.es/iniciativas-legislativas-aprobadas?last_search=1; 2020 https://www.congreso.es/iniciativas-legislativas-aprobadas?last_search=1; 2019 https://www.congreso.es/iniciativas-legislativas-aprobadas?last_search=1

corresponderían a otras instituciones previstas en el sistema de apoyos de la nueva norma, sea la autoridad judicial quien dirima si ha lugar o no a la actividad representativa que haya podido instar, a instancia de parte o no, por parte del guardador.

En suma, quien ocupe el cargo de hecho, habrá de ventilar si actividad se antoja que extralimita sus funciones, al alcanzar actuaciones representativas y, en suma, al contenido imputado a otros cargos cuya finalidad es la tutela de los derechos de la persona con discapacidad. Con todo, nos hemos de remitir a las apreciaciones que luego se harán.

1.1. La intervención jurisdiccional

Pues bien, y, en síntesis, habrá de impetrarse *ope legis* la intervención del poder judicial, para fijar si ha lugar o no a que o bien se inicie, prosiga, o se atribuya a otra provisión de apoyos, creadas por esta nueva Ley. Téngase en cuenta que la autoridad jurisdiccional, está investida de competencia específica para que dicho acto sea llevado hasta sus últimas consecuencias, eximiendo a la persona con discapacidad de la intervención o nombramiento de diferente sistema de apoyo.

Por tanto, apréciese que el meritado Preámbulo, tras reiterar que trae causa de la Convención de las NNUU de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 –por evidente–, afirma: «La reforma del ordenamiento jurídico español, que es consecuencia de la ratificación por España de dicho tratado, se inició con la Ley 26/2011, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o las más recientes 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, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad».

En este punto, resulta sencillo apreciar que anuncia la sucesiva cascada de normas desde el año 2006 y que, si bien, podían ser objeto de interpretación de conformidad a las prescripciones constitucionales, por cuanto atañe al contenido de su artículo décimo, en su párrafo segundo nuestro legislador, por fin, y no sin retraso, hace suyo el texto de la Convención internacional.

Adicionalmente, resulta esencial, por cuanto determina el sujeto titular de estos sistemas de apoyo, las prescripciones dispuestas por la normativa en cuestión. En este punto y con efectos de 3 de septiembre de 2021, según 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, en su texto articulado, precepto 77, dicta la esencial figura de la discapacidad en sus justos términos: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia».

1.2. La Renovada disposición adicional cuarta del Código Civil: la genérica referencia a la discapacidad como supuesto de hecho que haga preciso la provisión de medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica

En cuanto al segundo párrafo de dicha *disposición adicional cuarta*, en dicha nueva redacción, atendida idéntica norma, completa la definición que ha de dispensarse a la situación adjetiva de la discapacidad al añadir que «A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda *referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*». Y este segundo párrafo y esta intelección de la discapacidad, será la que ha lugar para su consideración en el desarrollo de este artículo.

He de reiterar, como ya he tenido ocasión de hacerlo desde el año 2003, que el reconocimiento por los órganos competentes del grado discapacidad, es la «piedra de clave», la dovela de la definición genérica, a los efectos del párrafo segundo de la *disposición adicional cuarta*. De ahí, la trascendencia de lo dicho, por cuanto una potencial evolución que pueda llegar a ocasionar una limitación en la actividad requerirá, sin lugar a dudas,

la necesidad de brindar el sistema de apoyos 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. Y, singularmente, por lo que *a posteriori* tendremos ocasión de ratificar, el sistema de apoyo proporcionado por el guardador de hecho.

Por tanto, es la discapacidad, de nuevo y no tanto la genérica, sino la acreditada administrativa y documentalente, la que con más facilidad permita la aplicación de este párrafo segundo, y con ello el abanico legislativo, ya que en coherencia con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, puede desembocar en una limitación en su actividad.

Con todo y a mi juicio, he de reiterarme que, para la aplicación del sistema de apoyos, no resulta necesaria dicha acreditación administrativa de la discapacidad o el previo reconocimiento del derecho de ciudadanía de la situación de dependencia, si bien, parece lo más recomendable, por las ayudas de distinta naturaleza, invitar a las familias y al propio interesado, que insten su trámite y lo hagan sin dilación. Lo dicho se ratifica en los supuestos en los que la persona se encuentra en un proceso de natural limitación, pero no así en los que sobreviene abruptamente o reclame este sistema de apoyos de forma incuestionable, ante la falta de conocimiento de estas posibilidades por parte del sujeto en cuestión, por no haber sido posible su ejercicio o porque el propio protagonista no desee estas acreditaciones o porque, sencillamente, se niegue a ser «clasificado» a la vista de un síndrome de negación... o, incluso en su pleno ejercicio de libertad, adopte la decisión de no impetrar dicho reconocimiento.

2. LA MEDIDA DE APOYO DE LA GUARDA DE HECHO DE NATURALEZA VOLUNTARIA VS. LEGALES Y SUBSIDIARIAS. SU PREVISIÓN OPE LEGIS POTESTATIVA EN LOS CASOS DE INSUFICIENCIA DE LAS DEMÁS FIGURAS FORMALES

2.1. **Naturaleza legal: las medidas voluntarias como prioritarias, las legales y judiciales como formales subsidiarias, y la guarda de hecho como medida informal, subsidiaria sea personal o conferida a entidad pública en caso de absoluto fracaso del sistema de apoyos**

Dispone el artículo 250, que «Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, *además de las*

de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial». De modo que, como resulta evidente, en el ejercicio de su autotutela en sentido estricto, o mandatos preventivos, la persona con discapacidad podrá haber dispuesto para sí, otra u otras figuras que le sean convenientes para el ejercicio de su capacidad jurídica⁶.

En suma, si nada hubiere previsto la persona con discapacidad, por aplicación del dictado del recién transcrito artículo 250, el carácter que el legislador ha querido atribuir a la guarda de hecho, es la de una medida de apoyo informal si bien de origen legal –quíerese o no ya que en la norma se prevé incluso la posible guarda de titularidad de entidad pública–, fundada en las circunstancias previstas en las disposiciones mencionadas.

En todo caso, a mi juicio, nada impide que su origen se sustente en la propia voluntad de la persona con discapacidad, sea o no con transformación de quien ocupó dicho cargo con anterioridad. Con la entrada en vigor de la Ley, nada obstaculiza tampoco que pase a la cualificación notarial, como medida formal y voluntaria, habida cuenta de que el Fedatario público, constata que la finalidad y objeto redundan en pro del libre desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad, o permítaseme la licencia, que quien desenvolvía el apoyo informal «intermitente» de la persona con discapacidad, ambas de consuno y con la anuencia notarial

6. Téngase en cuenta que lo podrá haber previsto en escritura notarial con carácter preventivo, antes de que devenga la situación material de discapacidad, a sabiendas o no de la causa de la que pueda traer origen (si nos remitimos a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su artículo sobre las definiciones, artículo segundo, párrafo primero punto 2. Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal, edad, enfermedad, discapacidad), o asimismo la nueva Ley prevé la temida sustitución por parte de los progenitores de la patria potestad prorrogada. Y el temor no trae causa sino de la difícil tesitura legal, en el tránsito de la edad adulta del adolescente, amén de la amplitud de las causas de la discapacidad en algunos supuestos. En todo caso, declara el artículo 254, «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 si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias».

caso de superarse el control y fiscalización de los derechos de la persona a amparar, pase a escritura pública como medida permanente, formal y con esta u otra denominación⁷.

A buen seguro, la función notarial recomendará otra denominación para evitar confusiones, si bien si de lo que se tratase, como exige la Ley, sea respetar los derechos, deseos y voluntad de la persona con discapacidad, parece que hasta en este supuesto, si le proporcionase tranquilidad en el desarrollo de su personalidad, pudiera aceptar la transformación de su naturaleza, sin modificación nominal, pero sí de su origen y solemnidad pública⁸.

7. *Disposición transitoria tercera. Previsiones de autotutela, poderes y mandatos preventivos.* Las provisiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por la presente Ley.- Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil.- Cuando la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, el Notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.
8. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria queda modificada como sigue En el artículo 52, se modifican los apartados 1 y 2 y se añade un nuevo apartado 3, según se indica a continuación: «1. A instancia del Ministerio Fiscal, de la persona que precise medidas de apoyo o de cualquiera que tenga un interés legítimo, la autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor o de la persona con discapacidad y de su actuación en relación con los mismos. 2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela en el caso de los menores, si procediera. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal». Adicionalmente se da nueva redacción a la Sección 3.ª del Capítulo II del Título III con el texto que se indica: «Sección 3.ª De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad: *Artículo 87. Ámbito de aplicación, competencia y legitimación* 1. Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con discapacidad o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167, 200 y 249 del Código Civil o a las disposiciones análogas de la legislación civil aplicable. Y en concreto: a) Para la adopción de las medidas de protección de los menores establecidos en el artículo 158 del Código Civil. b) Para la adopción de las medidas previstas en el artículo 249, último párrafo, del Código Civil en relación con las personas con discapacidad. c) Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad y no se hubiera designado por el causante persona para ello, ni pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro

Si a lo dicho, añadimos lo dispuesto en el mismo artículo en su párrafo cuarto «La guarda de hecho es *una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*», se nos antoja que la denominación legal de «medida», pasa a tener la singular condición de caracterizarse como una figura legal subsidiaria y potestativa, en los supuestos en los que otras de las prevalentes, se revelen como ineficaces o, en sentido estricto, insuficientes, inútiles y que en nada resulten respetuosas con los deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En suma, las medidas de apoyo formal, pueden ser por razón de su preferencia y origen: en primer lugar, las voluntarias, en su defecto –o por insuficiencia en los supuestos de las previsiones notariales de la posible necesidad de apoyos– legal o judicial. Con carácter subsidiario, ostentando idéntico fundamento legal y objeto que las antecedentes, siendo caracterizada como informal.

Hemos de reiterar que las voluntarias depuestas ante notario, las legales o judiciales, que son configuradas como medidas formales en las que habrá de concurrir ante la ineptitud voluntaria o no, sobrevinida o continuada, de quien o quienes ostenten la institución si, como decimos y al

progenitor. d) Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera. e) Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo. 2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. No obstante, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial: a) Si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela. b) Cuando la medida de apoyo de la persona con discapacidad hubiera sido provista judicialmente. 3. Las medidas a que se refiere este Capítulo se adoptarán de oficio o a instancia del propio menor o persona con discapacidad, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Cuando se soliciten respecto de una persona con discapacidad, podrán adoptarse asimismo a instancia de cualquier interesado. 3. En los casos en que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, *el guardador de hecho de una persona con discapacidad deba solicitar autorización judicial, antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite*».

margen de las causas de las que traigan causa, redunden en la ineficacia del objeto al que están destinadas.

En estos supuestos, será de aplicación, la medida informal de la guarda de hecho personal o, en última instancia, la que de forma transitoria y con la asistencia de la Fiscalía, ostente entidad pública, si se acreditase como decimos, la insuficiencia de todas las precedentes. Su fundamento se basa en la propia calificación normativa como «informal» en tanto en cuanto, por razones de amistad, de vecindad, de humanidad, una persona concursada en su titularidad, para que redunde en el inmediato beneficio y compensación a la vista del defectuoso o inexistente, a veces, por las propias circunstancias del ciclo vital, dado que la persona siempre atenta al natural desenvolvimiento del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, ha podido sufrir un trágico evento, en otra Comunidad o País, que imposibiliten pese a su buena fe, el que hasta entonces había sido un exitoso sistema de apoyo.

Y la medida informal, como «informal» que es, no exige de procedimientos ni administrativos, ni procesales ni notariales, solo reclama el efectivo ejercicio y complemento para la persona con discapacidad. Adicionalmente, habrá de rendir cuentas y ser compensado por el ejercicio de su función⁹.

A mayor abundamiento, y siendo como es una guarda legal de hecho (sé que es casi un trabalenguas), como medida de apoyo subsidiaria, lo cierto es que también el Código civil, contempla que en tanto no haya remoción de las otras que concursan con la informal, podrá concurrir al tiempo que las otras. En suma, la perentoriedad de la situación de la persona con discapacidad, tiene un interés preferente a la de las revocaciones de las que puedan existir y devengan insuficientes por las causas que procedan. De ahí la disposición del artículo 263, cuando declara «Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente».

9. Artículo 265. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias.- Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.

Artículo 266. El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo. Apréciase que es un reembolso e indemnización por los daños, circunscrito a los bienes de los que fuere titular la persona con discapacidad atendida. Redunda, por tanto, en la urgencia, en la humanidad y en la intención de beneficiar a la persona, en absoluto un enriquecimiento por la labor desempeñada.

2.2. Objeto: el libre desarrollo de la personalidad

El ejercicio de la capacidad jurídica de las personas y el libre desarrollo de su personalidad, en definitiva, como nuestra Carta magna y otras normas de desarrollo prevén en desarrollo de su artículo décimo¹⁰. En lo que afecta a sus bienes, ha lugar también a las medidas¹¹, toda vez que es habitual que alguna de las discapacidades, dependiendo del origen subrayado, puede estar fundados, en algunas circunstancias que cursan con discalculia, falta de control en el manejo del dinero, dificultades con los sistemas de pago y manejo de tarjetas de débito o crédito a través de app y de cajeros automáticos, o en síntesis, por ciertas dificultades en la inversión del gasto y ahorro¹².

10. Vid., nuestra dignidad, una de las claves angulares de esta reforma, como valor inherente a la persona, fundada en el derecho de cada cual a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable y a obtener el correspondiente respeto de los demás (Vid., la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre el derecho a la vida y el aborto), en la que siendo un *príus* la vida, no ha lugar a ella sin la dignidad como germen o núcleo de los derechos que nos son inherentes. En particular, baste el Preámbulo de la Ley cuando no puede sino constatar que «el propósito de la convención [de las NNUU de las Personas con discapacidad] es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente y el último párrafo al indicar «la nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos».
11. Artículo 270. La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. También podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella.– Sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.
12. «Cuarto. Las resoluciones judiciales en que se declaren la ausencia o el fallecimiento o afecten a la libre disposición de bienes de una persona, y las resoluciones a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de este apartado *se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles*». Y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «Artículo 755. Acceso de las sentencias a Registros públicos.– El letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en

Recuérdese en este punto, el Preámbulo al declarar «Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada *Observación General de 2014* recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. Es también relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria –domicilio, salud, comunicaciones, etc.–».

2.3. Ejercicio por entidad pública

Ante la ausencia de la guarda de hecho de origen legal y dadas las circunstancias previstas por el artículo 253, será posible en defecto de otra medida voluntaria, la guarda de hecho ejercida por una entidad pública.

Dice así dicho precepto: «Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio

los procedimientos a que se refiere este Título se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.– A petición de parte, se comunicarán también al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan. En el caso de medidas de apoyo, la comunicación se hará únicamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido».

tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas».

2.4. Su renovada institucionalización como figura informal y subsidiaria que puede transformarse en definitiva

Bien lo determina la ya mencionada Exposición de motivos: «fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la *guarda de hecho*, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad¹³. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias»¹⁴.

13. En la actualidad, vid., el Libro primero De las personas, Título VII. *De las relaciones paterno-filiales*, Capítulo V. *De la adopción y otras formas de protección de menores*, donde, en su Sección 1.ª *De la guarda y acogimiento de menores*, se ocupa de la figura en los artículos 172, 172 bis, 172 ter, 173, 173 bis y 174. De ellos, específicamente, serán los tres primeros los que tengan por objeto y en pro de la infancia y adolescencia. Por su parte, el Título IX. *De la tutela y de la guarda de los menores*, Capítulo III. *De la guarda de hecho del menor*, sus preceptos 237 y 238, son como otras disposiciones de esta nueva Ley 8/2021, normas de reenvío, al prever que serán de aplicación las normas de la guarda de las personas con discapacidad, a la de los menores en lo que en las específicas no contemplan. Por tanto, es el Título XI. *De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*, de este primer Libro, el que nos proporcione las claves jurídicas de la institución objeto de estas líneas. Además de tener en cuenta, ya que le podrán ser de aplicación las del Capítulo I *disposiciones generales*.

14. En materia de discapacidad, dependencia e incapacitación, la autora de estas líneas ha publicado otros trabajos precedentes como: «De la minusvalía a la discapacidad y dependencia: pasarelas y asimilaciones legales», *RUCT*, 2009; «Aspetti civili di un nuovo diritto soggettivo di cittadinanza: la legge spagnola sull' autonomia personale e l'assistenza alle persone in stato di dipendenza» *Rivista di diritto di famiglia e delle persone*, 2009; «Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia», *RMTAS*, 70, 2007, pp. 45 a 70; «Los derechos de las personas con discapacidad en el

Haremos una expresa mención a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, por cuanto que en su momento, consagrara un nuevo derecho subjetivo de ciudadanía que exige, con carácter previo al ejercicio de sus derechos o al disfrute de prestaciones y servicios, que el sujeto haya interesado y se haya resuelto el procedimiento administrativo previo donde se ventilará tanto el reconocimiento de la situación de dependencia como el derecho a las prestaciones del Sistema. Pues bien, en particular, revisitaremos el protagonismo dispensado a la figura del «guardador de hecho» toda vez que sin que estuviese expresamente prevista su legitimación activa en la Ley, los reglamentos de desarrollo y muy especialmente los modelos de solicitud recogieron la declaración que éste habrá de hacer «bajo su responsabilidad».

En un país plurilegislativo como en este, hasta diecisiete procedimientos autonómicos y las fórmulas escogidas para la declaración correspondiente, según haya sido elaboradora específicamente para el guardador o, por el contrario, deba suscribirla alternativamente a la del representante legal¹⁵.

ámbito europeo e internacional (Novedades jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia)», *Revista de Derecho de familia de Costa Rica*, 2007, pp. 15 a 27; «Protección civil de las personas con discapacidad: patrimonio especialmente protegido y accesibilidad universal en la Propiedad Horizontal», *RCDI*, 687, 2005, pp. 61 a 115. Capítulos en libros: «Los menores ante la Ley 39/2006 de autonomía personal y dependencia», *Capacidad de obrar del menor: Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, 2009, pp. 105 a 116; «Infancia y adolescencia: la promoción de la autonomía personal y protección de menores de edad en situación de dependencia», *Los menores con discapacidad en España*, Madrid, 2008, pp. 439 a 520; «La construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía: nuevas perspectivas sobre autonomía personal y dependencia», *Dimensiones de la Autonomía Personal*, Madrid, 2008, pp. 33 a 65; «El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España», *Actas del III Congreso Mundial sobre Derechos de la niñez y de la adolescencia, Barcelona*; «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacidad judicial a la discapacidad y dependencia», *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, pp. 31 a 49; «La figura del administrador del patrimonio especialmente protegido: reflexiones sobre su régimen jurídico», en PAU PADRÓN (coord.), *Libro Homenaje AMORÓS GUARDIOLA*, Madrid, 2006, pp. 1.185 a 1.208; «Algunas reflexiones en torno a la anunciada Ley de autonomía personal y protección de las personas con dependencia», *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, Madrid, 2006, pp. 195 a 201; «Menores necesitados de cuidados de larga duración: notas sobre el futuro sistema nacional de atención a la discapacidad y dependencia», VILLAGRASA ALCAIDE y RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Barcelona, 2006, pp. 65 a 76.

15. Negocio dispositivo es el que produce un cambio en la situación patrimonial preexistente; afecta a un derecho subjetivo integrado en un patrimonio, ya que por el negocio va a ser transferido, modificado o extinguido; negocio de administración y

En resumidas cuentas, el guardador de hecho, como no podía ser de otra manera y de forma que no puede obviar la nueva Ley, realizaba múltiples intervenciones activas en la vida cotidiana de la persona con discapacidad o, de quien, sin tener discapacidad de ninguna naturaleza, lo cierto es que por distintas circunstancias requería de un «complemento» o de un apoyo, para que su cotidianidad pudiera seguir su discurrir ordinario. De algo tan sencillo, si bien no exento de responsabilidad en caso de accidentes y lesiones en el transcurso de una actividad extraescolar, en el caso de menores y adolescentes¹⁶, a la presentación de una solicitud tan trascendente como es el reconocimiento de un derecho subjetivo de ciudadanía ya señalado *ut supra*¹⁷, o la realización de una rueda de reconocimiento¹⁸. En resumidas cuentas, es uno de los supuestos en los que la petición redundaba en beneficio del sujeto «guardado».

3. EL GUARDADOR DE HECHO REGISTRADO Y NO INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL

Sobre el guardador de hecho y por cuanto atañe a sus funciones y responsabilidades ya mencionadas¹⁹, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de

negocios de atribución patrimonial –según la calificación de VON THUR–. La transmisión de un crédito es, al mismo tiempo, un negocio de atribución y de disposición (*vid.*, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1998, p. 226, 2ª ed.; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il traferimento dei diritti*, Messina, 1927; *vid.*, NÚÑEZ LAGOS, Una conferencia de GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», *RGLJ*, LXXXVIII, VI, 174, 1943, p. 6.399).

16. *Vid.*, pp. 55-ss., CABEZAS MOYANO, FÁBREGA RUIZ, MORENO GARRIDO Y ORZÁEZ FERNÁNDEZ, *Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad de la Fundación Tutelar de La Rioja*, Jaén, 2007, 3ª ed.
17. Así, *vid.*, la representación voluntaria, prevista en el modelo normalizado de la Comunidad autónoma andaluza <https://www.juntadeandalucia.es/agenciadeserviciosocialesydependencia/index.php/m-dependencia/100-solicitudes-y-formularios>
18. Artículo 2. Actuación de la Policía Judicial. 10 párrafo tercero: «Cuando la rueda esté compuesta por otros menores de edad, se deberá contar con su autorización y con la de sus representantes legales o guardadores de hecho o de derecho, a salvo el supuesto de los mayores de 16 años no emancipados y de los menores emancipados en que sea de aplicación lo dispuesto para las limitaciones a la declaración de voluntad de los menores en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» (Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).
19. En cuanto a la obligación de rendición de cuentas por parte del guardador, declaraba la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 25 de febrero de 2008, remitiéndose a su vez al Auto dictado el día 13: «La guarda de hecho, regulada en los arts. 303, 304 y 306 del Código civil es en gran medida asimilable a la tutela pues, en definitiva, estamos en presencia de una tutela de hecho o no constituida formalmente; sin

reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil [y] de la normativa tributaria con esta finalidad recoge, de una parte, la posibilidad de anotar a petición del Ministerio Fiscal –o de cualquier interesado– «la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz» como la de obtener información de organismos públicos²⁰.

Por tanto y a la luz de la norma citada, sin instar el antiguo procedimiento judicial de incapacitación –sea porque se estimaba contra-productiva la comparecencia ulterior ante el órgano judicial, porque el procedimiento ya estuviese incoado y a la espera de resolución definitiva, o porque sencillamente el órgano tutelar estuviese inactivo al margen de las causas que justifiquen esta falta de actuación–, dicha reforma permitió por fin, permite dar publicidad registral del cargo que bien puede ocupar un familiar, un tercero o, en resumidas cuentas, quien asuma *de facto* la atención personal y patrimonial del sujeto. Acreditación registral o certificación hechas sin perjuicio de la declaración del guardador que, por el momento y ante la evidencia de que los modelos se han elaborado con carácter previo a la aprobación de la meritada Ley 1/2009, debería en su caso, acompañarse a la solicitud de reconocimiento de la situación

entrar en la naturaleza de la institución y limitándonos a lo que es objeto del presente expediente, la doctrina más autorizada (ROGEL VIDE, BERCOVITZ, SANCHO, etc.) vienen entendiendo que el informe a rendir por el guardador de hecho ‘constituye una garantía en sí misma. Ejercida esta facultad por el Juez, el art. 303 impone al guardador de hecho un deber de información similar al que se establece para el tutor en el art. 233 del Código Civil. Naturalmente, ese deber de información, que se extiende en principio tanto a la persona como a los bienes, quedará limitado, en cada caso, al ámbito en el que se está desarrollando la guarda de hecho, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia. La información, en cuanto a los bienes, puede consistir en su caso en un inventario y en una rendición de cuentas’. Refiriéndose al término ‘podrá’ empleado por el art. 303 del Código Civil, señala la misma doctrina que debería haberse redactado la Ley en términos imperativos; ‘si no se entiende así (continua), ¿qué valor se dará a la actitud de un Juez que, teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho, no exige de quien la desempeña el correspondiente informe? En mi opinión –Lete– sería afirmación de una ilegalidad inadmisibles; además, si esto pudiera suceder, indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal’».

20. La Ley 1/2009, de 25 de marzo, contemplaba en su Disposición adicional única, la «legitimación del Ministerio Fiscal y de los tutores o guardadores de hecho para obtener información de los Organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho».

de dependencia. Como una de las actuaciones, en las que, sin necesidad de instar autorización judicial, al redundar en beneficio de la persona en situación de vulnerabilidad, pueda desempeñar el guardador de hecho.

Por tanto, apréciase que, de la ya recogido Preámbulo de la renovada Ley de 2021, lo cierto es que las concomitancias con la «antigua» guarda de hecho y la actual, presentan simetrías incuestionables, por cuanto se basan en el hecho material de su desempeño, y en las intervenciones siempre redundantes en el sujeto acogido en el seno del guardador de hecho. Constatemos el paralelismo que continuará en las líneas posteriores «La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias».

Dicho lo anterior, sin perjuicio de que la inequívoca conclusión del apoyo del guardador de hecho se constituye en la figura por excelencia en esta renovada Ley que no puede sino refrendar lo que era una práctica inveterada y siempre garantista del beneficiario, y que no mueve otro interés de quien desempeña esta figura, sino la ratificación de sus derechos y de su desarrollo pleno, sin que haya de intervenir en cada acto, un poder notarial que sustente documentalmente su capacidad para desenvolver sus diferentes actuaciones.

4. LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE GUARDA DE MENORES

La actual redacción del Código civil en la materia: TÍTULO IX De la tutela y de la guarda de los menores CAPÍTULO III De la guarda de hecho del menor:

Artículo 237.

1. Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los

mismos, *pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, *si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.*

2. *Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172.*

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

Artículo 238.

Serán aplicables a la guarda de hecho del menor, con carácter supletorio, las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad»²¹.

De modo que si anteriormente, la figura del guardado bien podía concebirse como cargo tuitivo, lo cierto es que no estaba contemplado en el elenco de órganos tutelares por lo que afecta a los menores y a mayor abundamiento, el legislador actual ha preferido omitir cualquier listado de cargos, pese a incluir la denominación como capítulo específico del Código. Reténgase, por tanto, que comparativamente, en el anterior Título X, se recogía genéricamente en sí dicha denominación, si bien su regulación se reducía a un único precepto, excluido como estaba de entre los cargos previstos por el artículo 215.

De modo que siquiera estaba contemplado en el elenco de los órganos tutelares del artículo 215 del Código civil²². Si, inicialmente, parecía entreverse cierta desconfianza por parte del legislador hacia este mecanismo tutelar, lo cierto es que las explícitas menciones previstas en la Ley 1/2009 y en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa tributaria con esta finalidad²³,

21. Vid., LÓPEZ AZCONA, A. «Las medidas voluntarias de apoyo», en *Un nuevo orden para las personas con discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas legislativa*, Cerdeira y García Mayo (dirs.) Wolters Kluwer-Aranzadi, 2022.

22. Por su parte, declaraba el artículo 215 que «la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1ª La tutela. 2ª La curatela. 3ª El defensor judicial».

23. Como ya hemos señalado «podrán constituir este patrimonio protegido, en principio, aquellas personas con discapacidad según el grado y tipos señalados estén o no incapacitadas judicialmente. En caso de que lo estén, dejando a salvo los límites sobre su

parecen rectificar este inicial disfavor, inclinándose por dar relevancia jurídica a las actuaciones del guardador y autorizando su publicidad registral a efectos informativos.

En cuanto a la institución en sí, la mejor doctrina sostiene que «de entre las variadas clasificaciones que se pueden hacer de la tutela o guarda, una de ellas es la de tutela de hecho y de derecho. La guarda es de derecho cuando la persona que la ejerce actúa en virtud de un nombramiento legal de tutor. La guarda es de hecho cuando la desempeña una persona que carece de la cualidad legal de tutor». En justa consecuencia, advierten también que si el artículo 304 declara que «los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad», «*contrario sensu*, los actos que no han redundado en utilidad de la persona que se encuentra bajo la guarda de hecho, sí podrán ser impugnados. De donde resulta que la utilidad es el dato determinante para llegar a establecer la eficacia del acto o la posibilidad de impugnación. La utilidad es un concepto relativo; como es sabido, lo que es útil para unas personas puede no serlo para otras; por ello considero que para establecer dicho concepto habrán de utilizarse no sólo criterios objetivos y puramente económicos o patrimoniales, sino también de orden personal: el del beneficio o interés de la persona del menor o presunto incapaz»²⁴.

De modo que como concluye FÁBREGA RUIZ «la posibilidad de realizar actos en nombre del discapaz no solo se refiere a actos de carácter personal, sino también a los de carácter patrimonial, sean éstos meramente conservativos o de administración e incluso los dispositivos. Esta utilidad no debe medirse con un criterio meramente económico, ya que la guarda debe buscar el bienestar personal del menor o incapaz, y esta depende de algo más que de un mero beneficio económico. Debe ser objetiva –aun teniendo en cuenta las circunstancias personales del guardado–, global –no pudiendo pretenderse la anulación parcial de las circunstancias

capacidad de obrar fijados por la sentencia judicial y, en presencia de esta objeción, los órganos tuitivos titulares. En caso de que padezcan una minusvalía física o sensorial y al tiempo, carezcan de capacidad de obrar, podrán interesar su constitución padres, tutores y curadores. En el supuesto de que la persona con discapacidad lo sea por razón de minusvalía psíquica, la ley autoriza además a sus guardadores de hecho» (MORETÓN SANZ, «Protección civil de las personas con discapacidad: patrimonio especialmente protegido y accesibilidad universal en la Propiedad Horizontal», *RCDI*, *cit.*; *vid.*, también RIVERA ÁLVAREZ, «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», *RMTAS*, 50, 2004, nt. 11, p. 94 y AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «¿Crisis de la incapacitación?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *RDP*, 90, 2006, pp. 9-68).

24. OGAYAR AYLLÓN y LETE DEL RÍO, «De la guarda de hecho», *Comentarios al Código civil. Tomo IV. Artículos 181 a 332 del Código civil*, Madrid, 2004, 2ª ed.

perjudiciales o impugnarse el acto de forma fraccionada– e inmediata –sin perjuicio de que sí, por circunstancias sobrevenidas, se transformara en útil lo que en principio fue perjudicial se mantuviera la validez del acto–. Dicho de otro modo, la utilidad es algo relativo, pudiendo ser algo útil para uno, pero no para otro. Por esto mismo, es necesaria la utilización de criterios objetivos, económicos, patrimoniales y personales, para apreciar el beneficio o interés del menor o persona incapaz»²⁵.

De lo dicho se deduce que la presentación de dicha solicitud por el guardador puede ser incluida en la órbita de los actos de administración; a mayor abundamiento, al redundar en beneficio del guardado y al no producir indefensión en tanto en cualquier momento se podrá personar por sí o por representante el presunto incapaz, en principio, no podrá ser impugnado²⁶. Con todo cabe cuestionarse la legitimidad de una de las consecuencias que, por extensión, podrá tendrá el reconocimiento en el Programa Individual de Atención del derecho a recibir el servicio

25. *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Madrid, 2006, p. 91.

26. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1994, declaraba que aquel artículo 304 resultaba ser un «precepto excepcional por violentar el art. 1259 del Código civil, que es la norma general para los contratos celebrados sin autorización o representación, seguramente justificada por la especial naturaleza de la figura de la guarda de hecho»; en cuanto a la jurisprudencia menor, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 19 de junio de 2007: «La demanda de este procedimiento, se insta por la propio incapaz a través de una sustitución de las facultades, que dicha presunta incapaz había otorgado a favor de su sobrino, en un poder general para realizar toda clase de actos, y contratos de gestión administración, dominio y disposición, con las facultades que expresamente se recogían en el mismo. La acción de incapacidad, es una acción personalísima, y por tanto intransferible a terceros, careciendo por ello el representante, de capacidad para promover la presente demanda. Existe por tanto un defecto, en la constitución jurídica procesal, defecto que sin embargo, no puede abocar a la nulidad pretendida, porque no existe indefensión, ya que la iniciación de este procedimiento, no ha colocado en tal situación, a la única parte que se ve afectada por el contenido de esta resolución, al presunto incapaz, y no lo ha hecho, porque el promover esta demanda no le perjudica, encontrándonos en un supuesto asimilable al de una guarda de hecho, pues el sobrino, no sólo administraba los bienes de la presunta incapaz sino que se preocupaba de su persona, y por ello le resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 304 CC, ya que los actos por él realizados, redundan en beneficio de la presunta incapaz, pues van destinados a procurar su protección»; por su parte la SAP de Vitoria, de 30 de septiembre de 1998, dice: «extinguida la patria potestad persiste la guarda de hecho del mismo por las circunstancias mencionadas y siendo ello así, sin que el padre haya hecho cuestión de lo anterior, el supuesto es subsumible en el artículo 304 antedicho que legitima a la guardadora de hecho a los efectos del ejercicio de actos siempre que sean en interés del menor o presunto incapaz, expresión amplísima que engloba no sólo los de mera administración, sino igualmente los conservativos o dispositivos, que ciertamente serán plenamente eficaces mientras no sean objeto de impugnación», *vid.*, también RIVERA ÁLVAREZ, «Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho», *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006.

residencial, al autorizarse también el ingreso en dicho Centro sin anuencia expresa del interesado²⁷.

5. EL CÓDIGO CIVIL Y LA RENOVADA FIGURA DE LA GUARDA DE HECHO COMO INSTITUCIÓN INTEGRADA EN EL ELENCO DE APOYO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Sin embargo, el legislador de forma prístina, diferencia de la guarda de los menores, la de las personas con discapacidad, en tanto en cuanto declara en el nuevo Título XI, del Libro primero que habrá de intitularse *De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*, cuyo Capítulo I, sobre Disposiciones generales, atrae para sí, lo que fuera el elenco de cargos tutelares, ahora sistema de apoyo.

Y lo hace como hemos indicado, diferenciando las voluntarias, de las previstas en la ley, que intervendrán en función de las circunstancias y que son tres, la guarda de hecho (en primer lugar), la curatela y, por último, el defensor judicial. Omite radicalmente a la tutela, con la particularidad, que en materia que afecte a menores, la autoridad jurisdiccional sí podrá atribuir funciones tutelares al guardador de hecho.

De modo que se institucionaliza legalmente, como figura integrada en el sistema de apoyos, precisamente para el recto ejercicio de la capacidad jurídica, indubitadamente prescrita por el artículo decimosegundo del Convenio de 2006.

Téngase en cuenta que si la perfila como medida informal, potestativa de apoyo, y además de potestativa, de carácter subsidiario y supletorio en los supuestos en los que las medidas volitivas o designadas judicialmente pueda interpretarse por parte de la persona con discapacidad o con anuencia del guardador escogido voluntariamente, no estén desplegando plenos efectos en el apoyo de la capacidad jurídica, y, puedan estar interfiriendo en el ejercicio de sus deseos y preferencias, amén de su propia voluntad.

Conviene subrayar, no solo su naturaleza finalística de apoyo a la persona con discapacidad, sino como recurso que ampara a la persona con discapacidad y que, si lo hace, es porque específicamente se basa en la relación de afectividad y confianza que les vincula recíprocamente. De ahí que queramos evidenciar, esta naturaleza voluntaria, además de informal, sumada a los elementos esenciales de subsidiariedad y supletoriedad. Cuando a juicio de quien debería estar siendo apoyado por el

27. *Vid.*, artículo 29 de la Ley 39/2006 y las reflexiones recogidas más adelante.

curador²⁸, resulta ser un obstáculo a sus deseos, incluso cuando la medida no voluntaria y de carácter judicial, al tiempo resulte de forma idéntica a lo anunciado, ineficaz para la finalidad pretendida, habrá de intervenir de consuno el o los guardadores.

Reiteremos por tanto el tenor literal del artículo 250. Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, *la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial*.— La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.— *Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad*, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad,

28. SJPI n° 9 de Castellón de la Plana de 23 de septiembre de 2021, procedimiento n° 222/2021 «(...) ha quedado acreditado mediante el informe médico forense que doña Rosalía padece retraso mental no diagnosticado, alteraciones de la conducta, ansiedad, trastorno de déficit de atención con hiperactividad y antecedentes de clínica psicótica.

Indica el médico forense que se trata de una patología mental crónica, persistente e irreversible. Que, debido a ello, Rosalía, que actualmente tiene 19 años y estudia en una academia un grado de administración, precisa de apoyo para la correcta realización de las tareas de la vida diaria sobre el cuidado de su persona, su aseo, su alimentación y su salud, especialmente en el cumplimiento del tratamiento médico y para consentir un tratamiento médico. Que en el ámbito económico Rosalía conoce la moneda legal y su valor, pero precisa de apoyo para tomar decisiones de contenido económico y para contratar.

En el acto de la audiencia Rosalía reconoció que precisa apoyo y especialmente en el tema del dinero manifestó que si tiene dinero sin que nadie le ayude a administrarlo lo malgasta. También indicó en el reconocimiento médico que le cuesta mucho el autocuidado personal.

(...) designar un curador para que realice los apoyos que Rosalía precise, dado que su padre manifestó que en muchas ocasiones no los acepta de forma voluntaria y se producen conflictos entre ambos porque ella no sabe gestionar bien las frustraciones y límites, manifestando en el acto del juicio la propia Rosalía en la audiencia con SS^a y el Ministerio Fiscal que el día anterior se había alterado y le cogió un ataque de ansiedad y que discutió con su padre.

Por todo ello se estima procedente el nombramiento de un curador para que realice dichos apoyos que precisa Rosalía de conformidad con el artículo 249 ss. y concordantes del Código Civil» (F.D.5°)

«(...) En el presente caso dado que Rosalía manifestó que a su madre hacía seis meses que no la veía, que con ella no tiene mucha relación, que sus padres están separados, que su madre también sufre la enfermedad de esquizofrenia y que estaba viviendo con su padre que es quien la ayuda, de forma que quería que fuese su padre quien le apoye en lo que necesite, es por lo que se estima procedente que el cargo de curador recaiga en su padre» (F.D.6°).

deseos y preferencias de la persona.— *La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.*— La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo²⁹.

29. Vid., STS, de 21 de diciembre de 2021, siendo sus Antecedentes de Hecho Primero.— Tramitación en primera instancia 1.— El procurador D. Xavier de Goñi Echevarría, en nombre y representación de D.^a Isidora, interpuso demanda de juicio verbal especial sobre capacidad contra D. Carlos Francisco, en la que solicitaba se dictara sentencia: «[...] en la que: a) Se declare la incapacidad total de D. Carlos Francisco para el gobierno de su persona como de su patrimonio con sujeción al régimen de tutela. b) Se nombre tutor para la guarda y protección de la persona y patrimonio de D. Carlos Francisco, debiendo recaer dicho cargo en la persona de mi mandante, D.^a Isidora». 2.— La demanda fue presentada el 21 de junio de 2016, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 78 de Madrid, se registró con el n.º 1323/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada. 3.— El procurador D. Aníbal Bordallo Hidobro, en representación de D. Carlos Francisco, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

«[...] se dicte sentencia por la que: a) Se desestime íntegramente la demanda deducida de contrario con condena en costas. b) Subsidiariamente a lo solicitado en el apartado anterior, y para el caso de que este Juzgado estimase necesario un régimen de guarda, se declare la curatela concretando la extensión y límites de la misma. c) En todo caso, tanto para el supuesto de que se estimara procedente un régimen de tutela como de curatela de mi representado, se nombre a Doña Milagrosa como tutora o, en su caso, curadora de su padre Don Carlos Francisco en este caso, las pruebas, con tan pobres argumentos denegadas, guardan indiscutible relevancia, para considerar producida la lesión del derecho fundamental del art. 24.2 CE. Primero, porque pretenden cuestionar el informe forense de segunda instancia, que discrepa de las conclusiones y valoración de la sentencia del Juzgado, que había sometido al demandado al régimen de curatela y nombró como curador a la persona indicada por la representación jurídica del demandado. Segundo, porque las pruebas solicitadas provienen de especialistas cualificados sobre el objeto de la pericia, el Sr. Evelio es doctor en Medicina y Cirugía, especialista en Neurología; profesor de dicha disciplina en la Universidad Autónoma de Madrid; Jefe de Servicio de Neurología y de la Unidad de ictus del Hospital Universitario de la Princesa de dicha ciudad; miembro del Grupo de Estudio de Enfermedades Cerebrovasculares de la Sociedad Española de Neurología; miembro fundador del Foro de ictus de la Asociación Madrileña de Neurología; *American Heart Association Professional Member* y *European Stroke Organization Associate Member*.

Por su parte, la Sra. Filomena es licenciada en Psicología, diplomada en Estudios Avanzados de Neurociencia por la Universidad Complutense de Madrid; master en Neuropsicología Clínica y Neurología Conductual; así como profesora del Departamento de Psicología Experimental, Procesos Cognitivos y Logopedia de la Universidad Complutense de Madrid. Estos peritos, en un completo dictamen, con examen de los antecedentes clínicos del demandado, pruebas diagnósticas llevadas a efecto, informes de neuropsicología y logopedia, valoración de la autonomía del demandado en las distintas áreas de autodeterminación, evolución longitudinal de la enfermedad, resultados de la batería de los test a los que fue sometido, mantienen un criterio

- El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida, como resulta redundante, si bien, las normas reiteran lo que se incumple hasta la saciedad.
- No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.
- Retomemos de nuevo el contenido del *Capítulo III De la guarda de hecho de las personas con discapacidad*.
- Artículo 263. Quien viniere ejerciendo *adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente*.
- Artículo 264. Cuando, excepcionalmente, se requiera la *actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad*. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad

diametralmente contrario al escueto informe del médico forense, en el que se puede leer además que el demandado padece un deterioro cognitivo leve, con orientación espacio temporal, discrepancias que merecen ser debatidas en juicio, ante la eventualidad fundada de que, tras su práctica, cupiera adoptarse una decisión distinta, máxime teniendo en cuenta los criterios manejados por este tribunal sobre valoración de pericias discrepantes, evidenciados en las sentencias 320/2016, de 17 de mayo; 615/2016, de 10 de octubre; 471/2018, de 19 de julio o 141/2021, de 15 de marzo. Tercero, que la denegación de su práctica por la Audiencia impidió valorar un informe contradictorio, máxime cuando la sentencia anula totalmente la capacidad jurídica del demandado, a través de una tutela, actualmente curatela representativa, que es excepcional, como resulta del juego de los arts. 249 III y 269 III del CC, según redacción dada por ley 8/2021, de 2 de junio, aplicable a la decisión del proceso por el juego de su Disposición transitoria sexta. No resulta, por consiguiente, justificada la negativa a que el dictamen forense se sometiera a contradicción, así como la inadmisión de la prueba propuesta por el demandado, en un procedimiento judicial en el que se le priva totalmente de su autonomía personal y patrimonial sin discriminación alguna.

con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.— En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho *deberá recabar autorización judicial* conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287³⁰.— No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.— La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

- Artículo 265. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias.— Asimismo, podrá

30. Artículo 287. El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: 1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales. 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular. 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. 6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos. 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.

- Artículo 266. El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.
- Artículo 267 La guarda de hecho se extingue: 1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo. 2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron. 3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 4.º Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

En suma, ha lugar a la intervención de la Ley de Jurisdicción voluntaria, en ciertos casos y en un procedimiento específico, diferenciado de la autorización judicial para los supuestos previstos, dada su transcendencia en el elenco del artículo 287³¹.

31. *Sección 3.ª De la guarda de hecho* Artículo 52. Requerimiento y medidas de control. 1. A instancia del Ministerio Fiscal, de la persona que precise medidas de apoyo o de cualquiera que tenga un interés legítimo, la autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor o de la persona con discapacidad y de su actuación en relación con los mismos. 2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela en el caso de los menores, si procediera. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal. 3. En los casos en que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, el guardador de hecho de una persona con discapacidad deba solicitar autorización judicial, antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite. A este precepto, hemos de añadir la Disposición común a los sistemas de apoyo previstos en la ley, por cuanto declara Artículo 43. Competencia y postulación. 1. Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. 2. El órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas o revisiones posteriores, siempre que el menor o persona con discapacidad resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud. 3. En estos expedientes no será preceptiva la intervención de abogado y procurador, salvo en los relativos a la remoción del tutor

6. REGISTRO CIVIL: LA PERVIVENCIA DE LA MERA ANOTACIÓN

De nuevo conviene reseñar, que por cuanto atañe a la publicidad registral, lo cierto es que no es sino una mera anotación, que carece de valor probatorio, con la reiterada indicación hecha, de que podrán ser extendidas a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.

Artículo 40. Anotaciones registrales. 1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción. 2. Las anotaciones registrales se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado. 3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos: 1.º El procedimiento judicial, administrativo o registral en trámite que pueda afectar al contenido del Registro Civil. 2.º El hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar, en alguno de sus extremos, legalmente acreditado. 3.º Las declaraciones con valor de presunción. 4.º El hecho o acto relativo a españoles o acaecido en España que afecte a su estado civil, según la ley extranjera. 5.º La sentencia o resolución extranjera que afecte al estado civil, en tanto no se obtenga el *exequátur* o el reconocimiento incidental en España. 6.º La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente. 7.º La desaparición. 8.º Las actuaciones tutelares y de otras figuras tuitivas previstas en la Ley, en los casos que reglamentariamente se determinen. 9.º El acogimiento, la guarda administrativa y *la guarda de hecho*.

Distinta de la actuación realizada por los representantes voluntarios, será la que proceda evacuar por el representante legal, siendo en estos casos la sentencia judicial, en su caso, la certificación del Registro civil la que acredite su condición³² o, en los supuestos de menores no emancipados para los progenitores bastará con el Libro de Familia. Por otra parte y ante la evidencia de las situaciones de personas cuyas circunstancias les

o curador y a la extinción de poderes preventivos, en los que será necesaria la intervención de abogado.

32. Como decimos y después de su larga tramitación, el Proyecto de Ley 121/000005, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, que sustituyó y mejoró el Proyecto que con el mismo título se presentó en la 8ª Legislatura y finalmente caducó sin su aprobación, fue aprobado y publicado. Así esta Ley 1/2009, de 25 de marzo, reformaba el artículo 38 de la Ley del Registro civil, en cuya virtud, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará «con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: 6º La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto de un menor o presunto incapaz».

impiden elaborar o emitir declaración de voluntad en sentido alguno, será admitida generalmente la solicitud firmada por el guardador de hecho en los términos ya descritos³³.

7. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE 2006: UN PRESUPUESTO O INDICADOR DE LA CAPACIDAD Y DE LA DISCAPACIDAD GENÉRICA

Por fin, y para concluir este primer bloque, hemos de traer a colación que, si estamos ante la institución de la guarda, es precisamente para el recto ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

De ahí que debemos reiterar, que en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad Aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, su controvertido artículo decimosegundo declara: Artículo 12 Igual reconocimiento como persona ante la ley 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de *su personalidad jurídica*. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (Nociones de capacidad jurídica y de obrar...).

Sin duda, rechazado, denostado, incomprendido, olvidado, obviado o sencillamente sin que la clásica doctrina repare en el trascendente cambio que implica, baste remitirme a la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, en tanto en cuanto implica la *mens legislatoris*. Así invita a interpretar dicha capacidad jurídica como aquella que abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos.

De modo que la explicación del artículo 12, es la siguiente: Párrafo 1 del Artículo 12. Las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica. Capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones ante la ley y que eres responsable de tus actos. Párrafo 2 del Artículo 12. La capacidad jurídica y la capacidad mental son dos conceptos distintos.

33. En la materia sigo, debe consultarse doctrina contemporánea, fijada en materia de jurisdicción voluntaria por el Maestro de Maestros, el Profesor Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN. Sobre la guarda de hecho, *vid.*, los antiguos artículos 303 y siguientes del Código civil; también NUÑEZ MUÑIZ, «La guarda de hecho», *RDP*, 1999 y ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986; también *vid.*, SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad: la responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, 2003. YÁÑEZ VIVERO, «Las obligaciones de las personas con discapacidad psíquica a la luz de la Convención de Naciones Unidas de 2006: especial consideración de la responsabilidad por daños», *Comunitania: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 3, 2012, pp. 9-27.

Capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda. Significa que tomas tus decisiones y eres responsable de las consecuencias. La capacidad jurídica es necesaria para participar en la sociedad. La capacidad mental es la habilidad para tomar decisiones. Capacidad mental es un concepto confuso. Los profesionales y los países lo entienden de manera distinta. No es un concepto objetivo y Científico.

En ciertas circunstancias será complejo fijar dónde ha de requerirse para amparar al sujeto vulnerable del sistema de apoyos que realmente precise; con todo, el ejercicio del conjunto de derechos y facultades de la persona, depende, a su vez, de la propia capacidad del sujeto titular, por lo que, en su caso, deberán ser reclamados o instada su reposición por quien haya sido elegido para su apoyo, sea éste curador o guardador de hecho. Entre el genérico grupo de los adultos, existe un factor común referido, en principio, a la titularidad de plena capacidad que tradicionalmente se presume y pervive en tanto no sea limitada, total o parcialmente.

Si a la pérdida de autonomía personal para realizar las actividades de la vida diaria, se ve también comprometida su capacidad natural y discernimiento, habrá de ser reforzado el sistema que garantice los intereses de la persona, reservándose los resortes judiciales para la plena tutela de los derechos de la persona y de sus intereses patrimoniales. En estos supuestos, el protagonismo recae en el nuevo sistema de apoyos, para proteger y, en su caso, instar las actuaciones que correspondan para la materialización de sus derechos como ciudadano.

II. UNA SITUACIÓN SINGULAR: EL GUARDADOR DE HECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL SAAD

1. DERECHO SUBJETIVO DE CIUDADANÍA Y EXIGENCIA DEL RECONOCIMIENTO MEDIANTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: FUNDAMENTO TÉCNICO DE LA PLURALIDAD PROCEDIMENTAL Y DE LA DIVERSIDAD DE MODELOS DE SOLICITUD

La declarada finalidad de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia³⁴, es la regulación de «las condiciones básicas que garanticen

34. El legislador, consciente de las dificultades para deslindar en ciertos supuestos a qué ámbito ha de pertenecer un hecho, prefiere aislarlos. En este sentido, la Ley 41/2003, de

la igualdad en el *ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (...)*»³⁵.

En buena lógica, resulta necesario, a su vez, tener en cuenta que este derecho subjetivo de ciudadanía, del que se hace expresa mención en el primer párrafo de la *Disposición adicional cuarta*, reclama de un procedimiento previo donde se ventilará tanto el reconocimiento de la situación de dependencia como del derecho a las prestaciones del Sistema³⁶. En particular, éste se somete a las prescripciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que cada una de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus legítimas competencias y al intervenir, también sus poderes públicos, han dictado sus normas específicas dirigidas a la adaptación y desarrollo reglamentarios.

En definitiva, los artículos 27³⁷ y el 28³⁸ de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las

18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la norma tributaria con esta finalidad, en la Exposición de Motivos, afirmaba «en cuanto a la administración del patrimonio, y el término administración se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición, se parte de la regla general de que todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su procedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio, el cual tiene plenas facultades para establecer las reglas de administración que considere oportunas, favoreciéndose de esta forma que la administración pueda corresponder a entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención a las personas con discapacidad...».

35. Artículo 1 de la Ley.

36. La Ley se hizo eco de las apreciaciones del Consejo de Estado, por cuanto advertía que «es necesario distinguir entre ‘reconocimiento de situación de dependencia’ y ‘reconocimiento del derechos’; mientras que tiene sentido que el primero tenga efectos en todo el territorio nacional (a tal fin se orienta el establecimiento de un instrumento de valoración común mediante un baremo aprobado por el Gobierno: artículo 25), no parece que pueda predicarse lo mismo en relación con el reconocimiento del derecho que pueda derivar de tal situación de dependencia, en relación con el cual el Anteproyecto admite diferencias entre Comunidades Autónomas. En consecuencia, el artículo 27.2 debería referirse, no al reconocimiento del derecho, sino al reconocimiento de la situación de dependencia» (Dictamen 336/2006, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, de 23 de marzo de 2006).

37. Este artículo 27 sobre la *Valoración de la situación de dependencia*, cierra el capítulo III sobre *La dependencia y su valoración*, y concreta que: «1. Las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las comunidades autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público».

38. El capítulo IV se ocupa del Reconocimiento del derecho, y en particular, el artículo 28, concreta el Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia

personas en situación de dependencia, exigen, respectivamente, la determinación de los órganos competentes para la valoración de la dependencia y la aprobación de la normativa reguladora del procedimiento. De modo que este desarrollo y diseño de los modelos específicos ha desembocado en la exigencia de dicha «Declaración» en buena parte de las Comunidades Autónomas³⁹.

y del derecho a las prestaciones del Sistema en los siguientes términos: «1. El procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley. 2. El reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autónoma correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado. 3. La resolución a la que se refiere el apartado anterior determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado de dependencia. 4. En el supuesto de cambio de residencia, la Comunidad Autónoma de destino determinará, en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan a la persona en situación de dependencia. 5. Los criterios básicos de procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y las características comunes del órgano y profesionales que procedan al reconocimiento serán acordados por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. 6. Los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas previstas en la presente Ley, se efectuarán directamente por las Administraciones Públicas no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas». Apréciase por lo que a este artículo 28 se refiere y la legitimación activa concreta, que ni se exige capacidad específica, ni se determina que la representación haya de ser legal o voluntaria, como tampoco se atisba mención alguna sobre la legitimación para la iniciación de oficio por las Administraciones públicas. Además, aquella iniciación a instancia de parte se asocia a la de quien se encuentre en una posible situación de dependencia limitando, por tanto, el ámbito técnico de los «interesados» al material de los «afectados» y circunscribiendo, aparentemente en exclusiva, a quien pueda ser titular del derecho de ciudadanía el inicio del procedimiento que tenga como consecuencia el acceso al Sistema.

39. Las Administraciones Públicas, de conformidad a las prescripciones del artículo 66.4. Las Administraciones Públicas deberán establecer modelos y sistemas de presentación masiva que permitan a los interesados presentar simultáneamente varias solicitudes. Estos modelos, de uso voluntario, estarán a disposición de los interesados en las correspondientes sedes electrónicas y en las oficinas de asistencia en materia de registros de las Administraciones Públicas. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan. 5. Los sistemas normalizados de solicitud podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras Administraciones u ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el interesado verifique la información y, en su caso, la modifique y complete. 6. Cuando la Administración en un procedimiento concreto establezca expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, éstos serán de uso obligatorio por los interesados. (*vid.*, también el Real Decreto

2. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: NOTAS SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y LAS FUNCIONES GENERALES DEL ÓRGANO TUTELAR DE LA GUARDA DE HECHO

En todo caso y como no podía ser de otra manera, la solicitud puede ser presentada por el interesado y, en buena lógica, por su representante cuando el acuerdo por el que se confiere la actuación a un tercero esté basado en la convención o, en definitiva, sea voluntario. Por tanto, cabe aquí remitirse a las prescripciones relativas al contrato de mandato y a la posibilidad de emitir poderes preventivos establecida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa tributaria con esta finalidad⁴⁰.

Distinta de la actuación realizada por los representantes voluntarios, será la que proceda evacuar por el representante legal, siendo en estos casos la sentencia judicial, en su caso, la certificación del Registro civil la que acredite su condición⁴¹ o, en los supuestos de menores no emancipa-

1.465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen los criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración del Estado).

40. *Vid.*, en este sentido la redacción dada por la mencionada Ley 8/2021, al contrato de mandato y, en particular a su revocación prevista en el artículo 1.732 del Código civil que declara «Artículo 1732. El mandato se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia del mandatario. 3.º Por muerte o por concurso del mandante o del mandatario. 4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. 5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos» (*vid.*, sobre la materia, LEONSEGUI GUILLOT, «La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores», *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, pp. 147 y sigs., y «Cuestiones prácticas que plantea la autotutela tras su regulación en el Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI, cit.*, pp. 209 y sigs. Sobre la publicidad de los poderes preventivos y de la designación preventiva de tutor, *vid.*, MORETÓN SANZ, «El sistema registral de la tutela preventiva», *RDUNED*, 2, 2007, pp. 455 y sigs.).
41. Por fin y después de su larga tramitación, el Proyecto de Ley 121/000005, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, que sustituyó y mejoró el Proyecto que con el mismo título se presentó en la 8ª Legislatura y finalmente caducó sin su aprobación, ha sido aprobado y publicado. Así esta Ley 1/2009, de 25 de marzo, reforma el artículo 38 de la Ley del Registro civil, en cuya virtud, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará «con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: 6º La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto de un menor o presunto incapaz».

dos para los progenitores bastará con el Libro de Familia. Por otra parte y ante la evidencia de las situaciones de personas cuyas circunstancias les impiden elaborar o emitir declaración de voluntad en sentido alguno, será admitida generalmente la solicitud firmada por el guardador de hecho en los términos descritos a continuación⁴².

En entre otros aspectos, se ha renovado la importancia del Ministerio fiscal, en tanto en cuanto resulta relativamente criticable la omisión de la expresa iniciación de oficio, sea ésta interesada por el Ministerio Fiscal como por las autoridades a quienes compete la protección de las personas en situación de desamparo, salvo que se quiera entender que al no excluirse dicha posibilidad y tratarse de una de las obligaciones que pesa sobre la Fiscalía que «tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social»⁴³, habrá de instar cuantas medidas

42. En la materia, LLAMAS POMBO, *Manual de Derecho civil. Vol. I. Parte general de Derecho civil. Derecho de la persona*, (dir.), La Ley, Madrid, 2021, también NUÑEZ MUÑIZ, «La guarda de hecho», *RDP*, 1999 y ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986; también *vid.*, SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad: la responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, 2003. YAÑEZ VIVERO, *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz: un análisis en el marco del derecho europeo de daños Aranzadi*, 2009.
43. Artículo 124 de la Constitución, *vid.*, además el artículo tercero del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, especialmente el 3.7 que si hasta Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, advertía que corresponde al Ministerio Fiscal «asumir o, en su caso, promover la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos»; desde el año 2003 declara en séptimo punto, «Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas *en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*». La fortuna de esta redacción hace que no entre en directa confrontación con la vigente normativa, en suma y siendo el Año de las Personas con discapacidad, la Exposición de Motivos, aclaraba «Se consagra en esta reforma la actuación del Ministerio Fiscal en los procesos civiles cuando esté comprometido el interés social o afecten a menores, incapaces o desvalidos, así como su función de velar por la protección procesal de las víctimas, intervenir en los procesos relativos a la responsabilidad penal de los menores orientando su actuación a la satisfacción del interés superior del menor y en las cuestiones de inconstitucionalidad y procesos laborales». Por otra parte, téngase en cuenta también el contenido de la Instrucción 4/2008, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces. En suma, la actividad de la Fiscalía ha de ser de vigilancia, en el entendido que la finalidad y objeto en este punto, ha de ser la de lograr la provisión de los sistemas

redundan en beneficio de la persona en situación de riesgo social, incluida la solicitud de reconocimiento de dependencia.

Desde este entendimiento, cabe admitir la iniciación del procedimiento por parte del Ministerio Fiscal dadas las obligaciones que pesan sobre este órgano especializado en lo que a las personas desamparadas se refiere⁴⁴ y en defecto de representante legal u órgano tutelar competente.

III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE EL MECANISMO PROTECTOR DEL GUARDADOR DE HECHO

Se trata de un cargo legal, que no voluntario, subsidiario e informal que, en principio, solo habrá de intervenir en los supuestos de hecho, que por las circunstancias que sean, hayan devenido ineficaces los sistemas voluntarios, avoluntarios o de origen legal o judicial, o incluso, cuando sean desenvueltos de forma satisfactoria como medida de apoyo informal y técnicamente provisional. Con todo, esta figura deviene poliédrica, ya que nada impide que sea voluntaria, y así se prevea en las medidas

de apoyo que procedan. Vid., también <https://www.fiscal.es/-/instruccion-sobre-medidas-de-proteccion-para-determinar-la-capacidad-de-obrar-de-las-personas> Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas.

44. Debe traerse a colación el antiguo artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo, que se ocupa del concepto de interesado. A mayor abundamiento y como derecho de ciudadanía que es, téngase presente que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento administrativo, en su artículo 30 establecía que «tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados cuando la extensión de su incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate». Apréciase la modificación operada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que en su artículo 3. Capacidad de obrar. A los efectos previstos en esta Ley, tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas: a) *Las personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles.* b) Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate. c) Cuando la Ley así lo declare expresamente, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos». De modo que si la anterior norma de reenvío, la incuestionable ventaja o avance es que subsistiendo la técnica de reenvío lo hace al Código civil en los términos ya vistos.

preventivas, o en los acuerdos suscritos ante notario; a su vez, camaleónicamente, como sistema de apoyo, tiene también refrendo legal, si bien subsidiario en como digo provisional. Sin embargo, la propia ley permite que dicha provisionalidad pase a ser transformada en temporalmente permanente. Por otra parte, cabe también, y en defecto de otro sistema de amparo, que la persona con discapacidad, pase a una entidad pública, en la que la que acabamos de mencionar ostente dicha guarda legal y pública.

Quien ocupe el cargo de hecho, habrá de ventilar si su actividad se antoja que extralimita sus funciones, al alcanzar actuaciones representativas y, en suma, al contenido imputado a otros cargos cuya finalidad es la tutela de los derechos de la persona con discapacidad. La legitimación activa de dicha intervención judicial, está abierta a cualquier persona, ya que, a mi juicio, la atención a las personas con discapacidad, su voluntad, sus deseos y, en definitiva, su libre desarrollo de la personalidad, pasa a ser una obligación por parte de cualquier miembro de la sociedad que tenga conocimiento de dichos abusos. Por supuesto, dicha obligación compete a la autoridad pública, incluida a los Fedatarios públicos, que habrán de dar cuenta en el acto que suspenderán y darán traslado a la autoridad judicial.

En síntesis, habrá de impetrarse *ope legis* la intervención del poder judicial, para fijar si ha lugar o no a que o bien se inicie, prosiga, o se atribuya a otra provisión de apoyos, creadas por esta nueva Ley.

Por cuanto atañe a la publicidad registral, lo cierto es que no es sino una mera anotación, que carece de valor probatorio, con la reiterada indicación hecha, de que podrán ser extendidas a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.

De Preámbulo de la renovada Ley de 2021, lo cierto es que las concomitancias con la «antigua» guarda de hecho y la actual, presentan simetrías incuestionables, por cuanto se basan en el hecho material de su desempeño, y en las intervenciones siempre redundantes en el sujeto acogido en el seno del guardador de hecho.

Constatemos dicho paralelismo «La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de

modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias».

Dicho lo anterior, sin perjuicio de que la inequívoca conclusión del apoyo del guardador de hecho se constituye en la figura por excelencia en esta renovada Ley que no puede sino refrendar lo que era una práctica inveterada y siempre garantista en pro del beneficiario; en síntesis no mueve otro interés de quien desempeña esta figura, sino la ratificación de los derechos y del desarrollo pleno de la persona vulnerable, sin que haya de intervenir en cada acto, un poder notarial que sustente documentalmente su capacidad para desenvolver sus diferentes actuaciones.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «¿Crisis de la incapacitación?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *RDP*, 90, 2006, pp. 9 a 68.

CABEZAS MOYANO, FÁBREGA RUIZ, MORENO GARRIDO Y ORZÁEZ FERNÁNDEZ, *Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad de la Fundación Tutelar de La Rioja*, Jaén, 2007, 3ª ed.

CALAZA LÓPEZ, S., [HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/AUTOR?CODIGO=632558](https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=632558)

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1998

FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=171115>

LEONSEGUI GUILLOT, «La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores», *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, pp. 147-ss.

– «Cuestiones prácticas que plantea la autotutela tras su regulación en el Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, cit., pp. 209-ss.

LÓPEZ AZCONA, A., «Las medidas voluntarias de apoyo», en *Un nuevo orden para las personas con discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas*

legislativa, Cerdeira y García Mayo (dirs.) Wolters Kluwer-Aranzadi, 2022.

LLAMAS POMBO, *Manual de Derecho civil. Vol. I. Parte general de Derecho civil. Derecho de la persona*, (dir.), La Ley, Madrid, 2021.

MORETÓN SANZ, «El sistema registral de la tutela preventiva», *RDU-NED*, 2, 2007, pp. 455-ss.

NÚÑEZ MUÑIZ, «La guarda de hecho», *RDP*, 1999.

NÚÑEZ LAGOS, Una conferencia de GONZÁLEZ PALOMINO, «La adjudicación para pago de deudas», *RGLJ*, LXXXVIII, VI, 174, 1943.

OGAYAR AYLLÓN y LETE DEL RÍO, «De la guarda de hecho», *Comentarios al Código civil. Tomo IV. Artículos 181 a 332 del Código civil*, Madrid, 2004, 2ª ed.

PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, Messina, 1927.

RIVERA ÁLVAREZ, «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», *RMTAS*, 50, 2004, nt. 11, p. 94.

ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986.

SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad: la responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, 2003.

YÁÑEZ VIVERO, «Las obligaciones de las personas con discapacidad psíquica a la luz de la Convención de Naciones Unidas de 2006: especial consideración de la responsabilidad por daños», *Comunitania: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 3, 2012, pp. 9-27.

V. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

STC 53/1985, de 11 de abril, sobre el derecho a la vida y el aborto

STS, de 21 de diciembre de 2021

STS, de 10 de marzo de 1994.

SJPI nº 9 de Castellón de la Plana, de 23 de septiembre de 2021.

SAP, de Bilbao, de 25 de febrero de 2008.

AAP, de Bilbao, de 13 de febrero de 2008.

SAP, de Bilbao, de 19 de junio de 2007.

Capítulo III

La curatela como clave del sistema de apoyos

ARACELI DONADO VARA

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

SUMARIO: I. EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS DE LA LEY 8/2021 Y EL PUNTO DE INFLEXIÓN QUE SUPUSO EN LA MATERIA DE DISCAPACIDAD LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. II. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA: DESDE LA ASISTENCIAL EN LA GENERALIDAD DE LOS SUPUESTOS, HASTA LA REPRESENTATIVA, EN LOS EXCEPCIONALES. 1. *La curatela representativa: ¿qué actos debe autorizar el juez?* 2. *La autocuratela: la curatela establecida en previsión de una futura necesidad de apoyo.* 3. *Nombramiento del curador: ¿quién puede ser curador?* 4. *Causas de inhabilidad: ¿quién no puede ser curador?* 4.1. *¿El curador puede excusarse de su función?* 4.2. *¿Quién puede ser removido del cargo?* III. EL DESEMPEÑO DE LA CURATELA: LAS FUNCIONES DEL CURADOR. IV. EXTINCIÓN DE LA CURATELA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS DE LA LEY 8/2021 Y EL PUNTO DE INFLEXIÓN QUE SUPUSO EN LA MATERIA DE DISCAPACIDAD LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En materia de la protección de las personas con discapacidad el punto de inflexión viene marcado por la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada en Nueva York el 13 de

diciembre de 2006 y que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008. La Convención de Nueva York se ocupa de manera global de las situaciones de discapacidad física y sensorial junto a las de discapacidad intelectual, sin embargo, a efectos del Derecho civil¹ es especialmente relevante esta última, en la medida en que afecta a la toma de decisiones personales y patrimoniales sobre los asuntos propios.

A lo largo de estos años, trece para ser exactos, el legislador ha ido introduciendo modificaciones y cambios puntuales para ir adaptando distintas normas a los nuevos postulados de la Convención, en este sentido, se han promulgado las siguientes normas: Leyes 26/2011, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad; el Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; hay que añadir la Ley de Jurisdicción voluntaria 15/2015, modificada por la Ley 4/2017, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones; la Ley Orgánica 1/2017, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones; y la Ley Orgánica 2/2018, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1085, del Régimen electoral general para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Finalmente, la gran reforma se ha producido con la promulgación 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, que entró en vigor el pasado 3 de septiembre. Estamos de acuerdo con la Profesora CALAZA LÓPEZ sobre este largo periodo que va desde la ratificación de la Convención de Nueva York hasta la aprobación de la Ley 8/2021, «a pesar de la inexplicable dilación con la que se ha afrontado la reforma, también es cierto –y por tanto, así hemos de ponerlo en valor– que el cambio de modelo pudo haber sido meramente terminológico, con una adaptación ficticia y un impacto exclusivamente formal: lo que, en los últimos tiempos, se designa como un «maquillaje jurídico» porque tan solo pretende visibilizar la belleza de la norma, pero deja al descubierto –y sin luz– las otras zonas –no menos relevantes– de fealdad y de penumbra, que quedan al albur de la buena praxis de nuestros Juzgadores, sin la cobertura jurídica que hubiera sido deseable. Nada de esto ha acontecido: La LRAPD (Ley 8/2021) llega tarde, es cierto, pero llega cargada

1. Para una visión general de la regulación de la capacidad, discapacidad y apoyos, *Vid. de mi Maestro el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, C., Parte General y Derecho de la Persona, t. I, Principios de Derecho Civil, Marcial Pons, 2021, pp. 207 y ss.*

de reformas cruciales, vertebrales, nucleares y estructurales. Y constituye una apuesta valiente por dejar atrás un mundo de tinieblas, de oscuridad y de escasa atención a relevantes problemas que a todos nos afectarán –tarde o temprano y en mayor o menor medida– a lo largo de nuestra vida; especialmente, en el tránsito final»². En su Preámbulo se establece que supone un hito fundamental en el proceso de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en el respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este Tratado Internacional en su artículo 12³ dispone que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas oportunas para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. En este sentido en su artículo 1 se reconoce el propósito de la Convención: «es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente».

Además, se establece «Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias

2. CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿Era necesario confeccionar tantos “trajes a medida” procesales para único abrigo sustantivo?», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., y QUESADA SÁNCHEZ, A. J., (Dirs.), Ed. Atelier, Barcelona, 2022, p. 616.
3. Sostiene FERNÁNDEZ DE BUJÁN que «la nueva Ley 8/ 2021 supone un nuevo paradigma de la discapacidad, un cambio de mentalidad, en el marco de una mayor autonomía, respeto de la voluntad y protección de los derechos de las personas con discapacidad, de conformidad con el artículo 12 de la Convención que consagra la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad ante la ley, desde su inalienable dignidad, en condiciones de igualdad con las demás personas. El nuevo modelo social de discapacidad, basado en los derechos humanos, supone un cambio radical, en especial en el marco de la adopción de decisiones que implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, que se configuran, junto con la provisión de medidas de apoyo voluntarias, legales, fácticas y judiciales, y la supresión de la modificación judicial de la capacidad de las personas con discapacidad, como los ejes esenciales de la Ley 8/2021», (en «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», *Diario La Ley*, n.º 9961, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021, Wolters Kluwer).

de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

Las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deberán respetar los derechos, la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias concretas la persona. Deberán aplicarse en el plazo más corto posible y se sujetarán a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, imparcial e independiente. Serán proporcionales al grado en que afecten a los derechos e intereses de la persona afectada. Existe por tanto un cambio importante de sistema del de sustitución actual en la toma de decisiones en el que se considera que la persona cuanto más limitación o protección se la dispense, más protegida estará, a otro nuevo de asistencia basado en el respeto a la voluntad, preferencias y derechos de la persona con discapacidad, protagonista en la toma de decisiones que le atañen, como regla general, ya que existen situaciones y casos concretos en los cuales a pesar del posible apoyo que se pudiera prestar a la persona afectada, esta debido a su discapacidad no estará en condiciones de tomar una decisión, por lo que existirá algún apoyo que cuente con funciones de representación para proteger los intereses de esa persona, y en definitiva para que esté amparada y no sea vulnerable. Pero este apoyo con funciones de representación será la excepción, cuando no sea posible un apoyo meramente asistencial. El juez establecerá los actos para los cuales es precisa esta representación.

Se requiere por tanto la confección de un traje a medida, en palabras del Tribunal Supremo, ya no hay un traje único, ni únicas tonalidades de blancos y negros, sino que habrá distintos matices de grises. El traje único y para todos, en el que consistía la incapacitación judicial hasta la actualidad, ha quedado obsoleto, después de la Convención de Nueva York y de la actual Ley 8/2021, habrá que valorar el caso concreto para determinar qué apoyos o medidas concretas se requieren en cada supuesto. Este nuevo sistema deberá respetar los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que se determinen, siendo necesaria su revisión frecuente y permanentemente. De las diferentes medidas de apoyo, en el nuevo sistema hay dos clases o tipos: las voluntarias y las judiciales o legales. El legislador otorga preferencia a las voluntarias, esto es, las que la persona con discapacidad pudiera disponer preventivamente en

previsión de una posible y futura discapacidad, sobre las de origen judicial. Esas medidas voluntarias pueden ser la «autocuratela», la escritura pública de autoayuda, los poderes preventivos, las instrucciones previas a la toma de decisiones sobre el cuidado de la salud.

Con la nueva reforma desaparece la incapacitación judicial, a partir de ahora no se va a incapacitar a quien no se considera suficientemente incapaz o al discapaz, ni se va a modificar una capacidad que es inherente a toda persona humana, por lo que no podrá modificarse. El centro de la reforma es la idea del apoyo a la persona que lo necesite. Apoyo que según la Observación General de las Naciones Unidas de 2014 es un término amplio que ampara todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas, hasta todo tipo de consejo, e incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Solo cuando el apoyo no pueda prestarse de ninguna manera, se podrá concretar en la representación en la toma de decisiones. Cualquier persona podrá beneficiarse, con independencia de contar con el reconocimiento administrativo de su discapacidad. No se trata solo de un cambio terminológico, sino de un cambio de mentalidad y de sistema ya que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones. En palabras de la Profesora GARCÍA RUBIO, gran referente de la reforma legislativa, «el giro auténticamente copernicano que representa el nuevo modelo extraído de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) en lo que se refiere a la capacidad de las personas, implica que la reforma abordada en la Comisión General de Codificación (CGC) no puede quedar limitada a aquella parte del Código civil que tradicionalmente contiene las normas relativas a las personas con limitaciones en ejercicio de su capacidad. Muy al contrario, bien puede decirse que ese nuevo modelo constituye un auténtico *tsunami* que afecta a todo el ordenamiento jurídico, de suerte que prácticamente ninguna norma que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación»⁴.

En la nueva regulación, la tutela se reserva solo para los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad y menores no emancipados en situación de desamparo. Eliminándose del ámbito de la discapacidad, también la patria potestad prorrogada y rehabilitada. A esta persona se le

4. GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, p. 174 discapacidad (CDPD).

prestarán los apoyos oportunos al alcanzar la mayoría de edad, como a cualquier otro adulto que los precisara. No compartimos, siguiendo a la Profesora VIVAS TESÓN, la justificación de la supresión en el ámbito de la discapacidad de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, contenida en el Preámbulo⁵, ya que además de no ser cierto contradice lo expresado anteriormente justificando la reforma de la guarda de hecho: «la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables». Además, y como bien remarca la mencionada Profesora, en muchos casos son los padres los que desempeñarán la guarda de hecho de su hijo mayor de edad que precisa el apoyo, tras extinguirse la patria potestad⁶.

La curatela pasa a ser la figura protagonista del sistema, cuidado, asistencia, y apoyo. Para valorar el protagonismo que la reforma de 2021 concede a la curatela podemos observar el incremento notable de preceptos que configuran la institución; así lo podemos ver en cifras, de los 9 artículos que había anteriormente, tras su introducción en el Código Civil con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se ha pasado a los 26 preceptos que actualmente la regulan. Anteriormente, la institución de la tutela se regulaba en 66, mientras que tras la reforma actual han pasado a 35 preceptos y únicamente relativos a la protección de los menores⁷. Se regulan dos tipos de curatela: por un lado, la asistencial, y por otro, y de manera excepcional para aquellas personas con discapacidad que no puedan decidir por sí mismas, está la curatela representativa. Todas las personas deben ser tratadas con cuidado, especialmente, las personas con discapacidad tanto por el resto de personas como por los poderes públicos, cuidado con la

5. «Se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera».
6. VIVAS TESÓN, I., «Curatela y asistencia», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, MUNAR BERNAT, P., (Dir.), Marcial Pons, 2021, p. 278.
7. La tutela se regula en los artículos 199 a 234 CC.

atención que requiera su situación concreta. Si la necesidad de apoyo es ocasional, se podrá nombrar un defensor judicial, para las cuestiones y momentos puntuales. Se promueve también la guarda de hecho⁸, ya que en muchos casos las personas con discapacidad están bien atendidas por un guardador de hecho (familiar, vecino, amigo...) figura que no precisa una investidura judicial formal, aunque para algunos actos y contratos podrá requerir la acreditación frente a terceros de su cualidad de representante, como serían los de cierta trascendencia patrimonial o personal, en los que el juez podrá autorizar *ad hoc* el acto, sin necesidad de iniciar ningún procedimiento de nombramiento de figura. En la guarda de hecho también se podrá nombrar un guardador de hecho con funciones representativas, cuya actuación estará controlada y supervisada por la autoridad judicial.

Se recoge un nuevo procedimiento de provisión de apoyos, no contencioso, que se llamará expediente judicial de prestación de apoyos. Todas las medidas judiciales adoptadas se revisarán periódicamente en un plazo máximo de tres años, o, excepcionalmente, de hasta seis años. Pudiéndose modificar y revisar ante cualquier cambio en la situación de la persona afectada que lo haga conveniente (art. 268 CC). La discapacidad al no ser permanente, sino que puede cambiar, puede mejorar o empeorar, o la persona afectada puede requerir de otros apoyos a lo largo de su vida, conlleva que las medidas de apoyo judicialmente establecidas sean revisables como mucho a los tres –o excepcionalmente seis– años de haberlas establecido. Esta novedad nos parece oportuna y positiva, ya que los apoyos establecidos serán supervisados con una periodicidad que nos parece razonable⁹.

Se pasa por tanto de un sistema anterior de «sustitución» a un sistema actual de «asistencia». El cambio no es solo terminológico, sino de cambio de mentalidad, de modificación del sistema actual, ya que desaparece el procedimiento de incapacitación o modificación de la capacidad, para pasar a un expediente de jurisdicción voluntaria de provisión o modificación de apoyos, y para el caso de oposición, se acudiría al procedimiento contencioso.

8. La guarda de hecho viene configurada en los artículos 237 y 238 CC para la guarda de hecho del menor, y en los artículos 263 a 267 para las personas con discapacidad.

9. Otra opción puede ser la acertada observación de VIVAS TESÓN de que el plazo máximo de tres años no sea el más adecuado, «pues no es lo mismo una curatela establecida para el ejercicio de los derechos de un joven con discapacidad que la de una persona de edad avanzada con demencia severa. Tal vez sea preferible fijar un plazo máximo de cinco años para la revisión de la medida de apoyo y que la autoridad judicial, en atención al caso concreto, fije una periodicidad inferior. Así se contempla para el acompañamiento del mayor en Portugal» (en «Curatela y asistencia», *op. cit.*, p. 289).

Por tanto, las nuevas medidas de apoyo que precisen las personas mayores de edad o menores emancipados para el ejercicio de su capacidad jurídica son además de las de naturaleza voluntaria, que como hemos dicho son preferentes y preferidas, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 249 y 250 CC). Las personas que presten apoyo deberán atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de los apoyos, procurando que la persona afectada pueda llevar a cabo su propio proceso de toma de decisiones y fomentando que en el futuro pueda requerir menos apoyos. Ahora bien, cuando no sea posible debido a las circunstancias concretas determinar los deseos, voluntad y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones de representación, y no de simple cuidado y asistencia.

II. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA: DESDE LA ASISTENCIAL EN LA GENERALIDAD DE LOS SUPUESTOS, HASTA LA REPRESENTATIVA, EN LOS EXCEPCIONALES

La curatela está planteada como una medida formal de apoyo regulada en los artículos 268 a 294 del CC. Está ubicada en el Título XI «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», Capítulo IV «De la curatela», a continuación de las medidas de carácter preventivo y de la guarda de hecho, siendo, por tanto, una figura supletoria de las mencionadas. Se trata de una medida para los que precisen un apoyo continuado. La extensión estará determinada en la concreta resolución judicial que la determine en función de las necesidades de apoyo de la persona afectada. Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente, como lo es la curatela, deberán revisarse periódicamente en un plazo máximo de tres años, aunque de manera excepcional y motivada en el procedimiento de provisión o modificación de apoyos, la autoridad judicial podrá establecer un plazo que no podrá ser superior a los seis años. Salvo que cualquier cambio en la situación de la persona requiera una modificación de las medidas (art. 268 CC).

La curatela es una medida subsidiaria respecto a las medidas voluntarias establecidas por la persona, pero además como una medida supletoria para el caso de que no exista ninguna otra medida de apoyo o, si esta es insuficiente (art. 269 CC). Por lo que es la última medida de carácter permanente, de entre las judiciales a las que pueda acudir. La autoridad judicial a la vista de las necesidades de apoyo para el ejercicio de la capacidad de la persona adulta deberá establecer qué actos requieren la intervención del curador, sin que sea posible incluir en la sentencia la mera prohibición de derechos.

Tal y como hemos mencionado, se regulan dos tipos de curatela: la asistencial, de cuidados y, la excepcional, de carácter representativo. En principio, las curatelas serán asistenciales, y de manera general, el juez deberá inclinarse por establecer una curatela asistencial. Ahora bien, excepcionalmente, y cuando no sea posible debido a las circunstancias concretas de la persona, el juez deberá determinar para qué actos el curador debe asumir la representación de la persona afectada.

1. LA CURATELA REPRESENTATIVA: ¿QUÉ ACTOS DEBE AUTORIZAR EL JUEZ?

La curatela representativa constituye una novedad importante en nuestra regulación. La curatela se trataba hasta la fecha de una figura con funciones asistenciales, pero no representativas. La representación era una función reservada a la patria potestad y a la tutela. Sin embargo, como hemos visto, actualmente, la tutela se reserva únicamente para los menores no emancipados, por lo que no se podrá nombrar tutor a una persona mayor con discapacidad, pero además, se suprimen la patria potestad prorrogada y rehabilitada, por lo que excepcionalmente para aquellos casos graves o severos en los que la persona no pueda ejercitar su capacidad jurídica por ser muy limitada o casi inexistente, podrá establecerse una curatela con funciones representativas, pero de manera excepcional. Este apoyo «más intenso», como lo califica VIVAS TESÓN está previsto en la Convención de Nueva York en el Preámbulo letra j¹⁰. Los actos concretos para los que sea necesaria la representación deberán concretarse de manera precisa y detallada en la resolución judicial, para que no haya duda, y siempre deberán llevarse a cabo por el curador teniendo en cuenta, si fuera posible, la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada, y si no fuera posible, decidirá en función de lo que la persona apoyada hubiera hecho.

Para el supuesto de curatela representativa será imprescindible que este curador cuente con la previa autorización judicial, tras oír al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo, para los actos que determine la resolución, y en todo caso para los mencionados en el artículo 287 CC dada su importante trascendencia jurídica. En concreto:

1.º Para realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda realizarlos por sí mismo,

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o

10. En VIVAS TESÓN, I., en «Curatela y asistencia», *op. cit.*, p. 287.

familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, dar inmuebles en arrendamiento por un plazo superior a los seis años, celebrar actos o contratos de carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo (salvo si tuvieran escasa relevancia económica y carecieran de especial significado personal o familiar).

4.º Renunciar derechos, transigir o someter a arbitraje cuestiones de la persona afectada (salvo los de escasa relevancia económica). No se precisará de autorización para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta el apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo (salvo los asuntos urgentes o de escasa cuantía). No es necesaria la autorización judicial si la persona con discapacidad insta la revisión de la resolución judicial en la que previamente se le determinaron los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, si requieren de inversiones o cuantías extraordinarias.

Además, la autoridad judicial, si lo considera adecuado para garantizar la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos (art. 288 CC).

Ahora bien, no se requiere de autorización judicial para la partición de herencia o la división de la cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez realizadas requieren aprobación judicial (art. 289 CC).

El pleno del Tribunal Supremo cinco días después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, emitió su primera sentencia aplicando ya los nuevos postulados de la reforma de la discapacidad. Es la sentencia de 8 de septiembre de 2021, núm. 589/2021. Se trata de un proceso relativo a la capacidad de la persona que estaba en tramitación cuando entró en vigor la norma. Todavía es pronto para saber cómo será la aplicación de la Ley, ya que estamos en el comienzo de su andadura, está claro que es necesaria una dotación económica, más medios personales y materiales para su ejecución y puesta en marcha, mayor publicidad, información y

asesoramiento, por todos los profesionales que trabajan y están en contacto con las posibles personas en situación de discapacidad, Notarios, LAJ, Ministerio Fiscal, Jueces para que la nueva reforma sea conocida...

Pero resulta interesante ver cómo aborda el tema nuestro Tribunal Supremo ya que marcará la línea jurisprudencial que consideramos que tomará éste. Seguramente es pronto para valorar tanto la implicación de la ley, como su aplicación judicial, encontrando tanto opiniones a favor como no tanto de la decisión del Supremo.

En el caso de autos se trataba de Dámaso, un señor de 66 años que vivía solo, no se le conocían parientes cercanos. Desde su casa se desprendían fuertes olores, ya que amontonaba basura, y restos de comida que cogía de los contenedores de basura, además, descuidaba tanto su limpieza como la de su hogar, así como su salud, ya que no acudía al médico desde hacía años, lo que le había deteriorado progresivamente su situación personal, y necesitaba atención social y sanitaria. Ante esta situación, sus vecinos se ponen en contacto con la fiscalía ya que Dámaso no era consciente de su situación y de los problemas de salubridad, y también médicos que podía conllevar este estado. El Ministerio Fiscal presenta una demanda de determinación de la capacidad y de constitución de apoyos y salvaguardas para garantizar a Dámaso el ejercicio de sus derechos, precisando los actos para los que necesitaría el apoyo, respetando su máxima autonomía. Dámaso se oponía a cualquier apoyo, ya que no consideraba que sufría ninguna enfermedad o deficiencia persistente que justificara el apoyo. Finalmente, el Juzgado de Primera Instancia después de practicar todas las pruebas, sobre todo tras la exploración judicial y el examen del médico forense, concluyó que padecía un síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad (según el informe médico). Tal patología le condicionaba en el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como la higiene del inmueble donde residía, afectando a la salubridad general y de sus vecinos. El forense propuso abordar tal situación mediante un tratamiento médico correspondiente que detectara otras posibles patologías o trastornos. En la exploración judicial el demandado se mostró preciso y coherente. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, n.º 9 de Oviedo, de 18 de marzo de 2019, estimó parcialmente la demanda al modificar la capacidad de Dámaso y acordó las siguientes medidas de apoyo: asistencia en el orden y la limpieza de su domicilio, y se autorizaba a la CCAA Principado de Asturias como tutora del demandado a la entrada en su domicilio con la periodicidad que estimara la tutora para limpiar y ordenarlo, tutelando la entidad pública a Dámaso solo en este preciso aspecto.

La representación de Dámaso recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, y la Sección 5.^a en sentencia de 19 de junio de 2019

desestimó el recurso interpuesto por Dámaso, estableciendo que dicho trastorno de personalidad le incapacitaba para gobernarse por sí mismo en el aspecto general y doméstico, alimentación, vestido, cuidado de la casa y bienestar personal dentro de su casa, y ello con relevante y grave repercusión y perjuicio para terceros, agravado por su no reconocimiento de tal patología.

Dámaso recurrió en casación al considerar que la sentencia recurrida se apoyaba en un posible trastorno, lo cual, en su opinión, era insuficiente para modificar la capacidad de obrar.

Cuando estaba señalada la votación y el fallo del recurso, para el 27 de mayo de 2021, estaba prácticamente concluida la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, y atendiendo a sus disposiciones transitorias en particular la 6.^a (procesos en tramitación) y la 5.^a (sobre revisión de medidas acordadas), el Tribunal Supremo resolvió dar vista a las partes para que pudieran informar sobre la incidencia de la reforma legal en este caso concreto, y realizar un nuevo señalamiento para la votación y el fallo. Ya que como recoge el Alto Tribunal, aunque se hubiera dictado la sentencia justo antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, no tendría sentido resolver con la normativa anterior sabiendo que lo resuelto debería ser revisado y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos en poco tiempo (DT 5.^a). Por tanto, resuelven el recurso con arreglo al nuevo régimen de provisión judicial de apoyos.

Así, el Tribunal Supremo dispuso que el fallo de la sentencia de Primera Instancia confirmado por la de apelación contenía dos pronunciamientos: el primero, referido a la modificación de la capacidad de Dámaso, que tras la reforma de la Ley 8/2021 debe suprimirse al desaparecer cualquier declaración judicial de capacidad. Cuestión distinta es que la provisión de apoyos, en cuanto que debe tener en cuenta la necesidad de la persona con discapacidad, entraña necesariamente un juicio o valoración de los efectos de la discapacidad en el ejercicio de los derechos y en general su capacidad jurídica.

Y el segundo, que acuerda la medida de apoyo. En definitiva, hay que examinar si se acomoda a la nueva normativa. Al margen de que se puedan sustituir las menciones de tutela por la curatela, hay que valorar si el contenido de las medidas y su adopción con la oposición expresa del interesado se acomoda a la nueva regulación.

Se aplican a este caso las nuevas directrices del reformado artículo 268 CC. En la sentencia valora el Tribunal Supremo si las medidas de apoyo acordadas responden a las necesidades de la persona y están proporcionadas a esas necesidades; en especial, si respetan la máxima autonomía

de Dámaso en el ejercicio de su capacidad jurídica y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias.

Según ha quedado probado Dámaso «padece un trastorno de la personalidad, el síndrome de Diógenes, y está generando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, y en sus relaciones sociales y vecinales, poniendo en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Precisa de la ayuda de otras personas que aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad. Para estas medidas, tal y como destaca el Ministerio Fiscal, se deberá contar con la anuencia y colaboración de Dámaso, cuando fuera necesario podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no exista anuencia del interesado».

Tal y como destaca la sentencia del TS «el principal escollo de la validación de estas medidas con el nuevo régimen legal es la directriz legal de que en la provisión de medidas y su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado. En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifiesta del interesado».

El TS considera que «la propia ley da la respuesta a esta cuestión. Al regular como un procedimiento común para la provisión de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (art. 42 bis a], art. 42 bis b] y art. 42 bis c] LJV), dispone que, cuando tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad, y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis] 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado».

El 268 CC recoge que en la provisión de apoyos hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. «Atender» seguido de «en todo caso» subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida de lo posible) la voluntad del interesado, así como su voluntad, deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias del afectado. Término polisémico que comprende un doble significado el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato». Además, sostiene el Tribunal: «Ordinariamente atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en este, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique».

El TS es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, habrá que atender a cada caso concreto. «Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda».

Y recalca, «no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo del trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

Y resuelve: «estimamos en parte el recurso de casación, en cuanto que dejamos sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituimos la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, las confirmamos y completamos con algunas propuestas del

fiscal». «En concreto la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener. A la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y solo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de Dámaso, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias».

La estimación en parte de la casación supone la estimación en parte del recurso de apelación y la estimación en parte de la demanda. «1. La procedencia de unas medidas de apoyo a favor de Dámaso de carácter esencialmente asistencial consistentes en que la entidad designada curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa, estando, para cumplir esta función autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra, asegurar la efectiva atención médico-asistencial de Dámaso, en lo que respecta el trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él. 2. La designación de curador para el ejercicio de las reseñadas medidas de apoyo al servicio competente de la CCAA del Principado de Asturias. 3. La revisión de las medidas cada seis meses».

Nos ha parecido muy importante recoger algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia de 8 de septiembre de 2021, y cómo considera el Tribunal Supremo, con los informes médicos y toda la prueba practicada, que este trastorno psíquico y mental que lleva asociado la falta de conciencia de la necesidad de ayuda por parte de la persona, al final le provoca una degradación personal, sanitaria y de convivencia con sus vecinos. Sostiene el Tribunal Supremo que, si no se actuara por su parte con la excusa de la oposición por parte de la persona afectada al establecimiento de cualquier medida o apoyo, cuando se sabe que, en este caso, este trastorno lleva al sujeto a no reconocer su necesidad y por tanto a oponerse a cualquier tipo de medida, o apoyo, también sería una «crueldad social» y se le abandonaría a su suerte. El trastorno impide a Dámaso tomar conciencia de la situación de necesidad, y solicitar la ayuda. Hay que valorar caso por caso y según las necesidades y singularidades de cada supuesto, y preguntarse si la persona no sufriera ese trastorno psíquico y mental si estaría de acuerdo en adoptar esas medidas de ayuda y cuidado. Finalmente, el Tribunal Supremo establece unas medidas de apoyo revisables a los seis meses, por la que nombra curador al servicio competente del Principado de Asturias. La curatela será esencialmente asistencial para realizar los servicios de limpieza y orden de su casa, estando, para cumplir esta función autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra, asegurar la efectiva atención médico-asistencial de Dámaso,

en lo que respecta el trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él. El curador deberá intentar conseguir que Dámaso colabore «y solo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de Dámaso, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias». El Tribunal por tanto opta por una revisión del funcionamiento de las medidas en un breve espacio temporal, seis meses; y deberá esmerarse la curadora en conseguir que Dámaso colabore, y solo si es estrictamente necesario podrá recabar el auxilio necesario para el cumplimiento de estas medidas concretas que señala el Tribunal Supremo.

2. LA AUTOCURATELA: LA CURATELA ESTABLECIDA EN PREVISIÓN DE UNA FUTURA NECESIDAD DE APOYO

Siguiendo la idea anterior de la «autotutela, se plasma en el nuevo sistema la «autocuratela» en los artículos 271 y ss. del CC. En este sentido, se establece que «cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador». Además, «podrá establecer disposiciones sobre su funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo». Estas disposiciones (de propuesta de nombramiento y disposiciones voluntarias) vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela. Ahora bien, mediante resolución motivada, y de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, en caso de existir circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272 CC).

La persona que establece la autocuratela podrá proponer el nombramiento de un único curador o también de sustitutos al curador, pero en caso de no concretar el orden de sustitución, se preferirá al propuesto en el documento posterior. Si se propusieran varios en el mismo documento, se nombrará al propuesto en primer lugar (artículo 273 CC). Además, se posibilita la delegación de la elección del curador de entre los

relacionados en la escritura pública por la persona interesada, tanto en el cónyuge como en otra persona (art. 274 CC).

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de dictar su primera sentencia sobre una «autocuratela», después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, Sentencia núm. 706/2021 de 19 octubre en la que el Ministerio Fiscal interpuso demanda de determinación de la capacidad y medidas de apoyo con respecto a D.ª Enma, a solicitud de tres de sus seis hijos, concretamente de D.ª Valentina, D.ª Flora y D. Dámaso. D.ª Virginia otorgó testamento abierto de fecha 5 de febrero de 2015, en el cual, en su cláusula cuarta, consta:

«Si fuera necesario el nombramiento de tutor es deseo de la testadora que se nombre a su hija Enma, en su defecto, Carlos Alberto, en su defecto, Carmen. En ningún caso es su deseo que se nombre tutor a cualquiera de los otros tres hijos ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar». En la sentencia del juzgado de Primera Instancia n.º 65 de Madrid, de fecha 16 de noviembre de 2016; aclarada por auto de 15 de febrero de 2017, dictada en el proceso sobre incapacitación número 2090/2014 se declaró a la demandada D.ª Virginia incapaz para regir su persona y bienes, se la sometió a una tutela nombrando tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Esta sentencia fue recurrida en apelación por los otros tres hijos de D.ª Virginia¹¹: D.ª Carmen, D. Carlos Alberto, representados por la otra hermana, D.ª Constanza, en su condición de procuradora actuando también en nombre propio, así como por la declarada incapaz D.ª Enma, el único punto a resolver era el relativo al nombramiento como tutora de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, solicitaban que uno de los hijos de la incapacitada previamente designados por ésta fuera el tutor. Posteriormente, la sentencia de instancia fue revocada por la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 10 de julio de 2018, al plantear que el deseo de la demandada y de sus hijos era que la tutela fuera a cargo de algún familiar, pero no una institución pública. Además, tres de los hijos: D. Carlos Alberto, D.ª Carmen y D.ª Constanza se llevan muy bien entre sí pero regular con los otros tres, D. Dámaso, D.ª Flora y D.ª Valentina, por lo que al llevarse estos tres hermanos muy bien, lo oportuno entienden es que se les nombre tutores mancomunados a D. Carlos Alberto y a D. Dámaso, al ser considerados más idóneos, en

11. En relación con la posible confusión de nombres de la persona a la que se le nombra curador, «Enma» «Virginia», aclara en la Sentencia del Tribunal Supremo: «Y con fecha 15 de febrero de 2017 dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es como sigue: «Acuerdo: Que debo aclarar y aclaro la Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2016 quedando como sigue: «Acuerdo: que en todos los casos en que se hace referencia a Dña. Enma, debe entenderse que es Dña. Virginia».

el bien entendido, que han de hacerlo bien y llevarse bien entre ellos por el bien de su madre. Finalmente, interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y casación contra dicha resolución, resueltos por la sentencia de esta Sala 1.^a del Tribunal Supremo, 465/2019, de 17 de septiembre (RJ 2019, 3610), la sentencia de la AP fue anulada, dejándola sin efecto por falta de motivación suficiente, con devolución de las actuaciones para que justificaran las razones que entendían preferible para D.^a Virginia prescindir de su voluntad exteriorizada y preferente en la designación de tutor en los términos indicados. El problema está por tanto en los dos bloques de hermanos que entre ellos se llevan muy bien y regular con los otros, que como advertía el Ministerio Fiscal en el anterior proceso judicial, la falta de relación fluida entre los hermanos podría acarrear el bloqueo de la curatela, sería por tanto contrario a los intereses de la madre.

El Tribunal Supremo acepta el recurso: «Pues bien, decretada la nulidad de la sentencia, para que el tribunal provincial tuviera oportunidad de explicar las razones para adoptar la decisión de prescindir de la voluntad de la demandada, concluimos, ahora, que las mismas son muy pobres, contradictorias y carentes de la justificación debida. Como señala el Ministerio Fiscal, la decisión adoptada no contiene una explicación suficiente y clara de las razones que han llevado a prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad». Esta voluntad era clara, la preferencia de su hija, y en su defecto, de su hijo, y en su defecto de otro, pero excluía expresamente a los otros tres y a cualquier institución pública tutelar. Estima el Tribunal Supremo el recurso de casación presentado por D.^a Constanza, D. Carlos Alberto y D.^a Carmen, así como por D.^a Enma, basado en la vulneración artículo 234.1 CC (LEG 1889, 27) y artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, al no haber tenido en cuenta la voluntad de D.^a Virginia al designar tutor. Aplica el Tribunal Supremo la normativa en vigor, esto es la nueva Ley 8/2021, ya que durante la tramitación del recurso entró en vigor la norma, por lo que se aplica su Disposición Transitoria Sexta, en el sentido de aplicar la nueva Ley a los procesos en tramitación, manteniendo la validez de las actuaciones practicadas hasta ese momento. Las previsiones para la autotutela se entenderán hechas a la autocuratela, rigiéndose por la nueva norma. En la Ley se proclama la autonomía de la persona con discapacidad y se reconoce que el nuevo sistema atenderá a la voluntad, deseos y preferencias, en la línea de lo estipulado en la Convención de Nueva York».

Y establece que en base a los nuevos artículos 271 y 272 CC, en este caso: «no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D.^a Virginia convivía

y sigue conviviendo con su hija D.^a Virginia, que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora.

No cabe, por lo tanto, la imposición de otro sistema alternativo de curatela, como la institucional postulada por la recurrente D.^a Flora, o la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre hermanos, que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación». Por otra parte, desestima el recurso de casación interpuesto por D.^a Flora, que pretendía que se dejara sin efecto la resolución de la Audiencia, y se confirmara el fallo del Juzgado que designaba como tutora AMTA, decisión totalmente en contra de lo dispuesto por la demandada, y por ir en contra de sus deseos, voluntad y preferencias de la demandada. Finalmente, se nombra curadora de la madre a su hija Constanza.

Esta sentencia entendemos que marcará una línea jurisprudencial en la que, si la persona a la que hay que nombrar un apoyo, ya designó a través de la «autocuratela» una persona para que en caso de ser necesario fuera su curador o curadora, los deseos, preferencias y voluntad de la persona deberán ser preferidos, salvo que haya una causa que determine que sea otra la persona que deba ser nombrada curador. Pero en principio la «autocuratela» será la preferente en la curatela.

En este sentido también se ha pronunciado la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2021, núm. de sentencia 734/2021, en la que Dña. Genoveva había designado en escritura pública a su hija Belén como su tutora, para el caso de que tuviera que nombrársele un tutor. Sus hijos D. Gerónimo, D. Francisco, D. Genaro y D. Gabino presentaron una demanda de modificación de la capacidad de su madre, Dña. Genoveva. Finalmente, se dictó sentencia de fecha 11 de febrero de 2020, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia, en la cual se declaró la incapacidad total de la demandada, permitiéndole la facultad de manejar una pequeña cantidad de dinero para sus gastos de bolsillo, no superior al 15% de su pensión, sin privación del derecho de sufragio activo. Se sometió a la demandada al régimen jurídico de la tutela. Se constituyó una tutela, en la esfera personal, para la que fue nombrada

la hija D.^a Belén, y otra, en la esfera la patrimonial, que desempeñaría su hijo D. Gabino, con recíproca rendición de cuentas entre ambos tutores. Dña. Genoveva recurrió en apelación, siendo desestimado el recurso y confirmada la sentencia de Instancia, en la sentencia de 9 de diciembre de 2020, sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia. Dña. Genoveva presentó el recurso de casación ante el Supremo, fundamentándolo en la infracción de los arts. 223.2 y 234.1 del Código Civil, en relación con el artículo 236.1 del CC y el artículo 12.4 del Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006. Considera que no existe causa que justifique prescindir de la voluntad exteriorizada de la recurrente, relativa a que sea su hija Dña. Belén quien ejerza las funciones de tutora, tanto en la esfera personal como en patrimonial. Esta voluntad se ha expresado en la escritura notarial de fecha de 17 de octubre de 2019, así como ratificada, ulteriormente, ante la jueza de instancia, con fecha 21 de diciembre del mismo año, en la exploración judicial llevada a efecto. En el segundo motivo del recurso, se alega la vulneración del art. 3 a) del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en tanto en cuanto recoge como principio básico «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas». El Tribunal Supremo analiza la figura de la «autocuratela»¹² a la luz de la Convención y de las modificaciones que ha

12. «Con respecto a la autotutela, antes de la precitada reforma por Ley 8/2021, esta Sala ya se había manifestado en el sentido del carácter vinculante de la designación de tutor llevada a efecto por el interesado para proveer necesidades futuras, de la que únicamente se podría prescindir, mediante una resolución judicial con motivación reforzada, en beneficio de la persona con discapacidad. En la sentencia 487/2014, de 30 de septiembre, se respeta la voluntad de la persona discapacitada sobre la elección de curador en la persona de su hijo, frente al nombramiento de la hija, acordado en la sentencia de la Audiencia Provincial, que se casa, tomando en consideración los arts. 223 y 234 CC, el Real Decreto Ley 1/2013, y también el art. 3 del Convenio, relativo a la necesidad de respetar «la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones». En similar sentido, en la sentencia 298/2017, de 16 de mayo, hemos señalado que: «[...] la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que procedan (art. 223 CC) debe ser respetada por el juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija. Así resulta de lo dispuesto en el art. 234.II CC», para lo cual se requiere una motivación reforzada. En el mismo sentido, con reproducción de la anterior, se expresa la sentencia 458/2018, de 18 de julio. Por su parte, en la sentencia 465/2019, de 17 de septiembre, insistiendo en la misma doctrina, hemos declarado que: «Una de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad de las personas, la encontramos en el régimen de autotutela, que consagra el art. 223 párrafo segundo del CC, que permite a una persona, con capacidad, notarialmente aseverada, al exigirse el otorgamiento de documento público notarial, que designe expresamente a quien ha de velar por su

introducido la Ley 8/2021, así como las últimas sentencias del Supremo sobre esta materia, y, finalmente, estima el recurso de casación presentado por Dña. Genoveva, casa la sentencia de apelación, que deja sin efecto, y revoca en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento que declara la incapacidad total de la demandada, que es sustituido por el de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo, debiendo las acordadas por el Juzgado ser revisadas para adaptarlas a la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, por el referido juzgado. Finalmente, se designa curadora de Dña. Genoveva, a su hija Dña. Belén, tanto en las esferas personal como patrimonial.

3. NOMBRAMIENTO DEL CURADOR: ¿QUIÉN PUEDE SER CURADOR?

Para el nombramiento del curador, se dispone una relación extensa y, además, se aplicará supletoriamente el orden de los enumerados en el listado al nombramiento del tutor (figura, como sabemos, reservada

persona y bienes, ante la eventualidad de que se vea imposibilitada de hacerlo por sí misma, requiriendo los apoyos correspondientes propios de la curatela, o, en su caso, el sometimiento al mecanismo más severo de la tutela; es decir exteriorizar su preferencia sobre la concreta persona o personas que se encargarán de su cuidado, excluir expresamente a otras, o refutar la tutela institucional. La expresada posibilidad legal, también admitida en el derecho catalán y aragonés, no es otra cosa que el reconocimiento de la dignidad de la persona, que comprende la facultad de autodeterminarse; o, dicho de otro modo, de ser protagonista de su propia existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes, que marcan su curso vital, según sus deseos, sentimientos y aptitudes, en la medida en que quepa satisfacerlos». Más recientemente, en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre, nos hemos ocupado, aplicando ya la nueva normativa, del carácter vinculante de la designación de curador llevada a efecto por la persona interesada, que vincula a la autoridad judicial, salvo en el caso previsto en el art. 272 II CC. En dicha resolución señalamos que: «El artículo 234 del CC considerado como infringido precisamente señala que para el nombramiento de tutor se preferirá al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223 CC y es precisamente ello lo que procede, máxime cuando D.^a Zaira exteriorizó, en su momento, tanto notarial como judicialmente, de forma expresa, su voluntad de no ser sometida a una tutela institucional, ya sea ésta pública o privada. Lo dispuesto en los actualmente vigentes arts. 271 y 272 del CC, de aplicación al caso, conducen a la misma decisión». Y se razonaba también: «Pues bien, en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio prevalente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o modificación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D.^a Zaira convivía y sigue conviviendo con su hija D.^a Zaira, que es la persona que le asiste en sus necesidades, conforme sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora».

actualmente y tras la reforma de la Ley 8/2021 para los menores de edad no emancipados). En primer lugar, la autoridad judicial nombrará curador al propuesto por la persona que precisa el apoyo o por la persona en quien delegó (salvo que concurra alguna de las circunstancias graves o alteración de las causas expresadas), esto si existe la «autocuratela», o alguien designado por la propia persona necesitada de apoyo en previsión de su necesidad futura, en este caso, esta persona será, en principio, la preferida. En defecto de propuesta, se nombrará curador:

1.º al cónyuge, o la persona que se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que conviva con la persona que precisa el apoyo.

2.º al hijo o descendiente. Si son varios, será preferido el que conviva con la persona que precisa el apoyo.

3.º al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, se preferirá al que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4.º a la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieren dispuesto en testamento o documento público.

5.º a quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6.º al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

7.º a una persona jurídica (fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines esté la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad –art. 275, párrafo 2.º CC–).

De todas formas, el orden podrá ser alterado por la autoridad judicial una vez oída la persona afectada. Ahora bien, si una vez oída no resulta clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar este orden legal, y nombrará curador a la persona que considere más idónea para comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada (art. 276 CC). El legislador prefiere en caso de ser varios los familiares o personas que pudieran ser nombradas, al que de ellos conviva con la persona que requiera del apoyo.

Si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican, se podrá proponer el nombramiento de más de un curador. En concreto, podrán separarse como cargos distintos los de, por un lado, curador de la persona y, por otro lado, curador de los bienes. En el caso de que la curatela sea confiada a varias personas, la autoridad judicial deberá establecer el modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona afectada (art. 277 CC).

Adicionalmente, podrán ser nombrados curadores los mayores de edad, que a juicio de la autoridad judicial sean aptas para el adecuado desempeño de su función. Por lo que cualquier persona que el Juez considere que puede desarrollar la curatela podrá ser designada.

4. CAUSAS DE INHABILIDAD: ¿QUIÉN NO PUEDE SER CURADOR?

De una manera extensa y detallada se desarrollan las causas de inhabilidad para ser curador, tanto la excusa por parte del curador que no puede seguir desempeñando su función, como la remoción, cuando el curador deba ser cesado o destituido del cargo. En este sentido, no podrán ser curadores, tal y como recoge el artículo 275 CC:

1.º Los excluidos por la persona que precise el apoyo.

2.º Quienes por resolución judicial estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección.

3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a:

1.º Quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.

2.º Quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise el apoyo.

3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.

4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso (salvo que la curatela lo sea solo de la persona).

4.1. ¿El curador puede excusarse de su función?

El desempeño de la curatela será excusable si su desempeño fuera excesivamente gravoso o entrañara grave dificultad para el nombrado para el ejercicio del cargo, por lo que el curador no puede seguir haciéndose cargo de su cometido. El interesado debe ponerlo en conocimiento judicial en el plazo de 15 días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento alegando la causa de excusa. También se posibilita la excusa

sobrevenida durante el ejercicio de la curatela cuando sobrevengan los motivos de excusa, en este caso podrá hacerlo en cualquier momento. Las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios. Ahora bien, se establece que mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. No obstante, si no lo hiciera y fuere necesaria una actuación de apoyo, se procederá al nombramiento de un defensor judicial que sustituya al curador, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada. Si la excusa es admitida, se procederá al nombramiento de un nuevo curador (art. 279 CC). Ahora bien, no procederá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos se hubiera encomendado a una entidad pública (art. 281 CC). La tramitación de la excusa del curador se tramitará a través de un expediente de jurisdicción voluntaria regulado en el artículo 50¹³ de la Ley de Jurisdicción Voluntaria¹⁴ (en adelante, LJV).

4.2. ¿Quién puede ser removido del cargo?

La remoción de la curatela podrá tener su origen tanto en cualquier causa de inhabilidad, como si el curador se comporta mal durante su

-
13. Artículo 50 LJV: «1. Si concurriera alguna de las causas previstas por el Código Civil para excusarse del ejercicio del cargo tutelar o de la curatela, el tutor o curador deberá alegarla dentro del plazo de quince días a contar desde que tenga conocimiento del nombramiento. Si el motivo de la excusa le sobreviniere durante su ejercicio, podrá alegarlo en cualquier momento, salvo las personas jurídicas, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle. – 2. Se podrá admitir la excusa del tutor o del curador previa celebración de comparecencia, en la que necesariamente se oirá a la persona que se excuse, a la que le vaya a sustituir en el cargo y al afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal. – 3. Durante la tramitación del expediente, quien haya solicitado la renuncia estará obligado a ejercer la función y, de no hacerlo, se nombrará un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada. – 4. Admitida la excusa se procederá al nombramiento de nuevo tutor o curador, debiendo remitir, en su caso, la correspondiente comunicación al Registro Civil». *Vid.* el comentario que realiza a este precepto MIJANCO GURRUCHAGA, L., «Comentario al art. 50 LJV», en *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2021, de 2 de julio*, LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL, TORRES LANA y ACHÓN BRUÑÉN (Dir.), Consejo General del Notariado y Dykinson, 2016, pp. 352 y ss.
14. Sobre la Ley de Jurisdicción Voluntaria, pueden consultarse, entre otros textos de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., los siguientes, «Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: una visión general de la nueva regulación», en *Revista General de Derecho Romano*, N.º 26, 2016; «Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: racionalización de competencias y procedimiento judicial garantista», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Año 2016, Número 56.

desempeño por incumplir los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud o, cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados con la persona afectada. Se tramitará a través del expediente de jurisdicción voluntaria la remoción del curador por parte de la autoridad judicial, quien de oficio o a solicitud de la persona con discapacidad o del Ministerio Fiscal o de cualquier persona interesada, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela. Durante la tramitación del expediente, la autoridad judicial podrá suspender las funciones al curador, pudiendo si fuera necesario nombrar un defensor judicial¹⁵. Una vez declarada judicialmente la remoción, se nombrará un nuevo curador, salvo que se estableciera otra medida de apoyo (art. 278 CC). Ahora bien, en ningún caso la admisión de la causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas curadoras generará desprotección o indefensión a la persona con discapacidad, por lo que la autoridad judicial deberá actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ella, o bien si no pudiera contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y el ministerio fiscal (art. 281.3.º CC).

III. EL DESEMPEÑO DE LA CURATELA: LAS FUNCIONES DEL CURADOR

Tras la toma de posesión del curador de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ), deberá mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar el apoyo y deberá desempeñar sus funciones diligentemente. Además, asistirá a la persona afectada

15. El expediente de remoción se regula en el artículo 49 de la LJV: «1. En los casos previstos por la legislación civil aplicable, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado, del sujeto a curatela o de otra persona interesada, se podrá acordar la remoción del tutor o del curador, previa celebración de comparecencia. En esta se oirá al tutor o curador, a las personas que puedan sustituirle en el cargo, a la persona con discapacidad, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, y al Ministerio Fiscal. – Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.– 2. Durante la tramitación del expediente de remoción, el Juez podrá suspender al tutor o curador en sus funciones y el Secretario judicial nombrará al tutelado o sujeto a curatela un defensor judicial.– 3. El Juez acordará lo procedente, nombrando un nuevo tutor o curador conforme a la legislación civil, debiendo remitir la correspondiente comunicación al Registro Civil». *Vid.* el comentario que realiza a este precepto ZAHÍNO RUIZ, M.^a L., «Comentario al art. 49 LJV», en *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2021, de 2 de julio*, LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL, TORRES LANA y ACHÓN BRUNÉN (Dirs.), Consejo General del Notariado y Dykinson, 2016, pp. 343 y ss.

respetando su voluntad, deseos y preferencias. Esto es fundamental en su actuación. Procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, y procurará también fomentar las aptitudes de esta persona, con vistas a que pueda ejercer su capacidad con menos apoyos en el futuro (art. 282 CC). En el caso de que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, el curador tendrá derecho a una retribución, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función. Estas cantidades serán satisfechas a cargo del patrimonio de la persona con discapacidad. El importe será fijado por la autoridad judicial en función del trabajo que deba realizar el curador, así como según el valor y la rentabilidad de los bienes (art. 281.1.º y 2.º CC).

Si hubiera un conflicto de interés entre el curador y la persona con discapacidad, así como si el curador estuviere impedido de manera transitoria para actuar en un caso concreto, el LAJ nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para el nombramiento se oirá a la persona con discapacidad respetándose su voluntad, deseos y preferencias. En el caso de que hubiere un impedimento o un conflicto de interés, y hubiere varios curadores nombrados con funciones homogéneas, estas se asumirán por quien de ellos no esté afectado. En caso de que el conflicto o impedimento fuera prolongado o reiterado, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o de cualquier persona que esté desempeñando la curatela y previa audiencia a la persona afectada y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso nombrar un nuevo curador (art. 283 CC).

En principio no será necesaria la constitución de una fianza, ahora bien, si la autoridad judicial lo considera necesario por concurrir razones excepcionales, se le podrá exigir al curador la constitución de la fianza para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, determinando la modalidad y su cuantía. Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial. Además, en cualquier momento podrá la autoridad judicial modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiera prestado (art. 284 CC).

Si se tratara de un curador con facultades representativas además se le exige hacer inventario del patrimonio de la persona a la que va a prestar el apoyo en el plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que tomó posesión del cargo (salvo posible prórroga si hubiere causa para ello). Este inventario se forma ante el LAJ, con citación de las personas que estimara conveniente. El dinero, las alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos, que a juicio del LAJ no deban quedar en poder del curador serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto. Estos

gastos serán costeados a cargo de los bienes de la persona con discapacidad (art. 285 CC). Si el curador no incluyó en el inventario los créditos que tenía contra la persona con discapacidad, se entenderá que renuncia a ellos (art. 286 CC).

IV. EXTINCIÓN DE LA CURATELA

La curatela se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad. Igualmente, se terminará por resolución judicial en caso de que ya no sea precisa la medida de apoyo o si se adopta otra forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a la curatela (art. 291 CC). El curador deberá rendir periódicamente cuentas según lo haya impuesto la autoridad judicial, y además al cesar su función deberá rendir la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuera necesario en caso de concurrir justa causa. La acción para exigir la rendición de la cuenta final prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla. La autoridad judicial oirá también en su caso al nuevo curador, a la persona afectada, o a sus herederos, antes de aprobar la cuenta general. La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente tengan el curador y la persona con discapacidad o sus causahabientes por razón de la curatela (art. 292 CC). Los gastos necesarios para la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de la persona con discapacidad (art. 293 CC).

En caso de producirse algún daño a la persona con discapacidad, el curador responderá de los causados por su culpa o negligencia. La acción para solicitar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición de cuentas (art. 294 CC). Ahora bien, si se trata de un daño o perjuicio causado por la persona con discapacidad, responderán los curadores con facultades de representación plena siempre que convivan con ella (art. 1903.4.º CC).

V. CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo, la curatela se configura como una pieza clave de la nueva reforma de la discapacidad. Otras figuras tales como la guarda de hecho y los poderes preventivos también son esenciales y fundamentales en la reforma, dándoseles un mayor protagonismo y relevancia. La figura de la curatela como hemos analizado se reserva, como una medida de apoyo de carácter permanente

pero supletorio, en ausencia de otros apoyos de naturaleza voluntaria decididos por la persona, así como en ausencia de una guarda de hecho que esté funcionando correctamente. Se reserva para los supuestos de mayores de edad o emancipados que precisen de dicho apoyo, ya que para los menores se reserva la tutela, para el caso de un apoyo permanente, con las funciones de representación de la institución. Ahora bien, el legislador da preferencia a una curatela asistencial, y en la mayoría de los casos así serán las funciones del curador, de asistencia, acompañamiento, sin embargo, y de manera excepcional, para los supuestos de necesidades más severas, será precisa una función representativa por parte del curador, por lo que el juez establecerá qué actos concretos son los que deberá realizar el curador en representación de la persona afectada. Siempre actuará el curador según la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que presta el apoyo, eso sí, cuando no sea posible, cumplirá su función según lo que habría hecho la persona afectada, en su interés, y no en el del suyo propio, nos referimos al curador. La reforma es muy reciente y debe ser conocida por los aplicadores del Derecho, por la sociedad, y en los próximos meses serán nuestros tribunales los que irán marcando el camino de la aplicación de la norma, de la gran reforma de la discapacidad, en la que el verdadero protagonista es la persona con discapacidad que con los apoyos correspondientes toma sus propias decisiones. La adaptación de nuestra Ley 8/2021 a los postulados de la Convención de Nueva York nos parece acertada y positiva, y todos deberemos conocer los cambios, y empezar a aplicarla correctamente, para que la persona con discapacidad sea el centro y el verdadero protagonista de la reforma planteada.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿Era necesario confeccionar tantos “trajes a medida” procesales para único abrigo sustantivo?», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, De LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., y QUESADA SÁNCHEZ, A. J., (Dirs.), Ed. Atelier, Barcelona, 2022.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: una visión general de la nueva regulación», en *Revista General de Derecho Romano*, N.º 26, 2016.
- «Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: racionalización de competencias y procedimiento judicial garantista», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Año 2016, Número 56.

– «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», *Diario La Ley*, n.º 9961, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021, Wolters Kluwer.

GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, p. 174 discapacidad (CDPD).

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona, t. I, Principios de Derecho Civil*, Marcial Pons, 2021.

MIJANCO GURRUCHAGA, L., «Comentario al art. 50 LJV», en *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2021, de 2 de julio*, LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL, TORRES LANA y ACHÓN BRUÑÉN (Dirs.), Consejo General del Notariado y Dykinson, 2016.

VIVAS TESÓN, I., «Curatela y asistencia», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, MUNAR BERNAT, P., (Dir.), Marcial Pons, 2021.

ZAHÍNO RUIZ, M.^a L., «Comentario al art. 49 LJV», en *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2021, de 2 de julio*, LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL, TORRES LANA y ACHÓN BRUÑÉN (Dirs.), Consejo General del Notariado y Dykinson, 2016.

Capítulo IV

Las medidas voluntarias en el nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONCEPTUACIÓN DE LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO. 1. *El concepto de apoyo*. 2. *El marco general de las medidas voluntarias de apoyo*. 3. *Los poderes y mandatos preventivos*. 3.1. Tipología. 3.2. Contenido. 3.3. El apoderado. 3.4. Extinción de los poderes preventivos. 4. *La autotutela*. 5. *Las instrucciones previas a la toma de decisiones en el ámbito sanitario*. 5.1. El documento de instrucciones previas y el consentimiento informado. 5.2. Elementos subjetivos. 5.3. Elementos objetivos. 5.4. Elementos formales. 5.5. Revocabilidad. III. LA TENSION ENTRE VOLUNTARIEDAD E INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA FIJACIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO. 1. *La relevancia del interés superior de la persona con discapacidad*. 2. *El supuesto «derecho a equivocarse» de la persona con discapacidad*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, implantado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en la que ha sido calificada como *la mayor reforma en la historia del Código Civil*¹, como es sabido trae causa de la necesidad de lograr una

1. Expresión de A. MUÑOZ CALVO, en «Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad: breve acercamiento», *Notarios y Registradores*, 10 de junio de 2021, disponible

plena adaptación del Derecho español al artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (la denominada *Convención de Nueva York*, a la que en lo sucesivo nos referiremos como «la Convención»)², adaptación que se inició con la Ley 26/2011 y que culmina ahora con la Ley de 2021.

Como destaca la Exposición de Motivos de la nueva Ley, se produce el cambio del sistema de incapacitación, hasta ahora vigente, en el que predomina la sustitución en la toma de las 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. Se pasa así a un sistema de asistencia o apoyos a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo, dándose preferencia a las medidas voluntarias, que adopta el propio interesado en previsión de una posible futura discapacidad inhabilitante, sobre las medidas legales y judiciales, que sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona afectada³; e igualmente se establece un sistema de orientación asistencial, manteniéndose las funciones representativas con carácter residual para los casos excepcionales de limitaciones derivadas de la discapacidad más graves, especialmente en la curatela representativa.

Como indica el nuevo artículo 249.III del Código Civil, sólo cuando en casos excepcionales, 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.

en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-breve-acercamiento/> [última consulta: 15-12-2021].

2. Ratificada por España por Instrumento de 23 de noviembre de 2007.
3. A raíz de la Convención, esa potenciación de las medidas voluntarias otorgadas en previsión de una futura incapacidad, que además habrán de tener preferencia sobre las demás medidas de protección, es recogida por ejemplo en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad [Recomendación CM/Rec(2009)11, de 9 de diciembre de 2009].

De este modo, se destaca por la Ley que ante todo se estará a *la voluntad, deseos y preferencias*⁴ de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que en tal sentido deba estarse preferentemente a las medidas establecidas por la propia persona.

II. LA CONCEPTUACIÓN DE LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

Como señala la nueva redacción del artículo 250.III del Código Civil, las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la propia persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance, pudiendo acompañarse de las salvaguardas necesarias para garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

En una situación, como la actual, en la que la mejora de la ciencia médica ha provocado un constante aumento en la esperanza media de vida, con el consecuente incremento de la incidencia de enfermedades degenerativas o vinculadas a la edad, así como la mejora en las técnicas de diagnóstico, que permiten anticipar el futuro surgimiento de enfermedades neurodegenerativas, resulta cada vez más útil y recomendable el recurso a estas medidas⁵, que permiten a una persona actualmente autónoma tomar decisiones en relación con sus futuras necesidades de apoyo, así como para quienes tengan dificultades para la adopción de decisiones plenamente conscientes y voluntarias en relación a determinados actos, pero que cuenten con discernimiento suficiente para determinar que otra persona les ayude a la hora de adoptarlas o incluso las tome por ellas, e incluso para personas con condiciones volitivas y cognitivas intactas, pero que por tener una profesión o realizar actividades de especial riesgo

4. Expresión que se repite reiteradamente en el texto de la Ley 8/2021 (nada menos que veintitrés veces en su formulación literal), hasta el punto de que es calificada como «mantra» por M. P. GARCÍA RUBIO (en «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, 2018, p. 44).

5. Ello ha provocado que el recurso a los poderes preventivos haya crecido exponencialmente. Así, conforme a los datos publicados por el Centro de Información Estadística del Notariado, los resultados de la categoría «poder preventivo para el caso de incapacidad» en el último decenio han ido incrementándose en torno a un 30-40% anual, con un pequeño retroceso en 2020 (último año con datos disponibles):

Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
N.º de actos	1.295	1.881	2.582	3.460	4.465	5.606	7.820	9.344	10.578	9.976

deseen hacer previsiones en relación con posibles accidentes o enfermedades que pudieran acaecerles⁶.

1. EL CONCEPTO DE APOYO

Sin embargo, pese a que el nuevo sistema pasa de centrarse en la sustitución representativa de la capacidad de la persona con discapacidad al complemento de capacidad mediante la prestación de apoyos en su ejercicio, quedan en una cierta ambigüedad cuáles han de ser tanto el sujeto como el contenido de esas medidas: los conceptos claves del sistema –justamente los de qué debe entenderse por «personas con discapacidad» y sobre todo por «apoyo»– se mantienen en una cierta inconcreción en su definición, lo que se extiende, más allá del ámbito de las medidas voluntarias de apoyo, a todo el nuevo sistema de complementación en el ejercicio de la capacidad.

No obstante, esta indefinición de los dos conceptos no tiene, ni mucho menos, igual alcance. Si bien el concepto de *personas con discapacidad* no aparece recogido como tal en la Ley 8/2021, sí se expresa en la Convención de Nueva York⁷ y ya contábamos con una conceptualización en la legislación española⁸, mientras que precisamente se le ha criticado a la Convención (y consecuentemente a la Ley 8/2021) esa indeterminación en torno al concepto de *apoyo*.

Sólo en el apartado 17 de la Observación General N.º 1 (2014) del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, emitida en el 11.º período de sesiones (30 de marzo al 11 de abril de 2014) en relación con el artículo 12 de la Convención (a la que a partir de ahora mencionaremos como «la Observación General»), es donde –tras poner de manifiesto que el artículo 12, párrafo 3, de la Convención no

6. GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, p. 36, y LÓPEZ SAN LUIS, «El principio de respeto a la voluntad...», *op. cit.*, pp. 129-130.

7. «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1.II).

8. Así, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, contempla como personas con discapacidad a las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o física o sensorial igual o superior al 65%. (art. 2.2), y el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, define la discapacidad como «situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» [art. 2.a); que, como vemos, se expresa en la línea de la Convención].

especifica cómo debe ser el apoyo— se intenta una cierta conceptualización del término *apoyo*, al señalar que

«es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con las demás⁹ (...)».

En todo caso, los apoyos a prestar se ajustarán a las características de cada persona con discapacidad y a las circunstancias en que sean necesarios, conforme a la expresión tan reiterada por la doctrina del *traje a medida*¹⁰.

Las medidas voluntarias, a través de las cuales se concretarán los medios de apoyo, son la escritura pública de autoapoyo, los poderes y

9. Obsérvese que es en este último punto donde pueden enmarcarse las medidas voluntarias de apoyo, en cuanto *planificación anticipada* realizada por la persona con discapacidad.

10. Así, LASARTE, C., *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil I*, 26.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 210.

mandatos preventivos y la autotutela, a los que pueden añadirse –ya fuera de la regulación del Código Civil– las instrucciones previas a la toma de decisiones en el ámbito sanitario.

2. EL MARCO GENERAL DE LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

El sistema que ahora se implanta contempla inicialmente dos posibles circunstancias en las que pueden darse las medidas voluntarias de apoyo: la de los menores sujetos a patria potestad o tutela en los dos años anteriores a su mayoría de edad, por vía judicial, y la de los mayores de edad y emancipados, por vía notarial.

Respecto del primer caso, el nuevo artículo 254 del Código Civil establece que, cuando en los dos años anteriores a la mayoría de edad se prevea razonablemente 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, el Juez podrá acordar la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad, a petición del propio menor, sus padres o tutor o del Ministerio Fiscal, aunque si el menor fuera mayor de 16 años y hubiera hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad se le dará participación en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias. Es una regulación que viene a sustituir a la antigua patria potestad prorrogada¹¹.

En cuanto al segundo caso, el artículo 255 del Código pasa a disponer que cualquier mayor de edad o menor emancipado, en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes (la denominada *escritura pública de autoapoyo*¹²), pudiendo especificar al respecto en la escritura:

- a) El régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo; y
- b) Las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o

11. LASARTE, *Parte General...*, *op. cit.*, p. 218.

12. En principio, este instrumento se califica como *escritura pública de autoapoyo* cuando recoge medidas genéricas de apoyo, mientras se habla de poderes y mandatos preventivos y de autotutela cuando las previsiones se refieren a las actuaciones específicas correspondientes a cada una de estas medidas.

influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

De este modo, es la propia persona con discapacidad la que define el apoyo, determinando quién o quiénes se lo prestarán y cómo, por medio de la expresión de su voluntad en escritura pública¹³. Los designados como futuros prestadores de apoyo podrá ser una o varias personas, incluyendo personas jurídicas¹⁴, y en tal caso establecerse su actuación como conjunta, solidaria, subsidiaria unos de otros, separada para cada acto concreto o sucesiva.

El desarrollo de la prestación de apoyo deberá realizarse atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y procurando que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias, y asimismo fomentando que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro (art. 249.II CC). En el desempeño de esa función, el artículo 251 del Código somete a quien desempeñe la medida de apoyo a tres prohibiciones, que son transposición de las correspondientes a la tutela (recogidas en el art. 226), si bien la persona con necesidades de apoyo podrá haberlas excluido al constituir las medidas de apoyo:

- a) Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente

13. Critica la falta de flexibilidad de la exigencia de que las medidas voluntarias deban constar necesariamente en escritura pública, sobre todo en un sistema que se dice basado en la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, pp. 45-46. Señala esta autora que «la flexibilización de la forma posibilitaría que en el precepto quedaran incluidas otro tipo de previsiones más abiertas, como podrían ser simplemente el otorgamiento de instrucciones, ruegos, o meros deseos del interesado para el caso de que pudiera necesitar algún apoyo en el futuro», pero realmente no vemos el inconveniente para poder hacer tales instrucciones o ruegos en un documento privado y aun verbalmente, pues no serán vinculantes ni realmente con trascendencia jurídica, requiriendo la forma pública para las medidas con auténtica trascendencia, tanto por hacerse intervenir así a un experto (el Notario) que podrá asesorar debidamente al interesado en su previsión de apoyos como a efectos de su posterior constancia en el Registro Civil, con lo que se logra «la pertinente publicidad de la medida, que podrá ser así conocida tanto por los terceros, como por las autoridades administrativas o judiciales competentes en la materia de personas con discapacidad, quienes estarán así debidamente informadas sobre la existencia o no de algún tipo de apoyo de este tipo», en frase de la propia autora (*loc. cit.*, p. 47), lo que sin embargo, de no requerirse escritura pública como propone, no se alcanzaría.

14. Incluso con ánimo de lucro, pues las limitaciones al respecto para ser curador recogidas en el art. 275.1.II CC no pueden imponerse a la voluntad contraria del interesado, como indica GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, p. 50.

su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.

- b) Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.
- c) Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

El Notario autorizante de esa escritura pública la comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante, en los términos previstos en la nueva redacción de los artículos 4.10.º y 77 de la Ley del Registro Civil, a fin de que los posibles terceros o autoridades que entren en relación con el mismo puedan tomar conocimiento sobre la posible existencia de estas medidas. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, en esta materia el Registro Civil se convierte en una pieza central, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, respecto de las medidas legales y judiciales. En todo caso, es claro que esa inscripción tendrá un valor meramente declarativo y no constitutivo, pues claramente el artículo 255 del Código Civil indica que la comunicación de la escritura pública al Registro es *para su constancia*, y no su entrada en eficacia: de este modo, las medidas establecidas entrarán en vigor inmediatamente (o en la fecha que hubiera establecido el interesado) aun cuando no se haya sido objeto de publicidad registral.

No obstante, al afectar a datos personales especialmente sensibles. el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, impone el que las medidas de apoyo accedan al Registro Civil como datos sometidos al régimen de publicidad restringida¹⁵, y así se contemplan en el artículo 83.1.b) de la Ley del Registro Civil. En tal sentido, sólo podrán acceder en el Registro a la existencia de esas medidas y a su contenido un limitado número de personas: el propio inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador, o bien autorizar a terceras personas el acceso a la publicidad de los asientos que contengan estos datos¹⁶; e

15. *Vid.* al respecto el ejemplo suizo, indicado por GARCÍA RUBIO (en «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, pp. 47-48), donde la inicial publicación registral de las tutelas y curatelas llegó a considerarse como algo especialmente estigmatizante y aun contrario a su Constitución y al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que provocó en 2008 una reforma de su CC en esta materia.

16. Autorización de acceso que, una vez fallecido el inscrito, sólo podrá ser judicial, siempre que el solicitante justifique interés legítimo (que se presume en el cónyuge

igualmente tendrán acceso las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo (art. 84, párr. 1.º, de la Ley del Registro Civil).

Como señalamos anteriormente, estas medidas voluntarias de la escritura pública de autoapoyo serán preferentes frente a las de naturaleza judicial, de modo que sólo en defecto o por insuficiencia de ellas, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá el Juez adoptar otras supletorias o complementarias.

Aunque no se indica expresamente, parece que la persona que establece la previsión de apoyos para sí deberá tener una plena posibilidad de ejercicio de su capacidad (o al menos la suficiente para ello) en el momento del otorgamiento de las medidas voluntarias, pues la nueva regulación se refiere a discapacidades limitativas futuras (o que ya se están iniciando), y así el artículo 255 del Código Civil habla de «previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica» y el 256 se refiere a cláusulas de subsistencia de poderes «si *en el futuro* precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad» (lo mismo el 257 respecto de los poderes preventivos). Por otra parte, es lógico que no puedan otorgar medidas de apoyo quienes ya las necesiten en el momento del otorgamiento. De este modo, en el momento de otorgamiento de las medidas, la persona no ha de precisar apoyo en el ejercicio de su capacidad o, de precisarlo con carácter general, deberá tener en este punto concreto la mínima aptitud que le permita otorgarlas sin necesidad de apoyo para ello¹⁷.

3. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS

3.1. Tipología

Como supuesto específico dentro de las medidas voluntarias, la Ley 8/2021 recoge una referencia a los poderes y mandatos preventivos, contemplando la existencia de poderes con cláusula de subsistencia y de poderes preventivos propiamente dichos. Estos poderes ya se contemplaban

del fallecido, pareja de hecho, ascendientes y descendientes hasta el segundo grado) y razón fundada para pedirlo (art. 84 LRC, párrs. 2 y 3).

17. LÓPEZ SAN LUIS, R., «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Indret*, n.º 2.2020, p. 131.

en el Código Civil desde su reforma por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, como excepción a la regla general de la extinción del mandato por incapacitación sobrevenida del mandante.

La diferencia entre ambos tipos de poderes radica en que los primeros son poderes ordinarios, con validez desde el mismo momento de su otorgamiento ante Notario, o desde la fecha que se establezca en el mismo, de modo que el apoderado comenzará a actuar desde ese momento, y que en principio habrían de dejar de tenerla en el caso de discapacidad sobrevenida del poderdante que implique una necesidad de apoyo en el ejercicio de su capacidad para las materias integradas en el poder, pero que sin embargo en este caso el propio poderdante contempla que persistirán más allá de ese punto (la denominada *cláusula de subsistencia*), es decir, se trata de poderes prorrogados; mientras que los poderes preventivos se otorgan precisa y específicamente en previsión del caso de una posible futura discapacidad limitativa del poderdante y para que produzcan efectos desde entonces, a modo de poder de protección o *ad cautelam*, por lo que el apoderado podrá actuar desde ese momento pero no antes.

Mientras que los primeros en principio estarán más orientados a cuestiones patrimoniales, los segundos tendrán un enfoque más generalista y se referirán tanto a cuestiones patrimoniales como personales. No obstante, la determinación concreta de las actuaciones autorizadas será la que establezca el poderdante en cada caso, pudiendo ser desde actos específicos a configurarse como un poder preventivo general que abarque tanto las materias patrimoniales como las personales, si bien deberán considerarse fuera de la posibilidad de la determinación de apoyos de naturaleza representativa los actos personalísimos en que la voluntad del interesado no puede ser nunca sustituida por un tercero y que precisamente por ello resulten excluidos legalmente de la actuación representativa, como la celebración del matrimonio¹⁸, el reconocimiento de un hijo, la adopción¹⁹, o el otorgamiento de un testamento²⁰.

18. Obsérvese que en el matrimonio por poder del artículo 55, el papel del apoderado no es el de un auténtico representante, sino más bien el de un *nuntius* o mero portavoz del consentimiento matrimonial previamente formado por el contrayente. *Vid.* al respecto DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5.^a ed., reimpr., Tecnos, Madrid, 1990, p. 82; y LASARTE, *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, 19.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 50.

19. *Cfr.* art. 177.1: «Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes [...]».

20. Art. 670 CC. No obstante, sí sería posible que el poder preventivo fuera total o parcialmente un poder testatorio, que daría lugar al testamento por comisario, en los Derechos forales gallego (entre cónyuges) y vasco (de ámbito general): *vid.* los

Nuevamente, se establece que todos estos poderes preventivos habrán de otorgarse en escritura pública y que el Notario los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante (art. 260), por lo que al respecto nos remitimos a lo indicado anteriormente.

3.2. Contenido

En principio, estos poderes tendrán como base un contrato de mandato, pero las disposiciones sobre poderes y mandatos preventivos también se aplicarán a los *mandatos sin poder* (art. 262 CC), lo que parece referirse propiamente a los casos de representación indirecta, es decir, aquellos en que la autorización que fundamenta las actuaciones no trasciende a los posibles terceros, pero que en caso de necesidad el que ha actuado en interés del mandante puede justificar, ante cualquier reclamación de un familiar, de un sucesor o de un tercero, que su actuación está amparada por la voluntad de ese mandante²¹.

En cuanto a los poderes con cláusula de subsistencia, se establece que en los poderes puede incluirse una cláusula de subsistencia temporal de los mismos, que establezca que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC).

Respecto de los poderes preventivos propiamente dichos, el artículo 257 prevé que el interesado pueda otorgar un poder sólo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, acreditándose que se ha producido la situación de necesidad de apoyo conforme a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

Conforme al artículo 261, el apoderado o apoderados designados deberán ejercitar las facultades representativas personalmente, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas siempre que no se relacionen con facultades que tengan por objeto la protección de la persona, las cuales no serán delegables. De hecho, esa delegación para actos concretos será lo normal en casos de actuaciones que requieran una especial pericia o habilidad, o en que se requiera un perfil profesional, como por ejemplo si el apoderado

artículos 196-202 de la Ley de Derecho Civil de Galicia y 30-46 de la Ley de Derecho Civil Vasco.

21. GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, p. 38.

debe acudir a juicio en representación del poderdante, precisándose la intervención de Abogado y Procurador.

No obstante, dado el enfoque general de primacía de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad que se proyecta sobre toda la normativa de apoyos, parece que no habría problema en admitir que el poderdante pudiera establecer expresamente la delegabilidad de actuaciones aun referidas a facultades de protección de la persona, e incluso que el apoderado pudiera hacer una delegación general de su cargo en un tercero, siempre que éste apareciera identificado en el propio poder (lo que en el fondo no sería más que una designación de varios apoderados con entrada sucesiva en sus funciones). En cambio, no parece admisible que el poder recogiera una autorización de delegaciones generales en favor de terceros indeterminados, pues sería tanto como una indeterminación total de la persona del apoderado, en la medida en que el inicialmente designado podría renunciar *de facto* a sus funciones en favor de personas no concretadas por el otorgante.

En los casos de conflicto de intereses entre el poderdante y el apoderado con funciones representativas, deberá acudir en primer lugar a lo dispuesto en el propio poder, y en su defecto a las reglas generales del mandato, basadas en la idea de prevención del autocontrato, si bien de haber varios apoderados con funciones homogéneas, éstas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses. En caso de que el apoderado tenga impedimentos transitorios de otra naturaleza para actuar en un caso concreto, parece que será aplicable analógicamente la previsión legal para el curador, de modo que –en defecto siempre de lo que haya podido establecer el poderdante– podrá incluso nombrarse por el Letrado de la Administración de Justicia un defensor judicial que sustituya al apoderado, oyendo a la persona que precise el apoyo y respetando su voluntad, deseos y preferencias (art. 283).

Dado que la configuración del contenido del poder y las funciones del apoderado se dejan en primer lugar a la decisión del poderdante, éste podrá establecer en su caso una posible retribución del apoderado y/o el reintegro de los gastos que se le pudieran producir por el ejercicio del apoyo (art. 271). No obstante, aun no habiéndose establecido nada al respecto en el poder, en los casos de mayor contenido del apoderamiento, que lo haga asimilable a una curatela, puede entenderse que el apoderado contará con tales derechos, por analogía con lo que sucede con la generalidad de los cargos tuitivos²².

22. Así, en el art. 229 respecto del tutor, y el 281 para el curador.

Lo mismo cabe decir respecto de otros aspectos del desarrollo de las atribuciones recogidas en el poder, como los relacionados en el artículo 271.II (reglas de administración y disposición de sus bienes, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control): se estará en primer lugar a lo establecido en el propio poder, y en su defecto podrán aplicarse analógicamente las normas de la curatela cuando la intensidad del contenido de los apoyos los haga asimilables a una curatela.

En ese sentido, en el caso de poderes que comprendan todos los negocios del otorgante (es decir, poderes generales), el ámbito de actuación del apoderado coincide sustancialmente con el de un curador, por lo que se establece que, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, pero ello salvo que el poderdante haya determinado otra cosa (art. 259). Ese sometimiento a las «reglas aplicables a la curatela» se refiere al régimen de funcionamiento (autorizaciones y controles judiciales para determinadas actuaciones, causas de excusa, inhabilidad y remoción), pero no a su contenido, pues ambas instituciones –poderes preventivos y autocuratela– son muy diferentes: los poderes en principio se centran más en aspectos patrimoniales y de gestión mientras que la autocuratela lo hace en aspectos personales, y mientras que los poderes serán representativos por definición, el régimen ordinario de la autocuratela es meramente asistencial o de apoyo (recordemos que la asunción de funciones representativas por el curador se establece como excepcional)²³.

3.3. El apoderado

El designado como apoderado para la prestación de los apoyos podrá ser cualquier persona, si bien existen algunas limitaciones concretas para su entrada en las funciones de apoyo o su continuación en las mismas:

- a) Por una parte, conforme al artículo 258.II del Código Civil, cuando los poderes se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que el propio otorgante hubiera salvado esta circunstancia o el cese de la convivencia viniera determinado por el internamiento del poderdante. Por tanto, con esa excepción, el cónyuge o pareja de hecho que se halle separada legalmente o de hecho no podrá ser apoderado.
- b) Cuando en el apoderado concorra alguna de las causas de inhabilidad para ser curador, salvo previsión contraria por el propio

23. DE SALAS, «¿Existe un derecho...», *op. cit.*, p. 2239.

poderdante. Si bien ello, como hemos visto, está previsto en el artículo 259 del Código para los casos en que el poder comprenda todos los negocios del otorgante, supuesto que el legislador parece tener en mente como tipo para estos poderes, podemos entender generalizable esa conclusión a todos los poderes, no sólo los referidos a todos los negocios del poderdante, dado que el artículo 258.IV establece que «cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa»: si se contempla la extinción del poder (además, obsérvese que no se limita a los poderes generales) y por tanto el cese del apoderado por concurrencia de una causa de remoción, lógicamente tampoco será posible su acceso a la función en caso de concurrir una causa de inhabilidad para ser curador (siendo, por otra parte, causas de remoción las de inhabilidad, conforme al art. 278), salvándose en todos los casos que el propio poderdante lo hubiera previsto y hubiera dispuesto otra cosa al respecto.

3.4. Extinción de los poderes preventivos

De este modo, los poderes preventivos se extinguirán:

- a) Ante todo, por las causas específicas que hayan podido preverse en el propio poder²⁴ y por la revocación del poder que realice posteriormente el otorgante, como expresión de la autonomía del poderdante en la organización de las medidas de apoyo. En este sentido, el poderdante habrá podido prever causas específicas de extinción del poder, pero también puede haberlo establecido con un carácter temporal o en relación con actuaciones concretas, en cuyo caso transcurrido su período de duración o realizada la actuación o actuaciones sobre las que se proyectaba, habrá que entender extinguido el poder.
- b) Salvo que el poderdante estableciera otra cosa, por incurrir el apoderado en alguna de las causas de inhabilidad o remoción del curador, recogidas respectivamente en los artículos 275 y 278 del Código Civil, en especial en los casos de poderes que comprendan todos los negocios del otorgante. No obstante, en tal caso, como resultaría

24. El art. 258.III habla, a nuestro ver erróneamente, de «formas específicas de extinción del poder».

del artículo 258.IV, la extinción no sería automática, sino que debería decidirse judicialmente a solicitud de cualquier legitimado para instar el procedimiento de provisión de apoyos o del curador si lo hubiera.

- c) A excepción nuevamente de que el poderdante estableciera otra cosa, por el cese de la convivencia cuando el apoderado sea el cónyuge o pareja de hecho del poderdante, salvo que lo que haya provocado el cese de la convivencia sea el internamiento del otorgante.
- d) Por las causas genéricas de extinción de los mandatos, recogidas en el artículo 1.732: en concreto, además de la revocación, ya mencionada anteriormente, la renuncia del apoderado, el fallecimiento o concurso del poderdante o el apoderado, o el establecimiento en relación al apoderado de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. Esto último es lógico, pues difícilmente podrá el apoderado prestar el apoyo objeto del poder cuando él mismo lo precisa en relación con esos actos, salvo –claro está– que el poderdante ya hubiera previsto esta circunstancia y nombrado al efecto un apoderado sustituto, en cuyo caso el poder persistirá con el sustituto.

Los poderes preventivos se mantendrán a pesar de que se constituyan medidas de apoyo voluntarias o judiciales (art. 258.I), de modo que la mera constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, bien judicialmente bien por previsión del propio interesado, no determinará necesariamente la extinción de los poderes. En tales casos habrá una coexistencia de los poderes con las otras medidas voluntarias y las legales o judiciales, incluso cuando se acuerde la constitución de una curatela representativa, que aun debiendo cubrir la generalidad de los asuntos de la persona con discapacidad quedará excluida en relación con los asuntos contenidos en el poder preventivo²⁵.

La extinción del poder determinará que, si se mantienen las necesidades de apoyo y el poderdante no hubiera previsto medios alternativos, deba acudir a que el apoyo se preste por medio de una guarda de hecho o bien medidas judiciales, sea una curatela o el nombramiento de un defensor judicial, según que estemos ante una necesidad de apoyo continuada o meramente ocasional, aunque sea recurrente²⁶.

25. Así, la nueva redacción del 5.º punto de art. 1.732 CC establece que «el mandato se acaba: [...] 5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos».

26. GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, pp. 57-58.

4. LA AUTOCURATELA

En el sistema de incapacitación existente hasta 2021, desde la reforma del Código Civil realizada por la antes citada Ley 41/2003 se contemplaba la denominada doctrinalmente *autotutela*, de modo que el propio interesado, ante una posible futura discapacidad inhabilitante, podía prever anticipadamente cómo había de organizarse su futura tutela²⁷. De modo similar, en el sistema actual, en el que la curatela (especialmente la de contenido representativo) ha venido a ocupar en gran medida el papel de la anterior tutela en el ámbito de las personas mayores de edad con limitaciones en el ejercicio de su capacidad²⁸, se contempla una *autocuratela* (que ahora ya es incluso denominada así por el propio Código) en los artículos 271 y siguientes.

En ese sentido, el nuevo artículo 271 prevé que cualquier mayor de edad o emancipado, en previsión de circunstancias que pudieran dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá contemplar esa futura situación en escritura pública, con el siguiente contenido:

- a) Proponiendo el nombramiento o bien la exclusión de una o varias personas determinadas para ejercer como curadores.
- b) Estableciendo disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, y proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

En particular, la persona con discapacidad podrá disponer en su caso el devengo de una posible retribución del curador y/o el reintegro de los gastos que se pudieran producir a éste por el ejercicio de la curatela, pero de no haber contemplado nada al respecto habrá que entender que en todo caso ese será el modo de proceder al respecto, por aplicación de las reglas legales generales de la curatela, en las que el artículo 281 atribuye

27. *Vid.* la anterior redacción de los arts. 223.II («[...] cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»), y 234.1.º («Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223»).
28. De hecho, la Disposición Transitoria tercera de la Ley 8/2021 señala que las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y pasarán a regirse por ella. La tutela ahora queda reservada por el artículo 199 a los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad, eliminando su aplicación a los mayores de edad con limitaciones de capacidad.

al curador el derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, y al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio, correspondiendo al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, teniendo en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

Se trata de una medida voluntaria establecida por la propia persona en previsión de una futura discapacidad inhabilitante para que en ese momento la persona o personas designadas le presten los apoyos necesarios en condición de curadores, autodeterminando el apoyo sobre la base de tomar como referencia la estructura institucional de la curatela legal, si bien adaptándolo *a medida* a su caso mediante el establecimiento de las funciones y reglas de actuación de los curadores o incluso excluyendo a determinadas personas como posibles curadores. Por tanto, será la voluntad del interesado, manifestada en la escritura pública de propuesta, la que rijan en primer lugar el funcionamiento de la autocuratela, recurriéndose a la normativa de la curatela institucional sólo supletoriamente²⁹.

En este caso no se reitera por el legislador la necesidad de que el Notario autorizante dé cuenta de la escritura pública al Registro Civil, pero ha de entenderse que ese procedimiento habrá de seguirse igualmente para que pueda quedar la debida constancia de su existencia, y por tanto daremos por reproducidas las observaciones que hicimos al respecto.

Lo dispuesto por el propio interesado no dará lugar por sí mismo a la curatela, que será de constitución judicial (la persona no puede nombrar al curador, sino que ello es competencia del Juez), sino que –conforme a lo contemplado en los arts. 271 y 272– se trata de una *propuesta de autocuratela*. Sin embargo, el artículo 272 dispone que esta propuesta de autocuratela vinculará en principio al Juez al constituir la curatela, aunque, ante la eventualidad de que pudieran existir circunstancias graves que hubieran sido desconocidas por la persona que las estableció o una alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, se contempla que en tales casos el Juez podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal.

29. ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., «La autocuratela en el Anteproyecto de ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, 2018, pp. 98-99; y LÓPEZ SAN LUIS, «El principio de respeto a la voluntad...», *op. cit.*, pp. 132-134.

La designación de la persona o personas que habrán de ser los curadores podrá hacerse directamente por el propio interesado, o bien podrá establecer un elenco de posibles curadores y delegar en otra persona la elección de quién haya de ser el curador (art. 274), por lo que en tal caso esa persona no tendrá una plena libertad en la designación del curador, sino que deberá hacerlo siempre a partir de la relación de candidatos propuesta por el interesado. Realmente, como señala GARCÍA RUBIO³⁰, nos encontraríamos aquí ante la previsión de dos apoyos sucesivos: la designación de esa tercera persona como apoyo sustitutivo con la finalidad de realizar un acto concreto, que sería precisamente la elección del curador o curadores.

En principio, serán designados curadores las personas propuestas por la propia persona sometida a curatela (o la persona en que se haya delegado la elección), sean personas físicas o jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad (fórmula en evidente paralelismo con el art. 212, sobre la tutela), aunque –como dijimos– el Juez podrá ignorar esa propuesta cuando existan circunstancias graves que hubieran sido desconocidas por aquélla o una alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272), pero aun cuando la persona sometida a curatela conociera las circunstancias graves en el momento de la propuesta y pese a ello la hizo, entendemos que el Juez podrá apartarse motivadamente de esa designación si estima que los curadores propuestos son inadecuados, pues conforme al artículo 275.I es requisito para ser curadores –además de la mayoría de edad– el que «a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función»³¹. Igualmente podrá ignorar a los curadores propuestos cuando no cumplan los requisitos de mayoría de edad en el caso de personas físicas y de falta de ánimo de lucro o inclusión en sus fines de la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad en el caso de las jurídicas, o bien incurran en causas de inhabilidad, ya que el artículo 276 establece como excepción a la vinculación del Juez a la propuesta de curatela (que se reitera ahora para el nombramiento de los curadores) la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272 y la observancia de lo dispuesto en el artículo 275.

La persona que necesitará los apoyos también podrá establecer, en el mismo documento o en varios sucesivos, un orden de sustitución de los

30. GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, p. 45.

31. ESCARTÍN, «La autotutela...», *op. cit.*, p. 99.

curadores, estableciendo sustitutos a los primeramente nombrados, en cuyo caso se atenderá al orden de sustitución que se haya concretado, y en defecto de concreción del orden de sustitución será preferido el propuesto en primer lugar, y de haberse realizado en documentos sucesivos el propuesto en el documento posterior (art. 273). Si el interesado no hubiera designado a quien o quienes habrán de ser los curadores, será el Juez quien proceda a esa designación conforme al orden dispuesto en el artículo 276:

1.º Cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, que conviva con la persona que precisa el apoyo.

2.º Hijo o descendiente, con preferencia del conviviente con la persona que precisa el apoyo.

3.º Progenitor o ascendiente, con preferencia del que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4.º Persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

5.º Quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6.º Hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

7.º Una persona jurídica en la que concurran las condiciones requeridas para ser curador (recogidas en el párrafo segundo del art. 275.1).

Este orden legal no vincula necesariamente al Juez, pues podrá alterarlo, una vez oída la persona que precise apoyo, o si una vez oída no resultara clara su voluntad, nombrando en tal caso a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

En relación con los supuestos 2.º y 3.º, la convivencia deberá entenderse referida al momento del nombramiento. No se contempla la posibilidad de que puedan existir varios descendientes o ascendientes convivientes con la persona que precise el apoyo, por lo que parece que en tales casos el Juez podrá optar por quien de ellos estime más adecuado.

El papel del curador será similar al existente en el régimen de curatela *impropi*a existente entre 1983 y 2021³², de modo que se traducirá en una asistencia o complemento de la capacidad de la persona con discapacidad, por medio de un asentimiento o visto bueno a sus actuaciones. En todo caso, en cuanto que curador, en su actuación deberá mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y desempeñar

32. Cfr. los antiguos arts. 287 y 289-290.

las funciones encomendadas con la diligencia debida, respetando su voluntad, deseos y preferencias, así como procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y fomentar sus aptitudes, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282).

5. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS A LA TOMA DE DECISIONES EN EL ÁMBITO SANITARIO

Finalmente, entrarían también en este ámbito, aunque la reforma de 2021 no las contemple específicamente, las instrucciones previas a la toma de decisiones en el ámbito sanitario, ya existentes con anterioridad a la Ley 8/2021.

5.1. El documento de instrucciones previas y el consentimiento informado

El documento de instrucciones previas (también denominado *testamento vital*) tiene su origen remoto en diversos pronunciamientos judiciales de Estados Unidos³³, y el próximo en el artículo 9 del Convenio de Oviedo³⁴, recogándose en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, junto a la cual son aplicables diversas normas autonómicas (recogidas en leyes específicas sobre el derecho de información o bien en las respectivas leyes de salud u ordenación sanitaria)³⁵. Es el instrumento a través del cual puede plasmarse el consentimiento informado como derecho del

33. En concreto, en las declaraciones del entonces Magistrado del Tribunal de Apelaciones de Nueva York Benjamin Cardozo en el caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital* de 14 de abril de 1914: «every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault for which he is liable in damages. This is true except in cases of emergency where the patient is unconscious and where it is necessary to operate before consent can be obtained». Sobre el origen y regulación en el Derecho comparado, *Vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o "testamento vital"», *Diario La Ley*, n.º 7.334, 3-2-2010, pp. 5-7.

34. Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y ratificado por España mediante Instrumento de 23 de julio de 1999.

35. Al respecto, *Vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, «Una aproximación...», *op. cit.*, p. 6.

paciente, que supondría la posibilidad de decidir por sí mismo sobre el propio cuerpo y la propia vida, ante las actuaciones médicas³⁶.

Así, dentro del consentimiento informado, ocupa una especial posición el denominado testamento vital (*living will*) o documento de voluntades anticipadas (*advance directive*) o instrucciones previas, que sería el documento por el que se declara la clase de cuidados y tratamiento médico vital que el paciente desea, anticipándose a la posibilidad de no ser capaz de expresarse personalmente sobre estos aspectos, dando así instrucciones específicas sobre qué intervenciones médicas desea recibir, tanto de mantenimiento de la vida (sobre todo dirigidas a evitar el denominado «encarnizamiento terapéutico» y la prolongación artificial de la vida) como otros tratamientos. Es decir, se trata de una variante del consentimiento informado, caracterizada porque se presta con carácter previo y condicionada a que llegue a producirse un supuesto concreto (enfermedad grave que lo prive de facultad cognoscitiva), ya que, debido a la misma causa que motiva la intervención médica, el paciente no podrá en ese momento ser informado y prestar su consentimiento, produciéndose así una excepción al régimen general de consentimiento por sustitución (es decir, que el consentimiento debería darlo el paciente en el momento, y cuando no pueda le sustituirán sus parientes y allegados), sino que será el propio paciente, en ejercicio de su autonomía, el que predetermine cuáles son los tratamientos que desea que se le apliquen en caso de que no pudiera declarar su voluntad en ese momento. Como vemos, guarda grandes similitudes con las medidas preventivas voluntarias previstas en la Ley 8/2021, si bien como indicamos ésta no lo recoge, quizás por tener un carácter restringido al ámbito sanitario frente a las medidas más genéricas recogidas en la Ley.

En ciertas circunstancias, no es factible acudir al sistema general de que el paciente reciba la información y sobre ella preste su consentimiento, porque no está en condiciones de hacerlo. Por ello, no se puede partir de su voluntad si ésta no consta previamente de modo expreso y en condiciones de autenticidad.

El contenido del documento podría hacer referencia a los siguientes extremos³⁷:

- a) El deseo de que se extremen todas las medidas terapéuticas conocidas, incluso las extraordinarias, con el fin de lograr la curación o al menos la prolongación de la vida.

36. JIMÉNEZ MUÑOZ, «Una aproximación...», *op. cit.*, p. 5.

37. MORENO ARIZA, J., «Regulación del documento de voluntades anticipadas en el ordenamiento jurídico español», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 2.093, 15-9-2009, pp. 2271-2272.

- b) El propósito de no prolongar inútilmente la vida, pero sin llegar a rechazar los tratamientos ordinarios e incluso los soportes vitales como los fluidos intravenosos, hidratación y alimentación artificial.
- c) El rechazo de tratamientos, aunque no puedan considerarse como muestra de encarnizamiento terapéutico, si sólo sirven para prolongar la vida sin esperanza de curación.
- d) Limitarse a solicitar el tratamiento médico que evite el dolor o malestar físico y el sufrimiento psíquico, aunque tales medidas pudieran acortar la vida.
- e) Complementariamente, el otorgante puede eximir expresamente de cualquier responsabilidad a los facultativos que sigan las instrucciones expresadas por el paciente, así como expresar sus valores, creencias u objetivos personales, que podrían ayudar, tanto si concurre el representante como si no, a interpretar las voluntades anticipadas.
- f) Y finalmente, podrá recogerse la solicitud de prestación de *ayuda para morir*, en los términos de los artículos 5.2 y 6.4 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, situación en que el médico responsable estará obligado a aplicar lo previsto en el documento de instrucciones previas (art. 9).

5.2. Elementos subjetivos

Centrándonos en la regulación estatal, el artículo 11.1 de la Ley de autonomía del paciente describe el documento de instrucciones previas como aquel por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Por tanto, se exige una capacidad reforzada frente a la situación ordinaria en que es aplicable el consentimiento informado genérico, en que el artículo 9 de la Ley de autonomía del paciente permite prestarlo a los menores emancipados o mayores de 16 años y aun de edad inferior si son capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, mientras que si el paciente no es capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable, tenga el ejercicio de su capacidad sometida a apoyos judiciales y así conste en la sentencia o sea un menor no capaz intelectual ni emocionalmente de

comprender el alcance de la intervención, se otorgará el consentimiento por representación.

El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. No obstante, su función no sería exactamente la de representación (si las instrucciones son claras no hay más que cumplirlas, y no puede sustituir al otorgante en su voluntad; por ello, en caso de insuficiencia de las instrucciones contenidas en el documento, el representante carecerá de competencias, debiendo intervenir los parientes y allegados), sino más propiamente la de interpretar el documento de instrucciones y velar por su correcto cumplimiento por los médicos: es decir, es más bien un mero ejecutor de la voluntad del otorgante. No se indica si será necesaria la aceptación del cargo por el representante, por lo que cabe entender que la designación será válida desde el principio, pero sólo desde su aceptación quedará vinculado. La designación de representante podrá ser revocada por el otorgante, tanto en el sentido de sustituir al anteriormente nombrado por otro, como en el de suprimir la existencia de todo representante, como resulta de la posibilidad de revocar el propio documento de instrucciones previas.

5.3. Elementos objetivos

Como vemos, este documento no sólo permite al paciente influir en las futuras decisiones asistenciales, sino que facilita a los profesionales de la salud la toma de decisiones respetuosas con la voluntad del enfermo cuando éste no tiene ya capacidad para decidir por sí mismo.

De esta forma, nos encontramos con una declaración de voluntad que puede producir efectos jurídicos tanto *inter vivos* (instrucciones sobre el tratamiento médico) como *mortis causa* (disposiciones sobre el destino del cuerpo u órganos), si bien lo que podría considerarse propiamente testamento vital es lo referente al primer aspecto, siendo el segundo ya referente a la donación de órganos, destino del cadáver, enterramiento o incineración y cuestiones religiosas funerarias, e incluso sobre el uso *post mortem* del material reproductor del declarante.

En ese primer ámbito, como vemos, a través de las instrucciones previas se dará con carácter anticipado el consentimiento informado, que es preciso en toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente y que será verbal por regla general, aunque se deberá prestar por escrito –y aquí es especialmente destacado el papel del documento de instrucciones

previas– en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art. 8 de la Ley de autonomía del paciente). Además, también por esta vía el paciente puede optar previamente por una u otra posibilidad de decisión que se abran ante una cierta evolución de su enfermedad.

El grado de concreción dependerá en el fondo del estado de salud del otorgante: si no padece aún ninguna enfermedad, el documento tendrá un carácter meramente preventivo y por tanto un contenido más general, en cuyo caso puede suceder que realmente no aporte nada nuevo a lo ya establecido en la deontología médica³⁸, mientras que si está sufriendo ya un proceso patológico conocido, el contenido será mucho más preciso, funcionando como consentimiento informado anticipado respecto de los concretos tratamientos médicos que se le pueden proporcionar, pero se corre el riesgo de que desde que se emite el documento hasta que deba hacerse efectivo haya podido quedarse anticuado, porque las técnicas que implicaban riesgos en el primer momento puedan haberse mejorado con posterioridad y ser ahora aplicables con grandes posibilidades de éxito.

El destinatario del documento de voluntades anticipadas será el médico responsable en cada momento, que deberá recibirlo, incorporarlo a la historia clínica y respetar su contenido en las intervenciones que realice, siempre que se hayan mantenido dentro de los límites legales, a que luego nos referiremos.

Como expresión del consentimiento informado, y dado que se basa en el principio de responsabilidad del paciente respecto de las decisiones que conciernen a su salud, el documento ha de ser el resultado de un proceso de reflexión. Por ello, ha de entenderse que debe ser consecuencia de una adecuada información, hasta el punto de que las voluntades previas carentes de la suficiente información (sobre los riesgos derivados de la intervención, posibles actuaciones alternativas, posibilidad de curación, etc.) al tiempo de su otorgamiento podrían considerarse anulables, por manifestar un consentimiento viciado por error.

Las instrucciones previas tendrán tres tipos de limitaciones conforme al artículo 11.3 de la Ley de autonomía del paciente:

38. El Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España-Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, de julio de 2011, declara en su artículo 36.2 que «el médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza de beneficios para el enfermo, inútiles u obstinadas [...]».

- a) El ordenamiento jurídico, referencia que es superflua pues en cualquier caso es claro que no serían admisibles declaraciones ilegales, conforme a la regla general del artículo 6.3 del Código Civil.
- b) La *lex artis*, que determina la corrección de cada concreto acto médico y podemos definir como la actuación que realizaría un buen profesional de la medicina en ese momento y con esos medios técnicos, de acuerdo con lo que es común en la generalidad de las conductas médicas en supuestos similares. No obstante, nos encontramos con que el de la *lex artis* es un concepto bastante indeterminado (similar en lo difuso al de «buen padre de familia»), que puede actuar como «concepto válvula» que permita ajustar la corrección de cada actuación concreta a esa hipotética «buena actuación». Por ello, se ha propuesto como alternativa el término de «buena práctica clínica», pero tal vez es una variación principalmente terminológica.
- c) La correspondencia entre el supuesto de hecho que el declarante haya previsto en el momento de manifestarlas y el que se produce en el momento de aplicarlas. Será el médico que asista al paciente quien determine, en función de la situación en que éste se halle en cada momento, si en el documento de instrucciones previas hay previsiones específicas para esa situación. No obstante, este requisito no puede aplicarse con excesiva rigidez, sino que la aplicación debe ser fruto de la interpretación de las disposiciones del documento, pues es obvio que resulta prácticamente imposible que en el documento puedan preverse con detalle la totalidad de los supuestos que pudieran producirse, siendo aquí de especial importancia el papel del representante, si existe, como intérprete de la voluntad del paciente.

De este forma, el médico podrá valorar si lo expresado en el documento se corresponde con la situación real planteada; si puede considerarse que el avance del estado de la ciencia y la *lex artis*, respecto a los existentes en el momento de emisión de las instrucciones, le obligan a dejar en suspenso el criterio contenido en ellas; y si las instrucciones se oponen al ordenamiento jurídico, en cuyo caso debería ignorarlas, razonando los motivos para ello y anotándolos en la historia clínica del paciente. Sin embargo, la elevada judicialidad existente en el ámbito sanitario puede hacer que muchos médicos se muestren reacios a tomar determinadas decisiones en ese sentido, especialmente cuando puedan verse entre un documento de voluntades anticipadas y un pariente o representante que insiste en contrariarlas.

Por otra parte, dado que el documento de instrucciones previas no es más que una manifestación del consentimiento informado, no

necesariamente irá a producir efectos cuando estemos en aquellos casos en que se excluye la exigencia del consentimiento informado: así, en los supuestos en que haya riesgo para la salud pública o exista riesgo grave para la integridad física o psíquica del enfermo (art. 9.2 de la Ley de autonomía del paciente), y en los aspectos en que no quepa entender existente una autorización (aunque entonces tampoco nos encontraríamos ante esa correspondencia de supuestos de hecho a que hicimos referencia). Tampoco lo hará en los casos de relaciones de sujeción especial, en los que surge para el Estado la obligación de proteger a las personas bajo su custodia en virtud de determinadas relaciones legales (en especial, internos en centros penitenciarios), por lo que tampoco surtirían efecto las disposiciones del documento de voluntades anticipadas que fueran contrarias al deber del Estado de mantener la vida de estas personas³⁹.

5.4. Elementos formales

El artículo 11.2 de la Ley de autonomía del paciente establece que las instrucciones previas habrán de constar siempre por escrito, si bien algunas de las leyes autonómicas imponen requisitos formales superiores⁴⁰.

Una vez otorgado, el documento se incorporará a la historia clínica del paciente y al Registro especial de instrucciones previas. Respecto de este Registro, se contempla uno de carácter autonómico en cada

39. Sobre la subordinación del respeto a la voluntad del paciente sometido a esta relación de sujeción respecto del deber del Estado, son especialmente ilustrativas las declaraciones de la STC 120/1990, de 27 de junio, en relación con el recurso de amparo de reclusos del GRAPO en huelga de hambre contra la orden judicial de alimentación forzosa. En especial, que «en el medio penitenciario, no sólo ha de entrar en consideración el deber general de proteger la vida y la salud que incumbe a las Administraciones públicas sanitarias, sino un deber especialmente modulado por tratarse de personas sujetas coactivamente a custodia y aseguramiento en establecimientos estatales. [...] [L]a asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia. [...] [L]a asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro [de muerte] se manifiesta como un medio imprescindiblemente necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo».

40. Así, la ley madrileña requiere que se otorguen ante Notario, el personal al servicio de la Administración o tres testigos sin vínculos próximos; las leyes catalana, gallega, extremeña, aragonesa, navarra y cántabra exigen que se otorguen ante Notario o tres testigos, de los cuales dos no deberán tener relación de parentesco con el otorgante inferior al segundo grado (en Cantabria incluso se excluye a quienes tengan relación laboral, patrimonial o de servicio, o matrimonial o análoga), y en La Rioja se combinan ambos requisitos, debiendo otorgarse ante Notario y tres testigos.

legislación autonómica y otro nacional dependiente del Ministerio de Sanidad en la Ley de autonomía del paciente, «con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas» (art. 11.5). No obstante, podemos entender que esa inscripción registral no es constitutiva⁴¹, por lo que el documento no inscrito no por ello dejará de producir efectos, sino que con la inscripción se trataría simplemente de facilitar el conocimiento de su existencia y contenido, y de facilitar su prueba; es decir, estaríamos ante un requisito *ad probationem*, y no *ad solemnitatem*.

Es más, en general podemos entender que esos requisitos formales añadidos por las normas autonómicas únicamente irán dirigidos a facilitar su prueba, pero todo documento de instrucciones previas, siempre que se haya otorgado con cumplimiento de los demás requisitos (en especial, la capacidad), tendrá plenos efectos, al margen de que se cumplan esos otros requisitos formales y la inscripción registral.

5.5. Revocabilidad

Conforme al artículo 11.4 de la Ley de autonomía del paciente, «las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito». Es esto lógico, puesto que si lo que se trata es de que quede constancia de la voluntad del paciente, y ésta puede cambiar, debe permitirse su revocación: el documento de instrucciones previas tiene una duración indefinida, y las circunstancias o la voluntad del paciente pueden ir variando a lo largo del tiempo, por lo que debe permitírsele su modificación o directamente su eliminación.

Como vemos, la revocación se somete al único requisito mínimo que debía concurrir en la declaración, dado que no es más que una nueva declaración, ahora de naturaleza negativa: que conste por escrito, aun cuando en la declaración se hubieran observado mayores formalidades, siempre que se pueda asegurar la autenticidad del documento revocatorio.

41. En las Leyes cántabra 7/2002 (art. 34.5) y la extremeña 3/2005 (art. 18.2), sin embargo, sí se contempla como constitutiva, en la medida en que se hace depender de la inscripción la validez del documento (es más, en la segunda se exige que esté inscrito en el Registro extremeño; ¿significa esto que un valenciano paciente de un centro sanitario extremeño debe reiterar sus voluntades previas dadas en Valencia para que éstas sean válidas en Extremadura?). Sin embargo, este valor es cuando menos de una constitucionalidad dudosa al restringir la configuración dada a esta inscripción por la Ley (estatal) de autonomía del paciente.

La revocación podrá realizarse con un contenido meramente negativo, simplemente eliminando el documento anterior, o bien sustituyendo el documento existente por un nuevo, y ello tanto parcial como totalmente.

En cuanto a los requisitos autonómicos, dado que como hemos dicho cabe entender que no serían constitutivos de las instrucciones previas, sino que se dirigirían meramente a facilitar su existencia y contenido, su falta en la revocación no le privará de efectos, bastando con que se haya realizado por escrito, siempre que pueda probarse su veracidad.

Aun cuando no se diga nada al respecto, habrá de entenderse que los documentos de revocación también tendrán acceso al Registro específico, pues con éste se busca dar publicidad a la existencia actual de la voluntad del paciente, y tras la revocación la misma no se correspondería ya con la publicitada registralmente.

III. LA TENSION ENTRE VOLUNTARIEDAD E INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA FIJACIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO

1. LA RELEVANCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Como venimos señalando, el nuevo sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad por las personas con discapacidad gira en torno a la voluntad de las mismas (o, como dice la Ley 8/2021, de modo similar a la Convención de Nueva York, «la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica»), que se pone en el centro de su configuración. Sin embargo, esa voluntad de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ¿debe considerarse como un valor (cuasi) absoluto, aun cuando las decisiones que adopte al respecto vayan en contra de sus propios intereses, o bien deberían tomarse en cuenta esos intereses de la persona con discapacidad? Aparentemente, del texto de la Ley 8/2021 habría de derivarse que ha de atenderse únicamente a la voluntad de la persona, cuando su Exposición de Motivos indica que «[el] nuevo sistema [está] basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad» (aptdo. III), sin hacer referencia alguna a sus intereses, que ni siquiera son objeto de mención en el texto de la Ley.

La Observación General, a su vez, es más clara en esta cuestión, excluyendo expresamente en esta materia el criterio del «interés superior»:

«Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del “interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás» (aptdo. 21).

Por tanto, para la Observación General, el criterio del «interés superior» debe reservarse al ámbito de los menores de edad, quedando excluido en el de los adultos, donde debe atenderse exclusivamente a «la voluntad y las preferencias» de la persona con discapacidad, y cuando no sea posible determinarlas deberán interpretarse de la mejor manera posible.

Ello se reafirma más adelante en la Observación General, cuando recuerda que el Comité «ha declarado en repetidas ocasiones que los Estados partes deben “examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”» (aptdo. 26); y señala que en los «regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones [...] toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el “interés superior” objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias» (aptdo. 27), y que un «régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona. [...] Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo».

En ese sentido, un sector doctrinal⁴² defiende que ha de atenderse únicamente a la voluntad de la persona, con exclusión del recurso al interés superior, pues es únicamente la propia persona con discapacidad quien puede decidir sobre cuál es su interés, incluso aunque se equivoque.

42. En el que destaca GARCÍA RUBIO. Así, en «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, pp. 32-33.

Sin embargo, esa aparente conclusión en favor de la inaplicación del criterio del interés superior de la persona con discapacidad puede no serlo realmente, siendo posible compatibilizar los criterios de respeto a la voluntad y de interés⁴³. Si observamos con atención lo expresado en la Observación General, veremos que se está refiriendo a los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas, en que se prescinde totalmente de la voluntad de la persona con discapacidad y que se basarían exclusivamente en su «interés superior», que serían los que la Observación rechaza, pero ni puede entenderse que ambos regímenes deban ser maximalistas y absolutos (prescindir completamente de la voluntad de la persona, sustituyéndola de modo total, o bien seguir esa voluntad ciega e irreflexivamente), sino que hay situaciones intermedias, ni el régimen de atención exclusiva al «interés superior» puede considerarse actualmente como preferente para todos los casos de existencia de una discapacidad (como sí era el enfoque principal de la regulación de la incapacitación en España hasta la Ley 8/2021, con un papel secundario de las vías complementarias de la capacidad) y contrapuesto al de atención a la voluntad del interesado, ni puede sostenerse que haya una necesaria contradicción entre los principios de respeto a la voluntad y preferencias y del interés superior, sino que pueden cohonestarse, no siendo incompatibles la preferencia y prioridad del respeto a la voluntad de las personas con discapacidad como expresión del reconocimiento a su plena integridad y dignidad en igualdad con el resto de las personas y el hecho de que sean sujetos necesitados de una especial protección y que en tal sentido deba atenderse a sus mejores

43. Así, nos alineamos con otras autoras, como C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (en *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019, p. 40); S. DE SALAS MURILLO (en «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 780, 2020, pp. 2227-2268), M. PETIT SÁNCHEZ (en «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5, 2020, pp. 265-313), R. LÓPEZ SAN LUIS (en «El principio de respeto a la voluntad...», *op. cit.*, p. 127), A. SÁNCHEZ GÓMEZ (en «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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 de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5, 2020, pp. 419-420); o A.I. BERROCAL LANZAROT (en «Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 786, 2021, pp. 2405 y 2406).

En el mismo sentido de dar relevancia al interés superior de la persona con discapacidad se pronunció la Propuesta de texto articulado de la Asociación Española de Neuropsiquiatría para adaptar la legislación española a los principios y directrices de la Convención de la ONU de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad, de mayo de 2016 (art. 2).

intereses. En todo caso, al margen de esto es claro que en caso de conflicto entre el interés de la persona con discapacidad y el de otras personas (sin discapacidad), tendrá preferencia aquél sobre éste⁴⁴.

Por otra parte, la Observación General, como texto derivado de un comité de seguimiento del cumplimiento de la Convención, no es entendible como una interpretación auténtica de la misma ni mucho menos una norma que vincule a los Estados firmantes como si fuera parte integrante de ella⁴⁵.

Como decíamos, los principios de respeto a la voluntad y preferencias y del interés superior no son incompatibles, sino que deberá aplicarse el primero como preferente y el segundo subsidiaria y excepcionalmente, para los casos en que no sea posible en modo alguno, ni siquiera con apoyos, saber cuál es la voluntad de la persona con discapacidad, porque no pueda expresarse ni reconstruirse, por lo que habrá que acudir a cargos tuitivos con funciones representativas⁴⁶, que habrán de actuar en base a la salvaguardia de los intereses de la persona con discapacidad y en todo caso en base a las preferencias que la misma haya expresado o puedan derivarse –aunque sea limitadamente– de su enfoque de vida. Ya señalamos anteriormente que el artículo 249.III del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 8/2021, reserva a los casos excepcionales en que, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, la posibilidad de que las medidas de apoyo puedan incluir funciones representativas, debiéndose tener en cuenta en tal caso, en el ejercicio de esas funciones, 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. En tal sentido, la Exposición de Motivos de la Ley, al referirse a la curatela en su apartado III, señala que «como principio de actuación

44. PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, 2018, p. 9, y también en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de les Illes Balears*, t. 021, 2020, p. 416. En ese sentido se ha pronunciado abundante jurisprudencia.

45. MARTIN, W., MICHALOWSKI, S., STAVERT, J., WARD, A., RUCK KEENE, A., HEMPSEY, A., CAUGHEY, C., MCGREGOR, R., *The Essex Autonomy Project Three Jurisdictions Report: Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK*, junio 2016, disponible en https://www.researchgate.net/publication/303988881_The_Essex_Autonomy_Project_Three_Jurisdictions_Report_Towards_Compliance_with_CRPD_Art_12_in_CapacityIncapacity_Legislation_across_the_UK [última consulta: 3-1-22], pp. 55-57; DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 780, 2020, pp. 2231-2232.

46. DE SALAS, «¿Existe un derecho...», *op. cit.*, pp. 2232-2233. Ya antes, PAU, «De la incapacitación al apoyo...», *op. cit.*, p. 10, y también en *Boletín...*, *op. cit.*, p. 416.

y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas».

En este punto, no debe desconocerse el papel que debe cumplir el principio del interés de la persona con discapacidad en relación con la actuación de los cargos tuitivos conforme al artículo 249 del Código Civil, pues si bien el mismo señala que se deberá «tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación», esa *voluntad reconstruida* sólo será posible en los casos de discapacidad inhabilitante sobrevenida pero se dispone de información fidedigna⁴⁷, mientras que la determinación de esta voluntad presunta muchas veces será inviable pues no se dispondrá de esa información porque la persona con incapacidad no habrá podido manifestar su voluntad con las mínimas condiciones de libertad y consciencia⁴⁸, salvo que más que a una voluntad presunta estemos refiriéndonos a una voluntad ficta, momento en el que deberá acudir al criterio del mejor interés para no desproteger a la persona con discapacidad⁴⁹. De este modo, en estos casos el prestador de apoyos deberá actuar prioritariamente atendiendo a la reconstrucción de la voluntad de la persona con discapacidad, pero cuando ello no sea posible deberá hacerlo buscando su mejor interés.

Así, si el curador debe prestar un complemento para el ejercicio de la capacidad, lógicamente lo hará cuando crea que ello conviene a la persona con discapacidad y no ateniéndose exclusivamente a la voluntad de la misma, en el ejercicio de su función tuitiva (pero por supuesto sin que ello implique que pueda prescindir injustificadamente de esa voluntad). De otro modo, realmente la figura del curador sobraría y sería única y exclusivamente la persona con discapacidad, sin control alguno, quien decidiría aun en contra de sus propios intereses. En tales casos, la persona con discapacidad que, contra el criterio de su curador, persiste en su deseo de realizar la actuación proyectada, podrá acudir a la autorización judicial sustitutiva para poder efectuar el acto por sí mismo⁵⁰.

47. CANIMAS BRUGUÉ, J., «Decidir por el otro a veces es necesario», en *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, n.º 39, 2016, pp. 18-19.

48. DE SALAS, «¿Existe un derecho...», *op. cit.*, p. 2233.

49. DE SALAS, «¿Existe un derecho...», *op. cit.*, p. 2233.

50. DE SALAS, «¿Existe un derecho...», *op. cit.*, p. 2248. Es la solución contemplada en el Código Civil de Cataluña: «Si el curador rechaza, sin causa justificada, prestar la asistencia en alguno de los actos que la requieran, la persona puesta en curatela puede solicitar la autorización judicial para actuar sola» (art. 223-4.2).

De hecho, la orientación jurisprudencial, tanto antes⁵¹ como después⁵² de la Ley 8/2021, es la de atender conjunta o subsidiariamente al mejor interés de la persona con discapacidad, en especial en relación con la determinación de las personas que han de asumir los cargos tutelares.

2. EL SUPUESTO «DERECHO A EQUIVOCARSE» DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Pero, yendo un paso más allá, podemos plantearnos si esa subordinación del principio del menor interés al del respeto a la voluntad de la persona con discapacidad cuando existe, ha de tomarse como un valor absoluto, de modo que no se aplicaría el apoyo si la persona lo rechazara

-
51. SSTs 635/2015, de 19 de noviembre; 373/2016, de 3 de junio; 216/2017, de 14 de abril; 298/2017, de 16 de mayo; 596/2017, de 8 de noviembre; 403/2018, de 27 de junio; 458/2018, de 18 de julio (que incluso señala que debe tenerse «en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, *que está por encima de la autonomía de la voluntad*», énfasis nuestro), y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras, que resolvieron «en atención al interés más relevante que es el del incapacitado». No obstante, en estas sentencias (siendo ponente el Magistrado Seijas de todas ellas) se reitera, desde la indicada en primer lugar, que el «interés superior del discapaz 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», cuando, como pone de manifiesto GARCÍA RUBIO (*cit.* por PETIT SÁNCHEZ en «La adopción de medidas de apoyo...», *op. cit.*, pp. 289-290), ese interés no aparece ni en ese apartado ni en el resto de la Convención, y como hemos visto la Observación General lo excluye tajantemente.
52. Así, la STS 589/2021, de 8 de septiembre, primera ocasión en que nuestro Alto Tribunal ha aplicado la Ley, señala que, si bien «las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar “la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica” y atender “en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”», «cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad [...], la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador», como indica el artículo 269 CC, «en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad». En tal sentido, concluye que «no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal». Con posterioridad, pueden citarse el ATS de 17 de noviembre de 2021 y la STS 706/2021, de 19 de octubre.

o se manifestara en sentido contrario a su contenido. Es decir, lo que se ha considerado como un supuesto derecho a no recibir apoyos o prescindir de su contenido.

Como hemos indicado reiteradamente, la clave del nuevo sistema, tanto en la Convención y en la Observación General como en la Ley 8/2021, es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y en ese sentido la Observación señala que «[e]n todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones» (aptdo. 18 *in fine*) y «[a]lgunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás [...] y pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo». En tal sentido, muy gráficamente, algunos autores hablan de un supuesto *derecho a equivocarse*⁵³, que se recogería en el final del apartado 22 de la Observación General (aunque no en la propia Convención).

Sin embargo, el respeto a la voluntad no puede tomarse tampoco como un valor supremo y absoluto, pues si bien puede encontrar apoyo también en el principio de respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución⁵⁴, hemos de tener también en cuenta otros principios constitucionales, como el amparo especial de las personas con discapacidad para el disfrute de los derechos que establece el artículo 49 de la Constitución, que se complementarían⁵⁵. Debe hallarse así un equilibrio entre ambos principios, evitando caer en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad, ni se le dé a su respeto tanta amplitud que se establezca un régimen de protección insuficiente en perjuicio de la propia persona con discapacidad⁵⁶. En tal sentido, debe entenderse como admisible la existencia de una heterorregulación (posibilidad de que el Estado establezca medidas protectoras de la persona con discapacidad imponiéndole actuaciones al margen de su voluntad) junto a la autorregulación (prestación de los apoyos previstos por la propia persona), para cuando no hay voluntad

53. Así, GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, p. 33; y AMUNÁTEGUI, *Apoyo a los mayores...*, *op. cit.*, p. 41.

54. La afectación de este principio constitucional es puesta de manifiesto por la STC 7/2011, de 14 de febrero: «toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE)». En parecido sentido se han pronunciado, entre otras, las SSTs 1901/2017, de 16 de mayo, y 3923/2017, de 8 de noviembre.

55. DE SALAS, «¿Existe un derecho...», *op. cit.*, p. 2236.

56. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 50.

de la persona que necesita apoyo o bien rechace los apoyos habiendo un interés objetivo de protección, y en esa línea la nueva regulación establece en paralelo ambos regímenes: una autorregulación con medidas privadas voluntarias de índole asistencial, preventivas o *ex ante*, que se aplicaría preferentemente con carácter general, y una heterorregulación de medidas legales o judiciales de carácter excepcional (en caso de inexistencia o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate: art. 249 CC) con medidas reactivas o *ex post* que incluyen funciones representativas⁵⁷. En el mismo sentido, se establece como cauce procedimental para la fijación de los apoyos el expediente de jurisdicción voluntaria, a fin de facilitar que la propia persona con discapacidad pueda intervenir activamente en ella, pero si dicha persona manifiesta su oposición el procedimiento pasa a ser contradictorio, debiéndose valorar en todo caso la racionalidad y coherencia de esa oposición y las circunstancias personales de la persona.

Por otra parte, hablar de un *derecho a equivocarse* y de que debe observarse como único criterio el respeto a la voluntad y preferencias de la persona es ciertamente llamativo, cuando existe una normativa⁵⁸ en torno a la comprobación de que la voluntad contractual ha sido formada de manera plenamente consciente en relación con sectores de personas con pleno ejercicio de su capacidad pero que resultan especialmente protegidos, como es el caso de los consumidores y usuarios y los adquirentes de productos financieros, y en cambio en el caso de las personas con discapacidad que requieran apoyos se prescinde de esa comprobación y se eleva a criterio único de actuación el respecto acrítico de su voluntad sin atención a cuáles puedan ser sus intereses⁵⁹.

Puede admitirse que la persona con discapacidad tenga un *derecho a equivocarse* en igualdad de condiciones que el resto de las personas, pero ha de tenerse presente que precisamente por su propia discapacidad, que le impone la necesidad de apoyos, no está en igualdad de condiciones con los demás y por ello se establece esa vía de complemento de capacidad que compense la desigualdad, y que en estos casos las *equivocaciones* pueden tener especial trascendencia y condicionen la vida futura de la persona en su ámbito personal o patrimonial. Ello hace que, lo mismo

57. DE SALAS, «¿Existe un derecho...», *op. cit.*, pp. 2238 y 2254; y de modo similar PETIT SÁNCHEZ, «La adopción de medidas de apoyo...», *op. cit.*, pp. 306-307. Esta doble terminología es empleada igualmente por la autora indicada en primer lugar, que la toma respectivamente de PAU (en «De la incapacitación al apoyo...», *op. cit.*, p. 13, y también en *Boletín...*, *op. cit.*, p. 420) y GARCÍA RUBIO (en «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, p. 34).

58. PETIT SÁNCHEZ, «La adopción de medidas de apoyo...», *op. cit.*, p. 308.

59. CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 777, 2019, p. 43.

que no puede prescindirse de los apoyos para lograr un pleno ejercicio de la capacidad en igualdad de condiciones, tampoco pueda prescindirse del criterio del mejor interés porque lo cierto es que la persona con discapacidad, en función de cuál sea esta discapacidad, no se equivocará en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

Al margen de que pueda considerarse que aquí habría una renuncia anticipada al derecho de recibir apoyos, que no sería admisible por contravenir los límites que a la renuncia de derechos se establecen en el artículo 6.2 del Código Civil: no contraría el interés o el orden público y no perjudique a terceros⁶⁰; en la medida en que el amparo recogido en el artículo 49 de la Constitución se basa en un principio de orden público y el rechazo de la persona con discapacidad a recibir apoyos puede provocar perjuicios directos o indirectos a terceros, realmente habría que ver en cada caso concreto si la voluntad de la persona con discapacidad se ha formado libre e incondicionadamente o bien resulta afectada por su discapacidad, que puede determinar que la persona no tenga una capacidad natural de querer y entender que lleve a la formación, en el momento en que la exterioriza, de una voluntad real que deba tenerse en cuenta⁶¹. Así, podemos entender que cuando la voluntad de la persona está afectada por su propia discapacidad, que no le permite formar una auténtica y real voluntad, no podrán tomarse como relevantes las declaraciones o manifestaciones actuales de la persona, y estaríamos ante el caso excepcional contemplado en el artículo 249.III del Código, que permitiría la inclusión de funciones representativas en las medidas de apoyo, esto es, sustituyendo la voluntad de la persona afectada, salvo en la medida en que puedan determinar una trayectoria vital, sus creencias y valores y los factores que ella hubiera tomado en consideración a efectos de considerar una voluntad presunta o reconstruida⁶². En tal caso, como indicamos con

60. DE SALAS, «¿Existe un derecho...», *op. cit.*, p. 2237.

61. De carencia de capacidad de conocimiento y voluntad en estos casos se habla también por LÓPEZ SAN LUIS, «El principio de respeto a la voluntad...», *op. cit.*, pp. 120-121.

62. Así, en la STS 589/2021, de 8 de septiembre, respecto de una persona con síndrome de Diógenes que se negaba a que se le atribuyeran apoyos asistenciales, se tienen en cuenta tanto la falta de una real voluntad como el criterio de lo que la persona hubiera decidido si no hubiera estado afectado por la discapacidad, y declara que en los casos «en que existe una clara necesidad asistencial [...] está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda», concluyéndose que «[n]o intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia

anterioridad, deberá acudir al criterio del mejor interés de la persona con discapacidad, como criterio secundario tras el del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y aun moderador de voluntades que puedan provocar graves perjuicios a la propia persona⁶³.

Es cierto que podría asumirse en todo caso lo manifestado por la persona con discapacidad y acudir después, en caso de que esas actuaciones no resulten adecuadas para sus intereses, a su posible anulabilidad, pero no sería un procedimiento adecuado, porque, al margen de que siempre es preferible el recurso a medidas preventivas o *ex ante* como la valoración de los intereses de la persona antes de la adopción o mantenimiento de sus decisiones, que a medidas reactivas o *ex post* («es mejor prevenir que curar») como la anulabilidad, esperar a la aplicación de la anulabilidad sin mayor valoración de la conveniencia de las actuaciones de la persona con discapacidad presenta grandes inconvenientes. Por una parte, la anulabilidad es aplicable a actos y negocios de índole patrimonial, especialmente contractual, no siendo adecuada para actos de la esfera personal (así no cabe *anular* la decisión de un enfermo de síndrome de Diógenes de vivir rodeado de basura), y por otra sus posibilidades de aplicación son bastante limitadas, pudiendo recurrirse a ella por haber contratado la persona con discapacidad habiendo prescindido de las medidas de apoyo de las que estuvieran asignadas (art. 1.302.3) o por existencia de un vicio del consentimiento, ya sea error o intimidación en la formación de la voluntad ya sea dolo por intervención de un tercero (art. 1.265).

En el primer caso nos encontramos con que la acción de anulabilidad únicamente es aplicable respecto de los contratos celebrados por las personas con discapacidad cuando ya se hubiera procedido a la provisión de medidas de apoyo y la persona con discapacidad hubiera prescindido de ellas, quedando así excluida –en lo que concierne a esta primera vía– en el caso de personas sin medidas de apoyo o con apoyos relativos a otras cuestiones. Asimismo, la legitimación para la acción de anulabilidad se concede con amplitud únicamente a la propia persona con discapacidad

a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

En el mismo sentido se pronunció la STEDH de 23 de marzo de 2007 en el caso *A.-M. V. c Finlandia*, respecto de una persona con capacidad mental equivalente a la de un niño de entre seis y nueve años: se prescinde de la manifestación de voluntad del interesado por ser incapaz de conocer el significado y las consecuencias de habitar en un lugar recóndito y aislado.

63. De modo similar, PETIT SÁNCHEZ, «La adopción de medidas de apoyo...», *op. cit.*, pp. 299-300.

o sus herederos, mientras que el prestador de apoyos (destacadamente, el curador) estará legitimado únicamente en los casos en que el otro contratante fuera concededor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta. Ello hace que, salvo que la propia persona con discapacidad aprecie *a posteriori* lo inadecuado de su actuación, o que fallezca (pudiendo accionar los herederos), las posibilidades de anulabilidad *ex post* queden muy limitadas, al quedar sometida a la en ocasiones difícil prueba del conocimiento de las medidas de apoyo por el otro contratante o de su aprovechamiento de la discapacidad con obtención de una ventaja injusta, además de por lo reducido del plazo para su ejercicio (cuatro años *desde la celebración del contrato*), que restringe el ámbito práctico de ejercitabilidad. Por otra parte, el que la anulabilidad se vincule al mero hecho de haber contratado prescindiendo de las medidas de apoyo, sin valoración de la conveniencia o ventaja del contrato para la persona con discapacidad (es decir, que sea en su interés), puede provocar indirectamente el efecto indeseable de que los operadores del tráfico jurídico y económico vean con desconfianza la contratación con personas con discapacidad, que pueden estar contratando al margen de sus medidas de apoyo, en especial cuando –como veremos– el acceso al conocimiento de la existencia y contenido de esas medidas es restringido, dificultándose así la actuación en ese tráfico contractual de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de las personas (uno de los lemas inspiradores de la Convención de Nueva York).

La segunda vía de anulabilidad (la de los vicios del consentimiento) será la única viable en los casos en que la persona con discapacidad no hubiera prescindido al contratar de las medidas de apoyo que se le hubieran atribuido (como indicamos, por no existir o por referirse a otras cuestiones), pero depende de que pueda realizarse la difícil prueba de la existencia del vicio del consentimiento.

Para concluir con esta cuestión, podemos destacar que resultaría totalmente antieconómico permitir una libre aceptación acrítica de todo tipo de actos realizados por las personas con discapacidad sobre la base de que en su caso luego podrán ser anulados, cuando su patrimonio o el de las personas que se relacionen con ellas serán los que deban soportar esos procedimientos, siendo en tal sentido más adecuados posicionamientos preventivos o *ex ante* de la anulabilidad, como conciliar la voluntad de la persona con sus intereses, que reactivos o *ex post*, como el simple recurso a la anulabilidad.

En otro sentido, un respeto absoluto y exclusivo a la voluntad de la persona podría resultar problemático cuando esa voluntad se manifiesta

sucesivamente en modos diversos y aun incompatibles, como cuando el interesado discute posteriormente la procedencia de sus propias previsiones en medidas preventivas o la concurrencia de las circunstancias previstas en esas medidas como activadoras de los apoyos. En tales casos habrá que respetar la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, pero ¿cuáles? ¿los de cuando otorgó las medidas preventivas (momento en que en principio tendría plena capacidad intelectual) o las de ahora (cuando ya podría no tener una capacidad intelectual suficiente)? De respetarse la voluntad de la persona en todo caso, deberían mantenerse ambas manifestaciones de voluntad en conflicto. ¿Y qué hacer si –como decimos– en la medida preventiva se contemplan unas previsiones al efecto y cuando llega el momento previsto la persona con discapacidad se opone porque entiende –quizás como consecuencia precisamente de su discapacidad– que no concurren las circunstancias previstas, cuando objetivamente sí concurren? Nuevamente deberemos atender a las circunstancias concurrentes en la emisión de la nueva declaración de voluntad y –aunque sea secundariamente– si va en contra de sus propios intereses, con una cuidadosa ponderación de las discrepancias entre ambas declaraciones de voluntad, para apreciar si realmente esa nueva voluntad es atendible o no. En este punto, puede ser interesante el recurso a las denominadas *cláusulas Ulises*, especialmente útiles en los supuestos de enfermedades mentales o degenerativas, en las que la propia persona con discapacidad establece las directrices de cómo actuar en caso de generarse una crisis propia de su enfermedad en la que no pueda expresarse libremente (por no poder comunicarse en absoluto o porque sus declaraciones deberían ser ignoradas, aunque se oponga incluso violentamente)⁶⁴.

En caso de rechazo de la persona interesada a la adopción judicial de los apoyos, para AMUNÁTEGUI⁶⁵ el valor que habrá de dársele es el de la oposición a la demanda de inicio del procedimiento de prestación de apoyos, debiendo el juez adoptar su decisión atendiendo a las preferencias y deseos *en la medida de lo posible* (y en ocasiones no será posible por ser el rechazo injustificado y contraproducente para la propia persona), atendiendo en muchos casos al criterio del mejor interés.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J. A., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de

64. DE SALAS, «¿Existe un derecho...», *op. cit.*, p. 2243.

65. AMUNÁTEGUI, *Apoyo a los mayores...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

- representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 24, 2010, pp. 11-66.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 786, 2021, pp. 2392-2442.
- CANIMAS BRUGUÉ, J., «Decidir por el otro a veces es necesario», en *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, n.º 39, 2016, pp. 13-31.
- CORERA IZU, M., «El reflejo registral de las personas con discapacidad en la nueva ley del registro civil», *Revista de Derecho vLex*, n.º 209, 2021, disponible en <https://app.vlex.com/#vid/reflejo-registral-personas-discapacidad-877078684> [última consulta: 15-12-21].
- CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 777, 2019, pp. 13-90.
- DE CASTRO VÍTORES, G., «Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 740, 2013, pp. 3703-3760.
- DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 780, 2020, pp. 2227-2268.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5.ª ed., reimpr, Tecnos, Madrid, 1990.
- ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., «La autotutela en el Anteproyecto de ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, 2018, pp. 85-119.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, 2018, pp. 29-60.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o “testamento vital”», *Diario La Ley*, n.º 7.334, 3-2-2010, pp. 5-10.

- LASARTE, C., *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil I*, 26.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.
- *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, 19.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.
- LÓPEZ SAN LUIS, R., «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Indret*, n.º 2.2020, pp. 111-138.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., «Comentarios al Anteproyecto de ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, 2018, pp. 199-225.
- MARTIN, W., MICHALOWSKI, S., STAVERT, J., WARD, A., RUCK KEENE, A., HEMPSEY, A., CAUGHEY, C., MCGREGOR, R., *The Essex Autonomy Project Three Jurisdictions Report: Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK*, junio 2016, disponible en https://www.researchgate.net/publication/303988881_The_Essex_Autonomy_Project_Three_Jurisdictions_Report_Towards_Compliance_with_CRPD_Art_12_in_CapacityIncapacity_Legislation_across_the_UK [última consulta: 3-1-22].
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- MORENO ARIZA, J., «Regulación del documento de voluntades anticipadas en el ordenamiento jurídico español», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 2.093, 15-9-2009, pp. 2261-2291.
- MUÑOZCALVO, A., «Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad: breve acercamiento», *Notarios y Registradores*, 10 de junio de 2021, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-breve-acercamiento> [última consulta: 15-12-21].
- PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, 2018, pp. 5-28. También en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de les Illes Balears*, t. 021, 2020, pp. 411-435.
- PETIT SÁNCHEZ, M., «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5, 2020, pp. 265-313.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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 de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5, 2020, pp. 385-428.

Capítulo V

Apoderar para empoderarse¹

C. ALICIA CALAZA LÓPEZ

Notaria. Doctora en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL PODER PREVENTIVO POR LA LEY 8/2021. 1. *Regulación vigente*. 2. *Clases de poder preventivo*. 2.1. El poder con cláusula de subsistencia. 2.2. El poder ad futurum. 3. *Disposiciones comunes*. 3.1. El poderdante y el apoderado. 3.2. La desjudicialización. 3.3. El apoyo institucional del notario: Pautas de actuación. 3.4. El contenido del poder preventivo. 3.5. Las medidas de control del apoderamiento. 3.6. Duración y extinción de los poderes preventivos. III. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Posiblemente ninguna transformación tan audaz como la acometida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en ejercicio de su capacidad jurídica, (en adelante, LRAPD), vigente el 3 de septiembre de 2021, pueda explicarse prescindiendo de su historia.

Hasta el año 1983 nuestro Ordenamiento jurídico, acuartelado en un ancestral enfoque unitario y monocromático de la capacidad no reconocía la discapacidad; la opción legislativa sustantiva y procesal barajaba dos extremos: si la persona encajaba en un perfil de «normalidad» se la consideraba capaz, y, en otro caso, si su proceder no respondía a los estrictos

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado «Ejes de la Justicia en tiempos de cambio», del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00, desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 30 de agosto de 2024.

parámetros médicos de «cordura» y «sensatez», se le sometía, «por su bien y en su mejor interés», a un régimen de protección que implicaba la anulación, reemplazo y sustitución en todos los actos y negocios jurídicos, previa la incapacitación judicial, sin que sus opiniones, deseos o, incluso –en ocasiones– preferencias se tuvieran en cuenta, y ya no digamos su voluntad, porque, conforme al criterio al uso, no interesaba o, tal vez, se entendía que carecía de la misma.

En la primera ocasión en que el Tribunal Supremo² tuvo la fortuna de advertir tanto la complejidad como la diversidad de circunstancias que pueden afectar al desarrollo intelectual de una persona admitió una cierta modulación al resolver que la extensión de la tutela debería ajustarse al grado de intensidad con que se manifestaba, en cada caso, la supuesta afección mental; este fallo constituye, sin duda, el punto de partida jurisprudencial del nuevo hito de la discapacidad, al reconocer la heterogeneidad de una serie de realidades poliédricas que, cuanto menos, han de aparejar diversos regímenes de «protección». Siguiendo esta estela la reforma del Código Civil de 1983, y después, la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen un sistema de protección en función del grado de capacidad natural de la persona, disciplinando, y por tanto aceptando normativamente la singularidad propia de cada una de las personas con discapacidad³.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, (en adelante, CDPD) hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, abandona el modelo terapéutico, recién referido, y consagra formal y felizmente el modelo social de la discapacidad, conforme al cual corresponde a la sociedad adaptarse, para reconocer las múltiples y enriquecedoras capacidades del ser humano, y garantizar el ejercicio pleno de su capacidad jurídica en condiciones de absoluta y plena igualdad. La CDPD se ratifica en el paradigma de dignidad de la persona para el ejercicio de su capacidad en condiciones de igualdad, como así lo hicieron antes la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000.

Tras la ratificación de la CDPD, se emprendieron en nuestro país una serie de reformas legislativas⁴ puntuales para dar cabal cumplimiento al

2. STS, de 5 de marzo de 1947, reiterada por otras posteriores.

3. En este sentido, se incorpora al artículo 268 CC la máxima de que los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la *personalidad de sus pupilos*, respetando su integridad física y psicológica.

4. En cuanto a la tramitación parlamentaria, MORO ALMARAZ, M.J., «La tramitación legislativa de la Ley 8/2021, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un

mandato de su artículo 4; así, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Posteriormente; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en cuya virtud se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, o la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio; la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre; y La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, que ampara el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

En España, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 11 de febrero de 2011, fue pionera –es de justicia evidenciarlo– en la efectiva aplicación del mandato contenido en artículo 12 de la CPCD, verdadero eje y espíritu de la reforma cimentada en la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida, en igualdad de condiciones con las demás, cuando reconoció a una persona con síndrome de Down el derecho a votar, casarse y testar⁵.

Desde diversos ámbitos sociales se ha impulsado, con una fuerza, determinación y perseverancia encomiables, la transformación y el avance hacia un sistema jurídico más igualitario, donde los derechos se ejerzan en régimen de paridad por todas las personas. Mención especial debe hacerse de las legítimas reivindicaciones de las Asociaciones de defensa de los derechos de las de personas vulnerables por razón de discapacidad, a las cuales ha de reconocerse de forma explícita su empuje y absoluta involucración en este avance social sin precedentes⁶.

tsunami en el ordenamiento jurídico», pp. 1-13, en el Monográfico coordinado por García Rubio, M.P. LA LEY. Wolters Kluwer, *Derecho de familia*, n. 31, julio-septiembre 2021.

5. Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la evolución en la interpretación de la CDPD, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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 de Derecho Civil*, 2020, 5, pp. 407 y ss.
6. Señalaba PÉREZ BUENO, L.C., presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), según consta en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia. Sesión n.º 10, del 20 de octubre de 2020, pp. 2 y ss. «Vengo a exponer, a grandes rasgos, la posición del movimiento social de la discapacidad en España, de la sociedad civil organizada en torno a las personas con discapacidad y sus familias, más de 4 millones de personas, 12 millones, si se cuentan sus familias, una situación de discapacidad en uno de cada cinco hogares españoles y va creciendo (...)».

La entrada en vigor de la LRAPD supone la radical transformación de nuestro derecho privado en esta materia, y ya no tanto por revalidar que la persona con discapacidad tiene la misma e idéntica capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, sino porque reivindica, propicia e instruye el ejercicio efectivo de esta capacidad al normativizar todo un horizonte de apoyos, donde la voluntad, preferencias y deseos de la persona encumbran cualquier decisión. El eje ideológico de esta Ley es propiciar y fomentar el ejercicio individual de la capacidad jurídica, y en su consecuencia evitar que las medidas de apoyo se transformen en el anterior sistema de representación y remplazo de voluntades; por ello, aun en los casos más severos de discapacidad, el *prius* que ha de guiar la actuación del curador representativo es la sacrosanta observancia y respeto; bien de la referida voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad; bien de su trayectoria vital –cuando ya no pudiere exteriorizar aquellos–; bien de la combinación –e interpretación– de los anteriores parámetros.

La regulación recién estrenada cristaliza el empoderamiento de las personas con discapacidad, el respeto a su dignidad y la tutela de sus derechos fundamentales a través de un sistema de apoyo que ha de ajustarse a los principios de voluntariedad, necesidad y proporcionalidad, para fomentar el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Compete, pues, a las personas tomar las decisiones que le conciernan, en todos los ámbitos de su vida, personal y patrimonial; la sociedad en general, y los operadores jurídicos, en particular, estamos obligados a servir de herramienta, puente y sustentáculo para promover la exteriorización, práctica y ejecución concluyente de la voluntad libre, consciente, autónoma, informada y debidamente conformada⁷.

La potencialidad del régimen de apoyos voluntarios ha quedado demostrado y puede contrastarse en la magnitud de los documentos notariales otorgados desde el 2003, con un constante crecimiento, del que da buena prueba el Índice de la contratación notarial⁸; con los poderes preventivos al frente, y las escrituras de auto curatelas a mayor distancia, unas y otras medidas voluntarias responden a la legítima aspiración de garantizar el bienestar personal, la realidad de un proyecto vital, social, y patrimonial; en suma, el autogobierno personal más allá del tiempo presente.

7. Señaló con razón, SANTOS URBANEJA, F., «Discapacitado, patrimonio separado y legítima» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, 2005, p. 30, que es hora de colocar las decisiones en quien debe decidir, ni en la familia, ni en el Estado, sino en el propio afectado.

8. A tenor de las estadísticas del Consejo General del Notariado, en el año 2017 se otorgaron 7.820 poderes preventivos, y en el año subsiguiente 9.350, fomentados por la práctica notarial.

En la cotidianidad del despacho, cada persona tiene sus razones y motivos para articular y proyectar sus medidas voluntarias de apoyo; en ocasiones, son personas jóvenes, a las que se diagnostica de forma prematura una enfermedad crónica que pronostica el progresivo deterioro de su capacidad intelectual y cognitiva, si bien hay que reconocer que en la mayoría de los casos el prototipo de otorgante es el de una persona de edad avanzada, que, con un incremento más que significativo, debido a que el envejecimiento comporta afecciones compatibles con dificultades de comprensión y retención de la información, y que, por ende, limitan el ejercicio de la capacidad jurídica, quieren dejar organizado su bienestar suscribiendo medidas de apoyo voluntario; tampoco han de desdeñarse, por su incremento exponencial, los poderes preventivos que confieren personas con trabajos de riesgo, o autónomos y empresarios que, a vista de la ratio de siniestros viales y laborales, temen que un accidente o suceso inesperado colapse su vida profesional, afectando a las personas a su cargo, adoptando medidas anticipadas.

La LRAPD inaugura el abandono definitivo del sistema médico, sanitario, asistencial, terapéutico y paternalista de la discapacidad, con la abolición de la figura incapacitación⁹: las personas ya no serán privadas jamás de su capacidad en virtud de una resolución judicial. Tras el tradicional modelo de protección del patrimonio de la persona, a través de la institución de la representación; se emprende el esperanzador camino hacia un sistema de patrocinio de la persona, inspirado en el respeto de su dignidad, con el destierro ideológico de la figura de la sustitución, que queda circunscrita a la curatela representativa únicamente para los casos más severos de discapacidad, y se apuesta de forma rotunda y contundente por el afortunado tránsito hacia las fórmulas, voluntarias o legales, de apoyo en la máxima concepción del concepto, pues siguiendo la Observación General de 2014, debemos entender por tal todo tipo de actuaciones: *desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de*

9. Cfr., CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007. Asimismo, «El tortuoso trayecto procesal desde la discapacidad hasta la modificación judicial de la capacidad», en *Retos y desafíos en materia de discapacidad: una visión multidisciplinar*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 2015.; «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿Era necesario confeccionar tantos «trajes a medida» procesales para único abrigo sustantivo?», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, dirigido por Yolanda De Lucchi López-Tapia y Antonio José Quesada Sánchez, Ed. Atelier, Barcelona, 2022.; También la Profesora MORETÓN SANZ, M.F., «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia», en LASARTE ÁLVAREZ (Dir.) y MORETÓN SANZ (Coord.) *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.

declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.

En atención a la heterogeneidad y diversidad de todas las personas, así como a sus múltiples y diversas inteligencias –no hay más que estudiar la Teoría científica de las inteligencias múltiples–; el legislador ha renunciado, al parecer de manera intencionada, a definir la discapacidad, pues tal como señala el Preámbulo de la CDPD «la discapacidad» es un concepto que evoluciona (...) de forma que una primera aproximación debe recurrirse a la Disposición Adicional 4ª del Código Civil según redacción dada 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, que textualmente señala: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

En su consecuencia, conforme al artículo 2, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (en adelante, LPPD)

«2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

3. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

Por su parte, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, define estos grados en el artículo 26, con el siguiente tenor:

«b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces

al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal».

El grado de minusvalía se acredita mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme (artículo 2 Ley de 18 de noviembre de 2003), artículo modificado por la LAPD, vigente el 3 de septiembre de 2021.

Por su parte, establece el párrafo segundo del artículo 1 CPCD «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Ahora bien, tal y como recuerda el Profesor FERNÁNDEZ DE BUJAN¹⁰, a tenor del Preámbulo, Apartado III, sólo algunos artículos de la Ley 8/2021 se refieren a personas con discapacidad sensorial o incluyen al propio tiempo a personas con discapacidad intelectual, mental y sensorial. Y, además, podrá beneficiarse de las medidas de apoyo previstas en la Ley 8/2021 cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo o judicial.

II. ANÁLISIS DE LA REFORMA DEL PODER PREVENTIVO POR LA LEY 8/2021

Esta figura procede de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa Tributaria con esa finalidad (en adelante, LPPD)¹¹, que, al reformar el

10. FERNANDEZ DE BUJAN, A., «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad (1)» *Diario La Ley* N° 9961, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021, Wolters Kluwer.

11. Posteriormente modificada por Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esa finalidad. La reforma introdujo la obligatoriedad de inscripción del poder en el Registro Civil.

artículo 1732 CC¹², relativo, como es bien sabido, a las causas de extinción del mandato, entre las que figuraba la incapacitación del mandante, introdujo una excepción, al posibilitar que el mandante «hubiera dispuesto su continuación en este caso o el mandato se hubiere dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste». Somos, por tanto, tributarios de esta Ley¹³ que viabilizó la afortunada prolongación del recorrido vital de las personas, coherente con su trayectoria, y absolutamente respetuoso con su voluntad, al instituir jurídicamente la posibilidad de organizar la atención de las necesidades personales y patrimoniales futuras.

Ahora bien, a pesar de la voluntad personal, libremente conformada y plasmada en un documento público, en demasiadas ocasiones se cuestionó por los Tribunales, la vigencia y efectividad del poder, una vez recaída la sentencia de incapacitación.

1. REGULACIÓN VIGENTE

La LRAPD ha dotado de una regulación exhaustiva a esta materia, en la Sección 2.^a De los poderes y mandatos preventivos, que transcribimos para facilitar la lectura.

Artículo 256. «El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad».

Artículo 257. «El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido».

-
12. Señalaba el art.1732 CC que «El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituir el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».
 13. Igualmente, la LPPD introdujo *ex novo* otras figuras jurídicas como el patrimonio protegido y el contrato de alimentos, especialmente idóneo para garantizar la asistencia personal de las personas con discapacidad. Respecto de este último vid., CALAZA LOPEZ, A., *El contrato de alimentos como garantía de asistencia vitalicia*. Ed. Thomson Reuters ARANZADI. Cizur Menor, 2020.

Artículo 258. «Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.

Cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de éste.

El poderdante podrá establecer, además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder.

Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa».

Artículo 259. «Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa».

Artículo 260. «Los poderes preventivos a que se refieren los artículos anteriores habrán de otorgarse en escritura pública. El notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante».

Artículo 261. «El ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables».

Artículo 262. «Lo dispuesto en este capítulo se aplicará igualmente al caso de mandato sin poder».

El poder preventivo, en sus dos modalidades, se califica por el Código Civil como una medida de apoyo de carácter voluntario. Se incluyen en

el capítulo II del título XI, que disciplina las normas «De las medidas de apoyo de las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica». En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley, señala que «Siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad (...)». Paralelamente el poder preventivo se rige por las normas propias de la representación, esto es por los artículos 1732 y siguientes del propio cuerpo legal.

Entre las medidas voluntarias el Código Civil distingue los poderes, mandatos y también los poderes sin mandato; en el primer caso, el poder preventivo¹⁴, sin duda el más utilizado, estamos ante un acto unilateral y receptivo, que responde única y exclusivamente a la voluntad del poderdante, quien fija las facultades que atribuye, su entrada en vigor, así como las causas, o simplemente la fecha de su eventual extinción; en este supuesto el apoderado interviene *a posteriori*, como figura de apoyo designada para hacer valer la voluntad, preferencias y deseos del poderdante en los actos y negocios jurídicos convenientes o necesarios a la esfera personal y/o patrimonial del poderdante, por tanto el poder, si bien legítima, no obliga al apoderado para actuar en nombre del representado, que es completamente libre para hacerlo.

Asimismo, el apoyo voluntario puede configurarse como un contrato de mandato, en tanto que relación que subyace a la representación, estando entonces caracterizado por ser un negocio consensual, expreso o tácito, y siendo también expresa o tácita la aceptación, esta última deducida de los actos del mandatario, y, que, en cualquier forma, genera obligaciones para ambas partes. Por tanto, en este supuesto, ha de concurrir el consentimiento del mandatario, que podrá ser prestado en el propio acto, compareciendo con el mandante en la escritura pública, conforme a lo previsto en el art.255CC al referirse a que la persona puede «acordar», por tanto con carácter bilateral, o, en otro caso, el mandatario puede aceptar *a posteriori*, en cualquiera de las formas antes señaladas.

14. Respecto del poder implantado por la Ley 8/2003, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de, *Incapacitación y mandato*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 219 y 220, sostenía que la efectividad práctica imponía su configuración como un mandato representativo directo, que cohesionase el negocio unilateral del apoderamiento y el contrato de mandato, pues si se configura como acto puramente unilateral, el representante no quedaría claramente obligado a actuar al no existir aceptación. Para PARRA LUCÁN, M.A., «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. II, Díez-PICAZO, L. (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 2485 a 2508, en el poder representativo no hay un contrato de mandato sino un apoderamiento basado en la confianza.

Por su parte, la referencia al mandato sin poder carece para nosotros de otra ventaja que no sea la de designar a través del mandato una persona que haya de ejercer, llegado el caso o la necesidad, de apoyo asistencial pero no representativo, configurando este nombramiento como un contrato de mandato con la correlativa anuencia y consentimiento del mandatario, que asumirá los derechos y obligaciones inherentes al contrato. Ha de subrayarse que en estos supuestos quien verificará el negocio será siempre el mandante, con la asistencia, que no suplencia, de la persona del mandatario.

No obstante la máxima del art.249 CC¹⁵, y, sin perjuicio de la conveniencia de que el apoderado acompañe al poderdante en el ejercicio directo de su capacidad para conocer de primera mano su actuación, forma y manera de interactuar en el tráfico jurídico, como es bien sabido los poderes son esencialmente representativos, por lo que, de forma especial en los poderes con cláusula de subsistencia, cuando la discapacidad se derive de una enfermedad progresiva y creciente, habrá de manifestarse, en los negocios realizados *a posteriori* por el apoderado, cuando el poder ordinario se ha tornado en pura medida de apoyo, utilizando el notario la técnica que estime conveniente, pero sin que haya de darse traslado a la formulación de la declaración de suficiencia del poder, en tanto que solo hay dos opciones, si el apoderamiento está vigente y comprende la facultad para el negocio concreto, será suficiente, y de faltar no se otorgará el documento,

La versatilidad, flexibilidad y eficiencia práctica de esta figura ha sido contrastada y justifica sobradamente la somera regulación que el legislador ha tenido a bien dispensar al poder, por lo que hemos de concluir que el conocido poder preventivo, en sus dos modalidades (el conferido por si «en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad» y aquel que se otorga «solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad») constituye la medida voluntaria de apoyo por excelencia de la Ley que estrenamos.

2. CLASES DE PODER PREVENTIVO

La implicación del colectivo notarial en esta materia ha sido notable desde la primera regulación de la figura, y, en atención a la normativa que se inaugura y para alcanzar la máxima uniformidad práctica, el Consejo General del Notariado (en adelante, CGN) ha emitido, con ocasión de la publicación de la LRAPD, la Circular informativa 3/2021, en la que, entre

15. Art. 249 CC «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 facultades representativas (...)».

otras, señala que estas medidas de apoyo pueden ser de presente o de futuro: «Por otra parte, los apoyos pueden ser de presente o de futuro, ya que de acuerdo con el artículo 255 del CC adoptarse «en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás».

Por tanto, cabe que haya medidas de apoyo puramente preventivas (un ejemplo sería el poder contemplado en el artículo 257 o un poder que contenga cláusula de subsistencia cautelarmente); pero también pueden ser de aplicación inmediata, otorgadas para superar las dificultades concurrentes, y entonces como nos recuerda la DT 3^a de la Ley, con términos casi idénticos a los recogidos en el artículo 665 del Código civil: «El notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquélla (la persona con discapacidad) desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

2.1. El poder con cláusula de subsistencia

Esta modalidad de apoderamiento consiste, en esencia, en conferir poder a una o varias personas, que ya pertenezcan al círculo familiar o de amistad del poderdante, o ya sean profesionales designados por su pericia, gozan de su confianza para gestionar sus asuntos personales, y/o patrimoniales. La particularidad y ventaja de este modelo es que, siendo válido y eficaz desde el mismo día de su otorgamiento, conserva su validez como título legitimador para actuar en el tráfico jurídico, llegado el momento en que el poderdante no pueda atender sus asuntos de forma personal por haber entrado en una situación de discapacidad que implique la merma o pérdida de sus facultades intelectivas y decisorias, momento en el cual el apoderado deberá ejercer la representación conforme a la voluntad, deseos y preferencias del poderdante, debiendo el apoderado declarar tal circunstancia en el concreto negocio en que se ejercite la representación.

Una de las características del poder con cláusula de subsistencia, es su disociación en dos períodos temporales netamente diferenciados; el primero abarca desde que se confiere el poder hasta que debuta una enfermedad o acaece, en su caso, un accidente que provoca la discapacidad, fase en la que, en la práctica funciona como un poder ordinario, en el que el poderdante conserva íntegramente el control de su vigencia, y puede revocarlo cuando tenga por conveniente. En un momento ulterior, cuando se pone de manifiesto la necesidad de apoyo, el poder mantiene su valor como instrumento de legitimación para actuar en el tráfico jurídico, y una vez que se ejercita, el apoderado queda vinculado a los derechos y obligaciones

que dimanen del mismo; en este caso, la revocación, dependerá, en primer término de la voluntad y discernimiento del poderdante, y, a falta de estas, corresponderá la legitimación para instar judicialmente la extinción del poder, que no revocación, al curador, como más adelante se tratará.

Sin perjuicio de que el apoderamiento pueda comprender aspectos personales de distinta índole, en la práctica, el poder con cláusula de subsistencia tiende a circunscribirse a asuntos de carácter eminentemente económico o patrimonial. La selección del apoderado depende, en buena medida, de la conformación del patrimonio del poderdante, de su complejidad o no, y, en este sentido, si se trata de personas con una economía doméstica, es relativamente frecuente que los esposos o convivientes se confieran el poder con carácter recíproco, introduciendo, en ocasiones, uno o varios hijos, para que puedan actuar dos cualesquiera de ellos. Es recomendable, en estos casos, advertir de la conveniencia de apoderar, solidaria o mancomunadamente, de forma coetánea o sucesivamente, a los hijos, pues es de suponer que la vejez y posibles deterioros cognitivos de los otorgantes lleguen al tiempo, y, de no prever posibles sustitutos la medida voluntaria carecerá de la máxima eficacia que se pretende.

Si el poderdante es un inversionista, o, por ejemplo, es titular de un grupo de empresas, maneja un patrimonio de cierta complejidad; tanto en este caso como en otros supuestos análogos imaginables, será habitual que atribuya las facultades de gestión a un profesional especializado en el sector de su negocio, con el que ya viene manteniendo relaciones laborales satisfactorias.

Al hilo de este tema nos encontramos con la prohibición, no muy afortunada a mi juicio, del artículo 250 CC a cuyo tenor no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo «quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo». A la luz de los principios que informan la reforma, este precepto habrá de ser interpretado con cierta plasticidad, pues en otro caso, va a suponer un indiscutible entorpecimiento para quienes deseen encomendar la gestión de sus asuntos financieros, inmobiliarios y de índole análoga a uno o varios apoderados que, por el tipo de negocio a que se dediquen, presten los servicios a los que alude y refiere el referido artículo 250 CC.

2.2. El poder ad futurum

Este tipo de apoderamiento se caracteriza porque la persona confiere al/a los apoderado/s una serie de facultades, cuya operatividad queda

diferida o en suspenso, hasta que llegue el momento en que la discapacidad lleve aparejada la necesidad de apoyo en la toma de decisiones; en su consecuencia la eficacia de este poder *ad cautelam* depende una futura imposibilidad de autogobierno personal. Parece, por tanto, que el objetivo inmediato de este poder es, por una parte, estructurar la forma y manera de prolongar, sin solución de continuidad, la trayectoria personal y patrimonial del poderdante; así como evitar, en segundo término, la sujeción a las medidas de apoyo legales o judiciales, con el consiguiente ahorro psicológico, económico y de tiempo, tanto del interesado como de su familia.

Cabe insistir en la conveniencia de que el poderdante puntualice y detalle qué tipo de situación, fase de la enfermedad, o circunstancias considera o estima que pueden afectar, en el futuro, al ejercicio de su capacidad jurídica, ya que estas previsiones particulares determinarán de forma considerable la apertura del apoyo previsto. Esta decisión es absolutamente personal y no puede dejarse al arbitrio de un tercero, sea un particular o una institución pública, inclusive la propia autoridad judicial, sin perjuicio de que, como la norma anticipa, para garantizar el cumplimiento de esas previsiones pueda, con carácter potestativo, otorgarse un acta notarial que incorpore el juicio del notario y un informe pericial.

El acta, en concreto, es de notoriedad, y su objeto estriba no tanto en incorporar un Certificado médico o administrativo de discapacidad, cuanto en reflejar que ya concurre la necesidad de apoyo del poderdante, o lo que es lo mismo, constatar que el poderdante se encuentra en una de las situaciones o supuestos que él mismo ha definido y configurado como necesitado de apoyo; el efecto correlativo al acta, con resultado positivo, es la entrada en vigor del poder, con las facultadas conferidas que habrán de ser ejecutadas, en todo caso, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias concretadas por el poderdante, o conforme a su historial de vida. La referencia expresa a «las previsiones» del poderdante como pauta o modelo, indica, como se ha dicho, que es la persona quién prefija sus condiciones, más allá del grado de discapacidad acreditado por la Administración, y sin perjuicio que el poderdante, en el libre ejercicio de su voluntad, opte por acotar sus previsiones con una remisión a las reglas y grados administrativos de la discapacidad, en cuyo caso el apoderado no podrá actuar hasta el momento en que el Certificado pertinente sea emitido.

En cuanto al resultado positivo o negativo del acta, según el texto, se impone de una parte, el criterio o juicio del notario autorizante, tras una conversación o entrevista, y, de otra, la incorporación de un «informe pericial» que, en buena lógica, habrá de ser emitido por un neurólogo, un médico especializado en salud mental y no por un profesional de medicina

general. Naturalmente el juicio notarial y el criterio médico, para ser concluyentes, han de ser coincidentes en la apreciación de la evolución del estado de la persona con discapacidad y su necesidad, o ya dependencia, del apoyo previsto para el ejercicio de su capacidad jurídica en lo sucesivo.

A este respecto la Resolución de la DGSJYFP de 31 de agosto de 2020¹⁶, de indudable interés práctico resuelve en favor de la inscripción de una escritura autorizada por el apoderado haciendo uso de un poder preventivo puro. En la escritura de referencia se hace la pertinente reseña identificativa del documento auténtico del que dimana la representación, que el Notario autorizante considera suficiente y vigente, pese a lo cual el Registrador emite calificación negativa al entender que por tratarse de un poder preventivo (en este casos otorgado conforme al art.222-2 del Código Civil de Cataluña) la reseña de la escritura de este poder debe extenderse, además, a «la indicación de cuáles son las circunstancias que señalan la entrada en vigor del poder y su autorización». Como decimos la Resolución revoca la nota de calificación, y enfatiza que la reseña identificativa del poder no puede considerarse incompleta por el hecho de no hacerse referencia a unas circunstancias, como son las relativas a la vigencia del poder, que son ajenas al contenido propio de la reseña legalmente exigida; abundando en este razonamiento declara que «si el notario autorizante de la escritura otorgada por el apoderado hace un juicio expreso de que el poder que exhibe es suficiente para su otorgamiento, cabalmente tendrá que haber apreciado su vigencia. De lo contrario no sería suficiente».

Por su parte, MAGARIÑOS BLANCO¹⁷, por razones de seguridad, apunta la conveniencia de comunicar a la autoridad judicial que ha tenido lugar la situación de discapacidad del mandante y por tanto, la entrada en vigor del poder (...) así como la manifestación del mandatario que el acto que realiza, lo hace ya en nombre de la persona necesitada de apoyo.

3. DISPOSICIONES COMUNES

3.1. El poderdante y el apoderado

Conforme a la regla general del artículo 255 CC, pueden establecer medidas de apoyo, y por tanto, otorgar poderes preventivos, las personas

16. Cfr. RDGSJYFP de 31 de agosto de 2020.

17. MAGARIÑOS BLANCO, V. «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) Estudios, pp. 199-2244, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216.

mayores de edad o menores emancipadas, y, al no especificar nada, parece que estas últimas, no necesitan el complemento de capacidad, solución bastante paradójica, pues como bien apunta MARIÑO PARDO¹⁸, esto nos llevaría a que un menor emancipado pudiera otorgar poder preventivo para actos para cuya realización él mismo precisaría del preceptivo complemento de capacidad, tales como la enajenación de inmuebles y, es más, el poder se podría llegar a ejercitar durante la emancipación, antes de alcanzar la mayor edad.

Tal vez haya que examinar el citado precepto teniendo en cuenta que, además de medida de apoyo es un documento público que confiere una representación para realizar actos de disposición *ex* artículo 247 CC, y precisa la asistencia de los progenitores, y en su defecto la intervención del defensor judicial nombrado *ad hoc*, puesto que se trata de actos para los que se requiere la autorización judicial en el supuesto del tutor, en tanto que el defensor judicial puede ser dispensado de tal al efectuar su nombramiento.

Por otra parte, aunque el artículo 254 CC reconoce al mayor de dieciséis años la posibilidad de suscribir medidas voluntarias de apoyo, cuando prevea razonablemente que va a necesitarlas para el ejercicio de su capacidad jurídica, una vez alcanzada la mayoría de edad, este precepto en puridad debe aplicarse a las medidas de apoyo voluntarias distintas de las que estamos tratando, pues tanto el poder preventivo, como el mandato y también la auto curatela, por imperativo del artículo 271CC exigen como requisito *sine qua non* la mayoría de edad o emancipación del otorgante.

El mayor de edad con una discapacidad actual (adviértase la expresión del artículo 255CC «en previsión o *en concurrencia* (...)») puede positivamente conferir el poder preventivo, y, si fuera necesario, con el apoyo voluntario que hubiera designado con anterioridad; a falta de tales medidas, podrá otorgarlo cuando, conjugando un apoyo informal, como el guardador de hecho¹⁹, y el apoyo institucional del notario, goce del discernimiento suficiente para concebir, articular y exteriorizar, de cualquier manera entendible por el notario, la voluntad de conferir apoderamiento a una o varias personas determinadas, que identifique, y con las facultades y cautelas que particularice.

18. MARIÑO PARDO, F., Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral. «La reforma del Código Civil por la Ley 8/ 2021 para el apoyo a las personas con discapacidad: El poder preventivo». Fecha de la entrada, 8 de octubre de 2021. Disponible en http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_64.html [20/10/2021].

19. No nos cabe ninguna duda de esta posibilidad que además puede inferirse del art.267CC al señalar como causa de extinción de este apoyo informal la circunstancia de que la persona a quien presta apoyo otorgue medidas voluntarias.

En lo concerniente al apoderado, hemos de partir de la prohibición, antes aludida del artículo 250 CC; en cuanto a sus funciones y obligaciones, siguiendo el prototipo ordenado para el curador, todas sus actuaciones han de estar presididas por el máximo respecto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que presta apoyo; y, en este sentido, se debe fomentar siempre la autonomía, esto es, que sea la propia persona con discapacidad quien tome sus propias decisiones, con la asistencia y ayuda –en su caso– imprescindibles, pero potenciando –y por tanto, maximizando– sus aptitudes para que, de forma progresiva, *pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro*.

Es de subrayar que no se ha previsto un régimen especial de responsabilidad para el apoderado, a diferencia del establecido para curador que eventualmente responde de los daños y perjuicios por culpa o negligencia pueda llegar a causar a la persona a quien preste el apoyo, y con un plazo de prescripción de tres años a contar de la rendición final de cuentas. En consecuencia debe insistirse, aun más, en la conveniencia de introducir medidas de control en el poder para tratar de evitar actuaciones negligentes o dañosas que pongan en peligro la persona o el patrimonio del poderdante. A este respecto señala FERNÁNDEZ-TRESGUERRES²⁰ para la responsabilidad extracontractual el plazo de un año desde el hecho dañoso, o desde que lo conozca, de buena fe, el tercero agraviado, y la responsabilidad contractual, sin otro plazo, al de cinco años.

En otro orden de cosas, salvo dispensa del poderdante, el artículo 251.1 CC prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo:

«1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.

2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas».

No cabe duda de que el tenor literal transcrito admite que el poderdante se anticipe a esta necesidad y faculte para actuar aun cuando exista

20. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Madrid. Aranzadi, 2021, p.105.

conflicto de intereses con su apoderado, circunstancia bastante habitual, por cierto, en los poderes recíprocos entre cónyuges, o los conferidos al círculo familiar. Si el poderdante tiene que ejercer su capacidad jurídica y no ha incluido la dispensa en el poder, en tanto conserve el discernimiento necesario, puede, resulta obvio, intervenir en propio nombre y otorgar el documento, pero, en otro caso, se solicitará la concreta intervención del defensor judicial, y ello a pesar de que normativamente el legislador ha concebido esta intervención para aquellos actos que implican la transmisión gratuita u onerosa entre la persona con discapacidad y quien presta apoyo a la misma.

3.2. La desjudicialización

Siguiendo la estela iniciada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio, (en adelante, LJV)²¹, la nueva regulación operada por la LRAPD abre la vía, en el marco del derecho de familia, a la desjudicialización de esta materia que ha generado, desde siempre, una gran tensión y sufrimiento personal y familiar al involucrar el aspecto más íntimo y privado de las personas. No es que desaparezca, por radical desmantelamiento procesal, la incapacitación, y se introduzcan medidas de apoyo judiciales más benignas y respetuosas con la dignidad de la persona, que también, sino que, a través de la implementación efectiva del sistema de medidas voluntarias, la persona que con carácter preventivo adopte una de ellas podrá transitar, con relativo sosiego, a través de todo su ciclo vital con dignidad y en coherencia con aquellas pautas y principios que han marcado su trayectoria personal, familiar, social y profesional, tanto a los albores de una enfermedad que involucre una merma de su discernimiento, como en una posterior evolución y encarnizamiento de la misma, dónde ya no alcance a concebir, conformar, manifestar y/o de ninguna manera exteriorizar su voluntad.

La utilidad y ventajas de los poderes preventivos y demás medidas de apoyo voluntarias, frente a las de origen judicial, son, para nosotros, múltiples; la principal es, como no puede ser de otro modo, su conformación libre y autónoma, en tanto que la escritura de apoderamiento se configura por la propia persona, que traza en el documento público una proyección de sus preocupaciones, intereses y necesidades, al tiempo que estructura

21. Según la propia declaración de intenciones contenida en el apartado II del Preámbulo de la Ley, la atribución de competencia a los notarios en los expedientes de jurisdicción voluntaria tiene por objetivo «ofrecer al ciudadano medios efectivos y sencillos que faciliten la obtención de determinados efectos jurídicos de una forma pronta y con respeto de todos los derechos e intereses implicados».

la forma y modo en que han de ser satisfechas, detalla, por otra parte, las facultades que atribuye a las personas de su confianza, e impone o dispensa al apoderado de controles en su actuación. Este modelo supone, en definitiva, el empoderamiento de la persona a través de la autorregulación de su bienestar futuro, en clara oposición al modelo judicial de sumisión de la persona con discapacidad a un examen y valoración, a la inspección externa de sus necesidades con el establecimiento judicial de medidas de control, la rendición pautada de cuentas ante el Juzgado y la revisión periódica de las medidas.

Ahora bien, la positiva eficiencia de la normativa recién inaugurada estriba, como no puede ser de otra manera, en su conocimiento y posterior implementación social; para que estas medidas sean útiles a la sociedad, se impone una actuación notarial exhaustiva e impecable, desde la primera conversación con el interesado hasta el resultado final del otorgamiento de un poder preventivo *ad hoc*, un apoderamiento específico y ajustado a la demanda del poderdante, que prevea y responda a sus necesidades presentes y futuras, que enumere las facultades, que establezca los estrictos límites de actuación que se consideren oportunos, y que introduzca previsiones de control para evitar *abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo*, a fin de garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias del poderdante, a lo largo de toda su trayectoria vital.

En todo caso la desjudicialización no ha de suponer merma alguna del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad, y ello porque voluntariedad, dignidad y garantías han de ir de la mano. Es por ello por lo que, en cualquiera de las dos modalidades de poder preventivo, es decir, el poder con cláusula de subsistencia o el poder preventivo puro, cuando abarca y comprende todas las acciones del otorgante, la esfera personal y la patrimonial, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo lo no previsto en el poder o mandato. Sin embargo y frente a la anterior regulación, el novedoso artículo 259 CC, implementa la hegemonía de la autonomía de la voluntad en tanto que el poderdante puede dispensar al apoderado de la sujeción a limitaciones, o la solicitud de autorizaciones judiciales previas, la rendición periódica de cuentas etc. que, en todo caso, incumben al curador.

Esta solución es congruente con los principios inspiradores de la reforma: respetar al máximo las medidas voluntarias de auto regulación, de absoluta prioridad frente a las legales o judiciales; una resolución en sentido contrario carecería de toda lógica, el apoderado que goza de toda la confianza del poderdante, que ha recibido las pautas para actuar

y ejercitar las facultades conforme a la expresa voluntad del poderdante plasmada en un documento público; si, como decimos, a este apoderado, se le somete al régimen de actuación del curador, de poco o nada habrá servido el encomiable esfuerzo de la persona que lo nombró y su voluntad será interpretada por la autoridad judicial, que, sin perjuicio de su reconocida profesionalidad, resolverá conforme a las preferencias del poderdante o no, porque tal vez no llegue a conocerlas.

Finalmente, ha de recordarse que, conforme al artículo 258.1 CC el poder preventivo, en sus dos modalidades, conserva *su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.*

3.3. El apoyo institucional del notario: Pautas de actuación²²

Huelga decir que todas las personas pueden ejercer su capacidad jurídica, y que asumimos, con gran responsabilidad, la llamada de la Convención y del legislador español de facilitar el ejercicio práctico de la capacidad jurídica en plenas condiciones de igualdad. Con todo respeto a este impecable principio general, hemos de convenirlo –y, por tanto, conciliarlo o mejor aún, compatibilizarlo– con otro axioma o premisa infranqueable, cuál es que todas las personas, con o sin discapacidad, han de prestar un consentimiento válido²³ y ajustado al acto o negocio jurídico que se pretenda otorgar, y ello porque la capacidad jurídica se ejercita en los actos y contratos, y no existe negocio jurídico válido sin que concurra el consentimiento.

En su doble faceta de profesional del Derecho y de funcionario público, la labor del notario no se limita a recoger las manifestaciones de voluntad,

22. La relatora de Naciones Unidas, Caterina Devandas, en su Informe presentado a la Asamblea General en diciembre de 2017, identifica al Notariado como autoridad en los términos del art.12 de la CDPD y señala expresamente en su punto 77 que «En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica» (...) el notariado debe conocer el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica y el paradigma de apoyo introducido por la Convención «para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica». El Notariado de tradición jurídica romanista es, ante todo, un elemento de seguridad jurídica preventiva, una autoridad que actuando como un profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, configura y da forma documental a los actos o contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndolos en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de él, y un valor ejecutivo».

23. Requisito *sine qua non* para la validez de los negocios jurídicos es la prestación del consentimiento (artículo 1261 CC).

plasmalas en el documento público y firmar. Para llegar a esta fase final, ha de preceder y precede, todo un protocolo de asesoramiento, durante el que se informa, advierte, y hasta previene acerca del alcance y consecuencias del negocio. Asimismo y, sin merma de la objetividad que preside toda intervención, se presta una asistencia especial al otorgante más necesitado de ella, a fin de equilibrar el posible desnivel de estatus cultural, económico, social, incluso emocional de las partes. Una vez alcanzado el cabal conocimiento de los derechos y obligaciones, el consentimiento y la firma de la escritura obedecerá, sin duda, a la voluntad debidamente conformada de las partes.

Por lo que respecta al poderdante o mandante, partimos del genérico artículo 255 CC, que reconoce la posibilidad de establecer medidas de apoyo a cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, sin establecer ningún requisito o complemento adicional, por lo que habrá que descartar la comparecencia de otras personas que sin embargo intervienen en determinados actos o negocios del menor emancipado. Ciertamente, como antes señalamos, nuestro compañero MARINO PARDO²⁴ opina que esta conclusión implicaría un menor emancipado pudiera otorgar poder preventivo para realizar actos que el no puede por si solo y necesita el complemento de capacidad, sin embargo también podría interpretarse que el apoderamiento se difiere hasta la mayoría de edad del menor emancipado en aquellos actos que, por imperativo del artículo 247 CC, sea necesario el complemento de capacidad.

En todo caso, el poderdante, cualquier poderdante, con o sin discapacidad, ha de querer otorgar el poder y comprender, tanto la decisión de conferirlo a una o varias personas determinadas, como las ulteriores consecuencias que esta decisión apareja; por tanto, querer y comprender, es el quid del consentimiento informado como *prius* de la intervención notarial que transita toda la normativa, desde el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, que impone al notario el deber de asegurarse, *en todo caso*, de la prestación de un consentimiento informado, hasta la obligación *ex* artículo 147 RN de prestar especial asesoramiento a la persona más necesitada.

Habida cuenta que los poderes preventivos deben, con buen criterio, otorgarse en escritura pública²⁵, haremos aquí, un breve excursio de la

24. MARIÑO PARDO, F., Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral. La reforma del Código Civil por la Ley 8/ 2021 ... *op. cit.*

25. Respecto de los argumentos que reivindican la escritura pública como forma contractual garante de los derechos de las personas, *vid.*, CALAZA LOPEZ, C.A., «La Asistencia personalizada de las personas dependientes y los discapacitados», *Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, ISSN 1697-7068, 2020. La Profesora GARCÍA RUBIO. M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario,

pauta de actuación notarial, como figura de apoyo institucional designada por la CDPD.

Los medios recién proclamados son auténticos puentes de entendimiento o canales de comunicación que han de desembocar necesariamente en la escritura pública redactada con el prototipo de lenguaje notarial recogido en el Reglamento Notarial (en adelante, RN) aprobado por Decreto el 2 de junio del ya lejano 1944, que, en su artículo 148 señala que *Los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma.* Por tanto, y desde el primitivo reglamento de la profesión se postuló el modelo de redacción documental en lenguaje accesible, preciso a la par que concluyente y ello porque, sin merma de la seguridad jurídica que proyecta hacia el exterior, los otorgantes han de entender su contenido y consecuencias de todo orden.

Los medios y apoyos técnicos a los que alude específicamente el art. 25 LN, y otros que sin duda proveerá la más innovadora investigación científica y tecnológica, sirven para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad física o sensorial, facilitando y promoviendo, desde el ámbito notarial, el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. Ello no obstante, reconocemos que nuestra mayor preocupación es promover y asegurar la máxima intervención de las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial, y ello porque, conforme al modelo representativo de la discapacidad felizmente superado, en muchas más ocasiones que la que hubiéramos querido desterrar, esta posibilidad estuvo legalmente vedada.

Pues bien, la inspiración para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial se encuentra en el providencial art. 665 CC, que, pese a estar regulado en

Preventivo o anticipatorio» en *Revista de Derecho Civil* disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) Estudios, pp. 29 a 60, después de valorar la conveniencia de flexibilizar la forma para las medidas más sencillas, señala que lo deseable es que el ámbito de actuación se establezca de modo claro y preciso, a fin de evitar dudas interpretativas futuras; tratándose de poderes preventivos la intervención notarial *ex ante* puede ser de impagable ayuda en este punto. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., «Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York», en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, PEREÑA VICENTE M/DELGADO MARTÍN, P. (Dirs.), HERÁS HERNÁNDEZ, M.M. (Coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2015, p.181, señala entre esas ventajas las derivadas del juicio de capacidad sobre las partes intervinientes, la emisión y formación libre de su voluntad y la fehaciencia derivada de la fe pública que ostenta el notario, todo lo cual contribuye a conseguir unas cotas importantes de seguridad jurídica.

sede testamentaria²⁶, resulta plenamente extrapolable a cualquier otro documento notarial. El artículo 665 se redacta con el siguiente texto: *La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que estime necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.*

De forma análoga se expresa la DT 3^a en relación con la modificación de medidas voluntarias al decir «Cuando la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, el Notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

Pues bien, estos preceptos deben constituir el prototipo de la actuación del notario, que, como apoyo institucional de la persona con discapacidad, asume la responsabilidad de:

1. Garantizar el acceso de las personas con discapacidad con los medios técnicos, materiales y humanos para que puedan exteriorizar su voluntad, deseos y preferencias, las cuáles, debidamente interpretadas y ajustadas a Derecho, se trasladarán finalmente al contenido del documento notarial proyectado.

El objetivo último de esta fase inicial es asegurar una comunicación bilateral para lo cual, resulta obvio, es indispensable la interlocución directa e inmediata, con la colaboración y apoyo de facilitadores, como los intérpretes en lengua de señas y/o de herramientas tecnológicas, como los sistemas aumentativos etc.

2. Asesorar con particular detenimiento y esmero, así como informar acerca las posibles opciones y fórmulas jurídicas alternas para alcanzar la finalidad pretendida, utilizando en la comunicación un lenguaje claro y sencillo, evitando imprecisiones o ambigüedades que puedan dar lugar a una confusión o equivocación de conceptos.

3. Una vez redactado el documento, ha de propiciarse que la persona comprenda los efectos, consecuencias y alcance de sus disposiciones. A tal efecto, se ha apoyar en el razonamiento del documento proyectado, procurando, en todo momento, que la persona *otorgante desarrolle su propio*

26. En materia testamentaria el Tribunal Supremo, en Sentencia 146/2018, antes por tanto de la LRAPD, señaló que el art. 665 CC «ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar».

proceso de toma de decisiones, al margen de la intervención de terceros facilitadores o del personal de apoyo, que actuarán en la comprensión pero jamás en la decisión.

4. Al fin, la lectura del documento, a cualquier persona, más que extenderse a la absoluta literalidad de su contenido debe encaminarse hacia la intensidad de su comprensión, en otras palabras, ha de ser explicativa y aclaratoria para que llegue a su receptor, en los términos del artículo 193.2 RN que admite como íntegra la lectura cuando «el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes»²⁷.

En todo este proceso de toma de decisiones, se impone atender y respetar la voluntad, deseos y preferencias del otorgante, abstracción hecha de las sugerencias que hagan las personas que prestan el apoyo, así como del denotado principio del mejor interés de la persona con discapacidad. Apoyar en la toma de decisiones, es servir de puente, ayudar a la persona con discapacidad para que ella adopte las decisiones que le conciernan, sin influenciar ni interferir para se tome la mejor de las decisiones a juicio de la persona que sirve de apoyo.

Ello no obstante, el respeto a la voluntad de la persona, como eje rector en la configuración del documento, del poder preventivo en este caso, no altera ni merma, en modo alguno, la observancia de las obligaciones notariales, que han de extremarse en pro de la seguridad jurídica preventiva. Por ello, si la persona con discapacidad pretende otorgar un poder con un contenido ilógico o incongruente que finalmente resulte de imposible aplicación, o del que se deriven consecuencias jurídico-prácticas inoperantes, habrá de retomarse la fase de asesoramiento e intelección para asegurarnos que concurre el consentimiento informado, sin el cual carecerá de todo sentido la intervención notarial.

A lo largo de este *iter* la persona con discapacidad puede solicitar el acompañamiento o la asistencia de los apoyos de su elección, a los que el notario también podrá recurrir²⁸, pues la comunicación, huelga decirlo, es recíproca. Hasta ahora, la experiencia ha demostrado que

-
27. Particularmente, después de treinta años de ejercicio, vengo comprobando que es mucho más eficaz una explicación detallada de todas y cada una de las partes de la escritura que una lectura monótona en la que el oyente suele desconectar.
 28. Recuerda la Circular del CGN que, entre los apoyos instrumentales, puede valerse el notario de la experiencia atesorada por las entidades sociales, no sólo a la hora de facilitar que la persona tome decisiones, pese a las dificultades existentes, sino también para plantear o sugerir al interesado posibles estructuras, que se adecuen a sus necesidades.

la presencia de los acompañantes y/o guardadores de hecho, siempre y cuando no supongan injerencia en la conformación de la voluntad, es un apoyo útil y hasta necesario para las personas más vulnerables que dependen anímicamente de sus padres o familiares cercanos no tanto para elaborar, conformar y expresa sus deseos, sino para interactuar fuera del círculo de su confianza, o, en expresión actual «salir de su zona de confort». Es suficiente, en ocasiones, la mera presencia del acompañante en el despacho, o que el asistente reproduzca las mismas palabras del profesional, pero con la entonación, acento o, incluso, deje que la persona con discapacidad está habituada a escuchar para minorar la dificultad de interacción y lograr que el compareciente exprese sus emociones, preocupaciones y necesidades en un marco de absoluta tranquilidad, confianza y libertad, absolutamente imprescindibles para recabar la voluntad.

Por otra parte, el juicio notarial acerca del discernimiento de la persona no depende, única y exclusivamente, de la interlocución con ella, por muy exhaustiva y prolongada que sea la conversación, sino que puede y debe complementarse con otros medios, y así, la circular 3/2021 del CGN, añade otras fuentes a las que recurrir, como la información sobre las condiciones y hábitos de vida de la persona, la calificación administrativa de la discapacidad, entrevistas con su familia y convivientes, la colaboración de expertos para facilitar la comunicación o los informes de servicios sociales u otros profesionales.

Entre los medios personales, y sin perjuicio del aludido apoyo institucional, el compareciente, si es su voluntad, puede recurrir al apoyo externo, entendiendo por tal, a la luz de la Exposición de motivos de la LRAPD que la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como expresa la Observación General de 2014 es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo (...) ²⁹.

29. Cfr., las iluminadoras palabras de PÉREZ GALLARDO, L., «El notario tendrá que saberse comunicar con la persona con discapacidad para calar su voluntad, para determinar lo que realmente quiere (...) Hay que ser un verdadero intérprete (...) en el sentido carneluttiano, o sea, el notario como nuncio o portavoz de una voluntad, intermediario, que permite traducir los conceptos jurídicos.(..) Las personas con discapacidad (...) encontrarán en el notario, el médico del Derecho, pero un médico especializado en una medicina preventiva», extraídas de «El notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: Crónica de un protagonismo anunciado», en Estudios varios de Derecho Notarial, Editorial Senicasa, Managua, 2015.

La clave de esta actuación se encuentra en la comprensión, fase en la que el Notario ha de poner todo su empeño en entender y hacerse entender para que la persona alcance el discernimiento de sus actos, y esta premisa ha de aplicarse, a mi entender, a cualquier documento notarial, sea poder, mandato, voluntades anticipadas, medidas voluntarias, pólizas, testamentos, negocios traslativos, etc.

En esta tarea, el notario ha de ponderar otros factores, como la facilidad o dificultad de comprender, asimilar y recordar el contenido y efectos del poder. Huelga decir, que la intensidad intelectual de un poder a pleitos se sitúa en las antípodas de la que se necesita para para asimilar los extensos y complejos préstamos hipotecarios con sus múltiples hipótesis de variables, la solidaridad pasiva, y ya no digamos las fórmulas de cálculo como la TAE. Asimismo debemos convenir que el planteamiento y la explicación de un testamento con cláusulas sencillas, en el que se ordena el legado de usufructo universal al cónyuge y la institución de herederos a los hijos, es más fácil que explicar y recoger que la última voluntad de las personas con relaciones familiares conflictivas, o aquellos testamentos de mayor complejidad donde se haga una disposición de bienes con sustituciones fideicomisarias, condiciones, o se prevea la aportación de obras de arte para la constitución de una Fundación, por poner un ejemplo.

Ha de recordarse en este punto que el notario está obligado a confrontar los límites del apoyo externo; por una parte, que la persona que ejerce de apoyo entienda también el contenido de documento, sus efectos y la responsabilidad inherente al apoyo que presta, y por otra, debe evitar injerencias indebidas en perjuicio de la persona que otorga el documento³⁰. El profesional interviene como garante de la seguridad jurídica, y debe autorizar el documento público conforme con las leyes, adecuarlo al ordenamiento jurídico e informar a los otorgantes del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado³¹, comprobando que el apoyo externo no sustituye ni altera de la voluntad de la persona con discapacidad, y al propio tiempo que esta asistencia es suficiente para que la persona conforme la referida voluntad en relación con el negocio concreto que se pretenda.

30. La Circular CGN 3/2021 hace referencia expresa a la necesidad de establecer salvaguardas tales como la fijación de instrucciones concretas de actuación, con especial referencia a la posible constitución de órganos de control en el ejercicio de las medidas de apoyo, entre ellas los poderes preventivos, señalando que estos órganos de control puedan quedar facultados para prestar autorización a ciertos actos e, incluso, para pedir la extinción del poder o revocar los poderes otorgados, cuando no lo pueda hacer por sí el poderdante.

31. Cfr., al respecto, las reiteradas llamadas a estos principios de actuación, tanto en la Ley como en el Reglamento Notarial, así, *ad ex*, artículo 1 y artículo 147 RN.

Finalmente, una vez otorgado el poder el notario lo comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil, por imperativo del artículo 260 CC, que por estar referido a todas las medidas de apoyo de origen notarial, incluye los poderes preventivos. A su vez reformado el artículo 77 Ley del Registro Civil señala que «Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes». Ahora bien, hay que precisar que la circunstancia de que la comunicación del poder preventivo sea obligatoria, no implica que la inscripción en el Registro Civil sea constitutiva, y ello porque el poder es válido y eficaz desde el momento de su otorgamiento.

La Instrucción de 16 de diciembre de 2021, de la DGSJYFP, establece las pautas para la entrada en vigor de la aplicación informática Dicireg a partir de la entrada en funcionamiento de la primera oficina conforme a las previsiones señaladas en la Ley 20/2011, de 2 de julio del Registro Civil; sin embargo hasta el momento, a falta de la efectiva posibilidad de envío telemático, la referida comunicación se verifica habitualmente a través del correo certificado con acuse de recibo, o a través del correo administrativo del art. 16 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

3.4. El contenido del poder preventivo

Considerando que el poder preventivo forma parte del elenco de las medidas voluntarias de apoyo, la Observación general n.º 1 de la CDPD puntualiza que la palabra «apoyo» tiene un significado amplio, que abarca todo tipo de comportamiento que puede ir desde el mero acompañamiento amistoso, hasta la ayuda técnica para emitir la declaración, el asesoramiento y, por último, el apoyo en la toma de decisiones. No puede haber un único apoyo, el mismo para todas las personas con discapacidad, pues el apoyo debe construirse específicamente para cada persona, ya que cada persona puede tener necesidades diferentes y el apoyo puede también referirse únicamente a su esfera jurídica personal, o a su esfera patrimonial, o a ambas³².

Señala el artículo 255 CC aplicable a todas las medidas voluntarias de apoyo, y por tanto, como venimos ya repitiendo, al poder preventivo,

32. GARCÍA RUBIO, M.P., «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», Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo LVIII, 2017/2018, p. 174.

que éstas pueden referirse a la persona o bienes del que las adopta; esta vocación de exhaustividad se refuerza en el artículo 261 del mismo cuerpo legal, relativo en concreto a los poderes, cuando informa que «*aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables*», de lo que se infiere claramente que las facultades conferidas a un apoderado preventivo pueden alcanzar también los aspectos personales³³.

Ahora bien, muy a pesar de este afán generalista, ha de recordarse en este punto, que el carácter personalísimo de ciertos actos casa mal con la figura de la representación, y, así, en este sentido, pueden citarse el testamento, las capitulaciones matrimoniales, el reconocimiento de filiación, la emancipación o la adopción, y ello sin perjuicio de que en alguno de estos actos, tan específicos del derecho de familia, podría admitirse la figura del *nuntius*³⁴, en el bien entendido que la intervención de esta persona se limita y circunscribe a canalizar y transmitir una voluntad que ha sido previamente conformada en su integridad por el poderdante, tal y como prevé, de forma explícita, el Código Civil en su artículo 55 relativo al matrimonio.

El poder preventivo, en cuanto medida de apoyo voluntario, impera sobre las de origen legal o judicial, y el otorgante dispone de un abanico de posibilidades para trazar su contenido, conforme a ello puede identificar a la persona que ha de servirle de apoyo, y, en caso de ser varios, implementar el régimen de actuación mancomunada para ciertos actos de mayor enjundia patrimonial o mayor compromiso personal, o solidario, con distribución de facultades entre los apoderados, en función de sus respectivas habilidades o especialidades, así como prever e introducir las medidas de control que considere convenientes para evitar el conflicto de intereses o la influencia indebida, imponer o dispensar de la obligación de formalizar inventario, de la rendición de cuentas, etc.

33. *Vid.*, con mayor y mejor profundidad, MARIÑO PARDO, F., Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral. La reforma del Código Civil por la Ley 8/ 2021 para el apoyo a las personas con discapacidad: El poder preventivo. Fecha de la entrada, 8 de octubre de 2021. Disponible en http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_64.html [20/10/2021]. Señala nuestro compañero que «No obstante, deberemos plantearnos si, en estos casos, existen límites y si cabe prescindir del control judicial. Es cierto que el curador representativo precisa autorización judicial para los actos de trascendencia personal (artículo 287.1 CC) y que el artículo 259 del CC se remite a las reglas de la curatela representativa respecto del apoderado preventivo. Pero el artículo 259 del CC solo es aplicable a los poderes preventivos que tengan por objeto todos los negocios del mandante y, además, la exigencia de autorización judicial es dispensable por el poderdante».

34. La RDGSJYFP, de 29 de enero de 2021 admite la posibilidad de intervenir a través de un *nuntius* en un divorcio.

En todo caso, debe huirse de modelos, minutas, o estereotipos y, como apunta LEÑA FERNANDEZ³⁵, hacer un «traje a medida», adecuado a cada poderdante, que bien puede configurarse un mandato de contenido puramente personal, relativo a la elección del domicilio en que desea vivir, la elección del cuidador, excluyendo expresamente otro u otros, la atención y el tratamiento médicos en centros hospitalarios públicos o privados, o quizás conferir un apoderamiento de corte patrimonial con el objetivo de asegurar la continuación y prolongación de su empresa más allá de su trayectoria empresarial y todo ello sin perjuicio de que, en el libre ejercicio de su voluntad, el poderdante prefiera suscribir un poder completo en el que incluya facultades para intervenir en todas las facetas, bien sea porque carece de un círculo amplio de posibles apoderados, o bien sea porque toda su confianza descansa en una sola persona.

Aún en la hipótesis de que el poderdante quiera despreocuparse y otorgar un poder de contenido amplio y complejo, el apoderamiento debe proyectar una especialización, individualización y ajuste a sus específicas necesidades y así, abrir la posibilidad de designar distintos apoderados³⁶ con distribución de funciones entre ellos, estableciendo, al efecto un ejercicio simultáneo, mancomunado o solidario, o si se prefiere, de orden sucesivo; o, por el contrario, designar un solo apoderado, incluso, como apunta el Código Civil en su artículo 259, para *todos los negocios del mandante*. Con esta alocución el legislador parece referirse al conocido como poder general, pero, si descendemos del plano teórico al práctico habrá de convenirse que la concepción de un poder general dista mucho de ser unívoca, y depende, en buena parte, entre otros factores, de la complejidad de la masa patrimonial del poderdante.

En este sentido, la percepción de otorgar un poder general que tiene una persona con una economía doméstica que disponga de una vivienda en propiedad, su salario o pensión, unos depósitos bancarios y una expectativa hereditaria, será conferir facultades para la administración y disposición de los bienes de presente, y, en su caso formalizar la herencia a la que esta llamado, así como vender los bienes o derechos que le han sido adjudicados; sin embargo, otra persona con un patrimonio más versátil, dinámico o complejo entenderá por poder general aquél que incluya otro

35. LEÑA FERNÁNDEZ, R., «El llamado poder preventivo, con un apunte previo sobre la capacidad» en *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 6, 2014-2015, ISBN 978-84-9045-326-1, pp. 189 a 234.

36. En el supuesto de designación de múltiples apoderados, sin que el poderdante haya establecido una norma de actuación conjunta o solidaria en el ejercicio de las facultades todo indica que deberá recurrirse *mutantibus mutandis*, a las normas de la curatela, y por tanto, exigir la intervenir de todos los nombrados.

tipo de facultades como negociar inversiones inmobiliarias y financieras, realizar todo tipos de actos societarios relativos a su red de empresas, etc. En conclusión, la clave para descifrar si estamos ante el poder «general» al que se refiriere el precepto analizado, consistirá en indagar si las facultades abarcan aquellos aspectos que puedan involucrar todas las actividades del mandante o si, por el contrario, se faculta al apoderado para ejecutar actos relativos a bienes concretos, específicos y determinados, que no incluyen todas las facetas que constituyen el ámbito negocial del poderdante.

En la práctica los poderes preventivos más habituales, aunque en pureza técnica no deberían ser calificados de generales, –al no incluir, por responsabilidad y prudencia profesional, aquellas facultades que difícilmente puedan llegar a necesitarse– suelen redactarse, a requerimiento expreso del poderdante, (a pesar de haber explicado y advertido con reiteración sus efectos, incluso apelando al término vulgar «poder de ruina») con amplias facultades para «no dejar cabos sueltos». En muchas ocasiones el poder se insta en el frontispicio del discernimiento de la persona, cuando, por ejemplo se detecta el Alzheimer, y justamente, detectamos que el otorgamiento de un poder de contenido amplio provoca un efecto liberador en el ánimo de la persona, que es consciente de la gravedad de la enfermedad, y solicita que el apoderado tenga las facultades necesarias para proveer sus futuras necesidades, para, de alguna manera despreocuparse en la confianza de que sus asuntos serán resueltos.

Una vez llegada la situación de discapacidad, y sobrevenida la necesidad de apoyo, el poder suscrito con vocación de exhaustividad infiere de *lege data* la íntegra ampliación del artículo 287 CC, y en su consecuencia, el ingreso al Juzgado del historial jurídico del poderdante, en contra de su determinada voluntad, expresada, manifestada, y constatada en un documento público. Como antes se apuntaba, el poder preventivo, que, en cualquiera de sus dos modalidades, comprenda todos los negocios del mandante, por imperativo del artículo 259 CC queda sometido a las reglas de la curatela, y en su consecuencia el apoderado dependerá y necesitará de la preceptiva autorización judicial para ejecutar los actos enumerados en el artículo 287 CC³⁷ a menos que el poderdante hubiera tenido

37. Artículo 287 CC «El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de

la previsión de dispensarlo expresamente. Esta circunstancia ha de ser advertida para evitar que decaiga la proyección del poderdante y evitar la letanía de las peregrinaciones al Juzgado en solicitud de las autorizaciones. Aunque el artículo dice textualmente sobrevenida la necesidad de apoyo, parece que debe ser interpretado como la entrada en una fase de discapacidad que entrañe pérdida notable de discernimiento, pues en otro caso podría, por supuesto, actuar él, o bien ratificar el negocio jurídico o completar el poder dispensando de la autorización judicial.

En otro orden de cosas, hay que enfatizar un efecto lógico y coherente con la especial naturaleza *intuitu personae* de este particular poder³⁸, en el que cobra especial importancia la selección del apoderado, sus valores personales y/o cualidades profesionales tiene su reflejo en el artículo 261 CC que impone un *ejercicio personal de las facultades representativas, sin*

extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria».

38. La norma general está regulada en el artículo 1721 CC, con arreglo al cual:

«El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido, pero responde de la gestión del sustituto:

1. Cuando no se le dio facultad para nombrarlo.

2. Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo».

Por tanto, la regla general en el derecho civil es la posibilidad de sustituir el poder, a diferencia de lo que sucede en el derecho mercantil, donde el artículo 261 Código de Comercio exige para que el comisionista pueda delegar la comisión autorización del comitente.

perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables.

Por tanto, el poder preventivo es indelegable, y muy especialmente en cuanto al ejercicio de las facultades personales, donde no cabe la sustitución; y si bien el propio cuerpo legal admite que el apoderado encargue la ejecución de actos concretos y determinados a otras personas, en buena lógica deberá responder, de la elección de ese tercero, pasando además por su ajuste al tipo de actos circunscritos a esta especie de sub-apoderamiento.

3.5. Las medidas de control del apoderamiento

El legislador, preocupado, con toda razón, por un mal uso del poder³⁹ introduce un sistema de garantías en pro de la indemnidad personal de la persona con discapacidad, al señalar que además de las facultades que se otorguen, que constituyen el cuerpo o contenido típico del poder, el poderdante puede, introducir *las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.*

Este llamamiento a la prudencia en la suscripción de medidas de apoyo voluntarias merece, para nosotros, un juicio positivo y altamente favorable, y es que debe recordarse, una vez más, que el poder preventivo por su propia naturaleza, va a ejecutarse con todo su valor de título de legitimación representativa, cuando el poderdante ya no pueda fiscalizar su ejercicio, por lo que ha de prever que otras personas, ajenas al círculo personal y laboral del apoderado, e incluso expertos en administración patrimonial, supervisen, de forma periódica los actos y/o negocios del apoderado. Así, en este sentido, se puede instituir un régimen de previo consenso externo para acometer determinados negocios que pongan en peligro la estabilidad económica de la persona, imponiendo al efecto que antes de verificarse la enajenación de parte del patrimonio, o la inversión en productos financieros de alto riesgo, sea imprescindible un previo análisis y la comparativa entre una diversidad de opciones que ofrecer

39. En paralelo a las medidas de control dispuestas por el poderdante, el desempeño de estas medidas voluntarias está sujeto al control de la autorizada judicial, *ex.* 249 últ. CC, «La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera».

el mercado y/o la conformidad, a través de un informe o certificado, de terceras personas expertas en el sector del negocio de que se trate.

Sin embargo, y con toda la cautela, entendemos que un poder para actuar en el marco de un patrimonio modesto, podría ser dispensado de controles demasiado estrictos y exhaustivos que generen gastos adicionales, y prever, en su lugar, otras medidas de garantía, como establecer límites monetarios para los gastos, circunscribir el poder solidario a los actos de administración ordinaria para que pueda disponerse de los recursos de ahorro o de la pensión estatal, para atender a los gastos ordinarios de alimentación, vestido, farmacéuticos etc. y que, para actos de mayor envergadura y trascendencia patrimonial, como la venta de algún inmueble, se imponga la actuación mancomunada de varios apoderados, que habrán de probar que se han agotado los recursos monetarios y la transmisión inmobiliaria es imprescindible para garantizar la salud, el bienestar y la supervivencia del poderdante con dignidad.

La clave de estas medidas de control se encuentra, una vez más, en la interacción, el asesoramiento notarial y la conformación del poder a medida de la situación personal, familiar y patrimonial del poderdante, así como de la previsible evolución de una, tal vez, latente enfermedad.

La Circular del CGN 3/2021 aborda el contenido de las salvaguardas (...) El artículo 255 estatuye: «Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias». Y el artículo 258 en lo tocante a los poderes preventivos: «El otorgante podrá establecer (...) las medidas u órganos de control que estime oportunos, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder».

3.6. Duración y extinción de los poderes preventivos

Por lo que respecta a la duración de los poderes preventivos, en sus dos variedades, el artículo 258.1 CC, respetando el axioma de la preferencia de las medidas voluntarias, apuesta por mantener su vigencia, aun cuando se constituyan otras medidas, voluntarias o judiciales, por lo que en la práctica pueden llegar a confluir dos sistemas de apoyo, un

poder preventivo, y en el máximo nivel de representación, una curatela representativa.

Este encabalgamiento o superposición de facultades se nos antoja difícil de conciliar, y, en todo caso, debe pasar por un régimen de absoluta colaboración entre el apoderado y el curador, en el caso de que sean distintas personas. Aunque el texto no se exprese en este sentido, ni el contrario, la absoluta prioridad de las disposiciones de naturaleza voluntaria, hace pensar que poderdante puede evitar, si así lo dispone, la coexistencia de las medidas y por ende la duplicidad de actuaciones y gastos, máxime cuando se haya propuesto para el ejercicio de la curatela, a la misma persona de su confianza que apoderó⁴⁰.

Por su parte, el párrafo segundo del mismo artículo 258.2 CC, circunscrito al poder preventivo conferido al cónyuge o pareja de hecho del poderdante, establece una particular causa de extinción del apoderamiento, cuál es el cese de la convivencia entre poderdante y apoderado, en concordancia con la regla general en cuya virtud los consentimientos y poderes entre cónyuges se extinguen por la mera admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio⁴¹.

Ello no obstante, también en este punto la excelencia de la autonomía de la voluntad vuelve a significarse, cuando se admite que el poder puede prever la subsistencia de sus efectos, aun en un contexto de ruptura convivencial; solución ésta, que si bien pudiera calificarse de anómala o extraña es sumamente práctica, pues ni todas las separaciones personales son conflictivas, ni todas ellas arrastran la pérdida de confianza en la que, en definitiva, se sustenta el poder, y, cuando los ex cónyuges o convivientes, participan en empresas o entidades, es de suponer que los intereses serán confluyentes y no contrapuestos.

Por otra parte, un distanciamiento personal transitorio, en el que la pareja se toma un período de reflexión, o el alejamiento por razones laborales, nada infrecuente en una sociedad de trabajo globalizado, no debe implicar, *per se*, la extinción del poder, a menos que la situación se perpetúe en el tiempo, y se llegue a consolidar una ruptura definitiva. En

40. DIAZ ALABART, S., *La Protección jurídica de las Personas con discapacidad (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur, Madrid, 2004, p. 158 señalaba que «(...) aunque la razón de la autotutela y los poderes preventivos puede coincidir, ambas figuras se desdoblán en funciones completamente diferentes y diversos ámbitos, en el primero es la incapacitación en si misma, en el segundo se pretende que un tercero gestione todos o solo algunos de sus asuntos, en el supuesto de producirse aquella».

41. Vid., CALAZA LOPEZ, C.A., «La intervención del notario en la separación y el divorcio: cuaderno de bitácora y ruta», *La Ley Derecho de familia*, n° 18, abril-junio, 2018.

todo caso, deben matizarse estas circunstancias, así como un prudencial tiempo «de espera»; en buena lógica, el internamiento de uno de los convivientes en un centro hospitalario u otro análogo tampoco conlleva la extinción, sin perjuicio, resulta obvio de la posibilidad de revocarlo.

Por lo que se refiere a la mecánica de la revocación, el propio interesado puede otorgar la escritura de revocación por sí, o con el apoyo que sea necesario; en su defecto, el artículo 258 CC reconoce legitimación para solicitar la revocación en vía judicial a *cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere*, y, en este caso, habrán de alegar y acreditar que en el apoderado concurre alguna de las causas de remoción del curador⁴², a menos que el poderdante hubiera dispuesto lo contrario. En resumen, si el poderdante tiene discernimiento puede, en el libre ejercicio de su voluntad, revocar el poder por pérdida de confianza o por la causa, motivo o razón que estime conveniente; asimismo podrá revocarlo, cuando para ello necesite asistencia o apoyo, siempre que pueda conformar y exteriorizar su voluntad⁴³. En último extremo, si se produce un agravamiento de su situación, con el nombramiento de un curador representativo, hay que matizar que éste no puede

42. Correlativamente el artículo 51 bis de la LJV dispone «Extinción de los poderes preventivos.

1. Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador.

2. Admitida la solicitud, se citará a la comparecencia al solicitante, al apoderado, a la persona con discapacidad que precise apoyo y al Ministerio Fiscal. Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal».

43. La Circular del CGN 3/2021 se pronuncia acerca de la revocabilidad de las medidas de apoyo voluntarias, y al efecto señala (...) «Es importante destacar que por definición los apoyos voluntarios dependen de la voluntad de la persona interesada, que puede modificarlos o pura y lisamente revocarlos o incluso prescindir de los mismos. En línea de principio, los apoyos voluntarios no son, por lo tanto, vinculantes para la persona que los haya dispuesto, si decide sustituirlos por otros o simplemente actuar sin su concurso, pues habrá que estar siempre a su voluntad, deseos y preferencias. Pero es cierto que en algunas ocasiones la persona disponente puede estar interesada en imponerse una limitación. ¿Puede obligarse a sí misma? La vía para ello es condicionar la revocación a ciertas salvaguardas, por ejemplo, la necesidad de escritura pública, previo informe médico o social, o con la concurrencia o asentimiento de determinadas personas, de manera que no pueda saltarse el régimen autoimpuesto en su propio beneficio. Entiéndase bien: la mencionada salvaguarda limitativa de la revocación, tan sólo se justifica por el hecho de ser una condición autoimpuesta que pretende otorgar un cauce seguro para la eliminación o modificación de la medida, lo que puede ser muy interesante para evitar en el futuro influjos indebidos de terceras personas, o también en el caso de ciertas adiciones o trastornos compulsivos».

revocar el poder preventivo por sí, sino que ha de solicitarlo a la autoridad judicial, correspondiendo asimismo esta legitimación a las personas indicadas para promover la curatela.

Las causas en las que se puede fundar la solicitud de extinción del poder preventivo, por expresa remisión al artículo 278.1 CC, y, debidamente interpretadas son: 1. Que, una vez otorgado el poder, el apoderado incurra *mutatis mutandis* en una causa legal de inhabilidad para el ejercicio del cargo de curador; 2. Que no ejercite cabalmente la función de apoyo de la persona con discapacidad, sea incumplimiento de las obligaciones, por inobservancia de las pautas, voluntad, preferencias o deseos constatados por el poderdante, o bien por impericia o ineptitud evidenciable; y 3. Cuando sobrevenga un conflicto convivencial grave y prolongado entre poderdante y apoderado. En todo caso, todas las causas tienen un común denominador, que la actuación activa o pasiva del poderdante ponga en riesgo el correcto desempeño del mandato o apoderamiento.

Si prospera la remoción, y la persona con discapacidad tuvo la previsión de designar varios apoderados, subsistirá el poder en cuanto al que no ha sido excluido, y si ha nombrado un sustituto, éste será el encargado de servir de apoyo, en otro caso, y falta de otras medidas voluntarias, o por insuficiencia de éstas, habrán de adoptarse otras ya judiciales, si son necesarias.

Qué duda cabe, que el poder preventivo, sin perjuicio de su afortunada especialidad, se extingue también por las causas generales, entre las que tiene una marcada implicación la renuncia del mandatario, y ello porque malogra el proyecto de asistencia personal y tal vez, patrimonial, de la persona con discapacidad.

Si el apoderado renuncia, el notario, en el cumplimiento de sus funciones debe notificarlo al poderdante de forma y manera que éste tenga un puntual y cabal conocimiento de la nueva situación, ayudándole en su comprensión y razonamiento para que, si es su voluntad, pueda otorgar medidas complementarias; ahora bien, si cuando la renuncia tiene lugar, el poderdante no tiene el discernimiento necesario para desarrollar otro plan de cuidado, y no se ha previsto ninguna alternativa, habrá que recurrir, en último término –como última ratio–, a la autoridad judicial para que provea, en un expediente de jurisdicción voluntaria, si no hay oposición o en otro contencioso, si hay controversia, las medidas de apoyo necesarias⁴⁴. Asimismo, se extingue el poder preventivo por el fallecimiento del poderdante y/o del único apoderado, y por el concurso de acreedores de ambos.

44. Cfr., art. 255.5 CC.

Como se ha dicho, el poder preventivo, en sus dos variantes, puede coexistir con otras medidas de apoyo, pese a lo cual, el párrafo cuarto del artículo 1733 CC, señala que el referido poder se extingue por el establecimiento de medidas de apoyo al mandante o poderdante que, sean coincidentes con la medida concreta por la que se otorgó el apoderamiento o mandato preventivo⁴⁵.

Ya por último, señalar la afortunada solución que el legislador ha dispensado a los poderes y mandatos preventivos otorgados al amparo de la LPPD, tema que preocupó al colectivo notarial en tanto que desde el 2003 existe un buen número de protocolos, en vigencia, y, como manifiestan algunos compañeros, no todos los poderdantes conservan el discernimiento requerido para su modificación.

La problemática de la aplicación de la normativa de la curatela, a los poderes preventivos otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley, se ha resuelto de forma positiva, al verse dispensados de la exigencia de autorización judicial, conforme a la dicción concluyente en este sentido de la DT 3^a «Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil.

Cuando la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, el notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

III. BIBLIOGRAFÍA

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de, *Incapacitación y mandato*, Madrid, La Ley, 2008.

CALAZA LOPEZ, A., «La intervención del notario en la separación y el divorcio: cuaderno de bitácora y ruta», *La Ley Derecho de familia*, n.º 18, abril-junio, 2018.

– *El contrato de alimentos como garantía de asistencia vitalicia*. Ed. Thomson Reuters ARANZADI. Cizur Menor, 2020.

45. Hasta la presente reforma, el párrafo tercero del apartado segundo del artículo 1732CC atribuía a la autoridad judicial la facultad de extinguir el poder preventivo al dictar la sentencia de incapacitación y el nombramiento de tutor o bien, extinguirlo con posterioridad a instancia del tutor.

- «La Asistencia personalizada de las personas dependientes y los discapacitados», *Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, ISSN 1697-7068, 2020.

CALAZA LÓPEZ, S. *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.

- «Una nueva Jurisdicción voluntaria de personas y de familia (1)», *La Ley. Práctica de Tribunales*, 116, 1 de septiembre de 2015.

- «El tortuoso trayecto procesal desde la discapacidad hasta la modificación judicial de la capacidad», en *Retos y desafíos en materia de discapacidad: una visión multidisciplinar*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 2015.

- «La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad (1)» *LEY Derecho de familia* n.º 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, Nº 31, 1 de jul. de 2021, Wolters Kluwer.

- «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿Era necesario confeccionar tantos “trajes a medida” procesales para único abrigo sustantivo?», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, dirigido por Yolanda De Lucchi López-Tapia y Antonio José Quesada Sánchez, Ed. Atelier, Barcelona, 2022.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., «Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York», en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, PEREÑA VICENTE M/DELGADO MARTÍN, P. (Dirs.), HERÁS HERNÁNDEZ, M.M. (Coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2015.

DIAZ ALABART, S., *La Protección jurídica de las Personas con discapacidad (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur, Madrid, 2004.

FERNANDEZ DE BUJAN, A., «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad (1)» *Diario La Ley* Nº 9961, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021, Wolters Kluwer.

GARCÍA RUBIO, M.P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, Preventivo o anticipatorio» en *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) Estudios.

- «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», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LVIII, 2017/2018.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R., «El llamado poder preventivo, con un apunte previo sobre la capacidad» en *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 6, 2014-2015, ISBN 978-84-9045-326-1.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) *Estudios*, pp. 199-2244.
- MARIÑO PARDO, F., Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral. «La reforma del Código Civil por la Ley 8/ 2021 para el apoyo a las personas con discapacidad: El poder preventivo». Fecha de la entrada, 8 de octubre de 2021. Consulta efectuada el 20 de octubre de 2021. http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_64.html.
- MORETÓN SANZ, M.F., «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia», en LASARTE ÁLVAREZ (Dir.) y MORETÓN SANZ (Coord.) *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.
- MORO ALMARAZ, M.J., «La tramitación legislativa de la Ley 8/2021, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico» en el Monográfico coordinado por García Rubio, M.P. *LA LEY*. Wolters Kluwert, Derecho de familia, n. 31, julio-septiembre 2021.
- PÉREZ BUENO, L.C., Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia. Sesión n.º 10 de 20 de octubre de 2020.
- PÉREZ GALLARDO, L., «El notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de auto-protección: Crónica de un protagonismo anunciado», en *Estudios varios de Derecho Notarial*, Editorial Senicasa, Managua, 2015.
- PARRA LUCÁN, M.A., «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. II, DÍEZ-PICAZO, L. (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021*, de 2 de junio. Madrid. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021.

- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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 de Derecho Civil*, 2020, 5.
- SANTOS URBANEJA, F., «Discapacitado, patrimonio separado y legítima» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, 2005.

Capítulo VI

Algumas considerações em torno do regime jurídico do maior acompanhado em Portugal

Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto

CRISTINA DIAS

*Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação*

SUMÁRIO: I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. II. REFERÊNCIAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA CONSAGRADOS NA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E A RAZÃO DE SER DA NOVA CONFIGURAÇÃO LEGAL. III. O NOVO REGIME – INTRODUÇÃO À LEI N.º 49/2018, DE 14 DE AGOSTO. OS FUNDAMENTOS E A RAZÃO DE SER DO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO (A PROPOSTA DE LEI N.º 110/XIII E SUA APRECIACÃO). IV. O REGIME JURÍDICO DO MAIOR ACOMPANHADO – ANÁLISE DO REGIME INTRODUZIDO PELA LEI N.º 49/2018, DE 14 DE AGOSTO. 1. *O novo regime e sua entrada em vigor.* 2. *Os requisitos do acompanhamento.* 3. *O acompanhante.* 4. *Âmbito e conteúdo do acompanhamento.* 5. *Capacidade do maior acompanhado.* 6. *Valor dos atos do maior acompanhado.* 7. *Mandato com vista a acompanhamento.* 8. *Cessação e modificação do acompanhamento.* V. NOTAS FINAIS. VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A publicação e entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, criando o regime jurídico do maior acompanhado, e eliminando os

institutos da interdição e da inabilitação, estabeleceu um novo regime que visa proteger os maiores impossibilitados, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos e cumprir, nos mesmos termos, os seus deveres (artigo 138.º Código Civil)¹.

«A Lei n.º 49/2018 veio dar resposta positiva às preocupações que se faziam sentir no campo das incapacidades das pessoas com deficiência, com a consagração deste novo regime jurídico do maior acompanhado (...). [T]emos hoje, (...) um regime que segue um *modelo flexível e monista, de acompanhamento ou apoio, casuístico e reversível*, que respeita na medida do possível a *vontade* das pessoas e o seu poder de *autodeterminação*. É claro que o sucesso, na prática, deste novo modelo vai depender, em grande medida, dos tribunais, pela *responsabilidade acrescida* que o novo regime lhes atribui, na *definição – e revisão – das medidas adequadas a cada deficiente, a cada situação!*»².

Para as situações em que a pessoa apresenta particularidades que limitam a sua propensão natural para entender as suas ações e os efeitos das mesmas o Código Civil estabelecia incapacidades negociais de exercício, prevendo a menoridade (artigos 122.º– 133.º), a interdição (artigos 138.º – 151.º) e a inabilitação (artigos 152.º – 156.º). Em todas estas situações, previstas para proteção do próprio incapaz, a pessoa apresenta características que diminuem ou são suscetíveis de limitar a sua vontade e aptidão para exercer os seus direitos, para administrar os seus bens e de se reger a si mesma³. As referidas incapacidades impunham, portanto, e no seu próprio interesse, uma limitação à liberdade de agir da pessoa.

Este regime jurídico das incapacidades foi pensado como uma forma de proteger o incapaz (e o seu património) contra as suas próprias características limitadoras. Portanto, a partir dos 18 anos (idade em que se atinge a maioridade), adquire-se plena capacidade de exercício de direitos. Mas, há determinadas características de certas pessoas que impõem que a ordem jurídica lhes conceda alguma proteção contra a sua inabilidade ou fragilidades. Previa, assim, o Código Civil, e consoante a gravidade da situação, certos fundamentos tipificados que conduziam à interdição

1. Sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil português.
2. MONTEIRO, P., «Das incapacidades ao maior acompanhado – breve apresentação da Lei n.º 49/2018», *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2019, pp. 27 e 28.
3. V., GONÇALVES, A., «Breve estudo sobre o regime jurídico da inabilitação», in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 114.

(nomeando-se um tutor – que substituía o incapaz na prática dos atos) ou à inabilitação (nomeando-se um curador que auxiliava o incapaz a praticar os atos).

«A evolução da estrutura social, a consciência da gravidade que os remédios referidos comportam para o incapaz e a influência de instrumentos de direito internacionais ditaram que, paulatinamente, se fosse questionando a bondade da solução consagrada no Código Civil»⁴. Todos estes fatores confluíram na aprovação, pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, do regime do maior acompanhado e da revogação dos regimes da interdição e da inabilitação.

Em face do regime anterior, a proteção de uma pessoa maior só podia conseguir-se declarando-a incapaz, por via da sua interdição ou inabilitação.

«Efectivamente, só depois de interdita ou inabilitada é que a pessoa incapaz encontra quem a substitua – tutor – ou quem a acompanhe – curador – na prática dos actos que lhe digam respeito. Ora, este é um dos maiores inconvenientes que apresenta o regime (...). Uma pessoa maior com deficiências deve poder ser ajudada sem que para isso tenha de perder a sua capacidade de exercício! Daí precisamente o apelo a que era urgente consagrar medidas que pudessem auxiliar as pessoas com deficiência, mantendo estas a sua *capacidade de exercício de direitos*. Neste sentido se manifestou (...) um forte movimento em todo o mundo, com destaque para a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e para as alterações legislativas em vários sistemas jurídicos, como a Alemanha, França, Itália, Espanha e Brasil, entre outros»⁵.

Como nos dá conta Paula Távora Vítor, as modificações no contexto social, económico e médico foram determinando uma reforma dos ordenamentos jurídicos no sentido da supressão das incapacidades tradicionais⁶.

Os regimes da interdição e da inabilitação, com fundamentos taxativos e com requisitos a observar nos termos legalmente previstos, deixavam sem proteção e cobertura jurídica alguns sujeitos que, atendendo às suas características particulares ou debilidades, ou pelo avançar da idade, não se integravam no âmbito dos referidos regimes (p. ex., pessoas com certas

4. BARBOSA, M. M., *Maiores acompanhados – primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.*, Gestlegal, Coimbra, 2018, p. 10.

5. MONTEIRO, P., *op. e loc. cit.*, pp. 19 e 20.

6. VÍTOR, P. T., «Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída», in AAVV, *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Atas do seminário, Universidade do Porto, Porto, 2018, p. 127 e nota 3.

doenças degenerativas que não se traduzissem em anomalias psíquicas; pessoas vítimas de AVC com alguma incapacitação que precisassem de alguém que as acompanhasse; situações de incapacidade temporária; etc). Por outro lado, e sobretudo quanto à interdição, uma vez decretada, o incapaz ficava impossibilitado de praticar qualquer ato relativo à sua pessoa ou ao seu património, ou seja, a solução legal era geral, não se atendendo às especificidades de cada pessoa em concreto.

Impunha-se, portanto, tal como ocorreu noutros ordenamentos jurídicos, uma mudança legislativa nesta matéria, para o que contribuiu, como referimos, alguns instrumentos internacionais como a Convenção de Nova Iorque, a que agora faremos uma breve referência.

II. REFERÊNCIAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA CONSAGRADOS NA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E A RAZÃO DE SER DA NOVA CONFIGURAÇÃO LEGAL

A Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), adotada pelas Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e assinada por Portugal em 30 de março de 2007 (e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho), bem como o respetivo Protocolo Adicional, adotado pelas Nações Unidas a 30 de março de 2007 (e aprovado pela Resolução da AR n.º 57/2009, tendo sido ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30 de julho), aplicando os direitos humanos já consagrados noutros instrumentos jurídicos internacionais à deficiência, visa promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente⁷. Resulta do seu artigo 1.º que «as pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros».

Como resulta do parecer à Proposta de Lei n.º 110/XIII do Mecanismo Nacional de Monitorização da Convenção das Nações Unidas sobre os

7. Poderia ainda mencionar-se a recomendação do Conselho da Europa sobre Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Incapazes Adultos [Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa, adotada pelo Comité de Ministros em 23 de fevereiro de 1999].

Direitos das Pessoas com Deficiência⁸, parece claro que a incapacidade decorre, mais do que de características individuais, sobretudo de interações sociais estigmatizadas e estigmatizantes, de barreiras ambientais e de outros fenómenos sociais.

Na referida Convenção, e seguindo o mesmo parecer, a abordagem à deficiência do ponto de vista dos direitos humanos implica uma mudança de paradigma nas atitudes e abordagens para com estas pessoas que deixam de ser «objetos de caridade, tratamento médico e proteção social para serem sujeitos de direitos, capazes de tomar decisões e participar na sociedade em igualdade com todas as outras pessoas». Assiste-se, assim, «ao reconhecimento da dignidade humana independentemente da existência da deficiência ou da intensidade dos apoios necessários, sendo que o acesso aos direitos deve ser incondicional, assegurado e protegido, desafiando a presunção de que a existência de uma deficiência ou incapacidade pode prejudicar o direito ao gozo e ao exercício dos mesmos»⁹.

Por outro lado, a necessidade de apoio à tomada da decisão não pode justificar uma limitação ao acesso a direitos fundamentais como o direito ao voto, a casar ou a constituir uma família, aos direitos reprodutivos e parentais, à liberdade ou ao consentimento para atos médicos (v., parágrafo 23 (f) Comentário Geral n.º 1).

Quanto à noção de discriminação com base na deficiência, encontramos-a no artigo 2.º CDPD, definindo-a como sendo uma «qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objetivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, económico, social, cultural, civil ou de qualquer outra natureza. Inclui todas as formas de discriminação, incluindo a negação de adaptações razoáveis».

A Comissão emergente do Protocolo Adicional divulgou observações finais relativas ao relatório inicial de Portugal, das que podemos destacar a relevância do reconhecimento igual das pessoas com deficiência (artigo 12.º

8. <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c-324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e-4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938775a54553359544d7a4e693031596a4e6a4c-54526c4e6d457459575a6b4d7930784d544d79596a6c6d4d545534597a6375634752-6d&fich=0e57a336-5b3c-4e6a-afd3-1132b9f158c7.pdf&Inline=true> [última consulta: 8-01-2019].

9. Parecer à Proposta de Lei n.º 110/XIII do Mecanismo Nacional de Monitorização da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, mencionado na nota anterior.

CDPD), de onde decorre que os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar a igualdade de direitos das pessoas com deficiência em serem proprietárias e herdarem património, a controlarem os seus próprios assuntos financeiros e a terem igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e asseguram que as pessoas com deficiência não são, arbitrariamente, privadas do seu património.

É neste contexto que surge a alteração legislativa referida. É interessante notar, como escreve Joaquim Correia Gomes, que a generalidade da jurisprudência, «nos casos de interdição e inabilitação, tem persistentemente ignorado o citado artigo 12.º CDPD, quando o mesmo já estava vigente, não tendo efectuado qualquer leitura da disciplina daqueles últimos à luz deste»¹⁰.

«Reconhecer a igualdade das pessoas com deficiência em matéria de capacidade jurídica em sentido amplo implica, antes de tudo o mais, uma mudança radical de um paradigma assente na proteção para um paradigma assente no respeito pela autonomia; abandona-se, assim, um modelo de *best interest* em prol de um modelo de *best wishes*, no qual a vontade e preferências da pessoa com deficiência assume um papel central (...). Da conjugação dos números 2, 3 e 4 do artigo 12.º da Convenção resulta que o objetivo primeiro das medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência é a operacionalização dos seus direitos no respeito, sempre que possível e na medida dessa possibilidade, pela sua vontade e preferências»¹¹.

A CDPD impõe aos Estados algumas exigências.

«Ora, em matéria de capacidade jurídica, essas exigências assentam na consagração de um princípio de igualdade, cuja concretização pressupõe a transição de um modelo centrado na promoção do melhor interesse da pessoa com deficiência para um modelo centrado no respeito das suas vontades e preferências. Juridicamente, esta transição implica a progressão de um modelo de substituição assente numa declaração abstrata de incapacidade para modelos de acompanhamento, assentes em juízos casuísticos subordinados aos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

10. GOMES, J. C., «Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro», in AAVV, *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Atas do seminário, Universidade do Porto, Porto, 2018, p. 68. Aí se referem os acórdãos do tribunal da Relação de Coimbra, de 11/11/2014, e de 13/09/2016, e do tribunal da Relação de Guimarães, de 28/09/2017, e de 07/12/2017 (in <http://www.dgsi.pt>).

11. COSTA, M. F. da, «O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência», in AAVV, *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Atas do seminário, Universidade do Porto, Porto, 2018, pp. 106 e 107.

Estas linhas diretrizes encontram eco no novo regime jurídico do maior acompanhado, desde logo na nova redação do artigo 145.º, n.º 1 CC, que estatui que o acompanhamento se limita ao necessário, e na eliminação das incapacidades de gozo automáticas que se encontram associadas, atualmente, quer ao regime da interdição, quer ao regime da inabilitação.

Igualmente se reconhece a influência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na preocupação de conferir relevância à vontade do sujeito na conformação do regime a que será submetido, seja aquando do requerimento inicial, seja na decisão do tribunal quanto aos termos do acompanhamento, seja quanto à identidade do acompanhante.

Por fim, sublinhe-se também a preocupação legislativa em acentuar a natureza temporária e tendencialmente transitória das medidas de acompanhamento, consagrando-se um regime obrigatório de revisão judicial periódica das mesmas, na nova redação do artigo 155.º CC.

Daí que, não obstante algumas dúvidas interpretativas e discordâncias que a reforma possa suscitar, pareça ser de admitir que é notória a evolução legislativa no sentido da conformidade do regime jurídico português com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência»¹².

Convém ainda mencionar, e prendendo-se com a implementação da Convenção, o Decreto-Lei n.º 129/2017, de 9 de outubro, que estabelece o programa do Modelo de Apoio à Vida Independente (MAVI).

«Conforme consta no preâmbulo, com este programa visa-se a «disponibilização de assistência pessoal a pessoas com deficiência ou incapacidade para a realização de atividades de vida diária e de mediação em contextos diversos (...) constituindo uma mudança de paradigma nas políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência, procurando inverter a tendência da institucionalização e da dependência familiar».

O MAVI assenta «no primado do direito das pessoas com deficiência à autodeterminação, assegurando condições para o exercício do direito a tomar decisões sobre a sua vida, ainda que existam diferentes situações de deficiência, com graus diferenciados de dependência ou incapacidade, que carecem de apoios distintos».

Segundo o n.º 1 do artigo 10.º, são destinatárias de assistência pessoal as pessoas com grau de incapacidade igual ou superior a 60% e idade igual ou superior a 16 anos, sendo que as pessoas com *deficiência intelectual*, as pessoas com *doença mental* e as pessoas com *Perturbação do Espectro do Autismo*, desde que com idade igual ou superior a 16 anos, podem ser

12. Mesma autora e obra, p. 115.

destinatárias de assistência pessoal, independentemente do grau de incapacidade que possuam (n.º 2).

Os maiores declarados interditos podem beneficiar de assistência pessoal, devendo ser assegurada a sua participação ativa no processo da formação da vontade e na efetivação das suas decisões, sem prejuízo do regime legal das incapacidades e respetivo suprimento (n.º 4 do artigo 10.º).

Por outro lado, as atividades previstas no n.º 1 do artigo 6.º, e em especial as atividades de *apoio à participação e cidadania* e as atividades de *apoio à tomada de decisão*, incluindo a recolha e interpretação de informação necessária à mesma, *não consubstanciam nem prejudicam o exercício da representação legal e respetivo regime jurídico, nos termos previstos no Código Civil.*

A articulação do programa MAVI com o regime do maior acompanhado não será isenta de dificuldades, como demonstra o n.º 2 do artigo 6.º, (...) mas afigura-se fundamental para a efetiva implementação da Convenção no nosso país»¹³.

III. O NOVO REGIME – INTRODUÇÃO À LEI N.º 49/2018, DE 14 DE AGOSTO. OS FUNDAMENTOS E A RAZÃO DE SER DO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO (A PROPOSTA DE LEI N.º 110/XIII E SUA APRECIÇÃO)

Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 110/XIII, que esteve na base da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto¹⁴, lê-se o seguinte: «o diagnóstico dos múltiplos problemas que afetam o instituto das denominadas incapacidades dos maiores encontra-se há muito realizado. É indiscutível o amplo consenso que, nos meios académicos, nos vários sectores das profissões forenses e médicas e na comunidade em geral, se formou sobre a indispensabilidade de uma reformulação global daquele instituto.

As soluções fornecidas pelo Código Civil de 1966 – que em si mesmo representou um avanço notável relativamente ao Código Civil de 1867 – talvez se mostrassem adequadas à sociedade do seu tempo, mas tornaram-se progressivamente desajustadas, face à evolução socioeconómica e demográfica do país.

13. PAZ, M., «O maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto», *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2019, pp. 126 e 127.

14. A referida proposta foi precedida de um estudo que importa ter presente: CORDEIRO, M., MONTEIRO, P., *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, disponível em http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf.

Desde o início de vigência do Código Civil, registou-se uma elevação muito considerável do nível de vida da população. Foi atingido o patamar das nações desenvolvidas, com tudo o que isso implica, no verso e no reverso. Num fenómeno interligado, verificou-se um aumento expressivo da esperança de vida e uma quebra da natalidade. Como consequência, a pirâmide etária tende para a inversão. Por outro lado, não pode hoje haver dúvidas em considerar a pessoa com deficiência como pessoa igual, sem prejuízo das necessidades especiais a que a lei deve dar resposta. O Direito civil, tradicionalmente virado para a atividade do cidadão adulto, sui iuris, na plena posse de todas as faculdades e com um aceno aos menores, tem de adaptar-se.

Nesse sentido, procurou-se assegurar o tratamento condigno não só das pessoas idosas mas também das de qualquer idade carecidas de proteção, seja qual for o fundamento dessa necessidade. O Código Civil não pode ficar indiferente ao aumento das limitações naturais da população, determinante de um acréscimo de patologias limitativas, fruto do aumento da esperança de vida, de um melhor diagnóstico, de uma diminuição da capacidade agregadora das famílias e, em certos casos, das próprias condições de vida prevalecentes. E apesar das intervenções judiciais neste domínio serem numericamente significativas, a verdade é que a larga maioria das situações de insuficiência ou de deficiência físicas ou psíquicas ficam à margem de quaisquer medidas de proteção jurídica.

Assim, e consciente desta realidade, o (...) Governo (...) elege como objetivo estratégico a inclusão das pessoas com deficiência ou incapacidade. Ora, essa inclusão deve ter como elemento fundamental o reconhecimento de que as diferentes situações de incapacidade, com graus diferenciados de dependência, carecem de respostas e de apoios distintos, devendo essa diversidade ser tida em conta no desenho das medidas e das respostas dadas a cada caso».

Refere Paula Távora Vítor que «a demografia passou a ter como nota dominante o envelhecimento da população, que provocou o aumento dos grupos etários em que é mais comum o surgimento de doenças neurodegenerativas e as limitações à capacidade a estas associadas. Concomitantemente, assistiu-se a progressos significativos de natureza científica, que se sagraram numa compreensão diversa da saúde mental e da deficiência, também enquanto condições sociais, e que, com o concurso dos progressos da medicação, conduziram a nova leitura destes fenómenos, aberta à valorização dos espaços de capacidade e autonomia e à inclusão comunitária, bem como à ideia de reversibilidade do estatuto da pessoa com capacidade diminuída. Por fim, os valores sociais que presidem à resposta jurídica à condição das pessoas maiores com capacidade diminuída alteraram-se, acompanhando o percurso da teoria dos direitos fundamentais»¹⁵.

15. VÍTOR, P. T., *op. e loc. cit.*, p. 127.

Como escrevia Jorge Duarte Pinheiro, «[o]s processos de interdição e inabilitação são morosos, implicam, por vezes, pesados custos; têm cariz estigmatizante; não cobrem situações de incapacidade temporária, ainda que se trate de incapacidade temporária grave. No caso da inabilitação, visa-se mais a protecção do património do que a protecção da pessoa do incapaz. No caso da interdição, o mecanismo de protecção é a tutela, inspirada num meio de suprir as responsabilidades parentais que é pouco flexível. Na verdade, a interdição e a inabilitação são institutos excepcionais que urgem ser revistos, porque valorizam pouco a autonomia das pessoas com capacidade diminuída, sejam elas ou não idosas. A interdição e a inabilitação colidem com a chamada doutrina da alternativa menos restritiva, segundo a qual a protecção se deve fazer de uma forma que respeite ao máximo a autonomia da pessoa em apreço, que afecte o menos possível os seus direitos fundamentais»¹⁶.

Como vimos, são evidentes as causas de desadequação deste regime.

«Como se refere na mencionada proposta de lei, tal desadequação resulta da rigidez da dicotomia interdição/inabilitação que obsta à maximização dos espaços de capacidade de que a pessoa ainda é portadora; o carácter estigmatizante da denominação dos instrumentos de protecção; o papel da família que ora dá, ao necessitado, todo o apoio no seu seio, ora o desconhece; o tipo de publicidade previsto na lei, com anúncios prévios nos tribunais, nas juntas de freguesia e nos jornais, perturbador do recato e da reserva pessoal e familiar que sempre deveria acompanhar situações deste tipo.

Tudo isto compele a uma reforma ambiciosa, atenta, quer à experiência de ordens jurídicas culturalmente próximas da nossa, quer aos instrumentos internacionais vinculantes para a República Portuguesa, com relevo para a Convenção das Nações Unidas de 30 de março de 2007 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho, e que já aqui analisámos.

Tentando sintetizar, e na esteira da referida proposta de lei, os fundamentos finais da alteração das denominadas incapacidades dos maiores – ordenada pela sua integração harmónica no Código Civil, assim obstando a quebras sistemáticas que dificultem a sua aplicação e façam perigar os objetivos prosseguidos – são (...) os seguintes: a primazia da autonomia da pessoa, cuja vontade deve ser respeitada e aproveitada até ao limite do possível; a subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade, só admissíveis quando o problema não possa ser ultrapassado com recurso aos deveres de protecção e de acompanhamento comuns, próprios de qualquer situação familiar; a flexibilização da interdição/

16. PINHEIRO, J. D., *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 313 e 314.

inabilitação, dentro da ideia de singularidade da situação; a manutenção de um controlo jurisdicional eficaz sobre qualquer constrangimento imposto ao visado; o primado dos seus interesses pessoais e patrimoniais; a agilização dos procedimentos, no respeito pelos pontos anteriores; a intervenção do Ministério Público em defesa e, quando necessário, em representação do visado.

Em geral, e sem prejuízo do que analisaremos mais adiante, podem sublinhar-se as seguintes alterações: *opção por um modelo monista, material, estrito e de acompanhamento caracterizado por uma ampla flexibilidade, permitindo ao juiz uma resposta específica e individualizada, adequada à situação concreta da pessoa protegida; a possibilidade de o maior acompanhado, salvo decisão expressa do juiz em contrário, manter liberdade para a prática de diversos atos pessoais, designadamente: liberdade de casar, de se unir de facto, de procriar, de perflhar, de adotar, de exercer as responsabilidades parentais, de se divorciar e de testar; a qualificação do processo como de jurisdição voluntária e urgente; a obrigatoriedade de o juiz contactar pessoalmente com o beneficiário antes de decretar o acompanhamento, e a expressa possibilidade de se proceder à revisão, à luz do novo regime, das interdições e inabilitações decretadas no pretérito, a pedido do próprio, do acompanhante ou do Ministério Público»¹⁷.*

Estudaremos de seguida estas alterações e o regime do maior acompanhado introduzido pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

IV. O REGIME JURÍDICO DO MAIOR ACOMPANHADO – ANÁLISE DO REGIME INTRODUZIDO PELA LEI N.º 49/2018, DE 14 DE AGOSTO

1. O NOVO REGIME E SUA ENTRADA EM VIGOR

Como já referimos, a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, cria o regime jurídico do maior acompanhado e elimina os institutos da interdição e da inabilitação.

Analisaremos este regime, contido nos artigos 138.º a 156.º, dedicados aos maiores acompanhados, deixando de fora as referências às alterações operadas noutros diplomas legais.

Como resulta do artigo 140.º, o acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais

17. RIBEIRO, N. L. L., «O maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto», *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2019, p. 75.

ou determinadas por sentença. A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam¹⁸. Além desta ideia de supletividade (ou subsidiariedade), o acompanhamento rege-se também pelo princípio da necessidade, nos termos do artigo 145.º, ou seja, o acompanhamento limita-se ao necessário.

Como já referimos, importava encontrar um sistema mais flexível «que promovesse, na medida do possível, a *vontade* das pessoas com deficiência e a sua *autodeterminação*, que respeitasse, sempre, a sua *dignidade* e facilitasse a *revisão periódica* das medidas restritivas decretadas por *sentença judicial*»¹⁹.

Impõe-se, desde logo, apresentar uma definição de maior acompanhado²⁰, traduzindo-se numa situação em que a pessoa maior²¹ está impossibilitada, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres. Esta pessoa maior nestas condições beneficia das medidas de acompanhamento previstas no Código Civil (v., artigo 138.º).

Como referimos, o acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença. A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam²². Além desta ideia de supletividade (ou

18. Têm-se aqui em vista, «em primeira linha, os artigos 1674.º e 1675.º do Código Civil; mas admite-se que eles possam resultar de outra fonte; seria ideal que estivessem em causa as situações das pessoas que vivam em economia comum (Lei n.º 6/2001, de 11 de maio) e em união de facto (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio); infelizmente, os competentes regimes não consagram expressamente os deveres de cooperação e de assistência, embora se chegue lá pela boa-fé» (CORDEIRO, Menezes, MONTEIRO, Pinto, *Da situação jurídica do maior acompanhado...*, op. e loc. cit., p. 119).

19. MONTEIRO, P., op. e loc. cit., p. 20.

20. O Mecanismo Nacional de Monitorização para a Implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no seu parecer quanto à proposta de Lei n.º 110/XIII, recomendava que se espelhasse a conceção de deficiência prevista na CDPD, «afastando-se definitivamente do modelo médico e da incapacidade, assumindo como princípio geral o princípio da capacidade de todas as pessoas». A proposta de lei referida mencionava apenas o maior impossibilitado por razões de saúde ou pelo seu comportamento. A Lei n.º 47/2018 incluiu a palavra «deficiência» na redação final do artigo 138.º Código Civil.

21. Ou seja, pessoa com mais de 18 anos ou, equiparando-se a essa situação, pessoa emancipada, nos termos do artigo 133.º

22. A expressão levanta alguns problemas, nomeadamente: «(i) quem são os sujeitos envolvidos (uma vez que não se descortina a consagração legal deste tipo de deveres

subsidiariedade), o acompanhamento rege-se também pelo princípio da necessidade, nos termos do artigo 145.º Como veremos, em função de cada caso e independentemente do que haja sido pedido, o tribunal pode cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes seguintes: a) Exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias; b) Representação geral ou representação especial com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária; c) Administração total ou parcial de bens; d) Autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; e) Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.

O acompanhamento pode conduzir à representação legal, dependendo do recorte dado ao instituto e dos poderes concretos do acompanhante. Se assim for, a representação legal segue o regime da tutela, com as adaptações necessárias, podendo o tribunal dispensar a constituição do conselho de família (artigo 145.º, n.º 4). Como refere Mafalda Miranda Barbosa, nestas situações em que o acompanhamento se reconduz à representação legal há uma diferença relativamente à interdição: «enquanto esta era decretada de forma generalizante, a representação subjacente ao regime do acompanhamento é determinada em função das necessidades concretamente constatadas do beneficiário, podendo ser geral ou especial»²³.

António Pinto Monteiro escreve que «uma pessoa menos atenta a estes temas poderia julgar que tinham desaparecido, *de todo*, as incapacidades, as quais teriam sido *substituídas* por um novo regime, *o do maior acompanhado*. Mas não é assim, como é óbvio; este novo regime substitui, isso sim, tão-só e apenas, os institutos da *interdição* e da *inabilitação* e, por conseguinte, as incapacidades que resultavam da instauração, por um tribunal, daqueles institutos»²⁴.

O regime de acompanhamento só pode aplicar-se mediante uma decisão judicial, verificados certos pressupostos. A decisão de acompanhamento só pode ser tomada após audição pessoal e direta do beneficiário e ponderação das provas apresentadas (artigo 139.º), «para que o

senão entre cônjuges e entre pais e filhos e não é configurável uma extensão à semelhança da figura do garante no Direito Penal); (ii) quais as implicações do dever de assistência, que se configura como um dever de providenciar ao sustento material, estranho portanto ao quadro que convoca o acompanhamento, que é de mero cuidado e não de suporte económico; (iii) por fim, quais as consequências do seu não cumprimento e as formas de controlo da sua atuação» (VÍTOR, Paula Távora, *op. e loc. cit.*, p. 138).

23. BARBOSA, M. M., *op. cit.*, pp. 50 e 51.

24. MONTEIRO, P., *op. e loc. cit.*, p. 15.

juiz possa avaliar presencialmente da capacidade real deste e, cremos nós, auscultá-lo, se possível, sobre as medidas a implementar»²⁵.

A situação das pessoas com capacidade diminuída era tradicionalmente tratada numa perspetiva de proteção. É agora de destacar no novo regime o respeito pelo princípio da autonomia privada e pela vontade do beneficiário do acompanhamento. Além de o acompanhamento poder ser requerido pelo próprio (artigo 141.º), o acompanhante, que é designado pelo tribunal, pode ser escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal (se ainda for menor, uma vez que o acompanhamento pode ser requerido e instaurado dentro do ano anterior à maioridade – artigo 142.º) (artigo 143.º). Como escreve Sónia Moreira, o princípio do respeito pela autonomia privada e pela vontade do beneficiário na escolha do acompanhante tem de pressupor que aquele se encontra em condições de poder escolher²⁶.

Como veremos, o respeito pela autonomia privada encontra-se também no artigo 156.º, onde se prevê a possibilidade de uma pessoa celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento. Uma solução semelhante à consagrada no diploma das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) e do Testamento Vital, em que a pessoa, ainda capaz, escolhe um procurador de cuidados de saúde, ou seja, quem vai decidir no seu lugar no que toca à prestação destes cuidados, quando já não estiver em condições de o fazer por si (*cfr.*, artigos 11.º e segs. Lei n.º 25/2012, de 16 de julho). Raquel Guimarães afirmava que o primeiro sinal de mudança do regime português das incapacidades surgiu precisamente com a adoção das DAV²⁷.

A possibilidade de o acompanhado agir autonomamente dependerá da configuração que o juiz definir no caso concreto e na medida adotada. De todo o modo, e nos termos do artigo 147.º, que analisaremos também adiante, o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário. E são pessoais, entre outros, os direitos de casar ou

25. MOREIRA, S., «A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado», in AAVV, *Atas da I Conferência Internacional de Direito e Bioética, Temas de Direito e Bioética. Novas questões do Direito da Saúde*, vol. I, Benedita Mac Crorie, Miriam Rocha e Sónia Moreira (Coord.), DH-CII – Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2018, p. 232.

26. MOREIRA, S., *op. e loc. cit.*, pp. 232 e 233.

27. V., GUIMARÃES, M. R., «Este país não é para velhos? A proteção das pessoas maiores incapazes no direito civil português; Perspectivas de evolução», in AAVV, *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Helena Mota/Maria Raquel Guimarães (Coords.), Almedina, Coimbra, 2016, p. 239.

de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar.

Pressupõe-se a manutenção da capacidade de exercício de direitos por parte da pessoa que recorre a medida de acompanhamento. Trata-se de medidas de apoio a pessoa com deficiência assentes na sua autodeterminação.

Veremos também que o acompanhamento pode cessar ou ser modificado (nas limitações impostas à autonomia do acompanhado) quando se justifique (artigo 149.º), havendo revisão periódica das medidas de acompanhamento (artigo 155.º).

2. OS REQUISITOS DO ACOMPANHAMENTO

Como vimos, o regime do maior acompanhado aplica-se ao maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres (artigo 138.º). Não há agora uma descrição, como acontecia com os regimes da interdição e da inabilitação, dos fundamentos para a adoção da medida, optando o legislador por conceitos indeterminados.

Como refere Mafalda Miranda Barbosa, são dois os requisitos para que possa ser decretado o acompanhamento: um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva²⁸. Também António Pinto Monteiro apresenta os requisitos como sendo de dois tipos: quanto à causa e quanto à consequência²⁹.

Assim, e relativamente ao requisito subjetivo, seguindo a autora citada, deve haver uma impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres (reporta-se ao requisito quanto à consequência). Está, portanto, em causa a possibilidade de a pessoa formar a sua vontade de modo natural e são, ou seja, a possibilidade de se autodeterminar quanto ao exercício dos seus direitos e ao cumprimento dos seus deveres.

Quanto ao requisito objetivo, exige-se que a impossibilidade para exercer os direitos ou cumprir as obrigações se funde em razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário (requisito quanto

28. BARBOSA, M. M., *op. cit.*, p. 53.

29. MONTEIRO, P., *op. e loc. cit.*, p. 24.

à causa). Evidentemente que a jurisprudência terá aqui um papel determinante na densificação destes conceitos, avançando a autora citada algumas respostas³⁰.

«Optou o legislador, como se vê, por uma formulação *ampla*, afastando-se claramente da posição *fechada* relativa aos fundamentos da interdição e da inabilitação. Um ponto muito importante que neste contexto importa sublinhar é o de que na actual formulação ampla que permite o recurso às medidas de acompanhamento *cabem as pessoas idosas e/ou doentes*»³¹.

Verificados os requisitos mencionados *supra* o acompanhamento será decidido pelo tribunal, nos termos do artigo 139.º Em qualquer altura do processo, podem ser determinadas as medidas de acompanhamento provisórias e urgentes, necessárias para providenciar quanto à pessoa e bens do requerido.

A legitimidade para requerer o acompanhamento é atribuída ao próprio maior impossibilitado ou, mediante autorização deste, ao cônjuge, ao unido de facto, a qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, ao Ministério Público (artigo 141.º, n.º 1). O tribunal pode suprir a autorização do beneficiário quando, em face das circunstâncias, este não a possa livre e conscientemente dar, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível (artigo 141.º, n.º 2). O pedido de suprimento da autorização do beneficiário pode ser cumulado com o pedido de acompanhamento (artigo 141.º, n.º 3).

De referir ainda que, como dispõe o artigo 153.º, a publicidade a dar ao início, ao decurso e à decisão final do processo de acompanhamento é limitada ao estritamente necessário para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros, sendo decidida, em cada caso, pelo tribunal.

Às decisões judiciais de acompanhamento é aplicável o disposto nos artigos 192.º-B e 192.º-C (artigo 153.º, n.º 2), relativos ao registo das decisões quanto às responsabilidades parentais.

O processo de constituição do regime de acompanhamento está regulado nos artigos 891.º a 904.º Código do Processo Civil. Como nos diz Miguel Teixeira de Sousa, «[o] processo de acompanhamento de maiores é o único meio para obter quer o decretamento da correspondente medida, já que o acompanhamento só pode ser decidido pelo tribunal (artigo 139.º, n.º 1, CC), quer a cessação ou a modificação de uma medida de acompanhamento já decretada, dado que essa modificação ou cessação

30. BARBOSA, M. M., *op. cit.*, pp. 53-59.

31. MONTEIRO, P., *op. e loc. cit.*, p. 24.

também só podem ser realizadas através de uma decisão judicial (artigo 149.º, n.º 1, CC), quer ainda a revisão das medidas de acompanhamento, porque também esta revisão só pode ser efectuada pelo tribunal (artigo 153.º CC)»³².

O tribunal competente será o juízo local cível. Na verdade, o artigo 122.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei de Organização do Sistema Judiciário – LOSJ), não sofreu qualquer alteração, relativo à competência dos juízos de família e de menores. Atendendo ainda à jurisprudência existente relativa à interpretação a dar à al. g) do n.º 1 do mesmo artigo³³, julgamos ser este o melhor entendimento.

3. O ACOMPANHANTE

Traduzindo o respeito pela autonomia da pessoa e pela vontade do beneficiário, o artigo 143.º determina que o acompanhante, que deve ser maior e no pleno exercício dos seus direitos, é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal (nas situações contempladas no artigo 142.º), sendo designado judicialmente.

Na falta de escolha, o acompanhamento é deferido, no respetivo processo, à pessoa cuja designação melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário, designadamente:

- a) Ao cônjuge não separado, judicialmente ou de facto³⁴;
- b) Ao unido de facto;
- c) A qualquer dos pais;
- d) À pessoa designada pelos pais ou pela pessoa que exerça as responsabilidades parentais, em testamento ou em documento autêntico ou autenticado;
- e) Aos filhos maiores;
- f) A qualquer dos avós;
- g) À pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado (como lares de idosos);

32. SOUSA, M. T. de, «O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais», *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2019, p. 32.

33. V., acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11.10.2016 (disponível em <http://www.dgsi.pt>).

34. Julgamos que a lei quer referir-se não apenas à separação de facto e à separação de pessoas e bens judicial, mas também à separação administrativa.

h) Ao mandatário a quem o acompanhado tenha conferido poderes de representação (respeitando-se a escolha prévia do beneficiário, feita num momento em que este, de forma consciente, prevendo a possibilidade de posteriormente vir a necessitar de medidas de acompanhamento, tenha designado um mandatário para este efeito, nos termos do artigo 156.º que falaremos adiante);

i) A outra pessoa idónea (a apreciar no caso concreto).

O tribunal pode também designar vários acompanhantes com diferentes funções, especificando-se as atribuições de cada um, com observância dos números anteriores (artigo 143.º, n.º 3).

O critério para a escolha do acompanhante é o da salvaguarda do imperioso interesse do beneficiário, não havendo, assim, uma hierarquia das pessoas que a lei elenca, sendo certo que a ordem pela qual aparecem pode traduzir as pessoas que acautelam aquele interesse prioritariamente e subsidiariamente.

Determina o artigo 144.º que o cônjuge, os descendentes ou os ascendentes não podem escusar-se ou ser exonerados. Os descendentes podem ser exonerados, a seu pedido, ao fim de cinco anos, se existirem outros descendentes igualmente idóneos. Os demais acompanhantes podem pedir escusa com os fundamentos previstos no artigo 1934.º (quanto à escusa da tutela) ou ser substituídos, a seu pedido, ao fim de cinco anos.

Sem prejuízo do disposto no artigo 144.º, a remoção e a exoneração do acompanhante seguem, nos termos do artigo 152.º, o disposto nos artigos 1948.º a 1950.º (remoção e exoneração do tutor). Assim, o acompanhante que falte ao cumprimento dos seus deveres ou se revele inapto para o exercício destas funções, bem como aquele que supervenientemente venha a constituir-se numa das situações que impediriam a sua nomeação, poderá ser removido do cargo.

No exercício da sua função, o acompanhante rege-se pelo dever de cuidado e diligência, privilegiando o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada (artigo 146.º, n.º 1)³⁵. O acompanhante mantém um contacto permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, no mínimo, com uma periodicidade mensal, ou outra periodicidade que o tribunal considere adequada (artigo 146.º, n.º 2).

Nos termos do artigo 150.º, o acompanhante deve abster-se de agir em conflito de interesses com o acompanhado. A violação deste dever

35. Esta solução é criticada por VÍTOR, P.T., *op. e loc. cit.*, p. 145.

tem as consequências previstas no artigo 261.º (relativo ao negócio consigo mesmo). Sendo necessário, cabe-lhe requerer ao tribunal autorização ou as medidas concretamente convenientes³⁶. Repare-se que não está apenas em causa a celebração de negócios jurídicos, mas qualquer forma de atuação que envolva um conflito de interesses (p. ex., pode estar em causa a simples autorização para a celebração de um negócio pelo acompanhado)³⁷.

As funções do acompanhante são gratuitas, sem prejuízo da alocação de despesas, consoante a condição do acompanhado e a do acompanhante (artigo 151.º, n.º 1). O acompanhante presta contas ao acompanhado e ao tribunal, quando cesse a sua função ou, na sua pendência, quando assim seja judicialmente determinado (artigo 151.º, n.º 2).

4. ÂMBITO E CONTEÚDO DO ACOMPANHAMENTO

O artigo 145.º regula o âmbito e conteúdo do acompanhamento, assistindo-se, mais uma vez, no n.º 1 da mesma norma, ao respeito pelo princípio da autonomia privada e pela vontade do beneficiário, impondo que o acompanhamento se limita ao necessário. Como vimos, a configuração do regime dependerá do caso concreto (o «*fato à medida*» a que se refere Mafalda Miranda Barbosa, citando Pinto Monteiro)³⁸. O juiz não está limitado ao que tiver sido pedido na ação, estabelecendo em cada caso concreto, de acordo com a situação do beneficiário, uma ou mais das medidas previstas no n.º 2 do artigo 145.º Assim, e em função de cada caso e independentemente do que haja sido pedido, o tribunal pode cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes seguintes:

a) Exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias (v., artigo 1913.º, n.º 1, al. b), onde se prevê a inibição do exercício das responsabilidades parentais se a sentença o fixar)³⁹;

b) Representação geral (caso em que o acompanhante é um representante legal do beneficiário, substituindo-o na celebração de todos

36. MOREIRA, S., *op. e loc. cit.*, p. 239.

37. BARBOSA, M. M., *op. cit.*, p. 62.

38. BARBOSA, M. M., *op. cit.*, p. 60.

39. A lei prevê aqui a possibilidade de o tribunal atribuir ao acompanhante o exercício das responsabilidades parentais (em relação aos filhos menores do acompanhado), o que pode causar alguma perplexidade, já que a regulação do exercício das responsabilidades parentais está sujeita a um processo próprio e deve atender o superior interesse da criança.

os negócios jurídicos da sua vida corrente) ou representação especial com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária (o acompanhante apenas substituirá o beneficiário na realização de determinados negócios ou atos, que a sentença especificará, o que significa que o beneficiário poderá atuar livremente no que toca aos remanescentes)⁴⁰;

c) Administração total ou parcial de bens (à administração total ou parcial de bens aplica-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 1967.º e segs., relativo aos menores, conforme dispõe o n.º 5 do artigo em análise);

d) Autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos (o acompanhante vai aqui atuar ao lado do beneficiário, autorizando previamente que este celebre, por ato próprio, os negócios previstos na sentença);

e) Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas⁴¹.

De destacar que, em qualquer caso, os atos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica (artigo 145.º, n.º 3)⁴².

O regime apresenta uma grande flexibilidade, permitindo que o juiz possa definir um modelo o mais adequado ao beneficiário (pode até definir outras medidas além das previstas nas als. a) a d) do artigo 145.º, com base na al. e)).

«Em casos mais graves, justificar-se-á a atribuição de um regime de representação legal geral, em que o beneficiário não poderá dispor dos seus bens, nem administrá-los; em casos medianos, poderá justificar-se uma representação especial (em que o acompanhante substituirá o beneficiário na celebração de negócios de administração e de disposição de apenas certos bens, ficando os restantes, por exemplo, sujeitos à sua autorização prévia, conjugando-se as als. b) e d); em casos menos graves, poderá ser apenas aplicada a medida prevista na al. d), podendo o beneficiário necessitar da autorização do acompanhante apenas para actos de

40. Nos termos do n.º 4 do mesmo artigo 145.º a representação legal segue o regime da tutela, com as adaptações necessárias, podendo o tribunal dispensar a constituição do conselho de família.

41. Por exemplo, «o acesso a informação bancária, a intervenção para certas operações bancárias ou mobiliárias e a guarda de objetos valiosos ou preciosos». V., CORDEIRO, M., MONTEIRO, P. *op. e loc. cit.*, p. 123.

42. SOUSA, M. T. de, *op. e loc. cit.*, p. 47, considera que, apesar de o artigo 145.º, n.º 3, só se referir a bens imóveis, «não está excluído que, através de uma interpretação extensiva, o mesmo deva valer para outras formas de riqueza, como, por exemplo, valores mobiliários e outros instrumentos financeiros».

disposição de bens (mas podendo realizar negócios de mera administração por si, sem qualquer acompanhamento), etc.»⁴³.

«Na determinação das atribuições do acompanhante, notamos, todavia, uma falta, relativa a matérias que não são ignoradas pelo estudo legislativo que antecede o projeto. Teria feito sentido do ponto de vista da proteção da categoria de direitos que aqui está em causa que se regulasse de forma expressa os poderes do acompanhante e seus limites no âmbito pessoal, dando respostas atualizadas e conformes com a nova lógica do sistema a matérias sensíveis como interrupção voluntária da gravidez, as opções de planeamento familiar, a fixação da residência ou a gestão de dados pessoais»⁴⁴.

5. CAPACIDADE DO MAIOR ACOMPANHADO

Já vimos que o regime do acompanhamento parte do princípio de que o acompanhado mantém a sua capacidade de exercício, eventualmente restringida ou modelada pela medida de acompanhamento a aplicar no caso concreto, podendo atribuir-se ao acompanhante o poder para representar genérica ou especificamente o beneficiário ou para o autorizar a celebrar determinados negócios.

Dando resposta aos princípios da CDPD, o novo regime parte do princípio de que o beneficiário tem capacidade negocial de gozo para celebrar negócios estritamente pessoais e para cuidar da sua vida pessoal, exercendo por ato próprio os seus direitos pessoais. Assim, o artigo 147.º, n.º 1, determina que o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário. Portanto, só nos casos de a lei ou a decisão de constituição do acompanhamento o determinar é que há restrição no exercício de tais direitos. E acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que são pessoais, entre outros, os direitos de casar (v., o artigo 1601.º, n.º 1, al. b), que prevê a possibilidade de o juiz excluir o direito ao casamento pelo acompanhado) ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar (v., artigo 1850.º que prevê a possibilidade de o juiz excluir o direito de perfilhar ao acompanhado) ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados (distingue-se os filhos dos adotados, como se o adotado não tivesse o estatuto jurídico de filho), de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar (v., artigo 2189.º que prevê

43. MOREIRA, S., *op. e loc. cit.*, p. 238.

44. VÍTOR, P. T., *op. e loc. cit.*, pp. 141 e 142.

a possibilidade de o juiz excluir o direito de testar ao acompanhado). O elenco é meramente exemplificativo, podendo existir outros direitos.

Quanto ao conceito de negócios da vida corrente, o artigo 127.º, n.º 1, al. b), refere-se a essa categoria de atos. Tratar-se-ão dos negócios que a generalidade das pessoas celebra ou para a satisfação das necessidades do dia-a-dia ou para satisfação de necessidades que, ultrapassando o quotidiano, fazem ainda parte do ordinário da vida. P. ex., será admissível a compra pelo beneficiário do acompanhamento de um livro para oferecer a um amigo no seu aniversário, a aquisição de um bilhete para um concerto ou um espetáculo, mas já não a compra de um automóvel⁴⁵.

Decorre do artigo 147.º que bastará, portanto, que o tribunal não especifique na sentença que estabelece o acompanhamento um determinado ato para que o acompanhado seja capaz para o seu exercício ou prática.

O artigo 148.º prevê a possibilidade de internamento do maior acompanhado (tanto o internamento por razões de saúde como o internamento num lar, na opinião de Pinto Monteiro)⁴⁶. O internamento do maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal. Em caso de urgência, o internamento pode ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz.

A lei não esclarece quais as situações que justificam o internamento. Julgamos que cobre situações de saúde, mas podem eventualmente haver outras circunstâncias a apreciar pelo tribunal que o justifiquem. A jurisprudência fará aqui também um relevante trabalho de interpretação e balizamento das situações.

6. VALOR DOS ATOS DO MAIOR ACOMPANHADO

Os atos praticados pelo maior acompanhado que não observem as medidas de acompanhamento decretadas, praticando um ato para o qual a sentença definiu que ele deveria ser acompanhado são anuláveis (artigo 154.º). O artigo 154.º tem em conta o momento em que o ato foi praticado face ao registo do acompanhamento. Ou seja, se o ato para o qual o beneficiário devia estar representado foi posterior ao registo do acompanhamento (n.º 1, al. a)) tal ato é anulável.

Se os atos forem praticados depois de anunciado o início do processo, mas antes do registo, os mesmos serão anuláveis, mas apenas após a decisão final e caso se mostrem prejudiciais ao acompanhado (reportando-se o

45. BARBOSA, M. M., *op. cit.*, p. 65.

46. MONTEIRO, P., *op. e loc. cit.*, p. 26.

prejuízo ao momento da prática do ato e não ao momento da decisão) (n.º 1, al. b)).

Dispõe ainda o n.º 3 da mesma norma que aos atos anteriores ao anúncio do início do processo aplica-se o regime da incapacidade acidental (artigo 257.º). A anulabilidade do negócio celebrado antes do anúncio do início do processo de acompanhamento é, assim, aferida caso a caso, em face das circunstâncias existentes no momento da celebração. Exige-se, portanto, para que o ato seja anulado, que o sujeito estivesse momentaneamente incapacitado, ou seja, que no momento da prática do ato (quando emitiu a declaração negocial) estivesse incapaz de entender o alcance do seu ato e/ou de determinar a sua vontade de acordo com um pré-entendimento que tivesse; em segundo lugar, exige-se ainda que esse estado de incapacidade fosse conhecido ou notório da contraparte (e sê-lo-á quando uma pessoa de normal diligência a teria podido notar).

O prazo dentro do qual a ação de anulação deve ser proposta só começa a contar-se a partir do registo da sentença (artigo 154.º, n.º 2). Esta referência é feita para o caso dos negócios celebrados durante a pendência do processo de acompanhamento. Relativamente a esta norma, convém relembrar a solução do artigo 153.º, n.º 2, ou seja, a da aplicação dos artigos 1920.º-B e 1920.º-C.

7. MANDATO COM VISTA A ACOMPANHAMENTO

Nos termos do artigo 156.º, o maior pode, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento, celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses, com ou sem poderes de representação (n.º 1). Prevendo que, no futuro, irá necessitar de medidas de acompanhamento (como pode suceder nos casos de diagnóstico de doenças degenerativas), a pessoa, ainda perfeitamente capaz, pode escolher um mandante com vista a acompanhamento. O mandato segue o regime geral e especifica os direitos envolvidos e o âmbito da eventual representação, bem como quaisquer outros elementos ou condições de exercício, sendo livremente revogável pelo mandante (n.º 2). No momento em que é decretado o acompanhamento, o tribunal aproveita o mandato, no todo ou em parte, e tem-no em conta na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante (n.º 3).

O tribunal pode fazer cessar o mandato quando seja razoável presumir que a vontade do mandante seria a de o revogar (n.º 4).

Salvaguarda-se aqui, e mais uma vez, a autonomia do beneficiário do acompanhamento. Mas, como nos diz Mafalda Miranda Barbosa, a

«autonomia da vontade não é aqui absoluta». A sentença de acompanhamento relativa ao mandante faz caducar o mandato, conforme dispõe o artigo 1175.º, a partir do momento em que seja conhecida do mandatário, ou quando da caducidade não possam resultar prejuízos para o mandante ou seus herdeiros (n.º 2). A morte do mandante ou a sentença de acompanhamento a ele relativa só não faz caducar o mandato quando este tenha sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro (n.º 1).

Por outro lado, e devendo o tribunal aproveitar o conteúdo do mandato, tanto quanto possível, relevando o mesmo para a definição do âmbito de proteção e para a eleição do acompanhante, não tem o juiz que se ater ao que nele é determinado, podendo ir além dos poderes que foram conferidos ao mandatário pelo mandato⁴⁷.

8. CESSAÇÃO E MODIFICAÇÃO DO ACOMPANHAMENTO

Está prevista, no artigo 155.º, uma revisão periódica das medidas de acompanhamento: o tribunal revê as medidas de acompanhamento em vigor de acordo com a periodicidade que constar da sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos.

Como determina o artigo 149.º, e podendo resultar da referida revisão, o acompanhamento cessa ou é modificado mediante decisão judicial que reconheça a cessação ou a modificação das causas que o justificaram (n.º 1).

Os efeitos da decisão podem retroagir à data em que se verificou a cessação ou modificação referidas no número anterior (n.º 2).

Podem também pedir a cessação ou modificação do acompanhamento o acompanhante ou qualquer uma das pessoas referidas no n.º 1 do artigo 141.º (n.º 3), incluindo o próprio acompanhado.

V. NOTAS FINAIS

A publicação e entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, criando o regime jurídico do maior acompanhado, e eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, estabeleceu um novo regime que visa proteger os maiores impossibilitados, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos e cumprir, nos mesmos termos, os seus deveres. Esta pessoa maior nestas condições beneficia das medidas de acompanhamento previstas no Código Civil.

47. BARBOSA, M. M., *op. cit.*, pp. 59 e 60.

Pressupõe-se a manutenção da capacidade de exercício de direitos por parte da pessoa que recorre a medida de acompanhamento. Trata-se de medidas de apoio a pessoa com deficiência assentes na sua auto-determinação.

O acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença. A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam. Além desta ideia de supletividade (ou subsidiariedade), o acompanhamento rege-se também pelo princípio da necessidade, ou seja, o acompanhamento limita-se ao necessário.

A situação das pessoas com capacidade diminuída era tradicionalmente tratada numa perspetiva de proteção. É de destacar no atual regime o respeito pelo princípio da autonomia privada e pela vontade do beneficiário do acompanhamento. Além de o acompanhamento poder ser requerido pelo próprio (artigo 141.º), o acompanhante, que é designado pelo tribunal, pode ser escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal.

O respeito pela autonomia privada encontra-se também no artigo 156.º, onde se prevê a possibilidade de uma pessoa celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento.

A possibilidade de o acompanhado agir autonomamente dependerá da configuração que o juiz definir no caso concreto e na medida adotada. Em todo o caso, e dando resposta aos princípios da CDPD, o regime atual parte do princípio de que o beneficiário tem capacidade negocial de gozo para celebrar negócios estritamente pessoais e para cuidar da sua vida pessoal, exercendo por ato próprio os seus direitos pessoais. Assim, o artigo 147.º, n.º 1, determina que o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.

O regime apresenta, assim, uma grande flexibilidade, permitindo que o juiz possa definir um modelo o mais adequado ao beneficiário.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, M. M., *Maiores acompanhados – primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.*, Gestlegal, Coimbra, 2018.

- CORDEIRO, M., MONTEIRO, P., *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, disponível em http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf.
- COSTA, M. F. da, «O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência», in AAVV, *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Atas do seminário, Universidade do Porto, Porto, 2018.
- GOMES, J. C., «Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro», in AAVV, *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Atas do seminário, Universidade do Porto, Porto, 2018.
- GONÇALVES, A., «Breve estudo sobre o regime jurídico da inabilitação», in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012.
- GUIMARÃES, M. R., «Este país não é para velhos? A protecção das pessoas maiores incapazes no direito civil português; Perspectivas de evolução», in AAVV, *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Helena Mota/Maria Raquel Guimarães (Coords.), Almedina, Coimbra, 2016.
- MONTEIRO, P., «Das incapacidades ao maior acompanhado – breve apresentação da Lei n.º 49/2018», *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2019.
- MOREIRA, S., «A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado», in AAVV, *Atas da I Conferência Internacional de Direito e Bioética, Temas de Direito e Bioética. Novas questões do Direito da Saúde*, vol. I, Benedita Mac Crorie, Miriam Rocha e Sónia Moreira (Coord.), DH-CII – Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2018.
- PAZ, M., «O maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto», *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2019.
- PINHEIRO, J. D., *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- RIBEIRO, N. L. L., «O maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto», *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2019.

SOUSA, M. T. de, «O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais», *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2019.

VÍTOR, P. T., «Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída», in AAVV, *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Atas do seminário, Universidade do Porto, Porto, 2018.

Capítulo VII

Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad (mucho ruido...)¹

JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Oviedo
Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Asturias*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NUEVO TRATAMIENTO PROCESAL DE LA DISCAPACIDAD (UNA REFORMA INSUFICIENTE). III. EL NUEVO MODELO (DEFICIENCIAS Y RELACIÓN EXPEDIENTE-PROCESO). 1. *Caracteres del nuevo modelo*. 2. *Relaciones expediente-proceso*. 2.1. El proceso judicial como cauce sucesivo (oposición). 2.2. El proceso judicial como cauce de control. IV. NOVEDADES EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 1. *Relevancia de la terminología*. 1.1. Consolidación del término discapacidad. 1.2. A vueltas con la terminología procesal (un problema de mucho más calado). 2. *Ajustes para personas con discapacidad (¿necesarios o razonables?)*. 3. *Modificación de expedientes existentes (solo lo imprescindible)*. 4. *Nuevos expedientes (llegaron los «bises»)*. V. ÁMBITO DEL NUEVO EXPEDIENTE PARA LA PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO. VI. LA EXTINCIÓN DE PODERES PREVENTIVOS. VII. BIBLIOGRAFÍA.

1. El presente trabajo tiene su origen en la intervención del autor en el Congreso internacional Retos del derecho de familia ante la nueva regulación en materia de discapacidad y protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que tuvo lugar los días 4 y 5 de noviembre de 2021 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo.

I. INTRODUCCIÓN

La L 8/2021 irrumpe en nuestro derecho para reconstruir todo lo relativo a la discapacidad desde los cimientos a la cubierta; los pilares del nuevo edificio se sustentan en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)², determinante de la evolución hacia la plena consideración de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social³, auténtica responsable del abandono del modelo asistencial basado en la protección y del avance hacia el apoyo⁴.

La reforma supera el ámbito civil (sustantivo) para adentrarse en el procesal, reformando la LEC y la LJV⁵; no obstante, la relevancia del contenido procesal de las modificaciones ha de considerarse menor y no es acorde a la trascendencia de los cambios civiles. Al estudio de las modificaciones en el ámbito de la JV se dedica este trabajo.

II. NUEVO TRATAMIENTO PROCESAL DE LA DISCAPACIDAD (UNA REFORMA INSUFICIENTE)

No parece necesario destacar la relevancia que el tratamiento de la discapacidad y la respuesta jurídica frente a la misma tiene en cualquier sociedad que pretenda aspirar a ser un modelo avanzado de convivencia, solidario y respetuoso con los derechos humanos, al tiempo que sensible, igualitario e integrador con las diferentes capacidades; una realidad creciente que ha ido ganando visibilidad, que afecta a un porcentaje significativo de la población⁶, a la que, en mayor o menor medida, todos estamos abocados.

2. Ratificada por el Estado español el 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96 de 21 abril 2008).
3. ROCA MARTÍNEZ, J. M.^a, «Vulnerabilidad y garantías procesales. Respuesta procesal frente a la vulnerabilidad», *Justicia*, 2014, núm. 2, pp. 213-286.
4. Una de las notas esenciales de la Ley 8/2021 es el trasvase del modelo médico al modelo social de discapacidad (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», *Diario La Ley*, n.º 9961 [La Ley 12161/2021]).
5. En el ámbito del proceso penal ya se habían ido experimentando avances significativos (Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Práctica de Tribunales*, n.º 151, 2021, p. 12).
6. El CGPJ en su Informe sobre el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (Acuerdo adoptado por el Pleno en su reunión del 29 de noviembre de 2018), se hace eco de los datos reflejados en el estudio

A partir de la Convención, nuestra legislación ha ido experimentando tímidos y desacompañados impulsos, acompañados de audaces avances jurisprudenciales. Los guiños a la Convención plasmados en reformas legislativas parciales y descoordinadas⁷, han convivido con valientes pronunciamientos de la sala primera del TS, que se adelantó al legislador⁸.

Siendo primordial en la configuración del nuevo modelo la regulación sustantiva, una reforma de tan significativo calado requiere ir acompañada de reformas procesales; un cambio tan profundo no puede descansar exclusivamente en el ámbito sustantivo y el Sistema Procesal debe estar

sobre el impacto económico y presupuestario que acompañó al Anteproyecto, señalando que «en España había 1.840.700 personas con discapacidad en edad laboral (16-64 años), que representaban el 6,1% de la fuerza laboral». Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad>.

Por su parte, el Presidente del Comité español de representantes de personas con discapacidad (CERMI), en su comparecencia en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en relación con el proyecto de ley, habló de más de 4 millones de personas con discapacidad, 12 millones si se cuentan sus familias; con una realidad creciente en la que en uno de cada cinco hogares hay una situación de discapacidad (Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Año 2020, XIV Legislatura, núm. 185, p. 2).

7. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad introdujo figuras como la autotutela, los poderes preventivos y el patrimonio protegido; con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad se vislumbra un cambio en la manera de entender el fenómeno de la discapacidad y, sin abandonar la preocupación por las condiciones personales, profundiza en las condiciones ambientales, moviéndose en dos estrategias: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. La incidencia de la Convención tuvo reflejo en la Ley 26/2011 de 1 de agosto y el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, formalizando la delegación legislativa (DF 2.ª L 26/2011) que autorizó la aprobación por el Gobierno de un texto refundido que se llevó a cabo con el RDLeg 1/2013, de 29 de noviembre. Con posterioridad, las reformas parciales continuaron con la Ley 4/2017 (sobre derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad), la Ley Orgánica 1/2017 (sobre participación en el Tribunal del Jurado), la Ley Orgánica 2/2018 (sobre el derecho de sufragio), la LO 3/2018 (sobre protección de datos) o la Ley Orgánica 2/2020 (sobre eliminación de la esterilización forzada).
8. El TS inicia su camino haciéndose eco de la Convención en la sentencia del pleno de la sala primera 282/2009, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2362). Las referencias posteriores son numerosas (SSTS 1.ª 617/2012, de 11 de octubre [ECLI:ES:TS:2012:6810], 421/2013 de 24 junio [ECLI:ES:TS:2013:3441], 341/2014, de 1 de julio [ECLI:ES:TS:2014:3168], 553/2015, de 14 de octubre [ECLI:ES:TS:2015:4280], 298/2017, de 16 de mayo [ECLI:ES:TS:2017:1901], 31/2017, de 19 de enero de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:113], 298/2017, de 16 de mayo [ECLI:ES:TS:2017:1901], 597/2017, de 8 de noviembre [ECLI:ES:TS:2017:3923]. *Vid.* ROCA MARTÍNEZ, J. M.ª, «Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: dualidad proceso contencioso-expediente de jurisdicción voluntaria», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021*, de 3 de junio, Editorial Atelier, 2022, p. 594-595.

presente en tal evolución. Así se ha venido reconociendo con anterioridad⁹ y así lo reconoce el preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio (apartado V)¹⁰. Más allá de las palabras, la realidad es bien distinta y el resultado de la reforma procesal no puede considerarse satisfactorio; tal parece que «todo ha cambiado en el armonioso universo civil para que *nada cambie* en el desordenado cosmos procesal»¹¹ pues, como ya ha apuntado el TS, la nueva regulación de la LEC es, «en esencia, una adaptación del procedimiento anterior»¹². El legislador vuelve a mostrar su habitual desprecio por el Derecho Procesal y por las normas procesales¹³, con manifiesto desconocimiento de los principios básicos, quizá en la infundada creencia de que el proceso puede adaptarse a una nueva realidad con simples ajustes meramente procedimentales, aunque estén en abierta contradicción con sus principios inspiradores. En mi opinión, como trataré de exponer, la reforma ha sido poco audaz en el plano procesal, ha pecado de excesiva prudencia (diría que de cobardía) y, en lo que se refiere a la JV, ha logrado la cuadratura del círculo con una regulación innecesariamente excesiva y a la vez incompleta. Como reza el título de este comentario, «mucho ruido...».

Acompasar las reformas sustantiva y procesal debería haber sido una premisa irrenunciable, sin embargo, «parecen haber sido inspiradas o llevadas a cabo por distintos legisladores o, al menos, con aparente ignorancia procesal»¹⁴. No deja de sorprender que la revolución sustantiva¹⁵ no haya tenido reflejo procesal, más allá de cosméticas medidas prescindibles¹⁶.

9. Con el objeto de adaptar la legislación interna a la Convención se constituyó un grupo de trabajo (Consejo de Ministros del 10 de julio de 2009) que elaboró un informe (<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/msps-informe-01.pdf>) en el que se reconoce la necesidad de modificar importantes leyes procesales (LEC, LOTJ, LAJG, LECrim y EOMF).
10. Con la Ley 8/2021 son objeto de reforma la LEC (el artículo cuarto incluye 29 apartados) y la LJV (el artículo séptimo incluye 20 apartados).
11. CALAZA LÓPEZ, S., «La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y la procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad», en *La Ley Derecho de familia*, n.º 31, julio-septiembre, 2021, monográfico *La reforma civil y procesal de la discapacidad*, p. 4.
12. STS, Sala 1.ª (pleno) 589/2021, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3276).
13. RAMOS MÉNDEZ, F. «De cómo hacer las reformas procesales (Manual del aprendiz de legislador)», *Justicia* 1988, IV, pp. 791-800.
14. ROCA MARTÍNEZ, J. M.ª, «Sistemas procesales...», *op. cit.* 597.
15. Sobradamente conocida es el término «tsunami» normativo utilizado por GARCÍA RUBIO, M.ª P. (Primero en «Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad, en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 174 y más recientemente en «La reforma de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico», número monográfico, n.º 31 de *La Ley Derecho de familia*, julio-septiembre 2021).
16. ROCA MARTÍNEZ, J. M.ª, «Sistemas procesales...», *op. cit.*, p. 597.

La ruptura de la nueva regulación con el sistema anterior es total; la superación del modelo protector y el avance hacia el apoyo a las personas con discapacidad, sobre la base de su pleno reconocimiento como sujetos titulares de derechos, ha traído consigo la desaparición de la incapacidad y de la prodigalidad, una nueva configuración de la tutela y de la curatela, la adaptación de las medidas de apoyo a las necesidades de la persona, bajo el criterio de mínima injerencia y con la posibilidad de anticipar y prevenir su adopción mediante la autoprotección, siempre y en todo caso con respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada. El modelo procesal hasta ahora existente está en frontal contradicción con esta nueva configuración y, sin embargo, la Ley 8/2021, como ya se ha expuesto, mantiene «en esencia» el procedimiento anterior.

Nuestro Sistema Procesal regula una serie de procesos caracterizados (en palabras de la exposición de motivos de la propia LEC) porque en ellos «*no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón a un indiscutible interés público inherente al objeto procesal*». Entre ellos se encontraban los procesos sobre capacidad¹⁷ y hemos de situar ahora los previstos para la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. No se trataba solo de la exclusión o atenuación del principio dispositivo, sino que nos encontrábamos ante un auténtico proceso judicial bajo el principio de necesidad y sujeto a un férreo principio de legalidad, en el que la sentencia tenía carácter constitutivo y se configuraba como presupuesto imprescindible para la adopción de cualquier medida respecto al incapaz¹⁸. En relación a estos procesos, en la doctrina procesal se generalizó su consideración como no dispositivos (ORTELLS RAMOS¹⁹, GÓMEZ COLOMER²⁰, PÉREZ-CRUZ MARTÍN²¹, ARMENTA DEU²²,

17. Como tales se regulaban la incapacitación, la declaración de prodigalidad, la reintegración o modificación del alcance de la incapacitación y el internamiento no voluntario por razones de trastorno psíquico.

18. El carácter necesario del proceso judicial derivaba de lo dispuesto en el art. 199 CC en su redacción anterior a la actual: «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley».

19. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal Civil* (VVAA), 17.^a ed. (reeditado), Aranzadi, 2018, p. 823.

20. Aunque se hace eco de los significativos cambios en la materia, con especial mención a la aspiración de dar prioridad a la voluntad de las personas con discapacidad, continúa calificando el nuevo proceso como no dispositivo (GÓMEZ COLOMER, J. L. *Proceso civil. Derecho Procesal II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 637).

21. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. *Derecho Procesal Civil*, t. 2, 4.^a ed., Andavira editora, 2014, p. 13.

22. ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho procesal civil*, 8.^a ed. Marcial Pons, 2015, p. 519.

ASENCIO MELLADO²³, CUADRADO SALINAS²⁴) y, en menor medida, como inquisitivos (CORTÉS DOMÍNGUEZ²⁵, NIEVA FENOLL²⁶).

Con la Ley 8/2021 se nos presenta una nueva configuración de la discapacidad en la que el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad han pasado a ocupar una posición absolutamente prioritaria a la hora de adoptar cualquier medida de apoyo. El TS ya había adelantado camino y en sus resoluciones, trasfundido por el espíritu de la Convención, venía dando prioridad a la voluntad de la persona con discapacidad²⁷. Reformada, por fin, la legislación civil, en este nuevo contexto, resulta inevitable plantearse si el expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas de apoyo y el proceso sobre adopción de medidas judiciales de apoyo siguen caracterizándose por la indisponibilidad de la pretensión.

Entiendo que la respuesta debería ser uniforme, dado que lo que no sea disponible en la jurisdicción voluntaria tampoco debería serlo en el proceso judicial, y viceversa, máxime cuando en ambos conoce el mismo Juez. Sin embargo, la nueva regulación induce a pensar que el tratamiento es distinto en cada ámbito. Como ha destacado CALAZA LÓPEZ²⁸, en el ámbito de la JV el Juez asume una función didáctica, instructiva o pedagógica que le permite «*informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria*» (42.bis.b.3 LJV), a resultados de lo cual, si «*la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente*» (42.bis.b.4 LJV). Si tenemos en cuenta que las medidas de apoyo de origen legal o judicial «*solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se*

23. ASENCIO MELLADO, J. M.^a *Derecho Procesal Civil*, 3.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 547 y 548.

24. CUADRADO SALINAS, C. *Derecho Procesal civil. Parte especial* (ASENCIO MELLADO, J. M.^a Dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 229 a 231.

25. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil. Parte especial* (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. Y MORENO CATENA, V. coaut.), 11.^a ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 30 y 31.

26. NIEVA FENOLL los califica como «*procedimientos que se alejan los principios dispositivos y de aportación de parte, y que se acercan a los principios de oficialidad e inquisitivo*» (NIEVA FENOLL, J. *Derecho Procesal II. Proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 2019, p. 381.

27. Cabe citar la reciente STS 1.^a 734/2021, de 2 de noviembre [ECLI:ES:TS:2021:4003], que a su vez refiere las anteriores SSTS 1.^a 706/2021, de 19 de octubre [ECLI:ES:TS:2021:3770], 589/2021, de 8 de septiembre [ECLI:ES:TS:2021:3276], 269/2021, de 6 de mayo [ECLI:ES:TS:2021:1894], 465/2019, de 17 de septiembre [ECLI:ES:TS:2019:2820], 298/2017, de 16 de mayo [ECLI:ES:TS:2017:1901] y 487/2014, de 30 de septiembre [ECLI:ES:TS:2014:3908].

28. CALAZA LÓPEZ, S. «*La justicia civil indisponible...*», *op. cit.* p. 6.

trate» (249.I CC)²⁹, parece razonable que, por respeto a dicha voluntad, el expediente finalice. Todo apunta, pues, que el legislador, al dar prioridad a la voluntad de la persona con discapacidad, le atribuye la facultad de poner fin al expediente, optando por una medida alternativa al margen del mismo, ya sea mediante su entorno social o comunitario³⁰, o mediante medidas de naturaleza voluntaria³¹.

Esta aparente facultad de disposición, si analizamos los supuestos a que puede dar lugar, no puede verse como tal. Cuando la adopción de una medida de apoyo sea solicitada por cualquiera de los legitimados, distinto a la propia persona con discapacidad, si ésta opta por una medida alternativa, el expediente finaliza, pero por «hacerse» contencioso (a menos que el solicitante desista), y lo mismo sucede si se plantea oposición. El nuevo sistema se sustenta sobre el pleno respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad; es así que las medidas judiciales de apoyo tienen carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias que aquella adopte. La designación judicial de una provisión de apoyos contra la voluntad de la persona con discapacidad podría considerarse contradictoria con el espíritu del nuevo sistema³², no obstante, el TS ya ha aplicado la nueva legislación admitiendo la posibilidad de proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado³³.

29. Se da prioridad a la voluntad de la persona con discapacidad en lo que se ha calificado como «instrumentos autorregulatorios» (PAU PEDRÓN, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», RDC, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5-28, p. 13) o «sistemas internos» (LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., «Longevidad y poderes preventivos», *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, 2019, <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-85/opinion/opinion/9398-longevidad-y-poderes-preventivos.>, p. 2).
30. Cabe entender que se refiere a las medidas informales, entre las que la Ley 8/2021 solo menciona expresamente la guarda de hecho (SOLÉ RESINA, J. «Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, Dir.), Bosch, Cap. 18, pp. 379-392, p. 380).
31. Como tales han de considerarse las adoptadas mediante poderes y mandatos preventivos (256 a 262 CC) y la autotutela (271 a 274 CC).
32. «Claro atropello de todas aquellas razonables aspiraciones de ensalzamiento de la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad» (CALAZA LÓPEZ, S. «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿Era necesario confeccionar tantos “trajes a medida” para un único abrigo sustantivo?», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021*, de 3 de junio, Editorial Atelier, 2022, pp. 615 a 640, p. 620).
33. «En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo “atender”, seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina

III. EL NUEVO MODELO (DEFICIENCIAS Y RELACIÓN EXPEDIENTE-PROCESO)

1. CARACTERES DEL NUEVO MODELO

Aparte de las características que en el orden sustantivo configuran la nueva regulación de la discapacidad, ya descritas por el TS³⁴, en el plano procesal la dualidad y la desjudicialización se presentan como ejes centrales del nuevo modelo. Tres son, al menos, las deficiencias o situaciones patológicas que se derivan de la nueva regulación. Sobre el papel la intención parece clara: hay que pasar por la JV, quedando reservado el proceso para los casos en que se plantee oposición o no pueda resolverse el expediente.

El nuevo modelo procesal a través del cual han de adoptarse medidas de apoyo a personas con discapacidad, a falta de medidas voluntarias o de auto apoyo formalizadas por el propio discapaz, ha optado por una dualidad condicional y sucesiva. Se proclama sin ambages que la JV es el cauce preferente³⁵, pero con un claro condicionante: la inexistencia de oposición. El proceso judicial sobre la adopción de apoyos siempre es, en este sentido, sucesivo al expediente, estando excluida toda posibilidad de acudir directamente al proceso judicial. Se establece, pues, el carácter preceptivo de la JV, apartándose del criterio general de la LJV conforme al cual acudir a la JV tiene carácter facultativo; en este sentido, no es posible acudir directamente al proceso judicial, por más que pueda ser

que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”» (STS 1.ª pleno, 589/2021, de 8 de septiembre [ECLI:ES:TS:2021:3276]).

34. «De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias» (STS 1.ª pleno, 589/2021, de 8 de septiembre [ECLI:ES:TS:2021:3276]).
35. Preámbulo de la L 8/2021 (V).

sobradamente conocido por los interesados la existencia de discrepancias entre ellos respecto a la necesidad de medidas de apoyo o al contenido y extensión de éstas. Con la exclusión de la alternatividad se apuesta de manera clara y terminante por la JV, como muestra, una vez más, de la creciente tendencia potenciadora de alternativas al proceso judicial, cuyo fomento e impulso merece una positiva valoración, todo lo contrario de lo que ocurre con su imposición³⁶. Encontramos, así, la primera situación patológica derivada de la nueva regulación de la JV, que impide acudir directamente al proceso judicial y configura, en realidad, una dualidad ficticia, en tanto carece de alternatividad.

La dualidad ha suscitado contradictorias valoraciones³⁷; por mi parte, considero que no es una opción intrínsecamente negativa, aunque sí puede considerarse que se ha configurado de manera deficiente. Tal y como se articula la relación entre los expedientes y el proceso judicial, se produce una innecesaria reiteración de trámites que, incluso, puede someter a la persona con discapacidad a un absurdo y posiblemente incómodo *peregrinaje*. Reproducir en sede jurisdiccional las actuaciones llevadas a cabo en un previo expediente será lo habitual en cuanto alguno de los interesados formule oposición, dando lugar a la segunda deficiencia apuntada.

Si esta injustificada reiteración de trámites es criticable desde el punto de vista de la persona con discapacidad, no lo es menos desde el punto de vista del Juez. El LAJ ha vuelto a ser el gran olvidado³⁸, desaprovechando la oportunidad de alcanzar una auténtica desjudicialización³⁹. La criticada

36. «La incorporación de los MASCs a nuestra Justicia moderna es positiva siempre que lo sea con libertad, voluntariedad y flexibilidad», vid. CALAZA LÓPEZ, S., «El proceso judicial como ultima ratio: de la alternatividad a la obligatoriedad de los «medios adecuados de solución de conflictos»», en *Un modelo de Justicia para el siglo XXI: justicia alternativa, justicia negociada y justicia informal* (ROCA MARTÍNEZ, J. M.^a Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 45 a 78, p. 77.

37. Solución «enteramente acertada», pues de otro modo «podría ser, de un lado, un suplicio para todos y especialmente para la persona con discapacidad y, de otro lado, una farsa porque hay situaciones de una rotunda evidencia que no dejan lugar a la duda» (MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. Y MORENO CATENA, V. coaut.), 11.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 53). Innecesaria pues «para ese viaje, no hacían falta tantas alforjas» (CALAZA LÓPEZ, S., «La justicia civil indisponible...», *op. cit.*, p. 5).

38. Con atribuciones únicamente en relación a la habilitación y al nombramiento de defensor judicial (28.1 LJV).

39. La conveniencia de desjudicializar la JV no suscitaba controversias; el debate se centraba en el cuánto y el cómo (FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., «La nueva concepción de la Jurisdicción voluntaria en la Ley 15/2015», en *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria* (ARECES PIÑOL, M.^a T., Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 21 a 47, p. 41), hasta el punto que esta «sabia decisión» puede considerarse que «ha sido uno de los campos de batalla que ha

configuración judicial de los expedientes⁴⁰, con la consiguiente reiteración de trámites, no solo puede suponer una carga inútil para la persona con discapacidad, sino que para el Juez representará una injustificada duplicidad de actuaciones, en sede de JV y en sede de proceso judicial, que podría hacerle caer en un trastorno de doble personalidad al tener que adaptar su personalidad a distintos entornos.

El sistema es, en mi opinión, mejorable, tanto si se mantiene la dualidad como si se apuesta de manera decidida por la desjudicialización. Para mantener la dualidad es preciso potenciar al LAJ, atribuyéndole los expedientes de JV, reservando al juez la función contenciosa (si hay oposición) y de control (impugnación) ya en el ámbito del proceso. Si de verdad se quiere avanzar hacia la desjudicialización, entonces considero que debería mantenerse un expediente de JV de competencia judicial, incluida la resolución con pronunciamiento contradictorio en caso de oposición, solución que, por otro lado, es la de general aplicación en el ámbito de la JV (17.3.II LJV).

2. RELACIONES EXPEDIENTE-PROCESO

Las relaciones entre la JV y el proceso judicial pueden producirse con distinta finalidad, a través de distintas vías o instrumentos procesales; las especialidades introducidas por la Ley 8/2021 obligan a interpretar si las disposiciones generales resultan de aplicación cuando se trata de expedientes relativos a cuestiones relacionadas con medidas de apoyo a personas con discapacidad⁴¹.

El proceso judicial se presenta como cauce sucesivo (no alternativo), ante la imposibilidad de alcanzar una solución en el ámbito de la JV, ya

retrasado excesivamente la aprobación» de la Ley 15/2015 (PICÓ I JUNOY, J., «La desjudicialización y procesalización de la jurisdicción voluntaria», en *Especial nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Wolters Kluwer, 2015 [consultada edición digital en Smarteca], p. 1).

40. CALAZA LÓPEZ se ha mostrado a favor de la descentralización de la discapacidad y su derivación a los profesionales de la fe pública, Notarios y Letrados de la Administración de Justicia (CALAZA LÓPEZ, S., «Inteligencias múltiples y derecho procesal», en *Sociedad, justicia y discapacidad*, [LUACES GUTIÉRREZ, A. I. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., Dir.], Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 115 a 148, p. 132).

41. No me refiero solo a la adopción de medidas, sino a todo lo relativo a las mismas, como pueden ser cuestiones sobre medidas voluntarias (258 CC y 51.bis LJV, 254 CC y 42.bis LJV, 272 CC y 42.bis LJV), sobre defensor de hecho (295 CC y 27 a 31 LJV), sobre guarda de hecho (264 CC y 42.bis LJV, 264 y 287 CC y 52.3 y 61 a 65 LJV, 265 CC y 52 LJV), sobre curatela (276 CC y 42.bis y 44.2 LJV, 278 CC y 49 LJV, 281 CC y 48 LJV, 283 CC y 42.bis LJV, 268 CC y 42.bis LJV, 284 CC y 46 LJV, 287 CC y 61 a 65 LJV, 291 CC y 42.bis LJV, 292 CC y 51 LJV).

sea por imposibilidad legal (si en el expediente hay oposición –42.bis.b.5 LJV–) o por imposibilidad fáctica (cuando de hecho no haya podido resolverse el expediente –756.1 LEC–). Por otro lado, el proceso judicial alcanza la configuración de instrumento de control o cauce impugnatorio, y ello a través de una doble vía de difícil comprensión: como una especie de *instancia judicial limitada* (19.4 LJV) y a través del recurso de apelación contra el auto que ponga fin al expediente (20.2 y 42.bis.c.1 LJV).

2.1. El proceso judicial como cauce sucesivo (oposición)

En tanto cauce sucesivo, el proceso judicial queda sujeto a una doble limitación o condicionamiento: el previo expediente de jurisdicción voluntaria y la insuficiencia de éste. Surge así un primer ámbito de relaciones expediente-proceso, de manera que intentado aquél, cuando se plantee oposición o «no haya podido resolverse» (sic)⁴², se abre la vía del proceso judicial con anterioridad vedada, manteniendo su competencia el mismo Juzgado de Primera Instancia (excepto que se produzcan cambios de residencia)⁴³.

Con la L8/2021 el tratamiento de la oposición ha sido objeto de una profunda reforma, de manera especial en los expedientes relacionados con la discapacidad. Con carácter general, la formulación de oposición no transforma en contencioso un expediente, ni impide la continuación del mismo hasta su resolución, salvo que la ley expresamente lo prevea (17.3.2.º LJV). Previsiones expresas que contienen una tramitación específica se disponen en los expedientes de tutela y curatela respecto a la oposición a la formación de inventario (47.2 LJV) y a la remoción del tutor o curador (49.1.2.º LJV); en ambos casos, la transformación del expediente en contencioso da lugar a su continuación por los trámites del juicio verbal.

42. No alcanzo a comprender a qué se refiere esta imposibilidad de resolver que se incluye en el artículo 756.1 LEC. La finalidad de este apartado es delimitar el objeto del proceso sobre adopción de medidas judiciales de apoyo, que queda condicionado a la necesidad de tramitar previamente el correspondiente expediente de JV y a la existencia en éste de oposición. Aparte de ésta (la oposición), no sé cuándo no será posible resolver un expediente que se tramita ante el mismo juez que el proceso y con actuaciones prácticamente idénticas.

43. El artículo 756.2 LEC da adecuada respuesta al problema de los cambios de residencia de la persona respecto a la que se plantea la adopción de medidas de apoyo, asumiendo el criterio adelantado por el TS. Considero, sin embargo, que su redacción es deficiente al equiparar «autoridad judicial» con órgano jurisdiccional; la competencia se atribuye al Juzgado que conoció del previo expediente, pero nunca a la «autoridad judicial». El TS ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el nuevo criterio legal, acorde con la doctrina que previamente había establecido (AATS de 23 de noviembre [ECLI:ES:TS:2021:15484A] y de 28 de septiembre [ECLI:ES:TS:2021:11998A], ambos de 2021).

En los expedientes relacionados con la discapacidad, la excepción a la regla general solo se contenía respecto a la ya citada remoción del tutor o del curador⁴⁴. Con la L 8/2021 se lleva a cabo una sustancial modificación en un doble aspecto: por un lado, en los expedientes en materia de discapacidad la excepción de antes se ha convertido en regla general⁴⁵; por otro, no siempre hay *conversión*, sino que en ocasiones solo tiene lugar la terminación del expediente⁴⁶. Así sucede en el nuevo expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo⁴⁷, así como en la revisión de las mismas⁴⁸. En ambos supuestos, la oposición pone fin al expediente, dejando abierta la vía judicial que, entiendo, solo puede ser el proceso para la adopción de medidas judiciales de apoyo (756.1 LEC) o el de modificación de las mismas (761 LEC). No se considera oposición la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta (42.bis.b.5.2.º LJV), sin embargo, como ya he apuntado, la facilidad con que es posible *judicializar* el expediente es probable que dé al traste con la pretendida desjudicialización e, incluso, llegar a producir el efecto perverso de someter a la persona con discapacidad a un doble trámite, reiterando innecesariamente actuaciones.

2.2. El proceso judicial como cauce de control

El segundo ámbito de relaciones expediente-proceso surge al configurar éste como cauce o instrumento de control de aquél. Esta consideración del proceso judicial como vía de control o impugnatoria se prevé a través del doble mecanismo anteriormente mencionado: como una especie de

-
44. Así lo establecía el artículo 49.1 LJV en su anterior redacción: «*Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal*».
45. Como puso de manifiesto FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ «De los 38 procedimientos específicos regulados en el texto legal de la LJV, solo en los supuestos de adopción, art. 39.3, remoción del tutor, art. 49.1, II, remoción del curador, art. 49.1, II, y fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones, art. 97.3, se prevé que la oposición de un interesado formulada en la tramitación del expediente hará contencioso el procedimiento» (FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. «La nueva concepción ...», *op. cit.*, p. 29).
46. La conversión se produce cuando se formula oposición en la formación de inventario (47.2 LJV), en la remoción del tutor o curador (49.1 LJV), en la extinción de poderes preventivos (51.bis.2 LJV).
47. «*La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente*» (42.bis.b.5 LJV).
48. «*Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*» (42.bis.c.3 LJV).

instancia judicial revisora del expediente (19.4 LJV) y a través del recurso de apelación (20.2 y 42.bis.c.1 LJV).

Dispone el artículo 19.4 LJV que «*la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria*»; de tal precepto cabe concluir, al menos, dos cosas: el expediente de JV no excluye un proceso judicial subsiguiente sobre el mismo objeto y tal proceso se circunscribe a la confirmación, modificación o revocación del expediente. En efecto, los expedientes de JV no tienen eficacia de cosa juzgada, pero la posibilidad de un proceso judicial posterior se configura como revisora del expediente y no como una instancia judicial ilimitada o abierta a un nuevo y completo conocimiento sobre la situación de discapacidad y la necesidad de apoyos.

Varias son las objeciones que pueden plantearse a este artículo o, en todo caso, las dudas que suscita. En primer lugar, hemos de tomar en consideración la imperativa necesidad de que el proceso judicial para la adopción de medidas de apoyo esté precedido de un «truncado» o «inacabado» expediente; no será posible confirmar, modificar o revocar lo acordado porque, precisamente, al proceso judicial solo se puede acudir cuando no hay nada acordado, pues la literalidad del artículo 756 LEC así lo establece⁴⁹. No hay, por tanto, un proceso específico para tramitar esa *instancia judicial revisora*; de mantenerse tal posibilidad, parece imprescindible la remisión legal expresa a su tramitación conforme al proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (756-760 LEC). Pero, por otro lado, qué sentido tiene esa posibilidad revisora cuando está previsto el recurso de apelación frente a las resoluciones definitivas dictadas por el Juez en los expedientes de JV.

Aparentemente están previstas dos vías judiciales de control del expediente de JV (19.4 y 20.2 LJV), a las que hay que añadir el proceso específico dispuesto para cuando se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse (756 LEC). Dudo que ello sea lo más conveniente e, incluso, que ni siquiera sea esa la intención del legislador.

49. El ámbito de aplicación del proceso para la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se circunscribe exclusivamente a «*los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse*» (756.1 LEC).

IV. NOVEDADES DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1. RELEVANCIA DE LA TERMINOLOGÍA

1.1. Consolidación del término discapacidad

Es la discapacidad uno de los ámbitos en que la terminología adquiere especial significación y relevancia, en el que la sensibilización social se muestra con especial intensidad. Conviene destacar el poder de persuasión del lenguaje, tan capaz de acentuar la discriminación como de favorecer la inclusión⁵⁰, siendo numerosas las sugerencias que se han venido planteando en favor de una suavización del lenguaje, así como de la utilización de alternativas menos «agresivas»⁵¹. Desechadas algunas de esas propuestas⁵², para lo que la influencia del movimiento asociativo fue determinante⁵³, las adaptaciones terminológicas en la LJV se llevan a cabo mediante un doble mecanismo: a través de la sustitución genérica de términos del apartado veinte del artículo séptimo de la L 8/2021⁵⁴ y

-
50. ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», en *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar* (MORCILLO MORENO, J. Dir.), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 21-37, p. 24.
51. La Exposición de Motivos de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad se refiere al largo camino recorrido «en el que se ha pasado de hablar de disminuidos, minusválidos o deficientes, a sustituir estos términos por los de personas con discapacidad o con déficit de ciudadanía».
52. En su intención de adaptar nuestra legislación civil y procesal (incapacidad e incapacitación) a la terminología empleada en la Convención, el Ministerio de Justicia optó inicialmente por los términos «modificación judicial de la capacidad» y «persona con capacidad modificada judicialmente», recogidos en la DF Primera de la L 1/2009, de 25 de marzo. Ello no tuvo la acogida esperada, extendiéndose la consideración de que debería de huirse de expresiones paternalistas y eufemísticas, siendo el término «persona con discapacidad» el que se ha considerado más adecuado.
53. El Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad de la Comunidad Valenciana (CERMI CV) y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) con ocasión de una jornada sobre terminología y discapacidad (celebrada el 5 de mayo de 2021), presentaron el estudio *El ordenamiento Jurídico español y las personas con discapacidad: entre la autodeterminación y el paternalismo*, realizado por la Clínica Jurídica per la Justicia Social de la Universitat de València. Dicho trabajo avala desde el punto de vista jurídico y sociológico la expresión ‘persona con discapacidad’ como la terminología más adecuada para referirse a este colectivo <http://www.convenciondiscapacidad.es/2021/05/05/cermi-y-cermi-cv-presentan-un-estudio-juridico-que-avala-la-expresion-persona-con-discapacidad/>.
54. Sustituye: «persona con capacidad modificada judicialmente» y «persona con la capacidad modificada judicialmente» por «persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» (aptdo. X de la EM, rúbrica del Capítulo VII del Título II y en los arts. 4, 18.2.4.ª, 19, 23, 26, 40.2, 59, 60, 65.1 y 85 de la

mediante adaptaciones específicas al modificar la regulación de algunos expedientes⁵⁵.

1.2. A vueltas con la terminología procesal (un problema de mucho más calado)

La LJV optó de manera decidida por el término *expediente*, creo que más para evitar el riesgo de *procesalización* que podría suponer utilizar *procedimiento*, que por un auténtico convencimiento. Tal opción ha sido objeto de críticas⁵⁶, pero no son las únicas que pueden plantearse desde el punto de vista de la terminología.

En efecto, creo que la LJV, en su afán *desjudicializador*, manifiesta una obsesiva tendencia a huir de cualquier aproximación a la terminología procesal, cayendo en el riesgo contrario de *administrativizar* actuaciones judiciales. A modo de ejemplo, trata de evitar referirse a las partes y, aunque habla de legitimación, utiliza con preferencia solicitantes o interesados, al tiempo que huye de los términos litispendencia y cosa juzgada⁵⁷.

El problema va mucho más allá de las cuestiones terminológicas y es de mucho más calado. De esta situación, en mi opinión, solo cabe apreciar en el legislador, lo que se podría calificar como *recelo procesal o hacia lo procesal*. Recelo en la forma y en el fondo; ausente la forma (los procesalistas son esos grandes desconocidos⁵⁸), es difícil atinar con las respues-

LJV); «personas con capacidad modificada judicialmente o a modificar» por «persona con discapacidad» (arts. 28, 29 y 30 de la LJV); «personas con capacidad modificada judicialmente» por «personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» (Capítulo VIII del Título II y en los arts. 2.3, 5, y 90.5 de la LJV); y «personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes» por «personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 139.2 LJV).

55. Arts. 27.1 y 3, 43.1, 46.2, 88 y 89 LJV.

56. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ distingue entre acto, procedimiento y expediente y considera que «la reiterada utilización del término expediente para referirse a los actos o al procedimiento de JV, supone una inapropiada administración de la actividad judicial, y una confusión entre acto procedimiento y expediente de la JV» (FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. «La nueva concepción...», *op. cit.* p. 25). Da cuenta, así mismo, de las también críticas opiniones de GONZÁLEZ POVEDA Y DE PICÓ JUNOY (pueden consultarse respectivamente en GONZÁLEZ POVEDA, B., GONZÁLEZ POVEDA, P., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J. *La jurisdicción voluntaria: doctrina y jurisprudencia*, 4.ª ed. Cizur Menor –Navarra–, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 1840; Picó Junoy, J., «La desjudicialización...», *op. cit.*, nota 2).

57. PICÓ I JUNOY, J. «La desjudicialización...», *op. cit.*, ap. III.B.

58. Basta repasar las compareencias en el Congreso de Diputados durante la tramitación del proyecto de ley (Diario de Sesiones, Congreso de Diputados, Año 2020, XIV Legislatura, núm. 185).

tas de fondo. Ese recelo puede ser hasta comprensible, pues es propio de la naturaleza humana el temor a lo desconocido, y el sistema procesal es ese gran desconocido. No puede resultar extraño que al tomar como punto de partida una visión trasnochada de la disciplina, tan anclada en el rancio procedimentalismo como alejada de los modernos planteamientos, se postergue al procesalista (esa *rara avis*) y, con ello, se huya de «lo procesal». El resultado fue, en su momento, una LJV «voluntariosa» en el intento pero frustrada en el resultado, pues si loable es la regulación de las disposiciones generales, desalentador es el resultado, con una injustificada proliferación de expedientes⁵⁹. Con la reforma operada por la L 8/2021 la situación no solo no mejora, sino que incide en el mismo error, en este caso incorporando los «bises»⁶⁰.

2. AJUSTES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD (¿NECESARIOS O RAZONABLES?)

Con idéntica redacción en la LJV y en la LEC, sendos artículos 7.bis regulan en ambas leyes las adaptaciones y ajustes en los expedientes (y procesos) en que participen personas con discapacidad, con independencia de la calidad en que intervengan; su finalidad es garantizar que la participación de las personas con discapacidad en los expedientes se lleve a cabo en condiciones de igualdad. Previamente se habían ido realizando reformas legales que venían incorporando diversos ajustes⁶¹ y

59. El propio redactor del anteproyecto de LJV reconoce (y se queda corto) 38 procedimientos específicos (FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A. «La nueva concepción...», *op. cit.* p. 29). Por muy plausible que sea la significativa reducción (se llegaron a enumerar más de 150 –*Vid.* la mención que realiza este mismo autor a la obra de GONZÁLEZ POVEDA en LA P. 25–), el número de expedientes sigue siendo innecesario, siendo la simplificación de injustificadas tramitaciones una asignatura pendiente de la JV (ROCA MARTÍNEZ, J. M.^a «Sistemas procesales ...», *op. cit.* p. 600 y ss.).

60. Actualizada la LJV, solo en materia de discapacidad cabe identificar: medidas voluntarias (extinción poderes, adopción por la autoridad judicial –de carácter estable,, control judicial de la autocratela), guarda de hecho (autorizaciones, requerimiento de información, rendición de cuentas, derecho a reembolso, extinción de responsabilidad), curatela (nombramiento, remoción, retribución, reembolso, reorganización, revisión medidas, fianza, autorizaciones judiciales, extinción, rendición de cuentas, acción de responsabilidad, nombramiento tras remoción o fallecimiento), defensor judicial (nombramiento, remisión a disposiciones sobre tutor –formación inventario, excusa, remoción, rendición de cuentas); un total de 20 expedientes (con detalle en ROCA MARTÍNEZ, J. M.^a «Sistemas procesales ...», *op. cit.* p. 603 a 608).

61. Cabe destacar las medidas en relación a la participación de las personas con discapacidad en el tribunal del jurado (LO 1/2017) y respecto a diversos aspectos relacionados con su intervención en el proceso penal (LO 5/2015 y L 4/2015). *Vid.* DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Ajustes procedimentales...», *op. cit.* p. 12.

ahora se traslada a nuestro ordenamiento la previsión general del art. 13 de la Convención que relaciona estas adaptaciones y ajustes con el acceso a la justicia⁶². No se trata, por tanto, de simples medidas formales, sino de auténticas garantías dirigidas a evitar que la situación personal de quien se encuentre afectado de cualquier discapacidad pueda condicionar o limitar su acceso a la justicia. En este sentido, el relevante papel que están llamadas a desempeñar contrasta con la excesiva flexibilidad de su regulación, que «puede resultar, en ocasiones, contraproducente»⁶³.

Una primera cuestión a aclarar es el alcance que han de tener los ajustes. Como plantea DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, «mientras que, con carácter general, el art. 5 (se refiere a la Convención) exige la realización de ajustes razonables, en el ámbito de acceso a la justicia, se exige la realización de ajustes de procedimiento, sin el adjetivo de razonables», lo cual le lleva a plantear la distinción entre ajustes necesarios y ajustes razonables. Sostiene, siguiendo a PÉREZ BUENO⁶⁴, que la razonabilidad opera como límite al propio ajuste, cuya realización queda condicionada a que no imponga una carga desproporcionada o indebida al sujeto obligado a realizarlo; «el deber de realizar ajustes cesa en el momento en que los mismos no sean razonables con arreglo a una serie de criterios que se dejan en manos de las legislaciones internas»⁶⁵. En este sentido, considero que cabe una interpretación más audaz, a partir de la integración del acceso a la justicia en condiciones de igualdad dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que, al realizar el juicio de valor comparativo, en

62. «Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares» (art. 13 Convención).

63. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA echa en falta «la regulación de un procedimiento más pormenorizado para la determinación de los ajustes necesarios, puesto que nada establece la norma sobre cómo se deberán solicitar los ajustes, si es necesaria la prueba de la discapacidad para la determinación de cuáles sean los ajustes más apropiados, si debe existir una resolución del Letrado de la Administración de Justicia, que sería el competente para la supervisión de todo el procedimiento, si es posible impugnación de los ajustes elegidos, o, si hay posibilidad de que se nieguen los ajustes» (DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Ajustes procedimentales...», *op. cit.*, p. 12).

64. PÉREZ BUENO, L.C., «La configuración jurídica de los ajustes razonables», en 2003-2012: 10 Años de Legislación sobre no Discriminación de Personas con Discapacidad en España. Estudios en Homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, (PÉREZ BUENO, L.C. Dir.), CERMI, Madrid, 2012, pp. 178 a 209. He consultado la edición publicada en: http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/4274/diez_a%c3%b1os_legislacion_no_discriminacion.pdf?sequence=1&rd=0031316320006729, p. 201.

65. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Ajustes procedimentales...», *op. cit.*, pp. 10 y 11.

términos de razonabilidad, el elemento determinante ya no será la carga que podría suponer el ajuste, sino si su omisión limita el acceso a la justicia en condiciones de igualdad; solo así se respetará el contenido de la Convención.

Las adaptaciones y ajustes pueden realizarse tanto de oficio por el Tribunal como a petición del MF o de cualquiera de las partes. Para ello, con independencia de cuál sea el expediente, solo es preciso que en el mismo participe una persona con discapacidad, pudiendo adoptarse en cualquier momento o fase y respecto a cualquier actuación en la que resulte necesario. Resulta curioso que en el nuevo artículo 7.bis LJV no se indique a quién corresponde realizar las adaptaciones y ajustes necesarios y que sea el art. 42.bis.a.5 LJV el que atribuya tal función al LAJ⁶⁶. Cabe suponer que tal atribución se extienda con independencia del expediente en que se acuerden las adaptaciones y ajustes.

Tampoco se establecen disposiciones relativas a la forma como han de realizarse los ajustes, si han de primar criterios de flexibilidad e informales o si, por el contrario, será necesaria una resolución formal del LAJ. Reconvertir a una tramitación formal, por sencilla que sea, la diversidad de supuestos que pueden plantearse creo que resulta desaconsejable. Hay medidas que habrán de aplicarse sin necesidad de resolución de ningún tipo; así sucederá en relación a la utilización de lenguaje claro, sencillo y accesible para las comunicaciones, adecuado a las características personales y a las necesidades de la persona con discapacidad y cuando se dirija la comunicación también a la persona que preste los apoyos (7.bis.2.a LJV); tampoco será necesaria resolución formal para que se acompañe de una persona de su elección (7.bis.2.d LJV). La situación no será la misma si se precisa la intervención de interprete, ni cuando se permita la participación del «facilitador» o «intermediario», pues para ello sí será precisa su designación.

En relación a esta figura, sirva como aproximación la descripción que se realiza en los Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad⁶⁷: *«personas que trabajan, cuando es necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar que haya una comunicación eficaz durante los procedimientos legales. Ayudan a las personas con discapacidad a entender y a tomar decisiones informadas, asegurándose de que las cosas se explican y se hablan de forma que puedan comprenderlas y que se proporcionan los ajustes y el apoyo adecuados.*

66. Como también lo hace el art. 758.2.II LEC en relación al proceso judicial.

67. El documento, elaborado en Ginebra en 2020, puede consultarse en la siguiente dirección: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf.

Los intermediarios son neutrales y no hablan en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirigen las decisiones o resultados o influyen en ellos». Su incorporación a sido valorada de manera muy positiva, aunque se ha advertido del riesgo cierto de que pueda devenir ineficaz por razones económicas⁶⁸.

Por lo que se refiere al contenido, el eje central gira en torno a la accesibilidad de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad; aunque se refiere a la comunicación, a la comprensión y a la interacción con el entorno, parece dedicar especial atención al derecho a entender (7.bis.2.a LJV) y ser entendido (7.bis.2.b LJV). Su desarrollo se presenta en dos planos complementarios; por un lado, facilitando la comprensión de las comunicaciones, obligación que se extiende a todos los funcionarios y profesionales que intervengan, que deberán utilizar un lenguaje claro, sencillo y accesible, adecuado a las características de las personas con discapacidad; en este sentido, las esperanzas habrá que depositarlas en la formación específica en medidas de apoyo prevista en la DA segunda de la L 8/2021⁶⁹. Por otro lado, más allá de esta facilitación de las comunicaciones, acudir a intérpretes será necesario cuando la discapacidad no permita una interacción directa.

3. MODIFICACIÓN DE EXPEDIENTES EXISTENTES (SOLO LO IMPRESCINDIBLE)

La L 8/2021 apenas introduce cambios en los expedientes existentes; aparte de las adecuaciones a la nueva terminología, las modificaciones llevadas a cabo se limitan, en general, a realizar adaptaciones derivadas del nuevo régimen, fundamentalmente en relación a la competencia y a la legitimación.

En el expediente relativo a la habilitación para comparecer en juicio y al nombramiento de defensor judicial se da nueva redacción al artículo 27 LJV, simplificando su contenido en tanto se sustituye la enumeración de supuestos en que procede el nombramiento de defensor judicial de menores o personas con discapacidad por la remisión a los casos en que proceda tal nombramiento conforme a la ley.

68. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Ajustes procedimentales...», *op. cit.*, p. 16.

69. Se extiende tanto a los funcionarios (jueces y magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia y funcionarios de la Administración General del Estado, de las CCAA o de las entidades locales, como a profesionales de todo tipo, ya sean notarios, registradores varios, abogados, procuradores o graduados sociales.

En los expedientes sobre tutela, curatela y guarda de hecho se llevan a cabo adecuaciones terminológicas, algunas mejoras y aclaraciones en la redacción, mínimas reformas que apenas alteran la regulación anterior⁷⁰ y alguna adaptación a la nueva configuración de la guarda de hecho⁷¹.

En el expediente relativo a la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen y otros que se refieran a bienes y derechos de menores y personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, además de las necesarias adecuaciones terminológicas⁷², se adapta la regulación de la competencia al criterio general introducido por la reforma⁷³. Además, se flexibiliza el requisito de la postulación procesal, de manera que la hasta ahora preceptiva intervención de abogado y procurador cuando el valor del acto para el que se inste alcance o supere los 6.000 € pasa a dejarse en manos del Juez, si bien solo respecto a la intervención de abogado. La redacción del nuevo artículo 62.3 LJV no puede ser más desafortunada; establece como criterio general que *«no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador siempre que el valor del acto para el que se inste el expediente no supere los 6.000 euros»*; razonable sería interpretar *a sensu contrario* el carácter preceptivo de su intervención a partir de tal valor; sin embargo, se admite que la solicitud inicial se realice *«sin necesidad de ambos profesionales, sin perjuicio de que el Juez pueda ordenar la actuación de todos los interesados por medio de abogado cuando la complejidad de la operación así lo requiera o comparezcan sujetos con intereses enfrentados»*. En definitiva, la intervención de procurador y de abogado nunca es preceptiva, si bien el Juez puede exigir la asistencia de éste último en razón a la complejidad o existencia de intereses contrapuestos. En cuanto a la tramitación, eliminada la necesidad de subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido⁷⁴ se deja sin contenido el apartado 2 del artículo 65 LJV.

En el expediente relativo a las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad solo se realizan adaptaciones terminológicas y se complementa la determinación de la competencia en razón a la previa adopción judicial de medidas de apoyo.

70. Como la posibilidad de ordenar de oficio una prueba pericial para resolver sobre la rendición de cuentas (51.2.2.º LJV).

71. Como es lo relativo a la solicitud de autorizaciones judiciales (52.3 LJV).

72. Como tales han de considerarse la desaparición de las menciones a la tutela o curatela o la adecuación de la legitimación.

73. Si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.

74. La DF décima L 8/2021 modifica el artículo 5.2 de la L 41/2003.

En el expediente relativo a la aceptación y repudiación de la herencia las modificaciones introducidas son consecuencia del nuevo régimen establecido respecto a la capacidad procesal, de manera que la legitimación se atribuye a los llamados a la herencia, aclarando que, si se tratase de personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo representativo, la legitimación corresponde a quienes ejerzan el apoyo.

4. NUEVOS EXPEDIENTES (LLEGARON LOS «BISES»)

Una de las aspiraciones de la LJV fue alcanzar una cierta uniformidad procedimental, estableciendo, al efecto, unas disposiciones generales que, si bien han merecido una valoración positiva⁷⁵, la complejidad con la que se ha regulado la JV limita significativamente su efectividad⁷⁶. En materia de discapacidad, a los expedientes recogidos en la redacción originaria de la LJV hemos de sumar los nuevos «bises» incorporados con la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021: el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (42.bis.a, b y c LJV) y el expediente de extinción de los poderes preventivos (51.bis LJV). Se trata de expedientes judiciales y ambos están justificados y son consecuencia directa de las modificaciones operadas por la Ley 8/2021 en el CC. El primero tiene un amplio y genérico objeto dirigido a la adopción de cualesquiera medidas judiciales de apoyo de carácter estable, así como a su correspondiente revisión, y dispone de una detallada regulación; en apariencia todo apunta a que, a falta de medidas de naturaleza voluntaria, está llamado a convertirse en el eje central del nuevo sistema, no obstante, a mi entender (como trato de justificar en el siguiente apartado) su objeto es más limitado. El segundo tiene su justificación en lo dispuesto en el artículo 258.4.º CC que permite a cualquiera de las personas legitimadas para instar el procedimiento de provisión de apoyos y al curador solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos cuando concurra alguna de las causas previstas para la remoción del curador.

V. ÁMBITO DEL NUEVO EXPEDIENTE PARA LA PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO

El apartado tres del artículo séptimo de la L 8/2021 incorpora un nuevo Capítulo III al Título II de la LJV con la rúbrica «Del expediente de

75. LARROSA AMANTE, M. A. «Régimen general de los procedimientos de jurisdicción voluntaria», en *Especial Nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, Wolters Kluwer, 2015 (he consultado la edición digital en Smarteca), ap. II.

76. VEGA TORRES, J., «Competencia y procedimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria», en *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria* (ARECES PIÑOL, M.ª T., Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 139 a 162, p. 140.

provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Literalmente nos encontramos ante un nuevo expediente cuyo objeto se circunscribe a la provisión de cualquier medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad (42.bis.a.1 LJV), así como a la revisión de las medidas adoptadas (42.bis.c.1 LJV); lo dispuesto en el CC, sin embargo, delimita este objeto hasta restringirlo exclusivamente a la curatela⁷⁷. En la adopción de medidas de apoyo se pueden distinguir tres situaciones: a) que los apoyos sean diseñados por la propia persona con discapacidad; b) que los apoyos surjan de manera natural y espontánea en su entorno; c) en defecto de ambos, que los apoyos se diseñen judicialmente⁷⁸. A partir de este escenario, hemos de excluir del ámbito del expediente para la provisión de medidas judiciales de apoyo los dos primeros supuestos. Por un lado, el diseño por la propia persona con discapacidad se ha de realizar mediante la adopción de medidas voluntarias para lo cual están previstos los poderes y mandatos preventivos; por otro, los apoyos espontáneos se pondrán de manifiesto a través de la guarda de hecho, «medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente» (250.4.º CC), que deriva en una situación de hecho carente de designación o nombramiento, con independencia de que, además, está previsto un expediente específico para cualesquiera vicisitudes que su desempeño pudiera ocasionar⁷⁹. Si ello no fuera suficiente, la exclusión de estos supuestos del ámbito de aplicación del expediente para la provisión judicial de apoyos resulta de manera inequívoca de lo dispuesto en el artículo 42.bis.b.3 LJV por cuanto si durante su tramitación la persona con discapacidad, tras la información ofrecida por la autoridad judicial acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas

77. Así venía dispuesto tanto en el Anteproyecto de 2019 como en el Proyecto de 2020, introduciéndose los cambios durante la tramitación (Vid. VEGA TORRES, J. «La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, (PEREÑA VICENTE, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del M. Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 29 a 60, p. 39).

78. Sigo en esta exposición a la Fiscal de Sala de la Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores de la FGE, María José Segarra Crespo («Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil», *Diario La Ley*, n.º 9977, 23 de diciembre de 2021, Wolters Kluwer, p. 17). He de aclarar, no obstante, que la intervención judicial no se solicitará solo en defecto de ambos (medidas voluntarias o espontánea), sino también ante la insuficiencia de éstas (255.5.º CC) o por el desacuerdo con ellas de los legitimados para instar la provisión judicial de apoyos (o la extinción de poderes y mandatos preventivos).

79. Tanto para su control (52.1 y 2 LJV), como para realizar actuaciones representativas (264 CC) o requerir autorizaciones judiciales (52.3 LJV).

de apoyo de naturaleza voluntaria, opta por una medida alternativa de apoyo, se pone fin al expediente. Por último, no se puede olvidar que lo determinante en el expediente para la provisión judicial de medidas de apoyo es la naturaleza o carácter estable de la medida, con lo que tampoco será aplicable al nombramiento de defensor judicial, cuyo carácter ocasional viene establecido por el artículo 250.6.º CC, incluso cuando se trate de una medida recurrente; recordemos, además, que para tal nombramiento hay un expediente específico (27 a 32 LJV)⁸⁰.

En definitiva, si las medidas de apoyo «son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial» (250.1.º CC), el objeto del nuevo expediente queda circunscrito a la curatela, única medida formal de carácter estable susceptible de provisión judicial⁸¹. Pero resulta que, además, en caso de que sea necesario el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido, tampoco se aplica el nuevo expediente, sino que ha de acudir al previsto en el artículo 45 LJV (44.2 LJV).

VI. LA EXTINCIÓN DE PODERES PREVENTIVOS

Entre las medidas voluntarias de apoyo el CC dispone la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, pueda prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes (255.1.º CC). Estos poderes preventivos pueden establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo (255.2.º CC); también podrán prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias (255.3.º CC).

Consecuente con la prioridad que el nuevo sistema otorga a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, la extinción

80. No creo que sea posible, ni siquiera, llevar a cabo la designación de un defensor judicial, excepto como medida de integración de la capacidad (42.bis.a.4 LJV).

81. Esta es la interpretación que se ha generalizado en la doctrina. *Vid.* VEGA TORRES, J., «La adopción judicial ...», *op. cit.*, p. 39. GARCIMARTÍN MONTERO, R. *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 67 y ss.

de estos poderes preventivos se rige, en primer lugar, por lo que el propio discapacitado haya establecido (258.3.º CC). Como previsión general se establece la extinción cuando en el apoderado concurra alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa (258.4.º CC). Para tal extinción, se establece el expediente específico regulado en el artículo 51.bis LJV.

La introducción de este nuevo artículo es en mi opinión algo que carece por completo de justificación; su contenido es incompleto⁸² y reiterativo⁸³, de manera que una simple remisión a lo ya existente hubiera proporcionado una solución más adecuada⁸⁴.

No se trata de un expediente que permita la revisión o el control de los poderes preventivos otorgados, de la adecuación de las medidas o de la idoneidad del apoderado; su objeto se limita a la extinción de los poderes exclusivamente en razón a la concurrencia de alguna de las causas de remoción del curador⁸⁵. Ahora bien, aparte las causas legales, se ha de tomar en consideración la posibilidad de que el poderdante haya incluido medidas, órganos o salvaguardas de control, razón que ha de considerarse suficiente para ampliar las posibilidades de instar la extinción de los poderes preventivos en aplicación de tales instrumentos de control; solo así ha de considerarse que se mantiene la primacía de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

El nuevo artículo 51.bis LJV no incluye ninguna referencia respecto a la competencia, si bien considero que estamos indudablemente ante un expediente judicial, por afectar a personas con discapacidad (2.3.2.º LJV)⁸⁶. Territorialmente ha de aplicarse el fuero del domicilio de la persona con discapacidad y, aunque no hay mención expresa, parece razonable extender la regla especial en cuanto a la *perpetuatio iurisdictionis*.

La legitimación corresponde a los mismos sujetos que pueden instar la provisión judicial de apoyos⁸⁷ y al curador, si lo hubiera (258.4.º CC y 51.bis

82. No determina la competencia, omite cualquier mención a la posibilidad de adoptar medidas cautelares (suspensión o mantenimiento de los poderes), no establece qué ha de hacerse si se extingue el poder.

83. Prevé una tramitación idéntica a la remoción del tutor (49 LJV).

84. Habría bastado una simple remisión a lo dispuesto en el artículo 49 LJV.

85. Las causas de remoción del curador se establecen en el artículo 278 CC y para instarla se prevé un expediente de JV específico en el artículo 49 LVJ.

86. Corroborra esta interpretación lo dispuesto en el artículo 43 LJV con el que comienza el Capítulo IV, así como el hecho de que el CC se refiere a «solicitar judicialmente la extinción» (258.4.º CC).

87. «El Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable

LJV); no se menciona a otros posibles interesados (por ejemplo, los colaterales), tal y como se hace en otros expedientes⁸⁸, si bien nada impide que se dirijan al MF para poner en su conocimiento la existencia de circunstancias que pudieran dar lugar a la extinción de los poderes otorgados.

Por lo que se refiere a la tramitación, se dispone una comparecencia a la que se habrá de citar al solicitante de la extinción, al apoderado, a la persona con discapacidad (poderdante) y al MF. Si se suscita oposición, se produce una transformación del expediente que pasa a ser contencioso y a tramitarse como juicio verbal, correspondiendo al LAJ citar a los interesados a la correspondiente vista. En todo caso, el Juez ha de pronunciarse sobre la extinción solicitada, ya sea en el expediente de JV o en el juicio verbal; no es posible que deje sin medidas de apoyo a quien las precise, razón por la que deberá adoptar provisionalmente las medidas de apoyo que considere convenientes, con independencia de la posibilidad de que cualquiera de los legitimados inste la provisión de medidas judiciales de apoyo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», en *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, –MORCILLO MORENO, J. director–, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 21-37.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal civil*, 8.^a ed. Marcial Pons, 2015.

ASENCIO MELLADO, J. M.^a, *Derecho Procesal Civil*, 3.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CALAZA LÓPEZ, S., «La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y la procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad», en *La Ley Derecho de familia*, n.º 31, julio-septiembre, 2021, monográfico *La reforma civil y procesal de la discapacidad*.

– «Inteligencias múltiples y derecho procesal», en *Sociedad, justicia y discapacidad*, (LUACES GUTIÉRREZ, A.I. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 115 a 148.

y sus descendientes, ascendientes o hermanos» (42.bis.a.3 LJV). Es evidente que la mención a la propia persona con discapacidad carece de sentido pues le bastaría con la revocación del poder otorgado.

88. Así se hace, por ejemplo, en el expediente de remoción del curador (49.1 LJV), con el que la extinción de poderes preventivos tiene tanto en común.

- «El proceso judicial como ultima ratio: de la alternatividad a la obligatoriedad de los “medios adecuados de solución de conflictos”», en *Un modelo de Justicia para el siglo XXI: justicia alternativa, justicia negociada y justicia informal*, (ROCA MARTÍNEZ, J. M.^a Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 45 a 78.
 - «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿Era necesario confeccionar tantos “trajes a medida” para un único abrigo sustantivo?», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021*, de 3 de junio, Editorial Atelier, 2022, pp. 617 a 643.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*. (MORENO CATENA, V. coaut.), 11.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CUADRADO SALINAS, C., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, (ASENCIO MELLADO, J. M.^a Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Práctica de Tribunales*, n.º 151, 2021.
- «Las personas con discapacidad ante el proceso de modificación de la capacidad jurídica y sus garantías», en *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, (ÁLVAREZ ALARCÓN, A. Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 391 a 410.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A., «La nueva concepción de la Jurisdicción voluntaria en la Ley 15/2015», en *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria* (ARECES PIÑOL, M.^a T., Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 21 a 47.
- «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», *Diario La Ley*, n.º 9961 [La Ley 12161/2021].
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «La reforma de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico», número monográfico, n.º 31 de *La Ley Derecho de familia*, julio-septiembre 2021.
- «Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad, en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018.

- GONZÁLEZ POVEDA, B., GONZÁLEZ POVEDA, P., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J., *La jurisdicción voluntaria: doctrina y jurisprudencia*, 4.^a ed. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.
- LARROSA AMANTE, M. A., «Régimen general de los procedimientos de jurisdicción voluntaria», en *Especial Nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, Wolters Kluwer, 2015 (consultada edición digital en Smarteca).
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., «Longevidad y poderes preventivos», *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, 2019, <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-85/opinion/opinion/9398-longevidad-y-poderes-preventivos>.
- MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. coaut.), 11.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II. Proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil (VVAA)*, 18.^a ed. (reeditado), Aranzadi, 2019. Proview.
- PAU PEDRÓN, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5-28.
- PÉREZ BUENO, L.C., «La configuración jurídica de los ajustes razonables», En *2003-2012: 10 Años de Legislación sobre no Discriminación de Personas con Discapacidad en España. Estudios en Homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, (PÉREZ BUENO, L.C. Dir.), CERMI, Madrid, 2012, pp. 178 a 209. He consultado la edición publicada en la web: http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/4274/diez_a%c3%b1os_legislacion_no_discriminacion.pdf?sequence=1&rd=0031316320006729.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. *Derecho Procesal Civil*, t. 2.4.^a ed., Andavira editora, 2014.
- PICÓ I JUNOY, J., «La desjudicialización y procesalización de la jurisdicción voluntaria», en *Especial nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Wolters Kluwer, 2015 (consultada edición digital en Smarteca).
- RAMOS MÉNDEZ, F., «De cómo hacer las reformas procesales (Manual del aprendiz de legislador)». *Justicia* 1988, IV, pp. 791-800.
- ROCA MARTÍNEZ, J. M.^a, «Vulnerabilidad y garantías procesales. Respuesta procesal frente a la vulnerabilidad». *Justicia*, 2014, núm. 2, pp. 213-286.

- «Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: dualidad proceso contencioso-expediente de jurisdicción voluntaria», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021*, de 3 de junio, Editorial Atelier, 2022, pp. 587 a 616.
- SOLÉ RESINA, J., «Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica», en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, Dir.), Bosch, Cap. 18, pp. 379-392.
- VEGA TORRES, J., «La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, (PEREÑA VICENTE, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del M. Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 29 a 60.
- «Competencia y procedimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria», en *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria* (ARECES PIÑOL, M.^a T., Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 139 a 162.
- VVAA, «Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil», *Diario La Ley*, n.º 9977, 23 de diciembre de 2021.

Capítulo VIII

El modelo procesal de técnica monitoria para la provisión de apoyos estables a personas con discapacidad: jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa subsidiaria

YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Málaga*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL EN MATERIA DE PROVISIÓN DE APOYOS EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. III. MODELO PROCESAL ESTABLECIDO EN LA LEY 8/2021. 1. *Provisión de apoyos de carácter ocasional: nombramiento de defensor judicial.* 2. *Provisión de apoyos de carácter estable: nombramiento de curador.* 2.1. Jurisdicción voluntaria de carácter preferente. 2.2. Sistema de técnica monitoria: jurisdicción contenciosa subsidiaria. 2.2.1. “Fracaso” del expediente de jurisdicción voluntaria. A) Planteamiento de oposición. B) Imposibilidad de resolver el expediente. 2.2.2. Derivación al proceso contencioso. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

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 ha supuesto un giro revolucionario con relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se hacía ya imprescindible desde el año 2008, en el que España ratificó la *Convención de Nueva*

York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, la Convención), una reforma de los instrumentos materiales y procesales que pudiesen dotar a estas personas de un marco jurídico imprescindible para poder mejorar su protección en la toma de decisiones concernientes a su vida personal y patrimonial. En este sentido, el sistema ha virado del antiguo sistema de proporcionar sustitución en la toma de decisiones a las personas que encontraban dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica a uno basado en el apoyo en la toma de decisiones de estas personas. Paralelamente a la revolución en el ámbito sustantivo, se han debido acomodar las estructuras procesales allá donde deba intervenir el órgano jurisdiccional en relación con la materia. Precisamente, en lo que respecta al ámbito jurisdiccional, la reforma acomete dos objetivos previamente trazados en la propia Convención; por un lado, diseñar el sistema de salvaguardias como medidas de protección para asegurar que las personas con discapacidad reciban el apoyo apropiado adecuado para tomar sus decisiones y, por otro, la eliminación de barreras para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Con respecto a la primera consideración, uno de los aspectos sobre los cuales se debe proyectar la regulación de las necesarias salvaguardias es la definición de las características del proceso judicial de dotación de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, de manera que la provisión de estos debe realizarse de forma proporcional y temporal. En este ámbito, el legislador ha diseñado una doble vía: la jurisdicción voluntaria y subsidiariamente a ésta, la jurisdicción contenciosa, arbitrándose una suerte de técnica monitoria que opera para articular ambos cauces. Dado el espíritu de la reforma, que potencia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como la necesidad de eliminar obstáculos que puedan suponer una barrera en el acceso a la justicia de estas personas, la elección de la jurisdicción contenciosa y la forma en la que la Ley habilita dicho cauce, no parece entrar en una situación de armonía precisamente con aquellos principios. El presente trabajo analiza los principales problemas procesales que puede plantear la técnica elegida, que van a repercutir negativamente en la agilidad y eficiencia del modelo procesal.

II. LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL EN MATERIA DE PROVISIÓN DE APOYOS EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

La arquitectura jurídica sobre la que se asienta la provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica que instaura 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 se compone de tres pilares fundamentales:

– En primer lugar, las medidas informales de apoyo a través del ejercicio de la guarda de hecho que se configura como la asistencia a la persona con discapacidad sin que haya nacido de un acto de naturaleza voluntaria formal o judicial¹. Una de las líneas maestras de la reforma es la potenciación del apoyo «informal» a las personas con discapacidad, de manera que la figura del guardador/a de hecho ve reforzada su función en el nuevo sistema. Con la regulación anterior, la guarda de hecho se configuraba como una situación provisional o interina hasta que se produjere la modificación judicial de la capacidad de obrar y se nombrase un tutor o curador, pero con la Ley 8/2021 la misma se transforma en una institución jurídica de apoyo con singularidad específica, dejando de constituir una situación provisional. El Preámbulo de la Ley 8/2021 justifica dicho encubramiento con base en que *«la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea»*.

– En segundo lugar, las medidas voluntarias que se traducen la posibilidad de dotar de apoyos a través de un instrumento notarial. Así lo establece el artículo 255 CC cuando determina que *«cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes»*. En el mismo documento se puede designar quién debe prestarle apoyo y con qué alcance, así como las salvaguardas oportunas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida.

– En tercer lugar, y con carácter subsidiario respecto de los anteriores pilares, la provisión de apoyos se podrá canalizar a través de la jurisdicción. En este sentido, el juez (o incluso el letrado de la Administración de Justicia) intervendrá en la determinación de los apoyos judiciales en

1. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La guarda de hecho. Características básicas y condiciones de funcionamiento. Supuestos posibles de guarda de hecho». *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. DE LUCCHI LÓEZ-TAPIA, y QUESADA SÁNCHEZ, A. Coord. RUIZ-RICO RUIZ, J.M.). Barcelona, 2022, p. 271.

los casos de defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad (art. 249, párrafo 1° CC). Las medidas de carácter judicial son la curatela como medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el mismo de modo continuado (art. 250 CC) y el nombramiento de defensor judicial en los casos establecidos en el artículo 295 CC. La determinación de estos se realizará o bien a través de un expediente de jurisdicción voluntaria como cauce inicial preferente o a través de un proceso contencioso cuando «fracase» el expediente de jurisdicción voluntaria en los términos que veremos en los siguientes epígrafes. Este mismo modelo procesal será de aplicación también cuando se pretenda revisar las medidas adoptadas (arts. 42 bis c) LJV y 761 LEC). En efecto, el artículo 268 CC regula el principio de temporalidad de éstas, ya que prevé su revisión en un plazo máximo de tres años que, en casos especialmente excepcionales, como por ejemplo, una afección irreversible, podrá extenderse a los seis años. Toda la regulación de la reforma tiende a la provisionalidad de los apoyos ya que, en este sentido, el artículo 249, párrafo 2° CC, exige a las personas que proporcionan los mismos que fomenten que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro, lo que implica que, si es esa la tendencia, aquellos deban ser revisados en tanto en cuanto vayan cambiando las circunstancias.

En estos procedimientos, además, el juez está obligado al establecimiento de salvaguardias oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios de atención a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que lo requiera (arts. 249 y 270, ambos del CC).

No hay que olvidar que, al margen de esta intervención jurisdiccional *ex ante*; esto es, cuando la persona con discapacidad necesita de la dotación del apoyo, la intervención jurisdiccional también puede producirse *ex post*, cuando ya está establecido el apoyo, para controlarlo debidamente. En este sentido, el juez deberá ejercer el control judicial de posibles abusos, conflictos de intereses o influencia indebida, que se traduce en la posible iniciación de varios expedientes de jurisdicción voluntaria, entre otros: nombramiento de nuevo curador o remoción de éste (arts. 44 y ss. LJV), extinción de poderes preventivos (art. 51 bis LJV), rendición de cuentas por el curador (art. 51 LJV), requerimiento y medidas de control de la guarda de hecho (arts. 52 y ss. LJV), y otorgamiento de autorización judicial para determinados actos que deba realizar el curador o el guardador de hecho (arts. 61 y ss. LJV). Coincidiendo con lo que se ha apuntado por la doctrina², la regulación de diferentes tipos de expedientes de jurisdicción voluntaria, con diferentes tipos de legitimados y con diferentes

2. CALAZA LÓPEZ, S., «La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las

niveles de participación de la persona con discapacidad complica el panorama procesal cuando los trámites procesales pueden ser mucho más sencillos con el objetivo de simplificar el ejercicio cotidiano de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

Todas estas actuaciones y procedimientos se rigen por varios principios que, sin ser enumerados de forma explícita en la reforma, constituyen el núcleo vertebrador de la actuación del juez con relación al ejercicio de la capacidad jurídica³. Están contruidos sobre la base de la dualidad ontológica que se encuentra ínsita en todo el espíritu de la reforma; por un lado, el debido y necesario respeto a los deseos y preferencias de la persona, ya que este principio resulta incuestionable en el marco del respeto a la dignidad de la persona establecido en el artículo 10 de la Constitución Española; y por otro, la necesidad de conjugar dicho respeto con el respeto al bien social, lo que permite, en determinadas ocasiones, suplir la insuficiencia de la voluntad con la determinación judicial de las necesidades de la persona con discapacidad con relación a cuestiones fundamentales como ser humano.

En primer término, y trayendo a colación los dos ámbitos en los cuales está llamado a intervenir el órgano jurisdiccional, actuación preventiva o ex ante y actuación reactiva o ex post⁴, debemos hacer referencia a la desjudicialización en el primer caso y a la hiperjudicialización en el segundo.

Si bien antes de la Ley 8/2021, todo debía girar en torno a un *proceso de incapacitación*, y solo con la sentencia firme se producía la modificación de la capacidad (antiguo art. 199 CC), con la reforma de la citada ley, la tendencia se invierte. Ya no hay modificación de la capacidad jurídica como modificación de una situación jurídica que afecta al interés público y que deba ser realizada necesariamente por el órgano jurisdiccional.

Esto significa que la Ley tiende a desjudicializar la determinación de los apoyos⁵ por cuanto es posible la dotación de éstos sin que sea necesaria

personas con discapacidad», en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*. La Ley Derecho de Familia n.º 31, julio-septiembre.

3. Vid en este sentido nuestro trabajo «El alcance de la intervención jurisdiccional con relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad». *La reforma civil y procesal...cit.*, pp.127 y ss.
4. Como las denomina SANCHO GARGALLO, I. «Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y los apoyos necesarios para su ejercicio», en *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias*. (Dir. PEREÑA VICENTE, M. Coord. DIAZ PARDO, G. y NUÑEZ NUÑEZ, M.) Madrid, 2018, p. 19.
5. Esta desjudicialización ha sido calificada como el primer hito de la reforma procesal en la materia. Vid. CALAZA LÓPEZ, S. «La justicia civil indisponible...», *cit.*, p. 4.

la intervención jurisdiccional, a través de las llamadas medidas voluntarias. El documento puede ser tanto de futuro, en previsión de dificultades futuras en el ejercicio de la capacidad jurídica, los llamados poderes preventivos (arts. 256 y ss. CC), como de presente, ante la constatación de dificultades actuales (art. 255 CC).

La Ley, además, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, potencia la figura del guardador de hecho, lo que implica también un modelo de prescindencia del órgano jurisdiccional para constituir el apoyo, por cuanto el artículo 263 CC establece que «*quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente*».

Sin llegar al escepticismo de PALLARÉS NEILA⁶, que plantea qué objetivo tiene la intervención del juez en este sistema diseñado de forma innominada y dominado exclusivamente por la voluntad de la persona interesada, es necesario determinar, como adelantábamos, cuál es el alcance de la intervención jurisdiccional en materia de provisión de apoyos.

Aunque la desjudicialización *per se* no es algo nocivo para la tutela de los derechos ya que en muchas ocasiones resulta conveniente e incluso necesaria, el CGPJ puso de manifiesto sus recelos en su Informe sobre lo que fue el Anteproyecto de la Ley actual⁷, puesto que consideró que el abandono del sistema de tutela de autoridad podía suscitar recelos por potenciales incompatibilidades con la tutela judicial efectiva⁸. En este sentido, a nuestro juicio, no creemos que la reforma deje demasiados espacios ajenos al control judicial que puedan resultar inconciliables con la tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad y con las salvaguardias del control de los abusos, conflicto de intereses o la influencia debida a las que se refiere el artículo 12.4 de la Convención⁹.

6. PALLARÉS NEILA, J., «Quién, qué y por qué: El estándar de intervención en el Proyecto de Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, n.º 10, Sección Persona y derechos/A fondo, septiembre 2020, La Ley Digital 12798/2020.

7. Adoptado en Acuerdo por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 29 de noviembre de 2018.

8. Algún autor ha considerado la desjudicialización un error, cuando lo que se debiera potenciar es la agilización del proceso, Vid. QUESADA SÁNCHEZ, A.J. «Los arts. 199 y 200 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006: posibles modificaciones de interés». *Revista de Derecho de Familia*, 82, enero-marzo 2019, p. 53.

9. De la misma opinión es SANCHO GARGALLO, I. *Op. cit.*, p. 23, cuando establece que «*la reforma, sin que necesariamente suponga un juicio negativo, conlleva una atenuación de la tutela judicial preventiva de la persona con discapacidad*».

La desjudicialización inicial se convierte en una hiperjudicialización posterior, puesto que la regulación legal prevé una intervención jurisdiccional férrea en la tutela de las potenciales situaciones abusivas.

En este sentido, por un lado, existe un control de oficio de las funciones que esté desarrollando el guardador de hecho. Lo establece el artículo 265 CC, cuando dispone que *«a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento»*.

Por otro lado, han aumentado las situaciones en las que, tanto el curador representativo como el guardador de hecho, necesitan autorización judicial para realizar actos en nombre de la persona con discapacidad.

El artículo 287 CC, para el curador, al que se remite también el artículo 264 CC con relación al guardador de hecho, enumera una lista muy exhaustiva de actuaciones para las que las personas que apoyan necesitan autorización judicial. Es significativo que el punto primero del citado artículo 287 establezca la necesidad de autorización judicial para cualquier acto de trascendencia personal o familiar que la persona no pueda realizar por sí misma. La propia ley no establece cuáles son esos actos, pero cualifica los mismos desde el momento en que se trata de actos que la persona con discapacidad no pueda realizar por sí misma, por lo que entendemos que se trata de actos en los que el guardador de hecho necesitaría el nombramiento como curador representativo, aunque sea para uno o varios actos de forma puntual.

Sin embargo, de la lectura del artículo 264 CC, párrafos 1º y 2º) no parece deducirse esta interpretación ya que, por un lado, el precepto hace referencia, en el párrafo 1º, a los supuestos en los que el guardador de hecho debe actuar de forma representativa, y en el segundo párrafo, los actos para los que el guardador de hecho necesita autorización judicial, entre los que se encuentran los regulados por el artículo 287 CC. Debemos interpretar, por tanto, que los actos con trascendencia personal y familiar que la persona con discapacidad puede realizar por sí misma no son actos que necesiten el nombramiento puntual de un curador representativo, pero sí de autorización judicial.

En cualquier caso, la confusión procesal es palmaria. El propio artículo 264 CC establece que, en los casos que el guardador de hecho necesite ese nombramiento de apoyo representativo, se deberá recabar la autorización para actuar en su nombre a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria.

Como no hay ningún expediente de jurisdicción voluntaria específico a este fin, nos planteamos que expediente se ha de seguir en estos casos. No es viable utilizar el expediente regulado en el artículo 42 bis LJV puesto que, aunque se trate de nombrar al guardador como curador representativo para uno o varios actos concretos, el citado expediente está reservado a dotación de apoyos con carácter estable. Así lo corrobora el Preámbulo de la Ley cuando establece *«que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias»*.

Se deberá recurrir, por tanto, al expediente previsto para obtener la autorización judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (arts. 61 LJV). Aunque debemos utilizar dicho cauce procedimental, no hay que olvidar que el mismo está pensado para autorizaciones que el propio curador representativo está obligado a solicitar y no para la autorización para representar.

En el afán de control jurisdiccional para evitar abusos, la hiperjudicialización abarca también la supervisión de la actuación de tanto el guardador de hecho como del curador (arts. 265 y 270 CC), en un expediente de jurisdicción voluntaria, distinto de los anteriores y regulado en el artículo 51 LJV.

Toda esta profusión de controles a través del enmarañado escenario procesal revela que el talón de Aquiles de toda la reforma lo constituye el objetivo de equilibrar el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad y los posibles abusos sobre la misma. La igualdad de todas las personas en cuanto al ejercicio de su capacidad jurídica debe tener, como contrapartida, un férreo control de los abusos en el ejercicio de esta por aquellas personas que encuentren limitaciones, puesto que el sistema es mucho más proclive a que se produzcan dichos abusos. En consecuencia, nos parece acertada esta hiperjudicialización, aunque somos conscientes de los trastornos que puede ocasionar con respecto a trámites procesales, retrasos judiciales y sobrecarga de trabajo.

El principio de subsidiariedad constituye otro de los nuevos ejes del sistema de apoyos construido por el paradigma instaurado por la Ley 8/2021. Con arreglo al mismo, el sistema se va conformando de menos nivel de formalidad en los apoyos hasta la máxima formalidad que suponen los apoyos de origen judicial. Así, en primer lugar, el recurso a los apoyos de carácter formal, ya sean voluntarios o judiciales, debe realizarse cuando no se hayan podido obtener los mismos mediante el recurso

al entorno familiar o comunitario, que tienen un gran peso en la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.

En este sentido, y como hemos manifestado anteriormente, la figura del guardador de hecho adquiere una relevancia específica, dejando de ser una situación provisional y entendiéndose que el mismo es un apoyo perfectamente válido para la persona en cuestión, sin que sea necesario recurrir a ningún tipo de medida formal. Si no existen apoyos «informales», y la persona con discapacidad considera que necesita ese apoyo, ya sea de forma puntual o permanente en el tiempo, puede recurrir a formalizar los mismos con carácter voluntario en escritura pública.

Por último, si no existen medidas voluntarias de apoyo, tal y como establece el artículo 249 CC, puede entrar en juego el sistema judicial, con la dotación de apoyos con dicho carácter, toda vez que se articulen los cauces procedimentales pertinentes. Dichos cauces se rigen por el principio dispositivo, que significa que el órgano jurisdiccional no puede iniciar el procedimiento de oficio, sino que serán los legitimados por la norma los que puedan instar su iniciación. Esta matización es importante, puesto que la intervención jurisdiccional, en este ámbito concreto, está condicionada a la promoción a instancia de parte, pero, sin embargo, el control del ejercicio de los apoyos como segundo ámbito en el cual interviene el juez se puede realizar de oficio y no está configurada con arreglo al principio de subsidiariedad.

III. MODELO PROCESAL ESTABLECIDO EN LA LEY 8/2021

1. PROVISIÓN DE APOYOS CON CARÁCTER OCASIONAL: NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL

Los artículos 250 y 295 CC incluyen, entre las medidas de apoyo legales o judiciales, la medida del defensor judicial. La configuración de esta figura ha experimentado ciertos cambios con la nueva regulación en la materia, de manera que se ha redimensionado la misma¹⁰. Tal y como pone de manifiesto GARCIMARTÍN MONTERO¹¹, el papel del defensor judicial siempre ha sido meramente instrumental en relación con otros medios de integración de la capacidad. Sin embargo, la Ley 8/2021 atribuye a aquel la naturaleza de medio de apoyo autónomo, en los términos que seguidamente veremos.

10. Vid BLANDINO GARRIDO, A., «El defensor judicial de la persona con discapacidad». La reforma civil y procesal....., *cit*, p. 401.

11. GARCIMARTÍN MONTERO, R. *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*. Cizur Menor, 2021, p. 151.

Los supuestos en los que se debe recurrir al nombramiento de un defensor judicial están regulados en el artículo 295 CC, y son los siguientes:

1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

De todos los supuestos señalados en el citado artículo 295 CC, el previsto en el número quinto determina que la figura del defensor judicial se podrá utilizar en los mismos términos que el curador, con la diferencia de que éste se nombrará en los casos en que sea necesario un tipo de apoyo de carácter estable y el defensor judicial se nombrará en los casos en los que sea necesario un apoyo de tipo puntual u ocasional pero incluso si es necesario recurrir a dicho apoyo periódicamente en el tiempo. Este punto, por tanto, modifica, como adelantábamos, la configuración del defensor judicial que no se utiliza ya únicamente como figura interina o provisional, sino que puede llegar a constituir una figura de apoyo formal con duración continuada en el tiempo, aunque su intervención se reduzca a momentos esporádicos.

La atribución al defensor judicial de esta función de apoyo que, en la práctica, puede afectar a un gran número de personas¹², no ha sido pacífica en la tramitación de la Ley 8/2021. Como pone de manifiesto MARTÍN AZCANO¹³, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe

12. Pensemos en personas cuya discapacidad trae causa de enfermedades mentales que se manifiestan a través de brotes específicos o en ausencia de medicación, como la esquizofrenia; o en casos de drogodependencia, ludopatía, etc. En estos casos, puede ser necesario el apoyo en momentos puntuales a lo largo de la vida de la persona. Vid PALACIOS GONZÁLEZ, D., «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica». *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, (Dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. Madrid, 2021, p. 423. De la misma opinión es GARCIMARTÍN MONTERO, R. *Op. cit.*, p. 153.

13. MARTÍN AZCANO, E. «El defensor judicial de la persona con discapacidad». El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2

sobre el Anteproyecto, de 29 de noviembre de 2018, recomendó, para cubrir las necesidades puntuales o recurrentes de apoyo de las personas con discapacidad, incorporar otras instituciones que incluyeran también la asistencia, como una figura similar a la «amministrazione di sostegno» italiana, más adecuada para las muy variadas situaciones de afectaciones psíquicas o físicas que requieran de una asistencia para el desenvolvimiento ordinario de la actividad de forma más o menos prolongada.

El Consejo Fiscal, por su parte, propuso que el defensor judicial se hiciera cargo exclusivamente del apoyo «ocasional», encomendando tanto el recurrente como el continuado al curador, por cuanto estas últimas modalidades de apoyo se caracterizan por su permanencia en el tiempo, aunque varíe la cadencia con la que se presenta su necesidad.

Finalmente, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 11 de abril de 2019, sugirió atribuir al curador la función de apoyo ocasional, aprovechando la flexibilidad con la que se le ha dotado, de modo que no se altere, injustificadamente y de manera poco operativa, la naturaleza del defensor.

Sin embargo, el legislador optó por dejar en manos del defensor judicial el apoyo ocasional, aunque recurrente, de manera que esta figura comparte funciones con la figura del curador.

Con independencia de que con la atribución de estas funciones al defensor judicial se pueda estar distorsionando la naturaleza de éste¹⁴, lo que sí es cierto es que, si se configura la naturaleza jurídica del defensor judicial como apoyo autónomo, la reforma procesal del expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de este debiera haber dotado de las mismas garantías procesales que para los procedimientos para la provisión de un apoyo de carácter estable. La característica funcional intermitente de la figura no debe hacernos pensar que se pueden relajar los principios y reglas procesales a la hora de provisionar este apoyo; antes al contrario, debe compartir con la curatela como la otra medida de carácter forma y judicial, dichos principios y reglas, más aún cuando el defensor judicial puede asumir funciones representativas, máximo nivel de intensidad de apoyo a la persona con discapacidad.

En este sentido, los artículos 27 y ss. LJV regulan el expediente de jurisdicción voluntaria para proceder al nombramiento del defensor judicial,

de junio (dirs. PEREÑA VICENTE, M. HERAS HERNÁNDEZ, M, COORD. NUÑEZ NUÑEZ.M). Valencia, 2022, p. 294.

14. Esa es la opinión de MAGARIÑOS BLANCO, V., «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad». *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 204 y 205. 199-225.

que ha sido reformado por la Ley 8/2021 únicamente en cuestiones terminológicas y las referidas al ámbito de aplicación ampliado. Sin embargo, respecto de la tramitación del expediente, la reforma ha dejado intacta la regulación anterior.

Las diferencias con el cauce procesal previsto para la dotación de un apoyo de carácter estable son numerosas. La principal es que la oposición de cualquiera de las personas involucradas en el expediente no transforma el mismo en contencioso, ya que el artículo LJV solo prevé dicha transformación cuando lo indique expresamente, cosa que no sucede en este caso. De esta manera, cualquier oposición a la procedencia del nombramiento de defensor judicial o a la propia designación de la persona que va a ejercer dichas funciones, se sigue tramitando a través de la jurisdicción voluntaria.

Quizá sea mucho más lógica esta regulación puesto que, como veremos más adelante, la doble regulación de cauce procesal para la dotación de apoyos de carácter estable supone un inconveniente extremo en relación con los beneficios que se obtienen de la misma.

Otra de las diferencias en ambos cauces procesales radica en la competencia para conocer del expediente. A pesar de que el artículo 2.3, párrafo 2º LJV establece que se reserva la decisión de fondo al Juez de aquellos expedientes que afecten a los derechos de menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el artículo 28 establece la competencia para conocer del expediente de nombramiento de defensor judicial al letrado de la Administración de Justicia. Si los dos expedientes tienen la misma finalidad con la diferencia de que los apoyos tienen una duración de diferente calibre, ¿por qué de unos conoce el juez y de otros el Letrado de la Administración de Justicia?

Por otro lado, la legitimación también es diferente en ambos expedientes; una legitimación amplísima –cualquier persona que actúe en interés de la persona con discapacidad (art. 28 LJV) para interponer la solicitud de nombramiento de defensor judicial frente a una legitimación también amplia pero mucho más restrictiva (art. 42 bis a) LJV) para interponer la solicitud de nombramiento de curador.

El artículo 28 LJV respecto del nombramiento de defensor judicial no establece la preceptiva intervención de abogado y procurador, ni siquiera para la persona con discapacidad, algo que la reforma de la Ley 8/2021 sí ha previsto para el expediente de nombramiento de curador en el artículo 42 bis a) LJV.

Por lo que respecta al resto de previsiones, no se hace específica mención en los artículos 27 y ss. respecto de la existencia previa de apoyos

voluntarios que descartaran la intervención del defensor judicial, ni siquiera se prevé entrevista alguna para la persona con discapacidad, ni está prevista la preceptiva intervención de esta en el expediente. Tan solo el artículo 283 CC prevé, para el caso de nombramiento de defensor judicial por conflicto de intereses ocasional entre el curador y la persona a quien preste apoyo, que ésta deberá ser oída y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. Entendemos que todas estas lagunas deberán ser integradas por los letrados de la Administración de Justicia cuando tramiten este tipo de expedientes.

A nuestro juicio, y al hilo de lo que establecieron en su momento el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado, debería haberse integrado el nombramiento de defensor judicial en el expediente de dotación de apoyos del artículo 42 bis LJV y por supuesto, haber sido éste regulado de forma mucho más simplificada, al estilo del actual expediente para el nombramiento de defensor judicial.

A la relación contenida en el artículo 295 CC debemos añadir los supuestos previstos en los artículos 758.2 LEC y 42 bis a. 3 párrafo 2º LJV, que prevén, con carácter general, la intervención del defensor judicial cuando la persona con discapacidad deba intervenir en el proceso y no lo haga con su adecuada representación y defensa. Se trata, en estos, casos de no permitir la celebración de un expediente o proceso relacionado con la dotación de apoyos sin la presencia de la persona con discapacidad, de manera que si, no puede contarse con la misma, se debe integrar esa falta de comparecencia. Ahora bien, nos encontramos con diferente regulación según se trate del expediente de jurisdicción voluntaria o del proceso contencioso al que se puede llegar desde el fracaso de la tramitación del expediente. Y es que mientras que, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, la falta de comparecencia determina que se nombre un defensor judicial, en el ámbito del proceso contencioso, la falta de comparecencia en forma determina que sea el Ministerio Fiscal el que integre dicha falta, y solamente en caso de que el Ministerio Fiscal sea el promotor del procedimiento, se procederá a nombrar un defensor judicial. No se explica muy bien porque el Ministerio Fiscal no integra la falta de comparecencia también en el expediente de jurisdicción voluntaria y se acude directamente a nombrar defensor judicial.

Además, la Ley 8/2021 introduce la obligación de que el defensor judicial nombre preceptivamente –en los términos del artículo 42 bis a) 4, *si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador*. A pesar de esta contundencia legal, cuando la comparecencia la realiza la propia persona con discapacidad, el propio

precepto establece que «*podrá actuar con su propia defensa y representación*», por lo que parece que la intervención es preceptiva. A nuestro parecer, el hecho de que el defensor judicial deba comparecer a través de abogado y procurador (¿a costa de la persona con discapacidad?, ¿a costa del propio defensor judicial?, ¿de oficio?), debe ser interpretado analógicamente para la persona con discapacidad a pesar de la dicción legal.

2. PROVISIÓN DE APOYOS CON CARÁCTER ESTABLE: NOMBRAMIENTO DE CURADOR

2.1. Jurisdicción voluntaria de carácter preferente

Cuando se trata de dotar de un apoyo de carácter estable a través de la curatela a la persona con discapacidad, la reforma ha establecido, como ya hemos adelantado, el doble cauce jurisdicción voluntaria/jurisdicción contenciosa.

Hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, tanto la privación como la limitación de la capacidad de obrar se decretaban por el órgano jurisdiccional a través del proceso contencioso especial sobre capacidad de las personas, regulado en la LEC –artículos 756 y siguientes–, lo que doctrinalmente se denominaba *proceso de incapacitación*. En los últimos tiempos, en los que ya jurisprudencialmente se interpretaban los preceptos sustantivos a la luz de la Convención, nos encontrábamos ante un procedimiento anacrónico que difícilmente podía canalizar adecuadamente las pretensiones que se esgrimían en relación con la determinación de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica. Por esta razón, se antojaba primordial revisar la estructura procedimental de estos procesos toda vez que el marco sustantivo iba a sufrir una profunda transformación. Coincidimos con CALAZA LÓPEZ¹⁵ en que constituye una gran responsabilidad dotar de una excelente estructura procesal a quienes, por razón de un trastorno psíquico, necesitan del apoyo necesario para tomar decisiones con o sin trascendencia jurídica, a lo largo de su vida.

En este sentido, siempre hemos defendido un giro copernicano en la regulación, apostando por la jurisdicción voluntaria¹⁶, que ofrece

15. CALAZA LÓPEZ, S. «Una nueva jurisdicción voluntaria de personas y de familia», en *Práctica de Tribunales*, n.º 116, septiembre-octubre 2015, p. 15.

16. Vid. nuestro anterior trabajo. «La delimitación judicial de la capacidad de obrar. Necesarias reformas procesales para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad cognitiva», en *El acceso a la justicia* (Coord. ROCA MARTÍNEZ, J). Valencia, 2018, pp. 128-155. Uno de los defensores de la jurisdicción voluntaria en

numerosas ventajas en este ámbito: por un lado, se abandona la estructura contradictoria del proceso contencioso, que en la mayoría de los procesos no existe. El objeto de estos procedimientos consiste en, partiendo de la existencia de la circunstancia concreta, determinar cuáles son los apoyos que esa persona necesita. Y, por tanto, todos los sujetos parte en el proceso pueden estar defendiendo la misma pretensión, lo que no encaja en un proceso contencioso. Si añadimos que la propia persona necesitada del apoyo puede solicitar judicialmente la dotación del mismo, la paradoja se acentúa puesto que es difícil articular el procedimiento y respetar el principio jurídico-natural de dualidad.

Por otro lado, la estructura de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no «asusta» tanto como la de un proceso contencioso. No hay demanda, sino solicitud, no hay sentencia, sino auto resolutorio del expediente, por lo que puede ser la herramienta perfecta para familiares que necesitan recabar los apoyos para una persona, pero que por temor a un encorsetado proceso son reacios a hacerlo.

Por último, la dinámica procedimental de los expedientes de jurisdicción voluntaria resulta más acorde con la propia naturaleza de la dotación de apoyos, con esa configuración de mesa-redonda en la que participan los diferentes profesionales en contacto con la persona con discapacidad. La intervención no preceptiva de abogado y procurador que, con carácter general, se establece para los expedientes de jurisdicción voluntaria constituye también un elemento que favorece la tramitación. Es un gasto procesal que algunos familiares no están dispuestos a asumir. En el reverso de la moneda nos encontramos la posible situación de «indefensión» en la que se puede encontrar el «demandado», persona con discapacidad cognitiva, que puede necesitar orientación jurídica en este tipo de expedientes. Sin embargo, esta situación ha sido paliada con la reforma, tal y como establecíamos anteriormente con la regulación prevista en el artículo 42 bis a) 4 LJV que, no obstante, plantea algunos problemas de interpretación.

Alguien puede llevarse las manos a la cabeza pensando que un proceso que afecta a derechos fundamentales de las personas no puede quedar «relegado» a la jurisdicción voluntaria. Como la regulación de la jurisdicción voluntaria ha sido la asignatura pendiente en los quince años siguientes a la aprobación de la LEC, siempre había sido considerada como una institución en la que no se confiaba, por ser su regulación obsoleta,

esta materia ha sido BANACLOCHE PALAO, J. «Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la Jurisdicción Voluntaria». *Derecho, Justicia, Universidad, Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos* (Coords. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I y VEGAS TORRES, J). Vol I. Madrid, 2016, pp. 269-274.

anacrónica y asistemática. Sin embargo, estos argumentos ya no justifican descartar la jurisdicción voluntaria como alternativa, puesto que tenemos un diseño de jurisdicción voluntaria, instaurada por la Ley 15/2015 de 2 de julio, que ha modernizado la misma, adaptándola a la realidad jurídica existente y dotándola de mayores garantías, de manera que en un procedimiento de jurisdicción voluntaria no existe merma alguna de las garantías del justiciable. El Preámbulo de la LJV se encarga de aclararlo y el examen detenido de todo el procedimiento así lo confirma¹⁷.

Aunque la reforma en materia de discapacidad ha evolucionado a dos velocidades¹⁸, siendo la reforma procesal la que no se ha acompasado en esa revolución social que llegará a suponer la sustantiva, hemos de aplaudir la elección de la jurisdicción voluntaria como cauce procedimental preferente. Sin embargo, esa inicial apuesta queda relegada para los supuestos más consensuados, dejando la jurisdicción contenciosa para cuando surja cualquier escollo en la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria, bien porque exista oposición, bien porque no se haya podido finalizar el expediente, de forma que la apuesta ha sido, en cierta manera, segura.

En efecto, el legislador sigue queriendo que, de alguna forma, el modelo de intervención jurisdiccional en esta materia siga teniendo reminiscencias del modelo procesal anterior. Y, a sabiendas de que el nuevo modelo sustantivo se compadece mal con el modelo procesal contencioso, reforma sutilmente este último y le da un barniz de jurisdicción voluntaria que resulta, cuando menos distorsionante. ¿Qué ventajas tiene tramitar la oposición por un proceso contencioso? La única diferencia entre un expediente de provisión de apoyos y un proceso contencioso es la prueba obligatoria que se ha de practicar en el último. El resto de los trámites se han equiparado entre ambos tipos de jurisdicción.

2.2. Sistema de técnica monitoria: jurisdicción contenciosa subsidiaria

La forma en la que el legislador ha combinado ambos cauces procedimentales ha sido a través de la técnica monitoria. Tradicionalmente, se

17. De la misma opinión es VEGAS TORRES, J. quien considera que llevar al ámbito de la jurisdicción voluntaria la adopción judicial de las medidas de apoyo no tiene por qué suponer un sacrificio de garantías. «La adopción judicial de las medidas de apoyo a la persona con discapacidad». *El ejercicio de la capacidad jurídica...cit*, p. 32.

18. Vid CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿Era necesario confeccionar tantos “trajes a medida” procesales para único abrigo sustantivo?». *La reforma civil y procesal...cit*, pp. 617 y ss.

ha asociado el término monitorio a la protección del crédito puesto que así es como se denominan los procesos especiales regulados en el Libro IV de la LEC. Sin embargo, la utilización del término técnica monitoria se ha utilizado también para el proceso penal en el fracasado proceso de aceptación por decreto en el que se permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos previstos y el encausado da su conformidad, con preceptiva asistencia letrada. Si hay oposición de aquel, se celebrará el juicio oral correspondiente (art. 803 bis LECrim).

Quizá no resulte demasiado ortodoxo denominar al instrumento procesal diseñado por el legislador de la Ley 8/2021 como proceso monitorio, pero, en nuestra opinión, consiste en la misma técnica. La transformación del procedimiento, no obstante, no depende únicamente del comportamiento de la futura persona «apoyada», sino que se extiende a todos los interesados citados en el expediente de jurisdicción voluntaria y al Ministerio Fiscal. Puede resultar útil al lector identificar la forma de tramitación contenida en los preceptos que analizamos como una suerte de procedimiento monitorio en el ámbito de la provisión de apoyos.

Vaya por delante que la bifurcación¹⁹ resulta, a nuestro juicio, altamente inconveniente por truncar la necesaria agilidad procesal de estos expedientes y retrasar el procedimiento. Se trata de una duplicidad, aunque no simultánea, innecesaria. Máxime cuando se tenga conocimiento de antemano que el expediente no va a ser consensuado²⁰. Téngase en cuenta que la conversión del expediente de jurisdicción voluntaria en contencioso no se va a realizar de oficio y de forma automática, sino que deben ser las partes legitimadas las que insten el proceso contencioso, debiendo formular demanda, y esperar el plazo de veinte días para contestar a la misma. Todo ello para celebrar una vista que, en esencia, se practica de la misma manera en la jurisdicción voluntaria.

Si a esto le añadimos la defectuosa técnica legislativa empleada, resulta que la dualidad de procedimientos supone una inversión innecesaria de tiempo, esfuerzo y dinero, estando lejos de alcanzar el deseado binomio eficiencia y justicia.

19. Como la llama acertadamente GONZÁLEZ GRANDA, P., «Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Práctica de Tribunales*, n.º 141, noviembre-diciembre, 2019, p. 17.

20. BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York». *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad* (Dir. BANACLOCHE PALAO, J). Cizur Menor, 2020, p. 115.

Porque cuando analizamos la técnica monitoria en puridad considerada, nos damos cuenta que ésta consiste en unos sencillos trámites iniciales para determinar cuál es la voluntad del sujeto afectado, y en función de ellos, pasar a un tipo de procedimiento u otro. Esto hubiera sido lo deseable en este ámbito; un trámite inicial para averiguar cuál es el nivel de consenso y sin más dilación, acudir a uno u otro procedimiento. Sin embargo, como veremos después, el legislador permite que esos comportamientos de los interesados se pongan de manifiesto en cualquier momento del procedimiento, lo que sin duda permite que se tengan que duplicar trámites y pruebas innecesariamente.

2.2.1. *“Fracaso” del expediente de jurisdicción voluntaria*

La jurisdicción contenciosa solo se proyecta como trámite procesal si la jurisdicción voluntaria ha resultado fallida. Los casos en los que el legislador ha considerado conveniente que se sobresea el expediente de jurisdicción voluntaria y quede expedita la vía de la jurisdicción contenciosa vienen regulados en la LEC. Así, el artículo 756.1 LEC establece que *«en los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo»*.

Analicemos ambos supuestos y los problemas que pueden plantear en su aplicación práctica.

A) Planteamiento de oposición

La primera y primordial causa de «frustración» del expediente de jurisdicción voluntaria es la oposición que se puede plantear en el mismo.

La LJV no regula específicamente las causas de oposición, pero excluye expresamente la causa relativa a la discrepancia en la persona que deba desempeñar el cargo de curador. El artículo 42 bis 5) de la citada ley dispone que *«no se considerará oposición a los efectos señalados en el párrafo anterior la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta»*. Habrá que interpretar que las causas de oposición pueden ser todas las que se planteen, salvo la expresamente excluida. Estas causas, por tanto, pueden ser tanto la oposición a que se dote de apoyos a la persona con discapacidad o la oposición a la intensidad de la medida de apoyo. Por ejemplo, se solicita nombramiento de curador

asistencial pero alguna de las «partes» se opone porque considera oportuno el nombramiento de un curador representativo, que constituye el único supuesto en el que el curador sustituye a la persona con discapacidad en la toma de decisiones y está reservada, por tanto, a los supuestos más graves.

Asimismo, la LJV no restringe la legitimación para oponerse, sino que establece que puede ser planteada, en primer lugar, por el Ministerio Fiscal, en segundo lugar, por todas las partes legitimadas que han debido ser citadas a la comparecencia que se ha de celebrar y, por último, por la propia persona con discapacidad.

Con respecto a la oposición del Ministerio Fiscal, su misión en este expediente es la de constituirse en garante de los derechos de la persona con discapacidad, por lo que podrá utilizar este cauce para poner de manifiesto lo que mejor considere para la misma, sin olvidar que el artículo 749.1 párrafo 2º establece la obligación de velar, a lo largo de todo el procedimiento, por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos. En este sentido, la Ley 8/2021 ha eliminado cualquier referencia al «interés superior del discapacitado».

Se ha cuestionado la ausencia de regulación en la reforma del principio del superior interés de la persona con discapacidad²¹, principio que ha estado ciertamente muy presente en la jurisprudencia anterior a la reforma²². No hay ninguna referencia a este principio en el texto de la reforma, precisamente porque la médula del paradigma en esta materia es precisamente el principio del respeto a la voluntad de la persona con discapacidad. Se trata de evitar abusos que, bajo el paraguas de dicho principio, pudieran cometerse sobre la base del juicio de un tercero que

21. Lo refiere expresamente SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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 de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5, octubre-diciembre 2020, p. 420.

22. La STS (Sala de lo Civil) núm. 635/2015, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4711). En similares términos, la STS 596/2017, de 8 de noviembre, (ECLI:ES:TS:2017:3925) mantenían que el interés superior de la persona con discapacidad constituía el elemento rector de la actuación de los poderes públicos, considerando que tal superior interés «no es más que la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud 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 su cuidado».

presuma saber qué es lo que necesita la persona²³ aunque no cabe duda de que, en determinados supuestos, dicho principio deberá ceder en favor de este último, siempre y cuando se produzca una colisión de derechos, o cuando sea imposible la determinación de la voluntad de aquella²⁴.

Con respecto a la oposición de cualquiera de los interesados en el expediente de jurisdicción voluntaria que son citados a la comparecencia, la pregunta es obligada; ¿con el término «interesados» está haciendo referencia la LJV a alguien diferente de los propios legitimados para iniciar el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 42 bis a 3) o podemos equiparar «interesados» a «legitimados»?

La pregunta no es baladí, puesto que el curador propuesto no es parte legitimada, salvo que coincida con uno de ellos, pero puede tener interés en oponerse al expediente. Por otro lado, el artículo 3 LJV prevé, con carácter general que en los expedientes de jurisdicción voluntaria puedan intervenir los titulares de derechos o intereses legítimos. A nuestro juicio, debemos hacer una interpretación restrictiva del término interesados en este caso por dos razones; por un lado, porque el propio artículo 42 bis b) equipara interesados a legitimados en su punto 2 y; por otra, porque permitir la oposición a cualquiera que pueda tener un interés legítimo puede convertirse en una posibilidad muy fácil de frustrar el expediente, con las complicaciones procesales que ello acarrea²⁵. A mayor abundamiento, no hay que olvidar que la propia legitimación para iniciar el expediente, regulada en el artículo 42 bis a) 3 LJV, resulta ser especialmente amplia, de manera que pueden plantear oposición el cónyuge no separado de hecho o legalmente, ascendientes, descendientes, y hermanos de la persona con discapacidad, con independencia de la cercanía física y emocional que tengan con la misma.

Con respecto al planteamiento de la oposición de la persona con discapacidad, quizá sea este el supuesto que más colisión puede plantear con el principio referido del respecto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. El artículo 268 CC establece que las

-
23. PEREÑA VICENTE, M., «Protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias*. (Dir. PEREÑA VICENTE, M. Coord. DÍAZ PARDO, G y NUÑEZ NUÑEZ, M). Madrid, 2018, pp. 137-140, considera que «es esencial consagrar el interés superior de la persona protegida como estándar de actuación junto a la voluntad, y ello con la doble función: como criterio secundario de actuación y como criterio moderador o límite de la voluntad claramente manifestada».
24. En estos casos, incluso antes de recurrir al citado principio, habrá que intentar averiguar la trayectoria vital de la persona para poder tomar una decisión de acuerdo al principio de respeto a los deseos y la voluntad de la misma (art. 249, párrafo 3º CC).
25. Es de la opinión contraria GARCIMARTÍN MONTERO, R. *Op. cit.* p. 92.

medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que la precise, respetarán la máxima autonomía y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. De esta manera, la intervención del órgano jurisdiccional se debe limitar, en principio, a refrendar los deseos y preferencias de la persona. Por lo tanto, si el juzgador no atiende a este criterio, la resolución que dicte podría ser objeto de un recurso de apelación con importantes posibilidades de prosperar.

Ahora bien, es la propia ausencia de la voluntad de la persona con discapacidad o su insuficiencia, como establece el artículo 249 CC, la que condiciona la intervención judicial en materia de provisión de apoyos y la que condiciona la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional, de manera que interpretando este mandato legal, cabe la situación de que, aunque la voluntad de la persona sea la de no recibir esos apoyos, ésta pueda ser calificada de insuficiente por el propio órgano jurisdiccional.

Desde la redacción del artículo 12 de la Convención, se ha venido cuestionando si este precepto eleva a la categoría máxima el principio del respeto a los deseos y preferencias de la persona, de manera que supedita la intervención judicial a la voluntad de la persona con discapacidad. El propio artículo 12 no lo establece expresamente, pero la Observación n.º 1 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad, en la interpretación del artículo 12, considera que la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento²⁶.

Sin embargo, nuestro legislador ha optado por apartarse del principio del respeto a la voluntad de la persona con discapacidad, dejando a su discrecionalidad las causas y las condiciones por las cuales debe considerar que la voluntad de la persona con discapacidad es insuficiente y entrando a decidir sobre los apoyos que necesita.

¿Tiene que ver con la gravedad de las limitaciones psíquicas de la persona? ¿O tiene que ver con un juicio de ponderación entre las limitaciones y los derechos e intereses del resto de personas? ¿O se trata de una combinación de ambas? En principio, aunque pudiera pensarse que la intervención jurisdiccional en caso de insuficiencia de voluntad se va a producir cuando se deban afrontar las más radicales decisiones en materia de protección de las personas con discapacidad; esto es, en los casos

26. Observación general n.º 1 (2014) realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley CRPD/C/GC/1. Artículo 12, párrafo 29, g).

de limitaciones más graves²⁷, lo cierto es que la intervención jurisdiccional dotando de apoyos pese a la voluntad en contra de la persona no se circunscribe a esos casos graves, como pudiera ser un estado de coma, o un Alzheimer en grado avanzado, sino que puede extenderse a casos en los que, pese a no ser una limitación grave de la voluntad de la persona, dicha limitación interfiere con el bien social o los derechos de los demás ciudadanos.

Es este el supuesto de hecho sobre el que se pronuncia la primera sentencia del TS 589/2021, de 8 de septiembre que, por primera vez, aplica la nueva normativa en la materia²⁸, ya que la persona en cuestión padecía el síndrome de Diógenes que, sin ser un trastorno que afecte gravemente a la voluntad con carácter general, sí lo hace con carácter particular respecto de las condiciones higiénicas de su persona y de la vivienda en la que habitaba. Ratificó el Tribunal Supremo las medidas de apoyo adoptadas por los tribunales de instancia, aunque sin hacer referencia a la insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad, clave, a nuestro juicio, para poder apartarse de principio del respeto a los deseos y preferencias de ésta.

En efecto, es esta la única interpretación posible para entender la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda oponerse a la dotación de apoyos, y dicha oposición cierre la vía de la jurisdicción voluntaria y deje abierta la del proceso contencioso. Y es que será en la jurisdicción contenciosa donde se analizará si esa voluntad es suficiente o no es suficiente, de manera que nos topamos de nuevo con un largo periplo judicial para determinar los apoyos.

Otra de las cuestiones no resueltas en el nuevo expediente de jurisdicción voluntaria es el momento procesal para plantear la oposición. Ante el silencio del artículo 42 bis, la regla general respecto de la oposición es la que procede aplicar en este momento. El artículo 17.3, párrafo 2º LJV prevé un plazo de cinco días a contar desde el día siguiente de la citación a la comparecencia. Y resulta ser el plazo más conveniente para evitar tener que tramitar todo el expediente hasta llegar a la comparecencia y que se formule en ese momento la oposición, puesto que, si esa oposición supone el fracaso de la jurisdicción voluntaria, desde luego se habrá invertido demasiado tiempo para tener que repetir de nuevo todos los trámites procesales en la jurisdicción contenciosa. Piénsese, por ejemplo, en

27. LÓPEZ YAGÜES, V. y CALAZA LÓPEZ, S. Comentario al artículo 43 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en *Comentarios a 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* (dirs. GARCÍA RUBIO, M.P. y MORO ALMARAZ, M. Madrid, 2022 (en prensa).

28. STS 589/2021, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3276).

la solicitud de certificación registral, o la solicitud de informe a la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia para informar sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial. Asimismo, se puede ordenar la emisión de un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso. Todos estos trámites, atendiendo al principio de economía procesal, pueden ser evitados si la oposición se hace en el plazo consignado en el artículo 17.3 LJV. El problema se plantea en la naturaleza de dicho plazo: si bien el citado precepto establece que «deberá» formularse la oposición en cinco días, y la carga procesal puede ser ajustada para diferentes tipos de expedientes de jurisdicción voluntaria, dudamos que la preclusión procesal pueda ser de aplicación al expediente de provisión judicial de apoyos, puesto que la naturaleza del mismo tiene una idiosincrasia diferente al resto de expedientes. De esta manera, entendemos que la oposición puede formularse en cualquier momento, pero para evitar esa duplicidad de trámites a los que nos referíamos anteriormente, el letrado de la Administración de Justicia deberá establecer en la citación, el plazo de cinco días, aunque no sea de obligado cumplimiento.

B) Imposibilidad de resolver el expediente

La oposición no es la única llave que abre el proceso contencioso, sino que también la imposibilidad de resolver el expediente de jurisdicción voluntaria puede determinar la posibilidad de acudir al proceso contencioso, tal y como pone de manifiesto el artículo 756.1 LEC.

Esta posibilidad, introducida en la ley en fase de enmiendas constituye una incógnita difícil de resolver. Si atendemos a los trámites parlamentarios, la enmienda fue introducida por el grupo parlamentario plural, entendiendo que era necesaria la introducción de tal inciso puesto que no se podía prejuzgar que el acceso al procedimiento de la ley de enjuiciamiento civil tenga que basarse necesariamente en la oposición de alguna de las partes, pues pueden darse otras circunstancias que lo hagan necesario, poniendo como ejemplo, la imposibilidad de contar con la voluntad de la persona con discapacidad²⁹.

29. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura. Serie A, n.º 27-2, 18 de diciembre de 2020, p. 258.

Nos parece muy desafortunada esta inclusión puesto que, por una parte, es tanta la ambigüedad del legislador que sólo acudiendo a los trámites parlamentarios puede averiguarse la verdadera intención de este, ya que, de otra forma, será imposible que un juez de instancia entienda que en casos de discapacidad cognitiva grave en la que esté anulada por completo la voluntad de la persona es uno de los supuestos que no permite continuar adelante con el expediente de jurisdicción voluntaria.

De esta manera, consideramos que no tendrá recorrido legal alguno esta previsión legal. Pero si así fuera, y debiera haberlo dicho el legislador expresamente, ello significaría, junto con los casos en los que hay una insuficiencia de la voluntad, la ausencia de la misma determina que es necesario acudir al proceso contencioso. En estos casos, la redacción legal es además totalmente incorrecta, ya que no es que «*el expediente no haya podido resolverse*», es que ni siquiera se debería poder empezar, porque los casos en los que hay ausencia de voluntad de la persona con discapacidad son ciertamente manifiestos desde la aportación de los «*documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso*», que el artículo 42 bis b) 1 exige acompañar a la solicitud.

Si este último inciso es interpretado de la forma en la que fue incluido en la norma, la primera conclusión a la que podemos llegar es que el juez en el expediente de jurisdicción voluntaria no decide prácticamente nada, ya que solamente intervendrá en supuestos de pleno consenso, incluido el consenso de la persona con discapacidad, cuya voluntad de aceptar los apoyos no es soslayable por el órgano jurisdiccional. Su única decisión será la referente al nombramiento de la persona concreta sobre la que debe recaer el cargo de curador. Esto nos lleva a concluir que, aunque anteriormente aplaudíamos la decisión del legislador de elegir el cauce preferente de la jurisdicción voluntaria, realmente, y aludiendo a la famosa expresión gatopardista, «todo ha cambiado para que no cambie nada»³⁰, puesto que con anterioridad a la Ley 8/2021, ya la LJV atribuía a la jurisdicción voluntaria la posibilidad de nombrar el tutor o curador cuando no había sido nombrado en el ámbito del proceso contencioso. No hay, por tanto, novedad alguna en el ámbito procesal³¹.

30. Expresión que también utiliza CALAZA LÓPEZ. S. «La justicia civil...», *cit*, p. 3.

31. En este sentido, podía haberse atribuido la competencia para conocer de estos expedientes al letrado de la Administración de Justicia, tal y como opina ROCA MARTÍNEZ. J. «sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: dualidad proceso contencioso-expediente de jurisdicción voluntaria». *La reforma civil y procesal...cit*. p. 600.

2.2.2. *Derivación al proceso contencioso*

La ausencia de litigio supuso, antes de 2015, un criterio fundamental a la hora de delimitar de forma sustancial los actos de jurisdicción voluntaria respecto de los actos de jurisdicción contenciosa. Sin embargo, la LJV de 2015 cambió radicalmente dicha concepción, de manera que la propia esencia de la jurisdicción voluntaria ha cambiado; no se trata ya necesariamente de un procedimiento en el que no exista contienda entre las partes, sino que puede existir conflicto entre ambas sin que se desnaturalice su consideración de voluntaria. Así, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto (art. 17.3, párrafo 2º LJV).

La Ley 8/2021 ha previsto, como venimos reiterando a lo largo de todo el trabajo, la conversión en contencioso del expediente de provisión de apoyos de carácter estable cuando haya oposición o cuando no haya podido resolverse el expediente. La singularidad en este aspecto es que, a diferencia del resto de expedientes en los que la transformación en contencioso se hace de oficio por el propio letrado de la Administración de Justicia, en materia de provisión de apoyos, no existe tal transformación, sino lo que prevé la norma es un sobreseimiento del expediente, dejando expedita la jurisdicción contenciosa para que se interponga la correspondiente demanda.

En todos los supuestos en los que la oposición convierte en contencioso el expediente; esto es, extinción de poderes preventivos o remoción del tutor o curador, de forma automática, el letrado de la Administración de Justicia cita a las partes a una vista del juicio verbal y continua la tramitación por el proceso contencioso (arts. 39, 47 y 49 LJV).

Sin embargo, en el expediente de provisión de apoyos, la mutación del expediente de jurisdicción voluntaria a proceso contencioso no se produce de oficio, sino que queda al albur de la correspondiente interposición de la demanda por las partes legitimadas.

Esto sin duda, retrasa, dificulta y entorpece la agilidad que debe presidir un cauce procesal para dotar de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica. Es cierto que deberá ser el Ministerio Fiscal el que interponga la demanda, atendiendo a la obligación establecida en el artículo 757.2 LEC, pero también aquel tiene la obligación de respetar los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y si la oposición ha sido precisamente de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, estaríamos poniendo al Ministerio Fiscal, como coloquialmente se dice, entre la espada y la pared.

Por otro lado, la LEC no dispone plazo alguno para interponer la correspondiente demanda, lo que contribuye a alargar sin duda todo el trámite de provisión de apoyos. Aunque el artículo 42 bis b) establece la posibilidad de adoptar medidas cautelares para asegurar esa situación interina entre expediente de jurisdicción voluntaria y proceso contencioso, lo cierto es que dichas medidas cautelares están condicionadas a la interposición de la correspondiente demanda en el plazo de 30 días, pasados lo cuales, si no se ha interpuesto la mismas, las medidas se alzan y el proceso queda sin abrir. GARCIMARTÍN MONTERO³² apunta a que cabe la posibilidad de que, pasado un tiempo excesivo desde el archivo del expediente, el juez inadmita a trámite la demanda, aunque realmente no existe criterio legal alguno para inadmitirla.

El control de la subsidiariedad es otro de los obstáculos con el que nos tropezamos a la hora de tramitar la dualidad jurisdicción voluntaria/jurisdicción contenciosa. No hay previsión alguna en el proceso contencioso de aportación de justificación de la oposición, por lo que se puede burlar fácilmente la previa vía de la jurisdicción voluntaria, fraudulentamente, acudiendo directamente a la jurisdicción contenciosa. Aunque en la mayoría de los supuestos, el juez competente para la jurisdicción voluntaria va a ser el mismo que para la jurisdicción contenciosa ya que la norma que se establece en la LEC es una de carácter funcional (art. 756.2 LEC), en un número considerable de casos, aquellos en los que la persona a la que se refiera la «solicitud» –la LEC habla indistintamente de demanda y de solicitud en esa especie de barniz de jurisdicción voluntaria que ha querido darle el legislador de la Ley 8/2021– haya cambiado de residencia en cuyo caso, será otro juez completamente distinto que no sabrá si se ha celebrado fallidamente antes un expediente de jurisdicción voluntaria.

Otra forma de burlar la provisión de apoyos es la «puerta de atrás» regulada por el legislador en el artículo 42 bis b) 3 y 4 LJV, ya que prevén dichos preceptos que durante la entrevista entre la persona con discapacidad y el juez que debe tener lugar en la comparecencia éste informará acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente. Se puede utilizar esta vía para que la persona con discapacidad que no quiera ningún tipo de apoyos opte por manifestar su voluntad de recurrir a alternativas de apoyo; de esta manera, finaliza el expediente

32. *Op. cit.* p. 105.

sin que se acuda al proceso contencioso y posteriormente, no se otorga la correspondiente escritura pública que contenga la provisión del apoyo. No hay manera de controlar esta opción.

Por otro lado, si, iniciado un expediente, se manifiesta oposición por alguno de los interesados y se cierra el mismo, a la espera de que alguno de los legitimados interponga la correspondiente demanda en un proceso contencioso, y el interesado otorgase documento público de dotación de apoyos en ese lapso temporal, el órgano jurisdiccional del proceso contencioso, tras recabar la certificación pertinente del Registro, procederá a sobreseer el proceso. Pero hay que advertir que, en sede de proceso contencioso, es más difícil encajar un sobreseimiento dado el carácter indisponible del objeto de los llamados procesos no dispositivos entre los que se encuentra el proceso de provisión de apoyos. Entendemos que procedería la aplicación en estos casos del artículo 22.1 LEC respecto de la satisfacción extraprocesal de la pretensión.

Como última cuestión con relación a la utilización del proceso contencioso para dirimir cuestiones controvertidas surgidas en el expediente de jurisdicción voluntaria, surge la necesidad de interpretar las disposiciones generales en materia de jurisdicción voluntaria, respecto de dos previsiones legales.

El artículo 20.2 LJV regula, con carácter general, el recurso de apelación frente a las resoluciones definitivas dictadas por el Juez en los expedientes de jurisdicción voluntaria que podrá ser interpuesto por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella, conforme a lo dispuesto en la LEC.

Esto significa que, en este momento procesal, nos vamos a encontrar con una oposición –puesto que el recurso de apelación consiste efectivamente en una oposición a la resolución dictada en el expediente– que se va a tramitar directamente a través de un proceso contencioso ante un tribunal superior, siendo característico de esta segunda instancia en este tipo de procesos que deba repetirse toda la práctica de la prueba (art. 759.4 LEC). De esta manera, puede ser conveniente en algunos casos que, para evitar la dualidad jurisdicción voluntaria/jurisdicción contenciosa ante el mismo juez, esperemos a plantear recurso de apelación y así, esa necesaria derivación al proceso contencioso se produce a través del recurso de apelación y ante la Audiencia Provincial. Puede que el coste procesal sea igual, puesto que es necesaria en esta fase la intervención preceptiva de abogado y procurador, pero probablemente acortemos el tiempo de respuesta, saltándonos un paso en la tramitación. Esta estrategia, no obstante, debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 19.4 LJV que,

regula, con respecto a la especial configuración de la cosa juzgada en los expedientes de jurisdicción voluntaria, la posibilidad de incoar un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria. Nos planteamos si, después de celebrado un expediente de jurisdicción voluntaria, y tras la oportuna interposición del recurso de apelación o no, es posible acudir de nuevo al proceso contencioso para que sea a través de este proceso cuando el juez dirima la cuestión con fuerza de cosa juzgada, efecto que, por otra parte, resulta bastante aminorado en este tipo de procedimientos. Al respecto, ROCA MARTÍNEZ³³ considera que esta opción sigue siendo posible y así debería ser, pero tal y como está redactado el proceso contencioso tras la reforma de la Ley 8/2021, puede resultar ciertamente complicado que se admita a trámite una demanda de estas características, ya que el artículo 756.1 LEC condiciona la derivación al proceso contencioso a que sea pertinente el nombramiento de curador, curador que estará nombrado si de revisar el expediente se trata.

Son defectos de la regulación procesal que condicionan mucho la realidad forense y que serán los tribunales, como en otras muchas ocasiones, los que deban ir conformando el régimen procesal. Una vez más, la seguridad jurídica queda en entredicho.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 junio y su entrada en vigor el 2 de septiembre de 2021, son muchos los procesalistas y estudiosos en la materia que estamos poniendo sobre la mesa la ligereza y el poco arrojo del legislador en lo que se refiere a la reforma de carácter procesal. Uno de los principales caballos de batalla es el peregrinaje jurisdiccional para la dotación de apoyos de carácter estable a la persona con discapacidad. La apuesta por la elección de la jurisdicción voluntaria como cauce preferente y la relegación de la jurisdicción contenciosa para los supuestos controvertidos queda absolutamente desdibujada cuando se atiende a la forma en la que el legislador plantea dicha subsidiariedad. No se han dejado claros los supuestos que deben dar lugar al abandono de la jurisdicción voluntaria, la forma en cómo se articula la técnica monitoria utilizada dificulta la agilidad del procedimiento en si, lo normativa adolece de lagunas imperdonables y resulta cuestionable la aplicación del principio medular que trae causa de la inexorable adecuación a la Convención de

33. ROCA MARTÍNEZ, J. *Op. cit.*, p. 599.

los Derechos de las Personas con Discapacidad como es el principio del respeto a los deseos, preferencias y voluntad de la persona con discapacidad. Si a eso le añadimos la diferente regulación en materia de dotación de apoyos de carácter ocasional, aunque recurrente con el nombramiento del defensor judicial, que se mantiene intacto tras la reforma, ello explica el escaso compromiso del legislador por una humanización de la justicia que permita a las personas con discapacidad el acceso a la misma para conseguir los apoyos que necesita para un ejercicio de la capacidad jurídica que le mantenga en situación de igualdad con el resto de personas.

Desde la humilde y precaria posición del investigador en la materia, a través de las líneas precedentes, hemos querido sugerir, proponer o simplemente poner de manifiesto las diferentes posibilidades procesales para lograr una mejor justicia para todos y con todos.

V. BIBLIOGRAFÍA

BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la Jurisdicción Voluntaria». *Derecho, Justicia, Universidad, Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos* (Coords. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I y VEGAS TORRES, J). Vol. I. Madrid, 2016.

BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York». *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad* (Dir. BANACLOCHE PALAO, J). Cizur Menor, 2020.

BLANDINO GARRIDO, A., «El defensor judicial de la persona con discapacidad». *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Barcelona, 2022.

CALAZA LÓPEZ, S., «Una nueva jurisdicción voluntaria de personas y de familia», en *Práctica de Tribunales*, n.º 116, septiembre-octubre 2015.

– «La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad», en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*. La Ley Derecho de Familia n.º 31, julio-septiembre.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «La delimitación judicial de la capacidad de obrar. Necesarias reformas procesales para garantizar el acceso a la

- justicia de las personas con discapacidad cognitiva», en *El acceso a la justicia* (Coord, ROCA MARTÍNEZ, J). Valencia, 2018.
- «El alcance de la intervención jurisdiccional con relación al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad». *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021 de 2 de junio junio* (Dir. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y QUESADA SÁNCHEZ, A. Coord. RUIZ-RICO RUIZ, J.M.). Barcelona, 2022.
- DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 780.
- FÁBREGA RUIZ, C., «Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el proyecto de ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política* (Dir. MUNAR BERNAT, P.A). Madrid, 2021.
- GARCÍA RUBIO, M.^a PAZ., «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *SEPIN*, junio 2021.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad*. Cizur Menor, 2021.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., «Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Práctica de Tribunales*, n.º 141, noviembre-diciembre, 2019.
- LÓPEZ DE LUIS, R., «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad». *In Dret*, 2-2020.
- LÓPEZ YAGÜES, V. y CALAZA LÓPEZ, S., «Comentario al art. 43 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Comentarios a 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*. Madrid, 2022.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad». *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 199-225.
- MARTÍN AZCANO, E., «El defensor judicial de la persona con discapacidad». *El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad*

tras la Ley 8/2021, de 2 de junio (Dirs. PEREÑA VICENTE, M. HERAS HERNÁNDEZ, M, COORD. NUÑEZ NUÑEZ.M). Valencia, 2022.

MARTINEZ PUJALTE, A.L., «A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Número 42 (2020), p. 246.

PALLARÉS NEILA, J., «Quién, qué y por qué: El estándar de intervención en el Proyecto de Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, n.º 10, Sección *Persona y derechos/A fondo*, septiembre 2020, La Ley Digital 12798/2020.

PALACIOS GONZÁLEZ, D., «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica». *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, (Dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. Madrid, 2021.

PEREÑA VICENTE, M., «Protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias*. (Dir. PEREÑA VICENTE, M. Coord. DÍAZ PARDO, G y NUÑEZ NUÑEZ, M). Madrid, 2018.

PÉREZ BUENO, L.C., «La incidencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el derecho español». *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*. Cizur Menor, 2018.

QUESADA SÁNCHEZ, A.J., «Los arts. 199 y 200 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006: posibles modificaciones de interés». *Revista de Derecho de Familia*, 82, enero-marzo 2019.

RECOVER BALBOA, T., «La igual capacidad jurídica y los apoyos a la toma de decisiones: una reforma inaplazable». *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*. Cizur Menor, 2020.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La guarda de hecho. Características básicas y condiciones de funcionamiento. Supuestos posibles de guarda de hecho». *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Barcelona, 2022.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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 de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5 octubre-diciembre 2020.

SANCHO GARGALLO, I., «Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y los apoyos necesarios para su ejercicio», en *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias*. (Dir. PEREÑA VICENTE, M. Coord. DIAZ PARDO, G. y NUÑEZ NUÑEZ, M.). Madrid, 2018.

VEGAS TORRES, J., «La adopción judicial de las medidas de apoyo a la persona con discapacidad». *El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Dir. PEREÑA VICENTE, M. HERAS HERNÁNDEZ, M, Coord. NUÑEZ NUÑEZ, M). Valencia, 2022.

Capítulo IX

Los ajustes del procedimiento en el proceso civil en la intervención como parte y como testigo de las personas con discapacidad

SARA DÍEZ RIAZA

*Profesora Propia Ordinaria (Catedrática) de Derecho Procesal
Universidad Pontificia Comillas. ICADE*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO Y ORIGEN NORMATIVO DE LOS AJUSTES DE PROCEDIMIENTO. III. PRINCIPALES «AJUSTES EN EL PROCEDIMIENTO» ADOPTADOS POR LA REFORMA DE LA LEC EN RELACIÓN CON LA INTERVENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PROCESO. 1. *Ajustes de carácter general*. 1.1. Comparecencia en juicio y representación. 1.2. Ajustes para personas con discapacidad. 1.2.1. Apoyos a la comprensión. 1.2.2. Apoyos a la comunicación. 1.2.3. Otros apoyos. 1.2.4 Omisiones en cuanto a su regulación. 2. *Ajustes en determinados procesos*. 2.1. Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores. 2.2. Pruebas preceptivas en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. 2.3. Toma de declaración en los procesos matrimoniales. IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL FACILITADOR JUDICIAL. 1. *La figura del facilitador judicial*. 2. *¿Quién ha de retribuir al facilitador judicial?* V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de nuestro análisis se centra en concretar las medidas que se van a adoptar en el proceso civil para que la intervención de las personas con discapacidad sea en el mismo plano de igualdad que el resto de las personas que intervienen en él, ya sean como partes, ya sean como testigos.

Poco antes de salir publicada 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, un Letrado de la Administración de Justicia advertía que no puede comprenderse la condición humana sin el concepto de discapacidad pues nos encontramos en presencia de una nota general que, de forma transitoria o permanente, acontece en nuestras vidas y supone un cambio en la manera en que nos relacionamos con la realidad¹. Ante tal afirmación de la que nos hacemos eco, sería absurdo volver la mirada hacia otro lado y no poner todos nuestros esfuerzos en conseguir que el proceso realice todos los ajustes necesarios para conseguir una intervención plena para las personas con discapacidad, equilibrando la balanza cuando existen factores físicos o psíquicos que colocan a muchas personas que lo padecen en situación de desventaja.

Por lo expuesto, es necesario que analicemos en primer lugar qué son los ajustes de procedimiento y dónde aparecen regulados por primera vez en el plano internacional para luego concretar aquellos que han sido recogidos en la legislación procesal nacional a través de la última reforma producida en materia de discapacidad.

Sentimos que el legislador no ha tenido muy en cuenta las diferentes formas de discapacidad, pues establecer ajustes generales no va a dar una solución eficaz a la casuística que se va a inferir de estas situaciones, por ello, habrá que ir caso a caso e ir creando usos forenses que den un cauce satisfactorio a las diferentes necesidades que se vayan generando.

Todo ello nos llevará a analizar una figura bastante desconocida por el momento dentro del proceso que es el facilitador judicial, implantada desde hace tiempo en otros países y que ha sido adoptada por nuestro ordenamiento, aunque sin dotación presupuestaria, por lo que no le auguramos mucho futuro, salvo la buena predisposición de algunas administraciones autonómicas y el desembolso de aquellas partes procesales que puedan permitirselo.

1. PEREA, A. «Discapacidad y proceso: por una regulación inclusiva», *Expansión*, 19 de febrero de 2020, disponible en <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/02/19/5e4d6bcbe5fdeaac688b45e9.html>.

Veremos, por tanto, la importancia de los ajustes de procedimiento para equilibrar la balanza y colocar en un plano de igualdad a todos los que los necesiten cuando acudan al proceso.

II. SIGNIFICADO Y ORIGEN NORMATIVO DE LOS AJUSTES DE PROCEDIMIENTO

Lo primero que hemos de interrogarnos es: ¿qué son los ajustes de procedimiento?, según DE ASIS², son medidas para satisfacer el acceso a la justicia en igualdad de condiciones y para facilitar el desempeño de las funciones que derivan de la participación, directa o indirecta, en los procedimientos judiciales. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas va un poco más allá, añadiendo un significado ontológico de lo que debe entenderse por ajustes de procedimiento y así se refiere a ellos como el «medio para hacer valer efectivamente el derecho a un juicio imparcial y el derecho a participar en la administración de justicia, y son un elemento intrínseco del derecho de acceso a la justicia»³.

Las clases de discapacidad son cinco, según la clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF)⁴: La primera, la discapacidad física, que engloba alteraciones corporales que dificultan el movimiento y/o motricidad, restringiendo la actividad y participación en las actividades cotidianas, la segunda, la discapacidad mental, referida a las alteraciones en la conducta adaptativa, con afectación de las facultades mentales y las estructuras neurológicas, la tercera la discapacidad intelectual, que es la referida a las alteraciones en la función intelectual, significativamente por debajo del promedio, dificultando la comprensión y/o respuesta ante distintas situaciones de la vida diaria, la cuarta, la discapacidad sensorial que es la que se relaciona con las estructuras sensoriales, puede ser auditiva, visual o afectar a otros sentidos y la quinta y última, la pluridiscapacidad, que es aquella condición que combina varios

2. En «Sobre ajustes de procedimiento y acceso a la justicia», *Huri-Age, Red tiempo de los derechos*, n.º 6, año 2020, p. 2. *Vid.*, asimismo, de este mismo autor, ASIS ROIG, R. «Acceso a la justicia: Ajustes de procedimiento en las personas con discapacidad», en LORENZO GARCÍA, R. y CAYO PÉREZ, L. (Dirs.) *Nuevas fronteras del derecho de la discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.
3. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, «Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», Consejo de Derechos Humanos 37.º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018 A/HRC/37/25.
4. Se puede consultar este documento en la siguiente web; <https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf> [última consulta: 15/01/2022].

tipos de discapacidad, frecuentemente presentando déficit en el desarrollo psicomotriz y/o sensorial, así como otros problemas de salud.

En atención a esta clasificación nos debemos interrogar también qué clases de ajustes deben adoptarse en los Tribunales. Para ello podríamos centrarnos en las categorías que ya existen, unos que estén destinados a suprimir las barreras físicas de accesibilidad a los órganos judiciales (ajustes universales) y otros destinados a facilitar el que la persona con discapacidad pueda entender lo que está ocurriendo y otros destinados a que puedan hacerse entender sobre lo que se les recaba en su declaración, ya sean como partes o como testigos (ajustes de procedimiento). Entre unos y otros se encuentran los ajustes razonables que están recogidos en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y que se concreta en «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales»⁵. Como indica FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «a diferencia de los ajustes razonables, los ajustes de procedimiento no están limitados por el concepto de carga desproporcionada o indebida»⁶.

Nuestro estudio se ha de centrar en estos últimos, sobre los cuales diferentes tribunales ya se han manifestado, en la mayoría de los supuestos referidos a los procesos penales cuando comparece una persona con discapacidad. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que cuando una persona tiene una discapacidad, el procedimiento penal debe organizarse adoptando medidas para promover su capacidad de comprender y participar en el proceso⁷.

El concepto de entender y hacerse entender para una persona con discapacidad es clave y en el ámbito del proceso penal el Tribunal Constitucional⁸

5. Para comprender la diferencia entre unos y otros *Vid.* DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, n.º 151, julio-agosto 2021.

6. En «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del Letrado de la Administración de justicia, conforme a la Ley 8/2021». *Revista Acta Judicial*, 2022, n.º 9, p. 12.

7. *Vid.* SSTEDH, caso Adamkiewicz c. Polonia, n.º 54729/00, § 70,2 de marzo de 2010 (TEDH 2010, 41), caso Panovits c. Chipre, n.º 4268/04, § 67, 11 de diciembre de 2008; V. c. el Reino Unido [GC], n.º 24888/94, § 86; y caso T. c. el Reino Unido [GC], n.º 24724/94, § 84, 6 de diciembre de 1999-. (TEDH 1999, 76).

8. Las SSTC 10/2014, de 27 de enero (FJ 4) y la 77/2014 de 22 mayo (FJ 2): en relación con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a las personas con

y el Tribunal Supremo han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema. Así el Tribunal Supremo manifiesta que la identificación de una situación significativa de vulnerabilidad que suponga una limitación de las condiciones de inteligibilidad de las fórmulas de desarrollo del proceso obliga también a adaptar todo el conjunto de comunicaciones, requerimientos, notificaciones y cualquier forma de conminación que se dirija a la persona investigada o acusada vulnerable. Sin perjuicio de la cada vez más imperiosa necesidad de introducir un modelo de lenguaje plano en el modelo comunicativo del sistema de justicia, cuando se detectan circunstancias personales que afectan al nivel general de inteligibilidad, los deberes de ajuste obligan de manera incuestionable a superarlos, en la que por primera vez se abordan, en clave constitucional, los problemas de receptividad e inteligibilidad en la transmisión de la información procesal y su proyección en el desarrollo del proceso penal en supuestos o contextos de vulnerabilidad⁹.

Antes de detenernos en las modificaciones que se han producido en nuestro ordenamiento por la Ley 8/2021, hemos de fijar nuestra atención en aquellos instrumentos normativos de carácter internacional de los que trae causa. En primer lugar, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y en concreto en su artículo 13 sobre el acceso a la justicia que dispone:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso

discapacidad, declara que, desde la perspectiva del artículo 10.2 CE, cobra una especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que parte como principio de «la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso». El artículo 2 de esta Convención prohíbe todas las formas de discriminación de estas personas, entre ellas «la denegación de ajustes razonables», entendiéndose por estos «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». Respecto del derecho de acceso a la justicia, el artículo 13.1 de la Convención establece que «los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares».

9. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), Sentencia núm. 695/2021 de 15 septiembre. RJ 21, 4710.

mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, *los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.*

Este artículo 13 de la CDPCD como señala DE LORENZO, de manera muy gráfica, implica un aldabonazo en los sistemas judiciales internos pues configura «el acceso a la justicia de las personas con discapacidad» como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten sin discriminación alguna, la utilización del servicio público de la Justicia para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos en igualdad con los demás, mediante los apoyos personales o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito¹⁰.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013 de 14 de marzo, en su Fundamento Jurídico al referirse a esta Convención, interpreta que «el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9)». Por ello, el Alto Tribunal sigue diciendo que nuestro artículo 24 donde se proclama el derecho a la tutela judicial efectiva debe integrar lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio sobre el Acceso a la justicia.

Posteriormente, se aprobaron las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en la décimo cuarta Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008¹¹ y que, aunque no tienen

10. En «El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad», en *Anales de Derecho y Discapacidad*, n. 4, 2019, p. 1.

11. Sobre este particular *Vid.* DELGADO MARTÍN, J., «Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad». *Herramientas Eurosocial*, n.º 23, 2019.

la misma fuerza vinculante que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, contienen otros criterios que inciden en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de la Justicia, así la regla 34 dentro de las medidas que se han de adoptar en el ámbito procesal señala que «se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas».

Nuestro legislador tenía que adaptarse a las obligaciones que establecía la CDPD a todos los Estados partes, por ello la primera medida que se abordó fue la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y de su Reglamento aprobado por RD 1276/2011, de 16 de septiembre, cuyo fundamento se situaba en el artículo 4 de la Convención, en virtud del cual los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna¹².

El artículo 49 CE que establece un mandato explícito a los poderes públicos, para hacer valer especialmente el disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos contenidos en el Título I entre los que se encuentra el derecho de acceso a la justicia. El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social supone un desarrollo legislativo de este precepto,

Disponible en https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Herramientas_23.pdf [última consulta: 14/01/2022].

12. PACHECO JIMÉNEZ, N., DE LA VEGA ÁVILA, M., MORCILLO MORENO, J., PERALES CASAJUANA, L. A., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ PALOMO, C., FAJARDO MARTÍNEZ, C. M., ÁLVAREZ GARCÍA, H., QUIJADA GONZÁLEZ, C., y GIL PÉREZ, E., *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar*, Tirant lo Blanch, 2019, p 85, insisten que la falta de ajustes razonables para que las personas con discapacidad intelectual puedan participar en el proceso en igualdad de condiciones puede ser contraria a la Resolución de 7 de julio de 2016, sobre la aplicación de la CIPD. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostiene que la Convención de las Naciones Unidas es vinculante para la Unión Europea y para sus Estados miembros, a la hora de aplicar el Derecho de la Unión y el suyo propio, y que tales normas deben ser interpretadas para maximizar los efectos de la Convención (véase, por todas, la STJUE de 11 de abril de 2013, As. Acum. C-335/11 y C-337/11, «HKDanmark»).

reconoce a las personas con discapacidad como un grupo vulnerable, debido al modo en que se estructura la sociedad y su funcionamiento y el artículo 7 sobre el derecho a la igualdad en su apartado tercero, obliga a las administraciones a proteger de manera especialmente intensa el derecho a la tutela judicial efectiva en igualdad de condiciones. Vemos, por tanto, que los ajustes de procedimiento y el acceso a la tutela judicial efectiva es una constante que se repite tanto en el plano internacional como en el plano nacional, al aparecer indisolublemente unidos.

Entre la Constitución y el RD 1/2013 fue aprobada la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, el 16 de abril de 2002 por unanimidad en el Congreso de los Diputados, como proposición no de ley, que dentro del apartado «una justicia que protege a los más débiles» junto con la protección específica a las víctimas de los delitos y a los menores, incorporó previsiones específicas en materia de discapacidad bajo el título «Protección de discapacitados». En ella se contempla lo que se ha venido a llamar «ajustes razonables» que comprende a su vez dos apartados, en el primero, reconoce que el ciudadano con discapacidad física o psíquica podrá «ejercitar con plenitud» los derechos de la Carta y de las leyes procesales, contemplando la comparecencia sólo cuando sea estrictamente necesario y la provisión de los edificios de servicios auxiliares que faciliten el acceso y la estancia. En el segundo de los apartados, prevé el derecho al uso de medios técnicos/intérprete de signos para obtener la información solicitada y la práctica de actuaciones procesales (así, la promoción del uso de medios técnicos –videotexto, grabación sonora, braille– y la comprobación de que el acto de comunicación llega a conocimiento efectivo del destinatario).

La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia fue pionera pues se anticipó tanto al Convenio como a las Reglas de Brasilia, lo que demostraba que había una gran sensibilidad en el tema ya en la ciudadanía, de la que se hicieron eco nuestros representantes y abonaban el camino a seguir en este tema con perspectiva de futuro.

Es necesario también tener en cuenta que el Consejo General del Poder Judicial aprobó *las Guías de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las personas con Discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, en 2011. En esta Guía se refieren a los «ajustes razonables», que no tiene el mismo significado que el de ajuste de procedimiento, al ser más amplio el primero¹³, al igual que lo hace la Carta de los derechos de los ciudadanos

13. La Directiva 2000/78/CE acuñó el término «ajuste razonable» al objeto de favorecer la igualdad real de las personas con discapacidad. Su art. 5 prevé la obligación del empresario de realizar «ajustes razonables», es decir –en palabras de la propia directiva– de adoptar las medidas adecuadas para permitir a la persona con discapacidad

ante la Justicia, y hace alusión a ellos en diferentes momentos, como cuando se refiere a la defensa preventiva de los derechos de las personas con discapacidad, o al tratar la discapacidad derecho de defensa y tutela, o cuando se denunciaba, desde el ámbito contencioso administrativo, la vulneración del artículo 5 de la Convención relacionado el 13, cuando regula la necesidad de «ajustes de procedimiento» en someter a la persona con discapacidad, para poder situarse en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, a cuatro procedimientos diferentes, con sus distintas fases de impugnación y con resultados muchas veces dispares¹⁴.

Diez años después, antes de que se publicara la reforma, se actualizó esta Guía desde el Foro de Discapacidad del Consejo General del Poder Judicial en 2021, llevando ahora por título el de *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*¹⁵, refiriéndose de nuevo a los ajustes «razonables» para hacer alusión a los ajustes de procedimiento para facilitar el acceso a la justicia, como ejemplo en el apartado número 5 referido a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad, al tratar las comparecencias judiciales y las barreras que se encuentran las personas con discapacidad, hace alusión a la indiferencia respecto de la adopción de ajustes razonables para el desarrollo de las audiencias/entrevistas o actos en condiciones de igualdad. Lo más interesante es que consideran que los «ajustes consisten en la adaptación que se realiza en una norma, una práctica, una condición o un requisito para tener en cuenta las necesidades específicas de una persona con discapacidad, con el fin de que esa persona pueda acceder a la justicia plenamente y en condiciones de igualdad en sus tres planos:

- Plano procesal o legal, para participar en los procesos judiciales para defender un derecho propio (demandante, demandado, acusado...)
- Plano físico, para tener plena accesibilidad física a los edificios e instalaciones judiciales
- Plano comunicacional, para recibir la información de forma efectiva utilizando los medios adecuados: sistema Braille, formatos digitales,

acceder al empleo, progresar profesionalmente o recibir formación, salvo que la adopción de tales medidas suponga una carga excesiva para el empresario.

14. En la Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las personas con Discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia, 2011, p. 49.
15. Se puede consultar en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Documentos-de-interes/Guias-y-Protocolos/Guia-de-buenas-practicas-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-con-discapacidad> [última consulta: 11/01/2022].

accesibilidad web, textos de lectura fácil, lenguaje de signos, entre otros la adaptación que se realiza en una norma, una práctica, una condición o un requisito para tener en cuenta las necesidades específicas de una persona con discapacidad»¹⁶.

No hay que olvidar tampoco el Protocolo de los delegados de discapacidad, aprobado por Acuerdo (11.3.º) de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de fecha 6 de abril de 2017¹⁷. Actualmente, hay 17 delegados, uno por cada Tribunal Superior de Justicia. El delegado o delegada de discapacidad es la persona, integrante de la Carrera Judicial, encargada de coordinar, promover e impulsar las actuaciones no jurisdiccionales para la adecuada tutela de los derechos de las personas con discapacidad en los órganos judiciales adscritos a un determinado Tribunal Superior de Justicia. El delegado o delegada deberá recibir la formación necesaria para el adecuado desarrollo de su actividad.

III. PRINCIPALES «AJUSTES EN EL PROCEDIMIENTO» ADOPTADOS POR LA REFORMA DE LA LEC EN RELACIÓN CON LA INTERVENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PROCESO

A continuación, debemos detenernos obviamente en 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 jurídica¹⁸.

Según la exposición de motivos de esta ley ha introducido una modificación que va más allá de las necesarias revisiones terminológicas. Estos ajustes vienen referidos a las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo, no tanto a personas con discapacidad física que afecta a su movilidad.

16. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. (Dir.), *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, CGPJ, Madrid, 2021, p. 289.

17. Se puede consultar en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Documentos-de-interes/Guias-y-Protocolos/Protocolo-de-los-Delegados-de-Discapacidad> [última consulta: 10-1-2022].

18. Sobre las reformas operadas en el ámbito procesal civil sobre la discapacidad *Vid.* VEGAS TORRES, «La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad», en HERAS HERNÁNDEZ, M. M., y PEREÑA VICENTE, M. (Dirs.) NÚÑEZ NÚÑEZ, M., (Coord.) *El Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 35.

1. AJUSTES DE CARÁCTER GENERAL

1.1. Comparecencia en juicio y representación

El *artículo 7 LEC* sin modificar la rúbrica, en el apartado 1 reconoce que podrán comparecer en juicio todas las personas, deroga la referencia a la «plenitud de ejercicio de sus derechos civiles» al desaparecer la capacidad de obrar por ser implícita a todas las personas, pero el apartado dos, además de hacer referencia a los menores no emancipados añade que respecto a «las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas».

Lo que está claro es que esta reforma ha querido deslindar a las personas con discapacidad de los menores que tradicionalmente iban unidos tanto en cuestiones de capacidad de obrar o en las actuaciones preceptivas de los Fiscales en los procesos civiles especiales, al equipararles en tratamiento, aunque son situaciones evidentemente diferentes por ello es necesario diferenciarlos¹⁹.

1.2. Ajustes para personas con discapacidad

Se introduce un nuevo *artículo 7 bis LEC* referido de manera específica a las personas con discapacidad, utilizando la palabra «ajustes» en relación con su comparecencia y actuación en juicio.

En el primer párrafo hace una declaración genérica por la que se llevarán a cabo «las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar la participación de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad», referidas a todos los actos del proceso, en cualquiera de sus fases, incluidos los actos de comunicación.

Podrán ser solicitados los ajustes a instancia de parte, de oficio o por el Ministerio Fiscal, aunque como ya hemos anunciado, la reforma viene sin dotación presupuestaria.

19. Sin embargo, como puntualiza TORIBIOS FUENTES, F., «Comentario a los apartados 1 y 2 del artículo 7 LEC» en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1122, «las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 en este punto, tienen una trascendencia más simbólica que real, pues a la hora de comparecer en juicio nada ha cambiado: quienes no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, precisarán de instituciones para suplirlo. Lo cierto es que ahora la norma acaba diciendo lo mismo que antes, pero mediante un distinto enfoque: ya no hay restricciones posibles, todas las personas podrán comparecer en juicio, bien directamente, bien precisando de concretas instituciones para lograrlo. Se ha reemplazado el sólo podrán por el actual todos podrán».

Y sin establecer ningún catálogo de las medidas que se pueden adoptar, sí que las categoriza, pudiendo estar referidas a «la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno».

En el segundo párrafo del artículo 7 bis LEC se proclama el derecho de las personas con discapacidad a entender y ser entendidas y para ello hace una relación de aquellas medidas que ha de llevarse a cabo para asegurar la eficacia material del derecho reconocido.

La aparición de este derecho para las personas con discapacidad ya había sido formulado en nuestro ordenamiento seis años antes por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que en su art. 4 reconoce que «toda víctima tiene el derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición de una denuncia» y establece una serie de medidas bastante parecidas a las que ha introducido la Ley 8/2021: en concreto, la necesidad de que todas las comunicaciones se realicen en un lenguaje claro y accesible, los apoyos para que la persona pueda hacerse entender, la posibilidad de que esté acompañada por una persona de su elección y, en el artículo 26 la opción de que la toma de declaración se tome por medio de experto²⁰.

1.2.1. Apoyos a la comprensión

Un primer grupo de medidas se establecen para que la persona con discapacidad entienda lo que está ocurriendo en cada momento del proceso, estos son los llamados apoyos a la comprensión²¹.

-
20. DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., «Comentario al art. 7 bis» en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1125-1132, puntualiza que el artículo 7 bis perfecciona las medidas reconocidas en el Estatuto de la víctima del delito, pues especifica en relación con el apartado a), especifica que las comunicaciones con las personas con discapacidad se realicen de manera obligatoria en un lenguaje claro, sencillo y accesible que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades (de apoyo), mencionando la Lectura Fácil. Además, esta autora añade que el concepto de «comunicación» debe considerarse en sentido amplio, entendiéndose que es cualquier comunicación que se realice con la persona en las actuaciones, no limitado a actos de comunicación o notificaciones.
21. ALBERT MÁRQUEZ, M., en «El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», en HERAS HERNÁNDEZ, M. M. y PEREÑA VICENTE, M. (Dirs.) NÚÑEZ NÚÑEZ, M., (Coord.) *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 203, dice que «la accesibilidad cognitiva es un paso imprescindible hacia la comprensión. No la garantiza, pero sí garantiza la posibilidad del

Para ello será necesario el uso de un lenguaje claro²², sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil.

El lenguaje puede convertirse en una herramienta de discriminación y exclusión cuando no es comprensible, cuando no se centra en las necesidades de comunicación de la persona, así lo expresa GARCÍA GARCÍA al tratar lo que ha denominado el derecho a entender el derecho²³.

La LEC hace expresa mención al método de «lectura fácil» que consiste en que aquellos contenidos que han sido resumidos y realizados con lenguaje sencillo y claro, de forma que puedan ser entendidos por personas con discapacidad cognitiva o discapacidad intelectual. Son libros, documentos administrativos y legales, textos informativos, páginas web... que siguen las directrices Internacionales de la IFLA (International Federation of Library Associations and Institutions) y de Inclusion Europe en cuanto al lenguaje, el contenido y la forma²⁴.

Para los que no están familiarizados con este método DE ARÁOZ²⁵, aclara lo que se ha de entender por la lectura fácil y propone algunas pautas y recomendaciones habituales como son:

- Utilizar frases simples, cortas y con una estructura habitual: Sujeto más verbo más complementos.
- Utilizar imágenes sencillas y pictogramas de apoyo al texto, que tengan una relación clara, situadas a la izquierda de cada idea.
- Cada frase debe ocupar una línea. Si no es posible, la frase se cortará por elementos naturales y se dispondrá en varias líneas.
- Evitar oraciones impersonales y pasivas reflejas.

conocimiento. Garantiza que se han superado las barreras que impiden una correcta comprensión por parte de las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial».

22. Sobre la institucionalización del lenguaje claro es interesante el artículo de RAMÍREZ, J. D., PÉREZ, J., y LANNE-LENNE, L., «Lectura fácil y lenguaje claro del acceso a la información al derecho a comprender», Cuadernos de la Guardia Civil n.º 58, 2019. p. 101., donde se ve el desarrollo de esta materia que se ha ido implantando desde finales del siglo pasado.
23. En MADRID CRUZ, M. D. (Dir.), *El jurista y el reto de un Derecho comprensible para todos*, Reus, Madrid, 2021, p. 8.
24. GARCÍA MUÑOZ, O., *Lectura fácil: métodos de redacción y evaluación*, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012, p. 24, dice que la lectura fácil es una adaptación que permite una lectura y una comprensión más sencilla y abarca no sólo el contenido, sino también las ilustraciones y la maquetación.
25. En *Acceso a la Justicia: Ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*. Ed. Plena Inclusión España, Madrid. Diciembre 2018, p. 24 a 27.

- Evitar el subjuntivo o la voz pasiva.
- Evitar signos ortográficos poco habituales (% , & , / ...).
- Evitar abreviaturas, acrónimos y siglas.

1.2.2. *Apoyos a la comunicación*

Un segundo grupo de medidas para que pueda hacerse entender, estos son los llamados apoyos a la comunicación así, la LEC se refiere a la asistencia o apoyos necesarios que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

Siguiendo de nuevo a DE ARÁOZ²⁶ manifiesta que es muy frecuente que las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo necesiten un mayor tiempo que el que necesita la media para poder procesar o elaborar la información, lo que hace necesario que a estas personas se les facilite mayores tiempos de descanso o de reflexión o que sean ellas mismas las que vayan estableciendo los ritmos que necesitan para sostener una conversación. Por ello recopila algunas pautas útiles para comunicarse con personas que tengan dificultades en la comprensión, a saber:

- Utilizar frases sencillas, concretas y cortas.
- No utilizar frases en tercera persona.
- Evitar preguntas que incluyan alguna negación.
- Palabras fáciles.
- Una idea cada vez.
- No hablar rápido.
- No utilizar conceptos abstractos o técnicos.
- Escuchar lo que la persona tiene que decir.
- Dar el tiempo suficiente para que se expresen.
- No interrumpir ni terminar las frases que están diciendo.
- Pedir a la persona que repita con sus propias palabras lo que se le ha dicho/explicado para asegurarnos que nos ha entendido.
- Evitar que la persona tenga que repetir las cosas muchas veces.

26. *Op. cit.* pp. 24 a 25.

- Dar a la persona la posibilidad de decir «no lo entiendo...», diciendo, por ejemplo: «Puedo volver a explicártelo de otra forma...».
- Buscar la presencia de una tercera persona que pueda apoyar a la persona con di (familiar, abogado, persona de apoyo...).
- Reforzar los mensajes importantes.

1.2.3. *Otros apoyos*

Se introduce en el proceso civil la figura del facilitador judicial, que desarrollaremos un poco más adelante, cuya función se concreta según la LEC en realizar «tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida».

Además, se permite que la persona con discapacidad esté «acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios» y que en ningún caso deberemos confundir con la figura del facilitador judicial.

1.2.4. *Omisiones en cuanto a su regulación*

La regulación del art. 7 bis es realmente parca aunque con un principio de vocación universal comete ciertas omisiones que va a dificultar enormemente la adopción de los ajustes de procedimiento previstos, muchas de las cuales ya han sido puestas de manifiesto por DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, como en cuanto a la legitimación²⁷, al ceñirse a las partes y no contemplar la posibilidad de que terceros, como si actúan como testigos, puedan solicitarlos, si bien puede el Ministerio Fiscal²⁸ o el órgano jurisdiccional²⁹ hacer su propia petición al respecto, o respecto

27. *Cit.*, p 10 y ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *cit.*, p. 13, propone «que el término parte utilizado en el artículo 7 bis se interprete en sentido amplio y que la legitimación abarque a todas las personas con discapacidad que intervengan en cualquier fase o actuación del procedimiento de que se trate».

28. *Vid.* BELTRÁ CABELLO, C., «Procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (conforme a la Ley 8/2021 de 2 de junio)», en LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de derecho de familia aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 1041.

29. Que debería ser en todo caso juzgado especializado, como pone de manifiesto ALÍA ROBLES, A. «El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad». *La Ley Digital. Derecho de familia*, n.º 28, 15307/2020, pp. 1– 15.

del momento procesal oportuno o el órgano competente para solicitarlo, no hay regulación, y lo lógico es que se puedan solicitar antes de que se inicie el proceso. La preterición del legislador si ha sido intencionada para darle mayor flexibilidad a todo lo que afecta a esta materia, dota de cierta inseguridad jurídica y hace más difícil la aplicación de la norma. A estos problemas se va a unir la falta de dotación presupuestaria, ya que la ley se tramita con coste cero, como se hace y viene siendo costumbre para todas las leyes procesales, que será analizado con más detenimiento al considerar más adelante la figura del facilitador judicial.

2. AJUSTES EN DETERMINADOS PROCESOS

2.1. Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores

En el segundo párrafo del nuevo número 1 del artículo 749 LEC, además de establecer preceptiva la intervención del ministerio Fiscal en los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación, le da el siguiente cometido: «El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor».

2.2. Pruebas preceptivas en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad

Ya en la regulación específica de los procesos para la provisión de apoyos a las personas con discapacidad establece el artículo 759 LEC respecto de las pruebas preceptivas a practicar tanto en primera y segunda instancia, la entrevista del juez con la persona con discapacidad, aunque no dice cómo habrá de realizarla³⁰.

30. ARAOZ, *op. cit.*, 63, representado a la federación de asociaciones de personas con discapacidad y denunciando así junto con la Asociación Española de Fundaciones tutelares, en base al Anteproyecto, no a la redacción final de la ley, denunciaban que «Especialmente vulnerador de los derechos de las personas con discapacidad, resulta la redacción del artículo 759 dedicado a las pruebas preceptivas en el proceso. En concreto: – Se continúa utilizando un enfoque en el que la persona es un OBJETO en el procedimiento, no titular del derecho de acceso a la justicia, tal y

2.3. Toma de declaración en los procesos matrimoniales

En los procesos matrimoniales y de menores se introduce en la regla 4.º del artículo 770 LEC, el siguiente párrafo referida a la toma de declaración de los menores y personas con discapacidad:

«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 interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

Como podemos ver no se especifica medida alguna, ni siquiera específicas. Son conceptos tan amplios que difícilmente se va a poder llevar a cabo un riguroso control de su cumplimiento, pues habrá que analizar caso por caso y ver si la persona con discapacidad ha podido comprender lo que allí ocurría y ha podido expresar la respuesta a lo que se le preguntaba.

IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL FACILITADOR JUDICIAL

Aparece recogida en la Ley de Enjuiciamiento civil una nueva figura que se denomina el facilitador judicial, en concreto en el nuevo artículo 7 bis párrafo segundo letra c, en el cual se dispone que «se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida».

En el artículo 13.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, justifica esta figura para asegurar a las personas con discapacidad el acceso a la justicia en las mismas condiciones que cualquier otra persona, por lo cual establece la posibilidad de hacer los «ajustes de procedimiento» necesarios para que esto sea una realidad, y es aquí donde entra el facilitador judicial.

como establece el artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Dicho enfoque se concreta, por ejemplo, en el apartado 1 del artículo que establece como prueba preceptiva el «reconocimiento por parte del tribunal de la persona afectada». – Se sigue estableciendo como prueba esencial del proceso el dictamen pericial médico, sin tener en cuenta la dimensión integral de la persona, ni hacer alusión ninguna a los factores ambientales y sociales. Esta cuestión es de vital importancia ya que, en la mayoría de los casos, el juez toma la decisión en función del contenido de este informe. Creemos que esto ha sido superado por la redacción actual.

1. LA FIGURA DEL FACILITADOR JUDICIAL

El facilitador judicial es una institución que, en sus inicios, está relacionada con el proceso penal. Aparece en Reino Unido a finales de los años 90, utilizado por entidades que trabajaban en procesos penales con víctimas que eran personas con discapacidad intelectual, en esta línea el gobierno británico publicó un documento a principios del año 2000 titulado «No secrets: Guidance on developing and implementing multiagency policies and procedures to protect vulnerable adults from abuse», que brindó orientación sobre el desarrollo e implementación de políticas y procedimientos de múltiples agencias para proteger a los adultos considerados «en riesgo» de daño y/o abuso y recalca la necesidad de formación de determinadas personas para asistir en la comunicación y ofrecer los apoyos necesarios para que la víctima con discapacidad pudiera ofrecer una declaración con todas las garantías.

Para entender esta figura acudimos a la definición dada por DEVANDAS AGUILAR que ocupa el cargo de Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad en Naciones Unidas: «personas que trabajan, cuando es necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar que haya una comunicación eficaz durante los procedimientos legales. Ayudan a las personas con discapacidad a entender y a tomar decisiones informadas, asegurándose de que las cosas se explican y se hablan de forma que puedan comprenderlas y que se proporcionan los ajustes y el apoyo adecuados. Los intermediarios son neutrales y no hablan en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirigen las decisiones o resultados o influyen en ellos»³¹.

Otra definición de esta figura los encontramos en el Informe de Plena Inclusión, que se dedica de manera exclusiva a *la persona facilitadora en proceso judiciales*, según el mismo son profesionales especializados y neutrales que, si resulta necesario, evalúan, diseñan, asesoran y/u ofrecen a las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, tengan o no la discapacidad oficialmente reconocida, y a los profesionales del ámbito de la justicia implicados en un proceso judicial, los apoyos adecuados y necesarios para que las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ejerzan su derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. La evaluación sobre las necesidades de apoyo debe realizarse

31. En *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, Naciones Unidas, Derechos Humanos, procedimientos especiales, Ginebra, 2020, p. 9, se puede consultar en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf [última consulta: 9.1.2022].

teniendo en cuenta la interacción entre la persona y el entorno concreto, caso a caso, ya que las personas tienen capacidades dinámicas y cada entorno policial o judicial también tiene características propias³².

Hemos encontrado otras definiciones que contiene, de manera más sencilla un concepto de facilitador concretando su figura como un profesional independiente, experto en discapacidad intelectual y en evaluación de las capacidades cognitivas que afectan al proceso judicial³³.

La Universidad Autónoma de Madrid tomó la iniciativa de crear un curso de formación de facilitadores judiciales bajo el título «Facilitación para apoyos de personas con discapacidad intelectual y del desarrollo en procesos judiciales», ofertado a Licenciados/as, graduados/as y estudiantes de Psicología, Trabajo social, Educación social, Integración social, Criminología, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Derecho y Formación del Profesorado, cuyo objetivo era formar profesionales que puedan realizar convenientemente las tareas de facilitación en la provisión de apoyos para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo en procesos judiciales³⁴, pero nos tememos que ha sido un intento frustrado.

De todo lo anterior hemos de concluir señalando la importancia de esta figura en el proceso, siendo uno de los ajustes de procedimiento de los que hemos ido desarrollando a lo largo de este trabajo. Debe ser un profesional (ha de tener formación específica para ello), independiente (no se puede confundir con la persona que habitualmente presta su apoyo a las personas con discapacidad, pues en la mayoría de los casos será el que ejerce como guardador de hecho, casi siempre un familiar, cuyo papel puede entrar en conflicto con aquello que se sustancie en el proceso, y que además no puede influir en la decisión que deba tomar aquel a quien presta su apoyo)³⁵, que facilite la comunicación entre la persona con

32. Informe de Plena Inclusión, *La persona facilitadora en procesos judiciales*, Ed. Plena inclusión, Madrid, 2020, p. 7. Se puede consultar en https://www.plenainclusion.org/wp-content/uploads/2021/03/plena_inclusion_la_persona_facilitadora_en_procesos_judiciales.pdf [última consulta: 12.12.2021].

33. RECIO ZAPATA, M., ALEMANY CARRASCO, A., y MANZANERO PUEBLA, A., «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol. 43 (3), n.º 243, 2012, p. 64.

<https://sid-inico.usal.es/wp-content/uploads/2018/11/La-figura-del-facilitador-en-la-investigacion-policial-y-judicial-con-victimas-con-discapacidad-intelectual.pdf>.

34. Se puede consultar en <https://formacioncontinua.uam.es/56978/detail/formacion-basica-en-facilitacion-para-apoyos-de-personas-con-discapacidad-intelectual-y-del-desarro.html> [última consulta: 8-1-2022].

35. Tampoco se ha de confundir con la figura del acompañante que señala la LEC, y como señala ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., «Comentario al art. 7 bis...» *cit.*, p. 1132, que, dado que los procedimientos en muchas ocasiones suelen extenderse en el tiempo,

discapacidad y el personal de los juzgados, y que logre su pleno entendimiento para que la toma de decisiones sea plena y consciente.

2. ¿QUIÉN HA DE RETRIBUIR AL FACILITADOR JUDICIAL?

En la Exposición de Motivos de la ley 8/2021, introduciendo la figura del facilitador judicial dice que se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste. Nos llama la atención de «a su costa» pues parece que se contradice con el texto del articulado, cuando establece quiénes pueden solicitar el facilitador judicial ya que podrá ser tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario. Parece más bien que deba ser la propia Administración de justicia quien deba proporcionar la existencia de estos profesionales y no sea a costa de la persona que los necesite.

En la Memoria del análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto 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, emitido por la Secretaría General Técnica de la Subdirección General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia se manifestaba que carecería de impacto económico, por lo que no hacía previsión de futuro de posible dotación presupuestaria de esta reforma. Y lo expresó de la siguiente manera: «Por tanto, el impacto de este anteproyecto en los Presupuestos Generales del Estado es nulo, no generando ningún compromiso ni obligación económica extra. Asimismo, es preciso indicar que la norma proyectada no implicará la necesidad de incrementar las dotaciones, ni las retribuciones u otros costes de personal al servicio del sector público, pues se considera que los medios existentes en la actualidad serán suficientes para llevar a cabo las actuaciones previstas. En suma, las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal ni de retribuciones ni de otros gastos del sector público»³⁶. Con

incluso podría ser posible que la persona con discapacidad pudiera cambiar esta persona de confianza que le acompañe durante el proceso.

36. En la Memoria del análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto 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, emitido por la Secretaría General Técnica de la Subdirección General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia, de 29 de junio de 2020, p 45, encontramos esta declaración sobre la no necesidad de dotación presupuestaria. Se puede consultar en la siguiente web, <https://ficheros.mjusticia.gob.es/MAIN%20APL%20por%20la%20que%20se%20reforma%20>

ello siguen una práctica habitual en la tramitación de las leyes de naturaleza procesal que no es otra que la de reconocer un impacto cero, se evitan el informe económico y trasladan a las Comunidades Autónomas cualquier coste que pueda suponer su implantación, siendo de desigual acogida en unas y en otras. Deberemos esperar unos años para ver si alguna ha desarrollado esta figura en alguno de sus juzgados especializados al menos, en las futuras Secciones de los Tribunales de Instancia.

Esto ha cercenado cualquier posibilidad de que el Estado se haga cargo de sufragar la dotación de estos profesionales adscritos a los juzgados y su remuneración. Abundando en esta postura el propio Consejo Económico y Social llamó anteriormente la atención en su Dictamen sobre el Anteproyecto, y advirtió de la necesidad de dotar económicamente a esta reforma. Así manifestó el CES «sobre lo que considera que puede suponer una falta de correspondencia entre la relevancia que revisten los cambios que prevé el Anteproyecto para adaptar la normativa española al artículo 12 la Convención y la previsión del apartado 3.3 de la Memoria de impacto normativo que lo acompaña, referido al impacto presupuestario de la norma, según el cual la puesta en marcha de las medidas incorporadas mediante esta ley no supondrá un aumento del gasto público. De hecho, se afirma en dicha Memoria que el coste presupuestario y de dotación de personal por unidad no solo no aumentará, sino que disminuirá debido a que las vías de provisión de apoyos alternativos al sistema judicial establecidos por la norma mermarán la demanda judicial»³⁷. Por ello concluye, el CES que el cambio de modelo que supone el anteproyecto en materia de discapacidad puede generar gastos dentro del campo de la Administración de justicia, para cubrir los gastos de formación, asesoramiento, y no dotarle de ellos supondrá poner entre las cuerdas la eficacia de esta reforma.

Acciones particulares hemos encontrado a nivel autonómico. En este sentido podemos poner como ejemplo el proyecto piloto implantado en Madrid, en febrero de 2021, fruto del acuerdo al que llegaron, antes de la entrada en vigor de la reforma de la LEC por la ley 8/21, la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid, de la Comunidad de Madrid y la red de asociaciones que representan a personas con

legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20apoyo%20personas%20discapacidad.pdf [última consulta: 3.01.2022].

37. El Dictamen Consejo Económico y Social 5/2018, aprobado en sesión ordinaria del pleno, el 24 de octubre de 2018, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, pp. 24 a 25. Se puede acceder al documento a través de la web del CES en <http://www.ces.es/documents/10180/5183810/Dic052018.pdf/faf267a1-29ce-24c0-ac2e-2a7611f95bf0> [última consulta: 13.12.2022].

discapacidad intelectual y del desarrollo denominada Plena Inclusión. Debemos esperar un tiempo para comprobar su efectividad.

Para concluir queremos hacer referencia al principio III del informe de Naciones Unidas sobre *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*³⁸ que contiene el derecho de las personas con discapacidad a ajustes de procedimiento adecuados, refleja la introducción de la figura de los Intermediarios y facilitadores independientes, para lo cual prevé las siguientes medidas como ajustes de procedimiento que han de adoptar todos los Estados:

- a) Estableciendo, financiando y ejecutando un programa de intermediarios o facilitadores independientes formados para prestar asistencia en materia de comunicación a las partes de los procesos y al sistema de justicia a fin de determinar si se necesitan ajustes y apoyo, y cuáles son los ajustes y apoyo adecuados, así como para prestar asistencia en la comunicación a lo largo del proceso;
- b) Diseñando y ejecutando un programa de intermediarios o facilitadores independientes coherente con los procedimientos y costumbres locales y en consonancia con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La figura del facilitador judicial está refrendada por la legislación nacional e internacional, pero no será eficaz si no se garantiza su existencia con dotación presupuestaria para cubrir los gastos de formación e intervención que debe sufragar la Administración de Justicia. No podemos olvidar que el facilitador judicial no son los que va a acompañar a las personas con discapacidad en todas las etapas del proceso que serán familiares o amigos que les van a proporcionar apoyo moral, emocional y de acompañamiento personal, sino que son profesionales que van a facilitar la comprensión de lo que ocurre en todo momento en el proceso. De todo esto, si algo nos queda claro es que el facilitador judicial debe ser a cargo de la propia administración que deberá contar con personal suficiente para que esto sea una realidad.

Pero en el supuesto de que así no fuera, la duda que nos surge es si debería incluirse dentro de la asistencia jurídica gratuita los gastos que origine el nombramiento de un facilitador judicial, cuando su actuación sea imprescindible para que el derecho del entender y ser entendido en el

38. Firmado en Ginebra en 2020 y refrendado por la Comisión Internacional de Juristas, la Alianza Internacional de la Discapacidad y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. <https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>.

proceso de las personas con discapacidad sea una realidad. Es cierto que la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, recogía en la Exposición de Motivos que «la ley supone un paso más en la protección de esos ciudadanos más desfavorecidos que necesitan acceder a la tutela judicial para ver realizadas sus legítimas pretensiones o defendidos sus derechos». Sin embargo, la letra g) del artículo 2, redactada por el apartado dos de la disposición final tercera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, extendió el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos y a las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato, sólo se establece para el ámbito del proceso penal, así que si en el hipotético caso se incluyera entre los beneficios de asistencia jurídica gratuita, no alcanzaría al supuesto del que tratamos.

Por último suscribimos lo que el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN afirma que el hecho de que la persona con discapacidad haya de asumir los gastos derivados de la actuación de un profesional que le va a ayudar a que el derecho a entender y ser entendido sea una contradicción con lo establecido al respecto en la Convención de Nueva York de 2006 y en la Observación de 2014 y añade que podría producirse un caso de «discriminación por razón de discapacidad» si llegado el momento no se pudiera nombrar facilitador judicial por insuficiencia de recursos, lo que le colocaría en una situación de desventaja respecto de las demás personas³⁹.

V. CONCLUSIONES

– Los ajustes de procedimiento se configuran como un instrumento necesario e imprescindible para lograr el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad. Se pueden adoptar a petición de parte o de oficio.

– Es necesario que antes de que empiece un proceso se evalúen los ajustes de procedimiento que necesite una persona, debiendo ser esos ajustes adecuados y suficientes para conseguir plena satisfacción del derecho a

39. El artículo 2, que se dedica a las definiciones, afirma que a los fines de la Convención de Nueva York de 2006: «Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación...».

comprender y ser comprendidos durante todo el proceso, íntimamente ligado con el derecho a la tutela judicial efectiva.

– Los ajustes de procedimiento deben ser gratuitos, sufragados por la Administración y no por las partes y su tramitación ha de ser confidencial.

– Es necesario consolidar la figura del facilitador judicial a través de dotación económica suficiente que garantice su formación y actuación en el proceso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M., «El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», en HERAS FERNÁNDEZ, M.M, y PEREÑA VICENTE, M. (Dir.) NÚÑEZ NÚÑEZ, M., (Coord.) *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022.

ALÍA ROBLES, A., «El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad». *La Ley Digital. Derecho de familia*, n.º 28, 15307/2020, pp. 1-15.

BELTRÁ CABELLO, C., «Procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (conforme a la Ley 8/2021 de 2 de junio)», en LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de derecho de familia aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Tirant lo Blanch, 2021.

DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., *Acceso a la Justicia: Ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*. Ed. Plena Inclusión España, Madrid. Diciembre 2018.

DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., «Comentario al art. 7 bis» en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1125-1132.

DE ASIS ROIG, R., «Sobre ajustes de procedimiento y acceso a la justicia», *Huri-Age, Red tiempo de los derechos*, n.º 6, año 2020.

DE ASIS ROIG, R. «Acceso a la justicia: Ajustes de procedimiento en las personas con discapacidad», en LORENZO GARCÍA, R. y CAYO PÉREZ, L (Dir.), *Nuevas fronteras del derecho de la discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.

- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, n.º 151, julio-agosto 2021.
- DELGADO MARTÍN, J., «Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad». *Herramientas Eurosocial*, n.º 23, 2019.
- DEVANDAS AGUILAR, C. *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, Naciones Unidas, Derechos Humanos, procedimientos especiales, Ginebra 2020.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del Letrado de la Administración de justicia, conforme a la Ley 8/2021». *Revista Acta Judicial*, 2022, n.º 9, pp. 2 a 16.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (Dir.), *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, CGPJ, Madrid, 2021.
- GARCÍA MUÑOZ, O., *Lectura fácil: métodos de redacción y evaluación*, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012.
- LORENZO GARCÍA, R., «El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad», en *Anales de Derecho y Discapacidad*, n. 4, 2019.
- MADRID CRUZ, M. D. (Dir.), *El jurista y el reto de un Derecho comprensible para todos*, Reus, Madrid, 2021.
- PACHECO JIMÉNEZ, N., DE LA VEGA ÁVILA, M., MORCILLO MORENO, J., PERALES CASAJUANA, L. A., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ PALOMO, C., FAJARDO MARTÍNEZ, C. M., ÁLVAREZ GARCÍA, H., QUIJADA GONZÁLEZ, C., y GIL PÉREZ, E., *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar*, Tirant lo Blanch, 2019.
- PEREA, A., «Discapacidad y proceso: por una regulación inclusiva», *Expansión*, 19 de febrero de 2020.
- RECIO ZAPATA, M., ALEMANY CARRASCO, A., y MANZANERO PUEBLA, A., «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol. 43 (3), n.º 243, 2012.
- TORIBIOS FUENTES, F., «Comentario a los apartados 1 y 2 del artículo 7 LEC» en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la*

Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1121– 1124.

VEGAS TORRES, J., «La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad» en HERAS HERNÁNDEZ, M. M, y PEREÑA VICENTE, M. (Dir.) NÚÑEZ NÚÑEZ, M., (Coord.) *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022.

Capítulo X

Cambio de paradigma en la concepción de la prueba en el ámbito de la jurisdicción voluntaria en 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

ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

SUMARIO: I. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN NUEVO MARCO JURÍDICO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. II. 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. 1. *Antecedentes legislativos.* 2. *Estructura.* 3. *Notas definitorias.* III. EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE APOYO EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN LA LEY 8/2021: ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA PRACTICADA EN EL MISMO. 1. *Consideraciones generales.* 2. *Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación.* 2.1. *Ámbito de aplicación.* 2.2. *Competencia.* 2.3. *Legitimación.* 2.4. *Postulación.* 3. *Procedimiento.* 4. *Auto y posterior revisión de las medidas judicialmente acordadas.* IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN NUEVO MARCO JURÍDICO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD o la Convención), que fue firmada y ratificada por España e incorporada plenamente a nuestro ordenamiento jurídico al entrar en vigor el 3 de mayo de 2008¹, manifiesta un trascendental cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad que implica, en lo esencial, dejar de ver a las personas con discapacidad como objetos que precisan de cuidado, tratamiento y asistencia para pasar a considerarlos como sujetos con iguales y plenos derechos humanos².

La lucha contra la discriminación y a favor de la igualdad efectiva de las personas con discapacidad, se configura en el modelo social articulado por la Convención, como un conjunto de derechos de estas personas, que son exigibles en el marco jurídico actual e invocables por los ciudadanos con discapacidad ante los poderes públicos y los Tribunales³.

Los principios rectores en los que se basa la Convención y su articulado son: a) El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Para la vigilancia del grado de cumplimiento por los Estados parte, la Convención prevé la creación del Comité sobre los Derechos de las

1. CABRA DE LUNA, M. A., *Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.
2. GETE-ALONSO CALERA, M. C., «Paternalismo y autonomía en la noción legal de discapacidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (Dirs.), *Nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2021, pp. 40-49.
3. Sobre el Derecho de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, véase, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Vulnerabilidad, victimización y dificultades de las personas con discapacidad en el acceso al sistema de justicia en España», en LUCES GUTIÉRREZ A.I. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C (Dirs.), *Sociedad, justicia y discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 33-38.

Personas con Discapacidad⁴. El modo de lograr este objetivo se cumplió estableciendo la obligación de presentar un informe anual e informes periódicos por parte de los Estados sobre las medidas adoptadas. En los informes se podrán constatar las dificultades que afectan al cumplimiento de sus obligaciones.

Este mecanismo se ve completado con la posibilidad de presentar quejas individuales ante el Comité por parte de todas aquellas personas con discapacidad que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte y consideren que se ha vulnerado uno de sus derechos, siempre y cuando, además de haber ratificado la Convención, haya ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención.

Si bien, los principios y el cambio de paradigma presiden todo el texto de la Convención, es el artículo 12 el que introduce innovaciones sustanciales respecto de la regulación tradicional en la cuestión relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad⁵.

Es precisamente el carácter vertebral e innovador del precepto anteriormente citado, el que nos lleva a entender las controversias suscitadas en su proceso de redacción, las reservas y cuestiones interpretativas planteadas por diversos Estados y las discusiones generadas en lo referente a su sentido y alcance. Es por ello, que la consideración de que el contenido exacto de las obligaciones previstas en el artículo 12 de la Convención no estaba siendo bien entendido por los Estados parte, lo que llevó al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a dedicar y hacer pública la Observación General Primera (en adelante OGP), para aclarar algunos conceptos y cuestiones esenciales en aras de una adecuada implementación⁶. Las principales consideraciones que realiza la Observación

4. *Vid.* Arts. 34 a 39 de la Convención. El Comité estará compuesto por dieciocho expertos elegidos entre los candidatos propuestos por los Estados Parte, en un proceso electoral coordinado por la Secretaría General de Naciones Unidas, en la que está integrado el Comité con un mandato fijado por periodos de cuatro años. Entre sus principales funciones podemos señalar las siguientes: a) El seguimiento y la supervisión de las obligaciones asumidas por los Estados Parte en la Convención, y más concretamente aquellas relacionadas con el art. 12; b) La evolución de los informes presentados por los Estados Parte; c) La concreción de los factores y dificultades que afectan al grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en la Convención; d) Las sugerencias y recomendaciones a los Estados Partes en forma de observaciones.
5. *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S., *Procesos de familia y división de patrimonios*, Civitas, Navarra, 2015.
6. Para un estudio amplio de la OG núm. 1, véase, CUENCA GÓMEZ, P., «De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», en MUNAR BERNAT, P. A. (Dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 47-51.

General Primera, relativas al contenido del art. 12 CDPD, y que han estado rodeadas de cierta polémica⁷ se pueden sintetizar en las siguientes⁸:

En la misma, se relaciona expresamente el paradigma del apoyo en la toma de decisiones con el enfoque de los derechos humanos que recoge la CDPD en el tratamiento de la discapacidad y con los valores fundamentales que presiden el discurso de los derechos y, en particular, con la dignidad, la igualdad y la autonomía.

La OG núm. 1 deja patente que la capacidad jurídica que debe reconocerse en condiciones de igualdad incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en Derecho y para qué se cumpla el derecho a la capacidad jurídica en toda su extensión, deben reconocerse las dos facetas.

Insiste la misma en que el art. 12 prohíbe restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad apelando a las diferencias en su capacidad mental (12.3.17). Por tanto, conforme al citado precepto «los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica». La respuesta que debe ofrecerse no puede consistir en privarles o limitarles su capacidad jurídica, sino en la adopción de las medidas oportunas para proporcionarles el acceso «al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

La OG núm. 1 utiliza un concepto muy amplio de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, que incluye, entre otras, medidas relativas a la accesibilidad, al diseño universal y a los ajustes razonables e indica de manera explícita que los apoyos nunca deben consistir en decidir por las personas, sino en ayudar a las personas a tomar sus propias decisiones⁹ (12.4.17).

7. La OGP ha suscitado controversia, al respecto, véase, ALEMANY GARCÍA, M., «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual», *Práctica de los Tribunales*, n.º 145, 2020, pp. 1 y ss.; PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Procesal*, 4, 2016, pp. 3 y ss.; DE SALAS MURILLO, S., «Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Presente tras diez años de la Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi. Civil-Mercantil*, n.º 5, 2018, pp. 71-120.

8. Véase, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», *Diario La Ley*, n.º 9961. Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021, pp. 3-4.

9. Vid. TORRES COSTAS, 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*, BOE, Madrid, 2020.

En consonancia con lo anterior, dispone que los sistemas de apoyo deben contar con las salvaguardas para el ejercicio de la capacidad jurídica «adecuadas y efectivas», que inciden en la individualización y proporcionalidad de las medidas, en la necesidad de una revisión periódica de las mismas por parte de un órgano judicial, en la protección frente al abuso, los conflictos de intereses y la influencia debida, y en todo caso, en el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad (12.4.20)¹⁰.

El objetivo primordial de estas salvaguardas radica en garantizar el respeto de los derechos, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. De este modo, el criterio del «interés superior» debe ser sustituido por el respeto a la voluntad y preferencias como criterio que debe guiar las decisiones con apoyo (12.4.21).

De lo anterior se desprende, que los Estados han de asumir dos grandes obligaciones: a) reconocer a las personas con discapacidad como personas ante la ley con capacidad jurídica en igualdad de condiciones eliminando los mecanismos sustitutivos que niegan o restringen la capacidad jurídica; b) establecer, reconocer y proporcionar a las personas con discapacidad los apoyos necesarios en el ejercicio de la misma y que estos incorporen salvaguardas fundadas en el respeto a sus derechos, voluntad y preferencias¹¹.

II. 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

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Desde la entrada en vigor de la CDPD se han modificado y promulgado una multitud de textos legislativos con la finalidad de cumplir las previsiones contenidas en el citado Tratado Internacional¹².

10. El Comité considera que las salvaguardas son garantías que se proyectan en los mecanismos de apoyo por lo que se descarta también cualquier posible interpretación que considere las mismas como un resquicio para dar entrada al modelo de sustitución en la toma de decisiones.
11. *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S., «Inteligencias múltiples y derecho procesal», en LUACES GUTIÉRREZ A.I. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (Dirs.), *Sociedad, justicia y discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 115-148.
12. Para un estudio del marco normativo posterior a la Convención, véase, mi artículo «Marco normativo de protección de los derechos de las personas con discapacidad: De dónde venimos y a dónde vamos», en LUACES GUTIÉRREZ, A. I. (Dir.), *Retos*

Esta adaptación a la Convención comienza con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹³, que modificó 19 leyes y los Reales Decretos 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales.

A continuación, debemos hacer referencia al Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social¹⁴.

En el año 2015, es necesario hacer referencia a varias normas que se relacionan a continuación: a) La reforma en el Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹⁵, que modifica la definición de discapacidad recogida en el art. 25 CP, para adecuarla a la CDPD; b) La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio¹⁶, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que establece que el personal de los equipos psicosociales que presten servicios a la Administración de Justicia tendrán formación especializada en personas con discapacidad; c) Con el objetivo de mejorar los instrumentos de protección jurídica de la infancia y la adolescencia se lleva a cabo una reforma por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio¹⁷, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia y la Ley 26/2015, de 27 de julio¹⁸, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

Situándonos en el año 2017, hemos de mencionar dos normas: a) La Ley 4/2017, de 28 de junio¹⁹, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en relación con el derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones

y desafíos en materia de discapacidad: Una visión multidisciplinar, INAP, Madrid, 2015, pp. 19-48.

13. BOE n.º 184, de 2 de agosto de 2011.

14. BOE n.º 289, de 3 de diciembre, de 2013. La Ley consta de 105 artículos, estructurados en un Título Preliminar y tres Títulos más, once Disposiciones adicionales, una Disposición transitoria y tres Disposiciones finales.

15. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

16. BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

17. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

18. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

19. BOE núm. 154, de 29 de junio de 2015.

que las demás; b) La Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre²⁰, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación la de las personas con discapacidad sin exclusiones²¹.

En el año 2018, tenemos dos normas importantes en la materia: a) La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre²², de modificación de la Ley del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad²³; b) La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre²⁴, de protección de datos personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Finalmente, en el año 2020 debemos hacer referencia a la Ley 2/2020, de 16 de diciembre²⁵, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzosa o no consentida de personas con discapacidad con grave trastorno psíquico previamente incapacitadas²⁶.

En cuanto a la tramitación legislativa de la Ley, la misma se puede sintetizar de la siguiente manera²⁷:

El 7 de julio de 2020, el Consejo de Ministros acordó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁸. El texto enviado coincidía en lo sustancial, con el que había sido aprobado como Anteproyecto el 21 de septiembre de 2018²⁹, el cual por tratarse de una ley que pretende la adaptación del

20. BOE núm. 303, de 14 de diciembre de 2017.

21. *Vid.* GARCIMARTÍN MONTERO, R., «La inclusión de las personas con discapacidad en el Tribunal del Jurado: Un análisis a la luz de la reforma de la LO 1/2017, de 13 de diciembre», *Revista del Instituto Vasco de Derecho Procesal*, 2018, pp. 1-40.

22. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

23. NÚÑEZ MARTÍNEZ, M. A., «Las personas con discapacidad y el derecho de participación política», en LUACES GUTIÉRREZ A.I. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (Dirs.), *Sociedad, justicia y discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 149-172.

24. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

25. BOE núm. 328, de 17 de diciembre de 2020.

26. PANTALEÓN DÍAZ, M., «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», *Diario La Ley*, Núm. 9773, Sección Tribuna, 19 de enero 2021, pp. 1-9.

27. Véase, para un estudio más detallado de la tramitación legislativa, MORO ALMA-RAZ, M. J., «La tramitación legislativa de la ley 8/2021», en La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, monográfico coordinado por María Paz García Rubio, *La Ley Derecho de Familia, Revista Jurídica sobre familia y menores*, n.º 31, julio-septiembre 2021, pp. 1-13.

28. El Proyecto fue publicado en el Boletín de las Cortes Generales el 17 de julio de 2020.

29. Sobre el Anteproyecto, véase, GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en GETE-ALONSO Y CALERA (Coord.), *Jornadas sobre el nuevo*

Derecho español a un Convenio Internacional, en concreto, a la CDPD fue objeto de un dictamen del Consejo de Estado en enero de 2019. El texto fue aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el 21 de marzo de 2021.

El dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso tuvo entrada en el Senado el 24 de marzo, a continuación, se abrió el plazo de presentación de enmiendas que se publicaron en el Boletín del Senado el 16 de abril de 2021.

Los trabajos realizados por la Ponencia se debatieron en la Comisión de Políticas Integrales de la Discapacidad el 16 de abril. El debate y la votación del Pleno tuvo lugar el día 12 de mayo.

Como se había modificado el texto aprobado por el Congreso, se debatieron las enmiendas incorporadas al texto en el Pleno del Congreso el 20 de mayo de 2021, en el que se aprobó el Proyecto de Ley³⁰. El texto de la nueva ley se publicó en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 31 de mayo de 2021.

La Ley fue sancionada el 2 de junio y se publicó en el BOE de 3 de junio³¹, como 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. La Ley entró en vigor el 3 de septiembre de 2021 a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

2. ESTRUCTURA

En cuanto a la estructura 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, la misma consta de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis transitorias, una derogatoria y tres finales³².

modelo de discapacidad, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 39-61; CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre 2020, pp. 1-29.

30. Sobre el Proyecto de Ley, véase, CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., «El proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 57, mayo-junio, 2020, pp. 32-37.; PALLARÉS NEILA, J., «Quien, qué y por qué. El estándar de intervención en el Proyecto de ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 10, septiembre 2020, pp. 1-23.

31. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

32. *Vid.* MUÑOZ CALVO, A., «Breve informe sobre la 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», *Notarios y Registradores*, 10 de junio de 2021, pp. 1 y ss.

El artículo primero modifica la Ley del Notariado con ocho apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil, siendo la reforma más amplia y de mayor calado; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y se compone de nueve apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con veintinueve apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en seis apartados; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y se divide en diez apartados; el artículo séptimo referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en veinte apartados; finalmente, el artículo octavo, referido al Código de Comercio, se distribuye en tres apartados.

Su Disposición adicional primera prevé que, a partir de la entrada en vigor de la nueva norma, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad o de su ejercicio quedarán sin efecto.

En el régimen transitorio la norma se decanta por establecer un régimen flexible según el cual, como regla general, las funciones de apoyo se ejercerán desde su entrada en vigor y se establece una amplia legitimación para solicitar de la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con arreglo al sistema anterior. La revisión también podrá producirse de oficio.

En consonancia con lo expuesto anteriormente, la ley dispone que las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos, podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubieren establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde que se ha realizado dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido solicitud, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un año.

3. NOTAS DEFINITORIAS

Respecto a las notas esenciales que caracterizan la reforma, y a modo introductorio, podemos afirmar que la misma ha supuesto un paso firme y decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a

la Convención, tratado internacional que como se ha expuesto anteriormente, supuso un cambio radical de concepción de la discapacidad en todos los órdenes de la vida³³.

El artículo 12 de la CDPD como vimos, proclama como idea principal que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; y, con base en esta idea, se insta a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso a las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional.

Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de estas personas, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas deben ser proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

Sin negar los esfuerzos realizados por la doctrina³⁴ y la jurisprudencia para aproximar nuestro Derecho interno al régimen de la norma convencional, estos no han sido suficientes, sencillamente porque la regulación existente hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, no respetaba los postulados mínimos derivados del citado art. 12 CDPD; esto es, no reconocían la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en su doble sentido de titularidad y derecho a actuar; se mantenía un sistema de sustitución en la toma de decisiones y no se contemplaban suficientes salvaguardas para asegurar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, lo que evidenciaba a todas luces, que la intervención del legislador se tornaba urgente e imprescindible³⁵.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que la presente Ley supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento

-
33. GARCÍA RUBIO, M. P., «La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico», monográfico coordinado por María Paz García Rubio, *La Ley Derecho de Familia, Revista Jurídica sobre familia y menores*, n.º 31, julio-septiembre 2021, pp. 1-4.
34. *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Iustel, Madrid, 2007.
35. DE LORENZO GARCÍA, R. y CAYO PÉREZ BUENO, L. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2020, p. 384.

a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema crucial, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno.

La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en el artículo 10 que exige el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, tal y como como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos.

Como puede observarse, el nuevo paradigma de la discapacidad parece, además, inconciliable con el conocido –y arraigado– «interés superior» de la persona precisada de una provisión de apoyos; a partir de ahora, su voluntad, deseos y preferencias se erigen en la referencia –casi– exclusiva de cualquier decisión judicial, de este modo, aquel «interés superior» se ve desplazado por otro «interés individual», que es el preferido por la propia persona, haciendo que la autonomía –coligada a la libertad, libre desarrollo de la personalidad y plena capacidad– sea el nuevo eje sobre el que pilota la regulación de la discapacidad.

Ahora que tenemos la nueva norma en vigor, parece sencilla la conciliación de los dictados de la Convención con la nueva regulación, pero no lo ha sido, desde luego, ante el desconocimiento del alcance que, en perspectiva, pudiera llegar a tener una reforma, que no se había implantado todavía a nivel nacional y que, además, se ha hecho esperar durante mucho tiempo.

Esta reforma podría haber sido liviana como lo fueron las otras reformas anteriores expuestas, pero la Ley 8/2021 no se ha conformado con un mero cambio terminológico ha supuesto un auténtico cambio de paradigma en lo que a la discapacidad se refiere³⁶.

36. Así, el Apartado III del Preámbulo de la Ley dispone que: «No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante

Las principales reformas que la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, se pueden sintetizar en las siguientes:

Con la reforma que la ley introduce en el artículo segundo del Código Civil, sienta las bases de un innovador sistema que está basado en el respeto, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Se le da una nueva redacción al Título XI del Libro Primero del Código Civil que pasa a rubricarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

El eje central de la reforma no será, como hasta ahora, la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz ni la modificación de la capacidad que es inherente a la condición de ser humano sino el apoyo a la persona con discapacidad que lo precise³⁷.

Podrán beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las necesite, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. Además, la regulación trata de atender no solo asuntos de naturaleza patrimonial sino también aspectos personales, como los concernientes a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria.

Las medidas de apoyo pueden ser de carácter voluntario, fáctico, legal o judicial, otorgándose preferencia a las medidas voluntarias, es decir, las tomadas por la propia persona con discapacidad. Dentro de estas medidas adquieren mayor importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela.

Se refuerza la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una institución jurídica de apoyo y deja de ser una situación provisional cuando resulta adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. Cuando se precise una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, previo examen de las circunstancias.

Se lleva a cabo una regulación más pormenorizada en la curatela, que será fundamentalmente de naturaleza asistencial y solo con carácter excepcional se podrán atribuir al cuidador funciones de representación³⁸.

mucho tiempo desapercibido, que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado».

37. GONZÁLEZ GRANDA, P., «Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Práctica de Tribunales*, núm. 141, noviembre-diciembre 2019, pp. 1-33.

38. *Vid.* MUNAT BERNAT, P. A., «La curatela principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 121-152.

Se eliminan la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada del ámbito de la discapacidad, por considerarse figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la norma establece que cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría se le prestarán los apoyos que precise del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera. En todo caso, se prevé de forma expresa que los progenitores puedan ser nombrados curadores a propuesta de la persona con discapacidad o por decisión judicial³⁹.

En el texto normativo también se contempla la figura del defensor judicial, prevista para aquellas situaciones donde exista un conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

Todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, o en casos excepcionales de hasta seis, y en todo caso cuando se produzca un cambio en la situación de la persona con discapacidad que pueda requerir su modificación.

Otro aspecto a destacar de la reforma es que el procedimiento de provisión de apoyos sólo puede llevar a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad precisa apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos ya sean estos personales, patrimoniales o políticos.

Asimismo, se suprime la prodigalidad como institución autónoma y se deroga toda regulación de la misma contenida en cualquier norma del ordenamiento jurídico.

La reubicación en los Títulos XI y XII del Libro Primero del Código Civil obliga a llevar a cabo una reordenación del tema de la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación, de tal manera, que el Título IX pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el Título X se refiere a la mayoría de edad y la emancipación. La tutela queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de

39. En relación con este aspecto, el Apartado III del Preámbulo de la Ley dispone que: «En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa».

la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será ejercido por el defensor judicial.

Como consecuencia de la reforma se producen otras adaptaciones en el Código Civil que van desde algunas relativas al derecho internacional privado, ciertas reglas sobre los efectos de las crisis matrimoniales cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad que necesitan apoyo, o las reglas relativas al establecimiento de la filiación cuando hay progenitores o hijos con discapacidad.

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

En cuanto a la responsabilidad y obligaciones de las personas con discapacidad, la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad presente en la reforma se traduce en una mayor responsabilidad y, en consecuencia, en un cambio en dos vertientes, de un lado, en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio (art. 299 Código Civil) y, de otro, en una nueva y mayor restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno (art. 1903 CC y 120 Código Penal).

También se modifican dos preceptos del Código Penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal, cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo.

Para la adaptación a la nueva regulación efectuada en el Código Civil ha sido necesario modificar los artículos 4 y 234 del Código de Comercio.

En materia del Registro de la propiedad, se modifican los preceptos de la Ley Hipotecaria que hacen referencia a la incapacitación o los incapacitados y se suprime el Libro de incapacitados para adecuar la terminología y contenidos normativos a la CDPD. Se suprime el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, ya que los supuestos que eventualmente protege este precepto son muy residuales si se compara con el perjuicio que ocasiona en la sucesión de colaterales y extraños y la perturbación del tráfico, dando lugar a situaciones antieconómicas.

La nueva ley, como hemos podido comprobar, considera que el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, obligan a considerar que las medidas de apoyo accedan al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida.

La adaptación normativa a la Convención también debe extenderse al ámbito procesal, de modo que se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad.

En la LEC más allá de las obligadas revisiones terminológicas, se han introducido ajustes en el ejercicio de las acciones de determinación o impugnación de la filiación, en los procedimientos de separación y divorcio y en el procedimiento para la división de la herencia.

Se llevan a cabo adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que intervengan personas con discapacidad en todas las fases y actuaciones procesales en las que sea necesario, incluyendo los actos de comunicación⁴⁰. Se permite que una persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste.

Se establece que en los casos en que sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria o cuando el expediente no haya podido resolverse, los procesos de adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo establecido en la LEC. En caso de no existir oposición, la provisión judicial de apoyos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

La reforma elige el cauce de la jurisdicción voluntaria con carácter preferente, facilitando que el interesado pueda expresar sus preferencias e intervenir activamente, sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio.

También se permite, de un lado, la presentación de alegaciones por parte de la persona que en la demanda aparece propuesta como curador de la persona con discapacidad, lo que permite contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad y, de otro, la intervención a su costa en el proceso de cualquiera de los legitimados que no sea promotor del procedimiento o de cualquiera con interés legítimo, evitando así situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona con discapacidad.

Se dispone que, una vez admitida la demanda, se debe obtener de los Registros públicos la información existente sobre las medidas de apoyo adoptadas, en aras de respetar la voluntad de la persona con discapacidad. Además, se establece el nombramiento de un defensor judicial

40. DE LORENZO GARCÍA, R., «El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio en las personas con discapacidad», *Anales de Derecho y Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2019, pp. 11-31.

cuando aquella no comparezca en el plazo concedido al efecto para contestar a la demanda con su propia defensa y representación.

En materia probatoria en este tipo de procesos, se introduce la posibilidad de que no se realicen las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente la propia persona con discapacidad y aquellas puedan invadir su privacidad, pues sus familiares pueden conocer datos íntimos que ella prefiere mantener reservados.

El texto normativo alude a que el proceso debe apartarse del esquema tradicional rehabilitador para orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o de «mesa redonda», con profesionales especializados en los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar las medidas de apoyo que sean idóneas en cada caso.

La reforma también lleva a cabo un ajuste entre la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y la legislación civil material en lo que se refiere al nombramiento del defensor judicial de menores o personas con discapacidad.

Se crea un nuevo Capítulo III bis relativo al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad para los supuestos en que no existe oposición⁴¹. Podrá promover este expediente el Ministerio Fiscal, la persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos.

En lo que respecta al expediente para el nombramiento de tutor (para el menor) o curador (para la persona con discapacidad), se modifica el procedimiento para la rendición de cuentas, así, de un lado, la comparecencia ante el juez sólo será necesaria cuando algún interesado lo solicite, y de otro, se permite que el tribunal ordene de oficio una prueba pericial contable o de auditoría aún cuando nadie haya solicitado la comparecencia, si en el informe se describieran operaciones complejas o que requieran una justificación técnica.

Asimismo, se modifica el expediente de autorización o aprobación judicial de actos de enajenación o gravamen de bienes que pertenecen a menores o personas con discapacidad, en el sentido de que la intervención de abogado y procurador ya no será preceptiva en todos los casos

41. CALAZA LÓPEZ, S., «La justicia civil indisponible en la encrucijada. La asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad (I)», *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, monográfico coordinado por María Paz García Rubio, *La Ley Derecho de Familia, Revista Jurídica sobre familia y menores*, n.º 31, julio-septiembre 2021, pp. 1-29.

en que la cuantía de la operación supere los 6.000 euros, sino solo cuando resulte necesario por razones de complejidad de la operación o existencia de intereses contrapuestos.

III. EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE APOYO EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN LA LEY 8/2021: ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA PRACTICADA EN EL MISMO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La construcción de un nuevo expediente de JV para la provisión de apoyos a las personas con discapacidad que precisen dicha asistencia para interactuar en la sociedad en condiciones de igualdad merece, desde luego, una loable acogida. Esta inclusión en el marco de una Jurisdicción como la voluntaria, más flexible, dinámica, económica y humana, al tiempo que igualmente garantista, ya se había puesto de manifiesto desde hace tiempo, por muchos profesionales de la Justicia, académicos e, incluso, los propios afectados⁴².

El Capítulo III bis de la LJV que lleva por rúbrica «Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad», se incorpora dentro del Título II de este mismo cuerpo legal que regula los expedientes de Jurisdicción Voluntaria en materia de personas.

El Legislador ha diseñado este nuevo expediente en la LJV y lo ha combinado con el proceso contencioso de provisión de apoyos regulado en la LEC. Podemos señalar, que en algunas partes el procedimiento presenta una regulación más plausible y, en otras, es mejorable, pero en una visión de conjunto se ha regulado un procedimiento rápido, expeditivo, flexible y humano.

Este expediente está regulado en un único artículo, el 42 bis, que regula, en tres extensos apartados (a, b y c) todo un procedimiento, que apenas difiere del contencioso, que también ha sido objeto de reforma en los arts. 756 a 762 de la LEC⁴³, en los siguientes términos:

42. *Vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La nueva concepción de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley 15/2015», en ARECES PIÑOL, M. T. (Coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 21-47.
43. Sobre el proceso contencioso, véase, GONZÁLEZ GRANDA, P., «Proceso contencioso para la provisión de medidas judiciales de apoyo», en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J. (Dir.) y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (Coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 4 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 1-32.

Artículo 42 bis a). Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación.

1. Cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad, se seguirán los trámites previstos en el presente capítulo.

2. Será competente para conocer de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad.

Si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.

3. Podrá promover este expediente el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos.

Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente.

4. La persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador.

5. El letrado de la Administración de Justicia realizará las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme a lo previsto en el artículo 7 bis de esta Ley.

Artículo 42 bis b). Procedimiento.

1. A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia.

2. Admitida a trámite la solicitud por el letrado de la Administración de Justicia, este convocará a la comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o

quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos. Los interesados podrán proponer en el plazo de cinco días desde la recepción de la citación aquellas diligencias de prueba que consideren necesario practicar en la comparecencia. También se recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que se consideren pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas.

La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial.

Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso.

3. En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.

Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oirá a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas.

4. Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente.

5. La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.

No se considerará oposición a los efectos señalados en el párrafo anterior la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta.

Artículo 42 bis c). Auto y posterior revisión de las medidas judicialmente acordadas.

1. *Las medidas que se adopten en el auto que ponga fin al expediente deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión. Tales medidas serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que las hubiera acordado, debiendo seguirse el trámite contemplado en este artículo.*

Cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 42 bis a), así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto.

2. *El Juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.*

3. *En la revisión de las medidas, la autoridad judicial recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona con discapacidad y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias. A estos efectos, la autoridad judicial podrá recabar informe de las entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 42 bis b). Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días, así como aportar la prueba que estimen oportuna. Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

4. *Recibidas las alegaciones y practicada la prueba, la autoridad judicial dictará nuevo auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes.*

Con carácter general, se trata de un procedimiento sencillo, ágil y expeditivo. Se divide fundamentalmente en dos fases: una primera fase escrita de preparación de la comparecencia, donde se trata de aportar todos los documentos que aconsejen la provisión del apoyo, un dictamen pericial y la proposición de aquellas pruebas que hayan de practicarse en la comparecencia, así como las certificaciones, y una segunda, que es una comparecencia con un triple contenido: primero y prioritario, ilustrar a la persona con discapacidad acerca de la existencia de alternativas de apoyo distintas a las judiciales; segundo, reconversión del expediente voluntario en un proceso contencioso ante la manifestación de una oposición; o, en fin, tercero, práctica de la prueba orientada a la fijación del contenido del auto que culmine este expediente.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN, COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN

2.1. Ámbito de aplicación

El objeto del proceso, identificado en este momento con su pretensión, se ciñe a la solicitud de una provisión de apoyo, sin que sea preciso un pronunciamiento previo sobre la causa que origina esta petición pues el legislador ya advierte en el propio Preámbulo de la Ley, que no es necesario, para instar, ante la autoridad judicial, esta provisión de apoyos, ni tan siquiera el expediente administrativo previo que determine la discapacidad.

Y ello es así, porque la filosofía de la reforma pasa por potenciar, en lo posible, la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad.

2.2. Competencia

En cuanto a la competencia para conocer del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, la misma se atribuye al Juzgado de primera instancia del lugar dónde resida la persona con discapacidad.

La regulación es acertada ya que supone una ruptura de la clásica *perpetuatio iurisdictionis* puesto que, en materia de discapacidad, este principio convencional ha de ceder, como no podía ser de otra manera, en favor de otro moderno, a saber, la modificación de la competencia cuando la persona con discapacidad cambie su residencia habitual.

Este cambio de la competencia, en favor del nuevo domicilio de la persona con discapacidad, es muy acertada, ya que, frente a la rigidez de la concepción clásica, se opta por una mayor flexibilidad y accesibilidad, incluso una mayor familiaridad de la persona con discapacidad, de acudir al órgano judicial ubicado en su nuevo entorno social, en lugar de imponerle una vuelta al lugar dónde ya no se encuentra su hábitat personal.

Ahora bien, este cambio de la competencia tiene, sin embargo, un razonable límite temporal fijado en la celebración de la vista y nunca después, y ello, parece lógico puesto que la prueba practicada, bajo los principios de inmediación, contradicción, concentración y publicidad ante el Juez del anterior domicilio habría de reproducirse, en caso de aceptarse dicho cambio, ante el Juez del nuevo domicilio, con todos los inconvenientes derivados de tan inoperativa reproducción de contenidos materiales y procesales.

Además, el cambio de paradigma basado en la importancia del diagnóstico jurídico, con respecto al antiguo de carácter clínico no resta relevancia a la práctica de la prueba, ya que el Juez no habrá de concretar, en la resolución que ponga término al expediente voluntario cuál es la concreta causa de discapacidad de la persona, pero sí la necesidad, conveniencia y proporcionalidad de la provisión de apoyos concretamente adoptada, así como, de ser posible, su concreto contenido, para lo cual resulta evidente que ha de valerse, necesariamente de la práctica de la prueba.

2.3. Legitimación

Respecto a la legitimación no se modifica prácticamente, así la legitimación para solicitar la provisión judicial de apoyos corresponde al MF, a la propia persona con discapacidad, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quién se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes y hermanos.

Como puede observarse, el llamamiento a los descendientes y ascendientes se hace de forma global y sin referencia alguna al grado de parentesco en la línea descendiente o ascendiente por lo que parece que están llamados todos aquellos que se encuentren en esta posición sin excepción alguna.

2.4. Postulación

Por último, en lo concerniente a la capacidad de postulación, el nuevo art. 42 bis apartado a) en su número cuatro, señala que la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera posible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quién actuará por medio de Abogado y Procurador.

Como puede observarse, la primera provisión de apoyos precisa una imperativa intervención de Abogado y Procurador, sin embargo, esta intervención no será preceptiva para el resto de expedientes con la sola excepción de los relativos a la remoción del tutor o curador y a la extinción de poderes preventivos, en los que sí será necesaria la intervención de Abogado, pero no la del Procurador.

Aquella preceptiva intervención de Abogado y Procurador sufre, a su vez, una segunda excepción en los expedientes de solicitud de autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes o derechos o al patrimonio protegido.

La previsión legal referida a la posibilidad de instar, sin obligada asistencia letrada y representación procesal, expedientes tales como el de designación de curador –cuando hubiere fallecido o fuere removido el anterior–, o los de supervisión, control –y eventual autorización para asumir actos concretos– del guardador de hecho de la persona con discapacidad, no significa que los distintos procedimientos de provisión de apoyos que integran la LJV deban, en todo caso, afrontarse sin la intervención de Abogado y Procurador, pudiendo la propia persona con discapacidad o el resto de legitimados acudir al expediente asistidos por estos profesionales del Derecho. Y es que es evidente a todas luces que la dificultad, para un lego en Derecho, de acudir, a los Tribunales de Justicia, para solicitar una medida de apoyo puede comportar, en la mayoría de los casos, que esta potestativa intervención de Abogado y Procurador derive en una mera declaración de intenciones, pues la realidad demuestra que el acceso a la Justicia no goza, por el momento, de la suficiente sencillez como para asumirla en solitario y sin la intervención de un Abogado.

3. PROCEDIMIENTO

El procedimiento comienza con una solicitud a la que se han de acompañar aquellos documentos que acrediten la necesidad del apoyo, parece ser que el precepto se refiere a los documentos que pretenden ilustrar de la trayectoria cronológica de la persona con discapacidad, con expresa mención documental de sus prioridades vitales, para alcanzar una idea, desde este primer momento, y a expensas de su complemento en la práctica de la prueba que se lleve a cabo posteriormente, de la necesidad del apoyo solicitado, pero teniendo siempre presente, cual es efectivamente su voluntad, deseos y preferencia.

También se deberá acompañar a la mencionada solicitud un dictamen pericial de profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario que aconsejen dicho apoyo.

Por tanto, este dictamen que tiene carácter preceptivo se ha de llevar a cabo por profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, se dice en la LJV sin hacer alusión, aunque yo creo que puede incluirse también la referencia a otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso, que sí se contempla respecto a la práctica de la prueba en la LEC, en la nueva redacción dada al artículo 759 por la Ley 8/2021.

Respecto a esta prueba, considerada como la prueba reina en este tipo de expedientes, es preciso señalar, que la CDPD entró en vigor hace más

de diez años⁴⁴, y hasta la reforma aún seguían conviviendo en nuestro ordenamiento jurídico dos paradigmas claramente antagónicos a saber, el tradicional médico-rehabilitador y el nuevo basado en el enfoque de los derechos humanos introducido por la Convención.

Este desajuste entre lo que preconiza la CDPD y la regulación precedente generaba en la práctica problemas de distinta naturaleza, y lo que es peor, colocaba a la persona con discapacidad en una situación de mayor vulnerabilidad.

De ahí la necesidad de abordar un cambio de gran calado y apostar por la especialización de los profesionales que intervienen en las ramas social y sanitaria, así como la posibilidad de otros profesionales especializados que requieran las medidas de apoyo que hayan de adoptarse en cada caso.

De lo anterior se desprende, que el nuevo texto legal se aparta del todo del enfoque rector del paradigma o visión tradicional de la discapacidad, totalmente alejado del enfoque social propugnado por la CDPD y absolutamente contrario a las obligaciones de los Estados en la implantación del sistema de apoyos y con ello, se supera la idea de que la discapacidad solo puede valorarse desde un prisma médico, y se opta por un sistema donde prima la especialización, ya que la discapacidad es una realidad que abarca distintos puntos de la individualidad del ser, en su posición ante las relaciones personales, jurídicas, patrimoniales que demanda un sistema de colaboración interprofesional o «de mesa redonda», con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros, que puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso⁴⁵.

Además de los documentos que acrediten la necesidad del apoyo y del dictamen pericial, la LJV indica que el solicitante de la provisión de apoyos habrá de incorporar, en este momento, una propuesta de las pruebas de que intente valerse en la comparecencia.

Llama la atención esta libertad de seleccionar en cantidad y en calidad las pruebas que servirán de fundamento al auto que, en su día se dicte, con la concreta provisión de apoyos solicitada, ello nos induce a pensar, que no será preceptiva en el ámbito de la JV la práctica de prueba alguna,

44. PESQUEIRA ZAMORA, M. J., «Propuestas de reforma del procedimiento de incapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York 2006)», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2018, pp. 201-242.

45. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, J. y PEREA GONZÁLEZ, A., «Un nuevo enfoque jurídico de la discapacidad: a propósito del proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2021, pp. 1-13.

a diferencia de lo que acontece en el ámbito de la JC, con la sola excepción de los documentos que acrediten la necesidad del apoyo, del dictamen pericial de profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario y la imprescindible entrevista a la persona con discapacidad.

Esta ausencia de un trámite protocolario de pruebas, si esa es la intención del legislador de la reforma, con todo tipo de audiencias preceptivas, informes periciales, entrevistas testificales y exámenes documentales, cuando no existe la menor contradicción en sede de la JV, merece, desde luego, una buena acogida.

En este momento, también se recabará una doble información: la primera es imperativa y la segunda potestativa: Así, el Juez recabará certificación del Registro Civil u otros registros públicos donde puedan constar las medidas inscritas. Estas medidas, por cierto, debieran inscribirse en un futuro en el Registro telemático único de la Administración de Justicia que se encuentra, actualmente, en construcción, para que el Juez pueda tener a su alcance, de una manera rápida esta información, sin necesidad de requerirla, con un trabajo añadido y un resultado incierto, por los distintos registros existentes. El recabar la información de los registros tiene su finalidad en el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

La segunda información a la que nos referíamos será solicitada de forma facultativa, así, el Juez podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia.

Esta información permitirá al Juez no sólo tomar un primer conocimiento imparcial y certero de la persona con discapacidad, sino también ilustrarse acerca de las alternativas a la «judicialización del expediente» que más tarde, ofrecerá a la persona con discapacidad precisada de algún apoyo.

Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, de nuevo se pone de manifiesto la importancia de esta prueba en este tipo de expedientes, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso. Como puede observarse, el dictamen pericial que ha de acompañarse a la solicitud por parte del solicitante de apoyo tiene carácter preceptivo, sin embargo, este dictamen pericial que puede ordenar el órgano judicial tiene carácter potestativo, y se entiende, aunque nada diga el precepto, que ha de realizarse por profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, al igual, que en el caso del dictamen del solicitante.

A continuación, el precepto regula el desarrollo de la comparecencia, estableciendo que al inicio de la misma, el Juez celebrará una entrevista⁴⁶ con el solicitante, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, y si tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente.

La norma recoge la entrevista a la persona con discapacidad al inicio de la comparecencia, sin embargo, resulta extraño, que no le dedique mayor atención pese a la importancia de la misma.

Por ello, creo que podían haberse incluido algunas reglas o principios básicos en el texto legal referidas a la entrevista o al menos una remisión al artículo 7 bis donde se establecen los ajustes⁴⁷ del proceso cuando interviene una persona con discapacidad.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, pensemos, por ejemplo, en personas con discapacidad intelectual, donde sería interesante una buena planificación de la entrevista, teniendo en cuenta la formulación de las preguntas que sería aconsejable que fueran lo más abiertas posibles, pero siempre concretas, sencillas y cortas y con las adaptaciones y apoyos necesarios. Se podía haber ofrecido, en estos casos, la posibilidad de opciones como la presencia de un facilitador en la entrevista⁴⁸.

Seguidamente, si la persona con discapacidad no acepta una medida de apoyo alternativa, entonces se procederá a practicar la prueba propuesta y admitida. De nuevo el precepto guarda silencio sobre cuales han de ser esas pruebas, pero parece razonable que sean las que se exponen a continuación⁴⁹: a) La documental acreditativa de la necesidad o conveniencia de la provisión de apoyos; b) El informe pericial que fue acompañado a la

46. ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2020, pp. 1-19.

47. FINSTERBUSCH ROMERO, C., «La extensión de los ajustes razonables en el derecho de la persona en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de los derechos humanos», *Revista Ius et Praxis*, vol. 22, núm. 2, 2016, pp. 201-242.

48. RECIO ZAPATA, M., ALEMANY CARRASCO, A., MANZANERO PUEBLA, A., «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual. Siglo Cero*, Vol. 43 (3), núm. 243, 2012, pp. 54-68.

49. *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos ‘trajes a medida’ procesales para un único abrigo sustantivo?, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J. (Dir.) y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (Coord.), *La reforma civil y procesal en*

solicitud de dicha provisión de apoyos, con invitación, aunque no se diga nada al respecto, del sanitario y/o trabajador social que lo hubiere realizado, con posibilidad de que pueda ampliar la información ahí recogida y; c) La entrevista de la persona con discapacidad.

En cuanto a la posibilidad de oír a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas, podríamos preguntarnos si con carácter excepcional, igual que se ha establecido en la jurisdicción contenciosa, sería posible no practicar estas audiencias, si para preservar su intimidad así lo solicitara la persona con discapacidad. máxime si tenemos en cuenta que en este expediente no existe oposición.

A continuación, llega el momento del procedimiento que más problemática ha suscitado puesto que en este preciso instante se puede manifestar una oposición que transforma este expediente voluntario prácticamente finalizado en otro contencioso. Y la Ley no es clara en algo que reviste una gran importancia, pues no se sabe, con seguridad, si la oposición de cualquier interesado puede transformar el expediente voluntario en contencioso o tan solo la negativa expresa de los legitimados.

Si no se diera esa oposición, una vez practicada la prueba, el Juez procederá a dictar un auto con la provisión del apoyo solicitado, que, aunque nada diga la LJV a diferencia con lo dispuesto en la LEC será un curador, figura flexible, dinámica y adaptativa.

4. AUTO Y POSTERIOR REVISIÓN DE LAS MEDIDAS JUDICIALMENTE ACORDADAS

Como puede observarse, el precepto guarda un paralelismo con lo dispuesto en el apartado b) en cuanto a la revisión de las medidas, pues vuelve a otorgar relevancia al dictamen pericial, también a la entrevista con la persona con discapacidad y añade que «ordenará aquellas actuaciones que considere necesarias», de nuevo la norma no deja claro cuales han de ser las actuaciones que el órgano judicial puede ordenar, así como recabará también información de las instituciones mencionadas en el apartado b) del precepto.

De todo ello, se dará traslado a la persona con discapacidad, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, que se entiende serán aquellas personas que se hayan personado en el expediente por haber acreditado un interés legítimo y directo en el mismo,

materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 4 de junio, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 1-23.

conforme al art. 13 LEC. Parece que el término interesados no incluye, por el contrario, a quienes pongan el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, ni a las autoridades y funcionarios, en el supuesto previsto en el art. 42 bis a) 3, párrafo segundo, para que en el plazo de diez días puedan alegar lo que consideren pertinente, así como aportar la prueba que estimen oportuna.

Recibidas las alegaciones y practicada la prueba la autoridad judicial dictará nuevo auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY GARCÍA, M., «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual», *Práctica de los Tribunales*, n.º 145, 2020.

ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2020.

CABRA DE LUNA, M. A., *Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.

CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Iustel, Madrid, 2007.

CALAZA LÓPEZ, S., *Procesos de familia y división de patrimonios*, Civitas, Navarra, 2015.

CALAZA LÓPEZ, S., «Inteligencias múltiples y derecho procesal», en LUACES GUTIÉRREZ, A. I. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (Dirs.), *Sociedad, justicia y discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021.

CALAZA LÓPEZ, S., «La justicia civil indisponible en la encrucijada. La asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad (I)», en La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, monográfico coordinado por María Paz García Rubio, *La Ley Derecho de Familia, Revista Jurídica sobre familia y menores*, n.º 31, julio-septiembre 2021.

CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos 'trajes a

- medida' procesales para un único abrigo sustantivo?, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J. (Dir.) y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (Coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 4 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.
- CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre 2020.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., «El proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 57, mayo-junio, 2020.
- CUENCA GÓMEZ, P., «De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», en MUNAR BERNAT, P. A. (Dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- DE LORENZO GARCIA, R., «El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio en las personas con discapacidad», *Anales de Derecho y Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2019.
- DE LORENZO GARCÍA, R. y CAYO PÉREZ BUENO, L. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2020.
- DE SALAS MURILLO, S., «Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Presente tras diez años de la Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi. Civil-Mercantil*, n.º 5, 2018.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La nueva concepción de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley 15/2015», en ARECES PIÑOL, M. T. (Coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- FERNÁNDEZ de BUJÁN, A., «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», *Diario La Ley*, N.º 9961. Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021.
- FINSTERBUSCH ROMERO, C., «La extensión de los ajustes razonables en el derecho de la persona en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de los derechos humanos», *Revista Ius et Praxis*, vol. 22, núm. 2, 2016.

- GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en GETE-ALONSO Y CALERA (Coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico», monográfico coordinado por María Paz García Rubio, *La Ley Derecho de Familia, Revista Jurídica sobre familia y menores*, n.º 31, julio-septiembre 2021.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., «La inclusión de las personas con discapacidad en el Tribunal del Jurado: Un análisis a la luz de la reforma de la LO 1/2017, de 13 de diciembre», *Revista del Instituto Vasco de Derecho Procesal*, 2018.
- GETE-ALONSO CALERA, M. C., «Paternalismo y autonomía en la noción legal de discapacidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (Dirs.), *Nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2021.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., «Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Práctica de Tribunales*, núm. 141, noviembre-diciembre 2019.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., «Proceso contencioso para la provisión de medidas judiciales de apoyo», en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J. (Dir.) y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (Coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 4 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.
- GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, J. y PEREA GONZÁLEZ, A., «Un nuevo enfoque jurídico de la discapacidad: a propósito del proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2021.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., (Dirs.), *Retos y desafíos en materia de discapacidad: Una visión multidisciplinar*, INAP, Madrid, 2015.
- MORO ALMARAZ, M. J., «La tramitación legislativa de la ley 8/2021», *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, monográfico coordinado por María Paz García Rubio, *La Ley Derecho de Familia, Revista Jurídica sobre familia y menores*, n.º 31, julio-septiembre 2021.

- MUNAT BERNAT, P. A., «La curatela principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018.
- MUÑOZ CALVO, A., «Breve informe sobre la 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», *Notarios y Registradores*, 10 de junio de 2021.
- NÚÑEZ MARTÍNEZ, M. A., «Las personas con discapacidad y el derecho de participación política», en LUACES GUTIÉRREZ A.I. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (Dirs.), *Sociedad, justicia y discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- PALLARÉS NEILA, J., «Quien, qué y por qué. El estándar de intervención en el Proyecto de ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 10, septiembre 2020.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», *Diario La Ley*, Núm. 9773, Sección Tribuna, 19 de enero 2021.
- PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Procesal*, 4, 2016.
- PESQUEIRA ZAMORA, M. J., «Propuestas de reforma del procedimiento de incapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York 2006)», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2018.
- RECIO ZAPATA, M., ALEMANY CARRASCO, A., MANZANERO PUEBLA, A., «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual. Siglo Cero*, Vol. 43 (3), núm. 243, 2012.
- TORRES COSTAS, 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*, BOE, Madrid, 2020.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Vulnerabilidad, victimización y dificultades de las personas con discapacidad en el acceso al sistema de justicia en España», en LUACES GUTIÉRREZ A.I. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C (Dirs.), *Sociedad, justicia y discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021.

Capítulo XI

La Ley 8/2021, de 2 de junio, se estrena en el Tribunal Supremo

JÉSICA DELGADO-SÁEZ¹

Investigadora postdoctoral. Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL LITIGIO. III. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA. IV. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL. V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN PLENO) 589/2021, DE 8 DE SEPTIEMBRE. 1. *Consideraciones del Ministerio Fiscal*. 2. *Disposiciones transitorias de la Ley 8/2021*. 3. *Resolución del recurso de casación*. 3.1. Modificación de la capacidad. 3.2. Provisión de apoyos a la persona con discapacidad. 4. *Fallo*. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años hemos podido comprobar que las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curatela, y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso, así lo ha puesto de manifiesto la Observación General n.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) y,

1. Trabajo realizado en el ámbito del GIR «Persona y Consumo. Protección de colectivos vulnerables», cuyo Investigador responsable es el Prof. D. José Antonio Martín Pérez, reconocido el 18/10/2018 y subvencionado por la Junta de Castilla y León con el Proyecto «Discapacidad y dependencia: Retos para potenciar la autonomía de todas las personas», del que es investigador principal también el Prof. D. José Antonio Martín Pérez.

prosigue diciendo que dichas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

En España la abolición de estas prácticas se ha llevado a cabo a través 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 que ha sido «el resultado de un largo y complejo proceso de elaboración que se remonta al mandato hecho por el Ministerio de Justicia a la Comisión General de Codificación en 2015»².

La reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008. Este Tratado internacional en su artículo 12 concreta el igual reconocimiento como persona ante la Ley y, en lo que a nosotros interesa, proclama que las personas con discapacidad tienen derecho en todas las partes al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Obligando, en su párrafo tercero, a los Estados Partes a adoptar las medidas adecuadas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al que pueda necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para ello, se impone a los Estados Partes de la Convención la obligación de asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad en el derecho internacional en materia de derechos humanos, asegurando dichas salvaguardias que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se aplican en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Y la propia Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad concreta que los Estados Partes de esta tomarán las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de

2. GARCÍA RUBIO, M. P., «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, n.º 136, Sepin, 2021, ep. I.

condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán para que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Por ello, el propósito de la Convención (artículo 1) es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

La Convención forma parte de nuestro derecho interno en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española, por lo que desde hace tiempo nuestro Legislador ha trabajado incansablemente para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a sus postulados y, como refiere el preámbulo de la Ley 8/2021, «la reforma del ordenamiento jurídico español, que es consecuencia de la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se inició con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. Esta Ley preveía un plazo de un año para adaptar el Ordenamiento jurídico español al artículo 12 CDPD, y ello culminó en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; con la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o con la 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, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad».

Con todas estas reformas se ha propiciado el cambio del sistema de discapacidad vigente hasta el 3 de septiembre de 2021 en el que predominaba la sustitución en la toma de decisiones que afectaban a la persona con discapacidad por un sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona. Como pone de relieve GUILARTE MARTÍN-CALERO³ «la naturaleza jurídica de las medidas que conforman el nuevo

3. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Artículo 249» en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil*

sistema (voluntarias, legales y judiciales), que deben respetar la voluntad, deseos y preferencias no es sólo un principio que se erige en canon interpretativo y límite a la actuación de las medidas de apoyo sino que vertebra todo el sistema, de suerte que la autodeterminación constituye la fuente principal y preferente de las medidas de apoyo y, sólo en defecto de esta, procede la articulación de las medidas legales o judiciales».

Este nuevo régimen normativo regula medidas formales (voluntarias, legales y judiciales), que requieren para su adopción la observancia de las prescripciones legales establecidas, son susceptibles de controles y salvaguardas y deben ser inscritas para su conocimiento por tercero; e informales que implican una situación de hecho en la que el apoyo para tomar decisiones se realiza de una manera natural, en un entorno familiar o comunitario⁴. Se establece una preferencia por las medidas voluntarias (autocuratela y poderes o mandatos preventivo) y carácter subsidiario respecto a las anteriores a las medidas legales y judiciales (guarda de hecho, curatela y defensor judicial). Asimismo, se elimina la modificación judicial de la capacidad anteriormente denominada incapacitación judicial de tal manera que ya no será posible restringir la capacidad jurídica de la persona pues todas las personas somos titulares del derecho a tomar nuestras propias decisiones y es legítimo que nuestras decisiones sean respetadas y, para ello, se establece el deber de proveer los apoyos necesarios para lograr que todas las personas puedan ejercitar su capacidad jurídica con plena igualdad⁵.

A mi parecer el punto fundamental de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, además de la supresión de la modificación judicial de la capacidad, es la eliminación de la tutela, de la patria potestad prorrogada, de la patria potestad rehabilitada y de la prodigalidad⁶, situaciones que, en

y procesal en materia de discapacidad, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 515.

4. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Artículo 250», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 533.
5. HERAS HERNÁNDEZ, M. M., «El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 408-409. En el mismo sentido ALBERRUCHE DÍAZ- FLORES, M. M., «El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en PEREÑA VICENTE, M., (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 500.
6. En el Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se explica que dicha eliminación se debe a que eran figuras demasiado rígidas y poco adaptables al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. Incluso, se pone entredicho que los progenitores sean siempre las personas más

base a la disposición transitoria quinta de la Ley deberán ser revisadas de oficio en un plazo máximo de tres años si con anterioridad no hubiera sido solicitada la revisión de las medidas para adaptarlas al nuevo sistema.

Con anterioridad a esta reforma la graduación de la capacidad era posible y muestra de ello ha dado la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dichas resoluciones insistían en que la graduación de la capacidad de la persona debía hacerse de tal forma que la sentencia sólo limitara lo estrictamente necesario su capacidad para que la persona pudiera seguir gozando de cierta autonomía. Se intentaba evitar las resoluciones tipo, rehuir «el corta y pega» que sólo conllevaba una regulación rígida y abstracta de la persona que veía modificada su capacidad, en palabras de CORVO LÓPEZ⁷, se intentaba «huir de los modelos genéricos, iguales para todas las personas con discapacidad y optar por soluciones flexibles y revisables, ajustando los apoyos a las necesidades reales de la persona de que se tratara». Para rehusar estas resoluciones genéricas el Juez debía valorar «las habilidades funcionales de la persona en relación al diagnóstico y síntomas de su enfermedad, así como las repercusiones que éstas tuvieran en las distintas dimensiones de su vida social y jurídica; y, a la vista de las repercusiones de la enfermedad en todos y cada uno de los elementos volitivos o cognitivos que determinaba la capacidad de obrar de la persona y se dictaría una sentencia ‘personalizada’ en la que se detallarían las ‘zonas de falta de autogobierno’ y se establecerían los apoyos correspondientes a fin de que el declarado incapaz pudiera seguir ejercitando sus derechos en esos ámbitos, manteniendo intactos aquellos otros ámbitos que no se veían afectados por la falta de autogobierno»⁸.

El Tribunal Supremo puso de manifiesto lo explicado *ut supra* considerando que se trataba de confeccionar un «traje a medida»⁹ para que cada

adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera.

7. CORVO LÓPEZ, F. M., «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2021, ep. 1.1. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es> [última consulta 11-01-2022].
8. CORVO LÓPEZ, F. M., *op. cit.*, ep. 1.1.
9. Explica ALBERRUCHE DÍAZ– FLORES, M. M., *op. cit.*, pp. 500– 501, que «cuestión distinta era la aplicación que de esas normas estaban haciendo nuestros tribunales puesto que más que ‘hacer un traje a medida’ para caso concreto y aplicar la casuística que merecían las distintas situaciones en las que se podían encontrar las personas

una de las personas que veían modificada su capacidad pudiera seguir ejerciendo su capacidad jurídica con total garantía y que sólo se viera limitada su capacidad para actos concretos en los que necesitara de medidas de apoyo que le asistieran en la toma de sus decisiones¹⁰. Para confeccionar este «traje a medida» sería necesario que el Tribunal «conociera muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrollaba su vida ordinaria y representase en qué medida podía cuidarse por sí misma o necesitaba alguna ayuda; si podía actuar por sí misma o si precisaba que alguien lo hiciera por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto estaba en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisaba de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, era necesario que el tribunal de instancia que debía decidir adquiriera una convicción clara de cuál era la situación de esa persona, cómo se desarrollaba su vida ordinaria, qué necesidades tenía, cuáles eran sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisaba una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial jugaba un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no podía juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, hubiera explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder haberse hecho una idea sobre el autogobierno de esta persona»¹¹.

Volviendo a la reforma llevada a cabo por Ley 8/2021, de 2 de junio, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, no se hizo esperar su aplicación por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (8 de septiembre de 2021) que dictaba la primera sentencia relativa al nuevo régimen jurídico de la discapacidad. La sentencia examina la proporcionalidad del apoyo suministrado a la persona afectada por la discapacidad pues el trastorno que sufre es moderado y sólo le impide realizar ciertos actos y; además, afronta la posibilidad de designar apoyos judiciales a una persona que los rechaza siendo la Sala conocedora de que si no los provee se puede estar comprometiendo la salud de la persona.

con discapacidad, venían haciendo un ‘uso excesivo del corta pega’ aplicando las soluciones jurídicas dadas a unos casos a otros distintos llegando así a una reproducción de resoluciones tipo que hacían inevitable rediseñar nuestro sistema». En el mismo sentido CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 777, 2020.

10. STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901); STS de 3 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 4815).
11. STS de 1 de julio de 2014 (RJ 2014, 4518); STS de 20 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4900); STS de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1505); STS de 6 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1062).

El objeto de este capítulo es analizar esta primera sentencia del Tribunal Supremo y por ello, se va a examinar las resoluciones dictadas en primera y segunda instancia y el recurso de casación.

II. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL LITIGIO

Los antecedentes del caso que enjuicia la sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre son los siguientes: en octubre de 2018, los vecinos del inmueble donde residía D. XXX se pusieron en contacto con la fiscalía preocupados por su vecino pues en ese momento tenía 66 años, vivía solo y no tenían conocimiento de que D. XXX tuviera algún familiar.

Según los vecinos, D. XXX acumulaba en su vivienda «trastos y alimentos que recogía de los cubos de la basura de la vía pública». Tampoco acudía al médico desde hacía años y ello había conllevado que su situación personal se deteriorara progresivamente y, en consecuencia, consideraban que D. XXX necesitaba atención social y sanitaria.

El Ministerio Fiscal al ser conocedor de estos hechos interpuso demanda de juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo y en su demanda realizó dos peticiones. La primera de ellas que «se determinara la capacidad, medios y salvaguardias adecuadas y efectivas para su ejercicio de D. XXX, es decir que fijara la capacidad jurídica de D. XXX y los medios de apoyo más idóneos para que el presunto discapacitado pudiera seguir conservando su capacidad jurídica: tutela, curatela, defensor judicial... La segunda petición fue que se «determinara con precisión la extensión de los medios de apoyo más idóneos» y, en concreto, «los actos para los que precisaría de apoyo y en qué consistirían, respetando al máximo la autonomía» de D. XXX, ello conllevaría que el Juzgado nombrara a la persona que hubiera de asistirle y/o representarle y velara por el discapacitado¹².

III. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda interpuesta conllevó que el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo practicara todas las pruebas legales pertinentes, principalmente la exploración judicial y el examen del médico forense, y

12. SALAS CARCELLER, A., «Doctrinal jurisprudencial urgente sobre la modificación de la regulación sobre la falta de capacidad de las personas físicas (Ley 8/2021)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, 2021, p. 222.

dejara constancia de que D. XXX padece el síndrome de Diógenes y esta patología condiciona el «cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que reside, con riesgo evidente para la salubridad general y en concreto, la de sus vecinos de edificio» pues se llega a comprobar que el olor nauseabundo que se desprendía de la vivienda de D. XXX se podía percibir en el portal del edificio. De igual forma, el Juzgado hizo suya la percepción del forense y consideró que «tal situación debería ser abordada mediante el tratamiento médico correspondiente que detecte otras posibles patologías o trastornos». De la exploración judicial que se realizó se deriva, según explica el Juzgado de Primera Instancia que el demandado se mostró preciso y coherente en su razonamiento y, además, argumentó que, aunque era cierto que rebuscaba en la basura solo recogía cosas en buen estado. Llegando incluso a precisar que «tenía dinero ahorrado y que, precisamente, no gastando, consigue ahorrar ese dinero, llegando a hablar de un depósito de 150.000 euros y de varias propiedades».

En consecuencia, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2019, en la que se estimó parcialmente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y, por ello, se modificó la capacidad de obrar de D. XXX acordando como medida de apoyo la asistencia en el orden y limpieza de su domicilio a la CCAA Principado de Asturias como tutora del demandado; igualmente, se autorizó a la tutora a la entrada en el domicilio de D. XXX con la periodicidad que estimara conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a D. XXX solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas en la sentencia.

D. XXX disconforme con dicha resolución, pues había manifestado su oposición a la adopción de cualquier tipo de medida, interpuso recurso de apelación.

IV. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Del recurso de apelación interpuesto por D. XXX conoció la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Asturias que dictó sentencia el 19 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallamos: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. XXX contra la sentencia dictada en fecha dieciocho de marzo de dos mil diecinueve por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se confirma».

V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN PLENO) 589/2021, DE 8 DE SEPTIEMBRE

La representación procesal de D. XXX interpuso recurso de casación ante la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Asturias fundamentado en el siguiente motivo: «infracción del artículo 199 CC en relación con los artículos 200 y 322 del mismo texto legal, referidos a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, con infracción de la jurisprudencia que los interpreta, pues la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar».

Para analizar la fundamentación jurídica que el Tribunal Supremo realiza para resolver el recurso de casación es preciso tener en consideración las manifestaciones realizadas por el Ministerio Fiscal y las disposiciones transitorias 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, que se promulgó durante la tramitación del recurso de casación.

1. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO FISCAL

El Ministerio Fiscal en este proceso se pronunció dos veces ante el Tribunal Supremo: la primera de ellas, con ocasión de la interposición del recurso de casación y de la contestación al mismo y; la segunda, tras haber dado el Tribunal Supremo vista a las partes para que informaran sobre la incidencia de la reforma operada por la Ley 8/2021 en el caso, pues dicha reforma afectaría al fallo de la sentencia. Estas mismas oportunidades de manifestación tuvieron las partes.

El Ministerio Fiscal en su primer informe consideró que procedía la desestimación del recurso de casación interpuesto. Sin embargo, solicitó a la Sala Primera del Tribunal Supremo que se acordara que D. XXX quedaría sujeto a curatela siguiendo los principios de necesidad¹³, flexibilidad¹⁴,

13. CORVO LÓPEZ, F. M., *op. cit.*, ep. 1.2., explica respecto al principio de necesidad que el párrafo 5.º del artículo 250 CC «puntualiza que la curatela entrará en juego cuando la persona precise el apoyo de modo continuado y el artículo 269, párrafo 1.º CC, en conexión con el artículo 249 CC, determina que ‘la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad’». Por lo que consideramos que «se trata de una medida de carácter subsidiario, que sólo se establecerá en el caso de que el interesado no haya previsto medidas de apoyo con carácter previo o las previstas no se consideren válidas o suficientes».

14. El párrafo quinto del artículo 250 CC dispone, respecto al principio de flexibilidad que «su extensión – refiriéndose a la curatela – vendrá determinada en la correspondiente

temporalidad¹⁵ y proporcionalidad¹⁶ de las medidas de apoyo recogidos en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁷. El organismo público que ejerciera la curatela, en este caso la CCAA del Principado de Asturias, tendría las facultades establecidas en la sentencia recurrida, es decir, asistiría a D. XXX solamente en lo relativo al orden y limpieza de su domicilio y tendría la entrada permitida en el domicilio de D. XXX con la periodicidad que estimara conveniente a los efectos de limpiar y ordenar el domicilio exclusivamente. Aun así, el Ministerio Fiscal realizó una salvedad en el ejercicio de la curadora y fue «en lo relativo a la elección de los servicios de mantenimiento y limpieza pues asistiría a D. XXX en la contratación y solo supliría su voluntad en caso de la negativa de éste a contratar servicio alguno, y ampliándolas a las decisiones y actuaciones sanitarias tendentes a garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiera para el control y cuidado de la enfermedad que ha motivado la modificación de su capacidad». Con estas consideraciones el Ministerio Fiscal pretendía como primera medida la asistencia para que la persona sujeta a curatela participara y tomara

resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo».

15. El principio de temporalidad queda reflejado en el artículo 268 CC al establecer que «las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años».
16. DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa» en MUÑIZ ESPADA, E. (Coord.) *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer 2020, p. 153, precisa que el «el criterio fundamental en la determinación de la medida de apoyo de personas con discapacidad se centra en el Principio de proporcionalidad donde deben tenerse en cuenta por la autoridad judicial los derechos a su integridad personal, administración de sus bienes, libertad de desplazamiento, derecho a vivir de forma independiente, a la salud, a la participación en la vida política y pública, entre otros. En sede de curatela, este principio se manifiesta en el párrafo 1.º del artículo 268 CC, según el cual, las medidas han de ser ‘proporcionadas a las necesidades de las personas que las precise’». Igualmente, el principio de proporcionalidad está presente en el párrafo 5.º del artículo 250 CC al disponer que «su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona discapacidad y con sus necesidades de apoyo» y; en el párrafo 2.º del artículo 269 CC al disponer que «la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo».
17. SEGARRA CRESPO, M. J., ALÍA ROBLES, A., «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª TS de 8 de septiembre de 2021», *Actualidad Civil*, n.º 10, 2021, ep. 2.a). Disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/> [última consulta 12-01-2022].

las decisiones y solo se supliría su voluntad cuando se negara a llevar a cabo la medida impuesta; y una segunda medida asistencial en el ámbito sanitario que garantizara los tratamientos y terapias que requería D. XXX. Con esta medida de apoyo el Ministerio Fiscal intentaba mantener la autonomía de la persona sometida a la curatela.

Además, el ministerio Fiscal consideró que se debía realizar un control cada seis meses de las medidas de apoyo acordadas con el fin «de valorar, a la vista de la evolución de D. XXX, si procede dejarlas sin efecto en caso de mejora o su ampliación si fuera necesario».

El Principado de Asturias se adhirió a las alegaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal. La segunda intervención en el proceso de casación del Ministerio Fiscal se realizó tras haber dado la Sala Primera del Tribunal Supremo vista a las partes para que informaran sobre la incidencia de la reforma operada por la Ley 8/2021 en el caso pues como la propia sentencia explica «al tiempo en que estaba señalada, por primera vez, la votación y fallo del recurso (27 de mayo de 2021), estaba prácticamente concluida la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, por ello, en atención al contenido de sus disposiciones transitorias, –seguidamente analizaremos la DT 6.^a– la Sala resolvió dar vista a las partes para que pudieran informar sobre la incidencia de la reforma legal en el presente caso».

El Ministerio Fiscal después de una somera e introductoria exposición del alcance de la reforma legal operada por la Ley 8/2021; del trastorno que sufre D. XXX, síndrome de Diógenes, se ratifica en la necesidad de prestarle medidas de apoyo, en concreto, de las enumeradas en el artículo 250 CC considera que sólo la curatela es adecuada para D. XXX pero subraya que se permitirá «dentro de lo posible, que el interesado pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y sobre todo se fomente que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro», y ello en virtud de la letra n) del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que reconoce la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Continúa el Ministerio Fiscal ahondando en su informe en esta idea fundamental pues «tanto la medida de apoyo que se acuerde en cada caso concreto como la actuación del curador deben respetar la dignidad de la persona y la voluntad, deseos y preferencias del afectado, estando orientados también a fomentar que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, informándola, ayudándola en su comprensión y facilitando que pueda expresar sus preferencias y tomar decisiones».

De ahí que en este segundo informe se pusiera de manifiesto que D. XXX participaría «en la selección del servicio de limpieza de la vivienda y en la toma de decisión de cuándo resulta conveniente esa limpieza» de tal forma que solo se llevaría a cabo una curatela representativa cuando se produjera el fracaso de la colaboración del interesado para tomar dichas decisiones y llevarlas a cabo.

Teniendo en consideración lo anterior el Ministerio Fiscal estimó que «no resultaría justificado de inicio en este caso, la inclusión de funciones representativas, sin perjuicio de que pudiera constituir un último recurso».

Como observamos y ponen de relieve SEGARRA CRESPO y ALÍA ROBLES¹⁸, el Ministerio Fiscal mudó la postura que mantenía en su primer informe en la que consideró factible una curatela asistencial y representativa hacia una aplicación gradual de la medida de apoyo pues, en el segundo informe, partía de una curatela asistencial que sólo podría ser representativa cuando D. XXX se negara a colaborar en la toma de decisiones en lo relativo a la limpieza, la contratación del servicio o cuándo realizar dichas labores.

El informe concluyó poniendo de manifiesto que el modo en el que el curador debía abordar la relación con D. XXX estaría orientada a poder lograr la mejor coordinación, confianza y diálogo entre ambos porque lo que se pretendía con dicha medida era «velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada y procurar que disfrutara de los mismos derechos que el resto de las personas en igualdad de condiciones (artículo 249 CC)».

2. DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 8/2021

La implantación del nuevo régimen de provisión de apoyos requiere de la articulación de un régimen transitorio hasta que se produzca el total y definitivo asentamiento de la Ley 8/2021 en nuestro ordenamiento jurídico pues con este nuevo régimen se pretende adaptar nuestro sistema jurídico a lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que «sostiene un modelo social de la discapacidad basado en los derechos humanos y en su ejercicio igualitario»¹⁹.

18. SEGARRA CRESPO, M. J., ALÍA ROBLES, A., *op. cit.*, ep. 2.b).

19. HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *op. cit.*, p. 408. Esta autora en las páginas posteriores de su trabajo sostiene que «las reglas básicas en las que se sustenta el régimen jurídico transitorio de la Ley son las siguientes: 1) como regla general, las funciones de apoyo

Tal y como se apunta en la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, «la Ley 8/2021, de 2 de junio, en coherencia con la naturaleza de la materia reformada y la finalidad perseguida, ha establecido unas reglas de aplicación transitoria especiales» que vinculaban al Tribunal Supremo para resolver el recurso de casación presentado.

En primer lugar, el Tribunal se ve condicionado por lo dispuesto en la disposición transitoria 6.^a que establece que «los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento» y, se ve condicionado porque, como se explica, «esta sentencia iba a ser dictada con fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y el tribunal estaba afectado por esta disposición transitoria. Aunque la deliberación del recurso había sido señalada antes, para el 14 de julio, contando con que el mes de agosto es inhábil, la sentencia podía ser dictada en plazo después de la entrada en vigor de la nueva Ley. De ahí que se ajustaran a lo previsto en la DT 6.^a y resolvieran el recurso de casación atendiendo al nuevo régimen de provisión de apoyos contenido en el Código Civil»²⁰. Asimismo, se explica en el texto de la disposición que se conservaran, en

en vigor se ejercen conforme a la Ley 8/2021, desde la toma en consideración del criterio preferente de máximo respeto a la voluntad, deseos y preferencias por ella o sin ella, sino junto a ella. 2) la declaración legal expresa de la ineficacia de cualquier privación de derechos o de su ejercicio que pudiera quedar subsistente como parte del contenido de los pronunciamientos judiciales anteriores a la reforma. De igual forma ha de declararse la ineficacia legal de cualquier privación de derechos que se estableciera legalmente. 3) determinación legal de la equivalencia legal expresa entre tutela y curatela representativa. De igual modo, las previsiones de la autotutela se entienden referidas a la autocuratela y se regirán por la Ley. Se opta asimismo por el mantenimiento de las funciones que desempeñan los titulares de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, así como de aquellas que desempeñan los curadores de los declarados judicialmente pródigos, en tanto se produce la revisión judicial de todas y cada una de estas medidas judiciales. 4) la supresión legal de la sustitución ejemplar como consecuencia de la desaparición, no total, de los mecanismos de sustitución, fundamento que sirve también para justificar la supresión legal de la patria potestad de los adultos con discapacidad intelectual o volitiva. 5) para garantizar la implantación efectiva del nuevo régimen jurídico, se impone legalmente la preceptiva revisión judicial de todas y cada una de las medidas judiciales constituidas con anterioridad a la reforma, revisándolas una por una para reemplazar por los nuevos instrumentos de apoyo. 6) la aplicación del nuevo régimen jurídico a los procesos en curso».

20. SALAS CARCELLER, A., *op. cit.*, p. 226, considera que la aplicación de la Ley 8/2021 por el Tribunal Supremo a este caso «se trata de un supuesto excepcional pues, como es sabido, la función de la casación consiste en el examen sobre la correcta aplicación del derecho sustantivo por la sentencia recurrida que, en este caso, no pudo tener en cuenta la modificación operada por la Ley 8/2021 ya que, en la fecha en que se dictó, aún no se había producido la reforma».

todo caso, la validez de las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento en aras del principio de seguridad jurídica «con la finalidad de prevenir dilaciones en el proceso o eventuales nulidades de las actuaciones procesales practicadas, todo ello sin perjuicio de que la autoridad judicial ajuste este proceso a las nuevas exigencias legales»²¹.

En segundo lugar, es conveniente poner en relación lo explicado *ut supra* con la disposición transitoria 5.^a de la Ley 8/2021 que establece la revisión de las medidas acordadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma para asegurar la implantación del nuevo régimen y ello conllevará «revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la ley, para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos».

Por ello, teniendo en consideración las disposiciones transitorias 5.^a y 6.^a de la Ley 8/2021 aunque la Sala Primera hubiera podido dictar sentencia justo antes de la entrada en vigor de la reforma (recordamos 3 de septiembre de 2021) «carecía de sentido resolver de acuerdo con la normativa anterior a la reforma, sabiendo que necesariamente lo resuelto, en breve tiempo, iba a ser revisado y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos» y, en consecuencia se resuelve el recurso de casación conforme al nuevo régimen normativo de provisión judicial de apoyos. Esta consideración del Tribunal Supremo tiene y va a tener una influencia inmediata en las resoluciones de nuestros Tribunales que versen sobre la capacidad de las personas pues significa que las sentencias que se dicten a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 deberán ser conformes al contenido de la nueva normativa.

3. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Tras realizar una exhaustiva reflexión sobre la reforma operada 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 y detenerse en los preceptos relativos a las disposiciones generales de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (artículo 249 CC) y a la curatela (artículos 268 y 269 CC) entra a examinar si lo acordado en las instancias anteriores se acomodaba al nuevo régimen de la provisión judicial de apoyos. Y constata que «tanto el Juzgado como la Audiencia, resolvieron bajo la normativa vigente entonces y la jurisprudencia de esta sala, que para adaptar el sistema legal anterior al artículo 12 de la Convención de Nueva

21. HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *op. cit.*, p. 441.

York, transformó la incapacitación y la constitución de la guarda legal (tutela o curatela) en una modificación de capacidad para la provisión de apoyos a la persona con discapacidad». Seguidamente analiza el fallo que se dicta en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que es confirmado por la Sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Asturias. Como ya conocemos el fallo contiene dos pronunciamientos: «el primero se refiere a la modificación de la capacidad de D. XXX; y el segundo acuerda, como medida de apoyo, la asistencia en el orden y la limpieza» del domicilio del interesado y para ello se «autorizó a la CCAA del Principado de Asturias, como tutora del demandado, a la entrada en el domicilio [...] con la periodicidad que estime la tutora conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a D. XXX solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la presente sentencia – orden y limpieza y asistencia sanitaria de D. XXX». Vamos a desgranar cada uno de los pronunciamientos a continuación.

3.1. Modificación de la capacidad

Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se elimina la incapacitación entendida como un estado civil determinado por un Juez a través de una sentencia de nuestro ordenamiento jurídico y con esta supresión desaparece la tutela de las personas con discapacidad por lo que el primer pronunciamiento de las sentencias de Primera y Segunda instancia relativo a la modificación de la capacidad de D. XXX «debe suprimirse, ya que desaparece cualquier declaración judicial de modificación de capacidad. Cuestión distinta es que la provisión de apoyos, en cuanto que debe tener en cuenta la necesidad de la persona con discapacidad y acomodarse a ella, entrañe necesariamente un juicio o valoración de los efectos de la discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, en general, de su capacidad jurídica».

3.2. Provisión de apoyos a la persona con discapacidad

Respecto al segundo pronunciamiento de las sentencias en el que se acuerda como medida de apoyo la tutela ejercida por la CCAA del Principado de Asturias que consistía en la asistencia en el orden y limpieza del domicilio del interesado y se autorizaba a la tutora a la entrada en el domicilio de D. XXX con la periodicidad que estimara conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, se examina si la medida adoptada es acorde con el nuevo régimen legal y puntualiza la Sala que «al margen

de que pudieran sustituirse las menciones a la tutela por la curatela, lo verdaderamente relevante es examinar si el contenido de las medidas y su adopción con la oposición expresa del interesado, se acomoda al nuevo régimen legal». Por lo que el Tribunal analiza la curatela aplicada al caso concreto y la posible adopción de la medida a pesar de que existe oposición expresa del interesado. La curatela es la figura que mayor desarrollo normativo ha conllevado en la reforma operada por la Ley 8/2021 (artículos 268 a 294 CC)²², pero antes de entrar en cualquier consideración sobre la medida de apoyo indicaremos que el propio Código Civil en el párrafo quinto del artículo 250 define a la curatela como una «medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo continuado», como es el caso de autos pues D. XXX requiere de asistencia para mantener el orden y la limpieza en su vivienda y para seguir el tratamiento pautado. La curatela está indicada para ser asistencial y permite una graduación de la misma y solo de forma excepcional podrá ser representativa²³. El apoyo del curador asistencial consiste en «orientar, asesorar o facilitar la

22. Que sea la figura de apoyo con mayor densidad normativa no significa, como explica GARCÍA RÚBIO, M. P., «Contenido y significado general ...», *op. cit.*, ep. 5.3., que «sea la medida de apoyo más importante del nuevo sistema» (...) y es que «la mayor densidad normativa de la curatela no obedece a su prioridad sino a que como figura formal supletoria, precisa de más reglas que aquellas otras basadas en la voluntad de la persona o que son puramente informales».

23. Consideramos que la curatela podría ser representativa en casos muy excepcionales como puede ser las personas consideradas como «grandes dependientes» que desde el nacimiento o desde edades tempranas sufren ciertas discapacidades insalvables y, por ello, la persona que ejerce el cargo de curador representativo debería tomar todas decisiones concernientes a la voluntad negocial del discapacitado. Otro supuesto en el que podría darse la curatela representativa para determinados actos sería cuando se producen deterioros cognitivos de las personas adultas y, en estos supuestos sería necesario atender a la trayectoria vital de la persona, creencias y valores para tomar la decisión que hubiera adoptado dicha persona si no hubiera requerido la representación. La posibilidad de atribuir al curador funciones representativas es excepcional y en consecuencia, se concede no se presume nunca.

El Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, recientemente reformado por el Real Decreto 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, establece en sede de «asistencia» en el párrafo tercero del artículo 226-4 que «la autoridad judicial, en resolución motivada y sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona asistida, puede determinar los actos concretos en los que la persona que presta asistencia puede asumir la representación de la persona asistida», por lo que en Cataluña también es excepcional la representación de la persona que presta la asistencia siendo necesario que sea determinada por resolución judicial motiva.

FERNÁNDEZ- TRESGUERRAS, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 62, matiza que «la representación podrá ser con carácter permanente o bien *ad hoc*, para un caso concreto, a través de las medidas judiciales o voluntarias».

comprensión a la persona que precisa el apoyo, de tal forma que sea esta la que tome la decisión final en aras del respeto a su voluntad» en virtud del artículo 282 CC, por ello es fundamental que se garantice que la persona con discapacidad «ha sido informada y comprende el acto que va a realizar»²⁴, se trata de que la persona necesitada del apoyo desarrolle su propia decisión.

En realidad, dejando a un lado la curatela, como manifiesta la Sala, «el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado». En el presente caso, D. XXX ha manifestado, de forma clara y terminante en cada una de las instancias y siempre que ha tenido oportunidad, su oposición a la adopción de las medidas de apoyo por lo que el Tribunal se pregunta si es posible en un caso como en el enjuiciado proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

«La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42 bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado». Y continúa explicando que «en realidad, el artículo 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo “atender”, seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”». En el presente caso existe causa que justifica no atender a

24. CORVO LÓPEZ, F. M., *op. cit.*, ep. 3.2.

la voluntad, deseos y preferencias de D. XXX ya que «existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda». Y justifica la adopción de apoyos judiciales en que «no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal». Como podemos comprobar, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad no es un imperativo categórico, sino que es susceptible de examen y variación por la autoridad judicial y ello porque debe emitir un dictamen trascendental que afectará a la persona a la que se discuta si se provee de apoyos judiciales²⁵.

Con esta reforma 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 las 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 y me pregunto si es justo y lícito establecer apoyos judiciales en contra de la voluntad de la persona cuando, en este caso concreto, la persona afectada se había opuesto expresamente a la demanda formulada por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia alegando que no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Y de igual forma manifestó su oposición a la provisión de apoyos en el recurso de casación presentado pues el Sr. XXX «es una persona orientada, sin alteraciones sensorio-perceptivas ni deterioro cognitivo, que ha mantenido fluidez y cabal conocimiento y contenido de las preguntas que le han sido formuladas, al ser examinado por el Médico Forense y explorado por los Magistrados,

25. En el mismo sentido FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *op. cit.*, p. 36.

tanto en primera como en segunda instancia, respondiendo con coherencia, con un discurso textual y oral lúcido y acorde al que dimana de una persona no inmersa en procedimientos de incapacitación, evidenciando de sus respuestas una capacidad decisoria respecto a sus intereses personales y una total autonomía para los actos de su vida cotidiana». Y, para más insistencia en el asunto había quedado probado que «en la exploración judicial el demandado se había mostrado preciso y coherente en su razonamiento, respondiendo a todas las preguntas planteadas».

La doctrina de nuestro país ya se ha pronunciado sobre si la persona con discapacidad que va a ser sometida al apoyo en el ejercicio de su capacidad puede rechazar este. Haciendo nuestras las palabras expresadas por GARCÍA RUBIO²⁶ decimos que «la Ley 8/2021 no se pronuncia de modo expreso sobre el derecho o no de la persona con discapacidad a rechazar el apoyo, cuestión sobre la que tampoco dice nada el texto convencional, pero sí la Observación General Primera, que apuesta por la respuesta

26. GARCÍA RUBIO, M. P., «Contenido y significado general ...», *op. cit.*, ep. 4. La Profa. GARCÍA RUBIO en otro de sus trabajos (GARCÍA RUBIO, M. P., «La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, n.º 9939, 2021, disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/> [última consulta 12-01-2022]), muestra su crítica a la sentencia 589/2021 en este punto y considera que «no puede compartir que nuestro más alto tribunal trate de solventar un problema de salud pública y asistencia social recurriendo a algo que ni siquiera está en entredicho en el caso, cual es la capacidad jurídica de una persona adulta que, por si fuera poco, en todas las instancias del procedimiento ha sido reconocida como un sujeto con conciencia y voluntad de decidir. Tampoco comparto la tajante afirmación según la cual la nueva Ley permite imponer apoyos a una persona que no los quiere; soy consciente que la previsión legal que permite la apertura del procedimiento contencioso en caso de oposición al apoyo, incluida la oposición de la persona afectada, es un argumento de peso a favor de tal criterio; pero también creo que es una respuesta contraria a la Convención y que existen argumentos para mantener lo contrario, argumentos que el Tribunal Supremo ni siquiera trata de explorar».

Igualmente, CARRASCO PEREA, A., «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 978, 2021, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es> [última consulta 11-01-2022], es crítico en este punto con la Ley 8/2021 y la sentencia pues refiere que «el magistrado ponente –acaso constreñido por cómo habían llegado las cosas dadas a la casación– tendría que optar finalmente por un *non liquet*, con archivo de expediente y nulidad de actuaciones de origen, o por seguir, como finalmente hace, una vía peligrosísima para el funcionamiento del espurio sistema de apoyos diseñado por la ley 8/2021. *No importa que Diógenes no quiera apoyos, porque su decisión procede precisamente de la deficiencia cognitiva que define su síndrome*. Sígame por ahí y habremos dinamitado la parafernalia ideológica sobre la que se construye el nuevo sistema. De momento, no ha podido soportar el primer rejón que le mete el discreto Sr. Sancho Gargallo. Otros vendrán que le apuntillarán». FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», *Diario La Ley*, n.º 9961, 2021, ep. 8. Disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/> [última consulta 27-01-2022].

afirmativa tanto de modo implícito cuando afirma que ‘algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás con arreglo al artículo 12.2, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir apoyo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12.3’, como de modo directo, cuando se dice que ‘la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento’²⁷».

4. FALLO

Tras todos los argumentos establecidos en los fundamentos jurídicos de la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, hemos de manifestar que la Sala Primera del Tribunal Supremo estimó «en parte el recurso de casación, en cuanto que dejó sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituyó la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, las confirmó con algunas de las propuestas del fiscal». Para ser más exactos se «estableció una curatela con carácter meramente asistencial que consistía en que la entidad designada como curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa estando, para cumplir esta función, autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra, asegurar la efectiva atención médico-asistencial del Sr. XXX, en lo que respecta al trastorno que padece».

Asimismo, estableció «la revisión cada seis meses del resultado de las medidas²⁸ y la incidencia práctica que hubieran podido tener. A la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que fuera estrictamente necesario podría recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de D. XXX, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias».

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., «El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en

27. Punto 29.g) de la Observación General n.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
28. Consideran SEGARRA CRESPO, M. J., ALÍA ROBLES, A., *op. cit.*, ep. 7 que es significativo «remarcar la importancia del período de revisión de seis meses de la medida, pues permite buscar el compromiso de la persona afectada por el trastorno con la finalización de la medida que le afecta y puede ser un incentivo para la cooperación que se espera de ella».

- PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 497– 519.
- CARRASCO PEREA, A., «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 978, 2021, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es> [última consulta 11-01-2022].
- CORVO LÓPEZ, F. M., «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2021, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es> [última consulta 11-01-2022].
- CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 777, 2020, pp. 13-90.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa» en MUÑIZ ESPADA, E. (Coord.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer 2020.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», *Diario La Ley*, n.º 9961, 2021. Disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/> [última consulta 27-01-2022].
- FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, n.º 136, Sepin, 2021.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, n.º 9939, 2021, disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/> [última consulta 12-01-2022].
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Artículo 249» en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 511– 527.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Artículo 250» en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se*

reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 527-552.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Artículo 268» en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 679– 688.

HERAS HERNÁNDEZ, M. M., «El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 407– 446.

SALAS CARCELLER, A., «Doctrinal jurisprudencial urgente sobre la modificación de la regulación sobre la falta de capacidad de las personas físicas (Ley 8/2021)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, 2021.

SEGARRA CRESPO, M. J., ALÍA ROBLES, A., «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª TS de 8 de septiembre de 2021», *Actualidad Civil*, n.º 10, 2021, disponible en <https://laleydigital.laleynext.es/> [última consulta 12-01-2022].

Capítulo XII

Incapacidade judiciária na ordem jurídica portuguesa: aspetos processuais

MARCO CARVALHO GONÇALVES

*Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigador Integrado do Centro de Investigação
em Justiça e Governação (JusGov)*

SUMARIO: I. INCAPACIDADE JUDICIÁRIA: ÂMBITO E SUPRIMENTO. 1. *Suprimento da incapacidade dos menores.* 2. *Suprimento da incapacidade dos maiores acompanhados.* 2.1. *Maior acompanhado sujeito a representação.* 2.2. *Maior acompanhado não sujeito a representação.* II. DEFESA DO INCAPAZ PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. III. REPRESENTAÇÃO DO INCAPAZ PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IV. CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE CAPACIDADE JUDICIÁRIA. 1. *Âmbito.* 2. *Suprimento da incapacidade judiciária e da irregularidade de representação.* V. REGIME JURÍDICO DO MAIOR ACOMPANHADO. 1. *Âmbito.* 2. *Natureza do processo.* 3. *Tribunal competente.* 4. *Princípios estruturantes.* 4.1. *Princípio do dispositivo.* 4.2. *Princípio do inquisitório.* 4.3. *Princípio da imediação.* 5. *Legitimidade.* 6. *Tramitação processual.* 6.1. *Requerimento inicial.* 6.2. *Citação, representação e resposta do beneficiário.* 6.3. *Fase instrutória.* 6.4. *Decisão.* 6.5. *Recurso.* 6.6. *Efeitos.* 7. *Medidas provisórias e medidas cautelares.* 8. *Publicidade.* 8.1. *Publicidade do processo.* 8.2. *Publicidade da decisão.* 9. *Caso julgado e revisão periódica.* IV. BIBLIOGRAFIA.

I. INCAPACIDADE JUDICIÁRIA: ÂMBITO E SUPRIMENTO

O Código de Processo Civil português¹ dispõe, no seu art. 15.º, que a capacidade judiciária consiste na suscetibilidade de a parte estar, por si, em juízo².

À luz do princípio da coincidência ou da equiparação, consagrado no art. 15.º, n.º 2, a capacidade judiciária tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos, pelo que tem capacidade judiciária quem, igualmente, tem capacidade de exercício de direitos³.

Assim, sendo parte na ação um menor ou um maior acompanhado que se encontre sujeito a representação, estes, em regra, só podem estar em juízo por intermédio dos seus representantes, salvo se estiverem em causa atos que os mesmos possam exercer pessoal e livremente (art. 16.º, n.º 1).

1. SUPRIMENTO DA INCAPACIDADE DOS MENORES

No que em particular se refere aos menores, o suprimento da sua incapacidade depende do modo como se acha regulado o exercício das responsabilidades parentais (cfr. os arts. 1901.º e 1906.º do CC), já que, nos termos do art. 124.º do CC, a incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela.

Com efeito, se o exercício das responsabilidades parentais competir a ambos os pais, cabe a estes a representação em juízo do menor. Deste modo, se o menor pretender propor uma ação, é necessário o acordo dos pais para que a ação possa ser proposta⁴. Outrossim, se a ação for proposta contra um menor que se encontre sujeito ao exercício das responsabilidades parentais dos pais, devem ambos ser citados para a ação, atento o disposto no art. 16.º, n.º 3.

1. Pertencem ao Código de Processo Civil as disposições legais citadas sem indicação da respetiva fonte.
2. Como bem salienta Artur Anselmo de Castro, a capacidade judiciária consubstancia-se numa «qualidade intrínseca, natural da pessoa que se traduz no plano jurídico processual na possibilidade de exercitar validamente por si próprio os direitos processuais respectivos» (CASTRO, A. A. de (1982). *Direito Processual Civil Declaratório* (vol. II). Almedina).
3. Nessa exata medida, à luz do art. 127.º do Código Civil – doravante designado abreviadamente por «CC» –, o menor pode, excepcionalmente, ter capacidade judiciária nos casos em que, também a título excepcional, beneficie de capacidade de exercício de direitos. Daí que, como bem refere Alberto dos Reis, o princípio da coincidência entre a capacidade de exercício de direitos e a capacidade judiciária não seja absoluto (Reis, José Alberto dos (1982). *Código de Processo Civil Anotado* (3.ª ed., vol. I). Coimbra Editora).
4. Verificando-se um desacordo entre os pais na representação do menor, aplica-se o regime previsto no art. 18.º

2. SUPRIMENTO DA INCAPACIDADE DOS MAIORES ACOMPANHADOS

No que diz respeito ao suprimento da incapacidade dos maiores acompanhados, importa distinguir consoante estes se encontrem ou não sujeitos a representação.

2.1. Maior acompanhado sujeito a representação

Se o maior acompanhado se encontrar sujeito a representação, aplica-se, analogamente, o regime previsto para os menores, razão pela qual o maior acompanhado é representado em juízo pelo seu representante legal. Por conseguinte, se o maior acompanhado pretender propor uma ação, caberá ao seu representante legal autorizar a propositura da mesma. Diferentemente, se a ação for proposta contra um maior acompanhado que se encontre sujeito a representação, a citação deve ser realizada na pessoa do seu representante legal.

2.2. Maior acompanhado não sujeito a representação

Se o maior acompanhado não se encontrar sujeito a representação, este pode intervir em todas as ações em que seja parte, atento o disposto no art. 19.º, n.º 1⁵.

Acresce que, se o maior acompanhado for réu numa ação, este deve ser citado, assim como o seu acompanhante, sob pena de se verificar uma nulidade por falta de citação, nos termos dos arts. 19.º, n.º 1, 2.ª parte, e 188.º

Por outro lado, estando em causa a prática de um ato sujeito a autorização, a intervenção do maior acompanhado fica subordinada à orientação do acompanhante, a qual prevalece em caso de divergência.

II. DEFESA DO INCAPAZ PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Código de Processo Civil português prevê um mecanismo especial de proteção, destinado a salvaguardar a situação processual do incapaz

5. Com efeito, conforme resulta do art. 13.º da Convenção de Nova Iorque sobre os direitos das pessoas com deficiência, de 13 de dezembro de 2006, «Os Estados Partes asseguram o acesso efectivo à justiça para pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais, incluindo através do fornecimento de adaptações processuais e adequadas à idade, de modo a facilitar o seu papel efectivo enquanto participantes directos e indirectos, incluindo na qualidade de testemunhas, em todos os processos judiciais, incluindo as fases de investigação e outras fases preliminares».

que, sendo parte passiva num processo judicial, não tenha deduzido oposição.

Com efeito, à luz do art. 21.º, se não for deduzida oposição pelo incapaz – ou pelos seus representantes legais –, incumbe ao Ministério Público assegurar a defesa do incapaz, salvo se o mesmo já representar o autor, situação em que deve ser nomeado um defensor oficioso ao incapaz. Nessa eventualidade, o Ministério Público deve ser citado, através do sistema de informação de suporte à atividade dos tribunais, presumindo-se a citação efetuada no terceiro dia posterior ao do seu envio, caso em que o prazo para a apresentação da contestação passa a correr *ex novo*.

III. REPRESENTAÇÃO DO INCAPAZ PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nos termos do art. 23.º, n.º 1, incumbe ao Ministério Público, em representação do incapaz, intentar em juízo quaisquer ações que se mostrem necessárias à tutela dos seus direitos e interesses.

Nesse caso, à luz do n.º 2 do citado preceito legal, a representação do Ministério Público pode cessar em duas situações distintas: logo que seja constituído mandatário judicial do incapaz ou, quando deduzindo o respetivo representante legal oposição à intervenção principal do Ministério Público, o juiz, ponderado o interesse do representado, a considere procedente.

IV. CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE CAPACIDADE JUDICIÁRIA

1. ÂMBITO

A incapacidade judiciária gera uma exceção dilatória, nos termos dos arts. 576.º e 577.º, al. c). Consequentemente, à luz do art. 278.º, n.º 1, al. c), o juiz, sem prejuízo da possibilidade de sanção deste vício processual, deve absolver o réu da instância quando, sendo a parte incapaz, a mesma não esteja devidamente autorizada ou representada em juízo.

2. SUPRIMENTO DA INCAPACIDADE JUDICIÁRIA E DA IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO

Nos termos do art. 27.º, n.º 1, a incapacidade judiciária e a irregularidade de representação podem ser sanadas mediante a intervenção ou citação do representante legítimo do incapaz.

Nessa eventualidade, se estes ratificarem os atos anteriormente praticados, o processo segue como se o vício não existisse. Caso a irregularidade verificada consista na preterição de algum dos pais, o que tiver sido processado anteriormente considera-se ratificado na eventualidade de o preterido, devidamente notificado, omitir qualquer pronúncia dentro do prazo que lhe tiver sido fixado. Se existir desacordo entre os pais acerca da repetição da ação ou da renovação dos atos anteriormente praticados, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime previsto no art. 18.º quanto ao desacordo entre os pais na representação do menor (art. 27.º, n.º 3).

Pelo contrário, se não houver lugar a essa ratificação, fica sem efeito tudo o que tiver sido processado após o momento em que a falta se deu ou a irregularidade foi cometida, situação em que passam a correr novamente os prazos para a prática dos atos não ratificados, os quais podem ser objeto de renovação, atento o disposto no art. 27.º, n.º 2.

Por outro lado, no que diz respeito à iniciativa para a sanação dessa exceção dilatária, importa salientar que, à luz do art. 28.º, n.º 1, o juiz, logo que se aperceba de algum dos vícios a que alude o art. 27.º, deve, oficiosamente e a todo o tempo, providenciar pela regularização da instância⁶. Assim, incumbe ao juiz ordenar a citação do réu em quem o deva representar, ou, se a falta ou irregularidade respeitar ao autor, determinar a notificação de quem o deva representar na causa para, no prazo fixado, ratificar, querendo, no todo ou em parte, o processado anterior, suspendendo-se, entretanto, a instância (art. 28.º, n.º 2).

V. REGIME JURÍDICO DO MAIOR ACOMPANHADO

1. ÂMBITO

O regime jurídico do maior acompanhado foi criado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, sendo que este diploma eliminou os anteriores institutos da interdição e da inabilitação. Com efeito, conforme se consignou no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17 de setembro de 2020, «O novo regime jurídico do maior acompanhado [...] afastou-se do sistema dualista, até então consagrado, da interdição/inabilitação, demasiado rígido, e veio introduzir um regime monista e flexível», sendo que este novo regime é marcado pelos princípios da «primazia da

6. Vide, a este respeito, SOUSA, M. T. de (1995). *As Partes, o Objeto e a Prova na Acção Declarativa*. Lex.

autonomia da pessoa, cuja vontade deve ser respeitada e aproveitada até ao limite do possível» e da «subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade, só admissíveis quando o problema não possa ser ultrapassado com recurso aos deveres de proteção e de acompanhamento comuns»⁷.

À luz do art. 138.º do CC, o regime jurídico do maior acompanhado pode ser aplicado sempre que um maior de idade, por razões de saúde, de deficiência ou comportamentais, se encontre impossibilitado de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres⁸.

2. NATUREZA DO PROCESSO

O processo de acompanhamento de maiores encontra-se previsto nos arts. 891.º e ss. e reveste natureza especial, razão pela qual, nos termos do art. 549.º, é regulado pelas disposições que lhe são próprias e pelas disposições gerais e comuns.

Este processo tem caráter urgente⁹ e rege-se, a título subsidiário e com as necessárias adaptações, pelo disposto nos processos de jurisdição voluntária (arts. 986.º a 988.º) no que diz respeito aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes (art. 891.º, n.º 1)¹⁰.

7. Proc. 315/18.1T8MAC.G1, in www.dgsi.pt.

8. *Cfr.*, a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07.09.2021, proc. 1067/20.0T8LRA.C1, in www.dgsi.pt, no qual se consignou que «Os conceitos de “saúde” e “deficiência” a que alude o artigo 138.º do Código Civil não se cingem à saúde ou deficiência mental ou intelectual, mas abrangem também a saúde e a deficiência física que afectem um cidadão maior e o impeçam de exercer plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou o impeçam de cumprir os seus deveres, também de forma plena, pessoal e consciente».

Vide, ainda, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.07.2020, proc. 15/20.2T8OVR.P1, in www.dgsi.pt, onde se decidiu que «Se o maior necessita de apoio de terceira pessoa nas atividades da vida diária, isso significa que não consegue exercer plena e pessoalmente os seus direitos por motivos de saúde, tanto bastando para o decretamento das medidas de acompanhamento».

9. Consequentemente, nos termos do art. 138.º, n.º 1, do CPC, a contagem dos prazos processuais não se suspende durante os períodos de férias judiciais e, à luz do art. 137.º, n.º 2, do CPC, podem ser praticados em férias judiciais atos que se destinem a evitar danos irreparáveis.

10. Como bem se refere no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.03.2021, proc. 22295/19.6T8PRT.P1, in www.dgsi.pt, «O processo de acompanhamento de maior é um processo especial, de natureza formalmente contenciosa e substancialmente de jurisdição voluntária». *Vide*, no mesmo sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.09.2019, proc. 735/17.9T8LSB-A.L1.L1, in www.dgsi.pt.

Em todo o caso, importa salientar que a jurisprudência portuguesa tem vindo a entender que este processo apresenta uma «natureza híbrida, não sendo de facto um típico processo de jurisdição voluntária»¹¹.

3. TRIBUNAL COMPETENTE

Na organização judiciária portuguesa, resultante da reforma de 2013¹², os tribunais judiciais de primeira instância são, em regra, os tribunais de comarca, os quais podem revestir natureza genérica ou natureza especializada (art. 80.º da LOSJ).

À luz do art. 81.º da LOSJ, os tribunais de comarca desdobram-se em juízos, a criar por decreto-lei, que podem ser de competência especializada, de competência genérica e de proximidade. No que em particular se refere aos juízos de competência especializada, podem existir, entre outros, juízos de família e de menores [art. 81.º, n.º 3, al. g), da LOSJ], bem como juízos locais cíveis [art. 81.º, n.º 3, al. b), da LOSJ].

Ora, apesar de, aparentemente, a competência para o conhecimento de um processo especial de acompanhamento de maior carecer de pertencer, em razão da matéria, aos juízos de família e de menores, a verdade é que do art. 122.º da LOSJ não resulta que o legislador tenha atribuído semelhante competência a esses juízos.

Consequentemente, tratando-se de um processo especial, serão materialmente competentes os juízos locais cíveis, cuja competência é definida de forma subsidiária, atento o disposto no art. 130.º, n.º 1, da LOSJ¹³.

Por sua vez, no que concerne à competência em razão do território, importa salientar que, por aplicação da regra geral prevista no art. 80.º do CPC, será competente o tribunal do lugar do domicílio do beneficiário.

4. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES

4.1. Princípio do dispositivo

Por força do princípio do dispositivo, o tribunal só pode impor uma medida de acompanhamento desde que a parte interessada intente a respetiva ação e requeira a adoção dessa medida.

11. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.02.2021, proc. 1050/20.6T8PRD.P1, in www.dgsi.pt.

12. A Lei da Organização do Sistema Judiciário foi aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

13. *Vide*, a este propósito, BARROS, J. M. (2015). *Sistema Judiciário Anotado*. AAFDL.

Saliente-se, em todo o caso, que o tribunal não se encontra vinculado ao pedido que, especificamente, tenha sido deduzido (art. 145.º do CC), razão pela qual o juiz pode determinar livremente o âmbito e o conteúdo do acompanhamento em função das particularidades do caso em concreto, *maxime* se esse acompanhamento implicará uma verdadeira representação do incapaz ou antes a mera assistência do mesmo¹⁴. Trata-se, por conseguinte, de uma exceção à regra geral prevista no art. 609.º, segundo o qual a sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objeto diverso do que tiver sido pedido (proibição de condenação *ultra* ou *extra petita*).

4.2. Princípio do inquisitório

Conforme se referiu *supra*, o processo especial de acompanhamento de maiores rege-se, com as devidas adaptações, pelo disposto no processo de jurisdição voluntária relativamente aos poderes do juiz.

Por conseguinte, à luz do art. 986.º, n.º 2, *ex vi* do art. 891.º, o juiz pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes, sendo que só são admitidas as provas que o juiz considerar necessárias¹⁵. Nessa exata medida, o juiz não se

-
14. À luz do art. 145.º, n.º 2, do CC, o tribunal pode, nomeadamente, cometer ao acompanhante o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias; a representação geral ou representação especial com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária; a administração total ou parcial de bens; a autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.
15. *Cfr.*, a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18.03.2021, proc. 6777/19.2T8BRG.G1, in www.dgsi.pt, no qual se consignou o seguinte: «I – O processo especial de acompanhamento de maior caracteriza-se pela preponderância do princípio do inquisitório, com atribuição de poder reforçado ao juiz – poder orientado, vinculado pela prossecução da finalidade última do processo, no caso, apurar se um maior, por razões de saúde, está impossibilitado de plena, pessoal e conscientemente exercer os seus direitos e cumprir os seus deveres e de adoptar, em caso afirmativo, medida que assegure o seu bem-estar, a sua recuperação e o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres (arts. 138.º e 140.º do CC). II – Nestes processos (sem que possa questionar-se vigorar o princípio do processo justo e equitativo – o direito à jurisdição e consequente direito a influenciar a decisão e, por isso, o direito à proposição de provas, ao controlo das provas oferecidas pela contraparte e à pronuncia sobre o valor e resultado das provas produzidas), o direito à prova reconhecido às partes tem uma limitação funcionalmente ordenada à célere e justa prossecução da finalidade do processo – a conveniência e necessidade do meio probatório para a demonstração dos factos pertinentes à boa decisão da causa (os meios probatórios admissíveis são os necessários à boa decisão da causa – arts. 897.º, n.º 1 e 986.º, n.º 2 do CPC). III – Na

encontra vinculado à matéria de facto que tiver sido alegada nos articulados ou a aceitar a prova que neles tenha sido apresentada ou requerida¹⁶, podendo, à luz do princípio da gestão processual, rejeitar todas as diligências probatórias que repute de desnecessárias ou inconvenientes à tutela dos interesses do beneficiário¹⁷.

Por outro lado, importa salientar que, nos termos do art. 894.º, sempre que o interesse do beneficiário o justifique, o tribunal pode dirigir comunicações e ordens a instituições de crédito, a intermediários financeiros, a conservatórias do registo civil, predial ou comercial, a administrações de sociedades ou a quaisquer outras entidades, estando tais entidades obrigadas a cooperar com o tribunal, por força do disposto no art. 417.º

4.3. Princípio da imediação

No processo especial de maior acompanhado, o princípio da imediação assume particular relevância. Na verdade, à luz deste princípio, o juiz encontra-se obrigado a proceder à audição do beneficiário, independentemente do lugar onde este se encontre, sendo que essa diligência nunca pode ser dispensada¹⁸.

Com efeito, o contacto direto do juiz com o beneficiário permite-lhe, com maior propriedade, tomar consciência da sua situação real e efetiva, bem como das medidas de acompanhamento que serão mais relevantes ou adequadas em face das particularidades do caso em concreto¹⁹.

jurisdição voluntária (e regimes processuais que comunguem das suas regras) impõe-se ao juiz que que assuma o controlo das provas a produzir, em atenção ao critério da sua necessidade em vista da demonstração dos factos pertinentes à decisão da causa. IV – A necessidade (e, por contraponto, a desnecessidade) do meio probatório será aferida (julgada) por referência à finalidade do processo – as provas a produzir serão aquelas que, num juízo de racionalidade objectiva, se revelarem aptas, adequadas e necessárias à demonstração da materialidade pertinente à boa decisão da causa, considerando a concreta finalidade dos autos».

16. GONÇALVES, M. G., Anotação do art. 12.º (2021). *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado* (Coords. C. DIAS, J. N. BARROS e R. MARTINGO CRUZ). Almedina.

17. *Cfr.*, a este propósito, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.09.2021, proc. 301/14.0TBVCD.P1, in www.dgsi.pt.

18. *Vide*, nesse sentido, os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 04.06.2019, proc. 647/18.9T8ACB.C1, e de 03.03.2020, proc. 858/18.7T8CNT-A.C1, bem como o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.09.2020, proc. 16021/19.7T8PRT.P1, todos disponíveis in www.dgsi.pt.

19. *Vide*, a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10.09.2019, proc. 14219/18.4T8LSB-A.L1-7, in www.dgsi.pt, no qual se consignou que «O objectivo da audição pessoal prevista no art. 898.º do CPC é apurar a situação concreta do

Paralelamente, a obrigação de o juiz proceder à audição do beneficiário visa assegurar o «reconhecimento da sua dignidade por parte do tribunal»²⁰, bem como a afirmação da sua autodeterminação²¹.

5. LEGITIMIDADE

Nos termos do art. 141.º, n.º 1, do CC, o acompanhamento pode ser requerido pelo próprio beneficiário²² ou, excecionalmente, mediante autorização deste²³, pelo seu cônjuge, pelo unido de facto ou por qualquer parente sucessível²⁴. Saliente-se, a este respeito, que a existência de uma autorização para a propositura da ação constitui um requisito de legitimidade *ad causam*²⁵, razão pela qual, sendo instaurada uma ação pelo côm-

beneficiário, nomeadamente a sua capacidade de entendimento e de reacção às perguntas que lhe sejam efectuadas por forma a que as medidas de acompanhamento aplicadas sejam as mais adequadas ao caso concreto».

20. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12.10.2021, proc. 212/20.0T8PVC-A. C1, in www.dgsi.pt. Vide, no mesmo sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28.01.2021, proc. 282/20.1T8SSB.E1, in www.dgsi.pt, o qual sublinha que a Lei n.º 49/2018 visou, fundamentalmente, introduzir uma «mudança de paradigma» na ordem jurídica portuguesa, mediante a valorização dos direitos das pessoas com deficiência, assim como da sua autonomia e da sua dignidade.
21. MONTEIRO, A. P., Das incapacidades ao maior acompanhado (2019). *Colóquio O Novo Regime do Maior Acompanhado*. Universidade de Coimbra.
22. Observe-se que, nos termos do art. 142.º do CC, sendo o beneficiário um menor, o acompanhamento pode ser requerido e instaurado dentro do ano anterior à maioridade, por forma a que aquele produza os seus efeitos a partir da maioridade.
23. Com efeito, como bem se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.04.2021, proc. 4254/19.0T8MTS.P1, in www.dgsi.pt, «o regime do maior acompanhado introduziu no sistema jurídico português uma mudança de paradigma e uma nova filosofia no estatuto das pessoas até então tidas como portadoras de incapacidade, o qual passou a centrar-se exclusivamente na defesa dos interesses das mesmas, quer ao nível pessoal, quer ao nível patrimonial, reduzindo a intervenção ao mínimo possível, isto é, ao necessário e suficiente a garantir, sempre que possível, a autodeterminação e a capacidade da pessoa maior com limitações relevantes». Consequentemente, «Tal como a substância do novo regime em análise, o art. 141.º do Código Civil consagra também para a legitimidade processual o primado da vontade do acompanhado: está em causa um benefício, de que ele pode ou não prevalecer-se». Sustentando que, sendo apresentada uma autorização do beneficiário, o tribunal deve verificar se este está, efetivamente, em condições de a conceder, vide o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17.06.2021, proc. 2126/19.8T8OER.E1, in www.dgsi.pt.
24. Neste particular, Mafalda Miranda Barbosa defende que o legislador teve a preocupação de proteger a autonomia do beneficiário (BARBOSA, M. M. (2018). *Maiores Acompanhados*. Gestlegal).
25. De todo o modo, como bem salienta Miguel Teixeira de Sousa, mesmo que exista uma autorização, não se verifica uma representação, mas antes uma substituição processual, razão pela qual o cônjuge, o unido de facto ou o parente sucessível atuam no

juge, pelo unido de facto ou por qualquer parente sucessível, sem que a respetiva autorização tenha sido concedida, o tribunal deve concluir pela ilegitimidade do requerente²⁶.

À luz do n.º 2 do citado preceito legal, o tribunal pode suprir a autorização do beneficiário quando, em face das circunstâncias do caso em concreto, verificadas aquando do proferimento da decisão²⁷, o beneficiário não esteja em condições de prestar essa autorização de forma livre, consciente e esclarecida ou se o tribunal entender que existe um fundamento atendível que dispense a autorização do beneficiário^{28, 29}.

Importa ainda assinalar que, de acordo com o art. 141.º, n.º 3, do CC, o pedido de suprimento da autorização do beneficiário pode ser cumulado com o pedido de acompanhamento. Com efeito, esse pedido de suprimento é muito relevante nos casos em que o beneficiário não se encontre em condições físicas ou psicológicas de conceder autorização ao seu parente³⁰.

Por último, importa salientar que o acompanhamento pode ser requerido, independentemente de autorização, pelo Ministério Público.

processo de acompanhamento de maiores não como representantes do beneficiário, mas antes como partes (Sousa, Miguel Teixeira de (2019). O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais. *Colóquio O Novo Regime do Maior Acompanhado*. Universidade de Coimbra).

26. No sentido de, neste caso, não ser possível o suprimento, de forma retroativa, da falta de autorização para a propositura da ação, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 04.02.2020, proc. 5017/18.6T8CBR.C1, in www.dgsi.pt.
27. *Cfr.*, nesse sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12.10.2021, proc. 212/20.0T8PVC-A.C1, in www.dgsi.pt.
28. Conforme bem salientam Heinrich Ewald Hörster e Eva Sónia Moreira da Silva, a falta de autorização pode verificar-se nos casos em que o beneficiário não pretenda prestá-la, não esteja em condições de fazê-lo «livre e conscientemente», pelo facto de ainda ser menor ou quando se verifique outro motivo atendível (HÖRSTER, H. E./SILVA, E. S. Moreira da (2020). *A Parte Geral do Código Civil Português* (2.ª ed. rev. e atual). Almedina).
29. *Vide*, a este propósito, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.04.2021, proc. 4254/19.0T8MTS.P1, in www.dgsi.pt, no qual se decidiu que «O tribunal não pode suprir a falta de autorização do beneficiário para a instauração da ação pelo seu filho se concluir que aquele, apesar de ter mais de 80 anos de idade, estava e está em condições de a dar livre e conscientemente, designadamente se está também em condições de gerir, de modo livre e consciente, o seu património, sem perturbação neuropsiquiátrica». Nessa exata medida, «Pedido o suprimento da autorização do Requerido na própria ação e faltando a prova do respetivo fundamento, a instância deve ser julgada extinta por ilegitimidade do requerente (art. 141.º, n.º 2, do Código Civil), não se conhecendo do mérito da causa».
30. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09.09.2021, proc. 856/21.3T8PDL.L1-8, in www.dgsi.pt.

6. TRAMITAÇÃO PROCESSUAL

6.1. Requerimento inicial

No que diz respeito ao requerimento inicial, o art. 892.º, n.º 1, estatui que o requerente deve, nomeadamente:

- a) alegar os factos que fundamentam a sua legitimidade – nos casos em que o requerente não seja o Ministério Público – e que justificam a proteção do maior através de acompanhamento;
- b) requerer a adoção da medida ou das medidas de acompanhamento que considere adequadas;
- c) indicar quem deve ser o acompanhante e, se for caso disso, a composição do conselho de família;
- d) indicar a publicidade a dar à decisão final; e
- e) juntar elementos que indiciem a situação clínica alegada.

Por outro lado, caso o requerente cumule o pedido de adoção da medida ou das medidas de acompanhamento com o pedido de suprimento da autorização do beneficiário, deve igualmente alegar os factos que fundamentam este pedido³¹.

6.2. Citação, representação e resposta do beneficiário

Uma vez apresentada a petição inicial em juízo a remetida a mesma a despacho liminar do juiz, este deve determinar, nos casos em que o processo deva prosseguir e o requerente da medida não seja o beneficiário, a sua imediata citação pelo meio que, em função das circunstâncias do caso em concreto, entender mais eficaz (art. 895.º, n.º 1)³². Outrossim, se a ação for proposta pelo próprio beneficiário ou pelo cônjuge, pelo unido de facto ou por qualquer parente sucessível, a citação deve ser feita na pessoa

31. *Vide*, a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.09.2020, proc. 16021/19.7T8PRT.P1, in www.dgsi.pt, no qual se decidiu que «O incidente de suprimento do consentimento, previsto no art. 892.º/2 CPC, integra formal e estruturalmente o processo de acompanhamento de maiores; o regime definido para o processo abrange tudo o que o integra e por isso, também em sede de incidente deve o juiz proceder à audição do requerido/beneficiário».

32. Conforme se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09.06.2021, proc. 7182/19.6 T8ALM-A.L1-8, in www.dgsi.pt, «dado que o processo de acompanhamento de maior se destina primordialmente à aplicação de medidas de acompanhamento, o visado com tais medidas – o beneficiário –, não sendo requerente, deve ser ouvido no processo, mediante a respetiva citação».

do Ministério Público, atento o disposto no art. 4.º, n.º 1, al. b), do Estatuto do Ministério Público.

Se a citação não produzir os seus efeitos, designadamente pelo facto de o beneficiário se encontrar impossibilitado de a receber, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime previsto no art. 21.º, relativo à defesa do incapaz pelo Ministério Público.

Concretizada a citação do beneficiário, este dispõe do prazo de 10 dias para responder, sendo que, na falta de resposta, aplica-se o regime previsto no art. 21.º Neste caso, se o Ministério Público não for o requerente, este deve ser citado para, no prazo de 10 dias, apresentar a sua resposta. Diversamente, se o Ministério Público for o requerente, deve ser nomeado um defensor officioso ao beneficiário.

6.3. Fase instrutória

Nos termos do art. 897.º, após o oferecimento dos articulados, o juiz deve proceder à análise dos elementos juntos pelas partes, pronunciar-se sobre a prova por elas requerida e ordenar as diligências que considere convenientes ou relevantes para a boa decisão da causa, podendo, designadamente, nomear um ou vários peritos. Vale isto por dizer que, neste processo, verifica-se um claro predomínio dos princípios da gestão processual e da adequação formal, na medida em que cabe ao juiz adequar o processo às especificidades da causa³³.

Por outro lado, importa salientar que a lei de processo civil impõe ao juiz o dever de proceder à audição, pessoal e direta, do beneficiário³⁴. Essa audição não carece de ser realizada obrigatoriamente no tribunal, pelo que o juiz, se tal for necessário, deve deslocar-se ao local onde o beneficiário se encontra³⁵. A falta de realização dessa diligência dá origem, em

33. *Vide*, quanto ao enquadramento do princípio da gestão processual, nomeadamente no que concerne à adequação formal, FREITAS, J. L. de (2017). *Introdução ao Processo Civil*. Gestlegal.

34. Com efeito, como bem se sustentou no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09.09.2021, proc. 856/21.3T8PDL.L1-8, in www.dgsi.pt, «O objectivo perseguido pelo processo especial de acompanhamento de maiores é a satisfação do interesse do maior, com razão chamado de beneficiário das medidas no seu âmbito decretáveis e não quaisquer outros motivos descentrados da pessoa daquele beneficiário».

35. Paralelamente, o art. 139.º, n.º 1, do CC, preceitua que compete ao tribunal decidir o acompanhamento, sendo que essa decisão, ao abrigo do princípio do contraditório, só pode ser tomada depois da audição, pessoal e direta, do beneficiário, e após a ponderação de todas as provas.

regra, a uma nulidade processual³⁶, salvo se alguma situação extraordinária impuser a dispensa dessa diligência. É o que sucede, por exemplo, se o beneficiário se encontrar «em estado de coma ou vegetativo»³⁷, caso em que o juiz deve comprovar pessoalmente essa incapacidade e justificar, através de despacho fundamentado, a sua decisão de dispensa da audição daquele³⁸.

A audição do beneficiário tem por finalidade permitir ao juiz não só a averiguação da situação em que aquele se encontra, como também o ajuizamento sobre as medidas de acompanhamento que se revelem mais adequadas face às particularidades do caso em concreto (art. 898.º, n.º 1).

Do ponto de vista processual, é importante salientar que a audição do beneficiário é dirigida pelo juiz, ao qual cabe a formulação das questões, sendo que o juiz é assistido pelo requerente, pelos representantes do beneficiário e do perito ou peritos, quando nomeados, podendo qualquer dos presentes sugerir a formulação de perguntas.

Tendo em vista a proteção do beneficiário, o juiz pode determinar que parte da sua audição decorra apenas com a presença do mesmo (art. 898.º, n.º 3, do CPC). Trata-se, com efeito, de uma exceção ao princípio da audiência contraditória e que se justifica pela necessidade de se garantir que o beneficiário possa prestar um depoimento livre e esclarecido, sem sujeição a qualquer género de coação ou de pressão.

Para além da audição do beneficiário – a qual, como se disse, reveste sempre natureza obrigatória – o juiz pode determinar a realização de uma peritagem singular ou coletiva, a qual se rege, supletivamente, pelo disposto nos arts. 467.º a 489.º Nessa eventualidade, o relatório pericial deve

36. *Cfr.*, nesse sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03.03.2020, proc. 858/18.7T8CNT-A.C1, in www.dgsi.pt. Sustentando que essa nulidade pode ser invocada em sede de recurso, *maxime* nos casos em que a mesma só se tenha tornado manifesta em face da prolação da sentença, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 10.10.2019, proc. 1110/18.3T8ABF.E1, in www.dgsi.pt.

37. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.05.2020, proc. 771/18.8T8CNT-A.C1, in www.dgsi.pt. *Vide*, no mesmo sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16.09.2019, proc. 12596/17.3T8LSB-A.L1.L1-2, in www.dgsi.pt, no qual se entendeu que, neste caso, proceder-se à audição do beneficiário representaria, na prática, um ato inútil, sendo que a lei de processo civil proíbe a prática de atos inúteis, bem como o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19.05.2020, proc. 312/19.0T8CNT-A.C1, in www.dgsi.pt, no qual se defendeu que «Mostrando-se impossível a audição pessoal do beneficiário em virtude da sua incapacidade de entendimento, far-se-á constar em acta, realizando-se o relatório pericial e aplicando-se as medidas em conformidade com a (in)capacidade de entendimento apurada».

38. *Vide*, nesse sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 08.09.2020, proc. 635/19.8T8CNT-A.C1, in www.dgsi.pt.

concretizar, sempre que possível, a afeção de que sofre o beneficiário, as suas consequências, a data provável do seu início e os meios de apoio e de tratamento que se revelem mais aconselháveis (art. 899.º, n.º 1). Caso, mesmo assim, subsistam dúvidas, o juiz pode autorizar o exame do beneficiário numa clínica da especialidade, com internamento nunca superior a um mês e sob responsabilidade do diretor respetivo, ou ordenar quaisquer outras diligências que considere relevantes para a adoção das medidas mais adequadas.

6.4. Decisão

Concluídas as diligências instrutórias que se revelem necessárias³⁹, o juiz procede à designação do acompanhante do beneficiário⁴⁰ –podendo ainda nomear um acompanhante substituto, vários acompanhantes⁴¹ e, sendo o caso, o conselho de família⁴²–, à definição das medidas de

39. Observe-se que, tal como se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.05.2020, proc. 2039/19.3T8ALM.L1-8, in www.dgsi.pt, no processo especial de acompanhamento de maior, não há lugar a uma audiência de julgamento, já que este processo segue, com as necessárias adaptações, o regime previsto para os processos de jurisdição voluntária.

40. Conforme se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.02.2021, proc. 1050/20.6T8PRD.P1, in www.dgsi.pt, «A designação judicial do acompanhante deve estar centrada na pessoa maior que em concreto, e não em abstracto, vai ser legalmente acompanhada, concluindo-se que aquela está em melhor posição para assumir as funções de acompanhamento legal, o que passa por: (i) assegurar as medidas de apoio que foram determinadas pelo tribunal; (ii) prestar-lhe os cuidados devidos, atento o respectivo contexto pessoal, social e ambiental; (iii) participar juridicamente na representação legal determinada pelo tribunal; (iv) assegurar em todos os domínios a vontade e os desejos da pessoa acompanhada, tanto a nível pessoal, como patrimonial, que não foram judicialmente reservados ou restringidos».

41. *Vide*, a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17.09.2020, proc. 315/18.1T8MAC.G1, in www.dgsi.pt, no qual se decidiu que «O artigo 143.º do CC só permite a nomeação de mais do que um acompanhante para o exercício do cargo em simultâneo se forem atribuídas concretas funções e se especificarem as atribuições de cada um, mas não afasta a possibilidade de nomeação de mais do que um acompanhante se o cargo for exercido apenas por um, num período de tempo concretamente fixado e em regime de rotatividade». *Vide*, no mesmo sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.04.2021, proc. 1637/16.1T8OER.L1, in www.dgsi.pt, no qual se entendeu que «O tribunal pode designar acompanhantes múltiplos se tal se justificar no caso concreto, implicando, no entanto, tal pluralidade, que eles tenham funções distintas, pelo que, em tal situação, o juiz deve ter o cuidado de fixar os poderes de representação que cabem a cada um deles».

42. *Cfr.*, a este propósito, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.10.2021, proc. 972/19.1T8CVL-C.C1, in www.dgsi.pt, no qual se entendeu que, se o tribunal tiver dispensado a constituição do Conselho de Família na sentença que tiver decretado o acompanhamento de um maior, «não há lugar à constituição do mesmo no

acompanhamento, previstas no art. 145.º do CC, que considere, mais adequadas, e, se possível, à fixação da data a partir da qual as medidas decretadas se tornam convenientes (art. 900.º, n.ºs 1 e 2).

No que concerne à determinação do acompanhante, importa salientar que, à luz do art. 143.º do CC, o acompanhante –o qual deve ser maior de idade e estar no pleno exercício dos seus direitos–, é, em regra, escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal e é designado judicialmente⁴³. Em todo o caso, o tribunal não se encontra vinculado a designar como acompanhante a pessoa que, para o efeito, tiver sido nomeada pelo beneficiário, *maxime* quando entenda que a mesma não reúne a idoneidade e/ou as condições necessárias para o desempenho dessa função⁴⁴.

Na falta de escolha, o estatuto de acompanhante deve ser atribuído «à pessoa cuja designação melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário»⁴⁵, sendo que essa pessoa pertencerá, em princípio, à esfera familiar do executado⁴⁶. Nesse caso, «ainda que a escolha recaia sobre

processo de autorização judicial de venda de bens imóveis pertencentes ao acompanhado e instaurado pelo acompanhante».

43. De facto, conforme se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04.06.2020, proc. 1609/18.1T8ALM.L1-8, in www.dgsi.pt, o princípio dominante no regime jurídico do maior acompanhado é o do respeito pela vontade do beneficiário, razão pela qual «Tendo a requerida escolhido no processo a pessoa que devia ser designada pelo Tribunal como Acompanhante e tratando-se de pessoa da sua confiança e com quem mantém uma relação gratificante, e, não estando em causa a sua capacidade de escolha, é a mesma válida –por ter sido expressa livre, ponderada e reiteradamente– e operativa».
44. *Cfr.*, nesse sentido, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.03.2021, proc. 63/19.5T8PVZ.P2, in www.dgsi.pt. Paralelamente, decidiu-se no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03.11.2020, proc. 156/19.9T8OHP.C1, in www.dgsi.pt, que «O acompanhante ao qual se referem os artigos 138.º e seguintes do Código Civil –maior acompanhado–, deve ser alguém em quem o acompanhado deposite confiança e este último, se as suas faculdades mentais lhe permitam fazer tal avaliação, é a pessoa melhor colocada para saber em quem confia», razão pela qual «Tendo o Requerido declarado na contestação, através do defensor nomeado, que não tem bom relacionamento com a Requerente, sua esposa, a qual pretende ser nomeada sua acompanhante, e que não quer que ela seja nomeada para esse cargo, tal declaração é, em regra, suficiente para impedir que essa pessoa seja nomeada acompanhante».
45. Tal como se consignou no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2020, proc. 5095/14.7TCLRS.L1.S1, in www.dgsi.pt, «O conceito de “interesse imperioso do beneficiário”, que preside à escolha do acompanhante, nos termos do artigo 143.º do Código Civil, é um conceito indeterminado, que se reporta aos direitos fundamentais da pessoa, nomeadamente, aos seus direitos à solidariedade, ao apoio e à ampliação da sua autonomia».
46. *Vide*, nesse sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19.05.2020, proc. 139/18.6T8VLF.C1, in www.dgsi.pt. *Cfr.*, ainda, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 09.09.2021, proc. 4/21.0T8RMZ.E1, in www.dgsi.pt, no qual se entendeu que «Não é pelo facto da pessoa maior, aqui requerida, estar internada que o director

alguém do círculo familiar do acompanhado», o certo é que o tribunal deve realizar as «diligências que permitam perceber se os mesmos reúnem condições para exercerem o cargo de acompanhante e qual reúne as melhores condições», já que, «no exercício da sua função, o acompanhante deve sempre privilegiar o bem-estar e a recuperação do acompanhado, mantendo um contacto permanente com o mesmo, devendo visitá-lo, no mínimo, com uma periodicidade mensal, ou outra periodicidade que o tribunal considere adequada, e tendo sempre presente o interesse do beneficiário»⁴⁷. Fundamentalmente, o critério norteador da decisão do tribunal deve ser o da «dignidade e bem-estar do maior», atento o disposto no art. 140.º, n.º 1, do Código Civil⁴⁸.

Por sua vez, relativamente à medida de acompanhamento, é relevante destacar que a mesma só pode ser decretada desde que se encontrem preenchidos dois requisitos cumulativos: por um lado, «tem de haver justificação para decretar o acompanhamento do maior e uma das medidas enumeradas no art. 145.º, n.º 2 do CC, sendo que na dúvida, não é decretada nenhuma medida de acompanhamento»; por outro lado, «a medida de acompanhamento é subsidiária perante deveres gerais de cooperação e assistência», razão pela qual o tribunal não deve «decretar essa medida se estes deveres forem suficientes para acautelar as necessidades do maior»⁴⁹. Acresce que, de acordo com o art. 145.º do CC, a

dessa instituição deve ser, sem mais, nomeado acompanhante, quando a mesma tem familiares que podem até exercer tal incumbência», bem como o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26.09.2019, proc. 13569/17.1T8PRT.P1, in www.dgsi.pt.

47. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12.11.2020, proc. 58/19.9T8VPA-A.G1, in www.dgsi.pt. *Vide*, no mesmo sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01.07.2021, proc. 779/14.2TBCL-A.G1, in www.dgsi.pt, no qual se defendeu que «Para a aferição da pessoa que revela melhores condições para salvaguardar o interesse imperioso do beneficiário, enquanto único critério legal atendível na designação da pessoa que está em melhores condições para assumir as funções de acompanhamento legal do requerido passa pelo apuramento de um conjunto de factos atinentes às condições e à aptidão de cada um dos familiares do requerido, ainda que tenha apenas um progenitor sobrevivente para o exercício de tal função em face do circunstancialismo que no caso delimita o interesse imperioso do acompanhado e do seu bem-estar e recuperação».
48. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.02.2021, proc. 76/15.6T8ALJ.G1.S1, in www.dgsi.pt. Em todo o caso, conforme se decidiu neste aresto, na nomeação do acompanhante, o tribunal não deve descurar os aspetos relacionados com a administração do património do maior acompanhado, razão pela qual o tribunal pode determinar, sempre que tal se justifique, que o acompanhante proceda à prestação de contas.
49. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04.02.2020, proc. 3974/17.9T8FNC.L1-7, in www.dgsi.pt. *Vide*, no mesmo sentido, Sousa, Miguel Teixeira de (2019). O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais. *Colóquio O Novo Regime do Maior Acompanhado*. Universidade de Coimbra.

medida de acompanhamento deve limitar-se ao necessário e o tribunal não se encontra vinculado à medida que, concretamente, tiver sido requerida na petição inicial. Trata-se, com efeito, de uma concretização do regime previsto no art. 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual, à luz dos princípios da proporcionalidade e da necessidade, preceitua que «as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa» devem ser «proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa»⁵⁰. Neste enquadramento, em face das circunstâncias e das particularidades do caso em concreto, o juiz deve determinar a medida que se afigure mais adequada à situação, às capacidades e às necessidades do beneficiário.

Nos termos do art. 900.º, n.º 3, a sentença que decretar as medidas de acompanhamento deve referir expressamente a existência de testamento vital e de procuração para cuidados de saúde e acautelar o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo acompanhado.

6.5. Recurso

À luz o art. 901.º, da decisão relativa à medida de acompanhamento pode ser interposto recurso de apelação para o Tribunal da Relação.

Neste particular, coloca-se o problema de saber se, por aplicação subsidiária do regime vigente no art. 988.º, a decisão proferida, em sede de recurso, pelo Tribunal da Relação é ou não passível de novo recurso (de revista) a interpor para o Supremo Tribunal de Justiça.

Ora, sobre esta concreta questão, a jurisprudência tem vindo a entender que «uma vez que a letra do art. 901.º do CPC não o exclui, entende-se que não vigora neste tipo de processos um princípio de irrecorribilidade para o STJ», razão pela qual deve entender-se que «o sentido útil da norma legal será o de regular especificamente a legitimidade para recorrer de decisão relativa a medida de acompanhamento de maior»⁵¹.

50. Nessa exata medida, conforme se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.01.2020, proc. 3433/18.2T8MAI.P1, in www.dgsi.pt, «Opondo-se a requerida à aplicação qualquer medida, haverá que averiguar se a mesma é necessária, adequada e proporcional, e se se justifica ou não a sua imposição pelo Tribunal, face ao seu estado de saúde e ao cumprimento «dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam» por parte dos seus familiares (artigo 140.º, n.º 2, do CC), ponderando para o efeito, três fatores: acompanhamento, competências e limitações».

51. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.01.2021, proc. 4285/18.8T8MTS.P1.S1, in www.dgsi.pt.

Por outro lado, a legitimidade *ad recursum* cabe ao requerente, ao acompanhado e, como assistente, ao acompanhante⁵².

Relativamente ao prazo, dado que se trata de um processo urgente, o prazo para a interposição do recurso é de 15 dias, atento o disposto no art. 638.º, n.º 1, 2.ª parte⁵³.

6.6. Efeitos

Uma vez transitada em julgado a sentença, produzem-se os seguintes efeitos:

a) por apenso ao processo, pode proceder-se à relação dos bens do beneficiário, a pedido do requerente, do acompanhado, do acompanhante ou do Ministério Público;

b) a decisão judicial carece de ser registada, sob pena de não poder ser invocada contra terceiros de boa fé, atento o disposto nos arts. 1920.º-B e 1920.º-C do CC⁵⁴;

c) a decisão que decreta o acompanhamento ou que o rejeite é publicitada e comunicada nos precisos termos decididos ao abrigo do art. 894.º, podendo, nomeadamente, ser comunicada a instituições de crédito, a intermediários financeiros, a conservatórias do registo civil, predial ou comercial, a administrações de sociedades ou a quaisquer outras entidades;

e) o acompanhante pode requerer a anulação dos atos que tiverem sido praticados pelo acompanhado após as comunicações referidas no art. 894.º, quando estejam abrangidos pelas medidas de acompanhamento.

52. *Vide*, a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.10.2021, proc. 1562/19.4T8CSC.L1-6, in www.dgsi.pt, no qual se consignou que «O artigo 901.º do CPC, confere legitimidade ao acompanhante, para efeitos de recurso de decisão relativa a medida de acompanhamento, na qualidade de assistente, reconhecendo-lhe, assim, o direito de intervir no recurso como auxiliar de qualquer das partes principais (requerente ou acompanhado), se tiver interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a essa parte (artigos 326.º e 328.º do CPC)».

53. *Vide*, no mesmo sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.12.2019, proc. 25373/17.2T8.2T8LSB-2, in www.dgsi.pt.

54. Saliente-se que, nos termos do art. 1.º, n.º 1, al. h), do Código do Registo Civil, o acompanhamento de maiores e a tutela e administração de bens encontram-se sujeitos a registo civil obrigatório. Paralelamente, à luz do art. 69.º, n.º 1, al. g), do referido diploma legal, deve ser averbado ao assento de nascimento «O acompanhamento de maiores, incluindo as concretas medidas decretadas com relevância registal, a tutela e administração de bens, a curadoria provisória ou definitiva de ausente e a incapacidade de menor casado para administrar os bens, sua modificação e extinção».

7. MEDIDAS PROVISÓRIAS E MEDIDAS CAUTELARES

De acordo com o art. 139.º, n.º 2, do CC, podem ser determinadas, em qualquer altura do processo, medidas de acompanhamento provisórias e urgentes, necessárias para providenciar quanto à pessoa e aos bens do requerido. Assim, conforme salienta Miguel Teixeira de Sousa, o tribunal pode, por exemplo, «submeter o maior a tratamento médico ou a uma reabilitação para cura do consumo de álcool ou de estupefacientes e pode impor a administração do património ou das finanças do beneficiário a um terceiro»⁵⁵, bem como «impor o congelamento das contas bancárias do beneficiário»⁵⁶.

Por sua vez, o art. 891.º, n.º 2, estatui que, em qualquer altura do processo, podem ser requeridas ou decretadas oficiosamente as medidas cautelares que a situação justificar.

Estas medidas cautelares podem revestir natureza conservatória ou antecipatória⁵⁷, consoante visem, respetivamente, garantir a proteção de um determinado direito – tal como sucede, por exemplo, com o arrolamento (arts. 403.º a 409.º)⁵⁸ – ou antecipar o efeito útil da decisão a ser proferida no processo especial de acompanhamento de maiores – como ocorre, por exemplo, com a medida cautelar de internamento, prevista no art. 148.º do CC, o qual, em regra, carece de autorização expressa do tribunal, mas, excecionalmente e em caso de urgência, pode ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz⁵⁹.

55. SOUSA, M. T. de (2019). O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais. *Colóquio O Novo Regime do Maior Acompanhado*. Universidade de Coimbra.

56. *Ibidem*.

57. Para um enquadramento das providências cautelares de natureza antecipatória, *vide* GONÇALVES, M. C. (2019). *Providências Cautelares* (4.ª ed.). Almedina.

58. *Cfr.*, a este propósito, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04.02.2021, proc. 10063/20.7T8LRS.L1-6, in www.dgsi.pt, o qual admitiu a possibilidade de ser «requerido por descendente que nisso tenha interesse, como preliminar de uma ação de acompanhamento de maior, um procedimento cautelar de arrolamento de bens alegadamente pertencentes ao futuro beneficiário».

59. *Vide*, a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30.06.2020, proc. 2669/19.3T8PDL-A.L1-7, in www.dgsi.pt, no qual se decidiu que «qualquer limitação nos direitos pessoais do beneficiário tem de ter um fundamento fáctico bastante que justifique a intervenção do tribunal, a qual deve sempre ser subsidiária e devidamente balizada no tempo», razão pela qual «Assumindo-se como uma medida cautelar, não pode a medida cautelar de internamento em instituição ser aplicada por tempo indeterminado, porquanto a mesma pressupõe a adequação a uma necessidade específica do beneficiário e com vista a suprir a situação de necessidade existente em determinado momento».

8. PUBLICIDADE

8.1. Publicidade do processo

Nos termos do art. 164.º, n.º 2, al. d), o acesso aos autos do processo de acompanhamento de maior é limitado, já que a divulgação do respetivo conteúdo é suscetível de causar dano à dignidade das pessoas, à intimidade da vida privada ou familiar, bem como à moral pública.

8.2. Publicidade da decisão

Relativamente à publicidade da decisão, o art. 893.º preceitua que o juiz deve, em face das particularidades do caso em concreto, decidir sobre o tipo de publicidade que deve ser dada ao início, ao decurso e à decisão final a ser proferida no processo⁶⁰. Neste enquadramento, o juiz deve «decidir sobre o grau e formas de publicidade dada ao início e decisão final do processo, ponderando tanto o interesse da pessoa objeto do processo de acompanhamento e a necessidade da sua proteção, como a necessidade de proteção de terceiros e do comércio jurídico». Assim, nesse juízo valorativo, o juiz poderá ter em conta, nomeadamente, «a circunstância de essa pessoa manter, ou não, uma atividade económica, ou em geral negocial, com terceiros (por exemplo, um estabelecimento comercial), e de estes terceiros poderem também necessitar de proteção»⁶¹.

9. CASO JULGADO E REVISÃO PERIÓDICA

O processo judicial de acompanhamento segue, com as necessárias adaptações, o regime jurídico dos processos de jurisdição voluntária. Consequentemente, a decisão de acompanhamento que tiver sido proferida neste processo não se encontra abrangida pelos limites previstos no art. 619.º quanto ao trânsito em julgado, podendo, outrossim, ser alterada –sem prejuízo dos efeitos entretanto produzidos– sempre que circunstâncias supervenientes justifiquem essa alteração (art. 988.º).

60. *Vide*, a este propósito, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16.09.2021, proc. 1386/21.9T8VNF-A.G1, in www.dgsi.pt, no qual se decidiu que «No novo regime do maior acompanhado a publicidade a dar ao início, ao decurso e à decisão final do processo de acompanhamento, é limitada ao estritamente necessário para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros e é decidida, em cada caso, pelo tribunal».

61. PINTO, P. M. (2019). Valor jurídico dos atos do maior acompanhado. *Colóquio O Novo Regime do Maior Acompanhado*. Universidade de Coimbra.

Concomitantemente, nos termos do art. 149.º do CC, o tribunal pode determinar a modificação ou a cessação do acompanhamento mediante decisão judicial que reconheça, respetivamente, o fim ou a alteração das causas que o justificaram, sendo que os efeitos dessa decisão podem retroagir à data em que se verificou a modificação ou a cessação dessas causas⁶².

Por outro lado, importa salientar que as medidas de acompanhamento que tiverem sido concretamente determinadas pelo tribunal estão sujeitas a uma revisão em função da periodicidade que tiver sido fixada na própria sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos, atento o disposto no art. 155.º do CC. Em todo o caso, sem prejuízo da fixação de um período de revisão, à luz do art. 904.º, n.º 2, as medidas de acompanhamento podem ser revistas ou levantadas pelo tribunal a todo o tempo, quando a evolução do beneficiário o justifique.

Sendo requerida a modificação das medidas de acompanhamento, tal dá origem a um incidente da instância, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o regime previsto nos arts. 892.º e ss.

IV. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, M. M., *Maiores Acompanhados*. Gestlegal, 2018.

BARROS, J. M., *Sistema Judiciário Anotado*. AAFDL, 2015.

CASTRO, A. A. De, *Direito Processual Civil Declaratório* (vol. II). Almedina, 1982.

FREITAS, J. L. De, *Introdução ao Processo Civil*. Gestlegal, 2017.

GONÇALVES, M. C., *Providências Cautelares* (4.ª ed.). Almedina, 2019.

GONÇALVES, M. C., Anotação do art. 12.º, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado* (Coords. Cristina DIAS, João Nuno BARROS e Rosana MARTINGO CRUZ). Almedina, 2021.

HÖRSTER, Heinrich Ewald/Silva, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português* (2.ª ed. rev. e atual). Almedina, 2020.

62. Vide, a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.07.2021, proc. 448/19.7T8VFX-B.L1-7, in www.dgsi.pt, no qual se entendeu que «No processo de acompanhamento de maior, pode o parente sucessível deste requerer a modificação ou o levantamento das medidas de acompanhamento que tenham sido aplicadas, sempre que a evolução da situação de saúde ou de hábitos do mesmo o justifique, ainda que estejam em causa medidas de acompanhamento provisórias, urgentes e cautelares».

- MONTEIRO, A. P., Das incapacidades ao maior acompanhado. *Colóquio O Novo Regime do Maior Acompanhado*. Universidade de Coimbra, 2019.
- PINTO, P. M., Valor jurídico dos atos do maior acompanhado. *Colóquio O Novo Regime do Maior Acompanhado*. Universidade de Coimbra, 2019.
- REIS, J. A. dos, *Código de Processo Civil Anotado* (3.^a ed., vol. I). Coimbra Editora, 1982.
- SOUSA, M. T. de, *As Partes, o Objeto e a Prova na Acção Declarativa*. Lex, 1995.
- SOUSA, M. T. De, O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais. *Colóquio O Novo Regime do Maior Acompanhado*. Universidade de Coimbra, 2019.

PARTE II

Protección de la infancia y adolescencia

Capítulo XIII

Prevención y respuesta: nuevo paradigma de la LO 8/2021 frente a la violencia en la infancia y adolescencia¹

ANA M.^a PÉREZ VALLEJO

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Almería*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. 1. *Implementación de la Convención de los derechos del niño*. 2. *Estado de la cuestión y esferas prioritarias de actuación*. III. PROTECCIÓN INTEGRAL FRENTE LA VIOLENCIA INFANTIL EN ESPAÑA. 1. *Ejes prioritarios y la prevención como nuevo paradigma en el sistema de protección*. 1.1. *Violencia: concepto multidimensional*. 1.2. *Principios y fines en sede de prevención*. 2. *Atención a los colectivos especialmente vulnerables*. 2.1. *Menores con discapacidad*. 2.2. *Diversidad afectivo-sexual*. 2.3. *Menores extranjeros no acompañados (MENAS)*. IV. ALERTA EN LOS ÁMBITOS CENTRALES DE LA VIDA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. 1. *Prevención primaria*. 1.1. *Ámbito familiar*. 1.2. *Ámbito educativo*. 2. *Prevención secundaria y terciaria*. 2.1. *Detección precoz e intervención temprana: Protocolos de actuación*. 2.2. *Deber de comunicación de situaciones de desprotección, riesgo y violencia*. 2.3. *Decálogo de derechos y garantías frente a la violencia institucional*. V. NOVEDADES EN SEDE DE PROTECCIÓN FRENTE A DETERMINADOS DELITOS. 1. *Tipos penales y prescripción de los delitos*. 2. *Agravante de*

1. Este estudio se realiza en el marco del Grupo de Investigación «Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho civil» (SEJ-235), adscrito a los Centros de Investigación CIDES Y CEIA3.

edad y perdón del ofendido. 3. Registro Central de Delinquentes Sexuales y Trata de Seres Humanos. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN²

Las personas menores de edad son sujetos titulares de derechos y por ser un grupo vulnerable, son objeto de protección. Vulnerabilidad frente a la violencia, que no responde sólo a motivos de edad, sino que debe analizarse desde múltiples perspectivas, considerando a colectivos especiales necesitan mayor atención. Nuestro punto de partida es considerar que la violencia infantil puede prevenirse³. Es posible interrumpir el ciclo de violencia contra los niños/as y todos tenemos la obligación de pasar de inmediato a la acción, por razones morales y de defensa de los derechos humanos⁴. Si bien, esta afirmación plantea muchos desafíos y un reto social que camina paralelo a ciertos obstáculos que hay que enfrentar para una eficaz y pronta intervención. La necesaria injerencia estatal en algunos casos se nos presenta desprovista de recursos y con déficits acusados a distintos niveles; especialmente, con actuaciones poco especializadas en materia de infancia y adolescencia. Y ello, a sabiendas de que la violencia contra las niñas y los niños conculca sus derechos fundamentales, compromete su desarrollo psicosocial, afectando al disfrute de las demás esferas y derechos en los que desenvuelve su vida.

II. EL DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

1. IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Las políticas públicas muestran preocupación constante frente a la violencia infantil, pero la realidad revela la persistencia de este fenómeno

2. Las referencias a la utilización del masculino genérico que se realizan en este trabajo aluden a los dos géneros, femenino y masculino. Obedece a un criterio de economía del lenguaje al objeto de una lectura más fluida, sin ninguna connotación discriminatoria. Las personas destinatarias de las normas jurídicas e investigaciones citadas son mujeres y hombres o personas menores de edad (niñas/niños y adolescentes).
3. Como señala la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2020) «es posible prevenir la violencia contra los niños». OMS (2020) Nota de prensa «Violencia contra los niños» (8 de junio de 2020). Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-children>
4. Para la Acción UNICEF (2014): Eliminar la Violencia Contra los niños y niñas: Seis Estrategias, p. 9.
https://www.unicef.org/spanish/publications/files/UNICEF_Ending_Violence_Spanish_WEB_240215.pdf

que no cesa. Muy a pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 (en adelante CDN) consagra el derecho fundamental de niños y niñas a la vida y a que esa vida se desarrolle libre de violencia. La CDN insta a los Estados Partes a garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6 CDN) y protegerlos contra todo tipo de abuso, violencia o explotación sexual (art. 34); así como proteger su derecho al honor, intimidad y propia imagen (art. 16 CDN). En particular, por lo que aquí interesa, el artículo 19 viene referido a la obligación de los Estados firmantes de proteger a las niñas y los niños de todas las formas de malos tratos mediante el establecimiento de medidas preventivas y de tratamiento⁵. Nótese que en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, se reiteran estas previsiones para su efectivo cumplimiento por los Estados miembros:⁶

- La Observación General n.º 8 (2006) recuerda el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes (art. 19, art. 28.2 y art. 37, entre otros).
- La Observación General n.º 13 (2011), relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, incide en que, ante la alarmante magnitud e intensidad de la violencia ejercida contra los niños, «[...] es preciso reforzar y ampliar masivamente las medidas destinadas a acabar con la violencia para poner fin de manera efectiva a esas prácticas, que dificultan el desarrollo de los niños y la posible adopción por las sociedades de medios pacíficos de solución de conflictos. [...]»⁷.

-
5. Así, el artículo 19 dice que «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación. Incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial».
 6. UNICEF Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>
 7. Observación General n.º 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niño: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13)

– La Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)⁸ contempla ese interés desde un triple contenido:

– Como derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general (...).

– Como principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño (...).

– Como norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

– La Observación general n.º 18, en relación a la Recomendación general n.º 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptadas de manera conjunta en 2014, se refiere expresamente a las prácticas nocivas, que afectan de forma especial a mujeres y niñas. Así, el abandono de niñas, las restricciones dietéticas extremas, el castigo corporal, el acoso sexual, la violencia, el matrimonio infantil forzoso, la mutilación genital femenina o la trata de seres humanos con fines de explotación sexual⁹. En este punto hay que recordar que la Recomendación General n.º 19 (CEDAW) ya advirtió en 1992 que las niñas sufren de forma desproporcionada violencia y abusos por parte de los hombres¹⁰. Y el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011¹¹ expone en su Preámbulo que: «con profunda preocupación las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica (...)».

8. ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general n.º 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>

9. U.N. Doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18 (2014)

10. CEDAW Recomendación General núm. 19. *La violencia contra la mujer*. Ginebra (1992). Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

11. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica, firmado en Estambul el día 11 de mayo de 2011 (B.O.E de 6 de junio de 2014).

En este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reiterado en numerosas ocasiones el deber de diligencia en el tratamiento de las denuncias por violencia doméstica. La STEDH de 2 de marzo de 2017, asunto *Talpis c. Italia* (§§ 98 y 99) recuerda que los niños y demás personas vulnerables en el ámbito familiar, tienen derecho a una prevención eficaz, preservándolos frente a las formas particularmente graves de ofensa a la integridad de su persona¹². Datos a tener en cuenta y que implican el deber de establecer un sistema judicial eficaz e independiente que permita determinar las causas de delito cometido.

La implementación progresiva de la CDN y demás instrumentos internacionales que nos vinculan, ha precipitado en nuestro país legislación y reformas de importante calado al objeto de proteger a las personas menores de edad. Conviene recordar que el Comité de Derechos del Niño, en su Observación general n.º 5, recomienda revisar de forma continua la legislación interna de cada Estado para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención. Respecto a España, el Comité, en su última Sesión 2282^a (2018)¹³ valoró positivamente la aprobación de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015, ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia. De forma muy particular, acoge de forma favorable la integración del concepto interés del menor en su triple contenido, de acuerdo a la citada Observación general n.º 14 (2013). Sobre el particular, es pacífico admitir que se ha superado en nuestro ordenamiento jurídico la «lectura unidireccional»¹⁴ del concepto jurídico indeterminado «interés del menor»¹⁵; y a nuestro juicio se concreta esta noción central, sobre la

-
12. Dicha Sentencia reitera la doctrina de la STEDH de 9 de junio de 2009, asunto *Opuz c. Turquía*, § 159.
 13. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España presentados al COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO de 5 de marzo de 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6).
 14. RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015, p. 2.
 15. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El interés del menor». En *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*. Vol. III. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2000, pp. 1539 y 1540. RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educativo Siglo XXI*, vol. 30, n.º 2, 2012, p. 96. GUILLARTE MARTÍN CALERO, C. «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de protección jurídica del menor», En VV.AA. *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*. (coords. CABEDO MALLOL, V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pp. 87-129. TENA PIAZUELO, I. «Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida». *Revista de Derecho Civil*. Vol. 5, N.º. 1 (enero-marzo, 2018), p. 128. Sobre el principio general del interés del menor y su abordaje integral puede verse ampliamente a VERDERA IZQUIERDO,

que gira toda la normativa protectora de la infancia. Si bien, desde otro lado, el Comité de Derechos del Niño, lamentó la falta de progresos en nuestro país para la elaboración de una ley integral, al objeto de erradicar la violencia contra la infancia, con un alcance similar a la ley integral contra la violencia de género e insta a nuestro Estado a su aprobación. Petición reiterada por distintas organizaciones proinfancia. En concreto, Save the Children reivindicó, además, que dicha Ley integral incluyera un presupuesto, plazos, objetivos y responsabilidades concretas para una correcta y completa aplicación¹⁶. Reivindicaciones que finalmente han culminado con la aprobación de la LO 8/2021, de 4 de junio, cuyas líneas maestras analizaremos a continuación¹⁷. Pero antes se hace preciso plasmar –siquiera brevemente– el panorama actual de la violencia infantil que se desliza de algunos estudios e instrumentos normativos que resultan de interés reproducir.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y ESFERAS PRIORITARIAS DE ACTUACIÓN

El informe UNICEF «Ocultos a plena luz» presenta datos estadísticos recientes sobre la violencia contra los niños, basados en información correspondiente a 195 países. El informe suministra pruebas de que la violencia es una constante en las vidas de los niños del mundo de los más diversos orígenes y las más variadas circunstancias, que les genera un sufrimiento y dolor con secuelas físicas y psicológicas, que en la mayoría de los casos, son irreversibles. Muestra que la violencia interpersonal, se manifiesta de formas distintas: física, sexual y emocional; así como aquella que tiene lugar en los entornos más variados, como el hogar, la escuela, la comunidad e Internet. El informe desvela la existencia de actitudes que perpetúan y justifican la violencia, manteniéndola «oculta a plena luz»¹⁸.

B. *La actual configuración del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

16. SAVE THE CHILDREN, «Ojos que no quieren ver» *Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema* (2017), p. 130. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/ojos_que_no_quieren_ver_27092017.pdf
17. La LO 8/2021 sigue en la línea de implementar los derechos consagrados en la CDN, así como las previsiones dispuestas en otros instrumentos internacionales. Entre otros, el Convenio de Lanzarote para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica.
18. Este Informe arroja algunos datos que reflejan la magnitud y gravedad del problema: –Alrededor de 6 de cada 10 niños del mundo (unos 1.000 millones) de 2 a 14 años de edad sufrieron de manera periódica castigos corporales a manos de sus cuidadores

En esta línea y prescindiendo de los resultados que arrojan otros estudios, es pacífico admitir que la violencia en la infancia es una realidad que persiste. Cabe traer a colación la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2019 (2019/2876(RSP) que se hace eco de los nuevos escenarios y campos de actuación frente a la violencia infantil. Al respecto conviene reproducir algunos de sus Considerandos que de forma explícita así lo manifiestan:

- «Los derechos de los niños siguen siendo violados en muchas partes del mundo, incluidos los Estados miembros de la Unión, como consecuencia de la violencia, los abusos, la explotación, la pobreza, la exclusión social y la discriminación por motivos de religión, discapacidad, género, identidad sexual, edad, etnia, migración o estatus de residente» (Considerando E)
- Como problema mundial califica el Considerando H) las nuevas amenazas que implican para los niños las nuevas tecnologías y la digitalización; aunque reconoce también que ofrecen nuevas oportunidades de aprendizaje y conexión;
- El Considerando N) señala que los menores representan aproximadamente una de cada cuatro víctimas de trata de seres humanos registradas en la Unión, incluso en su propio Estado miembro; que las *niñas* son las principales víctimas de trata para fines de explotación sexual.
- El Considerando I) proclama que la Unión se ha comprometido a aplicar los diecisiete objetivos de desarrollo sostenible (ODS), tanto en sus políticas interiores como en las exteriores, incluido el ODS 16.2 de «poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños»
- Y el Considerando O) incide en que los abusos sexuales y la explotación de menores en línea, constituyen una grave violación de los derechos fundamentales de los niños, que provocan profundos

o de personas que tienen trato cotidiano con ellos. – Casi una cuarta parte de las niñas de 15 a 19 años del mundo (unos 70 millones de niñas) dijo haber sido objeto de alguna forma de violencia física desde los 15 años de edad. Unos 120 millones de niñas de todo el mundo (algo más de 1 de cada 10) han sido víctimas de relaciones sexuales forzadas y otras agresiones sexuales en algún momento de sus vidas. – Los niños también están en peligro, aunque no hay una estimación mundial debido a la falta de datos comparables. – Alrededor de 3 de cada 10 adultos del mundo creen que para criar o educar de manera adecuada a un niño es necesario apelar al castigo físico. Vid. UNICEF «Ocultos a plena luz». *Un análisis de datos estadísticos de la violencia contra los niños* (4 de septiembre de 2018) pp. 2 y 7. Disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/informeocultosbajolaluz.pdf>.

traumas y consecuencias dañinas a largo plazo para las víctimas menores que pueden prolongarse a la edad adulta, y que este fenómeno es evolutivo; que están en ascenso en internet nuevas formas de estos delitos, como la «pornografía vengativa» y la «sextorsión», y los Estados miembros deben atajarlas con medidas concretas; que, según los datos más recientes, el número de imágenes de pornografía infantil en línea ha aumentado acusadamente a un ritmo sin precedentes y se ha generalizado a causa de internet. Reitera que según algunos informes, son más de 45 millones las imágenes y los vídeos señalados como abusos sexuales de menores. Incidiendo en este tipo de agresiones o abusos sexuales y en el marco del Programa «Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados» (2020), la Comisión expondrá una Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores¹⁹: «Nada puede ser más importante para nuestro modo de vida que proteger a nuestros niños», concluye la Comisión.

De lo anteriormente expuesto se colige la alta preocupación ante las diferentes y nuevas formas de violencia de niños, niñas y adolescentes, la frecuencia y/o el agravamiento de las mismas, así como los viejos y nuevos escenarios donde acontece. De todo ello se hace eco la nueva LO 8/2021 de 4 junio, de Protección integral frente a la violencia en la infancia y adolescencia.

III. PROTECCIÓN INTEGRAL FRENTE LA VIOLENCIA INFANTIL EN ESPAÑA

Partiendo del principio del interés superior del menor y de la autonomía progresiva de niños y niñas para el ejercer sus derechos y hacerlos valer, realizamos una aproximación de los avances legislativos producidos en orden a prevenir, detectar y eliminar todas las formas de violencia frente a la violencia en la infancia y adolescencia.

1. EJES PRIORITARIOS Y LA PREVENCIÓN COMO NUEVO PARADIGMA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN

Como veremos a continuación, la LO 8/2021 ofrece un concepto amplio de violencia (art.1) que se sustenta sobre ciertas premisas, elevándolas a categoría de principios rectores (ex art. 4). Pero sobre todo pone la mirada

19. *Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados* (2020), cit., p. 8.

en los niños, niñas y adolescentes, en el respeto a sus derechos fundamentales, considerándolos en todo momento como titulares de derechos subjetivos y otorgándoles capacidad para su efectivo ejercicio.

1.1. Violencia: concepto multidimensional

La LO 8/2021 define la violencia como «toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En todo caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, las agresiones y los abusos sexuales, la corrupción, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberracoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio infantil, la pornografía no consentida o no solicitada, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar» (art. 1).

Abarca por tanto, toda forma de perjuicio o abuso físico, psicológico o emocional, incluidos las agresiones o abusos sexuales y los castigos físicos. Incluye además el «simple descuido» o «trato negligente» y «cualquier comportamiento violento» en su ámbito familiar como forma de violencia. Previsión que está en línea con el artículo 11.2 LOPJM 1/1996, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta reforma ya incluyó las distintas tipologías de violencia a efectos de protección e incluyó en el apartado «i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso».

La LO 8/2021 adopta un enfoque transversal y se autodescribe como integral frente a las situaciones de violencia. Como se ha dicho, establece una categoría clasificatoria de la misma que define de forma amplia. Todo ello conforme al contexto e idiosincrasia actual en que se desenvuelven las personas menores de edad. Abarca todos los ámbitos de la vida del

niño-familiar, educativo, sanitario, judicial, deportivo, tecnológico o audiovisual. Desde estas premisas tiene por objeto combatir la violencia sobre la infancia y adolescencia, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias. Además, la Ley está orientada al cumplimiento de los objetivos de la Agenda 2030, para el Desarrollo Sostenible, en particular el Objetivo 16 «Promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas» y la meta 16.2 «Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños».

1.2. Principios y fines en sede de prevención

Para promover los derechos de las personas menores de edad consagrados en la CDN, es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia (Preámbulo). Desde luego la prevención es la mejor respuesta y la violencia contra la infancia puede prevenirse (OMS 2020). A nuestra sociedad le interesa y urge prevenir la aparición de conductas violentas, así como disminuir sus consecuencias. Los principios rectores sobre los que se enfatiza y asienta este abordaje integral frente a la violencia, (ex art. 4) son los siguientes:

- a) Prohibición de toda forma de violencia sobre los niños, niñas y adolescentes.
- b) Prioridad de las actuaciones de carácter preventivo.
- c) Promoción del buen trato al niño, niña y adolescente como elemento central de todas las actuaciones.
- d) Promoción de la coordinación y cooperación interadministrativa e intradministrativa, así como de la cooperación internacional.
- e) Protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la victimización secundaria.
- f) Especialización y capacitación de los profesionales que tienen contacto habitual con niños, niñas y adolescentes para la detección precoz de posibles situaciones de violencia.
- g) Reforzar la autonomía y capacitación de las personas menores de edad para la detección y adecuada reacción ante posibles situaciones de violencia ejercida sobre ellos o sobre terceros.
- h) Individualización de las medidas teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada niño, niña o adolescente víctima de violencia.

i) Incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de cualquier medida relacionadas con la violencia sobre la infancia y la adolescencia.

j) Incorporación del enfoque transversal de la discapacidad en el diseño e implementación de cualquier medida relacionada con la violencia sobre la infancia y adolescencia.

De forma paralela, muchos de los fines que persigue la ley (ex art. 3) se residencian en sede de prevención:

a) Promover las medidas de sensibilización para el rechazo y eliminación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia (...), dotando a los poderes públicos, a los niños, niñas y adolescentes y a las familias, de instrumentos eficaces en todos los ámbitos, especialmente en el familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio, y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

b) Establecer medidas de prevención efectivas frente a la violencia sobre la infancia y la adolescencia, mediante una información adecuada a los niños, niñas y adolescentes, la especialización profesional en los distintos ámbitos de intervención, el acompañamiento de las familias, dotándolas de herramientas de parentalidad positiva, y el refuerzo de la participación de las personas menores de edad.

c) Impulsar la detección precoz de la violencia sobre la infancia y la adolescencia mediante la formación multidisciplinar, inicial y continua de los y las profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes.

d) Reforzar los conocimientos y habilidades de los niños, niñas y adolescentes para reconocer la violencia y reaccionar frente a la misma.

e) Reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y tenidos en cuenta en contextos de violencia.

f) Fortalecer el marco civil, penal y procesal para asegurar una tutela judicial efectiva de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia.

g) Fortalecer el marco administrativo para garantizar una mejor tutela administrativa de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia.

h) Garantizar la reparación y restauración de los derechos de las víctimas menores de edad.

i) Garantizar especial atención a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.

j) Superar los estereotipos de carácter sexista, racista, estético, homofóbico o transfóbico.

k) Garantizar una actuación coordinada y colaboración constante entre las distintas Administraciones Públicas y los y las profesionales de los diferentes sectores implicados en la sensibilización, prevención, detección precoz, protección y reparación.

Puede inferirse que la finalidad de la ley se basa en la prevención y respuesta. Y ello requiere la adopción de medidas sistemáticas para hacer frente a los factores de riesgo y proporcionar protección a distintos niveles que están interconectados; esto es, el individual, relacional, comunitario y social. Por lo que la prevención es la vía prioritaria para evitar la violencia contra las personas menores de edad. Desde este prisma, el artículo 23, («de la prevención»), prevé que «Las Administraciones Públicas competentes establecerán planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia contra la infancia y la adolescencia». Planes y programas que comprenderán medidas específicas en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de servicios sociales, nuevas tecnologías, del deporte y el ocio. Todo ello en el marco de una *Estrategia para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia* que se acompañará de una memoria económica y en la que los centros competentes identificarán las aplicaciones presupuestarias con cargo a las que habrá de financiarse (ex art. 21)²⁰.

En otro orden de cosas, cabe reseñar que para la consecución de los fines y medidas previstas en la Ley integral, se prevé la necesaria «Dotación presupuestaria», a diferencia de lo ocurrido con las Leyes de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. A tal efecto, se hace un llamamiento genérico al Estado y las Comunidades Autónomas, para que en el ámbito de sus respectivas competencias, doten a los Juzgados y Tribunales de los medios personales y materiales necesarios para el adecuado cumplimiento de las nuevas obligaciones legales. Asimismo, se deberá dotar a los Institutos de Medicina Legal, Oficinas de Atención a las Víctimas, órganos técnicos que prestan asesoramiento pericial o asistencial y servicios sociales de los medios personales y materiales necesarios para el adecuado cumplimiento de los fines y obligaciones previstas en esta ley.

2. ATENCIÓN A COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Como se ha dicho existen circunstancias que hacen a algunos menores especialmente vulnerables al maltrato, entre iguales y no iguales. En el

20. Así lo dispone el capítulo I del Título III relativo a la sensibilización, prevención y detección precoz.

Programa europeo «Construir una Europa para y con los niños»²¹ se presta especial atención a estos colectivos. Refiriendo, entre otros, «a las personas menores de edad con discapacidades, o que viven en la pobreza y niños criados sin el cuidado de sus padres». Nuestra CE consagra el derecho fundamental a la igualdad de las personas menores de edad. Lógicamente deben entenderse incluidos los menores en riesgo de verse excluidos por motivos de pobreza, a menores con discapacidad, con diversidad afectivo sexual y a los menores extranjeros no acompañados (arts. 14 y 39.2 CE). La materialización del principio de no discriminación exige garantizar la equidad en el disfrute de todos los derechos niños, niñas o adolescentes y prevenirlos del riesgo frente a la violencia. Y como indicábamos anteriormente, la edad no es la única circunstancia que incide en la vulnerabilidad de las personas menores de edad; a veces concurre con otros factores, dando lugar a una doble o múltiple discriminación que redobla, sin duda, esa vulnerabilidad al maltrato.

2.1. Menores con discapacidad

El artículo 23 de la CDN señala que los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse por sí mismos y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. A tal efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006²², tiene por objeto promover, proteger y asegurar, el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente (art. 1). En especial, reseña que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias, para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad, gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas (art. 7). Y refiere de forma específica la protección a la integridad personal (art. 17), la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16), la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15). Y en cuanto al género, alerta de que las niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación (art. 6). La Convención incide en que en todas las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial, será

21. Siete buenas razones por las que deberíamos construir una Europa para y con los niños. Council of Europe, october 2007. France, p. 5.

22. BOE de 21 de abril de 2008.

la protección de su superior interés. A tal efecto, se garantizará que los niños y las niñas con discapacidad, tengan derecho a expresar su opinión libremente, sobre todas las cuestiones que les afecten; a que su opinión reciba la debida consideración, teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas; y que reciban asistencia apropiada, con arreglo a su discapacidad y edad, para poder ejercer ese derecho.

Desde estas consideraciones, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la necesidad de proteger de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la *discriminación múltiple*, como las niñas y niños con discapacidad (art. 7.4 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social). En la misma línea prosigue el artículo 12.7 LOPJM en la redacción dada por la Ley 26/2015 y la LO 8/2021 que ya desde su Preámbulo refiere que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son especialmente sensibles y vulnerables al maltrato y están expuestos de forma agravada a sus efectos y tienen mayores dificultades para el acceso, en igualdad de oportunidades, al ejercicio de sus derechos. Aspecto que luego concreta el artículo 9.2 de la Ley al objeto de atender a sus necesidades.

No cabe duda que las personas menores de edad que presentan alguna diversidad funcional son un colectivo cuya vulnerabilidad al maltrato ya empieza a ser visible; a lo que se suma el género de la joven víctima. Ser niña y con discapacidad duplica el factor de riesgo ante la violencia. Es un dato contrastado que las niñas y mujeres con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor (dentro y fuera del hogar) de sufrir violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, maltratos y explotación. Vulnerabilidad que aumenta, aún más, en niños, niñas y adolescentes con enfermedades mentales o discapacidades cognitivas, quienes presentan casi cinco veces más probabilidades de ser víctimas de violencia sexual (ONU, 2013). En España, algunos estudios revelan que son 3,7 veces más propensos que los niños no discapacitados a ser víctimas de cualquier tipo de violencia. Tienen 3,6 veces más probabilidades de ser víctimas de violencia física, y 2,9 veces más probabilidades de ser víctimas de violencia sexual. Los niños con deficiencias mentales o intelectuales parecen estar entre los más vulnerables, con 4,6 veces el riesgo de violencia sexual que sus pares sin discapacidad²³.

23. Actuación en la atención a menores víctimas en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Madrid, 2018, p. 12.

2.2. Diversidad afectivo-sexual

La Recomendación CM/Rec (2010) 5, de 31 de marzo, sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género²⁴ insta a los Estados a redoblar esfuerzos para investigar toda connotación homosexual y transexual en un acto de violencia (en especial, refiere los delitos de odio)²⁵. Sobre todo, porque en la práctica, podría resultar difícil demostrar los prejuicios contra homosexuales y transexuales. Así se recomienda que el Consejo de Europa emprenda estudios sobre la situación de los niños LGBT e intersexuales en lo que respecta a la realización de sus derechos. Este colectivo es potencialmente y en mayor medida, proclive a ser víctimas de discriminación, de delitos de odio o sufren trato vejatorio o degradante por su orientación sexual²⁶. A veces sufren rechazo en sus propias familias; y en el centro escolar y redes sociales, son víctimas de acoso o ciberacoso, que en ocasiones precipitan que la joven víctima no encuentre otra salida que terminar con su propia vida.

Desde otra perspectiva, el Comité de los derechos de niño, en las citadas Observaciones finales (2018) sobre los informes periódicos quinto y

-
24. En el marco de la Unión Europea, el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea incluye expresamente la orientación sexual en la lista de motivos de discriminación, y el párrafo 1 del artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene una disposición general contra la discriminación que expresamente menciona la «orientación sexual» en la lista de motivos prohibidos.
 25. «(...) En vista de la creciente importancia de Internet y de la dificultad para detectar y castigar a los autores de «discursos de incitación al odio» en Internet, los Estados miembros deberían establecer o mantener un marco jurídico sólido y adecuado aplicable a los nuevos medios y servicios o redes de comunicación, incluso en lo relativo al discurso de incitación al odio por motivos de la orientación sexual o identidad de género».
 26. La citada Recomendación CM/Rec (2010) 5 sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o de identidad de género, ya puso de relieve que los Estados deberían garantizar el derecho de niños y jóvenes a recibir instrucción en un ambiente seguro, exento de violencia, intimidación, exclusión social u otras formas de trato discriminatorio y degradante por motivos de su orientación sexual o identidad de género. Asimismo, se deberían adoptar las medidas apropiadas para garantizar que los directores y el personal docente puedan detectar, analizar, responder con eficacia y combatir en la escuela toda forma de discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, y que en las instituciones educativas se aplique la disciplina de una manera compatible con la dignidad humana, sin ningún tipo de discriminación. En las instituciones de enseñanza, las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, o los estudiantes que son objeto de exclusión o violencia, no deberían ser separados o aislados por razones de protección: el interés superior de esos jóvenes debería determinarse y respetarse de manera participativa, y las medidas destinadas a remediar tales situaciones deberían estar dirigidas principalmente contra los autores de esos actos.

sexto combinados de España y en lo relativo a las *prácticas nocivas*, recomienda que el Estado parte prohíba la aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos innecesarios en el caso de los niños intersexuales, cuando esos procedimientos conlleven el riesgo de causar daños y puedan ser aplazados sin consecuencias hasta que el niño pueda participar activamente en el proceso de adopción de decisiones. También recomienda que el Estado parte garantice que los niños intersexuales y sus familias reciban asesoramiento y apoyo apropiados. En su cumplimiento, el artículo 9.3 LO 8/2021 señala expresamente que los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a que su orientación sexual e identidad de género, sentida o expresada, sea respetada en todos los entornos de vida, así como a recibir el apoyo y asistencia precisos cuando sean víctimas de discriminación o violencia por tales motivos. Para lo que la educación y sensibilización se nos presenta de especial relevancia para combatir la discriminación y maltrato al que se ven expuestos estos niños y niñas.

2.3. Menores extranjeros no acompañados (MENAS)

Posiblemente los menores extranjeros no acompañados (MENAS) sea uno de los grupos más vulnerables en Europa²⁷, y más sensible al maltrato. Aunque expresamente no los refiere la LO 8/2021, deben entenderse incluidos en la cláusula abierta relativa a menores de «especial vulnerabilidad». Considerando además que todas las disposiciones dispuestas en la ley serán de aplicación a las personas menores de edad que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia (art. 2.1). No obstante, se afirma con razón que este colectivo es «invisible para las estadísticas, pero también lo son para los servicios de protección»²⁸.

La Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, ya puso de relieve la necesidad de reforzar la protección de los MENAS con asistencia y apoyo específicos dada su situación de particular vulnerabilidad. Inciden en la misma idea, la Resolución, de 3 de mayo de 2018, sobre la protección de los menores migrantes y la Comunicación de la Comisión, de 12 de abril de 2017, sobre «Protección de los menores migrantes» (COM(2017)0211).

Todo ello con propia justificación y en base a evitar circunstancias evidenciables cuyo resultado es que estos menores quedan en una situación

27. SG/Inf(2015)33, «Migration challenges for Europe: need for collective action».

28. PELÁEZ FERNÁNDEZ, P., «Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono». *Revista de Educación Social*, n.º 27 (julio-diciembre 2018), pp. 49 y 50.

de absoluta desprotección y consiguiente riesgo cuando se les considera mayores de edad sin serlo y se les niega cualquier tipo de asistencia y protección. Ciertamente el procedimiento para la determinación de la edad, exige un replanteamiento sobre si ésta se realiza siguiendo los criterios de necesidad e idoneidad, así como si se cumplen los requisitos legales exigidos –como es el consentimiento informado– y garantizando sus derechos fundamentales²⁹.

Nótese que el art. 12.4 (LOPJM) modificado por la Ley 26/2015 dispone que «cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determine su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas». Precepto nuevamente modificado por la LO 8/2021 que incide en considerar a la persona como menor de edad en el caso de que existen dudas sobre su mayoría de edad y estas no puedan ser disipadas. Además, se prohíben los desnudos integrales, las exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas.

Resulta muy ilustrativa al respecto la STS 307/2020 de 16 de junio (caso Mamadou) y no solo porque sienta jurisprudencia respecto a la problemática de la determinación de la edad de los niños y niñas que llegan solos a España, sino porque revela claramente los obstáculos y dificultades burocráticas añadidas que enfrenta este colectivo. En este caso la Fiscalía decretó la mayoría de edad de Mamadou, ante la negativa del menor a someterse a las pruebas, porque los documentos oficiales de su país, a los que no se dio validez, acreditaban que era un adolescente. La Comunidad de Madrid debía haberlo tutelado pero no fue así. El TS dictamina que la Fiscalía no debería haberle declarado adulto ante la negativa del joven a someterse a pruebas de determinación de la edad; y ello porque tenía documentos que acreditaban que era un adolescente y que la Comunidad de Madrid debía haberlo tutelado. La Sala subraya que:

«El valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes de los países de

29. PELÁEZ FERNÁNDEZ, P., «Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono», cit., p. 15.

origen debe prevalecer sobre las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial, que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron y que tampoco presenta indicios de manipulación, sobre todo cuando lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor es hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores».

Asimismo la declaración de mayoría de edad que hizo Mamadou al entrar irregularmente en España no es decisiva para dudar de esos documentos y considera que son «creíbles»:

«La declaración de mayoría de edad al entrar en territorio español no es un dato decisivo para dudar de la fiabilidad de la documentación «pues es conocido que declaraciones en tal sentido se hacen por quienes son menores creyendo que así encontrarán trabajo o, tal y como en el caso explicó el demandante –según expone el propio Fiscal–, que es el modo de pasar a la península, ir a Madrid y no quedarse en un centro de internamiento en Melilla. Estas explicaciones resultan creíbles ante una política sobre menores extranjeros no acompañados orientada al retorno del menor a su país de origen, bien con su familia bien en un centro de acogida de menores de su país». No es determinante tampoco el criterio de la apariencia física en los adolescentes, «pues no en todos los casos la apariencia física de los adolescentes revela indubitadamente su minoría». Las explicaciones que el joven da para justificar su mentira y que el rechazo a someterse a las pruebas no puede considerarse un criterio decisivo para sospechar de la mayoría de edad y considera «coherente» la negativa de Mamadou. «Tampoco es un indicio decisivo para dudar de la menor edad afirmada por el interesado y avalada por una documentación oficial no impugnada la negativa a someterse a las pruebas médicas. Tal negativa no carece de justificación y es coherente tanto con las razones defendidas en el recurso en el sentido de estar documentado por un pasaporte no invalidado y acreditativo de su menor edad como con la exigencia de que las pruebas de determinación de la edad no se practiquen de manera indiscriminada, tal y como ahora recoge el art. 12.4 LOPJM».

Como señala el TS, el criterio prioritario, en cualquier caso, debe ser la protección del menor, que se encuentran en nuestro país sin familia, «circunstancia que le hace especialmente vulnerable». Y ello, de acuerdo a la «interpretación de los textos legales debe llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (vinculante para España, conforme a los arts. 96 y 10.2 de la Constitución Española) que en su art. 3.2 ordena que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración

primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Y esto incluye especialmente a las consideraciones de política migratoria, donde el criterio prioritario debe ser también el interés superior del menor.

Respecto a estos colectivos especialmente vulnerables, la LO 8/202 insiste en fomentar la sensibilización ciudadana de rechazo, con especial atención a niños y niñas con discapacidad o diversidad afectivo-sexual (LGTBI); o los que pertenecen a minorías étnicas o los menores extranjeros no acompañados (MENAS). Se pretende reforzar las actuaciones de sensibilización, detección precoz y prevención con planes y programas públicos dirigidos a la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, dotados presupuestariamente y que prioricen a los colectivos más vulnerables. Es importante, a estos efectos, la creación del Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia (ex art. 56). Los datos requeridos y criterios básicos de notificación, que se concretarán en una orden ministerial, serán, como mínimo los siguientes: respecto a la *víctima*, la edad, sexo, tipo de maltrato o violencia, gravedad, nacionalidad y, en su caso, discapacidad; y con respecto al *agresor*: edad, sexo y relación con la víctima. Y también se ha de hacer constar las medidas puestas en marcha, en su caso, relativas a la intervención frente a la violencia.

Paralelamente y sobre los colectivos referidos, la LO 8/2021, a lo largo de su articulado, hace hincapié en prestarles una mayor atención. El artículo 3 apartado i) establece como uno de los fines de la ley «garantizar la especial atención a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad»; y el apartado j) subraya la necesidad de superar los estereotipos de carácter sexista, racista, estético, homofóbico, bifóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, enfermedad, etc. En la misma dirección, el artículo 9, bajo la rúbrica «Garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia» incide en que dichas garantías deben considerar las circunstancias personales, familiares y sociales de aquellos que pudieran tener mayor dificultad para su acceso. Considerando, en todo caso, las necesidades de las personas menores de edad con discapacidad o que se encuentren en situación de «especial vulnerabilidad». Sin lugar a dudas, los menores con discapacidad y con diversidad afectivo sexual tienen más probabilidades de sufrir actos violentos, en el entorno familiar y principalmente, en el educativo y en el universo digital. Y respecto a los menores extranjeros no acompañados (MENAS), privados absolutamente de cuidado parental, debe redoblar su precaria situación al enfrentar problemas burocráticos, que pueden dejarlos en una situación de absoluta desprotección, con el consiguiente riesgo de maltrato en distintos ámbitos.

IV. ALERTA EN LOS ÁMBITOS CENTRALES DE LA VIDA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Acierta la LO 8/2021 cuando señala que son dos los ámbitos donde los poderes públicos han de permanecer especialmente alerta: el familiar y el educativo. En ambos espacios la violencia puede pasar desapercibida por la «intimidad» de la esfera familiar y escolar. Lo que se justifica al señalar que «(...) en estos entornos son en los que suceden la mayor parte de los incidentes y que, en todo caso debieran ser marcos de seguridad y desarrollo personal para niños, niñas y adolescente» (Preámbulo). Al respecto, las organizaciones proinfancia señalan que aproximadamente, la mitad de las notificaciones de sospecha de maltrato infantil se producen en el ámbito familiar, mientras que más de cuatro de cada diez niños, niñas y adolescentes en España perciben la escuela como un lugar inseguro, donde están expuestos a sufrir abusos físicos o emocionales y malos tratos. Sin obviar, el nuevo escenario que proporcionan las redes sociales e internet, que a nuestro juicio requiere una atención específica. No cabe duda que los avances tecnológicos han facilitado la interacción social de las personas menores de edad; pero, ciertamente, también ha multiplicado los riesgos frente a actos violentos.

1. PREVENCIÓN PRIMARIA

En sede de prevención primaria, y desde una perspectiva didáctica, la LO 8/2021 otorga una prioridad esencial a la prevención, la socialización y educación, tanto entre las personas menores de edad, como entre las familias y la propia sociedad civil. No cabe duda que la educación desempeña un papel clave a la hora de prevenir formas específicas de violencia. Y esa educación proviene de los dos espacios primarios de socialización de los niños, niñas y adolescentes: la familia y la escuela. Desde un enfoque preventivo, la LO 8/2021 respalda el fortalecimiento del papel de la educación y sensibilización frente a la violencia, incluida la realizada por medio de las tecnologías de la información y la comunicación³⁰. Concienciar sobre los derechos de la infancia a sus protagonistas, a sus progenitores, educadores y en general a todos los profesionales involucrados en contextos relacionados con personas menores de edad, exige una reformulación de las políticas públicas que insten a emprender acciones conjuntas y multidimensionales con todos los agentes implicados.

30. Se regulan las actuaciones públicas dirigidas a garantizar el uso seguro y responsable de Internet por parte de los niños, niñas y adolescentes, familias, personal educador y profesionales que trabajen con personas menores de edad.

1.1. **Ámbito familiar**

La familia es el primer escalón de prevención de la violencia. En el ámbito familiar, la cultura del buen trato debe proyectarse desde dos esferas: como receptora de patrones educativos no violentos y como transmisora de los mismos hacia sus hijos. Es aquí donde deben plantearse los programas de prevención.

Desde la primera perspectiva, la protección que dispensa el artículo 39 CE a la familia se garantiza mediante una doble obligación: la de las personas progenitoras de prestar asistencia de todo orden a los hijos e hijas habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad (39.3 CE); y la de los poderes públicos de asegurar la protección integral de la familia (arts. 39.1 y 39.2 CE). Bajo este paraguas, la LO 8/2021 prevé proporcionar el apoyo público necesario para prevenir desde la primera infancia los factores de riesgo en este medio, reforzar los factores protectores, así como apoyar la labor educativa y protectora de las familias. Tanto a los progenitores, como a quienes ejerzan sus funciones de tutela, guarda o acogimiento, para que puedan desarrollar adecuadamente su rol parental o tutelar. A tal efecto, se promoverá el buen trato, medidas para favorecer el ejercicio positivo de la responsabilidad parental (art. 26.3 a)³¹, la adquisición de competencias emocionales, de negociación y resolución de conflictos (art. 25). Siempre desde el punto de vista de la individualización de las necesidades de cada familia (art. 26) y dedicando una especial atención a la protección del interés superior del menor en los casos de ruptura familiar, al objeto a fin de garantizar que dicha ruptura no implique consecuencias perjudiciales a los hijos, donde debe incluirse la violencia económica que se materializa en dejar de pagar la pensión alimenticia a los hijos (STS de 17 de marzo de 2021). El artículo 27 impulsa, entre otras medidas, los servicios de apoyo a las familias, los puntos de encuentro familiar y otros recursos o servicios especializados que permitan una adecuada atención y protección a la infancia y adolescencia frente

31. El desempeño positivo del rol parental fue definido en la Recomendación (2006)19, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio de la parentalidad, como «el conjunto de conductas parentales que procuran el bienestar de los niños y su desarrollo integral desde una perspectiva de cuidado, afecto, protección, enriquecimiento y seguridad personal, de no violencia, que proporciona reconocimiento personal y pautas educativas e incluye el establecimiento de límites para promover su completo desarrollo, el sentimiento de control de su propia vida y puedan alcanzar los mejores logros tanto en el ámbito familiar como académico, con los amigos y en el entorno social y comunitario». En similares términos y al objeto de favorecer el desarrollo de las capacidades, reconocimiento y orientación en todos los órdenes de niños, niñas y adolescentes, define la parentalidad positiva el art. 26. 3 a) de la LO 8/2021.

a la violencia; así como un acompañamiento profesional especializado a los progenitores, o en su caso, a los tutores o guardadores. Se enfatiza que en los casos de ruptura los poderes públicos deberán impedir que se utilicen planteamientos teóricos o criterios que no han sido avalados por la comunidad científica, como el Síndrome de Alienación Parental (arts. 11.3 y 26.3 a) *in fine*). Sin obviar, de otro lado, el interés prevalente de los hijos ante rupturas que se anidan en un contexto de violencia de género en el ámbito familiar, donde se da un paso significativo en orden a las medidas a adoptar respecto a la prohibición y suspensión del régimen de visitas³².

Desde otra perspectiva, la familia, es el espacio donde los hijos interiorizan las primeras normas, valores y modelos de comportamiento, por lo que resulta determinante la transmisión de los mismos. La educación en valores, como la no violencia sobre sus iguales y la no discriminación por motivos de discapacidad, etnia o nacionalidad, orientación sexual etc. puede prevenir ciertas conductas violentas que pueden proyectarse en la escuela y en el mundo digital. Valores esenciales que se elevan a la categoría de deberes para este colectivo. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modificó la LOPJM 1/1996 e incluyó expresamente deberes del menor que para un sector doctrinal «no era novedosa ni necesaria»³³. Los artículos 9 bis a 9 quinquies refieren estos deberes en el ámbito familiar³⁴, escolar y

-
32. Nótese que en relación a las medidas a adoptar respecto a la prohibición y suspensión del régimen de visitas, la citada LO 8/2021, modifica el artículo 158 C.c., con el fin de que el Juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o 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, con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad. A su vez, el artículo 94 C.c. modificado por la LO 8/2021 de reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, establece, incluso que, desde que se incoen diligencias previas en virtud de una denuncia por violencia de género, «No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá...».
33. En este sentido se afirma que los referidos deberes, o bien serán declaraciones de principios, o deberían haberse expresado en la línea de la Convención en el sentido activo y pasivo. Una revisión crítica de la inclusión de estos deberes puede verse ampliamente en LAMBEA RUEDA, A., «Los deberes de los menores en la Ley 26/2015: ¿deberes, principios o derechos?». *Revista de derecho privado*, Año n° 101, Mes 4, 2017, pp. 58 y 59.
34. El artículo 9 ter señala en este ámbito que «1. Los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus padres y hermanos así como a otros familiares o personas que se relacionen de forma estable con el núcleo familiar. 2. Los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad y con independencia de su género».

social³⁵. Así, «desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no sólo titulares de derechos sino también de deberes».

1.2. **Ámbito educativo**

En el *ámbito educativo*, segundo espacio (central) de socialización de niños, niñas y adolescentes, se proponen medidas que se consideran imprescindibles, en materia de prevención y detección de la violencia en los centros. Sensibilización y educación que a su vez integra dos perspectivas: educar en el respeto a los derechos fundamentales de los demás y también para que asuman la existencia de deberes en el ámbito escolar (art. 9 quáter LOPJM).

La LO 8/2021 eleva a principio que el sistema educativo debe regirse por el respeto mutuo, debe fomentar una educación inclusiva y de calidad que permita el desarrollo pleno de los niños, niñas y adolescentes en una escuela segura y libre de violencia, en la que se garantice el respeto y la promoción de sus derechos, empleando métodos pacíficos de comunicación negociación y resolución de conflictos (ex art. 30.1). Centros de enseñanza donde, a nuestro juicio, urge abordar necesidades educativas específicas, de acuerdo a los fines que establece la nueva norma.

De un lado, urge reforzar las capacidades de los propios niños, niñas y adolescentes para la identificar y detectar precozmente los riesgos y amenazas frente a situaciones de violencia y prepararlos para una adecuada reacción frente a las mismas; incluidos mecanismos fáciles y accesibles de denuncia. Especialmente, la educación digital y mediática, con controles efectivos y sanciones, para prevenir el uso acrítico y abusivo de las redes sociales, la exposición de la intimidad, ciberacoso, entre otros fenómenos. Todo ello conforme al Reglamento UE 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas y la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre Protección de Datos y garantía de los derechos digitales, (en adelante LOPDGDD)³⁶. Y también, de identificación de contenidos audiovisuales potencialmente dañinos, conforme a la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (Directiva UE 2018/1088). En este aspecto, cabe señalar que los

35. El nuevo artículo 9 quinquies, relativo a los deberes en el ámbito social, destaca en particular, el deber de «Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social» (apartado 2 a.).

36. BOE» núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 2018.

medios de comunicación juegan un papel relevante como agentes de educación formal e informal y pueden llevar a cabo campañas informativas y de sensibilización dirigidas a la sociedad en su conjunto y de forma particular, a los niños, niñas y adolescentes.

Y de otro lado, considerando el derecho a la educación inclusiva e integral del que son titulares autónomos los niños, y donde surgen cuestiones controvertidas por poder colisionar con otros derechos protegibles de los padres. ¿Qué debe prevalecer cuando la opción de los padres y la normativa no coinciden sobre la escolarización de los niños en la edad obligatoria?; o cuándo los padres se niegan a que sus hijos reciban formación sobre ciertos contenidos curriculares que necesariamente debe ofrecer el sistema educativo. Por ejemplo, objetar asignaturas para la formación en igualdad de género, educación afectivo sexual, diversidad familiar, etc. como prevé la LO 8/2021(ex art. 30) puede generar controversias al amparo del derecho «preferente» de los padres a escoger el tipo de educación «moral» que hay que dar a los hijos. A nuestro juicio debe prevalecer el derecho a la educación inclusiva y transversal de las personas menores de edad. No puede privárseles de su legítimo derecho a formarse en valores y principios legalmente reconocidos, que sin duda fomentarán su conocimiento, reforzarán sus capacidades y sobre todo su sensibilización hacia sus iguales, más aún si son menores especialmente vulnerables. Con todo, las medidas educativas, deben establecerse de forma coordinada con LO 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. La Ley incluye el necesario enfoque de los derechos de la infancia entre los principios rectores del sistema, según lo establecido en la CDN reconociendo el interés superior del menor, su derecho a la educación y la obligación que tiene el Estado de asegurar el cumplimiento efectivo de sus derechos. Y de otra parte adopta un enfoque de igualdad de género a través de la coeducación y fomenta en todas las etapas el aprendizaje de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la prevención de la violencia de género y el respeto a la diversidad afectivo-sexual, introduciendo en educación secundaria la orientación educativa y profesional del alumnado con perspectiva inclusiva y no sexista.

2. PREVENCIÓN SECUNDARIA Y TERCIARIA

En cuanto a las medidas a desarrollar en los niveles secundario y terciario en sede de prevención, la detección precoz, intervención temprana y la asistencia integral a la víctima, requieren reforzar las actuaciones y aptitudes que se deben observar, ante cualquier signo o señal de alarma.

Con carácter general la LO 8/2021 incide en redoblar las medidas preventivas antes que las terapéuticas.

2.1. Detección precoz e intervención temprana: Protocolos de actuación

A efectos de detección precoz, la LO 8/2021 incide en que las Administraciones Públicas competentes promoverán la capacitación de las personas menores de edad para que cuenten con herramientas para detectar situaciones de violencia (ex art. 23.1). Se trata de articular medidas específicas, planes y programas para poner freno a la violencia y en su caso, para reducir la duración y gravedad de la misma.

De singular importancia a nuestro juicio y frente a determinados tipos de violencia, es necesario instaurar Protocolos uniformes de actuación (contando con la participación de las personas menores de edad) para la identificación y tratamiento ante cualquier indicio de abuso o maltrato, acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio y autolesión, así como cualquier otra forma de violencia (art. 34). Protocolos que en el caso de acoso escolar ya existen en muchos colegios, si bien, su eficaz puesta en marcha y funcionamiento alberga serias dudas y revela déficits contrastados a distintos niveles. Ahora dichos protocolos (todos los previstos) se establecen con carácter obligatorio y deben ser aplicados en todos los centros educativos, independientemente de su titularidad (pública, concertada o privada). Protocolos que deberán iniciarse cuando los docentes o educadores de los centros educativos, padres o madres del alumnado o cualquier miembro de la comunidad educativa, detecten indicios de violencia o por la «mera comunicación» de los hechos por parte de los niños, niñas o adolescentes. Es necesario romper la ley del silencio que habitualmente impera en este espacio. Las conductas omisivas del propio Centro escolar, el silencio de la víctima, testigos y victimarios (triángulo del bulliying) acompañan de ordinario las conductas violentas en el entorno educativo.

Una de las mejoras propuestas para el correcto funcionamiento de estos protocolos, es constituir la figura del Coordinador o Coordinadora de bienestar y protección en todos los centros educativos (art. 35). Figura que se revela necesaria para que, entre otras funciones, se asegure que dichos protocolos se establezcan y funcionen correctamente ante indicios de acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género y cualquier otra forma de violencia. Contemplando actuaciones específicas cuando el acoso o ciberacoso tengan como motivación la discapacidad, el origen racial o nacional, la orientación sexual o la identidad o expresión de género; y de otro lado, cuando el acoso se lleve a cabo a través de las

nuevas tecnologías o dispositivos móviles y se haya menoscabado la intimidad y reputación o derecho a la protección de datos de las personas menores de edad.

También se prevé la elaboración de protocolos específicos de actuación en otros ámbitos:

En el *ámbito sanitario*, el artículo 38.2 prevé elaborar protocolos específicos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 39.2 y en el marco del protocolo común de actuación sanitaria, al objeto de facilitar la promoción del buen trato, la identificación de factores de riesgo y la prevención y detección precoz de la violencia contra niños, niñas y adolescentes, así como las medidas a adoptar para la adecuada asistencia y rehabilitación de las víctimas, que habrán de tener en cuenta, las especificidades de las actuaciones a desarrollar cuando la víctima de violencia sea una persona con discapacidad o cualquier otra situación de especial vulnerabilidad.

En el ámbito de los *centros de protección*, se prevé la elaboración de Protocolos que deben establecer los servicios sociales especializados de protección, para la prevención, detección precoz e intervención frente a las situaciones de violencia comprendidas en la ley (ex art. 53). Protocolos que deben contemplar específicamente actuaciones respecto a la trata de seres humanos, el abuso y la explotación sexual de personas menores de edad sujetas a medidas protectoras y que residan en dichos centros.

En el ámbito *deportivo y de ocio*, se regularán protocolos de actuación que recogerán las actuaciones que deben seguirse para la prevención, detección precoz e intervención frente a las posibles situaciones de violencia comprendidas en el ámbito deportivo y de ocio (art. 47). Asimismo, en el marco de las entidades donde se realizan actividades extraescolares (deportivas o de ocio), con personas menores de edad y en sede de prevención, también se crea la figura del Delegado o Delegada de Protección (art. 48.1 c) para informar y apoyar a los niños, niñas y adolescentes para el cumplimiento de los protocolos de actuación frente a la violencia en este ámbito donde se han dado casos de abuso y violencia. En este espacio se adoptarán las medidas necesarias para que la práctica de estas actividades no sean un escenario de discriminación por discapacidad, orientación sexual, identidad sexual o expresión de género. Asimismo se prevé que quienes trabajen en entidades que realizan de forma habitual actividades deportivas o de ocio con personas menores de edad, deberán recibir formación específica en la prevención y detección de cualquier forma de violencia sobre la infancia y la adolescencia, así como para atender adecuadamente las diferentes aptitudes y capacidades físicas e intelectuales

de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad para el fomento y el desarrollo del deporte inclusivo (art. 48.2).

Con todo, y desde un enfoque transversal, la LO 8/2021, en todo su articulado, insiste de forma reiterada en la especialización profesional a distintos niveles. Por un lado, insta a las Administraciones Públicas a promover y garantizar la formación especializada, inicial y continua en materia de derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia de los profesionales que tengan un contacto habitual con personas menores de edad. Y de otro lado, se insiste también en la necesidad de formación especializada en las carreras judicial y fiscal. Asimismo y desde otro enfoque, se insta a los centros de Educación Superior a promover la formación, docencia e investigación en derechos de la infancia y adolescencia en general (arts. 36 y 37).

2.2. Deber de comunicación de situaciones de desprotección, riesgo y violencia

De singular importancia a nuestro juicio es la identificación de los factores de riesgo. A tal efecto, la LO 8/2021 da nueva redacción al artículo 17 LOPJM que redefine y enumera de forma amplia los indicadores o factores de riesgo. Lo que ya supone en sí mismo un factor preventivo y protector. Ahora bien, para la detección precoz de la violencia es prioritario que los casos salgan a la luz. Son muchos los supuestos que permanecen ocultos, precisamente, por el entorno en el que acontece el acto violento, donde la invisibilidad es regla general. En este contexto, la LO 8/2021 incluye la obligatoriedad de comunicar la existencia de indicios de desprotección, riesgo o violencia de forma amplia e implicando directamente a los niños y niñas. Este deber de comunicación complementa al artículo 13 LO 1/1996 de LOPJM³⁷ y queda articulado de la siguiente forma:

En primer lugar, un deber de comunicación genérico dirigido a toda la ciudadanía. Esto es, a toda persona que advierta indicios de una situación de desprotección, de riesgo o de violencia ejercida sobre una persona menor de edad. Por lo que existe la obligación de comunicarlo de forma inmediata a la autoridad competente, sin perjuicio de prestar la atención inmediata que la víctima precise (ex art. 15).

37. Precepto que también se modifica por la Disposición final octava que da nueva redacción a su apartado 1 con el siguiente tenor: Toda persona o autoridad, especialmente aquellas que por su profesión, oficio o actividad detecten una situación de *riesgo o posible desamparo* de una persona menor de edad, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. Asimismo se suprimen los apartados 4 y 5 del artículo 13.

En segundo lugar, un deber de comunicación cualificado. Deber que se configura de una forma más exigente – «especialmente exigible» – para aquellos colectivos que, por razón de su profesión u oficio, tienen un contacto habitual con personas menores de edad o les corresponde una función de protección (ex art. 16).

Y en tercer lugar, un deber de comunicación de situaciones violentas que también alcanza a niños, niñas y adolescentes que fueran «víctimas» o «presenciaran» alguna situación de violencia sobre otra persona menor de edad (ex art. 17). En este caso «podrán» (carácter potestativo) comunicarlo, personalmente, o a través de sus representantes legales, a los Servicios Sociales, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, y en su caso a la Agencia Española de Protección de Datos. A tal efecto, se establecerán mecanismos de comunicación seguros, eficaces, adaptados y accesibles para los niños, niñas y adolescentes.

Además, se regula de forma específica el deber de comunicación de la existencia de contenidos ilícitos en internet. Este deber de comunicación alcanza, según el artículo 19, a toda persona, física o jurídica, que advierta la existencia de contenidos disponibles en red que constituyan una forma de violencia o abuso sobre los niños, niñas o adolescentes, sean o no constitutivos de delito, en tanto que el ámbito de internet y redes sociales es especialmente sensible a estos efectos. Así se garantizará la disponibilidad de canales confidenciales de denuncia de la existencia de tales contenidos, que podrán ser gestionados por líneas de denuncia nacionales homologadas por redes internacionales, siempre en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Los artículos 45 y 46 inciden en el uso seguro y responsable de internet y en el diagnóstico y control de contenidos. En esta línea, la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (Directiva UE 2018/1088) refuerza asimismo la protección de los menores ante contenidos potencialmente dañinos e incide en el ámbito de supervisión y control del mercado de comunicación audiovisual. Estas medidas de protección, serán aplicables a los servicios de radiodifusión televisiva (cadenas de televisión) y deben aplicarse también a las plataformas de video a la carta, como Netflix, y de distribución de videos, como YouTube y Facebook, etc. por ser los menores quienes, en mayor medida, consumen contenidos audiovisuales. Sin obviar, la LO 3/2018 (LOPDGDD), cuyo artículo 84.2 determinará la intervención del Ministerio Fiscal, ante la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información o equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la LO 1/1996 (LOPJM).

Llegados a este punto y aún considerando que la prevención primaria y secundaria serían las más efectivas para poner freno o minimizar la violencia, consumado el hecho delictivo, es necesario establecer medidas terapéuticas, de soporte y protección a las víctimas menores de edad. Al respecto se insta a los poderes públicos a adoptar todas las medidas necesarias para promover la recuperación física, psíquica, psicológica y la inclusión social de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, así como de las personas menores de edad que hayan cometido actos de violencia (art. 4.2). Siempre en el marco de la protección integral y la no revictimización³⁸, especialmente palpable en escenarios judiciales. Este es el criterio general de la LO 8/2021 y de lo que nos ocupamos a continuación.

2.3. Decálogo de derechos y garantías frente a la violencia institucional

Desde un enfoque de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de la violencia, no podemos obviar en otro tipo de violencia que directa o indirectamente les afecta: la *violencia institucional*. Entendiendo por tal aquella que acontece en los supuestos en que cualquier legislación, procedimiento, medida, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o bien derivados de la actuación individual del profesional, puedan generar en los niños abuso, negligencia, perjuicios en su salud, seguridad y estado emocional. En suma, que viole los derechos básicos de las personas menores de edad.

Interesa detenerse en la necesidad de reivindicar el fortalecimiento de los derechos y garantías procesales, de niños, niñas y adolescentes. Tanto de las víctimas como de los menores en conflicto con la ley penal. Nótese que Las Directrices del Consejo de Europa sobre una Justicia adaptada a los niños (2010)³⁹ es el documento internacional que sistematiza de una manera integral los estándares aplicables a cualquier relación que un niño o una niña establezca con la Administración de Justicia. Las directrices insisten ante todo en la importancia de que el menor pueda participar en su propio proceso y que sea consciente de cómo su opinión ha sido tenida en cuenta en la toma de decisiones.

38. La revictimización puede darse de diferentes maneras: revivir el hecho de violencia, repetición de interrogatorios, múltiples valoraciones o exámenes, divulgación del hecho a los medios, etc.

39. Las directrices sobre *Child Friendly Justice* fueron aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010.

En esta línea cabe citar la Resolución 2010 (2014) de la Asamblea Parlamentaria «Child-friendly juvenile justice: from rhetoric to reality»⁴⁰ y las orientaciones sobre la promoción y el apoyo a la aplicación de las Directrices sobre la justicia adaptada a los menores por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ (2014)15). En esta línea la Estrategia para los Derechos del niño del Consejo de Europa (2016–2021), reitera como una de las esferas prioritaria de atención, el derecho a una justicia adaptada para todos los niños. Se otorga, de esta forma, prioridad a establecer mejoras en la intervención con menores en los contextos judiciales. En suma, una Justicia amigable para la infancia (Child-friendly justice for all children) dada la necesidad de que los sistemas de justicia atiendan a las necesidades específicas y promuevan la participación de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito judicial y en los procesos en que estén involucrados.

Con carácter general, el Título I de la LO 8/2021 bajo la rúbrica Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia se ocupa de establecer dichas garantías y la Disposición final octava, modifica primer párrafo del apartado 5 del artículo 2 LO 1/1996 (LOPJM) y establece que «Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso».

A modo de decálogo reseñamos las siguientes previsiones que están interconectadas:

1° Respetar los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado (con libertad y guardando su intimidad)⁴¹, y a participar en el proceso, de acuerdo con la normativa vigente. Es importante que la niña, niño y adolescente reciban la información y asesoramiento jurídico, psicológico y social necesarios –incluida la atención terapéutica– que les permitan el ejercicio de su derecho a ser escuchados en el proceso judicial, en un lenguaje comprensible y adaptado a sus circunstancias especiales (arts. 10 y 11).

2° Reconocer a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, legitimación para la defensa de sus intereses en los procedimientos judiciales (art. 13). Defensa que se realizará a través de sus representantes legales, conforme al artículo 162 C.c. o también a través del defensor judicial designado por el Juzgado o Tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en los supuestos previstos en el artículo 26.2 Ley 4/2015.

40. «Una justicia de menores adaptada a los niños: de la retórica a la realidad».

41. También se modifica de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria para asegurar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en los expedientes de su interés, salvaguardando su derecho a la defensa, expresarse con libertad y garantizando su intimidad.

3° Derecho a asistencia jurídica gratuita para los menores de edad víctimas de violencia (art. 14); esto es, defensa y representación gratuitas (abogado y procurador). Asistencia que lógicamente debe extenderse también, para los menores sospechosos y acusados, de acuerdo a la Directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo de 2016. A tal efecto, la LO 8/2021 prevé que los Colegios de Abogados garanticen un turno de oficio especial para la asistencia y defensa de las víctimas y recibir información especializada sobre infancia y adolescencia. Garantizar el derecho de defensa está íntimamente relacionado con el derecho a asistencia letrada (derecho a la defensa técnica). Lo que requiere de profesionales de la abogacía, de calidad y especializados, en materia de violencia sobre la infancia y adolescencia.

4° Los menores de edad víctimas de violencia tienen derecho a personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento, sin que puedan retrotraerse ni reiterar actuaciones ya practicadas antes de su personación, y sin que ello suponga una merma del derecho de defensa del acusado (art. 14.6).

5° Las personas menores de edad víctimas de violencia tienen derecho a que las decisiones que se adopten sean motivadas e incluyan los criterios y parámetros utilizados, así como su ponderación, en aplicación del interés superior del menor. La motivación de las resoluciones judiciales son una manifestación legal del derecho a la tutela judicial efectiva (STS de 17 de septiembre de 2019). Debe garantizarse por tanto, la existencia de recursos, que permitan revisar la decisión adoptada y si ésta ha sido acorde al interés superior del menor. Considerando que durante su desarrollo evolutivo, pueden surgir cambios que requieran modificar la medida o decisión.

6° Garantizar la intervención y presencia del Ministerio Fiscal. El papel del MF es fundamental y su presencia activa es un derecho de las personas menores de edad, tanto en el ámbito civil (arts. 92, 137, 148, 158 y 172 y ss. C.c.), como en el penal, en el que en ocasiones se le encomienda ponderar la conveniencia de interponer denuncia o querrela cuando la víctima es menor; o a promover las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar en determinados casos⁴². Particularmente en los procesos de familia es insustituible su presencia y su actuación debe ser proactiva en defensa de sus intereses.

7° Es un derecho de la persona menor víctima evitar la revictimización. Las Administraciones Públicas deben adoptar las medidas de coordinación

42. Vid. Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2008, de 30 de julio.

necesarias entre todos los agentes implicados con el objetivo de evitar la victimización secundaria de los niños, niñas y adolescentes con los que en cada caso, deban intervenir. Asimismo debe procurarse que la atención a las víctimas se realice en espacios que cuenten con un entorno amigable (art. 12.3 y 4). Se establecen así criterios de actuación obligatorios de actuación a Fuerzas y cuerpos de Seguridad, al objeto de evitar la toma de declaración salvo aquellos casos en que sea absolutamente necesaria. De forma especial y para evitar las graves consecuencias para la integridad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos, se establecen criterios claros sobre la prueba preconstituida⁴³. Se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de 14 años o de las personas con discapacidad. La norma general será la prueba preconstituida en la fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha del juicio oral afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas, que ya de por sí, son especialmente vulnerables. Buena parte de las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vienen referidas a dicha prueba, al objeto de que «la persona menor de edad realice una única narración de los hechos ante el Juzgado de Instrucción, sin que sea necesario que lo haga ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento» (Preámbulo). Se incluyen *ex novo* los artículos 449 bis y ter, así como el artículo 703 bis LECr.; y se modifican otros tantos preceptos de este cuerpo legal. Teniendo en cuenta que cuando resulta ineludible la declaración del menor en el juicio oral, está habrá de realizarse evitando toda confrontación visual con el investigado (art. 707 LECr.).

8º La Ley otorga nuevos derechos a las víctimas de delitos de violencia de género cuando el autor de los hechos sea una persona menor de dieciocho años, en línea con Estatuto de la víctima del delito. A tal efecto se modifica el artículo 4 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM). Así, cuando la víctima lo sea de un delito de violencia de género, tiene derecho a que le sean notificadas por escrito, mediante testimonio íntegro, las medidas cautelares de protección adoptadas. Asimismo, tales medidas cautelares serán comunicadas a las administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección. Ya sean medidas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A la vez, y respecto los menores victimarios que cumplan medidas de internamiento, se modifican las medidas de vigilancia y seguridad (ex art. 59 LORPM)⁴⁴.

43. Esto es, que el interrogatorio a la víctima y/o testigo debe ser grabado en vídeo para que estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como medio de prueba en procesos penales.

44. Solo será admisible la sujeción de las muñecas con carácter excepcional y se prohíbe la contención mecánica (sujeción a una cama articulada o a un objeto fijo).

9º La persona menor de edad tiene derecho a que se le garantice la intervención de profesionales cualificados o expertos (equipos multidisciplinares) en los distintos ámbitos de intervención; de forma particular, de aquellos profesionales que adoptan decisiones especialmente relevantes que les afecten. Urge garantizar que estos profesionales cuenten con la formación suficiente y especializada para determinar las específicas necesidades de los niños más vulnerables. La Ley se hace eco de la necesidad de formación especializada en las carreras judicial y fiscal, exigida por toda la normativa internacional, en materia de derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia⁴⁵.

10º Derecho a asegurar la tutela judicial efectiva de niños, niñas y adolescentes. A tal efecto, debe favorecerse el marco civil, penal y procesal (art. 3 f). A tal efecto, Disposición final vigésima bajo la rúbrica *Especialización de los órganos judiciales, de la fiscalía y de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los Juzgados y Tribunales*, contempla un mandato al Gobierno para que en plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley, remita a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Al objeto de garantizar la especialización se planteará la inclusión de Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, así como la especialización de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales. Sin perjuicio de que se modifica el artículo 307.2 LOPJ que exige el estudio en profundidad de materias relativas a la no discriminación, la igualdad de género y los derechos de la infancia y la adolescencia en los procedimientos de selección de funcionarios. Del mismo modo, la ley orgánica dispondrá las modificaciones necesarias para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad. En esta misma línea, la Guía de criterios de actuación judicial para decidir sobre la custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial (CGPJ, 25 de junio de 2020)⁴⁶

45. Se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder judicial contemplando en las pruebas selectivas el estudio de la tutela judicial de los derechos de la infancia y la adolescencia, su protección y la aplicación del principio del interés superior de la persona menor de edad. El temario deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre normativa interna, europea e internacional, con especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus observaciones generales (art. 310 LOPJ); asimismo el Plan de Formación continua de la Carrera Judicial contemplará cursos específicos de naturaleza disciplinar sobre la tutela judicial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En todo caso, en los cursos de formación se introducirá el enfoque de la discapacidad de los niños, niñas y adolescentes (art. 433 bis apartado 5 LOPJ).

46. El texto íntegro de la Guía está disponible en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>

propone, como primera y una de las más importantes medidas, una reforma orgánica que establezca la especialización en materia de familia de los órganos judiciales de primera y de segunda instancia. Esta especialización, dentro del orden jurisdiccional civil, debería ir acompañada de una reforma de la planta judicial, de la creación de secciones especializadas dentro del Ministerio Fiscal y de una formación adecuada y obligatoria de todos los jueces y juezas que deban resolver procesos de familia sobre materias metajurídicas propias de disciplinas como la psicología o la sociología, entre otras.

Puede colegirse que toda medida que se adopte en contextos judiciales, debe hacerse protegiendo el interés superior del menor (víctima, testigo o victimario), respetando sus derechos y las debidas garantías del proceso. Se trata de un derecho y presupuesto esencial para la protección y promoción de los demás derechos de la infancia y adolescencia. Lo que requiere la especialización tanto de los órganos judiciales como de sus titulares, del Ministerio Fiscal, así como de los Equipos Técnicos que presten asistencia especializada a los órganos judiciales especializados en infancia y adolescencia. Y para cuya composición, funcionamiento y forma de acceso a los mismos, se prevé su regulación, de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en la LO 8/2021.

V. NOVEDADES EN SEDE DE PROTECCIÓN FRENTE A DETERMINADOS DELITOS

Conviene destacar algunas de las novedades que se incorporan en sede de prevención general positiva por ser de aplicación común a las distintas tipologías de violencia frente a niños, niñas y adolescentes, sea cual sea el autor de los hechos. La LO 8/2021 incorpora modificaciones de importante calado en la LO10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Nos referiremos a algunas de ellas, considerando que la prevención general positiva atribuye a la pena un carácter socio-pedagógico, asegurando las reglas que posibilitan la convivencia social, como instrumento idóneo para defender los valores comunitarios básicos y reforzar el respeto al Ordenamiento jurídico, reafirmando la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición al cumplimiento de las normas. Como subraya la STS (Sala de lo Penal de 8 de noviembre de 2015)⁴⁷, «la función actual del Derecho Penal no se reduce al efecto intimidatorio, sino que influye positivamente en el arraigo social de la norma».

47. La STS (Sala de lo Penal), núm. 666/2015 de 8 nov. 2015, Rec. 743/2015. Ponente: Conde-Pumpido Tourón, Cándido. (ROJ 4577/ 2015). ECLI: ES:TS:2015:4577

1. TIPOS PENALES Y PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS

Se reforma el Código Penal, en el sentido de modificar tipos delictivos específicos y para penalizar nuevas conductas. Entre otros, se da una nueva regulación a los *delitos de odio*, comprendidos en los artículos 314, 510, 511, 512 y 515.4 CP. A tal efecto, el artículo 510 CP dice que serán castigados con una pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, motivos racistas, anti-semitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, situación familiar, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social. Dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales. Ello responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

También se impone la pena de privación de la patria potestad (obligatoriedad) a los penados por homicidio o por asesinato en dos situaciones: cuando el autor y la víctima tuvieran un hijo en común y cuando la víctima fuera hijo del autor (art. 140 bis CP). Y se crean nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad, así como una gran alarma social de las personas menores edad, o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Así, se castiga a quienes, a través de estos medios, promuevan (fomentar o incitar) el suicidio (nuevo art. 143 bis CP), la autolesión (art. 156 ter CP) entre personas menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra éstas. Además, se prevé expresamente que las autoridades judiciales retirarán estos contenidos de la red para evitar la persistencia delictiva. De igual forma el artículo 361 bis CP, sanciona la distribución o promoción de contenidos que faciliten el consumo de productos o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas, orientado principalmente a prevenir la anorexia y la bulimia por su incidencia en personas menores de edad.

De especial relevancia se presenta la ampliación del plazo de prescripción de los delitos más graves perpetrados sobre niños, niñas y adolescentes, cometidos por «*cualquier persona*». Y donde esta previsión adquiere un importante significado en los delitos de violencia sexual⁴⁸. Como bien apunta el Preámbulo de la Ley, «con ello se evita la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se han probado de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección». Por lo que siguiendo las Recomendaciones del Comité de los Derechos del niño, se modifica el artículo 132 apartado primero del CP al establecer que «En los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento». Anteriormente comenzaba a contar cuando la víctima cumplía 18 años. Según nuestro parecer los delitos de abuso o agresión sexual no debería prescribir nunca. Rhodes (pianista inglés) y bajo cuyo nombre se bautizó la Ley, fue víctima de violencia sexual en la infancia y no consiguió relatar los hechos hasta los 31 años. Como ha manifestado públicamente «Ya es tarde para mí, pero para otros niños no».

2. AGRAVANTE DE EDAD Y PERDÓN DEL OFENDIDO

Se incorpora la *edad* como una agravante genérica de discriminación con el fin de dar una mayor respuesta penal a los delitos cometidos contra las personas menores de edad, por su especial vulnerabilidad; sin menoscabo de que el precepto, de acuerdo al principio constitucional de igualdad, permita la protección de otros colectivos susceptibles de protección penal por este motivo. A tal efecto se modifica el artículo 22 4ª para reforzar la protección especial que dispensa el Código Penal para las víctimas. Así establece que «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad,

48. Recuérdese que se modifica la redacción del tipo agravado de la agresión sexual, de los abusos y las agresiones a menores de dieciséis años y de los tipos de prostitución y explotación sexual y corrupción de menores (arts. 180, 183, 188 y 189 CP) incluyendo agravaciones cuando los delitos sean cometidos por aquellas personas encargadas de la tutela o guarda de menores o discapacitados necesitados de especial protección, así como cuando el autor, en la ejecución del delito, se haya prevalido de una situación de convivencia con la víctima.

orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta». Nótese que la agravante la aporofobia y la exclusión social están incluidas y la agravante de *género* se introdujo tras LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP⁴⁹.

Asimismo se incrementa la edad a partir de la que se aplicará el subtipo agravado del delito de lesiones del artículo 148.3 CP de los 12 a los 14 años por resultar una esfera de protección más apropiada en atención a la vulnerabilidad que se manifiesta en esta franja vital.

En cuanto al *perdón del ofendido* se elimina como causa de extinción de la responsabilidad criminal cuando la víctima del delito sea una persona menor de 18 años, completando de esta forma la protección de niños, niñas y adolescentes ante delitos contra bienes jurídicos de carácter eminentemente personal perseguibles a instancia de parte. A tal efecto, se modifica el párrafo 5º del apartado 1 del artículo 130 CP que queda redactado como sigue: «5º Por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla. En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal».

Siendo a la vez muy significativa la eliminación de la dispensa de declarar del cónyuge y de los ascendientes o descendientes del menor o del discapacitado necesitado de especial protección para una serie de delitos cuyos bienes jurídicos son eminentemente personales (art. 261 LECr). No se dispensa tampoco de declarar al testigo mayor de edad que haya presenciado cualquier situación de violencia hacia el menor (art. 416 LECr).

49. La Exposición de Motivos de esta Ley incorpora el género como motivo de discriminación al considerar, de acuerdo a los instrumentos internacionales, que el género, referido a «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres» puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo. Y el Convenio de Estambul (2011), en su artículo 3 apartado d) entiende por violencia contra la mujer por razones de género, aquella que se lleva a cabo contra una mujer porque es una mujer o porque que afecta a las mujeres de manera desproporcionada. Por lo que se exige el establecimiento de una agravación.

3. REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES Y TRATA DE SERES HUMANOS

En la misma línea de avance en materia de prevención/protección, la LO 8/2021 otorga a la violencia sexual una especial importancia. Este tipo de violencia tiene fuertes repercusiones en la dimensión personal de la persona menor de edad, al provocar un enorme impacto y sufrimiento, que, probablemente, les acompañará a lo largo de sus vidas. Así y a efectos de efectos de prevención, hay que recordar que el Convenio de Lanzarote⁵⁰ en su artículo 37 refiere el «Registro y almacenamiento de datos nacionales sobre los delincuentes sexuales convictos», para contribuir eficazmente al objetivo común de proteger a los niños contra la explotación y el abuso sexual y de prestar asistencia a las víctimas, con independencia de quién sea el autor del delito. El Convenio insta a cada Parte a adoptar las medidas legislativas (o de otro tipo) que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al Convenio. Y para que dicha información pueda transmitirse a la autoridad competente de otra Parte, de conformidad con las condiciones establecidas en su derecho interno y los instrumentos internacionales pertinentes.

Como es sabido, en nuestro país, por Real Decreto 1110/2015 se creó el Registro Central de Delincuentes Sexuales (RCDS)⁵¹ donde se inscriben las sentencias penales recaídas en estos delitos. El RCDS constituye un sistema de información, de carácter no público y gratuito, relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, regulados en el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con independencia de la edad de la víctima. Esta información se referirá a las condenas dictadas tanto en España como en otros países, en particular los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa; por

50. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. «BOE» núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

51. BOE de 30.12.2015, con entrada en vigor el 1 de marzo de 2016. La creación y regulación de la organización y funcionamiento del RCDS estaba previsto en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

lo que se van a perseguir estos delitos en colaboración con otras autoridades europeas.

La finalidad del Registro es contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual, con independencia de quién sea el autor del delito. La necesidad de una certificación negativa del Registro, que pasa a denominarse Registro Central de Delincuentes Sexuales y Trata de Seres Humanos (art. 57), se alza como un mecanismo de prevención y un sistema eficaz que permita conocer si quienes pretenden el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores, carecen o no de condenas penales por estos delitos. Repárese que sobre el particular, se ha planteado si estas limitaciones o prohibiciones podrían vulnerar el derecho al honor de los condenados. La STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 2 de marzo de 2020⁵² señala de forma tajante que estas limitaciones no vulneran el derecho al honor de los condenados por este tipo de delitos: «*honor que, precisamente, se ha perdido por el comportamiento del autor de tales conductas*». De forma paralela, el TS analiza el Real Decreto en relación con la Directiva 2011/93 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y con las leyes 26/2015 de la Infancia y la Adolescencia y LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y señala «ajustado a derecho el plazo de 30 años para cancelar la inscripción en el Registro Central de Delincuentes Sexuales cuando se haya cumplido la pena sin volver a delinquir, y la víctima sea menor de edad y el condenado mayor de edad». Estima que esta previsión (ex art. 10 R/D 1110/2015) es ajustada a derecho.

Si bien, la mayor protección que debe otorgarse a las víctimas de estos delitos se materializa en el artículo 58 LO 8/2021 en el sentido de establecer que los antecedentes que figuren como cancelados en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos no se tomarán en consideración a los efectos de limitar el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores de edad. Asimismo propone endurecer las condiciones de cumplimiento de los condenados por agresiones sexuales a menores. Por lo que, estas personas no podrán acceder a los permisos penitenciarios o al tercer grado hasta que hayan cumplido la mitad de la pena. También se endurece su acceso a la libertad condicional impidiendo que el juez pueda anticiparla a las dos terceras partes de la condena.

52. La STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 2 de marzo de 2020 Roj: STS 686/2020 – ECLI: ES:TS:2020:686.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CEDAW Recomendación General n.º 19. *La violencia contra la mujer*. Ginebra, 1992.
- Consejo General del Poder Judicial, *Guía de criterios de actuación judicial para decidir sobre la custodia de los hijos tras la ruptura matrimonial*, 2020.
- GUILARTE MARTÍN CALERO, C., «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de protección jurídica del menor». En VV.AA. *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*. (coords. CABEDO MALLOL, V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Actuación en la atención a menores víctimas en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Madrid, 2018.
- Organización Mundial de la Salud (OMS, 2020) «Es posible prevenir la violencia contra los niños». OMS (2020) Nota de prensa «Violencia contra los niños» (8 de junio de 2020).
- PELÁEZ FERNÁNDEZ, P., «Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono». *Revista de Educación Social*, n.º 27 (julio-diciembre 2018).
- PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, *Protección integral frente a la violencia infantil. Un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*. Tirant lo Blanch, Valencia 2021.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educativo Siglo XXI*, vol. 30, n.º 2, 2012.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El interés del menor». En *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*. Vol. III. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2000.
- SAVE THE CHILDREN «Ojos que no quieren ver», *Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema*, 2017.
- TENA PIAZUELO, I. «Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida». *Revista de Derecho Civil*. Vol. 5, n.º 1 (enero-marzo, 2018).

UNICEF, *Eliminar la Violencia Contra los niños y niñas: Seis Estrategias*, 2014.

UNICEF, «Ocultos a plena luz». *Un análisis de datos estadísticos de la violencia contra los niños*, 2018.

VERDERA IZQUIERDO, B. *La actual configuración del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

Capítulo XIV

Las situaciones de riesgo y desamparo tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil
Universidad de Vigo*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SITUACIÓN DE PARTIDA: LA DESPROTECCIÓN DEL MENOR. 1. *Los indicadores y las situaciones de riesgo*. 2. *Los indicadores y las situaciones de desamparo*. III. POSIBLES ACTUACIONES FRENTE A LA DESPROTECCIÓN. 1. *Principios rectores de la actuación administrativa*. 2. *Trascendencia de la correcta valoración de la situación de desprotección examinada y sus efectos*. 2.1. Situaciones previas a la declaración de riesgo. 2.2. Situaciones de riesgo. 2.3. Situaciones de desamparo. 2.3.1. La guarda provisional. 2.3.2. El acogimiento. 2.3.3. La adopción. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 5 de junio se publicó en el BOE 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), cuyas Disposiciones finales segunda y octava modifican respectivamente el Código civil y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LO 1/996).

Tal como señala el Preámbulo de la Ley, la protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos, reconocida en el artículo 39 de la Constitución Española (en adelante, CE) y en diversos tratados internacionales. A tal efecto, la Ley aborda la defensa de los derechos fundamentales de los menores de edad y su protección frente a la violencia de manera integral, viniendo a completar las mejoras que en este campo obraron la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia (en adelante, LO 8/2015 y Ley 26/2015, respectivamente).

En este sentido, y con el objeto de asegurar el libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, la Ley 8/2021 da prioridad a la familia, por ser el medio natural idóneo para el desarrollo de los menores, y a las labores de sensibilización, prevención, detección precoz y asistencia inmediata en todas aquellas situaciones que supongan un riesgo actual o previsible de desprotección, de manera que no sólo se presten a la familia apoyos con finalidad reparadora, sino también con finalidad preventiva, al objeto de lograr que los progenitores puedan cumplir con sus responsabilidades parentales y que las personas menores de edad no sean apartadas de su familia. Y, sólo cuando la protección de los derechos de los menores no se logre en el ámbito familiar, actuarán los poderes públicos adoptando las medidas previstas legalmente, incluso la separación del menor de su familia de origen, en cuyo caso el Estado debe garantizar que la situación del menor y su familia haya sido evaluada, cuando sea posible, por un equipo multidisciplinar de profesionales, con la colaboración judicial apropiada, a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del menor¹.

Y todo ello porque la protección del menor se concibe en un sentido integral y gradual, pues abarca todo un conjunto de medidas que abordan las situaciones de desprotección del menor, que se adoptan de manera paulatina, de menor a mayor gravedad de las circunstancias concurrentes: la prevención de las situaciones de desprotección, la actuación sobre las mismas cuando ésta no ha podido evitarse y se ha producido, así como otras actuaciones y medidas que persiguen como fin la integración familiar y social del menor mediante programas de preparación a la vida independiente².

1. ORDÁS ALONSO, M., «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9, 2016, p. 11.
2. MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 383.

Pero para que pueda realizarse con cada menor la intervención que más se adecúe a su interés superior es necesario partir de una correcta valoración de su situación que permita diferenciar si la persona menor de edad se encuentra en situación de riesgo o desamparo, según la gravedad de la desprotección (menor gravedad, situación de riesgo; mayor gravedad, situación de desamparo), pues en ambos casos se producirá la intervención de la administración pública, pero con actuaciones diferenciadas, manteniendo al menor en su familia en caso de riesgo o separándole de ella si está en desamparo³.

II. SITUACIÓN DE PARTIDA: LA DESPROTECCIÓN DEL MENOR

La realidad evidencia que las personas menores de edad pueden sufrir desprotección⁴, aun cuando en multitud de ocasiones se hace difícil detectar estas situaciones porque tienen lugar en el ámbito familiar. Menores cuya madre padece una enfermedad mental y cuyo padre es alcohólico, sometidos ambos a tratamientos con resultado positivo (situación de riesgo)⁵; menores cuya madre carece de unas pautas claras para afrontar la educación de sus hijos –ella misma carece de un modelo parental y familiar claro, debido a la infancia que padeció (estuvo ingresada en centros de acogida)– (situación de riesgo)⁶; menores cuya madre tiene una clara incapacidad para atender ella sola las necesidades de los dos menores de corta edad: inexistencia de apoyo familiar y social que pudiera auxiliarle en el cuidado de los menores (situación de desamparo)⁷; supuestos de nula o inexistente toma de conciencia por los progenitores de los problemas

3. Sobre el particular, hay que tener en cuenta que los profesionales de la Administración Pública hacen la valoración de las situaciones de desprotección según unas guías y manuales elaborados por las Comunidades Autónomas, en base a las competencias que tienen en materia de servicios sociales, que son diferentes entre sí tanto por las definiciones de cada tipo de desprotección que incluyen como por los indicadores a la hora de valorarlos y determinar su gravedad, lo que provoca que no haya homogeneidad en la valoración de la desprotección y su intervención: PASCUAL-LAVILLA, S., «La desprotección infantil en España: un análisis comparativo entre comunidades autónomas», *Aposta Revista de Ciencias sociales*, n.º 86, 2020, p. 120.
4. Según datos del Observatorio de la Infancia del año 2018, los últimos publicados, en España hay 49.985 sujetos a una medida de protección de tutela o guarda: <http://www.infanciaendatos.es/datos/graficos.htm?sector=infancia-vulnerable> (última consulta: 26-10-2021). A esta cifra hay que sumar a todas aquellas personas menores de edad que, por razón de la menor gravedad de su situación, no han sido separadas de sus familias, pero que, sin embargo, son objeto de algún tipo de intervención dentro de la familia porque también se encuentren en situación de desprotección.
5. SAP de Jaén de 10 de enero de 2002 (AC 2002/166).
6. SAP de Zaragoza de 15 de julio de 2004 (AC 2004/990).
7. SAP de Burgos de 22 de abril de 2020 (AC 2020/1396).

médicos del menor que habían sido advertidos en los informes prenatales y que se confirmaron al nacer (desamparo de recién nacido)⁸; supuestos de graves problemas de salud que impedían a la madre hacer un seguimiento de los hijos y falta de conciencia de la responsabilidad que conlleva la crianza de menores (situación de desamparo)⁹; menores con entorno de maltrato físico y psicológico y un posible abuso sexual (situación de desamparo)¹⁰; supuestos de desequilibrio emocional de la madre, absoluta pasividad y desentendimiento del padre, consumo de alcohol y drogas por parte de los dos, graves y continuas crisis de la pareja con episodios violentos e intentos de autolesión de la madre (situación de desamparo)¹¹.

El tratamiento normativo de estas y de otras muchas posibles situaciones de desprotección en que pueden encontrarse las personas menores de edad está previsto tanto en la legislación estatal como autonómica. En el ámbito estatal, las Leyes 8/2015 y 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia supusieron una reforma en profundidad del sistema español de protección de menores tanto en la entrada al sistema de protección¹², a través de las actuaciones previas a la declaración de riesgo, la propia declaración de riesgo o de desamparo y la guarda voluntaria, como en las medidas que se adoptan dentro del mismo, ya sea el acogimiento familiar o residencial, ya la adopción nacional o internacional, y que la LO 8/2021 ha venido a completar. Hasta las Leyes de 2015 las figuras de riesgo y desamparo sólo se mencionaban en la legislación estatal, y eran las legislaciones autonómicas sobre la materia las que definían y relacionaban las situaciones de riesgo y desamparo con carácter abierto, no taxativo. En la actualidad, la situación ha cambiado con una adecuada regulación en la legislación estatal, no sólo de los indicadores y situaciones de desamparo, introducidos en 2015, sino también de los indicadores de riesgo, añadidos por la LO 8/2021 a las situaciones de riesgo ya previstas en la LO 1/1996 y en la legislación autonómica, lo que corrige en buena medida la ausencia de unos mismos criterios para la detección del riesgo y del desamparo, consecuencia de una normativa autonómica dispar y una legislación estatal de aplicación subsidiaria, por virtud de la competencia que en materia de protección de menores han asumido las Comunidades Autónomas.

8. STSJ de Aragón de 29 de mayo de 2019 (RJ 2020/1947).

9. STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2018 (RJ 2018/4122).

10. SAP de Pontevedra de 1 de marzo de 2019 (JUR 2019/143988).

11. SAP de Cádiz de 14 de junio de 2007 (AC 2007/1983).

12. ADROHER BIOSCA, S. «La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 45-46.

1. LOS INDICADORES Y LAS SITUACIONES DE RIESGO

La LO 8/2021 ha introducido importantes cambios en el sistema de protección de menores al incluir, de manera pormenorizada, una relación de indicadores de riesgo que permiten valorar las situaciones de riesgo. Tal relación viene a completar los dos indicadores que habían sido incluidos por la Ley 26/2015 en el artículo 17 LO 1/1996, esto es, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente, y la concurrencia de circunstancias o carencias materiales, que nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar¹³.

En la actualidad, en cambio, el artículo 17.2 de la LO 1/1996 regula detalladamente cuáles deben considerarse como indicadores de riesgo, a través de una lista abierta que puede completarse con cualquier circunstancia que implique violencia sobre las personas menores de edad que pueda derivar en una situación de desprotección, ya sea de riesgo o desamparo.

La utilidad de estos indicadores de riesgo es innegable por un doble motivo, por un lado, porque ayuda a las administraciones públicas en la difícil tarea de discernir si las circunstancias concurrentes revelan que la persona menor de edad, de manera individualizada, se encuentra en una situación que puede resolverse sin acudir a la declaración de riesgo o, llegado el caso, si se hace precisa la declaración en situación de riesgo o en situación de desamparo, y, por otro lado, porque una vez calificada la realidad evaluada, permitirá a las administraciones públicas decantarse por la actuación más conveniente para paliar y eliminar las concretas circunstancias que afectan o perjudican el desarrollo de la persona menor de edad que ha entrado en el sistema de protección¹⁴.

Serán considerados como indicadores de riesgo, entre otros¹⁵:

a) La falta de atención física o psíquica del niño, niña o adolescente por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la

13. Esta previsión está en consonancia con la idea de que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo, recogida en el artículo 18.2.2 LO 1/1996.

14. Desde mi punto de vista, la entrada en el sistema de protección se produce cuando se realiza por parte de las administraciones públicas cualquier actuación dirigida a atenuar o eliminar las situaciones de desprotección y conflicto social en que pueden encontrarse las personas menores de edad, sin necesidad de que haya una resolución administrativa en tal sentido y, por lo tanto, sin necesidad de una declaración en situación de riesgo o en situación de desamparo.

15. Artículo 17.2 LO 1/1996.

tutela, guarda, o acogimiento, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño, niña o adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.

b) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico por parte de los progenitores, o por las personas que ejerzan la tutela, guarda o acogimiento.

c) La existencia de un hermano o hermana declarado en situación de riesgo o desamparo, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

d) La utilización, por parte de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, del castigo habitual y desproporcionado y de pautas de corrección violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo.

e) La evolución negativa de los programas de intervención seguidos con la familia y la obstrucción a su desarrollo o puesta en marcha.

f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los responsables parentales, contra los niños, niñas y adolescentes que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, en particular:

1.º Las actitudes discriminatorias que por razón de género, edad o discapacidad puedan aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, la falta de acceso a la educación, las escasas oportunidades de ocio, la falta de acceso al arte y a la vida cultural, así como cualquier otra circunstancia que, por razón de género, edad o discapacidad, les impidan disfrutar de sus derechos en igualdad.

2.º La no aceptación de la orientación sexual, identidad de género o las características sexuales de la persona menor de edad.

g) El riesgo de sufrir ablación, mutilación genital femenina o cualquier otra forma de violencia en el caso de niñas y adolescentes basadas en el género, las promesas o acuerdos de matrimonio forzado¹⁶.

h) La identificación de las madres como víctimas de trata.

i) Las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género en los términos establecidos en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004,

16. Es fundamental en estos casos poder determinar si el riesgo es potencial o inminente y cuáles son las medidas de prevención más oportunas. En riesgo potencial están todas las niñas originarias de países o que pertenecen a etnias donde se practica la

de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

j) Los ingresos múltiples de personas menores de edad en distintos hospitales con síntomas recurrentes, inexplicables y/o que no se confirman diagnósticamente.

k) El consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad.

l) La exposición de la persona menor de edad a cualquier situación de violencia doméstica o de género¹⁷.

m) Cualquier otra circunstancia que implique violencia sobre las personas menores de edad que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño, niña o adolescente.

Diferentes de los indicadores de riesgo son las situaciones de riesgo, que no son modificadas por la LO 8/2021, como tampoco el concepto de situación de riesgo introducido en la regulación estatal por la Ley 26/2015, que aparece en el apartado primero del mismo artículo en los siguientes términos:

Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se vea perjudicada en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y

ablación, y en riesgo inminente están, por ejemplo, las que vayan a viajar al país de origen, en cuyo caso los progenitores deben firmar un "compromiso preventivo" y si no lo firman, debe comunicarse la situación a la entidad de protección de menores o al Ministerio Fiscal: QUICIOS MOLINA, M.S., «Protección en España de las niñas en riesgo de sufrir mutilación genital», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4, 2017, p. 10.

17. La doctrina echaba en falta que la reforma del artículo 18 LO 1/1996 operada por la LO 26/2015 no se hubiera aprovechado para introducir expresamente entre las circunstancias que permiten una declaración de desamparo la de que el menor viva en un entorno familiar de violencia doméstica o de género, lo que provocaba que hubiera de acudir a causas más generales, como las de las letras d), e) o c) del apartado 2, para la declaración del desamparo del menor víctima de violencia de género cuando la situación concreta no permitiese su tratamiento como una situación de riesgo. En este sentido, MÚRTULA LAFUENTE, V., «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 152 y 157. En la actualidad, la violencia doméstica o de género se ha incluido por la LO 8/2021 como un indicador de riesgo, y no de desamparo.

la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar.

Se regulan expresamente dos situaciones de riesgo, la situación de riesgo prenatal y la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento para los tratamientos médicos que precise el menor.

Se entiende por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección¹⁸.

La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor¹⁹.

Si bien una primera aproximación a la normativa nos permite diferenciar los indicadores de riesgo y las situaciones de riesgo por razón de que sólo respecto de estas el legislador ha anudado inmediatamente concretas actuaciones administrativas, como se evidencia en los dos párrafos precedentes, haciendo una lectura más pausada de la misma es posible comprobar que también para cuando se evidencian indicadores de riesgo

18. Artículo 17.9 LO 1/1996.

19. Artículo 17.10 LO 1/1996. En los casos más graves resultará procedente, en su caso, de acuerdo con el interés del menor, la declaración de su desamparo. En este sentido, DÍEZ GARCÍA, H., «Comentario del artículo 172 Cc», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 511.

se han previsto intervenciones específicas en aplicación de los principios de prevención, detección precoz y asistencia inmediata, entre otros, que deben presidir toda actuación administrativa de protección de las personas menores de edad. Porque, efectivamente, no sólo deben considerarse actuaciones administrativas las que se producen una vez declarada la situación de riesgo o, en su caso, de desamparo, sino que también lo son cuantas acciones estén encaminadas a resolver una situación de desprotección o conflicto social de las personas menores de edad sin previa resolución administrativa que la declare, a cuya consecución se elaborará y pondrá en marcha un proyecto de intervención social y educativo familiar y se establecerán los planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, previstos legalmente.

En todo caso, en una situación de riesgo no existe desatención del menor en sentido estricto, aunque sí un peligro cierto de que ésta pueda llegar a producirse; peligro materializado por la detección de un perjuicio real del menor en sus derechos, en su dignidad o en su derecho al libre desarrollo de su personalidad medido conforme a las previsiones del artículo 2.2 y 3 LO 1/1996, cualquiera que sea la causa u origen del mismo²⁰. Pero no sólo existiría tal peligro una vez declarada la situación de riesgo. Asimismo, lo habría por la sola concurrencia de alguno de los indicadores de riesgo y en tanto no se dicte la resolución administrativa que declare la situación de riesgo, pues ya habría indicios de desprotección del menor.

2. LOS INDICADORES Y LAS SITUACIONES DE DESAMPARO

La LO 8/2021 no modifica, en cambio, el artículo 18 LO 1/1996, que continúa recogiendo los indicadores y las situaciones de desamparo, tal como fueron redactados por el legislador del año 2015, así como el concepto de desamparo.

Por un lado, en el párrafo tercero del apartado segundo se señala que «se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente». Sin embargo, no son indicadores de desamparo ni la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores ni la discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Por otro lado, las situaciones que se consideran de desamparo y que se identifican con un conjunto de circunstancias que, si se dan con la

20. *Ibidem*, p. 510.

suficiente gravedad, «supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor», se encuentran recogidas en los párrafos siguientes²¹:

a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.

b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.

c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.

d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de

21. El listado fue consensuado con las CCAA tras un análisis comparado de sus legislaciones en la materia y supone un importante avance en el tratamiento similar de estos casos en todo el territorio español, según señala ADROHER BIOSCA, S. «La reforma del sistema ...», *op. cit.*, p. 47.

tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.

g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria.

h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

También en el artículo 18 LO 1/1006 se encuentra el concepto de situación de desamparo, igual al del artículo 172 CC, y que se mantiene conforme a la redacción dada por la Ley 26/2015 en los siguientes términos: «se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

En esta definición del desamparo se aprecia que es necesario que se produzcan ciertas conductas (el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección del artículo 154 CC) que provocan un resultado (que los menores queden privados de la necesaria asistencia moral o material que es exigible a los progenitores conforme al artículo 39.3 CE), y que exista un nexo causal entre ambas situaciones, que deben darse de manera cumulativa, pues aun teniendo lugar ciertas conductas reprobables de los progenitores, si no hay desasistencia moral o material de las personas menores de edad, no hay desamparo, tal como resulta de la STS de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014/5182), que fija como doctrina de la Sala:

Cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda

de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección.

III. POSIBLES ACTUACIONES FRENTE A LA DESPROTECCIÓN

La desprotección de los menores se manifiesta a través de las situaciones de riesgo y desamparo, cuya distinción tiene una gran trascendencia por las diferentes consecuencias que comporta para el menor y su familia, a las que me referiré más adelante, pero también porque serán distintas las medidas que se aplicarán para resolver cada una de las situaciones de desprotección, primando las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas²².

Por lo tanto, en primer lugar, se favorecerá el mantenimiento del menor con su familia y los poderes públicos velarán para que ésta pueda desarrollar adecuadamente sus responsabilidades, para lo que le proporcionará servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores²³ y, si se trata de menores con discapacidad, garantizarán que tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia proporcionándoles la información, servicios y apoyo que precisen²⁴. Incluso si se hace precisa la separación del menor de su familia en las situaciones de desamparo, se debe procurar la pronta reagrupación familiar y el mantenimiento, en tanto ésta no se produzca, de los vínculos familiares.

En segundo lugar, se apuesta por las medidas estables frente a las temporales desde el momento en que el menor accede por primera vez a un recurso de protección, evitando la prolongación de las medidas de carácter provisional y de la estancia en los recursos de primera acogida²⁵ y realizando revisiones periódicas de las medidas de protección no permanentes²⁶.

22. Artículo 12.1 LO 1/1996.

23. Artículo 12.2 LO 1/1996.

24. Artículo 12.8 LO 1/1996.

25. Artículo 12.5 LO 1/1996.

26. Cada tres meses respecto de menores de tres años y cada seis meses respecto de mayores de esa edad, sin perjuicio de la revisión que se hará en los acogimientos permanentes, cada seis meses el primer año y, a partir del segundo año, cada doce meses. Artículo 12.6 LO 1/1996.

En tercer lugar, se da preferencia a las medidas consensuadas frente a las impuestas y así se aprecia en la elaboración del proyecto de intervención social y educativo familiar cuando se valora la existencia de una situación de riesgo, pues será oída y tenida en cuenta la opinión de la familia y se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años²⁷.

1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Los encontramos en el artículo 11.2 LO 1/1996²⁸, que señala:

Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

- a) La supremacía de su interés superior.
- b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.
- c) Su integración familiar y social.
- d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección.
- f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten.
- g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social.
- h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten.
- i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo,

27. Artículo 17.4 LO 1/1996.

28. Modificado por la Ley 26/2015. Asimismo, están previstos en las diferentes leyes autonómicas.

incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.

j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia.

k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas.

l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual.

m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

De entre todos estos principios únicamente me voy a detener brevemente en tres. En primer lugar, es necesario destacar el principio del superior interés del menor²⁹, que debe presidir toda actuación administrativa de protección de la infancia y adolescencia. A él se refiere el artículo 2 de la LO 1/1996, modificado por la LO 8/2015 y, recientemente, por la LO 8/2021, que han venido a perfilar un concepto jurídico indeterminado que ha de ser valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan en una triple dimensión³⁰, como derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida o resolución de cualquier orden jurisdiccional que le concierna³¹, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. También como principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, además, este principio es una norma de procedimiento, por cuanto toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso³².

En segundo lugar, cabe resaltar la importancia del principio de protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres

29. Vid. GARCÍA RUBIO, M.P., «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, 2020, pp. 14-49.

30. Preámbulo de la LO 8/2015.

31. Según la modificación que del artículo 2, apartado 5 de la LO 1/1996 ha realizado la LO 8/2021.

32. Artículo 2.5 LO 1/1996, matizado por la LO 8/2021.

humanos y la mutilación genital femenina, entre otras, que fue introducido por la Ley 26/2015. De acuerdo con él, los poderes públicos desarrollarán actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil que pueda corresponderse con una situación de riesgo o desamparo, según la gravedad de los hechos³³.

Y, en tercer lugar, sobresale el principio de prevención y detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar el desarrollo personal de las personas menores de edad. Se trata de un principio general que las legislaciones autonómicas venían reconociendo de aplicación prioritaria, pues las actuaciones de prevención tienen por objeto, por un lado, evitar o reducir las causas que provoquen o favorezcan las circunstancias de desprotección que dificulten o menoscaben el desarrollo de los menores y, asimismo, evitar y aminorar los factores que propicien el deterioro de su entorno socio-familiar; por otro lado, buscan disminuir o contrarrestar los efectos producidos por las mencionadas causas, circunstancias y factores; e impedir las situaciones individuales de riesgo o de desamparo. Pues bien, en este principio ha incidido particularmente la LO 8/2021 para regular la prevención de la violencia en el ámbito familiar, primer escalón de la prevención de la violencia sobre la infancia, así como en los centros educativos, por constituir el entorno de socialización central de las personas menores de edad, y en el ámbito sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

¿Y cómo se plasman estos principios? Con la adopción de medidas muy variadas por parte de las administraciones públicas, desde la sensibilización de los ciudadanos con los derechos de las personas menores de edad; el desarrollo de diferentes programas³⁴; ayudas económicas y técnicas para cubrir sus necesidades básicas y mejorar su entorno familiar; información sobre los recursos destinados a la infancia y adolescencia; actuaciones que proporcionen las habilidades necesarias para evitar conductas antisociales y delictivas y la orientación necesaria para el uso

33. Tal como hemos podido comprobar, la LO 8/2021 ha incluido en el artículo 17 LO 1/1996 como indicadores de riesgo tales conductas, que si revisten la suficiente gravedad pueden derivar en una situación de riesgo, pero también de desamparo, según consta en el artículo 18 LO 1/1996.

34. Programas dirigidos a promover la atención adecuada de las personas menores de edad en sus familias; su integración social cuando se trate de menores con dificultades especiales; a prevenir, detectar y hacer seguimiento del absentismo y fracaso escolar; así como programas de formación para su cualificación profesional; de prevención de las situaciones de riesgo, maltrato y explotación infantil. Vid., por ejemplo, el artículo 47 Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia

adecuado del ocio y del tiempo libre³⁵. Serán las entidades locales, conforme a la legislación estatal y autonómica reguladora del régimen local y de los servicios sociales, las que realicen las actuaciones de prevención y detección precoz en cualquier situación de desprotección de las personas menores de edad y la activación de sus propios recursos, o en colaboración con las demás administraciones y servicios públicos y privados.

2. TRASCENDENCIA DE LA CORRECTA VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN EXAMINADA Y SUS EFECTOS

Tanto la declaración de una situación de riesgo como la declaración de una situación de desamparo deben adoptarse siempre con la máxima prudencia por razón de su trascendencia, tanto para el menor como para su familia, fundamentalmente cuando se trate de una declaración de desamparo³⁶, que provoca la separación del menor de su familia biológica, la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria³⁷ y la asunción de la tutela por la Entidad pública, lo que, en la práctica, en la mayoría de los casos, se convierte en una situación irreversible dadas las dificultades que existen para que la persona menor de edad pueda retornar a su familia de origen, sobre todo, cuando permanece en acogida durante un largo período de tiempo, pues para que pueda producirse el retorno será necesario cumplir los requisitos exigidos por el artículo 19 bis LO 1/1996³⁸, esto es, que se haya comprobado una evolución positiva de la familia de origen, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar; que se hayan mantenido los vínculos; que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades

35. Para la consecución de estos objetivos en el marco de la protección integral de las personas menores de edad frente a la violencia, la LO 8/2021 señala en su artículo 23.1 que las administraciones públicas competentes establecerán planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia para, en el apartado 3 del mismo precepto, concretar las actuaciones en materia de prevención, entre las que se encuentran la promoción del buen trato de los niños, niñas y adolescentes; las dirigidas a detectar, reducir o evitar situaciones que provoquen exclusión o inadaptación social o dificultan el pleno desarrollo de los menores; las que fomentan la conciliación familiar y laboral y la corresponsabilidad parental, las relaciones igualitarias entre niños y niñas, entre otras.

36. Asimismo, cuando se produce una declaración en situación de riesgo, en la que la Entidad pública no asume la tutela del menor ni se suspende el ejercicio de la patria potestad ni de la tutela, porque también en este caso tendrá lugar alguna injerencia en el ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria con la implantación de las actuaciones y medidas que procedan.

37. Los progenitores mantienen la titularidad de la patria potestad, pero pierden la guarda del menor en favor de la Entidad Pública, que asume su tutela.

38. Precepto añadido por la Ley 26/2015.

parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. Tal precepto sigue la línea marcada por la STS de 31 de julio de 2009 (RJ 2009/4581), que fija doctrina jurisprudencial en la materia:

A) Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

B) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

Efectivamente, aunque se reconoce por el Alto Tribunal en el apartado A) que se valorará el cambio de circunstancias de los progenitores que se haya producido con posterioridad al momento de la declaración de desamparo, lo cierto es que realmente esa consideración queda relegada por las exigencias del apartado B)³⁹,

39. Evolución positiva de los padres biológicos + propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno + evolución suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones muy concretas y exigentes + valoración, entre otras circunstancias, del tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene

de difícil o imposible cumplimiento, lo que convierte el retorno en inviable⁴⁰.

Por otro lado, da cuenta la doctrina de una progresiva y alarmante ampliación de los supuestos que social y administrativamente se vienen considerando como de desamparo, extendiendo tal calificación a auténticas situaciones de riesgo y no de desamparo que, si bien revisten o pueden revestir gravedad, merecen tener un tratamiento diverso, añadiendo que el problema no se encuentra sólo en que la Administración confunda las situaciones de riesgo y desamparo, sino en que los propios tribunales amporen tal confusión con sus resoluciones en aplicación del interés superior del menor⁴¹. Son muchos los ejemplos de resoluciones jurisprudenciales que erróneamente han calificado una situación como de desamparo, siendo realmente de riesgo, entre las que podrían citarse la STC de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002/124) y las sucesivas resoluciones judiciales vinculadas, en relación con la declaración de desamparo y posterior acogimiento preadoptivo de dos menores sevillanos en 1996 por la Consejería de asuntos sociales de Andalucía que culmina, tras seis años de procesos, con una revocación de la declaración de desamparo, pero con la imposibilidad, pese a ello, del retorno de los menores a su familia biológica y con la condena a la Administración como responsable de tal situación⁴². Más recientemente, también se determina la improcedencia de una declaración de desamparo por la STS de 2 de octubre de 2017 (RJ 2017/4274) y, en consecuencia, que no procede prorrogar una situación de desamparo (que no existe) ni por tanto motivo para que el menor siga en situación de acogimiento, aunque sí proceda adoptar otras medidas (PIF adaptado a las circunstancias y obligatorio para la madre).

en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

40. En el mismo sentido, BALLESTEROS DE LOS RIOS, M. «Comentario a la sentencia de 31 de julio de 2009. Impugnación de declaración de desamparo y acogimiento familiar de una menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, n.º 84, 2010, p. 19. También BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15, 2011, p. 42.
41. *Ibidem*, pp. 30-31. En el mismo sentido, CORBÍ AGUIRRE, A., «Los límites del sistema de protección de menores en España: especial referencia al desamparo de menores», *Actualidad civil*, n.º 10, 2020, p. 4.
42. BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores...», *op. cit.*, p. 34.

2.1. Situaciones previas a la declaración de riesgo

Cuando se detecta una posible situación de riesgo la actuación de la Administración Pública se centra en intentar eliminar o disminuir las circunstancias que puedan afectar al desarrollo personal del menor en dos etapas⁴³, a saber, en un primer momento se elabora un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar, esto es, sin separarle de su familia biológica porque los factores de riesgo no alcanzan la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar en el sentido del AAP de Toledo de 10 de octubre de 2006 (AC 2006/1835), que indica que la separación del menor de su familia biológica debe quedar reservada para

supuestos gravísimos que van mucho más allá de tener más o menos habilidades sociales, mayor o menor cociente intelectual o formación académica y por supuesto tener unos u otros recursos económicos. Ni la pobreza ni la incultura ni la poca inteligencia como dijimos, son en sí mismas causas que impliquen desatención y desamparo de la prole y en cualquier caso, cuando una situación se basa en las mismas, cuando se aprecia que la madre puede recibir ayuda para adquirir las habilidades de las que carece, la obligación de los poderes públicos es prestar esa ayuda y colaboración (adoptando además mientras tanto las medidas de protección que sean necesarias) para evitar llegar a la más dramática de las situaciones imaginables, cual es la separación de por vida del niño, de su familia biológica.

Se procurará que en la elaboración del proyecto de intervención participen los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años⁴⁴.

En esta fase es fundamental la colaboración activa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la ejecución del proyecto, y su falta de colaboración determina el paso a la siguiente fase, de declaración de la situación de riesgo del menor por resolución administrativa motivada,

43. ADROHER BIOSCA, S. «La reforma del sistema ...», *op. cit.*, p. 46.

44. Artículo 17.4 LO 1/1996.

que también procederá si concluido el período previsto en el proyecto de intervención no se han conseguido los cambios que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material. Por lo tanto, la elaboración y puesta en práctica del proyecto de intervención constituye una actuación administrativa que requiere de la involucración de la familia y tiene lugar con anterioridad a la declaración de la situación de riesgo.

También es previa a la declaración de la situación de riesgo la elaboración de los planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia. La LO 8/2021 profundiza en la necesidad de que las administraciones públicas los establezcan. Tales planes y programas identificarán, conforme a los factores de riesgo, a los niños, niñas y adolescentes en situación de especial vulnerabilidad, así como a los grupos específicos de alto riesgo, con el objeto de priorizar las medidas y recursos destinados a estos colectivos⁴⁵, y comprenderán medidas específicas en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁴⁶.

En estos momentos, en los que todavía no hay una declaración de la situación de riesgo, tiene especial trascendencia el principio de detección precoz, que se refiere a la adopción de medidas que garanticen la comunicación de las situaciones de desprotección detectadas por quienes por razón de su profesión estén en contacto habitual con niños, niñas y adolescentes, a los progenitores, o a quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, salvo que existan indicios de que la mencionada violencia haya sido ejercida por estos⁴⁷.

En particular, cuando se detecte un posible riesgo prenatal, se interviendrá de inmediato con el menor y su familia, antes y después del nacimiento, con el objeto de evitar una declaración de riesgo, que se produciría una vez se constate que la situación de desprotección es real, no eventual, o una declaración de desamparo, cuando la gravedad del perjuicio es de tal magnitud que aconseja la separación del menor de su familia. La actuación administrativa se desarrollará en el ámbito familiar y se centrará en la elaboración de un plan o programa de prevención para la erradicación de la violencia sobre el *nasciturus* que incluya, como mínimo, un análisis de la situación de la familia que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar que, en estos casos, estarán enfocadas a promover la atención de la madre durante el período de gestación y

45. Artículo 23.2 LO 8/2021.

46. Artículos 26-52 LO 8/2021.

47. Artículo 25 LO 8/2021.

facilitar el buen trato prenatal⁴⁸, y a proporcionar un entorno obstétrico y perinatal seguro para la madre y el recién nacido e incorporar los protocolos, con evidencia científica demostrada, para la detección de enfermedades o alteraciones genéticas, destinados al diagnóstico precoz y, en su caso, al tratamiento y atención sanitaria temprana del o la recién nacido⁴⁹.

Por lo tanto, en el caso de riesgo prenatal no se dicta resolución administrativa declarándolo, sino que se establecen las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. Si la madre cumple el programa de intervención, una vez producido el alumbramiento el recién nacido continuará con la madre; en cambio, si no cumple el programa de intervención, el recién nacido podrá ser excepcionalmente apartado de la madre y declarado en desamparo⁵⁰. Es un régimen peculiar dentro de la situación de riesgo del art. 17 LO 1/1996⁵¹.

2.2. Situaciones de riesgo

Ante una situación de riesgo intervendrá la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras⁵².

La situación de riesgo debe declararse mediante una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores,

48. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo: artículo 26.3.c) LO 8/2021.

49. Artículo 26.3.d) LO 8/2021.

50. Aunque del texto de la LO 1/1996 no es posible deducir la posibilidad de declarar a un *nasciturus* en situación de desamparo, lo cierto es que existen declaraciones preventivas de desamparo antes del nacimiento, tal como resulta de la SAP Barcelona de 5 de junio de 2019 (AC 2019/762) y se prevé en el artículo 110.4 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. A favor de la declaración preventiva del desamparo del recién nacido en base al artículo 29 CC, con la cautela de ponderar adecuadamente las circunstancias concurrentes, se muestra BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10, 2019, p. 192. En contra, DÍEZ GARCÍA, H., «Comentario del artículo ..., *op. cit.*, p. 512.

51. BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Exposición prenatal a drogas..., *op. cit.*, p. 186.

52. Artículo 17.3 LO 1/1996.

guardadores o acogedores y al menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá todas las medidas que estime necesarias la administración pública para corregir la situación de riesgo del menor y, frente a ella, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵³, lo que permite el control jurisdiccional de una resolución que la administración puede dictar con un amplio margen de discrecionalidad.

Puede ocurrir que la administración pública esté interviniendo ante una situación de riesgo de un menor que se traslada al ámbito de otra entidad territorial, en cuyo caso la administración pública de origen deberá poner en conocimiento de la de destino tal hecho para que ésta, si procede, continúe la intervención, y si desconoce el lugar de destino, podrá solicitar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que procedan a su averiguación. Localizado el menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención⁵⁴.

En ocasiones, la intervención de la administración pública permite apreciar la existencia de una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar como, por ejemplo, cuando haya transcurrido el plazo previsto en el proyecto de intervención sin haberse conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo que se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal⁵⁵. Cuando la Entidad Pública considere que procede la declaración de desamparo, deberá actuar de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 LO 1/1996 y 172 y ss. CC, pero si estima que no procede declarar la situación de desamparo lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal, que supervisará la situación del menor con la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros.

Hay que tener en cuenta que, normalmente, la administración competente para actuar en situaciones de riesgo es la administración local, mientras que la declaración de desamparo compete a la administración autonómica, sin perjuicio de que, notificada la posible situación de desamparo los servicios sociales municipales continúen interviniendo hasta el momento en que la administración pública competente aprecie la

53. Artículo 17.6 LO 1/1996.

54. Artículo 17.7 LO 1/1996.

55. Artículo 17.8.1 LO 1/1996.

situación de desamparo, de lo contrario podría interrumpirse la asistencia a los menores, que podrían llegar a ver comprometidas sus necesidades morales o materiales⁵⁶.

2.3. Situaciones de desamparo

Cuando se detecte una situación de desamparo en los términos previstos en el artículo 172.1.2 CC se iniciará el correspondiente procedimiento administrativo que concluirá, en su caso, con una resolución administrativa que será la que declare la situación de desamparo. Esta no se produce por la mera concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias fijadas legalmente. Es, pues, preciso que haya una declaración de la situación de desamparo por virtud de una resolución administrativa aplicando las normas civiles.

En todo caso, en la valoración de la situación de desamparo del menor no influye la situación de pobreza familiar, una eventual discapacidad⁵⁷, o un posible traslado permanente de residencia del menor a otra Comunidad autónoma. En este sentido,

La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos⁵⁸.

En caso de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado⁵⁹.

La declaración de la situación de desamparo, que incluirá las medidas que hayan de adoptarse, deberá notificarse a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase

56. ORDÁS ALONSO, M., «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9, 2016, p. 20.

57. Un estudio de las actuaciones de la Administración en las situaciones de riesgo y desamparo del menor con padre con discapacidad puede encontrarse en MÚRTULA LAFUENTE, V., «El interés del menor ...», *op. cit.*, pp. 149-168.

58. Artículo 18.2.2 LO 1/1996.

59. Artículo 18.4 LO 1/1996.

el plazo máximo de cuarenta y ocho horas⁶⁰. Es entonces cuando la Entidad Pública asume automáticamente, por ministerio de la ley, la tutela del menor, cuyo ejercicio podrá delegar en particulares a través del acogimiento familiar.

La asunción de la tutela por la Entidad Pública conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, y, a pesar de ello, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste. Si procediere, tanto la Entidad Pública como el Ministerio Fiscal podrán promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.

Ahora bien, una vez notificada la resolución administrativa, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad, pero la tengan suspendida, y los tutores que tengan suspendida la tutela, en el plazo de dos años «podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela»⁶¹ y, además, podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Una vez transcurrido el plazo de dos años, los progenitores o tutores ya no podrán solicitar el cese de la suspensión y la revocación de la declaración de situación de desamparo, pero sí facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo, y sólo este, el Ministerio Fiscal, pasados los dos años, estará legitimado en exclusiva para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

Con anterioridad a la Ley 26/2015 era posible interpretar el art. 172.7 Cc en su redacción anterior en el sentido de que durante un período de dos años la Entidad Pública debía de abstenerse de adoptar una decisión que pudiera resultar incompatible con un futuro retorno del menor a su núcleo de procedencia (acogimiento preadoptivo o adopción), siempre que esa reinserción familiar resultara posible y que los progenitores no hubieran asentido esa adopción. Sin embargo, tras la inclusión por la Ley 26/2015 del siguiente párrafo en el art. 172.2 CC «durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de

60. Artículo 172.1 CC

61. Artículo 172.2 CC

origen⁶²», nada obsta para que la Entidad Pública, durante ese período de pendencia sobre la eventual reinserción familiar pueda adoptar, poniendo su decisión en conocimiento del Ministerio Fiscal, cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción⁶³.

Asimismo, «la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal»⁶⁴.

Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor deberá elaborar un plan individualizado de protección en el que se fijarán los objetivos, la previsión y plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen y, si procede, el programa de reintegración familiar. No obstante, el retorno del menor en desamparo con su familia de origen resulta muy difícil. Para que pueda tener lugar es necesario que se haya comprobado una evolución positiva de su familia biológica que sea suficiente para restablecer la convivencia familiar. Además, tal como se ha señalado anteriormente, se exige que se hayan mantenido los vínculos con la familia de origen y que los progenitores tengan el propósito de desempeñar adecuadamente las responsabilidades parentales del artículo 154 CC También debe constatarse mediante un informe técnico que el retorno a la familia de origen no supone riesgos relevantes para el menor. Se especifica, asimismo, que si el menor se encuentra en una familia de acogida, deberá ponderarse a la hora de tomar la decisión sobre el retorno, no sólo el tiempo transcurrido, sino también la integración del menor en la familia de acogida y su entorno y el desarrollo de vínculos con ella y, de acordarse la reunificación familiar, será preciso que la Entidad Pública realice un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor⁶⁵.

Y, ¿es posible que cese la tutela de la Entidad Pública? Sí, pero para ello es preciso que la Entidad Pública constate o la desaparición de las causas que motivaron la asunción de la tutela mediante los correspondientes informes, o que se produce alguno de los supuestos previstos en el artículo 231 CC esto es, la mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor⁶⁶, su adopción, su muerte o

62. Artículo 172.2.5 CC

63. DÍEZ GARCÍA, H., «Comentario del artículo ..., *op. cit.*, p. 549.

64. Artículo 172.3 CC

65. Artículo 19.bis.3 y 4 LO 1/1996. Y en los números 5 y 6 del mismo precepto se concretan medidas para los casos de menores extranjeros no acompañados y embarazadas.

66. Con objeto de capacitar al menor para su vida adulta independiente tras cumplir los 18 años, se introdujo por el legislador de 2015 el artículo 22 bis de la LO 1/1996, en

declaración de fallecimiento o que, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de esta la recupere, o cuando desaparezca la causa que impedía al titular de la patria potestad ejercerla de hecho. También cesará porque concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.
- b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma, en cuyo caso se procederá al traslado del expediente de protección y cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor.
- c) Que hayan transcurrido doce meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido⁶⁷.

Precisamente, la LO 8/2021 ha introducido dos matizaciones en esta materia, al añadir a la circunstancia b) la necesidad de que se proceda al traslado del expediente de protección cuando el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma, y al ampliar, en la circunstancia c), de seis a doce meses el plazo desde el que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección.

A continuación, me referiré a las concretas medidas de protección en situación de desamparo de las personas menores de edad muy brevemente, por exceder de los límites del presente trabajo.

2.3.1. *La guarda provisional*

La guarda provisional se introduce como novedad del sistema de protección de menores por la Ley 26/2015 para dar cumplimiento a la obligación que tiene la Entidad pública de prestar la atención inmediata que

el que se regulan los programas de preparación para la vida independiente, que se implantan desde dos años antes de la mayoría de edad de los menores que están bajo una medida de protección, particularmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad, y una vez que cumplan los 18 años si lo necesitan, con el compromiso de participación activa y aprovechamiento. Tales programas deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas.

67. Artículo 172.5 CC.

precise cualquier menor⁶⁸. Se adoptará esta medida mediante resolución administrativa, sin declaración previa de desamparo, ni solicitud de los progenitores o tutores sobre la adopción de tal medida, y se comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo⁶⁹.

Esta medida está pensada fundamentalmente para los menores extranjeros, particularmente para los no acompañados⁷⁰, en cuyo caso las Entidades Públicas comunicarán la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior, a efectos de inscripción en el Registro Estatal correspondiente⁷¹. En estos casos puede plantearse el problema de la determinación de la edad del menor, que el Fiscal considere que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado no es fiable y que sea necesaria la realización de pruebas médicas conforme al principio de celeridad, exigiéndose el previo consentimiento informado del afectado. Las pruebas se llevarán a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas⁷².

La guarda provisional se realizará mediante el acogimiento familiar y, si no es posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial.

2.3.2. *El acogimiento*

El acogimiento es una medida de protección prevista para aquellos casos en los que, dada la gravedad de los hechos y el perjuicio sufrido por el menor, se hace precisa la separación del mismo de su familia biológica. Reviste dos variantes. La primera es el acogimiento familiar⁷³, que se

68. Artículos 14 LO 1/1996 y 172.4 CC.

69. La ejecución de la guarda provisional presenta como ventajas que permite una intervención inmediata sin las dilaciones derivadas del procedimiento administrativo para declarar el desamparo, y dotando de seguridad jurídica a la separación del menor de su familia, según se expresa ARGELICH COMELLES, C., «Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo», en LÓPEZ SAN LUIS, R. (dir.), *La protección del menor: situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada, 2019, p. 7.

70. ADROHER BIOSCA, S. «La reforma del sistema ...», op. cit., p. 49.

71. Artículo 12.4.2 LO 1/1996, añadido por LO 8/2021.

72. Esta matización se ha añadido por LO 8/2021.

73. Artículo 20 LO 1/1996.

realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública, preferentemente de la familia extensa del menor y, supletoriamente, de familia ajena. Atendiendo a su duración, puede ser de urgencia, principalmente para menores de seis años, temporal, con una duración máxima de dos años salvo prórroga, y permanente. En cuanto a la segunda modalidad, el acogimiento residencial⁷⁴, se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores a partir del plan individual de protección de cada menor, que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución, en el cual se preverá la preparación del menor, tanto a la llegada como a la salida del centro⁷⁵.

2.3.3. *La adopción*

La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen⁷⁶. Podrá ser nacional e internacional. La Ley 26/2015 estableció una diferencia máxima de edad entre el adoptante y el adoptado, que no podrá superar los cuarenta y cinco años, que complementa la diferencia de edad mínima, de 16 años, que ya estaba regulada. Asimismo, añadió una definición de idoneidad para adoptar e introdujo la adopción abierta en el art. 178.4 CC un tipo de adopción que facilita el mantenimiento de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva.

IV. CONCLUSIONES

La LO 8/2021 es una ley integral de protección de la infancia y adolescencia frente a la violencia, que responde a la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por España en la protección integral de las personas menores de edad. Ha supuesto modificaciones significativas en el sistema de protección que han venido a completar las introducidas por las Leyes de 2015.

Distinguir las situaciones de riesgo y de desamparo es fundamental para una correcta aplicación del sistema de protección de menores. A tal fin contribuye la relación pormenorizada de indicadores de riesgo que viene a añadir la LO 8/2021 a los dos únicos que preveía el art. 17 LO

74. Artículo 21 LO 1/1996.

75. Artículo 21.1.b) LO 1/1996.

76. Artículo 178.1 CC

1/1996, y que permiten valorar las situaciones de riesgo y, en consecuencia, las actuaciones administrativas que mejor respondan a las necesidades de los menores en situación de desprotección. En la actualidad, pues, la legislación estatal cuenta con una adecuada regulación, no sólo de los indicadores y situaciones de desamparo, sino también de los indicadores y situaciones de riesgo.

La utilidad de estos indicadores de riesgo es doble, por un lado, ayuda a las administraciones públicas en la difícil tarea de discernir en qué situación de desprotección se encuentra la persona menor de edad, y, por otro lado, una vez calificada la realidad evaluada, permite a las administraciones públicas decantarse por la actuación administrativa más conveniente para el menor.

Asimismo, la LO 8/2021 profundiza en la necesidad de que las administraciones públicas establezcan planes y programas específicos de prevención de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, lo que permitirá identificar situaciones de especial vulnerabilidad y desprotección de menores, con la adopción de diferentes medidas en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La prevención y detección precoz constituye uno de los pilares básicos del sistema de protección de menores, que ha querido resaltar el legislador de manera particular en la LO 8/2021.

Si tenemos en cuenta que los diferentes indicadores de riesgo y desamparo son, en esencia, indicadores de violencia ejercida sobre las personas menores de edad, debemos concluir que su prevención es lo que, a la postre, evitará nuevos casos de desprotección, nuevos casos de personas menores de edad en situación de riesgo o desamparo.

V. BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S. «La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi Cizur Menor, 2017, pp. 33-65.

ARGELICH COMELLES, C., «Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo», en LÓPEZ SAN LUIS, R. (dir.), *La protección del menor: situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada, 2019, pp. 1-19.

- BALLESTEROS DE LOS RIOS, M. «Comentario a la sentencia de 31 de julio de 2009. Impugnación de declaración de desamparo y acogimiento familiar de una menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, n.º 84, 2010.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J., «Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10, 2019, pp. 180-197.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15, 2011, pp. 15-62.
- CORBÍ AGUIRRE, A., «Los límites del sistema de protección de menores en España: especial referencia al desamparo de menores», *Actualidad civil*, n.º 10, 2020.
- DÍEZ GARCÍA, H., «Comentario del artículo 172 Cc», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 495-552.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, 2020, pp. 14-49.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., «El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 149-168.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 379-435.
- ORDÁS ALONSO, M., «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9, 2016.

PASCUAL-LAVILLA, S., «La desprotección infantil en España: un análisis comparativo entre comunidades autónomas», *Aposta Revista de Ciencias sociales*, n.º 86, 2020, pp. 103-124.

QUICIOS MOLINA, M.S., «Protección en España de las niñas en riesgo de sufrir mutilación genital», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4, 2017.

Capítulo XV

El acogimiento transfronterizo: comentarios a su regulación en el ámbito de la Unión Europea y en el derecho común español

LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Vigo*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NOTAS GENERALES SOBRE EL ACOGIMIENTO. 1. *El acogimiento familiar*. 2. *El acogimiento residencial*. III. EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO EN LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. *Consideraciones previas*. 2. *Procedimiento de solicitud*. 3. *Documentación requerida*. 4. *Motivos de denegación de la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental*. 4.1. *El reconocimiento es contrario al interés del menor*. 4.2. *El menor no ha sido escuchado*. 4.3. *Otras causas*. IV. EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO EN LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO. 1. *Tramitación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo recibidas*. 1.1. *Autoridad competente para su recepción*. 1.2. *Requisitos formales exigidos*. 1.3. *Tramitación de la solicitud*. 2. *Análisis de los motivos de denegación de las solicitudes de acogimientos transfronterizos en España*. 3. *Solicitud de acogimientos transfronterizos por España*. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia ha reformado, entre otras, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico, de forma novedosa, la regulación del acogimiento

transfronterizo. En concreto, se recoge en la disposición final octava en sus apartados octavo, noveno y décimo, que han incorporado los artículos 20 *ter*, 20 *quater* y 20 *quinquies* a la citada norma jurídica. Esta modalidad de acogimiento tiene lugar cuando un país requiere a otro para que se formalice esta medida de protección en su territorio. Como tendremos ocasión de comprobar, nuestro legislador ha establecido, en los preceptos mencionados, el procedimiento para la tramitación de las solicitudes remitidas desde otro Estado a España, los motivos de denegación, en su caso, así como la reglamentación de la transmisión de las solicitudes emitidas desde España a otro Estado.

Por otro lado, debemos señalar que esta figura se regula en el artículo 56 Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, de Familia. Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el (CE) núm. 1347/2000, de 29 de mayo de 2000. Posteriormente, en el estudio encargado por el Parlamento Europeo sobre la aplicación práctica de dicho Reglamento entre los Estados Miembros, en particular sobre esta subespecie de acogimiento, se puso de manifiesto las deficiencias y problemas que generaba.

En consecuencia, la Comisión, en su Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (en adelante, Reglamento Bruselas II bis refundido), estableció seis cuestiones que deberían ser abordadas en una futura reforma, entre las que se encontraba el acogimiento transfronterizo, incluyendo modificaciones sobre el mismo de significativa importancia. Su contenido se concreta en el artículo 65 del citado texto legal. Recientemente, ha sido aprobado el Reglamento 2019/1111/(UE), de 25 de junio, de Matrimonio. Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores que dedica su artículo 82 al acogimiento transfronterizo y cuya entrada en vigor se producirá el 1 de agosto de 2022, como indica el artículo 105 a excepción de los artículos 92, 93 y 103, que serán de aplicación a partir del 22 de julio de 2019.

La finalidad de este trabajo es realizar un análisis y un juicio crítico, en su caso, de la regulación del acogimiento transfronterizo tras su incorporación a nuestra legislación y de los anteriores textos legales comunitarios citados. Sin embargo, nos parece necesario que, previo a su estudio se haga referencia, de forma breve, al desarrollo normativo en nuestro ordenamiento jurídico del acogimiento, familiar y residencial.

II. NOTAS GENERALES SOBRE EL ACOGIMIENTO

La distribución competencial establecida en los artículos 148 y 149 Constitución Española (en adelante CE), ha permitido que las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1.20 CE pueden asumir –y han asumido en su totalidad–, la competencia en materia de asistencia social, lo que les ha posibilitado aprobar su propia normativa sobre protección de menores. Este hecho ha supuesto que actualmente exista una sobre-dimensión legislativa sobre esta materia, a veces contradictoria y dispar.

El legislador estatal, siendo consciente de esta circunstancia, ha procedido a la promulgación de una normativa específica cuya finalidad es, por un lado, la actualización del sistema de protección al menor en el derecho común, y por otro, la creación de un marco jurídico uniforme que constituya una referencia para los órganos legislativos territoriales. Con este doble propósito se aprobaron la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia y su homónima la Ley 26/2015, de 28 de julio que reformaron de forma significativa la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, así como los preceptos del Código civil que regulan las distintas figuras protectoras. Desafortunadamente, a día de hoy, el segundo objetivo no se ha conseguido porque sólo se han aprobado dos normativas autonómicas en consonancia con la estatal, la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana y la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares. Con posterioridad, la publicación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha introducido ciertas modificaciones en la Ley Orgánica 1/1996.

En virtud de lo expuesto, en un intento de exponer brevemente las notas esenciales del acogimiento, en su doble modalidad familiar y residencial, debemos acudir a su regulación en el ámbito estatal.

1. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

Respecto al acogimiento familiar, se debe señalar que se regula en dos textos legales; la LO 1/1996 [–arts. 20, 20 *bis* y 21–] y el Código civil [–arts. 172 *ter*, 173 y 173 *bis*–], lo que no parece *a priori* la opción más adecuada por la dispersión normativa que supone¹. La primera referencia

1. Como destaca LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica

a esta figura se contempla en el artículo 172 *ter.1* Código civil (en adelante, CC) que dispone «*la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial*». Su análisis nos permite realizar las siguientes consideraciones. En primer lugar, es preciso aclarar que la entidad pública asumirá la tutela *ex lege* sobre los menores de edad cuando se encuentren en situación de desamparo², conforme a lo establecido en el artículo 172.1 CC. Por otro lado, el art. 172 *bis* CC indica que los progenitores podrán solicitar al órgano público que asuma la guarda del menor cuando, por circunstancias graves y temporales, no puedan cuidarlo. Asimismo, el art. 20.2 LO 1/1996 dispone que «*el acogimiento familiar se formalizará por resolución de la entidad pública que tenga la tutela o la guarda*».

En relación a la definición de esta medida de protección, tampoco tras la reforma el legislador ha establecido su conceptualización, al contrario que algunas legislaciones autonómicas³. Asimismo, este aspecto de la figura se ha abordado desde el sector judicial, que ha definido el acogimiento familiar como «una situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados, aunque sea circunstancialmente, de una adecuada atención familiar y consiste en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y especialmente una vida familiar conforme a los usos sociales»⁴. Por su parte, los distintos pronunciamientos doctrinales sobre esta institución, lo encuadran como una medida protectora del menor inmerso en una situación de conflictividad familiar. A través de la misma, se procede a la

8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2185, 2016, p. 16.

2. «*La que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o materia*».
3. Se ha definido como una medida protectora de la infancia en situación de desprotección. A título ilustrativo, el art. 70 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia de Aragón, dispone que «*el acogimiento familiar es una medida de protección que proporciona al menor un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma temporal, para su reinserción en su familia de origen o de para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, o bien de forma permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran*». En similar sentido, art. 43 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores de Asturias; art. 69 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la Infancia y Adolescencia del Parlamento Vasco; Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia de Valencia, art. 125.
4. SAP de Pontevedra de 9 marzo de 2017, JUR 2017, 110690; AAP de Zaragoza de 30 de marzo de 2004, AC 2004, 625; AAP de Castellón de 18 de octubre de 2004, JUR 2004, 313931.

separación de su ambiente originario y a la integración en otro núcleo familiar. Las personas que lo acogen tienen todas las obligaciones derivadas de la guarda de los menores de edad; velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, observándose una sustancial identidad con el contenido de la patria potestad dispuesto en el art. 154 CC, aunque únicamente en su aspecto personal⁵.

Una de las principales modificaciones introducidas por la Ley 26/2015 es la referida al procedimiento de formalización del acogimiento familiar. En primer lugar, debe destacarse que su regulación actual, anteriormente centralizada en el art. 173 CC, se contiene ahora en diversos preceptos del Código Civil y de la LO 1/1996, concretamente, en los artículos 172 *ter*, 173 del primero y 20 de la segunda. Por otro lado, una de las novedades más significativas es la denominada «administrativización» del proceso porque se ha eliminado la constitución judicial del acogimiento familiar y, en consecuencia, el acogimiento familiar provisional; aquél que podía constituir el órgano administrativo tras la oposición de los progenitores o tutores, en tanto recayese resolución del Juez⁶. Esto es debido a que se ha prescindido del consentimiento que debían otorgar los progenitores o tutores, de forma preceptiva, con anterioridad a la reforma. No obstante, esta resolución de la Administración puede ser recurrida judicialmente por los titulares de la patria potestad o tutela, como declaran los artículos 172.2 CC y 780 Ley Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

En otro orden, se ha procedido a la reforma en profundidad de las modalidades de esta medida protectora. En la nueva regulación, se contemplan el acogimiento familiar de urgencia, el temporal y el permanente, habiendo sido suprimido el preadoptivo. Respecto a la primera⁷, se debe

5. Así lo recogen ilustres civilistas: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, 11.^a edición, Edisofer, Madrid, 2008, p. 46; Díez-PICAZO, L., PONCE DE LEÓN, J. L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, vol. IV, 10.^a, Tecnos, Madrid, 2006, p. 277; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, Derecho, de familia*, Tomo IV, 6.^a edición, Edersa, Madrid, 2019, p. 265; PEREZ MARTÍN, A. J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Comentarios, Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y formularios*, Lex nova, Valladolid, 1998, p. 328; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «La tutela automática, el acogimiento y la adopción», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual de Derecho Civil. Derecho de familia*, Bercal, Madrid, 2007, p. 257.
6. En este sentido, véase MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*. Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 413-414.
7. En este sentido, Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, art. 76; Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y adolescencia de Valencia, art. 127.

señalar que el artículo 173 bis.2 a) CC declara se acordará «*principalmente*»⁸ para aquellos menores de seis años, cuya duración no podrá superar los seis meses, en tanto la entidad pública decide la medida de protección más conveniente para el interés del menor.

El acogimiento familiar temporal ya existía en la anterior regulación, aunque la Ley 26/2015 ha introducido ciertas modificaciones en su redacción, a nuestro juicio, positivas. La primera de ellas se refiere al cambio de terminología, antes se denominaba acogimiento familiar simple, que es más coherente con la finalidad de esta medida. Por otro lado, la norma limita su duración a dos años, salvo que sea necesaria su prórroga en interés del menor. El carácter de esta medida es transitorio, como dispone el artículo 173 bis 2 b CC. En primer lugar, porque todo acogimiento familiar o residencial es provisional por cuanto finaliza, en último caso, por el cumplimiento de la mayoría de edad del acogido. Pero en esta modalidad esta característica adquiere particular importancia porque su finalidad es la integración temporal del menor en un entorno familiar, bien porque se prevea la reinserción en su familia de origen o en tanto se adopte una medida de protección más estable, como el acogimiento familiar permanente, la tutela o la adopción.

Por último, haremos referencia al acogimiento familiar permanente. La redacción actual determina que este tipo de acogimiento se formalizará en dos supuestos: «*finalizado el plazo de los dos años del acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen*». En relación al primero, resulta novedoso porque no se recogía en la anterior normativa. El legislador establece que finalizado el plazo de dos años del acogimiento temporal y ante la imposibilidad de la reunificación familiar, se debe optar por la constitución del acogimiento familiar permanente⁹. De la dicción literal del precepto, parece no contemplarse la posible adopción de cualquier otra medida de protección (institución tutelar, adopción...) cuando finalice dicha acogida. Entendemos que no ha sido ésta la intención del legislador, pero hubiera sido conveniente que se hubiese especificado. Respecto del segundo supuesto, se establece que cabe su formalización de forma directa (es decir, sin que sea

8. Entendemos que la utilización de este término permite su aplicación también a los acogidos mayores de esa edad.

9. Argumento contemplado por la jurisprudencia; SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2018, JUR 2018, 146090; SAP de Córdoba de 24 de abril de 2017, JUR 2017, 183891. Por el contrario, la SAP de Málaga de 3 de noviembre de 2016, JUR 2017, 95175, declara la improcedencia de la formalización del acogimiento familiar permanente de un menor con sus abuelos porque no consta que sea posible la reinserción con su progenitor.

necesaria la acogida temporal previa), cuando los menores tengan necesidades especiales (cualquier tipo de enfermedad, minusvalía física o psíquica, trastornos de la conducta...) o bien, cuando las circunstancias del menor o de su familia, lo hagan aconsejable. En nuestra opinión la constitución de esta medida sólo deberá ser aplicable cuando no exista posibilidad de retorno del menor a su núcleo de origen o cuando no sea posible, por otras circunstancias, su adopción o tutela ordinaria y sea aconsejable su integración de forma estable y duradera en una familia, sin necesidad de crear vínculos de filiación¹⁰. En el mismo sentido que se contemplaba en la anterior norma, se permite a la entidad pública que solicite al Juez las facultades de la tutela necesarias para el desarrollo de la medida.

Para finalizar, debemos señalar que se ha regulado, de forma primigenia y acertadamente¹¹, el estatuto de los acogedores familiares en los que se establecen los derechos y deberes que ostentan respecto de los menores y de la propia Administración, en concreto, en el artículo 20 *bis* 1. de la LO 1/1996. Se han introducido, asimismo, un elenco de derechos del menor acogido que se recogen en el artículo 21 *bis* de la citada norma.

2. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

En relación al acogimiento residencial, si bien es cierto que la Ley 26/2015 ha procedido a su regulación con mayor detalle, siendo complementada por la LO 8/2021, se debe indicar que sigue adoleciendo de una reglamentación incompleta sobre aspectos tan importantes como son el procedimiento para su constitución y finalización; actualmente, sólo

-
10. Así era considerado con anterioridad a la reforma y a nuestro entender, sigue siendo aplicable. Entre otros, LINACERO DE LA FUENTE, M., *La protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 313; AMORÓS MARTÍ, P., PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Acogimiento familiar*, Alianza, Madrid, 2004, p. 84; TOSCANO GIL, F., «La conflictividad judicial del acogimiento de menores: el caso de los niños Iván y Sara», *La Ley*, n.º 1, 2006, p. 24; PÉREZ MARTÍN, A. J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, op. cit., p. 330; SOLER PRESAS, A., CARRETERO GONZÁLEZ, C., SIEIRA, S., SOLER PRESAS, A., CARRETERO GONZÁLEZ, C., SIEIRA MUCIENTES, S., «El acogimiento familiar», MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías (situación de riesgo y desamparo, acogimiento familiar y residencial)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 157-158; DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A., «El acogimiento del menor en situación de desamparo», GARCÍA GARNICA, C. (Dir.), MORILLAS QUESADA, M., QUESADA PÁEZ, A. (Coords.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 240.
11. LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico*, n.º 111, 2015, p. 20; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La guarda y el acogimiento de menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9, 2015, p. 3.

requiere una resolución administrativa, sin ser necesario que concurra el consentimiento del menor o sus progenitores, que sólo podrán recurrir la decisión conforme al artículo 172.2 CC.

En el mismo sentido que el acogimiento familiar, debemos hacer referencia a la dualidad de textos normativos empleados que, a nuestro entender, resulta muy inconveniente para su correcta aplicación; así, se recoge en el artículo 172.1 *ter* CC y en los artículos 21, 21 *bis* y 21 *ter* de la LO 1/1996. En el primero se determina que cuando no sea posible o no sea conveniente para el interés del menor que su guarda se realice mediante el acogimiento familiar, deberá formalizarse el acogimiento residencial, que será ejercido por el Director o responsable del centro donde sea acogido el menor. Nuevamente, debemos poner de relieve la ausencia de una definición legal de esta medida que, en esencia, supone el ingreso del menor en un instituto asistencial.

En otro orden, una cuestión transcendental que, en nuestra opinión, no ha sido resulta tras la reforma es que no se ha establecido en ningún precepto de las normas jurídicas citadas un plazo de duración máximo de esta medida, con excepción de lo que se exponga en momentos posteriores del trabajo. Esta circunstancia contrasta con el hecho de que el legislador, además de introducir modificaciones en las modalidades del acogimiento familiar, sí ha limitado su duración temporal, como hemos señalado en líneas anteriores. Por lo tanto, nos parece incomprensible la ausencia de una estipulación concreta sobre este aspecto por cuanto, en principio, es una medida menos adecuada para el menor porque le priva de crecer en un ambiente familiar. Si bien es cierto que a veces es la única medida que se puede adoptar o que incluso, pueda ser la más conveniente a su interés, es necesario poner de relieve la necesidad que su duración debe ser lo más breve posible para evitar la denostada institucionalización del menor¹².

La Ley 26/2015 ha procedido a la modificación del artículo 21 y añadido el artículo 21 *bis* de la LO 1/1996. Por otro lado, la LO 8/2021, ha

12. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia; entre otras, la SAP de Navarra de 19 de septiembre de 2003, JUR 2003, 236287, «simplemente recordar que con arreglo a las pautas de ineludible observancia que rigen la acción administrativa en materia de protección de menores, se ha de procurar la «integración familiar y social» del menor. Y conforme se regula, de una manera más instrumental, en el art. 21 de la LO 1/1996, el acogimiento residencial ha de procurar que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor». En el mismo sentido (la misma línea), véase la SAP de Málaga de 16 de mayo de 2000, JUR 2000, 264224, que declara que «el internamiento residencial de duración superior incide negativamente en la evolución psico-física del menor, según peritos y expertos estudiosos del tema».

introducido el art. 21 *ter*. El primero de ellos, recoge las obligaciones de las entidades públicas, servicios y centros dónde son acogidos los menores, relativos al modo en que se deberá ejercer esta medida de protección. Asimismo, se dispone el deber del Ministerio Fiscal de vigilancia sobre las decisiones que se adopten respecto del acogimiento residencial, así como la inspección de todos los centros asistenciales. Se permite que el órgano público competente pueda adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la adecuada convivencia en los institutos sin que, en ningún caso, se atente contra la dignidad de los menores.

El artículo 21 *bis* establece los derechos de los menores acogidos, con independencia de la modalidad formalizada que, de forma sistemática, se pueden concretar en los siguientes: derecho a ser oído, ser beneficiario del derecho de asistencia gratuita, dirigirse directamente a la entidad pública y ser informado de cualquier hecho importante relativo al acogimiento, relacionarse con su familia de origen, conocer progresiva y adecuadamente a su edad, su realidad socio-familiar, recibir cualquier tipo de información con la suficiente antelación y los apoyos necesarios en caso de discapacidad, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las reclamaciones y quejas que considere en relación a la citada medida de protección, recibir apoyo educativo y psicoterapéutico si es necesario y a acceder a su expediente y conocer los datos sobre su origen y parientes biológicos cuando alcance la mayoría de edad.

El artículo 21 *ter* recoge las medidas necesarias para garantizar la convivencia y la seguridad de los centros, cuya naturaleza será de carácter preventivo y de desescalada¹³, permitiéndose adoptar, como último recurso, medidas de contención física del menor¹⁴. En todo caso, se prohíbe la contención mecánica, que consiste en la sujeción del menor de edad a una cama articulada o a un objeto fijo o anclado a las instalaciones o a objetos muebles. Todas las medidas que se apliquen se regirán por los principios de «*legalidad, necesidad, individualización, proporcionalidad, idoneidad, graduación, transparencia y buen gobierno*» y las de contención por los de «*excepcionalidad, mínima intensidad posible y tiempo estrictamente necesario*», debiéndose llevar a cabo con el respeto debido a la dignidad, a la privacidad y a los derechos del menor.

13. Como dispone el apartado 4.º del citado precepto: «*consistirán en todas aquellas técnicas verbales de gestión emocional conducentes a la reducción de la tensión u hostilidad del menor que se encuentre en estado de alteración y/o agitación con inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas*».

14. Conforme al apartado 5.º del art. 21 *ter*: «*interposición entre el menor y la persona u objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios o movimientos y, en última instancia, bajo un estricto protocolo, la inmovilización física del menor por personal especializado del centro*».

Únicamente se permite, en los centros de protección de menores con trastornos de conducta, como medida de contención física la sujeción de las muñecas del menor, con equipos homologados. Cualquier medida de contención será comunicada de inmediato a la entidad pública y al Ministerio Fiscal. En el supuesto que fuese necesario recurrir a la fuerza física, se procederá a la exploración del menor por facultativo médico en el plazo máximo de 48 horas. En ningún caso, estas medidas serán aplicables a las personas *«menores hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes, a las personas que tengan hijos e hijas consigo, ni a quienes se encuentren convalecientes por enfermedad grave, salvo que de la actuación de aquellos pudiera derivarse un inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas»*. Las decisiones de contención física consistentes en la restricción de espacios y movimientos o la inmovilización del menor, serán adoptadas por el Director del centro o en quien haya delegado, debiendo ser motivadas y notificadas inmediatamente a la entidad pública y al Ministerio Fiscal.

III. EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO EN LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como hemos indicado, en el ámbito de la Unión Europea se han promulgado distintas normas sobre esta modalidad de acogimiento. En concreto, el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre. Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el (CE) núm. 1347/2000, de 29 de mayo de 2000. No obstante, la problemática que generaba su puesta en práctica, propició que la Comisión, en su Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (en adelante, Propuesta de Reglamento Bruselas II bis refundido), estableciese una serie de mejoras que sirviesen como marco de referencia en la aprobación de un nuevo texto legal, que se plasmó en el Reglamento 2019/1111/(UE), de 25 de junio, de Matrimonio. Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. En las líneas siguientes, expondremos la regulación de los distintos textos legales mencionados, con el propósito de resaltar los cambios introducidos y realizar, en su caso, un juicio crítico sobre los mismos.

Previo a su análisis, debemos añadir que pese a la significativa importancia de esta modalidad de acogimiento, que supone que un menor debe trasladarse de un país miembro de la Unión Europea a otro para ser acogido, bien por una familia o internado en un centro, ha sido escasamente analizado por la doctrina¹⁵. Asimismo, se ha emitido una única resolución judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del art. 56 del Reglamento 2201/2003 que será objeto de comentario en las líneas siguientes. Por otro lado, es preciso resaltar la ausencia de estadísticas, por parte de los Estados Miembros, en relación a la aplicación de este precepto. Uno de los pocos países en que se realizan es Alemania, que ha registrado 19 acogimientos transfronterizos con España en 2019 y 15 en el año 2020¹⁶, lo que nos da una idea de su importancia.

En otro sentido, se observa la intención del legislador de realizar una regulación común aplicable a todos los Estados Miembros. Aunque es cierto que, como se pondrá de relieve, será la legislación de cada Estado la que regule el procedimiento de tramitación de la solicitud, también lo es que todos los requerimientos se centralizarán en una Autoridad Central. Por otro lado, pese a que la Propuesta del Reglamento de Bruselas II (refundido) pretendía unificar la documentación que se debía presentar con la solicitud, se observará que este criterio no se ha mantenido en el Reglamento 2019/1111. Por último, y como novedad relevante, se ha determinado la fijación de un plazo máximo para emitir la decisión de conceder o denegar el consentimiento para el acogimiento transfronterizo por parte del Estado requerido. En los epígrafes siguientes, procederemos al análisis de los distintos aspectos de esta figura.

2. PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD

Una primera cuestión a resaltar es la relativa a la determinación del organismo que debe realizar la solicitud del acogimiento a otro Estado

15. DUTTA A., SCHULZ, A., «First cornerstones of the EU rules on Cross-border child cases: the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels II A Regulation from C to Health Service Executive», *Journal of Private International Law*, vol. 1, n.º 1, 2014, pp.1-39; FORCADA MIRANDA, F.J., «Revision with respect to the cross-border placement of children», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Issue, n.º 1, 2016, p. 36-42. HERRANZ BALLESTEROS, M., «Cross-border placement of children: the current situation in Spain. *Yearbook of Private International Law*», n.º 17, 2015-2016, p. 449-461; HERRANZ BALLESTEROS, M., «El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis», *La Ley Unión Europea*, n.º 44, 2017, pp. 1-25; RODRÍGUEZ PINEAU, E., «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/1, 2017, pp. 139-165.
16. https://www.bundesjustizamt.de/EN/Topics/citizen_services/HKUE/Statistics/Statistics_node.html;jsessionid=6609FED35B30DC6D0E2734D71420C39F1_cid377 [última consulta 4-1-2022].

Miembro de la UE. En el artículo 56.1 Reglamento 2201/2003 se determina que será el órgano jurisdiccional competente, en el artículo 65.1 Reglamento Bruselas II bis (refundido) se sustituye por la autoridad competente para en el artículo 82.1 Reglamento 2019/1111 incluir a ambos. En nuestra opinión, aunque se podría defender la disposición de esta última norma, por cuanto el Derecho nacional de los distintos Estados difiere en relación a los entes que tienen competencia sobre esta materia, otorgándose en algunos países a los órganos judiciales y en otros a la Administración, consideramos que sería conveniente centralizar todas las solicitudes en una autoridad central. Así se recoge en la Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido), criterio que también ha adoptado el legislador español, como pondremos de relieve, decidiendo cada Estado cuál será el órgano competente. En cualquier caso, se salva así la limitación establecida en el primer texto legal citado.

En otro orden, en todos los casos se mantiene inalterable la necesaria aprobación del Estado requerido para la formalización del acogimiento [–art. 56.2 Reglamento 2201/2003, art. 65.1 Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido) y art. 82.1 y 5 Reglamento 2019/1111–], con alguna particularidad en el Reglamento 2201/2003 como expondremos en momentos posteriores, así como la remisión al procedimiento de la legislación de cada país para recabar este consentimiento [–arts. 56.3, 65.5 y 82.7 respectivamente–]¹⁷.

Como decíamos, se aprecia una diferencia importante respecto a la regulación del mecanismo de coordinación en relación a la consulta que se debe remitir al Estado en el que se pretenda formalizar la medida entre el Reglamento 2201/2003 y los subsiguientes. En concreto, el artículo 56 de la mencionada norma jurídica contempla un doble procedimiento en función de si la legislación del país receptor de la propuesta, exige o no la intervención de una autoridad pública para la ejecución de los acogimientos internos, que ha sido criticado por la doctrina por los problemas que ocasiona¹⁸. En el primer caso, recogido en el artículo 56.1, es preceptivo que se eleve previamente la consulta que, como se señaló, deberá ser aprobada por el Estado receptor. No obstante, como indica el apartado 4 del mencionado precepto, si no se contempla en el derecho nacional esta intervención –entendemos que se hace referencia a los acogimientos

17. Alemania lo ha regulado mediante la Family Law Act y España a través de la LO 8/2021.

18. HERRANZ BALLESTEROS, M., «Cross-border Placement of Children: the Current Situation in Spain. *Yearbook of Private International Law*», *op. cit.*, pp. 449-461; FORCADA MIRANDA, F. J., «Revision with respect to the cross-border placement of children», *op. cit.*, pp. 36-42.

privados, permitidos en algunos ordenamientos europeos, fundamentalmente en aquellos países que rige el Common Law-, el órgano jurisdiccional sólo deberá informar de su decisión a la autoridad competente¹⁹.

Sobre esta cuestión tuvo ocasión de pronunciarse el TJE en la única resolución emitida en relación a la interpretación del art. 56 del Reglamento 2201/2003. En la sentencia de 26 de abril de 2012²⁰, se plantea una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000 (DO L 338, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento»), en particular de sus artículos 1, 28 y 56. Esta petición fue solicitada en el marco de un litigio entre el Health Service Executive de Irlanda (Servicio de Salud; en adelante, «HSE»), por una parte, y por otra, una menor y su madre, con motivo del acogimiento de dicha menor, en régimen cerrado, en un centro asistencial situado en Inglaterra. Entre otras cuestiones, se determinó que el Estado requerido debe velar porque su legislación nacional permita la efectividad del Reglamento (párrafo 79) y que los Estados miembros deben establecer normas y procedimientos claros para clarificar la identificación de la autoridad competente que debe conceder o denegar la solicitud (párrafo 82).

Afortunadamente, ni la Propuesta de Reglamento Bruselas II (refundido) ni el Reglamento 2019/111, han mantenido esta doble vía, regulando exclusivamente la primera de ellas. En el informe emitido por el Parlamento se había puesto en evidencia la problemática que generaba la misma en relación a la seguridad jurídica y a la armonización²¹. Además, no podemos dejar de apuntar que podría ser considerado una injerencia de un tercer país en el ámbito legislativo de otro al ordenar la ejecución de un acogimiento sin aprobación expresa del Estado en cuyo territorio se llevará a cabo.

19. Procedimiento simplificado lo ha denominado, HERRANZ BALLESTEROS, M., «El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis», *op. cit.*, p. 3.

20. En el asunto C-92/12 PPU, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court (Irlanda), mediante resolución de 16 de febrero de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2012, en el procedimiento entre Health Service Executive y S. C., A. C.

21. RODRÍGUEZ PINEAU, E., «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/1, 2017, p. 153. Asimismo, considera positiva esta modificación, HERRANZ BALLESTEROS, M., «El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis», *op. cit.*, p. 6.

Aclara el artículo 82.2 Reglamento 2019/1111, en nuestra opinión acertadamente, que el procedimiento expuesto no se aplicará cuando el menor deba ser acogido por un progenitor. Asimismo, cabe la posibilidad que cada Estado Miembro decida que no es necesaria su aprobación para el acogimiento del niño en su marco jurídico con determinadas categorías de parientes cercanos, que deberá ser comunicada a la Comisión conforme al artículo 103 de este Reglamento.

3. DOCUMENTACIÓN REQUERIDA

Respecto a la documentación que debe aportar el Estado requirente, se han introducido diversas novedades en los dos últimos textos legales. De no exigirse ningún documento más allá de la solicitud en el Reglamento 2201/2003, el artículo 65.1 Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido) determina que se deberá incluir un informe sobre el menor y los motivos por los que se solicita su acogimiento o asistencia, y en el mismo sentido se manifiesta el artículo 82.1 Reglamento 2019/1111. En relación a este informe, nos parece que adolece de una inconcreción sobre el contenido mínimo exigido, no habiendo sido subsanado con la promulgación del último texto jurídico, por lo que es posible que se pueda alargar el procedimiento en caso de que un Estado requiera al otro algún aspecto no recogido en el mismo. A nuestro juicio, se ha perdido una oportunidad al no establecer este último Reglamento un Anexo que incluyese la información requerida para tramitar esta solicitud, como sí se ha realizado para otras materias. Los distintos Estados Miembros han intentado paliar esta indeterminación mediante convenios o normas de carácter interno. En concreto, en nuestro país se suscribió el Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia, de 17 de julio de 2012, en el que se especificó la documentación que debería incluirse en dicho informe, necesaria para aprobar o no la medida²².

22. Nombre, apellido y fecha de nacimiento; Régimen de patria potestad o tutela que es de aplicación; Tiempo de permanencia en España, especificando fecha de entrada y fecha de salida; Motivo que justifica la permanencia de la persona menor en España; Institución bajo cuya responsabilidad se encuentra la persona menor de edad, y que tiene asumida su guarda legal; Proyecto personal y ocupación; Documento de que dispone la persona menor y que acredite su estancia legal en España, (pasaporte o DNI válido y en vigor, cuando su estancia sea inferior a 3 meses en territorio español o certificado de registro como residente comunitario acreditativo de su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, en caso de que su permanencia en España sea superior a tres meses); Entidad responsable del menor; Certificado acreditativo del padre, la madre o representante legal de la persona menor ha dado su autorización para que viaje y permanezca en España bajo la guarda legal de la institución

En relación a los motivos en los que se basa el Estado requirente para la propuesta del acogimiento transfronterizo, parece que existe unanimidad en el hecho de que no pueden ser revisados por el país requerido²³, pero es cierto que aquéllos no quedan convenientemente recogidos en el texto legal. A nuestro entender, no quedan claras ni las funciones de la Autoridad central de este último Estado que, como señala la doctrina, es un aspecto fundamental que debería haber quedado suficientemente establecido²⁴, ni tampoco las razones por las que se considera procedente la formalización de esta medida en el país requerido.

Asimismo, se debe señalar que además de la documentación exigida en la Propuesta, el Reglamento 2019/1111 ha añadido que se deberá aportar «*información sobre cualquier dotación financiera prevista, así como cualquier otra información que considere pertinente, como la duración prevista del acogimiento*». Nos parece interesante esta aclaración porque la realidad ha puesto de manifiesto la importancia que tienen estos aspectos del acogimiento en su aplicación práctica, en particular, su duración por cuanto afecta de forma significativa a las relaciones entre el menor y sus progenitores.

Por otro lado, el artículo 82.3 del citado Reglamento 2019/1111 dispone que la autoridad del Estado requirente podrá informar al órgano competente del país receptor de la existencia de un vínculo estrecho del menor con ese Estado. A falta de mayor precisión del precepto, consideramos que podría tenerse en cuenta la residencia de familiares o personas cercanas al menor en el país de origen, así como la posibilidad de que el propio menor haya vivido en dicho Estado de forma temporal.

Además, como novedad, se incluye tanto en la Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido), artículo 65.2, como en el Reglamento 2019/1111, artículo 82.4, la obligación de traducir a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado requerido, o a cualquiera otra lengua que dicho Estado haya aceptado (que deberá haber sido comunicado a la Comisión conforme a lo establecido, respectivamente, en los artículos 81 y 103 de los citados textos legales), requisito no exigido en el Reglamento 2201/2003.

responsable; Domicilio donde va a residir el menor; Documentación donde consten los apoyos terapéuticos y educativos que va a recibir el menor.

En relación a los requisitos exigidos por otros Estados Miembros, *Vid. Informe Cross-border placement of children in the European Union*, pp. 68-69.

23. Como se recoge en el Informe al Parlamento, *Cross-border placement of children...*, *op. cit.*, p. 69. En el mismo sentido, se pronunció el Abogado General en el Asunto C-82/12PPUU, presentada el 28 de marzo de 2012, en los apartados 37 y 38.

24. HERRANZ BALLESTEROS, M., «El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis», *op. cit.*, pp. 9-10.

En otro sentido, uno de los problemas más graves, a nuestro entender, que presenta este último texto jurídico, es la ausencia de un plazo máximo en el que la autoridad competente del Estado requerido debe emitir la resolución que aprobase o denegase la solicitud de acogimiento presentada. No cabe duda de que la demora produce una situación de interinidad que afecta de forma negativa al menor, al no permitir la formalización de esa u otra medida necesaria para su protección. La STJE anteriormente comentada, en su párrafo 82, determina la necesidad que ese plazo sea breve. Esta premisa fue recogida, afortunadamente, en las siguientes normas que indican que, salvo que existan circunstancias excepcionales, será remitida en dos meses como dispone el artículo 65.4 de la Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido) y en tres conforme al artículo 82.5 Reglamento 2019/1111.

Por último, el legislador de 2019, siendo consciente de la importancia que tiene la cooperación entre los Estados Miembros, ha dispuesto en el artículo 82.8 que la aplicación del citado precepto no debe ser óbice para la suscripción o mantenimiento de acuerdos por parte de las autoridades competentes, cuya finalidad sea la simplificación del procedimiento de consulta para recabar la aprobación.

4. MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

En los tres textos normativos analizados, se recogen los motivos por los que se puede denegar la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, en las que queda incluido el acogimiento transfronterizo. Pese a que se puede afirmar que presentan una regulación similar, se observan diferencias importantes en la consideración de las causas que dan lugar a la misma. Su regulación se contempla expresamente en los artículos 23 Reglamento 2201/2003, 40 de la Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido) y 39 Reglamento 2019/1111.

4.1. El reconocimiento es contrario al interés del menor

Este requisito es exigido por las tres normativas, dada la consideración de su interés como prioritario y prevalente frente a cualquier otro. Se puede afirmar, por tanto, que cualquier decisión que atente contra el interés del menor, no podrá ser ejecutada por razones obvias. En la regulación por los distintos textos jurídicos, se aprecia que el 2201/2003 y el 2019/1111 son coincidentes, presentando alguna diferencia la Propuesta

de Reglamento de Bruselas II (refundido). Respecto al contenido de las dos primeras, se dispone en los artículos 23 a y 39.1 a, respectivamente, que no se reconocerán estas resoluciones *«si el reconocimiento fuere manifestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor»*.

Por otro lado, el artículo 40.2 de la Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido) establece como factor determinante para su denegación, la existencia de un cambio en las circunstancias desde que se dictó la resolución hasta que debe ejecutarse, tornándose dicha ejecución contraria al orden público del Estado que debe aplicarla en virtud, precisamente, del interés superior del menor. Dos son las razones aducidas; la oposición actual del menor de edad y madurez suficientes a la citada resolución o bien que el cambio de circunstancias haya tenido la suficiente entidad por lo que su ejecución sería totalmente incompatible con el interés del menor.

En nuestra opinión, que el legislador del 2019 haya mantenido el mismo contenido que el del 2003, supone un retroceso normativo porque no especifican las razones por las que la ejecución de la resolución sería contraria al interés del menor, como sí se determina en la Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido) aunque su técnica, ciertamente, podría ser mejorada sustancialmente.

4.2. El menor no ha sido escuchado

La importancia de la audiencia del menor en relación a la toma de cualquier decisión que le afecte ha adquirido el carácter de derecho esencial tanto en la normativa internacional, como en la estatal y autonómica. Este requisito es exigido por el artículo 23 b Reglamento 2201/2003, en el que se determina que no procede el reconocimiento de las resoluciones de responsabilidad parental, cuando, salvo en los casos de urgencia, se hubiesen dictado sin haber escuchado al menor, violando los principios fundamentales del procedimiento del Estado requerido. Con posterioridad, ha sido regulado de forma distinta en los siguientes textos legales.

En primer lugar, la Propuesta de Reglamento eliminó esta premisa en su artículo 40, a nuestro entender desacertadamente, como motivo para la denegación de la ejecución regulando, no obstante, en el artículo 20, de forma genérica, el derecho del menor a expresar sus opiniones. Así, dispone que los Estados Miembros velarán para que los niños con capacidad de discernimiento pueden expresar su opinión de forma libre durante los distintos procedimientos. Se matiza, además, que la autoridad competente prestará la debida importancia a sus opiniones conforme a su edad

y madurez, documentando sus consideraciones en la resolución. Consideramos que la necesidad de escuchar al menor debe ser preceptiva en el caso concreto de la ejecución de esta medida de protección, y no nos parece adecuado la remisión a un artículo de contenido generalista para invocar su aplicación. Por lo tanto, a nuestros entender es más acertada la decisión del legislador del 2019 de recoger en el propio artículo 39.2 la posibilidad de que se deniegue la ejecución de una resolución sobre esta materia cuando no se ha dado audiencia al menor, excepto en los casos de urgencia o bien si el procedimiento sólo afectó a los bienes del menor que, por el objeto del proceso, no exija prestar esa audiencia, y proceder en el artículo 21 a una regulación más completa del derecho de audiencia del menor.

En virtud del mismo, se determina que los órganos jurisdiccionales –a nuestro entender, deberían haber sido incluido cualquier órgano que tenga competencia en materia de menores– de los Estados Miembros, conforme a su legislación y Derecho interno, deberán posibilitar que los menores que tengan suficiente capacidad puedan expresar sus propios juicios u opiniones, bien directamente o mediante un representante u organismo apropiado. Se dará la importancia debida a las opiniones del menor, conforme a su edad o madurez.

4.3. Otras causas

En relación a las mismas, debemos indicar que son recogidas en el Reglamento 2201/2003 y reproducidas literalmente en el Reglamento 2019/111, en distintos apartados de los artículos 23 y 39 respectivamente, por lo que nos parece positivo que no se haya tenido en cuenta la Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido), porque habían sido excluidas. De forma breve, las exponemos a continuación.

– Si la persona a la que afecta estuviese en rebeldía y no se hubiese procedido a su notificación, o traslado del escrito de demanda o documento equivalente, con la suficiente antelación para organizar su defensa, salvo que conste fehacientemente que dicha persona acepta la resolución.

– A petición de la persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, en el caso de que se hubiese dictado sin dar posibilidad de audiencia a la citada persona.

– En los supuestos en que la resolución fuese inconciliable –irreconciliable según el Reglamento del 2019–, o en la parte que lo fuera, con otra dictada posteriormente en materia de responsabilidad parental en el Estado Miembro en que sea invocado el reconocimiento.

– Si la resolución fuese inconciliable –irreconciliable conforme al texto del 2019–, con otra dictada con posterioridad por otro Estado, Miembro o no de la UE, o en la medida en que lo fuera, en la que el menor tenga su residencia habitual, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento.

– Por último, una cuestión de orden formal que contemplan ambas normativas, relativas a la falta de aplicación del procedimiento establecido, respectivamente, en los artículos 56 y 82.

IV. EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO EN LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO

Como hemos indicado, el legislador ha añadido nuevos artículos en la LO 1/1996, que regulan este tipo de acogimiento mediante los apartados ocho-diez de la disposición final octava de la LO 8/2021. En concreto, se incluyen los artículos *20 ter*, *20 quater* y *20 quinquies* que recogen, respectivamente, las solicitudes de acogimiento transfronterizos realizados desde otros países, los motivos por los que la Autoridad Central puede denegarlas y las solicitudes que realice España a otro Estado. Procedemos a su análisis por separado.

1. TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO RECIBIDAS

En este punto, analizaremos el procedimiento y requisitos exigidos por la normativa, en concreto en el artículo *20 ter* de la LO 1/1996.

1.1. Autoridad competente para su recepción

En relación a este aspecto, son varias las cuestiones que deben ser puestas de manifiesto. En primer lugar, sólo procederá su aplicación cuando estas solicitudes sean remitidas por un Estado Miembro de la Unión Europea o un Estado que sea parte del Convenio de la Haya de 1996 –quedando, por tanto, excluidos del ámbito de aplicación de la norma, los demás países–. El legislador español ha aplicado un criterio maximalista, por cuanto como hemos puesto expuesto, los textos jurídicos de la UE analizados restringen su aplicación a los países que forman parte de la Unión Europea.

Serán recibidas por el Ministerio de Justicia, en calidad de Autoridad Central Española y remitidas, a su vez, por la Autoridad Central del Estado que las requiera con la finalidad de obtener la preceptiva autorización de las autoridades españolas competentes que debe emitirse con carácter previo a la posible formalización del acogimiento. Como se observa, la legislación nacional, en consonancia con la Propuesta de Reglamento de Bruselas II (refundido) y el Reglamento 2019/1111 exige que, con anterioridad a la formalización de la citada medida, sea aprobado por la autoridad competente de nuestro país.

1.2. Requisitos formales exigidos

Respecto a los requisitos formales exigidos, se señala que debe realizarse por escrito y acompañarse de los documentos requeridos por la Autoridad Central española para valorar la idoneidad de esta medida en beneficio del menor, así como la aptitud del centro o familia que llevará a cabo el acogimiento. En este punto, debemos realizar dos matizaciones; por un lado, en nuestra consideración no se especifica con la suficiente claridad qué documentos serán solicitados y, por otro lado, el hecho de que, como indica el apartado 4.º del citado artículo, sea la Administración autonómica competente la que evaluará la solicitud de acogimiento, plantea el problema de una ausencia de armonización en los criterios aplicables en virtud de las diferencias existentes en la regulación del acogimiento en las distintas legislaciones territoriales. En este sentido, consideramos que lo adecuado sería la adopción de un pacto entre los distintos entes autonómicos, en la línea del Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia, de 17 de julio de 2012.

En tanto no se produzca el mismo, entendemos que, con independencia que la resolución sobre la solicitud del acogimiento se adopte por la entidad pública territorialmente competente conforme a la normativa autonómica correspondiente, nos parece adecuado que inicialmente se tome como marco de referencia lo establecido en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, expuesto con anterioridad, por su vocación de homogeneización y por ser subsidiaria de las diferentes regulaciones de las Autonomías.

En concreto, el contexto jurídico establecido por la Ley 26/2015 se concreta, fundamentalmente, en las siguientes premisas. En primer lugar, el artículo 21.3 de la LO 1/1996, determina la prevalencia de la constitución del acogimiento en una familia frente al ingreso del menor en un centro asistencial, en especial para los que tengan menos de seis años. Se indica, además, que no se podrá acordar el acogimiento residencial para menores

de tres años, salvo en los supuestos de imposibilidad debidamente acreditada, en los que no sea posible formalizar un acogimiento familiar o cuando esta medida no sea conveniente para el interés del menor. En estos casos, el acogimiento residencial no deberá superar los tres meses. En nuestra opinión, nos parece positiva la plasmación legal de la subsidiaridad del acogimiento familiar frente al residencial²⁵. No obstante, su puesta en práctica puede quedar desvirtuada por las limitaciones establecidas en el propio precepto de la citada LO y, fundamentalmente, por la insuficiencia de familias acogedoras y de dotación de los medios económicos necesarios que provocará que, en numerosas ocasiones, el ingreso del menor en un centro asistencial sea la única opción posible²⁶.

Asimismo, de manera acertada la Ley 26/2015, señala los criterios que deben regir la actuación de la Administración para determinar la idoneidad de los acogedores²⁷. Primeramente, el citado precepto dispone que no podrán ser acogedores los que no puedan ser tutores. Por otro lado, en el artículo 20.2 LO 1/1996 se establece que para la valoración de la familia acogedora se deberá tener en cuenta «*su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia*». Del mismo modo, se valorará la edad de los acogedores en función de la del menor y la relación previa en caso de existir.

En otro orden, el artículo 20 *ter* de la LO 1/1996, se exige, al igual que en la normativa de la Unión Europea, que se aporte un informe del menor, así como los motivos por los que se solicita su acogimiento en nuestro país, además de los requeridos por la normativa internacional. Sobre esta cuestión, nos remitimos a lo expuesto en momentos anteriores del trabajo. Asimismo, se requiere que se determine la modalidad del acogimiento, su

-
25. LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *op. cit.*, p. 17; MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», en MARTÍNEZ GARNICA, C. (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia.*, *op. cit.*, p. 410.
26. Como señala MAYOR DEL HOYO, M. V., *El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015*, Navarra, 2017, p. 222.
27. Parece que la pretensión del legislador es que el procedimiento de valoración de idoneidad de las familias acogedoras, (eliminar,) se asimile al establecido para las familias adoptante.

duración y la previsión de cómo se realizará el seguimiento de la medida. En este sentido, estas indicaciones nos generan ciertas dudas; respecto a la modalidad del acogimiento, entendemos que el requerimiento deberá especificar si es en familia o en centro presuponiendo que, en el primer caso, no se exigirá que se concrete el tipo de acogimiento familiar, por cuanto las distintas normas autonómicas presentan notables diferencias en su regulación. El mismo razonamiento es válido para la duración de esta medida y el seguimiento que se deba hacer de la misma, por las diferencias existentes sobre estos aspectos de la figura debido a la diversidad de regulaciones en nuestro ordenamiento jurídico y la dificultad de establecer un marco común. Reiteramos, por tanto, la necesidad de que los distintos entes competentes alcancen acuerdos sobre esta cuestión para facilitar el cumplimiento de este trámite por parte de los demás Estados Miembros.

1.3. Tramitación de la solicitud

Tras la recepción de la solicitud, el Ministerio de Justicia comprobará que la solicitud reúne el contenido y los requisitos exigidos expuestos en los párrafos anteriores y la transmitirá a la Administración autonómica competente para su aprobación. La entidad pública correspondiente, tras la evaluación de la solicitud, y conforme a su normativa, remitirá su decisión a la Autoridad Central española que la enviará a la Autoridad Central del Estado requirente. En este caso, como hemos comentado, puede ocurrir que la propuesta no tenga encaje legal en la legislación de la CCAA receptora bien porque, conforme a la misma, no se considere beneficiosa para el menor, no se cumplan los requisitos exigidos para declarar la idoneidad de la medida o, simplemente, porque no se contempla la modalidad de acogimiento requerida. Por lo tanto, consideramos que el órgano autonómico tiene plena autonomía para decretar su formalización o denegarla, en virtud de la aplicación de su legislación.

Sólo en el caso de ser favorable, la autoridad competente de citado Estado dictará una resolución que ordene el acogimiento en España, procediendo a su notificación a todas las partes interesadas, solicitando su reconocimiento y ejecución en España directamente ante el Juzgado o Tribunal español territorialmente competente. La duración máxima del proceso, que incluye tanto la tramitación como la respuesta de la solicitud, no puede exceder de tres meses, siendo necesario que todas las solicitudes y documentos adjuntados sean objeto de una traducción legalizada en español. Como se observa, tanto el requisito del establecimiento de plazos máximos del procedimiento como la traducción al

español de toda la documentación se han establecido en consonancia con la normativa europea.

2. ANÁLISIS DE LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE ACOGIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS EN ESPAÑA

Son distintos los motivos recogidos en el artículo 20 *quater*, que permiten a la Autoridad Central denegar la solicitud del acogimiento transfronterizo, algunos idénticos a los establecido en la normativa europea y otros de nuevo cuño. Son los siguientes:

[A) «*El objeto o finalidad de la solicitud de acogimiento no garantice el interés superior de la persona menor de edad para lo cual se tendrá especialmente en cuenta la existencia de vínculos con España*»]

La supremacía del principio del interés del menor se recoge en distintos textos internacionales como en la Convención sobre los derechos del niño (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990)²⁸, en su artículo 3.1. Este principio también se recoge en la normativa de la UE anteriormente analizada. En nuestro ordenamiento jurídico, pese a no concretarse una definición, se debe señalar que la promulgación de la LO 8/2015, ha introducido una serie de criterios en su art. 2.º en aras a la concreción del mismo. Básicamente implica que todas las decisiones adoptadas redunden en beneficio del menor.

No se puede obviar que el niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar. En ese sentido, se viene hablando del principio de promoción de su personalidad, como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas sobre los menores. La infancia conforma un periodo de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la importancia que alcanza a desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el artículo 10.1 CE, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva,

28. «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor». Sobre esta cuestión, véase, ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social*, Civitas, Madrid, 1999, p. 207.

quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados.

La exigencia de que se las medidas adoptadas se realicen en interés del menor, plantea diferentes interpretaciones porque dicho interés es un concepto jurídico indeterminado que el legislador no ha definido y que ha intentado ser concretado por la doctrina²⁹. En este sentido, se ha afirmado que «el interés del menor puede inicialmente identificarse con la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad y demás derechos fundamentales, en cuanto que su respeto garantiza una protección suficiente al menor, desde un punto de vista personal y humano pero no puede limitarse a esa instancia formal [...] es necesaria una vida exenta de tensiones y problemas que le exceden, con un equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden contribuir a la formación y desarrollo de su personalidad, positiva y negativamente (frustraciones, complejos): porque ni el interés ni la personalidad son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana enormemente rica y compleja, tangible y pluridimensional, donde junto a las libertades públicas y otros valores importan su salud y su bienestar psíquico, su afectividad comprendida, amén de otros aspectos de tipo material, aunque sea con subordinación de éstos a aquéllos³⁰».

La aplicación de este principio en el ámbito judicial tiene su expresión, entre otras, en la STS de 17 de septiembre de 1996, RJ 1996\6722, al reconocer, de forma explícita, que «el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de

29. Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000. En similar sentido, PIZARRO MORENO, E., *El interés superior del menor*, Reus, Madrid, 2020.

30. PIZARRO MORENO, E., *El interés superior del menor*, ob. cit., pp. 45 y ss.

Protección Jurídica del Menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 noviembre 1990». En el mismo sentido, se manifiestan la STS de 9 de julio de 2003, RJ 2003/4621, cuando dispone que el «favor filii», es el que tiene que presidir las relaciones con los padres. En la misma línea, se expresa la STS de 27 de marzo de 2001, RJ 2001/4770, «es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores».

[B] *«La solicitud no reúna los requisitos exigidos para su tramitación. En este caso, se devolverá a la Autoridad Central requirente indicando los motivos concretos de la devolución con el fin de que pueda subsanarlos»*].

En nuestra consideración, se puede producir esta situación cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, la solicitud no se realice por escrito o no se acompañen los documentos necesarios para valorar la idoneidad de la medida en interés del menor, así como la aptitud del centro asistencial o acogedor/res para realizar este acogimiento. Además, como se indicó, será necesaria la aportación de aquella documentación que pudiera ser requerida en un caso concreto. Como dispone el precepto, se procederá a su devolución a la autoridad requirente, señalando los motivos que han dado lugar a la misma para que sean subsanados. Nos parece positivo que se haya contemplado este supuesto, al contrario que en los textos jurídicos comunitarios porque, de forma expresa, faculta a la Autoridad Central a denegar la tramitación de la solicitud en tanto no se cumplan todos los requisitos formales, circunstancia no aclarada en la normativa europea.

[C] *«Se solicite el desplazamiento de una persona menor de edad incurso en un procedimiento penal o sancionador o que haya sido condenada o sancionada por la comisión de cualquier ilícito penal o administrativo»*].

En este caso, el legislador ha considerado procedente denegar la solicitud de un acogimiento en nuestro país de un menor incurso, condenado o sancionado por la comisión de cualquier ilícito penal o administrativo, a nuestro entender, acertadamente. El problema que se plantea es que la legislación aplicada será la del Estado requirente que, en la generalidad de los casos, no será coincidente con la del país destinatario de la solicitud. Puede darse también la situación contraria, es decir, que el acto cometido no tenga la consideración de un ilícito penal o administrativo en el ordenamiento jurídico del Estado solicitante y sí en el país receptor.

Sin pretender realizar un estudio exhaustivo sobre la responsabilidad penal de los menores en España, por exceder los límites de esta memoria,

únicamente señalaremos que el art. 19 del Código Penal español (en adelante, CP) dispone que *«los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor»*.

Desde la promulgación del actual Código Penal, que marcaba la mayoría de edad como límite inferior de imputación penal, se creaba una laguna jurídica cuando la comisión de hechos delictivos se realizaba por menores de esa edad. Este hecho, unido a la referencia, que en el mismo artículo se hacía, sobre la aprobación de una ley penal del menor y juvenil que exigiese la responsabilidad a los menores infractores, hicieron que la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, fuese una imprescindible realidad³¹.

Se puede afirmar que el legislador ha seguido, para delimitar el ámbito subjetivo de la Ley, un criterio cronológico descartando, así, la evaluación de la capacidad de discernimiento del sujeto³². La determinación del límite inferior a partir del cual se aplicará la presente ley reconoce –implícitamente– que los menores de esa edad serán no culpables, por ser seres inimputables. Se considera pues, que no tienen la suficiente capacidad de discernimiento ni volitiva para comprender sus actos y sus consecuencias. Como se señala en el Preámbulo, existe la convicción de que *«las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado»*.

De esta forma, cuando un menor de catorce años realice una actuación tipificada como delito, no se le exigirá responsabilidad según esta ley, sino que se le aplicarán las normas de protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes.

31. El ámbito de aplicación de esta norma se concreta en su artículo 1.º: *«1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.*

2. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España».

32. En este sentido se manifiesta, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 387.

En relación a la legislación administrativa, actualmente no existen sanciones específicas y adecuadas para los menores de edad. En el artículo 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, señala que las menores de edad tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses en aquellas actividades administrativas permitidas, sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. No obstante, no es lo mismo la capacidad de obrar que la capacidad de culpa. De esta forma, si el menor tiene menos de catorce años, la jurisprudencia se ha decantado por declarar su inimputabilidad³³. Cuando el menor está en el tramo de edad de 14 a 18 años, la normativa no tipifica la infracción y sanción; únicamente es posible un escrito de apercibimiento³⁴. Por último, parece que los padres serán responsables solidarios o subsidiarios –el artículo 130 LRJPAC no lo aclara– de los hechos ocasionados por sus hijos.

[D) «No se haya respetado el derecho fundamental de la persona menor de edad a ser oída y escuchada, así como a mantener contactos con sus progenitores o representantes legales, salvo si ello es contrario a su superior interés»].

Respecto al derecho del menor a ser escuchado, debemos señalar que la tendencia legislativa imperante en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho comparado, se basa en la concesión a los menores de edad de una cada vez mayor autonomía en la toma de decisiones que conciernen a su vida³⁵, consideración también incluida en la normativa europea anteriormente estudiada. En concreto, se recoge en el artículo 9 de la citada LO 1/1996, tras su reforma por la LO 8/2015, que desarrolla con mayor detalle esta facultad, incluyendo no sólo el ámbito familiar, sino cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que le afecte. En síntesis, sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta, siempre que tenga suficiente juicio. Eso no significa que deban ser vinculantes para el Juez u órgano que tenga que adoptar cualquier

33. STSJ de Navarra, de 11 de junio de 1999, RJCA 1999, 1601, STJM de 16 de mayo de 2000, RJCA 2000, 2225.

34. Vid. ROSELLÓ VILA, A., «Los menores de edad en el derecho administrativo sancionador», en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-administrativo/los-menores-de-edad-en-el-derecho-administrativo-sancionador-2014-05-12/>, 2014, [última consulta 18-10-2021].

35. Díez GARCÍA, H., *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 413; RUIZ RICO-RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Comares, Granada, 1998, p. 168. Resaltado, en su momento, por FONSECA GONZÁLEZ, R., «El deber de oír a los hijos», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., (Dir.). *La tutela de los derechos del menor*, 1.º Congreso nacional de Derecho civil, Junta de Andalucía, Córdoba, 1984, pp. 133-139.

medida en su interés, pero sí que su criterio deberá ser valorado. Este derecho tiene, asimismo, sustantividad en diversos preceptos del Código civil, tanto en los procesos judiciales como en los extrajudiciales³⁶.

En relación a estos últimos, la modificación operada en el artículo art. 154 CC por la LO 8/2021 ha determinado que cuando los hijos/as tengan suficiente madurez, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. Se garantizará, además, que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

En relación a la medida de acogimiento familiar, en coherencia con la argumentación expuesta anteriormente, haremos referencia a su regulación en el derecho común español. De esta forma, el artículo 173.2 CC dispone que será preceptivo el consentimiento del menor con suficiente juicio³⁷ y, en todo caso, del mayor de doce años para la formalización de una medida de acogimiento familiar. El hecho de que sea necesario recabar el consentimiento en estos supuestos ha suscitado varias cuestiones en la doctrina. Por un lado, se ha señalado que pueda existir cierta incongruencia jurídica por cuanto en otros preceptos del Código civil, para la realización de ciertos actos de carácter personalísimo, se exige una determinada edad. Por ejemplo, catorce años para poder realizar testamento

36. BO JANÉ, M., CABALLERO RIBERA, M., «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de sus intereses?», *La Ley*, n.º 6, 1996, p. 1490.

37. Este requisito ha sido introducido por la Ley 26/2015; con anterioridad, sólo se exigía el consentimiento del mayor de doce años, lo que había suscitado críticas entre la doctrina. Entre otros, LLEBARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 248 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La tutela *ex lege*, la guarda y acogimiento de menores (y II)», *Actualidad Civil*, n.º 1, 1998, p. 71; FELIU REY, M. I., *Comentarios a la Ley de adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 69; ÉGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al art. 173 del Código civil», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993; FERRER VANRELL, M. P., «El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 196; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., «Visión general del acogimiento familiar», *Actualidad Civil*, n.º 1, 2000, p. 1689; VATTIER LAGARRIGUE, C. J., «Contribución al estudio del acogimiento», en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, p. 143; GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre el acogimiento familiar», *Actualidad Civil*, n.º 21, 1992; HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *El acogimiento convencional de menores. (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales)*. (Formularios), Montecorvo, Madrid, 2002, pp. 184 y ss. De modo particular, en el AAP de Valencia de 2 de julio de 1998, AC 1998, 6721, se defiende la analogía entre el art. 173 CC y el art. 177.3 CC en referencia a la audiencia del menor de doce años que tenga suficiente juicio.

(excepto el ológrafo que requiere la mayoría de edad), porque como dispone el artículo 663.1.º CC los menores de esa edad, no pueden testar, o dieciséis años para contraer matrimonio, siempre que el menor se haya emancipado, artículo 46 CC³⁸.

En cualquier caso, de aquel precepto se desprende que sin dicho consentimiento no cabe la formalización del acogimiento familiar. Este es el criterio mantenido por la doctrina mayoritaria, que le otorga la consideración de elemento esencial para la constitución de ambas medidas³⁹. Otro sector doctrinal, sin embargo, niega la naturaleza constitutiva de este consentimiento y lo considera únicamente como un requisito de eficacia, en el sentido de que lo procedente es que el menor se manifieste, con independencia de que lo haga en sentido positivo o negativo⁴⁰. En nuestra opinión,

38. DE LA HAZA DÍAZ, P., «Notas sobre el affidamento familiar en el derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 6, 1987, p. 996. Se adhiere, RODRIGUEZ SOL, L., «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley*, n.º 1, 1993, p. 1112.
39. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela *ex lege*, la guarda y acogimiento de menores...», *op. cit.*, p. 138; HIJAS FERNÁNDEZ, E., «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)», *Actualidad Civil*, n.º 1, 1995, p. 50, «en caso de negativa del menor de doce años se hace imposible la constitución del acogimiento familiar, aunque se reputa beneficiosa, debiendo en tal caso acudir al internamiento en casa o establecimiento»; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, *op. cit.*, p. 135; PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia. Acogimiento, adopción...*, *op. cit.*, p. 341; REBOLLEDO VARELA, A.L., «Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción. La exigencia de consentimientos y su modo de presentación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo regulados en la Ley Orgánica de Protección al Menor*, Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi, A Coruña, 1997, p. 70; GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Aranzadi, Navarra, 1997, p. 831; ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo I*, Trivium, Madrid, 1991, p. 1080.
40. Así, FERRER VANRELL, M. P., «El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda», *op. cit.*, p. 213, declara que «esta declaración de voluntad no es constitutiva, sino que es un requisito de eficacia, ¿por qué? La Ley exige la declaración de voluntad del menor para la constitución del acogimiento, pero no contempla la oposición del menor como supuesto para que se formalice judicialmente (art. 173.2 CC), y en la Exposición de Motivos se señala que debe valorarse, especialmente, su negativa; no significa que su negativa sea esencial para no constituir el acogimiento, lo que nos lleva a determinar que esta declaración de voluntad es esencial como requisito de eficacia, pero podrá consentir o negarse, es decir es esencial que se manifieste, por tanto se trata de una declaración de voluntad consultiva».

En similar línea de entendimiento se sitúa, VATTIER LAGARRIGUE, C. J., «Contribución al estudio del acogimiento», *op. cit.*, p. 142, cuando entiende que el consentimiento del menor puede ser considerado como no esencial para la constitución del acogimiento, «en el sentido de que su negativa no tiene por qué impedir su constitución (ni dar lugar a un acogimiento judicial), pero será un elemento a tener muy en cuenta a la hora de prever el éxito de la medida de protección. Si un menor de edad

parece más acertada la primera de las teorías expuestas, por cuanto entendemos que la intención del legislador es clara en este aspecto.

No obstante, las críticas a ambas interpretaciones son de diversa índole: por un lado, se cuestiona si una persona de esa edad está capacitada para decidir sobre las medidas que más convienen a su interés, sin olvidar que estos menores pueden presentar graves problemas psicológicos o de conducta, precisamente por las situaciones que han tenido que vivir. Su negativa a la constitución tanto del acogimiento familiar como de la adopción puede ser infundada obedeciendo, en ocasiones, a motivos o emociones ajenas a las mismas⁴¹. La aplicación estricta de la normativa vigente implica dejar «en manos del menor la determinación de lo que le conviene y nada puede hacerse cuando se trata de un niño de doce años que, sin la suficiente madurez o con actitudes de rebeldía, se niega a un acogimiento familiar que desde un plano objetivo le puede convenir para el desarrollo de su personalidad»⁴².

En otro sentido, se debe señalar que no considerar vinculante la negativa del menor de doce años para la formalización de un acogimiento familiar supone un retroceso en el marco jurídico instaurado por las distintas normas de ámbito internacional, estatal y autonómico, que reconocen el derecho del menor a expresar su opinión y a que sea tenida en cuenta en todas las cuestiones que afecten a su vida. Existe, además, un problema de orden práctico y es que la constitución de una medida protectora de la naturaleza del acogimiento familiar contra la expresa voluntad del menor, no parece ajustada a Derecho ni a la más mínima lógica, por cuanto a través de la misma se pretende su integración en un núcleo familiar, pudiendo predecirse su fracaso si el menor se muestra claramente contrario a su formalización⁴³.

Por otro lado, y en relación al derecho a relacionarse el menor con sus progenitores o representantes legales, debemos señalar que es innegable la

mayor de doce años se niega en rotundo a la posibilidad de ser acogido por una familia, no quedará más remedio que mantener la situación de acogimiento residencial o intentar, en su caso, la constitución de una tutela ordinaria». También, FELIU REY, M. I., «Breve estudio sobre las nuevas figuras...», *op. cit.*, p. 807.

41. HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *El acogimiento convencional...*, *op. cit.*, p. 179.
42. VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, p. 675. En la misma línea de principio, LLEBARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, *op. cit.*, p. 248, «obsérvese lo paradójico: el acogimiento, convencional o judicial, debe siempre responder al interés del menor, pero el interés del menor que aconseje su acogimiento no siempre va a poder constituirlo, si aquél se niega –aunque sea infundadamente–».
43. *Vid.* HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *El acogimiento convencional...*, *op. cit.*, p. 182.

importancia de las relaciones afectivas que el menor pueda mantener con sus familiares, salvo que sea contrario a su interés. Este postulado es desarrollado por el legislador en distintos preceptos del Código civil. La Ley 26/2015 ha introducido ciertas modificaciones en los artículos 160 y 161 CC. En el primero de ellos, se establece el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga mediante resolución judicial o de la entidad pública lo contrario. Incluso se determina que, en los casos de privación de libertad de los padres, si en interés del menor se recomiendan la visitas, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado por un familiar o por un profesional que velarán por la preparación del menor para las mismas, siempre fuera del horario escolar y en un entorno adecuado para él. Asimismo, el apartado 2.º del citado artículo establece, cuyo contenido fue otorgado por la Ley 42/2003, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones de los abuelos con sus nietos, que no podrán *«impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados»*⁴⁴.

Como se recoge en el Preámbulo de la norma, se considera que los abuelos pueden desempeñar una función primordial en la estabilidad de los nietos, fundamentalmente en los casos de ruptura matrimonial. El objetivo de la Ley es doble; por un lado, reforzar el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, *«tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores»* y por otro, reconocer su relevante función en el caso de incumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes parentales. Para su efectivo cumplimiento, se han reformado los artículos 90.1.b, 94 y el 103 CC. El primero de ellos contempla la posibilidad de que en el convenio regulador que acuerden los cónyuges en los casos de separación y divorcio, se establezca expresamente el régimen de visitas y comunicaciones entre los abuelos y los nietos. Por otro lado, el segundo precepto tras su modificación por la LO 8/2021, establece que se podrá reconocer el derecho de comunicación y visita recogido en el artículo 160.2.º CC⁴⁵. El último artículo prevé que la autoridad judicial, de forma excepcional y cuando no exista acuerdo de los progenitores, otorgue a los abuelos la tutela de los hijos.

44. Sobre esta cuestión, *Vid.* VALLÉS AMORES, M., «A propósito de la reforma del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos», *Actualidad Civil*, n.º 15, 2005, pp. 1813-1825.

45. *«Previo 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».*

No se puede obviar, como ha puesto de relieve la doctrina, que, en los supuestos de crisis familiares, que finalizan con la sentencia de separación judicial o divorcio, no es infrecuente que el progenitor al que se le concede la guarda y custodia obstaculice las relaciones de sus hijos con la familia del otro progenitor o, incluso, en los casos de fallecimiento de uno de ellos, puede suponer la ruptura de las relaciones con los familiares del fallecido⁴⁶. Asimismo, el derecho recíproco que tienen el menor y sus familiares a relacionarse no desaparece tras la declaración de desamparo del menor y la formalización de la consiguiente medida de acogimiento familiar o residencial. En estos casos, conforme a lo dispuesto en el artículo 161 CC, el órgano público competente regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

3. SOLICITUD DE ACOGIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS POR ESPAÑA

Por último, el artículo 20 *quinquies* regula el proceso para solicitar, por parte de España, del acogimiento transfronterizo de menores de edad a otro Estado. La solicitud debe ser cursada por la entidad pública competente, por escrito, al Ministerio de Justicia, que deberá transmitirla. Al igual que el artículo 20 *ter*, su ámbito de aplicación se limita a un país de la Unión Europea o a uno que forme parte del Convenio de la Haya de 1996.

Análogamente a lo dispuesto en el citado precepto, la tramitación y aprobación o denegación del acogimiento solicitado, se regirá por el Derecho nacional del Estado Miembro, en consonancia con lo establecido por la normativa de la Unión Europea. La decisión adoptada por dicho estado será remitida a la Autoridad Central española que, a su vez, la enviará al órgano solicitante.

En relación a los requisitos exigidos, son omitidos por el legislador, contemplándose únicamente que tanto la solicitud de acogimiento y la documentación adjunta, se deberá acompañar de una traducción a una lengua oficial del Estado, o aceptada por el que se requiera. Entendemos que la razón de esta omisión se debe a que los requisitos para formalizar el acogimiento tendrán que ser establecidos por la legislación del estado receptor, que será el que deba denegar o no la solicitud de acogimiento.

46. GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 36.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo I*, Trivium, Madrid, 1991.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, 11.ª edición, Edisofer, Madrid, 2008.
- AMORÓS MARTÍ, P., PALACIOS GONZÁLEZ, J., *Acogimiento familiar*, Alianza, Madrid, 2004.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «La tutela automática, el acogimiento y la adopción», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual de Derecho Civil. Derecho de familia*, Bercal, 2007, pp. 311-319.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La guarda y el acogimiento de menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9, 2015, pp. 1-4.
- BO JANÉ, M., CABALLERO RIBERA, M., «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de sus intereses?», *La Ley*, n.º 6, 1996, pp. 1485-1498.
- DE LA HAZA DÍAZ, P., «Notas sobre el affidamento familiar en el derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 6, 1987, pp. 959-1007.
- DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A., «El acogimiento del menor en situación de desamparo», en GARCÍA GARNICA, C. (Dir.), M. MORILLAS QUESADA, A. QUESADA PÁEZ, (Coords.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 231-246.
- DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, L., PONCE DE LEÓN, J. L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, vol. IV, 10.ª, Tecnos, Madrid, 2006.
- DUTTA A., SCHULZ, A., «First cornerstones of the EU rules on Cross-border child cases: the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels II A Regulation from C to Health Service Executive», *Journal of Private International Law*, vol. 1, n.º 1, 2014, pp. 1-39.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al art. 173 del Código civil», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 88-111.

- FELIU REY, M. I., *Comentarios a la Ley de adopción*, Tecnos, Madrid, 1989.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., «Visión general del acogimiento familiar», *Actualidad Civil*, n.º 1, 2000, pp. 1685-1695.
- FERRER VANRELL, M. P., «El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 163-218.
- FONSECA GONZÁLEZ, R., «El deber de oír a los hijos», en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (Dir.), *La tutela de los derechos del menor*, 1.º Congreso nacional de Derecho civil. Junta de Andalucía, Córdoba, 1984, pp. 133-139.
- FORCADA MIRANDA, J., «Revision with respect to the cross-border placement of children», *Nederlands International Privaatrecht*, n.º 1, 2016, pp. 36-42.
- GARCIA CANTERO, G., «Notas sobre el acogimiento familiar», *Actualidad Civil*, n.º 21, 1992, pp. 305-318.
- GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Dykinson, Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*. Aranzadi, Navarra, 1997.
- HERAS HERNÁNDEZ, M. M., *El acogimiento convencional de menores. (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales). (Formularios)*, Montecorvo, Madrid, 2002.
- HERRANZ BALLESTEROS, M., «El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis», *La Ley Unión Europea*, n.º 44, 2017, pp. 1-25.
- «Cross-border Placement of Children: the Current Situation in Spain», *Yearbook of Private International Law*, n.º 17, 2016, pp. 449-461.
- HIJAS FERNÁNDEZ, E., «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)», *Actualidad Civil*, n.º 1, 1995, pp. 35-38.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico*, n.º 111, 2015, pp. 17-23.
- LLEBARIA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Bosch, Barcelona, 1990.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *La protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001.

- LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2185, 2016, pp. 1-89.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El sistema de protección de menores en España», en MARTÍNEZ GARNICA, C., (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 379-462.
- MAYOR DEL HOYO, M. V., «El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio», MAYOR DEL HOYO, M. V. (Coord.), *El nuevo régimen jurídico del menor*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 219-248.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, Derecho, de familia*, Tomo IV, 6.ª edición, Edersa, Madrid, 2019.
- PÉREZ MARTÍN, A. J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Comentarios, Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y formularios*, Lex nova, Valladolid, 1998.
- PIZARRO MORENO, E., *El interés superior del menor*, Reus, Madrid, 2020.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción. La exigencia de consentimientos y su modo de presentación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo regulados en la Ley Orgánica de Protección al Menor*, Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao Aranzadi, A Coruña, 1997, pp. 63-85.
- ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social*, Civitas, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/1, 2017, pp. 139-165.
- RODRÍGUEZ SOL, L., «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley*, n. 1, 1993, pp. 1097-1116.
- ROSELLÓ VILA, A., «Los menores de edad en el derecho administrativo sancionador», disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-administrativo/los-menores-de-edad-en-el-derecho-administrativo-sancionador-2014-05-12/>.

RUIZ RICO-RUIZ, J. M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1998.

– «La tutela *ex lege*, la guarda y acogimiento de menores (y II)», *Actualidad Civil*, n.º 1, 1998, pp. 137-160.

SOLER PRESAS, A., CARRETERO GONZÁLEZ, C., SIEIRA MUCIENTES, S., «El acogimiento familiar», en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías (situación de riesgo y desamparo, acogimiento familiar y residencial)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 145-174.

TOSCANO GIL, F., «La conflictividad judicial del acogimiento de menores: el caso de los niños Iván y Sara», *La Ley*, n.º 1, 2006, pp. 22-28.

VALLÉS AMORES, M., «A propósito de la reforma del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos», *Actualidad Civil*, n.º 15, 2005, pp. 1813-1825.

VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 611-695.

VATTIER LAGARRIGUE, C. J., «Contribución al estudio del acogimiento», en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, pp. 127-171.

Capítulo XVI

La violencia digital desde la perspectiva regulada en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia¹

FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat Politècnica de València*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MENORES, VIOLENCIA Y VIOLENCIA DIGITAL: UNA APROXIMACIÓN LEGISLATIVA. III. LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES: TRATAMIENTO O AUSENCIA DE LA VIOLENCIA. IV. LA VIOLENCIA DIGITAL Y SU REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia² incluye dentro del concepto de

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades RTI2018-097354-B-100 (2019–2022), Proyecto de I+D+i Retos MICINN (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022) y Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana “Algorithmical Law” (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024).
2. BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

violencia la que se realiza mediante las tecnologías de la información y la comunicación, las denominadas TICs, destacando especialmente la violencia digital.

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de octubre de 2021, acordó la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2021, contra los artículos 30 párrafo 2.º; 3b); 26, apartados 2 y 3; 27; disposición final primera apartado 9, y disposición final segunda apartado 1, de la Ley Orgánica 8/2021³.

Así, el artículo 30, párrafo 2, se refiere a los principios y dispone que: «Los niños, niñas y adolescentes en todas las etapas educativas e independientemente de la titularidad del centro, recibirán, de forma transversal, una educación que incluya su participación, el respeto a los demás, a su dignidad y sus derechos, especialmente de aquellos menores que sufran especial vulnerabilidad por su condición de discapacidad o de algún trastorno del neurodesarrollo, la igualdad de género, la diversidad familiar, la adquisición de habilidades para la elección de estilos de vida saludables, incluyendo educación alimentaria y nutricional, y una educación afectivo sexual, adaptada a su nivel madurativo y, en su caso, discapacidad, orientada al aprendizaje de la prevención y evitación de toda forma de violencia y discriminación, con el fin de ayudarles a reconocerla y reaccionar frente a la misma».

El apartado 3b) relativo a los fines, preceptúa que: «Establecer medidas de prevención efectivas frente a la violencia sobre la infancia y la adolescencia, mediante una información adecuada a los niños, niñas y adolescentes, la especialización y la mejora de la práctica profesional en los distintos ámbitos de intervención, el acompañamiento de las familias, dotándolas de herramientas de parentalidad positiva, y el refuerzo de la participación de las personas menores de edad».

El artículo 26, apartados 2 y 3, referente a la prevención en el ámbito familiar, dispone que: «2. A tal fin, dentro de los planes y programas de prevención previstos en el artículo 23, las administraciones públicas competentes deberán incluir, como mínimo, un análisis de la situación de la familia en el territorio de su competencia, que permita identificar sus necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar.

3. Las medidas a las que se refiere el apartado anterior deberán estar enfocadas a:

a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva. A los efectos de esta ley, se entiende por parentalidad positiva el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan

3. BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2021.

funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes.

En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental.

b) Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, se promoverá la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento.

c) Promover la atención a las mujeres durante el periodo de gestación y facilitar el buen trato prenatal. Esta atención deberá incidir en la identificación de aquellas circunstancias que puedan influir negativamente en la gestación y en el bienestar de la mujer, así como en el desarrollo de estrategias para la detección precoz de situaciones de riesgo durante el embarazo y de preparación y apoyo.

d) Proporcionar un entorno obstétrico y perinatal seguro para la madre y el recién nacido e incorporar los protocolos, con evidencia científica demostrada, para la detección de enfermedades o alteraciones genéticas, destinados al diagnóstico precoz y, en su caso, al tratamiento y atención sanitaria temprana del o la recién nacida.

e) Desarrollar programas de formación a adultos y a niños, niñas y adolescentes en habilidades para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares.

f) Adoptar programas dirigidos a la promoción de formas positivas de aprendizaje, así como a erradicar el castigo con violencia física o psicológica en el ámbito familiar.

g) Crear los servicios necesarios de información y apoyo profesional a los niños, niñas y adolescentes a fin de que tengan la capacidad necesaria para detectar precozmente y rechazar cualquier forma de violencia, con especial atención a los problemas de las niñas y adolescentes que por género y edad sean víctimas de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta.

h) Proporcionar la orientación, formación y apoyos que precisen las familias de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, a fin de permitir una atención adecuada de estos en su entorno familiar, al tiempo que se fomenta su grado de autonomía, su participación activa en la familia y su inclusión social en la comunidad.

i) Desarrollar programas de formación y sensibilización a adultos y a niños, niñas y adolescentes, encaminados a evitar la promoción intrafamiliar del matrimonio infantil, el abandono de los estudios y la asunción de compromisos laborales y familiares no acordes con la edad».

El artículo 27 respecto a las actuaciones específicas en el ámbito familiar, indica que: «1. Las administraciones públicas impulsarán medidas de política familiar encaminadas a apoyar los aspectos cualitativos de la parentalidad positiva en progenitores o quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento. En particular, las destinadas a prevenir la pobreza y las causas de exclusión social, así como la conciliación de la vida familiar y laboral en el marco del diálogo social, a través de horarios y condiciones de trabajo que permitan atender adecuadamente las responsabilidades derivadas de la crianza, y el ejercicio igualitario de dichas responsabilidades por hombres y mujeres.

Dichas medidas habrán de individualizarse en función de las distintas necesidades de apoyo específico que presente cada unidad familiar, con especial atención a las familias con niños, niñas o adolescentes con discapacidad, o en situación de especial vulnerabilidad. Y las dirigidas a prevenir la separación del entorno familiar.

2. Las administraciones públicas elaborarán y/o difundirán materiales formativos, en formato y lenguaje accesibles en términos sensoriales y cognitivos, dirigidos al ejercicio positivo de las responsabilidades parentales o tutelares. Estos materiales contendrán formación en materia de derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, e incluirán contenidos específicos referidos a combatir roles y estereotipos de género que sitúan a las niñas en plano de desigualdad, contenidos sobre la diversidad sexual y de género, como medida de prevención de conductas discriminatorias y violentas hacia los niños, niñas y adolescentes».

La disposición final primera apartado 9 que afecta a una nueva redacción de los apartados 6 y 7 del artículo 544 ter, que quedan redactados como sigue:

«6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertenencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, 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, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

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 inculpado 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 paterno-filial.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de

familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente».

Y la disposición final segunda apartado 1, que afecta al artículo 92 del Código civil con una nueva redacción: «1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores 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 de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.

10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos».

La utilización de las redes sociales supone un alto riesgo para los menores dado que a través de las mismas se cometen actos de violencia. Nos proponemos en este análisis de la reciente norma determinar cuáles son las medidas de protección que se contemplan para evitar la violencia digital, y garantizar los derechos de los menores, teniendo en cuenta la regulación de protección de datos personales, así como la reciente Carta de Derechos Digitales.

Aspectos como la inteligencia artificial y la utilización de algoritmos puede crear sesgos discriminatorios y también suponer un acto de violencia digital. Se deben establecer protocolos y mecanismos que respete los derechos de la infancia y que sean aplicables al entorno digital.

En el uso responsable de las redes también debe contemplar la aplicación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales⁴ y garantía de los derechos digitales, respecto a lo indicado en su artículo 84.1 del uso responsable, y también la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos para la retirada de contenidos ilícitos. De igual modo, hay que tener en cuenta también lo indicado en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)⁵, y también la reciente Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de

4. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Véase: ANDREU MARTÍNEZ, B., «Aportaciones en materia de protección de datos de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *La Ley privacidad*, n.º 9, 2021.

5. DOCE L 119/1, de 4 de mayo de 2016, disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> [última consulta: 21-11-2021].

prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales⁶.

Precisamente la disposición adicional decimonovena, de la Ley Orgánica 3/2018, al referirse a los derechos de los menores ante Internet, indica que: «En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de garantizar su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre los mismos es ejercida mediante las nuevas tecnologías».

Con el análisis de la legislación y las aportaciones doctrinales que se han pronunciado sobre la materia, podremos obtener una serie de conclusiones de interés para la comunidad científica.

II. MENORES, VIOLENCIA Y VIOLENCIA DIGITAL: UNA APROXIMACIÓN LEGISLATIVA

La normativa en materia de violencia de género contempla la violencia ejercida de forma física y psicológica, pero no menciona la que se produce a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs).

Una de las primeras normas es la Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género⁷ de la Comunidad Autónoma de Canarias, modificada por Ley 1/2017, de 17 de marzo⁸, y en el ámbito estatal la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁹, en su artículo 1 indica que la violencia de género a la que se refiere la norma comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». Esta violencia se puede ejercer también sobre los menores de edad, que con una edad inferior a los dieciocho años, son víctimas de violencia doméstica y familiar. Muchas veces son testigos y tienen una exposición directa. Han pasado de ser víctimas invisibles a ser visibles¹⁰.

6. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2021.

7. BOE núm. 162, de 8 de julio de 2003.

8. BOE núm. 160, de 6 de julio de 2017.

9. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

10. RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *Menor y violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Más ampliamente: *Menores de edad, integración social y entorno digital: Garantías y derechos en la sociedad de las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Universitat Politècnica de València, 2021,

Posteriormente se aprobaron el Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género¹¹; el Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género¹², y Resolución de 25 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establece el procedimiento de movilidad de las empleadas públicas víctimas de violencia de género¹³; el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género¹⁴, y que se convalidó por Resolución de 13 de septiembre de 2018, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género¹⁵; la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género¹⁶; la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer¹⁷; el Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género¹⁸, que fue convalidado por Resolución de 29 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género¹⁹, y que fue tácitamente sustituido por la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género²⁰, y la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las persona huérfanas víctimas de la violencia de género²¹.

disponible en <https://monografias.editorial.upv.es/index.php/iya/issue/view/47> [última consulta: 24-03-2022].

11. BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2005.
12. BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2008.
13. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2015.
14. BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018.
15. BOE núm. 228, de 20 de septiembre de 2018.
16. BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2018.
17. BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019.
18. BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020.
19. BOE núm. 121, de 1 de mayo de 2020.
20. BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021.
21. BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2022

Así como también cabe señalar y mencionar la Resolución de 9 de junio de 2015, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad de 21 de julio de 2014, por el que se aprueba el protocolo de derivación entre centros de acogida para las mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos e hijas²², y

En el ámbito foral y autonómico se aprobaron distintas normas referentes a la violencia de género, pero no se incluía la violencia digital de una forma expresa. Así, podemos mencionar la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid²³, modificada por Ley 3/2018, de 22 de junio²⁴; Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género²⁵, modificada por Ley 12/2016, de 22 de julio²⁶, por Ley 14/2021, de 20 de julio²⁷, y por Ley 15/2021, de 3 de diciembre²⁸; la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁹, modificada por Ley 7/2018, de 30 de julio³⁰; la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia³¹, modificada por Ley 3/2008, de 3 de julio³², por Ley 11/2016, de 15 de junio³³; y por Ley 3/2019, de 20 de marzo³⁴; la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de la Comunidad Autónoma de Cataluña³⁵, modificada por la Ley 17/2020, de 22 de diciembre³⁶; la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León³⁷; la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura³⁸; la Ley 2/2011, de 11 de marzo,

-
22. BOE núm. 161, de 7 de julio de 2015.
 23. BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2006.
 24. BOE núm. 292, de 4 de diciembre de 2018.
 25. BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007.
 26. BOE núm. 217, de 8 de septiembre de 2016.
 27. BOE núm. 226, de 21 de septiembre de 2021.
 28. BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2022.
 29. BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008.
 30. BOE núm. 207, de 27 de agosto de 2018.
 31. BOE núm. 176, de 22 de julio de 2008.
 32. BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2011.
 33. BOE núm. 167, de 12 de julio de 2016.
 34. BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2019.
 35. BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2008.
 36. BOE núm. 11, de 13 de enero de 2021.
 37. BOE núm. 317, de 30 de diciembre de 2010.
 38. BOE núm. 88, de 13 de abril de 2011.

para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias³⁹; la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha⁴⁰.

Las TICs han potenciado la violencia a través del uso en redes sociales de comportamientos violentos⁴¹. Además, junto a ello, la cesión de datos personales sin conocimiento de las consecuencias hace que los efectos se incrementen respecto de la necesidad de protección. Ni qué decir tiene que también los datos masivos, la minería de datos, y el *big data* y su utilización plantean problemas respecto a la necesidad de establecer dicha protección. Precisamente respecto de la minería de datos, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes⁴², en su artículo 66, define, a los efectos del Libro cuarto del presente Real Decreto-ley, la minería de datos como «toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye pautas, tendencias, correlaciones u elementos similares». Indicar que este Real Decreto-ley incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público⁴³.

Las redes sociales también son el escenario de captación de menores por parte de terceros, así como de acoso y requerimientos sexuales, por lo que resulta necesario también establecer mecanismos de control en relación a los contenidos que se inserten en las redes.

39. BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2011.

40. BOE núm. 301, de 14 de diciembre de 2018.

41. DONOSO VÁZQUEZ, T., RUBIO HURTADO, M.^a J., y VILÀ BAÑOS, R., «Los espectadores y espectadoras de la ciberviolencia de género», *Innovación educativa*, n.º 27, 2017, pp. 107-119, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6174750> [última consulta: 22-11-2021].

42. BOE núm. 263, de 03 de noviembre de 2021.

43. DOCE L 172/56, de 26 de junio de 2019, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.172.01.0056.01.SPA [última consulta: 21-11-2021].

También afecta a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por lo que hay que atender a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁴⁴.

Resulta de especial interés mencionar la edad para la prestación del consentimiento que indica la Ley Orgánica 3/2018, en su artículo 7, indica que el tratamiento de los datos personales de los menores de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Contempla el precepto una excepción, que son los casos en que ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

Se precisa, además, que el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de las mismas.

Hay que también tener presente la reciente 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 jurídica⁴⁵.

La Ley Orgánica 3/2018 dedica varios preceptos específicos para la protección de los menores en Internet. El primero de ellos, el artículo 84, se centra en la protección que deben procurar padres, madres, tutores, curadores o representantes legales que procurarán que los menores de edad «hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales».

De esta forma, en su apartado 2, incide en la necesidad de adopción de las medidas cautelares y de protección que se contemplan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴⁶.

De esta forma la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁷ que modifica el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1996, se centra en el derecho a la información

44. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982. Esta Ley fue modificada por la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 1985).

45. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

46. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

47. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

de los menores, indicando que «1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos.

2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.

3. Las Administraciones Públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales incluyendo una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en Internet y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual.

En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. En el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes impulsarán entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente descritos, limitando el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos para los menores, a tenor de lo contemplado en los códigos de autorregulación de contenidos aprobados. Se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad.

Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas.

4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.

5. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita».

Y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁸, que modifica también la Ley Orgánica 1/1996, en su artículo 2, respecto al interés superior del menor, indicando que: «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 segundo precepto, el artículo 92, en sede de educación, se dedica a la protección de datos de los menores en Internet: «Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información.

Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica».

Por su parte, el artículo 97 dedicado a las políticas de impulso de los derechos digitales determina que: «El Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, elaborará un Plan de Acceso a Internet con los siguientes objetivos:

a) superar las brechas digitales y garantizar el acceso a Internet de colectivos vulnerables o con necesidades especiales y de entornos familiares y sociales económicamente desfavorecidos mediante, entre otras medidas, un bono social de acceso a Internet;

b) impulsar la existencia de espacios de conexión de acceso público; y

c) fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas a personas y colectivos en riesgo

48. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

de exclusión digital y la capacidad de todas las personas para realizar un uso autónomo y responsable de Internet y de las tecnologías digitales».

También se «aprobará un Plan de Actuación dirigido a promover las acciones de formación, difusión y concienciación necesarias para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la sociedad de la información equivalentes de Internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos fundamentales».

La reciente Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía⁴⁹, muestra en su Exposición de Motivos los riesgos de la era Internet en el ámbito de la infancia y adolescencia:

«La protección del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen en el ordenamiento jurídico es una de las más complejas, dada la rápida evolución de los distintos escenarios de comunicación y de la cultura de la difusión de imágenes que hoy en día está tan asumida por las personas jóvenes y las que no son tanto, y ello, unido a la necesidad de contar con las capacidades suficientes y consentimientos que prestan los y las menores cuando difunden su imagen sin ser conscientes de la identidad digital que se están creando, así como de su propio histórico digital, que se queda archivado sin caducidad en el tiempo.

Las personas menores de edad son creativas e innovadoras, nativas digitales, en cuanto que han nacido en la sociedad del conocimiento y de la información. Es importante que se aprovechen sus mentes intuitivas, receptivas y flexibles, pero no hay que olvidar que no conocen cuáles son sus derechos y deberes en Internet. Internet es un entorno en el que se convive, pero que, lejos de percibirlo como algo hostil y peligroso, debe ser visto como un espacio seguro donde se creen escenarios de interactividad y conectividad para las personas menores de edad. Por todo ello, la Administración de la Junta de Andalucía adquiere el compromiso de diseñar estrategias que ayuden tanto a los padres y madres, como a la comunidad educativa, a afrontar y gestionar las situaciones que se derivan de estos espacios virtuales, las relaciones entre personas que se forman en las redes sociales, las nuevas maneras de consumir, los espacios para juegos de azar y apuestas, para el ocio, a través de los videojuegos, etcétera».

Se refiere a la violencia digital en su artículo 10, al referirse a la «Prevención y protección integral contra cualquier forma de violencia», al

49. BOE núm. 189, de 09 de agosto de 2021.

considerar la violencia indica que es «toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital».

Aboga por el «Derecho al desarrollo de la competencia digital», en su artículo 52 para promover e impulsar la alfabetización digital y mediática por parte de las administraciones públicas.

Teniendo en cuenta que la violencia digital puede ser prevenida, ya que hay que evitar el acceso a contenidos que pueden generarla, se establece que «los órganos competentes en materia de infancia y adolescencia, de educación, de tecnologías de la información y comunicación, y en medios de comunicación social fomentarán medidas de acompañamiento y desarrollarán estrategias de intervención que garanticen los conocimientos necesarios para una navegación segura por Internet, y que eduquen a menores, padres, madres, personas tutoras y profesorado en un uso responsable de las tecnologías y de sus contenidos». También se indica la necesidad de colaboración entre las administraciones públicas, el sector privado y la sociedad para fomentar «los contenidos positivos en línea y adaptados a las necesidades de los diferentes grupos de edad, impulsando entre la industria códigos de correulación para el uso seguro y responsable de Internet y en el desarrollo de productos y servicios destinados al público infantil y adolescente».

III. LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES: TRATAMIENTO O AUSENCIA DE LA VIOLENCIA

La Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España no menciona la violencia, ni tampoco la violencia digital. Sin embargo, sí que hace mención a la necesidad de un uso adecuado del entorno digital aplicable a las personas menores de edad. Así, el apartado X la protección de las personas menores de edad en el entorno digital, y determina lo siguiente:

«1. Con arreglo a las potestades que les son propias y de acuerdo con la legislación aplicable, las personas progenitoras, tutoras, curadoras, representantes legales o personas que presten apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, velarán por que las personas menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los entornos digitales a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y de preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

2. Los centros educativos, las Administraciones y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en entornos digitales en las que participen personas menores de edad están obligados, por la legislación aplicable, a la protección del interés superior de la persona menor y sus derechos fundamentales, especialmente los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos personales. Deberá recabarse su consentimiento, si es mayor de 14 años, o el de sus representantes legales, para la publicación o difusión de sus datos personales o su imagen a través de servicios de redes sociales.

Asimismo, se promoverá la implantación de procedimientos para la verificación de la edad, el derecho a recibir formación e información adecuada y adaptada a sus necesidades sobre los entornos digitales a los que accedan y el acceso a medios para solicitar y en su caso obtener la tutela de sus derechos frente a comportamientos o acciones lesivas o ilícitas.

3. Salvo en las excepciones previstas en las leyes, están prohibidos los tratamientos de la información de personas menores orientados a establecer perfiles de personalidad en entornos digitales. Ninguna práctica de perfilado podrá dirigirse a manipular o perturbar la voluntad de personas menores, incluido el perfilado con fines publicitarios.

4. Con arreglo a la normativa aplicable, en los entornos digitales las personas menores tendrán derecho a recibir información suficiente y necesaria sobre el uso responsable y adecuado de las tecnologías.

5. Las personas menores de edad pueden expresar libremente sus opiniones e ideas a través de medios tecnológicos, así como participar y expresar su opinión en los asuntos públicos que les afectan, conforme a los derechos que les son inherentes, incluyendo la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, de asociación y de celebrar reuniones con fines pacíficos en el entorno digital. Se potenciará el uso de las tecnologías para el pleno desarrollo de este derecho.

6. Se impulsará el estudio del impacto en el desarrollo de la personalidad de personas menores derivado del acceso a entornos digitales, así como a contenidos nocivos o peligrosos. Dicho estudio prestará particular atención a sus efectos en la educación afectivo-sexual, las conductas dependientes, la igualdad, la orientación sexual e identidad de género, así como a los comportamientos antidemocráticos, racistas, xenófobos, capacitistas, machistas, discriminatorios o propios del discurso del odio».

IV. LA VIOLENCIA DIGITAL Y SU REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

Teniendo en cuenta lo indicado en el Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas⁵⁰ «Una de cada cinco mujeres y niñas, incluido el 19% de las mujeres y las niñas de 15 a 49 años, han sufrido violencia física y/o sexual por parte de una pareja íntima, durante los últimos 12 meses. Sin embargo, en 49 países no existen leyes que protejan específicamente a las mujeres contra tal violencia», siendo una de las metas «Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación».

Una de las formas de violencia digital⁵¹ es el ciberacoso⁵², que se puede presentar de muy diversas formas⁵³: la distribución por internet

50. ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/> [última consulta: 22-11-2021].
51. Otras formas es la violencia digital en el entorno laboral: DE VICENTE PACHÉS, F., «El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentaristas, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 448, 2020, pp. 69-106.
52. PÉREZ VALLEJO, A. M.ª, «Ciberacoso sexualizado y ciberviolencia de género en adolescentes. Nuevo marco regulador para un abordaje integral», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 14, 2019, pp. 42-58, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7219560> [última consulta: 22-11-2021]; PÉREZ GÓMEZ, M. A., ECHAZARRETA SOLER, C., AUDEBERT SÁNCHEZ, M. y SÁNCHEZ MIRET, «El ciberacoso como elemento articulador de las nuevas violencias digitales: métodos y contextos», *Communication papers: media literacy and gender studies*, vol. 9, n.º 18, 2020, pp. 43-58, disponible en <https://raco.cat/index.php/communication/article/view/384848/477934> [última consulta: 22-11-2021]; CÔRRO BORRERO, J. A. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, E. D., «Ciberacoso como expresión de violencia integral», *Multiverso journal*, vol. 1, n.º 1, 2021, pp. 15-27, disponible en <https://multiverso-journal.org/index.php/multiverso/article/view/2/2> [última consulta: 23-11-2021]; GÁMEZ GUADIX, M., ROMÁN GONZÁLEZ, F. J., MATEOS, E. y SANTISTEBAN PÉREZ, P., «Creencias erróneas sobre el abuso sexual online de menores (“child grooming”) y evaluación de un programa de prevención», *Psicología conductual: Revista internacional de psicología clínica y de la salud*, vol. 29, n.º 2, 2021, pp. 283-296, disponible en https://www.behavioralpsycho.com/wp-content/uploads/2021/09/04.Gamez_29-2Es.pdf [última consulta: 23-11-2021]; NÁVARRO CARDOSO, F. y MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia», *Revista penal México*, n.º 19, 2021, pp. 37-58, disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/20106/La-cibercriminalidad.pdf?sequence=2> [última consulta: 23-11-2021].
53. Mencionados en MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo*

de imágenes (*sexting*⁵⁴) o datos referidos al ámbito sexual, que pueden ser verdaderos o falsos; la inclusión de la víctima en sitios webs para mofa o estigmatización; creación de perfiles falsos con el nombre de la víctima y ofertar servicios sexuales; usurpación de la identidad y realizar comentarios ofensivos; divulgación por las redes de grabaciones en las que se agrede o intimida a la víctima; facilitar el mail de la víctima para producir contactos y spam; acceso ilícito a los contenidos del ordenador de la víctima; rumores sobre la víctima expuestos en redes sociales; acoso de la víctima en espacios de internet; utilizar perfiles falsos para contactar con la víctima y demandarle servicios sexuales o realizar cualquier acto de chantaje a través de internet. Una de las modalidades de ese comportamiento es el denominado *grooming*⁵⁵ que es el acoso sexual a menores⁵⁶.

Estos comportamientos suponen también una agresión al derecho a la intimidad personal⁵⁷ recogido en el artículo 18 de la Constitución española al determinar que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

Se habla también del denominado *cyberflashing* que es la recepción de fotos o mensajes de índole sexual sin ser solicitados a través de internet. Ese contenido puede producir acoso, amenaza o chantaje y se realiza a través de teléfonos móviles, correo electrónico o redes sociales⁵⁸, y son las mujeres las principales destinatarias⁵⁹. Más recientemente, el Parlamento

en la sociedad de la información y del conocimiento, s/f, p. 5 y 6, disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_18_Ciberacoso.pdf [última consulta: 23-11-2021].

54. Véase: TORRES KEENLYSIDE, A., ORTIZ HERNÁNDEZ, S. y GARRÓS FONT, I., «El delito de “sexting” o difusión de imágenes obtenidas con anuencia y sin consentimiento», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, 2021.
55. Se puede consultar: TORRES KEENLYSIDE, A., ORTIZ HERNÁNDEZ, S. y GARRÓS FONT, I., «El delito de grooming o ciberacoso infantil desde una perspectiva legal y criminológica», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2021.
56. MARTÍNEZ CAMPANARIO, R., «Acoso sexual a menores, “child grooming”», *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía*, n.º 165, 2021, pp. 37-57.
57. Sobre ello se puede consultar: SACRISTÁN ROMERO, F., «Escenarios actuales de agresiones al derecho a la intimidad personal del menor», *Revista DH/ED: derechos humanos y educación*, n.º 4, 2021, pp. 137-155, disponible en <https://revistaderechos-humanosyeducacion.es/index.php/DHED/article/view/29/sacristanvol4> [última consulta: 23-11-2021].
58. EFE, «Galicia incluye en su legislación la violencia digital contra las mujeres», *El progreso*, 23 de noviembre de 2021, disponible en <https://www.elprogreso.es/articulo/galicia/galicia-incluye-legislacion-violencia-digital-mujeres/202111231326441541629.html> [última consulta: 23-11-2021].
59. FLORES FERNÁNDEZ, J., «Privacidad, factor de riesgo y protección en la violencia digital contra las mujeres», en VERDEJO ESPINOSA, M. A. (Coord.), *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla,

de Galicia ha modificado su ya mencionada Ley 11/2007, para incluir la violencia digital como forma de violencia contra la mujer. Así, tiene la consideración «todo acto o conducta de violencia de género, cometido, instigado o agravado» utilizando cualquier medio digital que se realice con fines de «discriminar, humillar, chantajear, acosar o ejercer dominio, control o intromisión sin consentimiento en la privacidad de la víctima». Ello «con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja o análoga de afectividad en el presente o en el pasado, o de parentesco con la víctima»⁶⁰.

En el ámbito de internet son muchas las actuaciones que pueden suponer una violencia contra los sujetos⁶¹. Es por ello que la facilidad de acceso a los contenidos, además de que la violencia se puede ejercer sin necesidad de presencialidad del sujeto, el anonimato de quien ejerce la violencia, junto con las diversas formas de acoso que se pueden realizar hace que sea una violencia que provoca una alta angustia en los sujetos, además de la sensación de pérdida de control ante dicho acoso.

La reciente Ley Orgánica 8/2021 ha regulado dentro de la protección integran a la infancia y la adolescencia la denominada violencia digital.

Se parte de la premisa de una necesidad de capacitar a las personas menores de edad en materia de seguridad digital, y se resalta el papel de la Agencia Española de Protección de Datos en la protección de datos personales garantizando los derechos digitales de las personas menores de edad con el establecimiento de un canal accesible y la retirada inmediata de contenidos ilícitos.

2015, disponible en https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3528/978-84-7993-281-7_2da.pdf [última consulta: 22-11-2021]; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, S., «La VIOLENCIA DIGITAL EN LA ERA DE LA COMUNICACIÓN MÓVIL», EN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, S. (Coord.), *La violencia en la realidad digital. Presencia y difusión en las redes sociales y dispositivos móviles*, Egregius Ediciones, Sevilla, 2018, pp. 9-12; PEDRAZA BUCIO, C. I., «Cibermisoginia en las redes sociodigitales: claves para el análisis desde la masculinidad», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, n.º 14, 2019, pp. 51-66, disponible en <http://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/cuestionesdegenero/article/view/5814/4486> [última consulta: 22-11-2021]; HANASH MARTINEZ, M., «La Ciberresistencia feminista a la violencia digital: sobreviviendo al Gamergate», *Debats: Revista de cultura, poder i societat*, vol. 134, n.º 2, 2020, pp. 89-106, disponible en <http://revistadebats.net/article/view/1899/3340> [última consulta: 22-11-2021].

60. Redacción extraída de EFE, «Galicia incluye en su legislación la violencia digital contra las mujeres», *cit*.
61. RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género», *Reinad. Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.º 4, 2013, pp. 55-77, disponible en <http://ojs.upv.es/index.php/reinad/article/view/1391> [última consulta: 22-11-2021].

La inteligencia artificial y los algoritmos también pueden generar sesgos discriminatorios y suponer un acto de violencia digital. De ahí la necesidad de establecer instrumentos y herramientas de protección de los derechos de la infancia y que sean aplicadas al entorno digital.

La regulación propuesta profundiza y completa el marco establecido en el artículo 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación⁶², al establecer junto al plan de convivencia recogido en dicho artículo, la necesidad de protocolos de actuación frente a indicios de abuso y maltrato, acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio, autolesión y cualquier otra forma de violencia. Para el correcto funcionamiento de estos protocolos se constituye un coordinador o coordinadora de bienestar y protección, en todos los centros educativos.

A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

La definición de violencia la encontramos en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/2021, e incluye la violencia digital:

«A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar».

62. BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006. Modificada por Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (BOE núm. 340, de 30 de diciembre de 2020).

La referencia al entorno digital se contiene en distintos preceptos: el artículo 3, m) respecto a los fines de la norma, indica «Establecer los protocolos, mecanismos y cualquier otra medida necesaria para la creación de entornos seguros, de buen trato e inclusivos para toda la infancia en todos los ámbitos desarrollados en esta ley en los que la persona menor de edad desarrolla su vida. Se entenderá como entorno seguro aquel que respete los derechos de la infancia y promueva un ambiente protector físico, psicológico y social, incluido el entorno digital».

El artículo 33 relativo a la formación en materia de derechos, seguridad y responsabilidad digital, establece que: «Las administraciones públicas garantizarán la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales, conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Específicamente, las administraciones públicas promoverán dentro de todas las etapas formativas el uso adecuado de Internet».

El artículo 45, en su apartado 3 y 4, sobre uso seguro y responsable de internet, dispone: «3. Las administraciones públicas deberán adoptar medidas para incentivar la responsabilidad social de las empresas en materia de uso seguro y responsable de Internet por la infancia y la adolescencia.

Asimismo, fomentarán en colaboración con el sector privado que el inicio y desarrollo de aplicaciones y servicios digitales tenga en cuenta la protección a la infancia y la adolescencia.

4. Las campañas institucionales de prevención e información deben incluir entre sus objetivos la prevención sobre contenidos digitales sexuales y/o violentos que pueden influir y ser perjudiciales para la infancia y adolescencia».

El artículo 46 sobre diagnóstico y control de contenidos, «Las administraciones públicas fomentarán la colaboración con el sector privado, para la creación de entornos digitales seguros, una mayor estandarización en el uso de la clasificación por edades y el etiquetado inteligente de contenidos digitales, para conocimiento de los niños, niñas y adolescentes y apoyo de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, en la evaluación y selección de tipos de contenidos, servicios y dispositivos».

En el ámbito internacional se ha incluido la violencia digital en distintas normas⁶³. Así podemos destacar el Código Penal del Estado de Puebla, en 2019, integrándose el delito contra la intimidad sexual, señalando que se realice por cualquier medio digital; y también el delito de ciberoso para quien hostigue o amenace por medio de las TICs. En el año 2020 se incluyó la violencia digital en la Ley para el Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Estado de Puebla.

En el documento *Acercamiento a la violencia digital contra las mujeres en Puebla*⁶⁴, de 2021, menciona una serie de conductas de la violencia digital: acceso no autorizado y control de acceso; control y manipulación de la información; suplantación y robo de identidad; monitoreo y acceso; expresiones discriminatorias; acoso, y amenazas; difusión de información personal o íntima sin consentimiento; extorsión; desprestigio; abuso y explotación sexual relacionada con las tecnologías; afectaciones a canales de expresión y omisiones por parte de actores con poder regulatorio.

Como puso de manifiesto el Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos⁶⁵, «Cuando las mujeres y las niñas tienen acceso a Internet y lo usan, se enfrentan a modalidades y expresiones de violencia en línea que se manifiestan en una serie de formas múltiples, interrelacionadas y recurrentes de violencia por razón de género contra la mujer. A pesar de las ventajas y el potencial de empoderamiento de Internet y de las TIC, las mujeres y las niñas de todo el mundo han expresado en forma creciente su preocupación por el contenido y el comportamiento dañinos, sexistas, misóginos y violentos en línea. Por lo tanto, es importante reconocer que Internet se está utilizando en un entorno más amplio de discriminación y violencia por razón de género, generalizado, estructural y sistémico contra las mujeres y las niñas, que determina su acceso a Internet y otras TIC y su uso de estas.

63. Citado por OVIGEM. OBSERVATORIO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN, «Violencia digital», 23 de septiembre de 2021, disponible en <https://ovigem.org/violencia-digital/> [última consulta: 23-11-2021].

64. CONSEJO CIUDADANO DE SEGURIDAD Y JUSTICIA DEL ESTADO DE PUEBLA, *Acercamiento a la violencia digital contra las mujeres en Puebla*, 2021, disponible en <https://consejociudadanopuebla.org/wp-content/uploads/2021/04/AcercamientoAlaViolenciaDigital-2.pdf> [última consulta: 23-11-2021].

65. NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos*, A/HRC/38/47, de 18 de junio de 2018, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/38/47> [última consulta: 25-11-2021].

Las nuevas formas de TIC han facilitado nuevos tipos de violencia por razón de género y desigualdad de género en el acceso a las tecnologías, que impiden a las mujeres y las niñas el pleno disfrute de sus derechos humanos y de su capacidad para lograr la igualdad de género».

Según los datos que refleja el informe, un 23% de mujeres manifestó haber sufrido abuso o acoso en línea por lo menos una vez en su vida; y 1 de cada 10 mujeres ha sido víctima de alguna forma de violencia en línea desde los 15 años.

Se considera como un reto mundial la eliminación de la violencia contra la mujer, que se extiende en la actualidad al espacio virtual donde son muchas las redes sociales que actualmente operan (Instagram, Twitter, Facebook, Reddit, YouTube, Tumblr, así como la mensajería instantánea (WhatsApp, Snapchat, Messenger, Weibo, Line, entre otras), que son utilizadas por millones de personas a nivel mundial.

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 1993⁶⁶ define la violencia contra la mujer como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

Por ello la violencia en línea es la perpetrada a través de las nuevas tecnologías, en la que la mujer sufre un daño, y también las amenazas, coacción derivada de la misma. Estos daños, señala el citado Informe, puede dar lugar a «daños físicos (incluidos suicidios), así como perjuicios económicos. En algunos casos, la amenaza de daño físico se convierte en realidad, cuando la utilización de imágenes o vídeos sexualmente explícitos se publican en sitios especializados de prostitución junto con publicidad que revela datos privados, como el domicilio particular de la víctima. Los perjuicios económicos pueden producirse cuando la imagen de una víctima de abusos cibernéticos aparece en varias páginas de resultados de los buscadores, lo que dificulta a la víctima la obtención de empleo, o hasta le impide la búsqueda de empleo, debido a la vergüenza y el temor de que potenciales empleadores encuentren las imágenes. El riesgo de daños se deriva de los contenidos (imágenes sexistas, misóginas, degradantes y estereotipadas de la mujer, pornografía en línea) y los comportamientos en línea (acoso moral, hostigamiento criminal o intimidación facilitados

66. NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, 20 de diciembre de 1993, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professional/interest/pages/violenceagainstwomen.aspx> [última consulta: 25-11-2021].

y perpetrados a través de medios sociales, aplicaciones para el rastreo y tecnología para la elaboración de perfiles criminológicos)».

La manifestación de esta violencia también tiene varias formas. Así, se menciona «el acceso, la utilización, la manipulación, la difusión o el intercambio de datos, información y/o contenidos, fotografías o vídeos privados no consentidos, incluidas imágenes sexualizadas, audioclips y/o vídeoclips o imágenes editadas con Photoshop».

Además, esta forma de violencia digital deja una huella, «un registro digital permanente que puede distribuirse en todo el mundo y que no es fácil de suprimir, lo que puede dar lugar a la victimización ulterior. Los datos y estudios pertinentes han demostrado que, en la mayoría de los casos, la violencia en línea no es un delito neutro en cuanto al género. Los estudios sobre la dimensión de género de la violencia en línea indican efectivamente que el 90% de las víctimas de la distribución digital no consentida de imágenes íntimas son mujeres». De tal forma, que merece la pena indicar el derecho a ejercitar el derecho al olvido.

El mencionado Informe formula las siguientes recomendaciones:

«El derecho internacional de los derechos humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas sobre el logro de la igualdad de género, el empoderamiento de las mujeres y las niñas y la eliminación de la violencia contra la mujer en la vida pública y privada son plenamente aplicables en espacios digitales y actividades facilitadas por las TIC. Además, el principio de que los derechos humanos y los derechos de la mujer deben ser protegidos tanto por los medios tradicionales como en línea debe formar parte integral del derecho a una vida libre de nuevas formas de violencia en línea y facilitada por las TIC contra la mujer, respetando al mismo tiempo el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad y la protección de los datos. Habida cuenta de sus características, las TIC deben constituirse en un instrumento para acelerar el logro de todos los derechos humanos, en particular la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la eliminación de la discriminación y la violencia contra la mujer.

Las medidas jurídicas y de políticas para erradicar la violencia de género en línea contra la mujer deben enmarcarse en el contexto más amplio de los derechos humanos relativos a la discriminación estructural, la violencia y las desigualdades con que se enfrentan las mujeres, y tratar de crear un entorno propicio para el logro de la igualdad de género mediante el uso de las TIC.

Para alcanzar los objetivos mencionados, toda respuesta eficaz a la violencia de género en línea contra la mujer exigirá la cooperación de los

Estados, los intermediarios de Internet y todos los demás interesados acerca de la aceptación y la aplicación de todos los instrumentos internacionales fundamentales de derechos humanos, en particular los relativos a los derechos de la mujer».

V. CONCLUSIONES

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia incluye dentro del concepto de violencia la que se realiza mediante las tecnologías de la información y la comunicación, las denominadas TICs, destacando especialmente la violencia digital.

La utilización de las redes sociales supone un alto riesgo para los menores dado que a través de las mismas se cometen actos de violencia.

Especial mención merece la violencia digital dirigida a la mujer, como forma de violencia de género ejercida a través de las TICs. Son numerosos los casos en que una mujer recibe contenido explícito sexual sin demandarlo, y ello constituye un acto violento, además de un acoso. Como hemos señalado ya en el ámbito foral y autonómico se recoge de forma expresa esa violencia digital tras el cambio legislativo operado en la normativa citada. Ello sería deseable que se incorporara en el ámbito estatal, y establecer una mención específica a la violencia digital ejercida contra la mujer, al igual que ha sucedido con la Ley Orgánica 8/2021 centrada en la infancia y la adolescencia.

También la Carta de Derechos Digitales ha desperdiciado la oportunidad de mencionar esta violencia, de hecho no se indica en ninguno de los apartados la violencia, y sí se hace indicación de los peligros del entorno digital.

El uso responsable de las redes también debe contemplar la aplicación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, respecto a lo indicado en su artículo 84.1 del uso responsable, y también la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos para la retirada de contenidos ilícitos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANDREU MARTÍNEZ, B., «Aportaciones en materia de protección de datos de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *La Ley privacidad*, n.º 9, 2021.

- CONSEJO CIUDADANO DE SEGURIDAD Y JUSTICIA DEL ESTADO DE PUEBLA, *Acercamiento a la violencia digital contra las mujeres en Puebla*, 2021, disponible en <https://consejociudadanopuebla.org/wp-content/uploads/2021/04/AcercamientoAlaViolenciaDigital-2.pdf> [última consulta: 23-11-2021].
- CORRO BORRERO, J. A. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, E. D., «Ciberacoso como expresión de violencia integral», *Multiverso journal*, vol. 1, n.º 1, 2021, pp. 15-27, disponible en <https://multiversojournal.org/index.php/multiverso/article/view/2/2> [última consulta: 23-11-2021].
- DE VICENTE PACHÉS, F., «El convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 448, 2020, pp. 69-106.
- DONOSO VÁZQUEZ, T., RUBIO HURTADO, M.^a J., y VILÀ BAÑOS, R., «Los espectadores y espectadoras de la ciberviolencia de género», *Innovación educativa*, n.º 27, 2017, pp. 107-119, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6174750> [última consulta: 22-11-2021].
- EFE, «Galicia incluye en su legislación la violencia digital contra las mujeres», *El progreso*, 23 de noviembre de 2021, disponible en <https://www.elprogreso.es/articulo/galicia/galicia-incluye-legislacion-violencia-digital-mujeres/202111231326441541629.html> [última consulta: 23-11-2021].
- FLORES FERNÁNDEZ, J., «Privacidad, factor de riesgo y protección en la violencia digital contra las mujeres», en VERDEJO ESPINOSA, M. A. (Coord.), *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, disponible en https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3528/978-84-7993-281-7_2da.pdf [última consulta: 22-11-2021].
- GÁMEZ GUADIX, M., ROMÁN GONZÁLEZ, F. J., MATEOS, E. y SANTISTEBAN PÉREZ, P., «Creencias erróneas sobre el abuso sexual online de menores (“child grooming”) y evaluación de un programa de prevención», *Psicología conductual: Revista internacional de psicología clínica y de la salud*, vol. 29, n.º 2, 2021, pp. 283-296, disponible en https://www.behavioralpsycho.com/wp-content/uploads/2021/09/04.Gamez_29-2Es.pdf [última consulta: 23-11-2021].
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, S., «La violencia digital en la era de la comunicación móvil», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, S. (Coord.), *La violencia en la realidad digital. Presencia y difusión en las redes sociales y dispositivos móviles*, Egegius Ediciones, Sevilla, 2018, pp. 9-12.

- HANASH MARTÍNEZ, M., «La ciberresistencia feminista a la violencia digital: sobreviviendo al Gamergate», *Debats: Revista de cultura, poder i societat*, vol. 134, n.º 2, 2020, pp. 89-106, disponible en <http://revistadebats.net/article/view/1899/3340> [última consulta: 22-11-2021].
- MARTÍNEZ CAMPANARIO, R., «Acoso sexual a menores, “child grooming”», *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía*, n.º 165, 2021, pp. 37-57.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, s/f, p. 5 y 6, disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEncifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_18_Ciberacoso.pdf [última consulta: 23-11-2021].
- NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, 20 de diciembre de 1993, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx> [última consulta: 25-11-2021].
- NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos*, A/HRC/38/47, de 18 de junio de 2018, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/38/47> [última consulta: 25-11-2021].
- NAVARRO CARDOSO, F. y MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., «La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia», *Revista penal México*, n.º 19, 2021, pp. 37-58, disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/20106/La-cibercriminalidad.pdf?sequence=2> [última consulta: 23-11-2021].
- ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/> [última consulta: 22-11-2021].
- OVIGEM. OBSERVATORIO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN, «Violencia digital», 23 de septiembre de 2021, disponible en <https://ovigem.org/violencia-digital/> [última consulta: 23-11-2021].
- PEDRAZA BUCIO, C. I., «Cibermisoginia en las redes sociodigitales: claves para el análisis desde la masculinidad», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, n.º 14, 2019, pp. 51-66, disponible en <http://>

revpubli.unileon.es/ojs/index.php/cuestionesdegenero/article/view/5814/4486 [última consulta: 22-11-2021].

PÉREZ GÓMEZ, M. A., ECHAZARRETA SOLER, C., AUDEBERT SÁNCHEZ, M. Y SÁNCHEZ MIRET, «El ciberacoso como elemento articulador de las nuevas violencias digitales: métodos y contextos», *Communication papers: media literacy and gender studies*, vol. 9, n.º 18, 2020, pp. 43-58, disponible en <https://raco.cat/index.php/communication/article/view/384848/477934> [última consulta: 22-11-2021].

PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, «Ciberacoso sexualizado y ciberviolencia de género en adolescentes. Nuevo marco regulador para un abordaje integral», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 14, 2019, pp. 42-58, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7219560> [última consulta: 22-11-2021].

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género», *Reinad. Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.º 4, 2013, pp. 55-77, disponible en <http://ojs.upv.es/index.php/reinad/article/view/1391> [última consulta: 22-11-2021].

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *Menor y violencia de género: aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

– *Menores de edad, integración social y entorno digital: Garantías y derechos en la sociedad de las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Universitat Politècnica de València, 2021, disponible en <https://monografias.editorial.upv.es/index.php/iya/issue/view/47> [última consulta: 24-03-2022].

SACRISTÁN ROMERO, F., «Escenarios actuales de agresiones al derecho a la intimidad personal del menor», *Revista DH/ED: derechos humanos y educación*, n.º 4, 2021, pp. 137-155, disponible en <https://revistaderechoshumanosyeducacion.es/index.php/DHED/article/view/29/sacristanvol4> [última consulta: 23-11-2021].

TORRES KEENLYSIDE, A., ORTIZ HERNÁNDEZ, S. y GARRÓS FONT, I., «El delito de “sexting” o difusión de imágenes obtenidas con anuencia y sin consentimiento», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, 2021.

TORRES KEENLYSIDE, A., ORTIZ HERNÁNDEZ, S. y GARRÓS FONT, I., «El delito de grooming o ciberacoso infantil desde una perspectiva legal y criminológica», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2021.

Capítulo XVII

Reflexiones e incertidumbres en torno al Capítulo VIII de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia

LAURA MARÍN CÁCERES

*Profesora Derecho Civil
Universidad de Jaén*

SUMARIO: I. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DEL MENOR. II. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS ¿SUFICIENTE? III. «PREVENIR MEJOR QUE CURAR»: LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN PERSONAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DEL MENOR

No han transcurrido tantos años desde que un ordenador «entró en casa» y lo hizo como un artículo de lujo al alcance de no todas las familias. Hoy, comienzos del 2022, es evidente que el mundo digital impacta en todas las parcelas de la vida incluso aunque nos neguemos. El 83,7% de los hogares con al menos un miembro de 16 a 74 años dispone de algún tipo de ordenador (de sobremesa, portátil, tablet...), lo que supone un aumento de 2,3 puntos respecto a 2020. Cuanto mayor es la población del municipio de residencia y mayores son los ingresos, más equipamiento en

TIC tienen los hogares¹. Además, se estima que la utilización de las nuevas tecnologías por parte de los menores (de 10 a 15 años) es 91,5% y aún más el uso de Internet, 97,5%, porcentajes que han crecido con respecto al 2020². Las nuevas tecnologías, especialmente Internet, son las herramientas más utilizadas por los menores convirtiéndose en instrumentos indispensables en sus relaciones diarias y al mismo tiempo, una puerta abierta, por un lado, a indudables beneficios y, por otro, a eventuales efectos negativos. Pese a ser nativos digitales³, los menores son un colectivo vulnerable y vulnerado necesitado de instrumentos específicos de protección.

La protección de las personas menores de edad⁴ es una obligación prioritaria de los poderes públicos, consagrada en el artículo 39 CE y reconocida en los Tratados internacionales. No obstante, la otra cara de la moneda, no menos importante, es la promoción de la autonomía del menor que permite según la edad y madurez de la persona la realización de determinados actos con validez jurídica. Y, en ambos casos, protección y promoción, presididos por el principio del interés superior del menor que debe estar presente y, por tanto, valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan tanto en el ámbito público como privado⁵.

1. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, año 2021», Notas de Prensa, 15 de noviembre de 2021, p. 1, disponible en https://www.ine.es/prensa/tich_2021.pdf [última consulta: 27-12-2021].
2. Instituto Nacional de Estadística, «Encuesta sobre...», *op. cit.*, p. 12.
3. Término acuñado por MARK PRENSKY para definir a todos los que han nacido y se han formado utilizando la particular «lengua digital» de juegos por ordenador, vídeo e Internet. Por otro lado, define a los que por edad no han vivido tan intensamente esta revolución, pero se han visto obligados a formarse rápidamente para estar al día como inmigrantes digitales. Para ampliar esta información puede consultarse PRENSKY, M., «Nativos e inmigrantes digitales», *Institución Educativa SEK*, 010, disponible en [https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf) [última consulta: 26-12-2021].
4. El artículo 12 de la Constitución española (CE) señala que se es mayor de edad con 18 años. En consonancia, el art. 246 del Código Civil (CC) de manera expresa establece que «el mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código» y, además, añade la posibilidad de regir su persona y sus bienes como si fuese mayor, al menor que con 16 años obtenga la emancipación o la habilitación de la mayor edad, afirmación que hay que interpretar teniendo en cuenta los artículos 247 y 248 CC que exigen el consentimiento de los progenitores, defensor judicial o cónyuge del menor para determinados actos.
5. Artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM). BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996. Para más información puede consultarse PÉREZ GIMÉNEZ, M.^a T., *Libertad de información y Derechos Fundamentales: un equilibrio inestable*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 72-73.

Tal y como reza el título, estas páginas intentan reflexionar sobre si los instrumentos jurídicos vigentes protegen los derechos del menor en el ámbito digital. Diversos Tratados internacionales reconocen de manera general o específica la necesidad de garantizar los derechos de la personalidad de los menores. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), documento que proclama, por primera vez, que los derechos humanos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas. Posteriormente, esta proclama se desarrollará en todo un cuerpo de Tratados y buena prueba son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (1966)⁶ y la Convención de los Derechos del Niño (1989)⁷ que específicamente reconoce los derechos de los menores y manifiesta en su artículo 3, el principio de interés superior del menor como principio vertebrador de cualquier medida que concierne a los niños/as.

En el ámbito europeo, la Carta Europea de Derechos del Niño (1992), en la que se solicita la adhesión sin reservas por parte de los Estados miembros a la Convención de los Derechos del Niño⁸ y se enumeran principios dirigidos a solventar los problemas específicos que pueden afectar a los niños de la Comunidad Europea derivados del proceso de integración europea y por la realización del Mercado Interior. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que reafirma los derechos reconocidos por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹. Menciona específicamente el derecho a la protección y a los cuidados necesarios para el bienestar del menor, así como, constituirá una consideración primordial en todos los actos relativos a los menores, el interés superior del menor. El artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 16 apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, establecen que toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan.

6. Ratificados por España el 13 de abril de 1977. BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977.

7. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España mediante la publicación del Instrumento de Ratificación en el BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.

8. Considerando D.1.

9. Párrafo 5 Preámbulo Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De todo lo anterior, se desprende que la preocupación y protección del menor en el ámbito familiar, social, educativo o económico ha sido una constante, pero lógicamente no se protegían específicamente los derechos digitales del menor, precisamente porque la revolución informática de las últimas décadas ha transformado la vida diaria y ha llegado tan rápido que posiblemente no estábamos preparados para ella.

No obstante, esto no quiere decir que el menor se encontrase en un limbo jurídico en el supuesto de vulneración de los derechos digitales, pues la protección era vía tradicional mediante una labor de interpretación del derecho a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen que son derechos de aplicación en el mundo tecnológico. Prueba de ello, es la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que desarrolla los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 CE. El artículo 20.1.d) CE especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». El artículo 18.4 de nuestra norma suprema, prevé la limitación por medio de ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el artículo 105. b) CE a la vez que prevé que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento «lo que afecte a la intimidad de las personas». Además, reserva la citada LO 1/82, que tutela los derechos con independencia de la mayoría o minoría de edad de su titular, el artículo 3 al menor de edad, permitiendo que según las condiciones de madurez¹⁰ y de acuerdo con la legislación civil, el menor preste el consentimiento. En el resto de casos, necesitará el consentimiento por escrito del representante legal, quién deberá haberlo puesto previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal¹¹, si este se

10. GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017, p. 46, señala que fijar las condiciones de madurez para determinar la validez del consentimiento del menor es el criterio más respetuoso porque exige, sea cual sea su edad, cuando tenga madurez para decidir y participar en las decisiones relativas a su intimidad o imagen sea respetado y porque asegura una mejor protección ya que desplaza la carga de asegurarse de que tiene la madurez suficiente a quien quiere obtener su consentimiento. La supuesta inseguridad jurídica que se puede producir puede ser tolerada porque muy difícilmente los intereses en juego de quien solicita el consentimiento estarán por encima de la intimidad o la imagen del menor.

11. La Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores constata que estadísticamente son

opusiera, deberá ser el juez quien resuelva. La cuestión fundamental es, por un lado, que no existe precepto¹² que disponga el momento exacto en el que se tienen las condiciones de madurez, pues dependerán del desarrollo de cada menor. Por consiguiente, como apunta PÉREZ GIMÉNEZ, «habrá que averiguar cuál es su aptitud para discernir, para comprender y aceptar el alcance de los actos en los que se encuentre implicado el menor, no todos los menores tienen el mismo desarrollo intelectual, volitivo o emocional, ni todas las actuaciones tienen la misma complejidad¹³» y, por otro, la evolución de la normativa hacia un reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. Así, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, abordó una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el CC y construyó un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general¹⁴. Establece el artículo 5 dentro del derecho a la información de los menores «prestar especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que les permita actuar con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar los riesgos y protegerse de ellos». Se configura un derecho a la protección de datos como un derecho autónomo e independiente que el Tribunal Constitucional ha definido como «un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero sea un Estado o un particular o cuales puede este tercero recabar y que también permite al individuo saber quién posee estos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa

escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados. Referencia FIS-I-2006-00002.

12. PÉREZ GIMÉNEZ, M.^a T., *Libertad de información y Derechos Fundamentales: Un equilibrio inexistente*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 76.
13. La legislación asocia determinadas edades con la posibilidad de realizar válida y eficazmente actos jurídicos. En este sentido, a *sensu* contrario, el artículo 663 CC permite al menor con 14 años otorgar testamento, el mayor de 12 años debe consentir la adopción según el tenor literal del artículo 177.1 CC, el mayor de 14 años presta declaración para la validez de la adquisición de la nacionalidad por residencia y se precisa el consentimiento expreso de los hijos/as mayores de 16 para la asistencia psicológica, artículo 156 CC, todo en base al reconocimiento de suficiente capacidad natural.
14. Apartado 2 Preámbulo LOPJM.

posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento informático o no, de los datos personales requieren como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder de oponerse a esa posesión y usos¹⁵.

La lectura del precepto y del Fundamento del TC, nos obliga a reflexionar sobre si realmente se ha prestado esa especial atención, se han identificado las situaciones de riesgo y adoptado las herramientas y estrategias adecuadas para la protección de los menores en el entorno digital donde exponen su vida privada, imagen e intimidad.

II. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS ¿SUFICIENTE?

La Directiva 95/46/CE¹⁶ tenía como objeto que los Estados miembros garantizaran la protección de los derechos fundamentales y libertades de las personas físicas y en particular el derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, pero no hacía mención expresa a los menores. Era evidente que la evolución tecnológica y la globalización planteaban nuevos retos para la protección de datos y se hizo esperar pero finalmente se promulga el Reglamento General de protección de datos¹⁷ (RGDP) cuya entrada en vigor se produjo el 24 de mayo de 2016, no obstante, su aplicación se prevé para el 25 de mayo de 2018¹⁸, periodo de tiempo que los Estados debían utilizar para adaptar la normativa interna a lo establecido en el Reglamento.

15. STC 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico séptimo.

16. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (Derogada). DOCE n.º L 281/31 de 23 de noviembre de 1995.

17. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

18. Artículo 99.2 RGPD.

Destacar, de manera breve, varias ideas en relación con el Reglamento. Por un lado, el legislador europeo declara que el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental, lo había anticipado la Carta Europea en su artículo 8 pero ahora «extiende dicha protección a las personas físicas cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, vinculando directamente los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en el tratamiento de sus datos personales, con el respeto a las libertades y los derechos fundamentales¹⁹». Añade HERRÁN ORTIZ una reflexión interesante al afirmar que el Reglamento General de protección de datos, «no solo tutela el derecho a la protección de datos personales, sino cualesquiera derechos y libertades fundamentales de la persona que pudieran verse afectados por el tratamiento de los datos personales²⁰». Por otro lado, el RGPD debía satisfacer la reclamación continua por parte del sector público y privado de una nueva regulación sobre protección de datos acorde con los avances digitales y un marco normativo uniforme para todos los Estados miembros. En principio, no parece otra la intención del legislador si pensamos en la forma elegida, un Reglamento. La naturaleza jurídica de un Reglamento produce dos efectos jurídicos, tener alcance general para todos los Estados miembros y eficacia directa, por consiguiente, todos los Estados miembros obligatoriamente deben aplicarlo sin necesidad de ninguna actuación interna y así lo recoge explícitamente el artículo 99 RGPD con el tenor literal «el presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a cada Estado miembro», previsión esta, por otro lado, innecesaria, pues como se ha apuntado, los efectos jurídicos de un Reglamento son esos y difieren de los de la Decisión y la Directiva, pues en caso contrario, no tendría sentido diferenciar el Derecho derivado vinculante. Además, la intención del legislador de garantizar un nivel uniforme, coherente y elevado de protección en el tratamiento de datos de carácter personal se plasma en varios de sus considerandos, 7, 10, 13. Sin embargo, pese a la forma elegida y la finalidad expresa de uniformidad y coherencia, el Reglamento concede un amplio margen a cada Derecho interno²¹ en la adaptación de sus normas provocando, a mi parecer, el efecto contrario al buscado, incertidumbre jurídica.

-
19. HERRÁN ORTIZ, A. I., «Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. El Reglamento General de protección de datos personales a debate», *REDS*, n.º 8, enero-julio, 2016, p. 181.
20. HERRÁN ORTIZ, A. I., «Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. El Reglamento General de protección de datos personales a debate», *op. cit.*, p. 182.
21. Ejemplo son los artículos 6.3 y 9 RGPD.

Trasladando estas cuestiones generales al ámbito específico de protección del menor en el ámbito digital, puede afirmarse que el legislador europeo «no ha hecho los deberes» o lo que es lo mismo, se inhibe de su responsabilidad en cuestión de menores de edad. Derogó la Directiva 95/46/CE que no mencionaba al menor y solo reserva uno de sus artículos, el número 8, relativo a las condiciones aplicables al consentimiento²² del niño/a²³ en relación con los servicios de la sociedad de la información disponiendo que el tratamiento de los datos personales de un niño/a se considerará lícito cuando tenga un mínimo de 16 años. Si fuese menor de 16 años, el tratamiento se considerará lícito si el consentimiento se presta por el titular de la patria potestad o por el tutor pudiendo establecer los Estados miembros por Ley una edad inferior a tales fines, siempre que la edad fijada no sea inferior a 13 años. Por tanto, traslada al legislador nacional el deber de establecer dentro de esa horquilla 13-16 una edad, España la ha fijado en 14 años²⁴. ¿Es la edad adecuada? Sinceramente, no lo sé, pero hay un hecho evidente, no hay una edad uniforme para todos los Estados miembros. Asimismo, otro problema añadido que se desprende del artículo 8.2 es cómo se verifica la edad del menor en el entorno tecnológico. Afirma el artículo que «el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible». Ninguno de sus preceptos define qué se entiende por esfuerzos razonables, puede ser desde indicar el año de nacimiento, rellenar un formulario (entendiendo que la calificación de estos esfuerzos no sería la de razonable por la posibilidad más

-
22. Puede consultarse un riguroso desarrollo sobre el consentimiento de menores de edad en el RGPD en BERROCAL LANZAROT, A. I., «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, septiembre 2019, pp. 2548-2586.
 23. El RGPD no utiliza el lenguaje inclusivo. Se incluye por respeto al cumplimiento de la normativa, en apoyo de las mujeres y niñas que sufren discriminación y, en consonancia a la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que siempre menciona niño, niña y adolescente y que es el objeto principal de estas líneas.
 24. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE n.º 294, de 6 de diciembre de 2018, ha fijado la edad en 14 años (salvo excepciones) según tenor literal del artículo 7. «1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela».

que evidente de no proporcionar información veraz) hasta solicitar copia del DNI o certificado de nacimiento²⁵.

Tampoco menciona el Reglamento el principio de interés superior del menor, no regula un derecho al olvido específico para el menor, cuando todos sabemos que las preferencias y utilización por ejemplo de las aplicaciones o redes sociales cambian rápidamente según la edad del menor y la tendencia social del momento, a «golpe de clic».

Conviene subrayar que España ha dado importantes pasos en la protección de los derechos en el ámbito digital. En concreto, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD) desarrolla el derecho fundamental a la protección de datos con el objetivo de promover la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital. Se recogen en la ley cuatro derechos que forman parte de los derechos digitales de todas las personas, estos son: derecho de acceso a Internet (artículo 81), derecho a la seguridad digital (artículo 82), derecho a la educación digital (artículo 83) y derecho al olvido (artículos 93 y 94). No obstante, la LOPDPGDD se refiere de forma expresa a los menores, entre otros, en el artículo 7 (consentimiento de los menores de edad), artículo 8 (tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos) y artículo 12 (disposiciones generales sobre ejercicio de los derechos) apartado 6 «en cualquier caso, los titulares de la patria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles en el contexto de esta ley orgánica».

El entorno digital es un espacio de construcción social y para la población infantil y adolescente implica una parte fundamental en el desarrollo

25. GARCÍA HERRERA, V., «El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1)», *La Ley Derecho de Familia*, n.º 20, octubre-diciembre, 2018, pp. 6-7. Plantea que el menor puede engañar al responsable del tratamiento, mediante la falsificación del DNI o falsificando la firma de sus representantes legales. Propone el autor para evitarlo que, a los mecanismos previos de verificación del consentimiento, se podrían añadir otros aptos para llevar a cabo dicha comprobación *a posteriori*, de forma que una vez facilitado el consentimiento por parte de los representantes legales, el responsable del tratamiento podría enviar un correo electrónico o un fax a la dirección de correo electrónico o número de teléfono facilitado en el formulario de consentimiento, para que respondan ratificando su declaración de voluntad, e incluso podrían hacer una llamada al número de teléfono proporcionado.

de la identidad, un lugar donde proyectar los cambios físicos y psicológicos que experimentan y un espacio donde se sienten libres y amparados por otros iguales. El espacio digital, sin duda, está lleno de beneficios, nos informa de manera rápida, escuchamos toda la música que queramos, encontramos películas para recordar y nos conecta con personas que están lejos o a las que no podemos visitar como ha ocurrido durante los peores momentos de la pandemia ocasionada por el Sars-Cov-2 (Covid-19) pero al mismo tiempo, no deja de ser un reflejo de la sociedad actual, marcada por la desigualdad económica, social, de género, un espacio donde se proyectan pensamientos y conductas contrarias a un Estado que se proclama social y democrático de Derecho. En consecuencia, la promulgación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia²⁶ (LOPIAV), incluye medidas específicas para la protección de los menores de edad ante contenidos digitales perjudiciales para su desarrollo y bienestar, la incorporación de medidas de concienciación, prevención, detección, protección y reparación por todas las administraciones públicas y la implicación de toda la sociedad y en especial, la de los niños, niñas y adolescentes, familias, educadores y otros profesionales que trabajen habitualmente con personas menores de edad para educar y sensibilizar sobre un uso seguro y responsable de Internet, por consiguiente, un uso beneficioso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación²⁷.

III. «PREVENIR MEJOR QUE CURAR»: LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

La LOPIAV incorpora mediante 60 artículos, una disposición derogatoria y veinticinco disposiciones finales una reforma legislativa significativa, no solo por su número sino por afectar a normas jurídicas transcendentales²⁸. Una reforma de calado que contrasta con el corto periodo de *vacatio*

26. BOE n.º 134 de 5 de junio de 2021.

27. La inmersión de las tecnologías en nuestras vidas es tal, que el concepto de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) ha quedado obsoleto, sustituyéndose por el término Tecnologías de Relación, Información y Comunicación, TRIC. SAVE THE CHILDREN, Informe (Des)Información sexual: Pornografía y Adolescencia, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2020-11/Informe_Desinformacion_sexual-Pornografia_y_adolescencia.pdf [última consulta: 14-1-2022].

28. Disposición final primera: modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto 14 de septiembre de 1882 (LECrin); disposición final segunda: Modificación de Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889

legis (20 días)²⁹ que como indica FERNÁNDEZ PANTOJA resulta «casi insólito y cuestionable respecto a los presupuestos básicos y normas que regulan la incorporación de las leyes al sistema jurídico español y, muy en particular, respecto a aquellas normas que afectan a derechos fundamentales tal y como rige en nuestro sistema constitucional³⁰».

Conocer una norma jurídica exige una labor de interpretación y análisis del contenido y, extraer el espíritu, la esencia de la norma jurídica a través de sus preceptos. En este caso, la LOPIAV es un cambio de mentalidad, instaura la protección integral y una palabra clave, eje de la reforma, la prevención. Por consiguiente, se protegen todos los derechos, de todos los niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años, incorpora todas las medidas, de toda índole para la protección de los menores en todos los ámbitos de

(CC); disposición final tercera: modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP); disposición fina cuarta: Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); disposición final quinta: Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP); disposición final sexta: Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP); disposición final séptima: Modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG); disposición final octava: Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM); disposición final novena: modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC); disposición final décima: modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPIVG); disposición final undécima: Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM); disposición final duodécima: Modificación del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS); disposición final decimotercera: Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; disposición final decimocuarta: Modificación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias; disposición final decimoquinta: Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (LJV) y la disposición final decimosexta: Modificación de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

29. La disposición final vigésima quinta, establece para la mayor parte de la ley la entrada en vigor el 25 de junio de 2021, no obstante, lo previsto en los artículos 5.3; 14.2; 14.3; 18; 35 y 48.1.b) producirá efecto a los seis meses de la entrada en vigor de la ley y las modificaciones relativas a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias lo harán a partir del 1 enero de 2022. Por consiguiente, a fecha de redacción de estas líneas, toda la ley ha entrado en vigor.
30. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de “leyes integrales”», *Cuadernos de Política Criminal, Sección Estudios Penales*, n.º 134, II Época, septiembre, 2022, p. 7.

la vida y refiere para ello del compromiso de todos los poderes públicos y de la sociedad en su conjunto. En este sentido, desarrolla ampliamente el Preámbulo los objetivos de la Ley, por un lado, cumplir los compromisos internacionales asumidos por España y, por otro lado, «combatir la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias³¹», exposición que resume mediante el último párrafo con «la ley, en definitiva, atiende al derecho de los niños, niñas y adolescentes de no ser objeto de ninguna forma de violencia, asume con rigor los tratados internacionales ratificados por España y va un paso más allá con su carácter integral en las materias que asocia a su marco de efectividad, ya sea en su realidad estrictamente sustantiva como en su voluntad didáctica, divulgativa y cohesionadora».

La LOPIAV tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia³² y a los menores de nacionalidad española que se encuentren en el extranjero, correspondiéndole a las Embajadas y a las Oficinas Consulares de España en el exterior la protección de los intereses de los menores de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Relaciones Consulares de Viena y demás normativa internacional³³.

Otra cuestión de especial relevancia en la LOPIAV es qué se entiende por violencia. La define el artículo. 1.2, párrafo primero como «toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza e interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión», incluyendo de manera expresa, como forma de violencia, la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital, inclusión que ha provocado la

31. Párrafo decimoquinto Preámbulo I LOPIAV.

32. El texto definitivo de la LOPIAV ha suprimido el párrafo del Proyecto que aprobó el Consejo de los Diputados en el que se preceptuaba la obligación de establecer un sistema de garantías e implicación de las entidades públicas respecto a la protección en especial de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los niños, niñas que llegan solos a España o de los niños, niñas y adolescentes privados de cuidado parental. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., reflexiona sobre esta supresión y se pregunta si la causa puede ser el problema «social» debate y rechazo de la entrada en nuestro país de migrantes desde otros países de forma irregular. Para ampliar esta información puede consultarse FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de “leyes integrales”», *op. cit.*, p. 15-16.

33. Artículos 1, 2 y 51 LOPIAV.

introducción y/o modificación en el CP de los artículos 143 *bis*, 156 *ter*, 156 *quáter* y 156 *quinquies*, «para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de los medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores de edad, así como una gran alarma social. Se castiga a quienes a través de estos medios, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios en personas menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas. Además, se previene expresamente que las autoridades judiciales retirarán esos contenidos de la red para evitar la persistencia delictiva³⁴». Asimismo, incluye en el catálogo de conductas delictivas (artículo 1.2, párrafo segundo) entre otras, el ciberacoso y la difusión pública de datos privados.

Dirigido a la prevención, detección precoz e intervención de la violencia derivada del uso de las nuevas tecnologías, la LOPIAV ha incluido el Título VIII con los artículos 45 y 46. El legislador es consciente de los riesgos derivados del uso inadecuado de Internet y las tecnologías de la información y comunicación. Los menores gozan en las redes sociales de una libertad que por su edad, normalmente, no tienen en el entorno físico. Ceden datos personales, imagen e intimidad voluntaria pero inconscientemente, sin preocuparse del resultado y, participan en la difusión de información de otras personas, contribuyendo a generar redes de violencia digital³⁵. El uso equilibrado y responsable de las nuevas tecnologías es una «asignatura pendiente» por y para todos con independencia de la edad, pero la exigencia y control de dicho uso responsable y equilibrado solo serán posibles a través de medidas integrales. En este sentido, la Ley incorpora, por primera vez, la obligación legal de comunicar la existencia de contenidos disponibles en Internet que constituyan una forma violenta contra un menor de edad, unida a la obligación de las administraciones públicas de garantizar la disponibilidad de canales accesibles y seguros de denuncia. Las administraciones públicas han de desarrollar campañas de educación, sensibilización y difusión dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, a las familias, educadores y profesionales que trabajen habitualmente con los menores de edad para que la utilización de Internet y las tecnologías de la información y comunicación sea respetuosa con los derechos fundamentales de los niños, niñas

34. Párrafo vigésimo tercero Preámbulo II LOPIAV.

35. GRIMAL SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017, p. 54, considera que si el legislador entiende que los menores a partir de los 14 años tienen la capacidad para entender lo que suponen dichos tratamientos, pueden ser responsables de los daños que ocasionan en la vida privada de terceros a través de las redes sociales.

y adolescentes, promueva los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación entre niños, niñas y adolescentes. Las campañas deben sensibilizar sobre los riesgos que pueden derivarse de un uso inadecuado como el *ciberbullying*, el *grooming*, el *sexting* y el acceso y consumo de pornografía entre la población de menor edad. Las campañas específicas de sensibilización para promover un uso seguro y responsable de Internet se harán a través de un enfoque de aprovechamiento de las oportunidades que brinda el buen uso de la tecnología, se realizarán de modo accesible y, diferenciando tramos de edad e incorporando la perspectiva de los propios menores. Se ha de garantizar el acceso a las mismas en condiciones de igualdad y especialmente de aquellos menores que por razón de su discapacidad necesiten de apoyos específicos cumpliendo el compromiso adquirido por el Estado español al celebrar válidamente y publicar la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La LOPIAV incorpora la imprescindible labor pedagógica, dirigida a un uso seguro y responsable de Internet, en consonancia con la columna vertebral de la Ley, la prevención, y por ella y para ella se han de fomentar medidas de sensibilización, educación y difusión a todos los niveles. Medidas de acompañamiento de las familias para reforzar y apoyar el rol de los progenitores³⁶. La patria potestad, como responsabilidad parental se debe ejercer siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental según preceptúa el artículo 154 CC que, unido al contenido del artículo 84.1 LOPDGDD, nos permite afirmar que los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales son una pieza determinante en la prevención de los riesgos que genera el uso inadecuado de los dispositivos digitales³⁷. Por ello, es imprescindible desarrollar las competencias y habilidades que favorezcan el cumplimiento de las obligaciones legales y en particular las que permitan y garanticen un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales pues «quienes tienen la obligación primaria

36. Artículo 45.1 LOPIAV.

37. GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, op. cit., pp. 130 a 136, se pregunta si pueden los padres controlar el uso que hacen los menores de las redes sociales, entendiendo que hay que ponderar cuando prevalece el derecho de velar de los padres sobre los derechos fundamentales o libertades y/o libertades públicas de los hijos/as y cuando así sea, determinar las medidas que se pueden adoptar en el ejercicio de este deber. Se trata de valorar, en cada caso, si la conducta garantista de los progenitores es adecuada o supone una intromisión injustificada en sus derechos. Destaca la importancia de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

de cuidado y vigilancia asumen como normal que los nativos digitales se relacionan en el ámbito digital, a veces sin limitaciones y sin terminar de vislumbrar los riesgos que corren»³⁸.

Las administraciones públicas se comprometen a crear una línea de ayuda sobre el uso seguro y responsable de Internet para los niños, niñas y adolescentes, para las familias, para el personal educador y cualquier otro profesional que trabaje habitualmente con personas menores de edad, para ofrecer asistencia y asesoramiento ante situaciones potenciales de riesgo y emergencia de las personas menores de edad en Internet³⁹ y, deberán adoptar medidas con la finalidad de incentivar la responsabilidad social de las empresas en materia de uso seguro y responsable de Internet por la infancia y la adolescencia, asimismo fomentarán las administraciones públicas en colaboración con el sector privado que se tenga en cuenta la protección de los derechos de los menores de edad en el inicio y desarrollo de aplicaciones y servicios digitales⁴⁰. Dedicó el apartado 4 del artículo 45 una mención expresa a la prevención sobre los contenidos digitales sexuales y/o violentos que pueden influir y ser perjudiciales para la infancia y la adolescencia, como objetivo que ha de estar presente en las campañas institucionales, entendiéndose que esta preocupación expresa del legislador se debe a que constituye una de las preocupaciones más habituales para las familias. Las cifras destacan que en España el primer visionado de contenido sexual y/o pornográfico por parte de los menores se realiza en torno a los 12 años, en algunos casos el acceso a este contenido es accidental, como resultado de la publicidad o de recibirlo involuntariamente mediante las redes sociales y en otros, la búsqueda es intencionada⁴¹. La sexualidad es inherente a todas las personas y las relaciones sexuales se mueven entre el escenario físico y el virtual, esto unido a los muchísimos cambios que se producen (sobre todo entre los 10 a los 18) en la etapa de transición a la edad adulta, permite afirmar que hay «tantas adolescencias como adolescentes⁴²». Es un periodo marcado por la búsqueda y construcción de una identidad propia, en el que el grupo de iguales es la referencia más importante

38. PÉREZ GIMÉNEZ, M.^a T. *Libertad de información y derechos fundamentales: un equilibrio inestable*, op. cit., p. 95.

39. Artículo 45.2 LOPIAV.

40. Artículo 45.3 LOPIAV.

41. IS4K (Internet Segura ForKids), «Los menores y el acceso a contenido sexual en línea», 19 de julio de 2021, disponible en <https://www.is4k.es/blog/los-menores-y-el-acceso-contenido-sexual-en-linea>, [última consulta 12-1-2022).

42. LINARES BAHILLO, E., *El Iceberg digital machista: Análisis, prevención e intervención de las realidades machistas digitales que se reproducen entre la adolescencia de la CAE*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 2019.

en reemplazo de la familia, que era el eje central en la etapa anterior, la niñez⁴³. El entorno digital caracterizado por la interconexión, rapidez e inmediatez y muchas veces el anonimato, junto a la curiosidad y/o acceso involuntario⁴⁴ permiten la entrada a contenido sexual y/o pornográfico por parte de los menores debiéndonos preguntarnos ¿les afecta, ¿cuáles son las consecuencias? La mayor parte de los profesionales afirman la falta de capacidad de la adolescencia para ser crítica con la pornografía y para comprender que lo que ve es ficción. Esta cuestión se relaciona directamente con la necesidad de que las personas adolescentes tengan herramientas para interpretar los contenidos, siendo este el único sentido (a mi entender) que tiene la inclusión del citado apartado 4, pues los contenidos digitales sexuales y/o violentos ya se definían como violencia en el artículo 1.2 y su prevención efectiva, mediante información adecuada, con carácter general en el artículo 3 b) y, específico en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 45 LOPIAV.

Junto a las campañas de educación, sensibilización y difusión, el diagnóstico y control de contenidos del artículo 46 LOPIAV se configura como la estrategia complementaria para crear entornos digitales seguros. La obligación legal de comunicar –por persona física o jurídica– de forma inmediata a la autoridad competente⁴⁵, la existencia de contenidos disponibles en Internet que constituyan una forma violenta contra cualquier niño, niña o adolescente, especialmente exigible a las personas que por razón de su cargo, profesión y oficio o actividad tengan conocimiento de estos contenidos, sin perjuicio de prestar la atención inmediata que precise la víctima, es una vía, pero no la única, para el diagnóstico y control de contenidos ya que las administraciones públicas deben realizar diagnósticos periódicos, sobre el uso de Internet entre los niños, niñas y adolescentes y las problemáticas de riesgo asociadas teniendo en cuenta los criterios de edad y género y las nuevas tendencias⁴⁶.

43. MARTÍNEZ BENLLOCH, I., BONILLA CAMPOS, A., GÓMEZ SÁNCHEZ, L., BAYOT, A., «Identidad de género y afectividad en la adolescencia: asimetrías relacionales y violencia simbólica», *Anuario de Psicología*, vol. 39, n.º 1, Universidad de Barcelona, 2008, pp. 109-118.

44. SAVE THE CHILDREN, Informe (Des)Información sexual: Pornografía y Adolescencia, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2020-11/Informe_Desinformacion_sexual-Pornografia_y_adolescencia.pdf, pp. 23 y 24, [última consulta: 14-1-2022].

45. Si los hechos pudieran ser constitutivos de delito se ha de comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, artículo 15 LOPIAV y si se advierte una posible infracción de la normativa sobre protección de datos personales de una persona menor de edad, se deberá comunicar de manera inmediata a la Agencia Española de Protección de Datos, artículo 16.3 LOPIAV.

46. Artículo 46.1 LOPIAV.

Deben las administraciones públicas fomentar la colaboración con el sector privado, con la finalidad de crear entornos digitales seguros, clasificar por edades y realizar un etiquetado inteligente de los contenidos digitales para que los conozcan y entiendan los niños, niñas y adolescentes y permita apoyar la evaluación y selección de contenidos a los progenitores o a los que ejerzan algún sistema de protección de menores. Se debe fomentar la implementación y el uso de mecanismos de control parental y de denuncia y bloqueo. Trabajar para conseguir que en los envases de los instrumentos de las nuevas tecnologías figure un aviso en el que se advierta de la necesidad de un uso responsable para prevenir conductas adictivas específicas, muy comunes en la actualidad⁴⁷.

Las administraciones públicas, el sector privado y el tercer sector han de fomentar los contenidos positivos en línea e impulsar códigos de autorregulación y corregulación para el uso seguro y responsable en el desarrollo de productos y servicios destinados al público infantil y adolescente y, por supuesto, poner en marcha protocolos de verificación de edad para impedir que se acceda a contenido reservado para los mayores de edad⁴⁸.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN PERSONAL

Quizás nunca lo fue (ya no lo recuerdo) pero hoy ser menor no es fácil y especialmente ser adolescente. Es una etapa compleja, de cambios, de toma de decisiones y situaciones que experimentar y, sin embargo, demasiado pronto la olvidamos cuando nos convertimos en padres. Las redes sociales no escapan de todos los defectos de nuestra sociedad y, son un entorno propicio por sus características para vulnerar derechos.

La información y la educación son las mejores vías para un uso adecuado de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación. Educar en el uso seguro y responsable de la tecnología, sin prejuicios, sin miedo y con responsabilidad. La LOPIAV insta un sistema basado en la prevención donde juegan un papel principal las campañas de sensibilización, las políticas de prevención y protocolos de actuación, así como programas de formación inicial y continuada destinada a los profesionales cuya actividad requiera estar en contacto habitual con niños, niñas y adolescentes. La Ley al enumerar sus fines utiliza los verbos garantizar, establecer, impulsar, reforzar, fortalecer, abordar, erradicar y proteger. Implica a las administraciones públicas de todos los niveles, al sector privado, al tercer sector, a los que ejercen la patria potestad o deben proteger

47. Artículo 46.2 y 4 LOPIAV.

48. Artículo 46.3 LOPIAV.

a los menores, al sistema educativo y a todos los profesionales que trabajen habitualmente con personas menores de edad y todos con un mismo eje de conexión, los niños, niñas y adolescentes. No obstante, pese a todas las bondades de la Ley habrá que estar pendiente a cómo se desarrolla la misma debido a que, por un lado, se necesitan procedimientos sencillos a los que acceda fácilmente el menor y sus familiares y, con los que se salvaguarde sus derechos digitales y, por otro lado, diseñar políticas públicas adecuadas, así como vincular partidas presupuestarias para cumplir los compromisos adquiridos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.I., «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, septiembre 2019.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión acerca del uso (y/o abuso) de la técnica de “leyes integrales”», *Cuadernos de Política Criminal, Sección Estudios Penales*, n.º 134, II Época, septiembre, 2022.
- GARCÍA HERRERA, V., «El válido consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad en Internet. Especial referencia al supuesto en que los representantes legales estén divorciados o separados (1)», *La Ley Derecho de Familia*, n.º 20, octubre-diciembre, 2018.
- GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017.
- HERRÁN ORTIZ, A.I., «Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. El Reglamento General de protección de datos personales a debate», *REDS*, n.º 8, enero-julio, 2016.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, año 2021», Notas de Prensa, 15 de noviembre de 2021, https://www.ine.es/prensa/tich_2021.pdf.
- IS4K (Internet Segura ForKids), «Los menores y el acceso a contenido sexual en línea», 19 de julio de 2021, disponible en <https://www.is4k.es/blog/los-menores-y-el-acceso-contenido-sexual-en-linea>.

- LINARES BAHILLO, E., *El Iceberg digital machista: Análisis, prevención e intervención de las realidades machistas digitales que se reproducen entre la adolescencia de la CAE*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 2019.
- MARTÍNEZ BENLLOCH, I., BONILLA CAMPOS, A., GÓMEZ SÁNCHEZ, L., BAYOT, A., «Identidad de género y afectividad en la adolescencia: asimetrías relacionales y violencia simbólica», *Anuario de Psicología*, vol. 39, n.º 1, Universidad de Barcelona, 2008.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.^a T., *Libertad de información y Derechos Fundamentales: un equilibrio inestable*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- PRENSKY, M., «Nativos e inmigrantes digitales», *Institución Educativa SEK*, [https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://www.marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf).
- SAVE THE CHILDREN, Informe (Des)Información sexual: Pornografía y Adolescencia, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2020-11/Informe_Desinformacion_sexual-Pornografia_y_adolescencia.pdf.

Capítulo XVIII

El derecho de los niños discapacitados a la inclusión escolar: comparación entre Italia y España

FRANCESCO RUTIGLIANO

*Doctorando en Derecho Civil. Escuela Internacional de Doctorado
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD. II. EL CAMINO DE LA INCLUSIÓN EN EL CONTEXTO ESPAÑOL. III. EL CAMINO DE LA INCLUSIÓN EN EL CONTEXTO ITALIANO. IV. EL CAMINO DE LA INCLUSIÓN EN EL CONTEXTO EUROPEO. V. EL PRINCIPIO DE DISCRIMINACIÓN. VI. EL DERECHO A LA INCLUSIÓN ESCOLAR DEL NIÑO DISCAPACITADO. VII. LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LOS NIÑOS DISCAPACITADOS EN LA NUEVA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO.

I. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD

Los derechos del niño recibieron su primer reconocimiento formal en 1924 gracias a la Declaración de Ginebra. 1959 es entonces el año en que se promulga la Declaración sobre los Derechos del Niño. Mientras tanto, el instrumento jurídico de derechos humanos más ampliamente ratificado en el mundo es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, que establece normas para la protección de todos los derechos del niño, incluidos los relacionados con la educación. Luego viene la importantísima Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, ratificada para Italia en febrero de 2009 y para España en mayo de 2008. Es el primer

instrumento internacional de derechos humanos que profundiza en la cuestión de la discriminación por motivos de discapacidad, afirmando que todos los niños deben poder disfrutar de todos los derechos establecidos en la Convención: por lo tanto, se debe garantizar a los niños con discapacidad un apoyo especial a este respecto y la igualdad de trato con respecto al acceso a los servicios, con miras a la plena inclusión social y la igualdad de oportunidades con respecto al desarrollo de las capacidades de todos. Mediante la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Italia ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para la aplicación de los derechos consagrados en ella y de preparar un sistema más adecuado y complejo de protección, apoyo y promoción de los derechos. Significativo en este sentido fue el establecimiento de herramientas adecuadas para desarrollar una política eficaz y orgánica para la infancia y adolescencia.

Los menores con discapacidad se tratan en el artículo 7 que «los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el pleno disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de los menores con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás menores. En todas las acciones relativas a los menores con discapacidad, el interés superior del niño es el más adecuado. Los Estados Partes velarán por que los niños con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás niños, tengan derecho a expresar libremente sus opiniones sobre todas las cuestiones que les afecten y sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, velando por que se preste asistencia adecuada en relación con la discapacidad y la edad, con el fin de hacer realidad ese derecho».

En esta Convención, la persona con discapacidad se considera un ciudadano de pleno derecho y, por lo tanto, un titular de derechos como todos los demás. Ingresa a la comunidad como una persona con plenos poderes, que tiene derecho a participar en la organización de la sociedad y en la formulación de sus reglas y principios de funcionamiento, que deben revisarse sobre la base de las necesidades de todos los miembros de la sociedad. Las personas con discapacidad ya no son vistas como «huéspedes en la sociedad», sino como una parte integral de ella. Es necesario un Convenio porque, precisamente, las personas con discapacidad a menudo han descuidado las iniciativas nacionales e internacionales dirigidas a una población más amplia. El artículo 6 sobre la condición jurídica y social de la mujer es de considerable importancia cuando, de conformidad con la Declaración de Madrid de 2002, se protege mejor la figura de las mujeres con discapacidad debido a las «múltiples discriminaciones» que pueden sufrir para garantizar la emancipación y el disfrute de los derechos humanos. El artículo 24, que se refiere a la educación, es decisivo

para la afirmación de los derechos a la educación de la persona con discapacidad. Se afirma que los niños con discapacidad no deben ser excluidos de la escuela primaria y secundaria debido a su discapacidad como miembros de pleno derecho de la comunidad. Con este fin, la Convención facilita la enseñanza del Braille y el lenguaje de señas y todos los medios apropiados para proporcionar una educación de calidad.

La Convención regula todos los aspectos de los derechos humanos, incluidas las libertades individuales de particular importancia, la condición de la mujer mencionada anteriormente, las condiciones inherentes a la inclusión de los menores, los aspectos relacionados con el trabajo, la educación y la salud. La Convención es de carácter jurídico y reconoce a las personas con discapacidad como ciudadanos con igualdad de derechos. La importancia de esta Convención también está dada por el gran número de países que la han firmado en 27 países y ratificado en 16 de ellos.

La Convención, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, representa un logro importante de la comunidad internacional como instrumento internacional vinculante para los Estados Partes. En esta nueva perspectiva, la Convención forma parte del contexto más amplio de la protección y promoción de los derechos humanos, definido internacionalmente desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y consolidado a lo largo de las décadas, confirmando a favor de las personas con discapacidad los principios fundamentales relativos al reconocimiento de los derechos de igualdad de oportunidades y no discriminación. En sus principios rectores, la Convención no reconoce «nuevos» derechos para las personas con discapacidad, sino que tiene por objeto garantizar que estas últimas puedan disfrutar, sobre la base de las leyes de los Estados a los que pertenecen, de todos los derechos reconocidos a los demás miembros, en aplicación de los principios generales de igualdad de oportunidades.

El propósito de la Convención, que consta de un preámbulo y 50 artículos, es promover, proteger y garantizar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades por las personas con discapacidad. Con este fin, la condición de discapacidad se remonta a la existencia de barreras de diversa índole que pueden ser un obstáculo para quienes, portadores de discapacidades físicas, mentales o sensoriales a largo plazo, tienen derecho a participar plena y eficazmente en la sociedad. La Convención está flanqueada por un Protocolo Facultativo, que consta de 18 artículos, también firmado y ratificado por Italia. Por lo tanto, la Convención representa un instrumento compartido por la comunidad internacional que marca valores y objetivos para ampliar el grado

de inclusión social de las personas con discapacidad. La Convención no introduce nuevos derechos para las personas con discapacidad, sino que concreta y especifica el alcance de los derechos fundamentales de los diversos instrumentos de protección de los derechos humanos, relacionándolos con la situación particular de las personas con discapacidad. El objetivo es permitir que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos en la misma medida que las personas sin discapacidad. Por lo tanto, abarca los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

El Tratado de la Unión Europea (TUE) impone a la Unión la obligación de promover la protección de los derechos del niño. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), los reglamentos y directivas de la UE, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) han ayudado a definir mejor la protección de los derechos del niño. Dentro del Consejo de Europa, un amplio *conjunto* de convenios aborda aspectos específicos de la protección de los derechos del niño, que van desde los derechos y la seguridad de los niños en el ciberespacio hasta la adopción. Estos convenios contribuyen a enriquecer la protección ofrecida a los niños en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, incluida la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (EDSC). Los niños son titulares de derechos, y no sólo personas a las que hay que proteger. Son beneficiarios de todos los derechos humanos/fundamentales y están sujetos a regulaciones especiales, en virtud de sus características específicas. Gran parte de la jurisprudencia europea se deriva de litigios iniciados por los padres u otros representantes legales de los menores, habida cuenta de la limitada capacidad jurídica de estos últimos.

II. EL CAMINO DE LA INCLUSIÓN EN EL CONTEXTO ESPAÑOL

En España, la evolución de la terminología utilizada para definir a la persona con discapacidad ha seguido un camino que ha ido cambiando con el paso del tiempo gracias a la legislación tanto nacional como internacional. Las declaraciones fundamentales que han marcado el camino normativo son la Declaración de Salamanca de 1994, la Declaración de Madrid de 2002 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. El camino a nivel internacional, como ya se ha destacado, ha sido largo y no siempre lineal, así como el camino que se ha desarrollado dentro del Estado español.

En siglos pasados en España, las personas con discapacidad se definían con los términos de *retasados*, *anormales*, *subnormales*, *débiles mentales*,

tullidos, hasta términos decididamente más despectivos como *idiotas*, *imbéciles*, *bobo* o *tontos*. El uso de esta terminología tuvo un impacto negativo incluso dentro del entorno familiar. Las familias, que tenían un niño discapacitado en casa, sintieron una sensación de vergüenza y mantuvieron al niño encerrado dentro de las paredes del hogar y lejos de la vida social de su comunidad. La figura de los discapacitados también estaba vinculada a la figura del medicante porque muy a menudo las familias no podían mantenerlos debido a su discapacidad. Esta actitud partía de una visión estereotipada de los discapacitados por parte de la sociedad y que también se alimentaba de creencias populares según las cuales se definía lo que podía considerarse normal y lo que no.

El cambio tanto en la terminología como en la protección hacia las personas con discapacidad se produjo con la promulgación de la Constitución Española de 1978 y precisamente en el artículo 14, según el cual: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*». Este artículo es de fundamental importancia tanto porque es la base de todas las políticas sociales que España llevará a cabo después de 1978 como porque hace hincapié en el concepto de que todas las personas son iguales ante la ley independientemente de sus características físicas o psicológicas. La persona discapacitada no puede ser discriminada por su condición, sino que debe ser protegida precisamente en virtud de su condición. Actualmente se prefiere utilizar el término discapacidad o persona con *discapacidad* siguiendo las pautas dadas por la Clasificación Internacional del Funcionamiento, discapacidad y Salud (CIF), ya que se ve como un término genérico que no concierne a la persona en sí sino a una condición momentánea, como ya se analizó en los capítulos anteriores.

Fue con la Ley General de Educación –LGE– de 1970, que el sistema educativo nacional español asumió la responsabilidad y la tarea de «*proporcionar oportunidades educativas a la totalidad de la población para dar así plena efectividad al derecho de toda persona humana a la educación*¹⁵⁴». Esta ley representa un momento significativo para la pedagogía especial española, tiene de hecho, el objetivo de construir un sistema educativo permanente no pensado como una segregación hacia los alumnos discapacitados, sino como un apoyo y ayuda para permitirles desarrollar su potencial. Dentro de esta ley hay un capítulo (VII) enteramente dedicado a la integración de los niños discapacitados en el mundo escolar y social. Puedes leer de hecho:

La educación especial tendrá como finalidad preparar, mediante el tratamiento educativo adecuado, a todos los deficientes e inadaptados para una incorporación a la vida social, tan plena como sea posible en cada caso, según sus condiciones y

resultado del sistema educativo, y a un sistema de trabajo en todos los casos posibles que les permita servirse a sí mismos y sentirse útiles a la sociedad (capítulo VII 49.1).

En España, los derechos de los niños con discapacidad fueron abordados inicialmente por la Declaración de Salamanca redactada en 1994. Reafirma la centralidad del niño y su derecho a la educación en el mundo y se centra en las necesidades educativas y no en la discapacidad. El derecho a la escuela para todos y al logro de la educación para todos se reconoce mediante la creación de una escuela más eficaz desde el momento educativo hablando. Esto marca el comienzo de un cambio y renovación en los campos pedagógico y cultural. Esta Declaración sigue siendo un importante punto de referencia, porque puso de relieve el papel de las familias y los operadores con un fuerte enfoque en el mundo de la escuela. El segundo capítulo de la Declaración dice lo siguiente:

Creemos y proclamamos que:

– todos los niños de ambos sexos tienen un derecho fundamental a la educación y debe dárseles la oportunidad de alcanzar y mantener un nivel aceptable de conocimientos, cada niño tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje que le son propios,

– los sistemas educativos deben ser diseñados y los programas aplicados de modo que tengan en cuenta toda la gama de esas diferentes características y necesidades,

– las personas con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias, que deberán integrarlos en una pedagogía centrada en el niño, capaz de satisfacer esas necesidades,

– las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan la medida más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos; además, proporcionan una educación efectiva a la mayoría de los niños y mejoran la eficiencia y, en definitiva, la relación costo-eficacia de todo el sistema educativo.

III. EL CAMINO DE LA INCLUSIÓN EN EL CONTEXTO ITALIANO

En Italia, antes de la entrada en vigor de la Constitución, el sistema escolar se basaba en un principio de separación de los alumnos discapacitados de los demás, aplicado con el establecimiento de «escuelas especiales» y «clases diferenciales» (Regi Decreti 5/2/1928 n. 577, 26/4/1928 n. 1297, 1/7/1933 n. 786). La institución no fue diseñada para la educación de personas discapacitadas, que eran removidas y confinadas si las enfermedades mentales o sociales impedían una actividad escolar normal y

ordenada. Para la protección de las personas que viven en condiciones de fragilidad, la Constitución italiana de 1948 incluyó principios orientados a la promoción de la persona. Además de los derechos inviolables consagrados en el artículo 2, el párrafo 2 del artículo 3 afirma el valor de la igualdad sustancial, identificando el deber de eliminar los obstáculos de un orden económico y social que, al limitar efectivamente la libertad y la igualdad, impiden el pleno desarrollo de la persona humana, a través de la realización individual y las interacciones sociales. La Carta Constitucional también reconoce el derecho a la educación (véase el artículo 34, para el cual «La escuela está abierta a todos») y codifica el derecho del «derecho a la educación y a la puesta en marcha profesional» en favor de los discapacitados y discapacitados (véase el artículo 38).

Sin embargo, el sistema anterior se mantuvo incluso después de la entrada en vigor de la Constitución para los «inadaptados escolares» ex L. 31/12/1962 n. 1859. El Decreto del Presidente de la República 22/12/1967 n. 1518 (ver artículo 30) abordó en las escuelas especiales «a los sujetos que presentan anomalías o anomalías somato-psíquicas que no permiten la asistencia regular a las escuelas comunes y que necesitan tratamiento particular y asistencia médico-didáctica ...» y en las clases diferenciales los «sujetos hipoinfectados intelectuales no graves, inadaptados ambientales, o sujetos con anomalías de comportamiento, para quienes se puede esperar la reintegración a la escuela común...».

El Tribunal Constitucional, con sentencia 26/2/2010 n. 80, afirmó que el derecho de las personas con discapacidad a la educación se configura como un derecho fundamental, y su uso se asegura a través de «medidas de integración y apoyo adecuadas para garantizar a las personas con discapacidad la asistencia a las instituciones educativas». Entre las diversas medidas previstas por el legislador, se destaca el profesorado especializado, llamado precisamente a cumplir con las «inevitables (también a nivel constitucional) formas de integración y apoyo» en favor del alumnado con discapacidad. En aplicación del párrafo tercero del artículo 38 de la Constitución, el derecho a la educación de los discapacitados y la integración escolar de los mismos están previstos en la Ley N 104/92, que «atribuye a los discapacitados el derecho subjetivo a la educación y la instrucción desde el jardín de infantes hasta la universidad».

IV. EL CAMINO DE LA INCLUSIÓN EN EL CONTEXTO EUROPEO

Con arreglo al Derecho de la Unión, el artículo 14, apartado 2, de la CARTA de los Derechos Fundamentales de la UE garantiza a toda persona

el derecho a la educación, incluido el «derecho de acceso gratuito a la enseñanza obligatoria». El párrafo 3 del artículo 14 garantiza la libertad de establecer establecimientos educativos, así como el derecho de los padres a proporcionar la educación y la instrucción de sus hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas. Mientras que, en el marco de la legislación del Consejo de Europa, el artículo 2 del Protocolo N.º 1 del CEDH garantiza el derecho a la educación. El TEDH aclara que este artículo no obliga a los Estados a poner a disposición la educación, sino que consagra el derecho de acceso a los establecimientos educativos existentes en un momento dado. (Ver nota al pie¹) Además, el derecho a la educación también incluye la posibilidad de beneficiarse de la educación recibida, es decir, el derecho a obtener, de conformidad con las normas vigentes en cada Estado, y en una u otra forma, el reconocimiento oficial de los estudios cursados. (Ver nota al pie²) Este derecho, sin embargo, no es absoluto: los límites deben ser previsibles para las personas involucradas y deben perseguir un propósito legítimo. Se permiten las medidas disciplinarias, incluida la suspensión o expulsión de un centro de enseñanza, siempre que dichas medidas cumplan las condiciones establecidas para los límites permitidos. Se tendrán en cuenta factores como las garantías procesales, la duración de la exclusión, los intentos de reintegración y la idoneidad de la educación alternativa propuesta para evaluar si estas formas de exclusión implican la denegación del derecho a la educación. (Ver nota al pie³).

En el contexto del derecho a la educación, los padres tienen derecho al respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas. Sin embargo, según la Corte, la definición y planificación del currículo son, en principio, competencia del Estado. También es posible que la información o los conocimientos de carácter religioso o filosófico se integren en el plan de estudios, siempre que se transmitan de manera objetiva, crítica y pluralista. (Ver nota al pie⁴).

Para salvaguardar el pluralismo, las diferencias en la cantidad y la calidad de la enseñanza de una religión o filosofía en particular deben equilibrarse ofreciendo a los padres la posibilidad de eximir a sus hijos, total o parcialmente, de este tipo de enseñanza, por ejemplo, mediante la

1. TEDH, sentencia de 23 de julio de 1968, Caso «Relacionadas con Para Ciertos Aspectos de las Leyes sobre el uso de Idiomas en educación en Bélgica» c. Bélgica (nn. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 y 2126/64), párrafo 4.
2. *Ibidem*.
3. TEDH, sentencia de 11 de enero de 2011, Ali c. Reino Unido (n.º 40385/06), apartado 58.
4. *Ibidem*.

exención de ciertas horas de clases o de un curso completo de religión. (Ver nota al pie⁵) Para saber cómo el TEDH ha manejado el tema desde una perspectiva de no discriminación. (Ver nota al pie⁶).

De conformidad con el artículo 17, apartado 2, del CSE revisado, los Estados se comprometen a «[...] todas las medidas necesarias y apropiadas para [...] asegurar a los niños, niñas y adolescentes una enseñanza primaria y secundaria, favoreciendo una asistencia regular a la escuela». (Ver nota al pie⁷).

Además, el CEDS ha establecido que, en virtud de esa disposición, los Estados contratantes deben velar por que los niños que se encuentran ilegalmente en su territorio también tengan acceso a la educación. (Ver nota al pie⁸) Además, los establecimientos educativos deben ser accesibles a todos, sin discriminación. El CEDS también declaró que la integración de los niños con discapacidad en las escuelas ordinarias debería ser la norma y la enseñanza en las escuelas especiales la excepción. Los Estados (Ver nota al pie⁹) no gozan de un amplio margen de discrecionalidad en lo que respecta a la elección del tipo de escuela para personas con discapacidad: para estos alumnos, la escuela de acogida debe ser, por lo tanto, una escuela ordinaria. (Ver nota al pie¹⁰).

V. EL PRINCIPIO DE DISCRIMINACIÓN

El derecho a no ser discriminado es uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática. Tanto la UE como el Consejo de Europa han desempeñado un papel decisivo en la interpretación de este principio. Las instituciones de la UE han adoptado una serie de directivas que son extremadamente importantes para las cuestiones relativas a los niños. El TEDH ha desarrollado un amplio *a cuerpo* de jurisprudencia sobre el derecho a no sufrir discriminación en virtud del artículo 14 del CEDH sobre la prohibición de la discriminación, leído conjuntamente con otros artículos de la Convención. Con arreglo al Derecho de la Unión, la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de

5. *Ibidem.*, apartados 85 a 102 y opinión divergente.

6. TEDH, sentencia de 15 de junio de 2010, Grzelak c. Polonia (N.º 7710/02).

7. El CSE de 1961 no contiene disposiciones sobre el derecho a la educación.

8. CEDS, sentencia de 11 de septiembre de 2012, Médicos del Mundo – Internacional v. Francia (Demanda n.º 67/2011).

9. CEDS, sentencia de 3 de junio de 2008, Mental Discapacidad Abogacía Centro (MDAC) c. Bulgaria (Demanda n.º 41/2007), apartado 35.

10. CEDS, sentencia de 11 de septiembre de 2013, Europeo Acción de la Deshabilitado (AEH) c. Francés (Demanda n.º 81/2012), apartado 78.

la Unión es un principio autónomo que también es válido en situaciones en las que no se aplica ninguna otra disposición de la Carta.

La discriminación es la principal causa de la violación de los derechos fundamentales de estos niños: la violencia física, psicológica y emocional es una realidad que los niños con discapacidad suelen sufrir en el entorno familiar, institucional y social. De todos estos niños, apenas el 2% tiene acceso a la educación. Además, las crisis humanitarias desencadenadas por guerras o desastres naturales plantean un riesgo aún mayor para los niños con discapacidad. Esta situación mundial ha hecho que los Estados miembros de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se hayan visto obligados a desarrollar un marco jurídico específico para los derechos de los niños con discapacidad. Además, desde 2001, las encuestas Mics (Multiple Indicators by Clusters) de UNICEF incluyen un módulo diseñado para detectar la discapacidad infantil y poder realizar instrumentos de medición más eficaces en todo el mundo.

La Unión Europea ratificó la Convención el 23 de diciembre de 2010 y se convirtió en la 97.^a parte contratante del tratado, en línea con su compromiso de construir una Europa libre de barreras. De hecho, se estima que dentro de la Unión Europea habría unos 80 millones de ciudadanos con discapacidad a los que la UE quiere ofrecer, en los próximos años, ayudas que se refieren tanto a la movilidad, como al reconocimiento de la discapacidad, al trabajo y a los servicios asistidos, pudiendo así crear una participación activa en el mundo laboral de las personas con discapacidad.

A pesar de los continuos esfuerzos de las instituciones y organizaciones nacionales e internacionales, la eliminación de la discriminación y el logro de la educación, la salud y la inclusión social son algunos de los derechos de los niños con discapacidad que aún no se han ganado. De hecho, los niños con discapacidad siguen siendo los miembros más vulnerables de prácticamente todas las sociedades. El concepto de inclusión debe estar abierto a nuevos horizontes de participación en un contexto inclusivo y accesible, donde sea la sociedad la que debe crear las condiciones y oportunidades que permitan a todos expresarse y realizar su proyecto de vida. El deseo de poder ofrecer a la persona con discapacidad las mismas oportunidades que a una persona sin discapacidad es una voluntad que se encuentra en el diseño social y político que la Unión Europea está realizando y que sigue las directrices de la Convención de las Naciones Unidas y la Declaración de Madrid.

La Declaración de Salamanca fue la piedra angular para poder llegar al Foro Mundial de la Educación en Dakar en el año 2000 y sobre todo a la Declaración de Madrid de 2002 de la que nació el famoso lema «*nada sobre*

nosotros sin nosotros», donde incluimos a las personas con discapacidad que son cada vez más conscientes de sus derechos pero también de sus deberes. En esta Declaración, la prioridad de la inclusión sigue estando dentro de la esfera de los derechos humanos. La Declaración hace un llamamiento a todos los países europeos para que revisen su legislación a favor de la no discriminación de las personas con discapacidad ofreciendo los mismos derechos que otros ciudadanos tienen en los ámbitos de la vida privada, social y económica. Lo que más se desprende de esta Declaración es la voluntad que tienen las personas con discapacidad de cambiar las actitudes de las personas hacia ellas. De hecho, piden que ya no se les vea como personas necesitadas, enfermas, dependientes de los demás porque no pueden trabajar, dependientes de los médicos porque se les considera incapaces de decidir sobre su propia salud y donde la atención se centra principalmente en su déficit y no en su persona.

Con arreglo al Derecho de la Unión, la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión es un principio autónomo que también es válido en situaciones en las que no se aplica ninguna otra disposición de la Carta. Los motivos enumerados en esta disposición a los que se prohíbe la discriminación incluyen el sexo, la raza, el color, el origen étnico o social, las características genéticas, el idioma, las creencias o la religión, las opiniones políticas o de otra índole, la pertenencia a una minoría nacional, la situación financiera, el nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. En cambio, los motivos a que se refiere el artículo 19 TFUE son únicamente el sexo, el origen racial o étnico, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

En el marco de la legislación del Consejo de Europa, la prohibición de la discriminación se aplica en el ejercicio de cualquier derecho y libertad fundamentales a que se refiere el CEDH (véase el artículo 14), así como en el ejercicio de cualquier derecho garantizado por la legislación nacional o en cualquier acto promulgado por una autoridad pública (véase el artículo 1 del Protocolo n.º 12 del CEDH). Sin embargo, el Protocolo N.º 12 tiene una aplicabilidad limitada. De hecho, sólo ha sido ratificado por un pequeño número de países y, sobre su base, aún no se han tomado decisiones sobre menores.

En el contexto de la legislación del Consejo de Europa, el TEDH se ha ocupado de la discriminación contra los niños en una serie de situaciones distintas de las ya mencionadas, como la discriminación basada en el idioma o la filiación. (Ver nota al pie¹¹).

11. TEDH, sentencia de 23 de julio de 1968, Caso «Relacionadas con Para Ciertos Aspectos del Leyes sobre el uso de Idiomas en educación en Bélgica» c. Bélgica (nn. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 y 2126/64).

VI. EL DERECHO A LA INCLUSIÓN ESCOLAR DEL NIÑO DISCAPACITADO

Por lo que se refiere a los niños con discapacidad, el Comité Europeo de Derechos Sociales considera que la aplicación del artículo 17, apartado 2, del CES es aceptable para distinguir entre niños discapacitados y no discapacitados. Sin embargo, debe ser la norma la que integre a los niños discapacitados en las escuelas ordinarias, que deben adoptar disposiciones que permitan satisfacer sus necesidades especiales, mientras que las escuelas especializadas deben ser la excepción. (Ver nota al pie¹²) Además, debe proporcionarse una educación y formación suficientes a los niños que asisten a centros de enseñanza especial de conformidad con el artículo 17, apartado 2, de la ICE, de modo que, proporcionalmente, un número de alumnos equivalente al de los estudiantes que asisten a escuelas ordinarias complete su educación en escuelas especializadas. (Ver nota al pie¹³) Los alumnos que viven en un contexto escolar particularmente receptivo a las discapacidades tienen ideas más claras sobre las mejoras que deben realizarse tanto en el entorno escolar como en la sociedad. Mientras que entre los niños que asisten a escuelas donde hay un enfoque en la discapacidad, pero no una inclusión de estudiantes discapacitados, podemos ver una visión más superficial y no siempre receptiva a la inclusión. El concepto de inclusión es experimentado, por los niños, como un valor y una posibilidad de crear una sociedad inclusiva, aunque todavía no haya una superación hacia las patologías más graves (ver autismo o retraso mental grave) para las que las clases especiales son vistas como una solución adecuada tanto para los niños con tales discapacidades como para los niños sanos. Es necesario un trabajo de sensibilización hacia la discapacidad que debe llevarse a cabo desde edades tempranas porque, como también demuestra la economía, esta es la clave para crear una sociedad totalmente inclusiva.

El derecho a la educación de las personas con discapacidad es expresión de un derecho fundamental, tanto en términos del derecho a la educación como en términos de garantizar los derechos de las personas con discapacidad, con el fin de garantizar el pleno desarrollo e inclusión de la persona humana con discapacidad. La legislación es, por lo tanto, la aplicación de este derecho fundamental. Estamos pasando de un reconocimiento del marco legislativo.

En aras de la exhaustividad del marco legislativo, también con el fin de examinar la detención del Tribunal de Casación de 2014, debe hacerse

12. CEDS, sentencia de 4 de noviembre de 2003, Internacional Asociación Autismo Europa (IAAE) c. Francés, (Demanda n.º 13/2002).
13. CEDS, sentencia de 3 de junio de 2008, Mental Discapacidad Abogacía Centro (MDAC) c. Bulgaria (Demanda n.º 41/2007).

referencia a la Ley 1.3.2006, N.º 67 (Medidas para la protección judicial de las personas con discapacidad que son víctimas de discriminación). El artículo 2 dispone lo siguiente: «1. El principio de igualdad de trato significa que no podrá aplicarse ninguna discriminación contra las personas con discapacidad. 2. La discriminación directa se producirá cuando, por motivos relacionados con la discapacidad, una persona sea tratada de manera menos favorable que una persona no discapacitada en una situación comparable. 3. La discriminación indirecta se producirá cuando una disposición, criterio, práctica, acto, pacto o comportamiento aparentemente neutral ponga a una persona con discapacidad en desventaja en comparación con otras personas. 4. También se considerará discriminación el acoso o la conducta no deseada, llevada a cabo por motivos relacionados con la discapacidad, que viole la dignidad y la libertad de una persona con discapacidad o cree un clima de intimidación, humillación y hostilidad hacia ella». De conformidad con el art. 3 «Los procedimientos civiles contra los actos y conductas a que se refiere el artículo 2 se regirán por el artículo 28 del Decreto Legislativo n.º 150, de 1 de septiembre de 2011». Esta última norma, relativa a la simplificación de los procedimientos civiles, establece un marco común para todos los litigios relativos a la discriminación y establece la competencia del órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el demandante.

El modelo de clasificación ICF (Clasificación Internacional del Funcionamiento, Discapacidad y Salud) que quiere describir el estado de salud de las personas en relación con sus áreas existenciales (social, familiar, laboral) con el fin de comprender las dificultades que en el contexto sociocultural de referencia pueden causar discapacidad, forma parte de las clasificaciones desarrolladas por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ya no se considera sólo la discapacidad de la persona sino las posibilidades que esta persona debe poder tener más allá del grado de discapacidad del que es portadora. Se debe permitir que potencien el valor del individuo a través de propuestas que le permitan reducir las dificultades. Hay que considerar que el ICF representa una clasificación internacional que tiene como objetivo crear un lenguaje común en torno al tema de la discapacidad, así como un cambio hacia la visión de los discapacitados. Es una herramienta estadística y de investigación, así como clínica e intenta lograr una síntesis entre los modelos médicos y sociales. En este contexto, es importante que la inclusión no sea vista como un objetivo a alcanzar sino como una sociedad en la que vivir, donde el proceso siempre está evolucionando y se superen posibles momentos de crisis, que también pueden ser económicos, porque el entorno crea un clima que acoge y hace participar a todos en la medida en que todos puedan participar.

De hecho, el alumno con discapacidad ha traído a la escuela una visión diferente de cómo esto acoge y es adecuado como servicio cultural y social. Italia fue uno de los primeros Estados que reguló el derecho de los niños con discapacidad a ser educados en escuelas normales. Las primeras iniciativas comenzaron en los años setenta y no siempre fueron adecuadamente organizadas y con un diseño específico claro. El objetivo era ofrecer al niño discapacitado la oportunidad de estar con otros y participar en actividades escolares. Sin embargo, fue el comienzo de un viaje para una nueva y más significativa atención a la realidad de la discapacidad: una verdadera revolución copernicana. La ley, aboliendo las clases diferenciales, quería hablar de integración escolar para todos los alumnos y por tanto de «integración», pero tenía que concebirse en una visión global de las interrelaciones que la persona con discapacidad establecía con los diferentes actores sociales para definirse realmente como integración.

Hasta la fecha, sin embargo, el colegio está viviendo este momento histórico-social como un momento problemático donde cada vez hay más recortes de personal y recursos educativos y muy a menudo ve la inclusión de los discapacitados como un esfuerzo extra que no siempre conduce a resultados. De hecho, la integración no es la simple consecuencia de una ley, sino que debe desarrollarse en la medida en que la persona con discapacidad logre encontrar su espacio dentro de la sociedad y las instituciones. Hay que poner en condiciones de tener los recursos necesarios para satisfacer las necesidades de todos, pero lamentablemente la realidad nos pone ante situaciones en las que la educación y la sanidad sufren los recortes presupuestarios más fuertes. Es en la escuela donde el niño con discapacidad se involucra y entiende su potencial.

La escuela italiana ha elegido el contexto inclusivo, sin embargo, esta inclusión no siempre se lleva a cabo. Muy a menudo, los niños discapacitados son recogidos por el maestro de apoyo. El término *tomado* no se usa al azar, sino que es muy a menudo lo que realmente sucede dentro de la clase, o más bien lo que sucederá fuera de la clase con el niño discapacitado cuando sea llevado y trasladado a un nuevo contexto. Sacar al estudiante del aula no es un hecho en sí mismo incorrecto, de hecho, hay momentos en que esta elección es absolutamente apropiada. El problema surge cuando no se trata de una *salida*, del aula, de la enseñanza de una determinada asignatura, con un proyecto diseñado con una actividad educativa/didáctica bien preparada, sino cuando se ve al alumno como una carga que ralentiza el aprendizaje de otros alumnos. De hecho, la legislación ofrece todas las herramientas útiles para poder trabajar con todos al mismo tiempo y para la mayoría de las lecciones se puede ser capaz de llevar a cabo un trabajo que involucre a todos dentro de la propia

clase. Por ejemplo, el trabajo cooperativo es una herramienta ideal para promover la inclusión, así como la tutoría entre pares, permitiendo perseguir no solo objetivos cognitivos, sino también consolidar y enriquecer la dimensión afectivo-emocional de la personalidad. El recurso de acompañantes es capaz de determinar relaciones de solidaridad e interacción de las que todos los alumnos acaban beneficiándose. Es posible activar caminos que combinen una enseñanza individualizada y a la vez inclusiva. Las ventajas de este método se identifican principalmente:

- mejora del autoconcepto;
- mayor capacidad para establecer relaciones interpersonales inspiradas en la asertividad y la pro-socialidad;
- menos miedo a las diferencias;
- aumento de la tolerancia;
- vivió de aceptación genuina;
- adquisición de habilidades metacognitivas en el trabajo de tutoría y en grupos cooperativos;
- mejora de la autoestima.

Para desarrollar conceptos inclusivos, también se pueden incluir conceptos económicos porque permiten que los niños aprendan a colaborar, basados en conceptos como intercambio, don, confianza, solidaridad, propios de la economía civil. De hecho, por ejemplo, con los niños más pequeños se puede pensar en una reinterpretación del juego de las sillas musicales.

Un papel fundamental para la inclusión está representado por el maestro que es la persona con la que los niños se relacionan durante la mayor parte de sus días. Por lo tanto, los maestros tienen el deber de mostrar diariamente la importancia del conocimiento, y que vale la pena todo el esfuerzo que requiere. El papel del docente es decisivo en la promoción de valores alternativos a los de la acumulación. Promover la inclusión es ciertamente un desafío en una sociedad que es ampliamente excluyente. La escuela tiene la ardua tarea de ofrecer respuestas y herramientas diferentes y apropiadas a las singularidades. Las dificultades de algunos pueden ser las dificultades que un día todos pueden tener. La inclusión es una perspectiva ecosistémica amplia y nos permite conectar géneros y ciencias que pueden no ser comunes, como la economía. La inclusión al ser una visión compartida reduce los costos sociales, pero debe verse como un valor a desarrollar y como un proceso evolutivo. Para poder contemplar este tipo de visión, la escuela debe cambiar sus modalidades, con esto

no significa que la escuela deba convertirse en una industria, sino que debe seguir el complejo y dinámico contexto social en el que se inserta y de acuerdo a las situaciones modeladas de acuerdo a las posibilidades y deseos.

La educación inclusiva debe entenderse como un proceso dirigido a garantizar el derecho a la educación para todos a independientemente de la diversidad de cada uno que se derive de condiciones de discapacidad y/o desventaja psicofísica, socioeconómica y cultural. En la base de este concepto de educación hay un enfoque inclusión que va más allá de los límites de la escuela para proyectarse en una dimensión social, en la perspectiva de un desarrollo integral de la persona y del desarrollo integral de la sociedad a la que pertenece. De ahí la importancia de desarrollar intervenciones centradas en el proyecto de vida del individuo y del grupo que debe desarrollarse en la escuela y en paralelo en los contextos sociales a los que pertenecen. La escuela, por lo tanto, además de responder al derecho al aprendizaje de todos (un derecho que concierne tanto al acceso como a la plena participación) debe ser capaz de ofrecer oportunidades de formación funcionales al desarrollo de habilidades básicas de todos los estudiantes para facilitar su proceso de inclusión en su territorio y su conversión en recursos para toda la comunidad.

En este momento histórico, crear una sociedad inclusiva podría ser un ganador, convirtiéndose así en una buena práctica, en un sistema. Pero es importante, para que los discapacitados puedan convertirse en un recurso, ofrecerles un proyecto de vida compartido y compatible, que conduzca a su autonomía y sea sostenible en el tiempo al no crear esos «bosques», donde los discapacitados permanecen marginados y subordinados a otras personas, creando así un sentido de inferioridad que lo marcará a lo largo de su vida. La inclusión debe definirse como el proceso o enfoque por el cual conceptualizamos la relación parte-todo entre el individuo y la sociedad. Es cierto que el éxito de una sociedad democrática (inclusiva) depende no sólo de la capacidad de lograr la mejor estructura institucional concebible, sino también inevitablemente de nuestros patrones reales de comportamiento, así como del funcionamiento de las interacciones políticas y sociales. También hay demasiadas barreras en las escuelas italianas: solo 1 de cada 3 escuelas es accesible desde el punto de vista de las barreras físicas. En cuanto a las barreras perceptivas de los sentidos: solo el 2% de las escuelas tienen todas las ayudas perceptivas de los sentidos y solo el 18% de las escuelas tienen al menos una ayuda.

El Tribunal Europeo se ha ocupado de un caso particular de discapacidad contra Italia. En su sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos se pronunció sobre la imposibilidad de que una niña autista se beneficie de la enseñanza de apoyo en la escuela primaria. En concreto, los órganos jurisdiccionales de Estrasburgo dictaminaron que Italia había infringido, en el caso de autos, el artículo 14 del CEDH relativo a la prohibición del trato discriminatorio de las personas discapacitadas, en relación con el artículo 2 del Protocolo n.º 1 del CEDH, que consagra el derecho a la educación. El caso que pasó a conocimiento de la Corte se refiere a la falta de acceso de un niño que sufre de autismo no verbal a la tutoría especializada que también se le debería por ley.

Italia ha sido condenada por el Tribunal Europeo por la violación del artículo 2 del Protocolo N.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la educación, y del artículo 14 del Convenio, que prohíbe todas las formas de discriminación. En pocas palabras, la ley para garantizar un apoyo adecuado a los niños discapacitados en las escuelas está ahí, pero Italia no la aplica. Y así, la falta de un maestro de apoyo para una niña autista que no recibió el apoyo debido durante la escuela primaria le costó a Italia una condena por violación del artículo 2 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que garantiza el derecho a la educación y el artículo 14 de la Convención que prohíbe todas las formas de discriminación. Así lo estableció el Tribunal Europeo con la sentencia de 10 de septiembre (G.L. c. Italia, recurso N.º 59751/15), con la que Estrasburgo estuvo de acuerdo con los padres de un niño que, a pesar del artículo 13 de la Ley N.º 104/1992 que preveía asistencia específica, había sido privado de la manutención del niño durante dos años escolares. En primer lugar, el Tribunal Europeo ha dejado claro que el derecho a la educación es indispensable y debe garantizarse a todos los niños con situaciones de discapacidad. No basta con aprobar leyes destinadas a apoyar a los niños que tienen ciertas dificultades, pero es necesario garantizar un apoyo adecuado para promover la autonomía y la socialización. Apoyo que debe ser concreto y eficaz para garantizar el pleno respeto de los derechos convencionales. Estos incluyen la prohibición de la discriminación que requiere que los estados elijan cuidadosamente las intervenciones necesarias para evitar impactos negativos en las personas que tienen una vulnerabilidad particular. El servicio de atención especializada tiene como objetivo ayudar a los niños con discapacidad a desarrollar una independencia limitada, mejorando sus habilidades de comunicación y aprendizaje: la integración en el entorno escolar y el contacto con los compañeros de clase deben facilitar la inclusión social de los niños discapacitados.

En mayo de 2012, los padres del menor recurrieron ante el Tribunal Administrativo Regionale Campania quejándose de la falta de acceso

a la asistencia especializada de *conformidad con* el artículo 13 de la Ley n.º 104/1992 (Ver nota al pie¹⁴) y reclamando una indemnización por los daños y perjuicios conexos. El 27 de noviembre de 2012, el Tribunal Regional Administrativo rechazó la apelación, afirmando que el Municipio se había hecho cargo correctamente de las necesidades del niño y que, si se había producido una caída en los niveles de bienestar, esto era atribuible a la contracción de los recursos asignados al efecto por el Estado. Posteriormente, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 26 de mayo de 2015, también confirmó que las autoridades locales no eran responsables de las deficiencias en relación con las necesidades educativas específicas, ya que esta responsabilidad se debía a la reducción general de los recursos asignados *ad hoc* por el Estado italiano. Sin estos servicios y otras protecciones, la inclusión del niño con discapacidad corre el riesgo de permanecer solo en el papel. Por lo tanto, es importante monitorear, datos en mano, qué medidas se toman para la integración de estos niños, niñas y adolescentes en las escuelas.

Las autoridades nacionales preveían una educación inclusiva para los niños discapacitados, pero, en el caso de autos, el niño no había podido seguir asistiendo a la escuela primaria de manera similar a los alumnos sin discapacidad, y esto se debió precisamente a la falta de apoyo. El Tribunal Europeo también rechazó la defensa italiana centrada en los recortes presupuestarios y criticó las sentencias del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado porque cualquier restricción en el presupuesto debería haber tenido un impacto no solo en los escolares con discapacidad sino también en otros, con una distribución del sacrificio que, en cambio, no se habían tenido en cuenta. La decisión de reducir los gastos de manutención recayó únicamente en la niña discapacitada y le impidió asistir a la escuela primaria de manera similar a otros niños, con una discriminación evidente contra ella.

A continuación, el Tribunal de Estrasburgo subraya la gravedad de la situación porque la discriminación sufrida por la demandante había sido especialmente grave en la medida en que se producía durante la enseñanza primaria, lo que era fundamental tanto para los fundamentos de la educación como para la integración social. Así pues, las autoridades nacionales no actuaron con diligencia e impidieron el derecho a la

14. En la medida en que sea de interés para los fines de esta contribución, el artículo en cuestión establece: «En las escuelas de todos los niveles, sin perjuicio, de conformidad con el Decreto N.º 616 del Presidente de la República de 24 de julio de 1977, en su forma enmendada, la obligación de las autoridades locales de prestar asistencia para la autonomía y la comunicación personal de los alumnos con discapacidad física o sensorial, las actividades de apoyo se garantizarán mediante la asignación de profesores especializados».

educación de la niña privada de su primera experiencia de vida en el seno de una comunidad de pares.

En la sentencia de que se trata, el TEDH, especialmente teniendo en cuenta la sensibilidad y la importancia de los derechos en juego, se encontró con la obligación de conciliar su tarea de armonizar la protección de los derechos fundamentales en Europa con el reconocimiento y la protección de las características jurídicas de los distintos Estados parte en el Convenio. Al definir e interpretar el derecho a la educación en el contexto internacional, los jueces de Estrasburgo partiendo de los principios de universalidad y no discriminación en la experiencia de las personas con discapacidad: sobre estos principios descansa el deber de los Estados de promover una educación lo más inclusiva posible y atenta a las peculiaridades de los estudiantes individuales, un sistema escolar destinado a ofrecer las mismas oportunidades a todos los alumnos y libre de cualquier forma de discriminación. Esta noción de educación inclusiva representa una evolución hermenéutica reciente del derecho a la educación en el contexto del derecho internacional: de hecho, la primera referencia al carácter inclusivo de la educación como una declinación de la obligación estatal de garantizar el derecho a la educación se encuentra en el artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006., los jueces de Estrasburgo se han referido a lo mismo. Esa Convención de las Naciones Unidas esboza el concepto del derecho a la educación inclusiva. Mediante un razonamiento deductivo, el Tribunal de Justicia llega a afirmar la existencia por parte de los Estados de la obligación de garantizar un sistema educativo inclusivo, que no excluya ni descuide a los estudiantes discapacitados y que les permita integrarse adecuadamente en la sociedad, empezando por la escuela, a tal efecto, eliminando las «barrières perceptives et sensorielles».

En cualquier caso, el Tribunal de Primera Instancia considera que la demandante es una persona especialmente vulnerable a razón de su enfermedad, lo que acondiciona a este requisito una comprensión del margen de apreciación del que goza Italia al adoptar medidas que puedan restringir el derecho a la educación. En otras palabras, en presencia de ciudadanos en situación de vulnerabilidad, el Estado está obligado a preparar medidas específicas destinadas a remediar cualquier desigualdad sin poder invocar las restricciones financieras exentas. El Tribunal considera, en efecto, que cualquier limitación económica debería repercutir en la oferta educativa ofrecida a todos los estudiantes, en lugar de ponderar principalmente a los alumnos discapacitados, con vistas a la solidaridad y a la distribución equitativa de los recursos asignados por el Estado, haciendo de la proporcionalidad de los sacrificios el *fil rouge* de la sentencia de que se trate.

Esta consideración se presta bien a un paralelismo con la jurisprudencia reciente del Tribunal de Casación sobre el tema. De hecho, mediante La Orden n.º 25101 de 8 de octubre de 2019, así como mediante la sentencia núm. 25011 de 25 de noviembre de 2014, el Tribunal de Casación se expresó en los siguientes términos: «La omisión o insuficiencias en el desempeño, por parte de la administración escolar, de esa actividad leve resultan en una contracción sustancial del derecho fundamental de la persona con discapacidad a actuar, a su favor, una intervención correspondiente a las necesidades específicas señaladas, una condición esencial para la realización del derecho a la igualdad de oportunidades en el uso del servicio escolar: por lo tanto, es probable que ambos se materialicen, si no van acompañados de una contracción correspondiente de la oferta educativa reservada a otros estudiantes sanos, una discriminación indirecta, prohibida por el arte. 2, l. n. 67/2006, esto significa también la conducta omisiva de la administración pública responsable de la organización del servicio escolar que tiene el efecto de poner a la niña o al niño con discapacidad en desventaja en comparación con otros alumnos». También teniendo en cuenta lo establecido en la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, es generalmente deseable que el sistema interno se adapte lo mejor posible a las obligaciones internacionales en esta área, asegurando el debido apoyo a cada estudiante discapacitado, a fin de ayudar a su plena realización personal, incluso si es escolar. Lamentablemente, la sentencia en cuestión muestra lo largo que sigue siendo el camino hacia la igualdad real de derechos entre los estudiantes discapacitados y no discapacitados, dado que las disparidades en el derecho a la educación no son aceptables en un Estado de Derecho. La esperanza es que las palabras del TEDH puedan servir de advertencia al legislador, especialmente en el momento particularmente delicado que estamos viviendo. De hecho, con la activación de la educación a distancia, en Italia que se hizo obligatoria a partir del 9 de abril de 2020 para hacer frente a la emergencia sanitaria de la covid-19, un proceso delicado como el de la inclusión escolar de los alumnos con discapacidad se ha vuelto más complejo. Los niveles de participación han disminuido significativamente: entre abril y junio de 2020 más del 23% de los alumnos con discapacidad (unos 70 mil) no participaron en las clases.

VII. LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LOS NIÑOS DISCAPACITADOS EN LA NUEVA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO

La centralidad de la educación inclusiva para garantizar el derecho efectivo y pleno a la educación para todos, pilar del desarrollo, ha sido

reconocida formalmente por las Naciones Unidas para ser incluida como elemento fundacional del objetivo sobre educación dentro de los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas. El cuarto objetivo de la Agenda 2030 lanzada en Nueva York en septiembre, de hecho, establece como meta a alcanzar la de «Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa y promover oportunidades de aprendizaje a lo largo de toda la vida para todos» dando una orientación clara a la hoja de ruta que guiará las políticas de la comunidad internacional hasta 2030. También marca un cambio de ritmo importante en comparación con los anteriores Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), donde se dio mayor importancia al acceso a la educación a expensas de su calidad.

Capítulo XIX

Análisis de la custodia compartida “encubierta” a la luz de la reciente sentencia del Tribunal Supremo n.º 656/2021, de 4 de octubre de 2021 y del reforzamiento del interés superior del menor en los procesos de divorcio

PAULA MARTÍNEZ MOLARES

Universidad de Vigo

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA. II. MOTIVOS DEL RECURSO. III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante su sentencia n.º 656/2021, de 4 de octubre¹, analiza el concepto de «custodia compartida encubierta», entendiendo como tal, aquel supuesto en el que se otorga formalmente la guarda y custodia de los hijos menores a favor de la madre, pero, en realidad, el reparto del tiempo real de disfrute con éstos es equivalente para ambos progenitores.

La mencionada sentencia resuelve un recurso de casación e infracción procesal que trae causa en el establecimiento de un régimen de guarda y custodia a favor de la madre, derivada de un proceso de divorcio, con

1. ROJ: STS 3627/2021 – ECLI:ES:TS: 2021:362. Id CENDOJ: 28079110012021100660, Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Sede: Madrid, Sección: 1 Fecha: 04-10-2021. N.º de Recurso: 6538/2019, N.º de Resolución: 656/2021. Procedimiento: Recurso de casación. Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS. Tipo de Resolución: Sentencia.

atribución de la vivienda familiar para la madre y sus hijos hasta que estos alcancen la mayoría de edad, pero estableciéndose un tiempo de convivencia igualitario entre los dos progenitores.

El proceso de divorcio se inicia por el progenitor, instando la adopción de medidas respecto de los dos hijos menores habidos durante el matrimonio.

En concreto, entre otras medidas, en la demanda inicial el padre solicitó que los menores quedasen bajo la guarda y custodia de la madre, interesando un régimen de comunicaciones y estancias a su favor, así como el establecimiento de una pensión de alimentos a cuyo pago se encontraría obligado en su calidad de progenitor no custodio. Con respecto a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, el progenitor demandante instaba su adjudicación a favor de la progenitora custodia, pero limitando temporalmente este derecho a un plazo de tres años.

Contestada la demanda por la progenitora y el Ministerio Fiscal, el demandante procedió a ampliar su demanda, modificando su pretensión inicial por la petición de una guarda y custodia compartida, justificada en un cambio en sus circunstancias laborales que le permitirían el teletrabajo, con una mayor flexibilidad para atender a sus hijos.

El juzgado de primera instancia considera que se debe atribuir la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre, atendiendo especialmente a la voluntad de los menores expresada durante el acto de la exploración. Por otro lado, se determina una falta de acreditación del cambio de las condiciones laborales invocadas por el padre, quien, además, habría aceptado la custodia materna en sede de medidas provisionales al haber concluido dicha fase procesal por un acuerdo entre las partes.

En definitiva, la sentencia del juzgado de primera instancia acuerda establecer un sistema de guarda y custodia monoparental a favor de la madre y un régimen de comunicaciones y visitas con el progenitor no custodio.

En este punto, cabe detenerse en el régimen de visitas que se determina en la sentencia, más amplio de lo habitual, al establecer que el padre disfrutaría de los menores los fines de semana alternos (desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que se reintegrarán los menores en el mismo centro), así como una visita entresemana con pernocta desde el martes a la salida del colegio hasta el jueves por la mañana en que se reintegrarán a los menores en dicho centro.

II. MOTIVOS DEL RECURSO

El padre de los menores interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que fue inadmitido y, posteriormente, recurso de casación basado en los siguientes motivos:

En primer lugar, se alega infracción del artículo 92 del Código Civil², referido a la guarda y custodia de los hijos y las obligaciones de los progenitores tras la ruptura en relación con el artículo 3.1. de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y artículo 39 de la Constitución Española, como preceptos que consagran el interés del menor en cuanto a principio informador del derecho de familia y la jurisprudencia que lo desarrolla.

Igualmente se hace referencia también a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por cuanto se considera que el pronunciamiento de la sentencia recurrida atenta contra el interés de los menores, conteniendo conclusiones erróneas y arbitrarias, habiendo determinado un modelo de guarda que no se compadece con el efectivo reparto del tiempo de convivencia de los menores con sus progenitores, al punto de ser exactamente igual con respecto a ambos.

En este sentido, se trae a colación la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida³, que viene exigiendo tomar en cuenta el interés del menor sin que baste una mención genérica y superficial para justificar la negativa al establecimiento de una guarda y custodia compartida pedida por uno solo de los cónyuges.

2. La nueva ley de Protección a la Infancia modifica el art. 92 del Código Civil para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia. Asimismo, el apartado 7 del citado precepto ha sido modificado por el apartado tres del artículo primero de 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 («B.O.E». 16 diciembre), con vigencia desde el 5 de enero de 2022: *«No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivían con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas».*
3. Contenida en SSTs de 16 de febrero de 2015, 11 de febrero y 27 de junio de 2016, 3 de junio de 2016, 16 de septiembre de 2016, 12 de mayo de 2017 y 4 de abril de 2018, 24-09-2019.

La referida doctrina se centra en el rechazo injustificado de ese sistema de guarda, sin determinar tampoco en qué medida supondría un perjuicio para los menores, y cuando, además, la situación de facto se asemeja a una guarda y custodia compartida alternativa.

Es más, la sentencia instaura un modelo de guarda que no se compadece con el efectivo reparto del tiempo de convivencia de los menores con sus progenitores, al punto de ser exactamente igual. En otras palabras, el sistema que debería haberse establecido es el de la guarda y custodia compartida, simplemente por el hecho de que el tiempo concedido a cada progenitor para estar en compañía de los menores, es el mismo.

Por otro lado, el progenitor recurrente considera que se ha establecido un sistema de custodia monoparental materna en virtud de unos razonamientos jurídicos que no aplicarían correctamente el principio de protección del interés del menor, por cuanto que, probada la capacidad suficiente de ambos progenitores para atender a los menores y lo beneficioso para los mismos, como lo acredita el amplio régimen de visitas acordado que supone exactamente la mitad del tiempo, sin embargo se deniega el régimen solicitado, aplicándose de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta sala sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que «*siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*», y siempre que se den los requisitos necesarios para su adopción.

En este punto, cabe analizar la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo referente a la custodia compartida, que partió de la necesidad de adaptarse a la realidad social y admitir la posibilidad de que el menor fuese atendido por ambos progenitores de una forma más igualitaria, de tal forma que los dos compartiesen tiempos de atención y cuidados, a fin de ampliar la relación paterno-filial. La realidad social demandaba una norma que tuviese en cuenta la existencia de padres más involucrados en el cuidado de sus hijos y que se descartase la automática custodia del menor para la madre.

Así, tras el reconocimiento legal de la custodia compartida, mediante la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio⁴, la

4. En concreto, se modificó el Art. 92 del Código Civil y, específicamente, se procedió a regular la custodia compartida en sus apartados 5, 7 y 8. Literalmente el precepto completo, tras la reforma del año 2005, disponía: «5. *Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

jurisprudencia del Tribunal Supremo empezó a consolidar una doctrina que considera que, cuando se dan las circunstancias requeridas para su fijación, ese modelo de custodia evita desequilibrios en los tiempos de presencia, el sentimiento de pérdida, que se cuestione la idoneidad de los progenitores; y estimula la cooperación de los padres, cuando ésta se ha venido desarrollando con eficiencia⁵. Poco a poco se fue superando así la excepcionalidad del sistema de guarda y custodia compartida.

No sería hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013⁶, cuando se produjo un incremento de la aplicación de la custodia compartida en la práctica judicial, ya que la mencionada sentencia instaura la interpretación de la redacción del artículo 92 del Código Civil en el sentido de concluir que la atribución de la custodia compartida no puede tratarse de una medida excepcional, sino que al contrario, «*habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*».

Se trata del establecimiento como doctrina jurisprudencial de una serie de criterios⁷ que han de ser valorados por el juez a la hora de establecer la guarda y custodia conjunta: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada⁸.

(...)

«7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres 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 de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

5. ESPÍN ALBA, I. *Custodia compartida y mejor interés del menor. criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo*, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Volumen 21, diciembre de 2019.
6. Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) del 29 de abril de 2013 (Aranzadi RJ 2013/3269).
7. Que ya habían sido mencionados anteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 8 de octubre de 2009 (Aranzadi RJ 2009/4606).
8. En el mismo sentido, destacan las Sentencias del Tribunal Supremo 200/2014, de 25 de abril y núm. 52/2015 de 16 de febrero.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013, relacionando el artículo 92 del Código civil y el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, entiende que *«debe primar el interés del menor y este exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, que sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel»*. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Esta doctrina ha sido reiterada por el Tribunal en numerosas sentencias desde el año 2013.

Concretamente, el Alto Tribunal volvió a reseñar con más rotundidad el carácter de «normal y deseable» de la custodia compartida en diferentes sentencias, entre las que destaca la Sentencia de 29 de marzo 2016⁹.

Procede llamar la atención también sobre la sentencia de 16 de febrero de 2015, en la que, en su fundamento de derecho tercero, el Tribunal Supremo formula una enumeración de beneficios, como consecuencia de la adopción del régimen de custodia compartida, haciendo referencia a su sentencia de 25 de noviembre de 2013:

a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

b) Se evita el sentimiento de pérdida.

c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Se hacen eco de ésta, multitud de sentencias posteriores, entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo 4089/2016, de 16 de septiembre; la 2572/2017 de 27 de junio, y la sentencia 61/2020, de 16 de enero.

En cuanto a la distribución de tiempos, procede destacar la sentencia del Tribunal Supremo 368/2014, de 2 de julio que destaca lo siguiente:

9. Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 29 de marzo de 2016 (Aranzadi RJ 2016/995).

«Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos».

Así, la tendencia del Tribunal Supremo ha ido progresando hacia considerar que el sistema de custodia compartida no tiene por qué conllevar un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores¹⁰.

Asimismo, se empezaron a determinar los principios que regirían el reparto del tiempo entre los progenitores atendiendo a circunstancias como la flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los padres, aunque también sobre este punto la doctrina evolucionó en el sentido de considerar que la relación entre progenitores no es motivo suficiente para denegar una guarda compartida. En todo caso, se denegará aquélla siempre que afecte al interés superior del menor. Siempre debe primar el interés superior del menor por encima de intereses espurios por parte de algún progenitor.

En definitiva, las más recientes sentencias del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida abogan a favor de establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello. En otras palabras, el régimen deseable de custodia tras la ruptura de la pareja debe ser la custodia compartida y que por lo tanto se deberán acreditar que concurren en el caso circunstancias por las que la misma resulte improcedente, siempre desde la óptica del bienestar integral del menor, que es el interés prevalente.

Una vez analizada la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la custodia compartida, invocada también por el progenitor recurrente, debe hacerse alusión a los otros motivos del recurso.

Concretamente, como motivo tercero del recurso se alega la infracción de los artículos 1281, 1284 y 1286 del Código Civil, relativos a la interpretación de los contratos, que abogan por atender al sentido literal de las cláusulas del contrato e interpretar las palabras que puedan derivar en distintas acepciones o sentidos el más conforme a la naturaleza y objeto del contrato. Todo ello, en relación con la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*.

10. Véase las sentencias 630/2018, de 13 de noviembre, que reitera la 30/2019, de 17 de enero.

El mencionado principio del *nomen iuris*, también denominado principio de «primacía de la realidad» determina que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

Aplicado al caso en cuestión, aunque se le renombre de otra forma a la custodia compartida y se identifique como custodia individual, ello iría en contra del propio sentido de la norma, e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris*¹¹, que declara que los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado.

El argumento subyacente es la incongruencia de denominarle custodia exclusiva cuando claramente nos encontramos ante un sistema de guarda y custodia compartida. Lo que el padre pretende es que se le reconozca un derecho que ya existe, pero al denominarlo con diferente nombre trae consecuencias diferentes con respecto al resto de las medidas pueden ir condicionadas al tipo de custodia que se atribuya.

Ello se debe a que nuestro ordenamiento jurídico determina primero la denominación del sistema de custodia para luego articular sobre ella todas las medidas inherentes a uno u otro sistema. Por ello, cuando se denomina de una forma que no se corresponde con la situación de hecho, puede entrañar consecuencias legales injustas, que van desde la determinación de la pensión de alimentos a favor de uno u otro cónyuge o la atribución del uso de la vivienda.

Con respecto al cuarto motivo del recurso, el progenitor recurrente alega la vulneración del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos, al amparo de lo dispuesto en los artículos 142, 145, 146 y 154.2 del Código Civil.

Los referidos preceptos definen el concepto de manutención o alimentos en derecho de familia y en relación con la pensión alimenticia de los hijos tras una separación o un divorcio entre los progenitores, así como la cuantía y las normas de distribución del pago de los mismos por los alimentistas.

En el presente caso, el progenitor alega que la sentencia no atiende a la relación del respectivo caudal de los obligados a los alimentos ni a la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y las capacidades económicas respectivas de los progenitores,

11. Recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, y la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 58/2013, de 25 de febrero, rec. 994/2010.

no respetándose el canon de proporcionalidad, lo cual supone una contravención de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido¹².

Así, el artículo 146 establece que la cuantía de los alimentos se fijará en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Entiende el recurrente que, dado que los tiempos de estancia con los dos progenitores son similares, no procedería fijar pensión por alimentos. Argumenta que ambos progenitores trabajan y obtienen unos ingresos medios, aunque los del padre sean superiores a los de madre, pero al ser los tiempos de estancia con los menores similares para ambos, no cabe una pensión de alimentos como la fijada por el juzgado de primera instancia de 300 euros por cada uno de los dos hijos.

Considera que la sentencia de instancia no estaría atendiendo al caudal de los obligados a los alimentos y a la proporcionalidad entre las necesidades del alimentista y las capacidades económicas de los progenitores.

Debemos recordar la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto el interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso», conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el mencionado artículo 146 del Código Civil¹³.

Finalmente, cabe señalar el papel de intervención del Alto Tribunal en cuanto al juicio de ponderación o proporcionalidad de la pensión de alimentos del artículo 146 del Código Civil se refiere, aclarando que corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, *«entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación»*¹⁴.

12. Concretamente, se invocan las sentencias 586/2015, de 21 de octubre; STS 413/2015, de 10 de julio; STS 395/2015, de 15 de julio, y la STS 661/2015, de 2 de diciembre de 2015.

13. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2015, Rec. 735/2014.

14. Sentencia del Tribunal Supremo 165/2014 de 28 de marzo de 2014, Rec. 2840/2012.

Como motivo quinto del recurso se invoca la infracción de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, referente a la atribución del uso de la vivienda familiar, por aplicación indebida, en relación con el artículo 348 del mismo texto legal y del artículo 33 de la Constitución Española, que consagra el derecho a la propiedad privada.

Tal y como dispone el artículo 96 del Código Civil, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad.

Por su parte, el artículo 348 del Código Civil establece que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

Se relacionan los anteriores preceptos con la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo referente al establecimiento de la vivienda familiar cuando se atribuyen tiempos idénticos de estancia con los progenitores y en aquellas circunstancias en las que conviven los hijos en casa de cada uno de los progenitores, sin existir ya una residencia familiar sino dos. En dichos casos, no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre¹⁵.

La alegación del progenitor se asienta, en síntesis, sobre la base de que no se puede atribuir el uso de la vivienda de forma indefinida a los hijos y a la madre si el tiempo de custodia efectivamente es el mismo. Debería establecerse un límite temporal.

Lo cierto es que nuestro Código Civil no regula el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guardia y custodia compartida, produciéndose, en consecuencia, un vacío normativo.

Como alega el progenitor recurrente, no sería de aplicación lo establecido en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil, sino el párrafo segundo por analogía, debiéndose fijar un límite temporal al uso de la vivienda familiar titularidad de ambos litigantes.

Resulta obvio que lo establecido en dicha norma no es aplicable a los casos en que ambos progenitores ostentan la custodia compartida de los hijos menores y la correlativa convivencia periódica con ellos, supuestos en los que no existe una sola residencia familiar, sino realmente dos, la de cada uno de los padres con sus hijos.

15. Tal como expresa la STS 9/9/2015, 174/2015, de 25 de marzo, rec. 2446/2013, la STS 282/2015, de 18 de mayo, y la STS 658/2015 de 17 noviembre de 2015, Rec. 1889/2014.

En definitiva, este tipo de medida no debería aprobarse con carácter indefinido cuando exista capacidad económica suficiente por parte de quien disfruta del derecho de uso, sino que debe crearse como marco de transición.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 96, se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la custodia compartida no se distribuye la guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios.

Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

Ahora bien, todo ello con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos¹⁶.

Con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida se deben fijar plazos de uso temporal, valorando las circunstancias concurrentes, es decir, en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado.

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Analizados los argumentos del recurso, el Tribunal Supremo acuerda estimar el recurso de casación y casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de mantener el régimen de estancia y visitas, si bien declarando que constituye un sistema de custodia compartida, determinando además las medidas referentes a la pensión de alimentos y a la atribución del uso de la vivienda, como se analiza a continuación.

En primer lugar, resolviendo conjuntamente los tres primeros motivos del recurso, el alto tribunal entiende que a la vista del régimen establecido el padre goza de los hijos el mismo tiempo de la madre y que, por lo tanto,

16. En este sentido, destaca, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, n.º 558/2020 de 26 octubre 2020, Rec. 4173/2019.

«la paridad temporal que establece el juzgado es en base a las mutuas aptitudes de los progenitores y de sus circunstancias personales, por lo que no se encuentra razón para eludir el nomen del sistema de custodia compartida, que de facto se ha establecido (art. 92 del C. Civil)».

Por lo tanto, fija el régimen de custodia compartida por ser el más beneficioso para el interés de los menores.

En este sentido, recuerda el Tribunal Supremo, con mención a otras sentencias anteriores, que la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 del Código Civil deben estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013, que fue objeto de análisis anteriormente.

Señala, además, que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Invocando la sentencia de 19 de julio de 2013, precisa que *«se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel».* Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos».

Recordando la ya analizada doctrina del Tribunal Supremo en esta materia debe incidirse en el hecho de que lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Con respecto a la pensión de alimentos, el Tribunal Supremo acuerda fijar una pensión de alimentos de 200 euros mensuales por cada hijo (frente a los 300 establecidos en primera instancia), dados los parámetros antes mencionados y sin perder de vista que el juzgado de instancia tuvo en cuenta que la madre quedaba con los hijos en posesión de la vivienda familiar a la hora de fijar la pensión, por lo que la reducción de la pensión no puede ser tan notable como la solicitada por el recurrente.

En este punto, discrepa el Tribunal Supremo con el recurrente, por considerar que existe desproporción de ingresos entre progenitores y ello da lugar a la determinación de un importe de pensión de alimentos, aun teniendo en cuenta que existe una estancia paritaria entre de ambos padres con sus hijos, pues ello no exime del pago de alimentos determinado por esa diferencia de ingresos.

Esta sala en sentencias 55/2016, de 11 de febrero y 564/2017, de 17 de octubre, entre otras ha declarado que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da (art. 146 del Código Civil).

Respecto a la vivienda familiar, el Tribunal Supremo procede a fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a los hijos y madre por un plazo de transición máximo de dos años desde la fecha de la sentencia, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, medida que se toma en interés de los menores, en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia y residencia (art. 96 del C. Civil).

La sentencia que invoca el Tribunal Supremo para acordar esta medida es la 390/2020 de 9 de julio, que determina la ponderación de los distintos criterios concurrentes en cada caso, que determinan dicha atribución, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil para los matrimonios sin hijos¹⁷

Otra de las posibilidades que se barajan en este tipo de situaciones es la alternancia de la vivienda familiar por parte los progenitores, para

17. Con cita de otra jurisprudencia como la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 513/2017, de 22 de septiembre.

que los menores no salgan de la misma, lo que, en muchas ocasiones, no resulta compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que podría suscitar el buen mantenimiento de la vivienda común.

IV. CONCLUSIONES

Cabe concluir que el nombre que se le otorgue al sistema de guarda y custodia es importante porque lleva aparejado unas consecuencias inmediatas que inciden en la protección del interés del menor, principio rector en materia de familia. En otras palabras, la denominación puede dar lugar a consecuencias jurídicas injustas para una de las partes o para los menores.

Esta sentencia viene a responder a una práctica que se estaba produciendo en sede de divorcios de mutuo acuerdo, en las que los progenitores decidían atribuir la custodia a favor de uno de ellos con un régimen de visitas tan amplio que en realidad encubría un sistema paritario de tiempo de custodia, fijando además una pensión de alimentos de carácter simbólico. Las principales razones de esta denominación en los convenios reguladores se encontraban en la existencia de ayudas a la progenitora custodia, el rechazo por parte de uno de los progenitores a ceder la custodia, confusiones entre custodia y patria potestad (creer que la custodia exclusiva otorgará a su favor más derechos o poder de decisión sobre los menores) y, especialmente, por las medidas que son consecuencia directa de la custodia: atribución de la vivienda de forma indefinida y percibir una pensión de alimentos, a diferencia de la contribución que le correspondería a ambos progenitores con la custodia compartida.

La práctica habitual pasaba por el informe desfavorable del Ministerio Fiscal y el requerimiento a los progenitores en el que se denominase exactamente al sistema de custodia como compartida.

La sentencia analizada promulga la necesidad de no vincular automáticamente el sistema de custodia exclusiva a la obtención del uso de la vivienda o a la fijación de la pensión de alimentos, pues cuanto más se flexibilicen estas medidas y se ajusten a las circunstancias del caso concreto, se posibilitará que haya más peticiones, acuerdos y concesiones de custodias compartidas.

Todo ello invita a reflexionar acerca de si es necesaria una reforma legislativa en cuanto a la guarda y custodia, pues en algunos casos la ley actual se aplica de tal forma que parece estar diseñada a modelos de guarda y custodia exclusiva o individual y no contempla las consecuencias inherentes a la custodia compartida.

Incluso puede llevar a pensar que quizás lo más correcto, especialmente en los procedimientos de mutuo acuerdo, sería establecer el reparto de los tiempos entre progenitores y a partir de ahí, crear la denominación de la custodia y diseñar el resto de medidas que se suscitan como consecuencia de la misma: atribución del uso de la vivienda familiar y alimentos, fijando obviamente una patria potestad compartida.

El incremento de casos en los que se adopta la medida de custodia compartida o en los que se reconoce un reparto más equitativo del tiempo de estancia de los menores entre uno y otro padre está incidiendo de manera indudable en el modo y forma en que se establece la contribución al sostenimiento de los hijos comunes.

La oportunidad para tal modificación legislativa podría haberse producido con la promulgación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que reforma, entre otros el artículo 92 del Código Civil.

En el Preámbulo de la ley (apartado II), se destaca la referencia al ejercicio positivo de la responsabilidad parental, como *«un concepto integrador que permite reflexionar sobre el papel de la familia en la sociedad actual y al mismo tiempo desarrollar orientaciones y recomendaciones prácticas sobre cómo articular sus apoyos desde el ámbito de las políticas públicas de familia»*, dedicando una especial atención a la protección del interés superior de la persona menor de edad en los casos de ruptura familiar y violencia de género en el ámbito familiar.

Concretamente, se modifica el referido artículo 92 en aras a reforzar el interés superior del menor, añadiendo al precepto la necesidad de resolución motivada en el interés superior del menor cuando el juez deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velando por el cumplimiento de su derecho a ser oídos¹⁸.

No obstante, el apartado 5 del artículo 92 que establece que cuando se podrá acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, esto es, cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento, no ha sido modificado.

Ello a pesar de que inicialmente se había presentado una enmienda proponiendo el reconocimiento de la guarda y custodia compartida entre

18. El apartado 2 del artículo 92 del Código Civil quedaría redactado de la siguiente forma: *«El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos, y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión»*.

ambos progenitores como modalidad preferente y por defecto en caso de separación, nulidad o divorcio, con independencia de que exista o no acuerdo entre los progenitores, salvo que tal decisión fuese contraria al interés superior del menor o estuviese desaconsejado por otras circunstancias. Se proponían, también, los criterios a tener en cuenta por el juez para decidir la modalidad de custodia, su aplicación a los hijos no matrimoniales mediante la reforma del artículo 159 Código Civil y, finalmente, que se estableciera un periodo transitorio para revisar los regímenes de custodia individual actualmente en vigor aplicando esta nueva normativa¹⁹.

Así, se planteaban como criterios a tener en cuenta por el juez, las siguientes circunstancias:

- a) El interés superior del menor, especialmente en relación con la edad, la opinión y el arraigo social, escolar y familiar de los menores.
- b) La relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.
- c) La implicación de cada uno de los progenitores para asumir sus responsabilidades y deberes hacia los menores, el respeto de los derechos del otro y la cooperación entre ambos para garantizar la adecuada relación de los hijos con ambos progenitores.
- d) La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.
- e) La situación de la residencia habitual de cada progenitor, la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres y el número de hijos.

Llama la atención, no obstante, que el legislador no haya aprovechado la reforma para adaptar este precepto a la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que considera el sistema de custodia conjunta como una modalidad de custodia normal, ordinaria, e incluso deseable y eliminar así la referencia al carácter excepcional de esta medida.

V. BIBLIOGRAFÍA

BECERRIL, D. y VENEGAS, M. (coord.). *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017.

DE TORRES PEREA, J., «Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social», *Revista para el análisis del derecho* (InDret).

19. Enmienda n.º 201 del Grupo parlamentario Ciudadanos a la Disposición Final Segunda.

GIL MEMBRADO, C. *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ DEL POZO, J., «Examen de las reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia, por la Ley Orgánica 8/2021», *Revista de Derecho de Familia*, noviembre de 2021.

LÓPEZ CHACÓN, M., «Reforma del Código Civil en la Ley de Protección de la Infancia afectante a separación y divorcio», *LA LEY Derecho de Familia*, Wolters Kluwers, Revista n.º 32, cuarto trimestre 2021.

PÉREZ CONESA, C. *La custodia compartida*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M., «Evolución de la atribución judicial de la custodia compartida en los procesos de familia», *Práctica de Tribunales*, Wolters Kluwers, Revista n.º 145, julio-agosto 2020.

SEIJAS QUINTANA J.A. «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida», *Dir. Encuentro de jueces de familia sobre guarda y custodia compartida de Cuadernos Digitales de Formación 8-2014*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014.

Capítulo XX

El derecho del menor a ser oído en los procesos de familia: naturaleza jurídica, carácter preceptivo y relevancia probatoria

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN DE LA AUDIENCIA DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. 1. *Regulación supranacional*. 2. *Regulación estatal*. 3. *Regulación autonómica*. III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUDIENCIA DEL MENOR. IV. CARÁCTER PRECEPTIVO O FACULTATIVO DE LA AUDIENCIA DEL MENOR. V. RELEVANCIA PROBATORIA DE LA AUDIENCIA DEL MENOR. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho del menor a ser escuchado integra, junto con la no discriminación, el interés superior del menor y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, uno de los cuatro principios generales que se contienen en la *Convención de Derechos del Niño* (en adelante, CDN)¹. Tal como se refleja en el citado texto internacional, la persona menor de edad debe ser escuchada en todos aquellos asuntos que le afecten, lo que incluye su audiencia en los procesos judiciales cuando la sentencia que en su momento se dicte, le repercuta de forma directa.

Dejando un lado los procesos penales, en los que el menor puede tener protagonismo como infractor o como víctima del delito, los supuestos

1. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

en los que la resolución judicial puede tener una mayor afección sobre la esfera personal o patrimonial del menor son los procesos de familia; tomando como ejemplo la separación o divorcio contencioso vemos como los hijos siempre van a verse implicados por las decisiones que se tomen en relación a la guarda y custodia, al régimen de visitas y comunicaciones del progenitor no custodio, a la atribución de la vivienda familiar o a la cuantía de la pensión alimenticia. La trascendencia de la audiencia del menor es evidente en este tipo de procesos a la vista de los cambios que se van a producir en su entorno familiar con la sentencia que se dicte.

La relevancia práctica de la audiencia del menor también es clara a la vista del elevado número de procesos de familia que se tramitan cada año por nuestros órganos judiciales. Si analizamos la estadística judicial se muestra como en los últimos años se ha ido produciendo una clara judicialización de la familia, en cuando sus miembros han mostrado una clara incapacidad de resolver sus conflictos por sí mismo y tampoco se ha generalizado acudir a medios extrajudiciales de resolución de conflictos como la mediación familiar que sólo ha sido utilizada en un escaso número de supuestos, pese a estar regulada, con carácter general, en la *Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, además de contar con una regulación sectorial en la mayoría de las comunidades autónomas². Todo esto ha llevado a una saturación de nuestros tribunales, así como a una agudización de la conflictividad familiar debido al carácter adversarial del proceso judicial³. Sin duda, este dato también es relevante en el análisis de la audiencia del menor, pues siendo evidente que debe escucharse su opinión con carácter previo a la sentencia que le va a afectar, también lo es que para el mismo tener que acudir al proceso judicial a manifestar sus deseos, preferencias o intereses sobre un litigio que enfrenta a miembros de su familia no es tarea fácil y, en ocasiones, puede repercutirle negativamente en su desarrollo psíquico y emocional. No se debe olvidar que el menor va a declarar en un juicio en el que sus familiares tienen posiciones enfrentadas y, en muchos casos, han sacado a

2. No se dispone en España de un estudio exhaustivo que nos permita conocer los procedimientos de mediación, tanto intrajudicial como extrajudicial, que se han desarrollado desde la entrada en vigor de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*; se dispone únicamente de los datos publicados sobre las mediaciones intrajudiciales en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/>.
3. *Vid.*, al respecto, los datos y conclusiones sobre el aumento de litigiosidad en el ámbito del derecho de familia en PILLADO GONZÁLEZ, E. «La aplicación de los principios de justicia terapéutica al derecho de familia», en PILLADO GONZÁLEZ, E. (Dir.), *Los conflictos de derecho de familia desde la justicia terapéutica*. La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 17 y 18.

relucir una tensión y un rencor entre ellos a veces de forma muy intensa. Y esto no sólo ocurrirá en los procesos de ruptura de pareja con el enfrentamiento entre los progenitores, sino también en los desacuerdos con el régimen de visitas y comunicaciones con los abuelos y otros parientes o en litigios relativos a la determinación o impugnación de la filiación, entre otros. En todos estos procesos, son constatables los efectos negativos que para los menores supone su paso por el proceso judicial, sobre todo cuanto tienen corta edad, resaltándose el estrés y sufrimiento que pueden generarle traumas que tardarán en superar.

Pese a su importancia, la audiencia del menor no tiene un tratamiento claro y unificado en sus normas reguladoras, supranacionales, estatales y autonómicas; esta falta de uniformidad y precisión, en cuestiones tan relevantes como su naturaleza jurídica, su carácter preceptivo o su relevancia probatoria hace que surjan dudas de interpretación y aplicación por los tribunales con las consecuencias prácticas negativas que esto supone en una materia tan sensible en cuanto afecta a personas que todavía están en proceso de desarrollo físico, psíquico y emocional.

II. REGULACIÓN DE LA AUDIENCIA DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Tal como se ha apuntado, el derecho del menor a ser oído está recogido en multitud de normas tanto a nivel supranacional como estatal y autonómico que incluyen diversas disposiciones que aluden a la necesidad de escuchar la opinión de los menores en todos aquellos asuntos que les afecten; no obstante, tal como se expone seguidamente, las diversas disposiciones no siempre son coincidentes, con toda la problemática que ello conlleva.

1. REGULACIÓN SUPRANACIONAL

Todo análisis de los derechos y garantías de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad requiere partir, necesariamente, de las previsiones contenidas en la CDN, en cuanto es la primera norma de acatamiento obligatorio para los Estados partes que la suscribieron que configura al menor no como un objeto de protección sino como sujeto de derechos, con la necesidad de proporcionarle una protección especial que haga posible su bienestar y desarrollo⁴.

4. En contraste con la Convención de Ginebra de 1924 o la Declaración de Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de

En relación al tema que nos ocupa, el artículo 12.1 CDN establece la obligación de los Estados partes de garantizar «al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño»; con tal fin, añade en el apartado 2 del mismo precepto que «se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

En la misma línea de lo expuesto, en el ámbito concreto del Consejo de Europa, el *Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños*⁵, una vez establecido con carácter general en su artículo 3 el derecho del niño a ser consultado y expresar su opinión en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial, en su artículo 6 específicamente señala que «En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá: a. examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales; b. cuando según el derecho interno se considere que el niño posee discernimiento suficiente: – asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente; – consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño; – permitir al niño expresar su opinión; c. tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño».

De especial relevancia son las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños*⁶ que, en relación al proceso judicial, incluye, dentro del derecho del menor a ser escuchado y a expresar sus opiniones, las siguientes directrices: «44. Los jueces deben respetar el derecho de los niños a ser escuchados en todos los asuntos que les afectan o, como mínimo, a ser escuchados cuando se considera que disponen de un nivel de comprensión suficiente de los asuntos en cuestión. Los medios utilizados para este fin deben estar adaptados al nivel de comprensión del niño y a su capacidad para comunicarse y tener en cuenta las circunstancias

noviembre de 1959, la CDN tiene carácter imperativo, en cuanto es un tratado internacional que, una vez ratificado, vincula a los Estados partes.

5. Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado por España el 11 de noviembre de 2014.

6. Adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010.

particulares del caso. Debe consultarse a los niños la forma en la que desean ser escuchados. 45. Las opiniones y juicios del niño deben tenerse debidamente en cuenta de conformidad con su edad y nivel de madurez. 46. El derecho a ser escuchado es un derecho del niño, no un deber. 47. No se debe impedir que un niño sea escuchado exclusivamente por motivos de edad. En caso de que un niño asuma la iniciativa de ser escuchado en un caso que le afecta, el juez no debe, a menos que sea en el interés superior del niño, negarse a escuchar al niño y debe escuchar sus opiniones y juicios sobre los asuntos que le afectan en el caso. 48. Debe facilitarse a los niños toda la información necesaria sobre cómo utilizar de manera efectiva el derecho a ser escuchado. No obstante, se les debe explicar que su derecho a ser escuchados y a que se tengan en cuenta sus opiniones no determina necesariamente la decisión final. 49. Las sentencias y las órdenes judiciales relativas a los niños deben ser debidamente razonadas y explicadas a los niños en un lenguaje que los niños puedan entender, en particular aquellas decisiones en las que se han desoído las opiniones y juicios del niño»⁷.

Por su parte, en el contexto de la Unión Europea, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (en adelante, CDFUE)⁸, incluye en el artículo 24.1, entre los derechos de los menores de edad, el relativo a «expresar su opinión libremente» y que la misma sea «tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez»⁹.

2. REGULACIÓN ESTATAL

En coherencia con las disposiciones incluidas en los distintos instrumentos internacionales, y de conformidad con los artículos 10.2 y 39.4 CE, en nuestro ordenamiento jurídico se han ido dictando normas que

7. Letra D, Apartado IV *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños*.
8. Proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000.
9. Ya con anterioridad de la aprobación de la CDFUE, la *Carta Europea de los derechos del niño* (DOCE n.º C 241, de 21 de septiembre de 1992) señalaba en su apartado 15 que «Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño».

abordan con mayor o menor extensión la audiencia de los menores de edad. De todas ellas, debe destacarse, en primer término, la *LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor* (en adelante, LOPJM) en cuanto constituye el marco jurídico de protección de los menores que vincula a los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general; en relación al tema que nos ocupa, regula, en los distintos apartados de su artículo 9, el derecho del menor a ser oído y escuchado de forma general para todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales y de mediación, concretando las garantías que debe respetarse en su ejercicio¹⁰. Así, en el primer inciso del apartado primero del citado precepto se dispone que «El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias»; esta previsión se complementa con el apartado tercero del mismo precepto que establece la necesidad de motivar las limitaciones del derecho de audiencia del menor, señalando que «Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración». En su apartado segundo, el artículo 9 LOPJM establece el carácter preceptivo de la audiencia del menor a partir de los 12 años, condicionándolo en otro caso a que tenga «suficiente madurez»¹¹.

Además de la previsión general contenida en el artículo 9 LOPJM, tanto el CC como la LEC contienen disposiciones que regulan el derecho

10. Precepto que ha sido reformado por la *LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que indica en su Exposición de Motivos que se han tenido en cuenta los criterios recogidos por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño en la *Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado*.

11. Además, en los distintos apartados del precepto se incluyen previsiones sobre cómo debe ser valorada la madurez del menor y la forma en que debe realizarse la audiencia.

de audiencia del menor en relación a determinadas decisiones que afectan a su situación personal; pero, tal como se expone seguidamente, existe una gran disparidad en la regulación contenida en los distintos preceptos, con los problemas de interpretación que ello genera¹². Así, en la norma sustantiva, los apartados 2 y 6 del artículo 92¹³, en relación a los procesos de separación y divorcio, señala, respectivamente, que, cuando se deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, el juez «velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión»¹⁴; antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá «oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor»¹⁵.

Al margen de la citada norma, en otras disposiciones del CC se incluye la obligación de escuchar a los menores antes de la toma de decisión del juez sobre cuestiones que le afectan directamente, aunque en un sentido distinto al previsto para los procesos matrimoniales; así, en el artículo 159 CC se alude a la audiencia de los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años con carácter previo a la toma de decisión por parte del juez sobre al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad cuando los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo; en igual sentido se pronuncia el artículo 161 CC en relación a la suspensión del régimen de visitas con el menor tutelado por la Administración. Por su parte, la LO 8/2021, de 4 de junio de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI), refuerza el derecho a ser oído de los menores en los procesos judiciales introduciendo modificaciones en los artículos 154 y 158 CC, que se apartan de las previsiones anteriormente expuestas contenidas en la norma sustantiva; en el primero, relativo a los desacuerdos de los progenitores en materia de patria potestad, se establece la obligación de ser

12. Resulta llamativo que se haya desaprovechado la oportunidad de unificar la regulación de la audiencia del menor a través de las distintas leyes que en los últimos años han introducido modificaciones en las disposiciones que la regulan.

En igual sentido, PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 335.

13. Redactado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

14. El inciso final de este apartado 2 se incluye por la LO 8/2021, de 4 de junio de protección de la infancia y adolescencia frente a la violencia.

15. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 15/2005 se establecía la audiencia preceptiva de los mayores de 12 años, que sigue manteniéndose en la LEC en los procesos contenciosos.

oídos a los hijos o hijas siempre que tuvieran suficiente madurez antes de adoptar decisiones que les afecten; mientras que el segundo señala que «la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad», sin establecerse ningún condicionante derivado de la edad o de madurez, en «cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria» en el que se adopten las medidas de protección del menor que el propio precepto enumera.

Como otra muestra más de la disparidad normativa en esta materia, la LEC regula la audiencia del menor en los procesos de separación y divorcio, en los artículos 770.4 y 777.5 LEC dedicados, respectivamente, a los procesos contenciosos o consensuados, que han sido modificados 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* (en adelante, *Ley 8/2021*). En el caso de los primeros, se establece el carácter preceptivo de la audiencia de los menores de 12 años, mientras que, si no alcanzan esa edad, sólo serán oídos si «se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos»¹⁶; en cambio, en los procesos consensuados sólo se oirá a los menores «cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo», sin hacerse distinción alguna en relación a la edad del menor¹⁷.

La audiencia del menor también está prevista en los procedimientos de modificación de medidas definitivas por la remisión del artículo 775.2 LEC a los artículos 770 y 777 LEC¹⁸.

Además de estas previsiones relativas a los procesos matrimoniales, a lo largo del articulado de la ley procesal se regula la audiencia del menor en otros procesos incluidos en el Libro IV LEC; así, se alude a la audiencia del menor, sin establecerse ningún requisito de edad, en el artículo 778 *bis* LEC cuando señala que el juez para conceder la autorización o ratificar el ingreso del menor con problemas de conducta en un centro de protección específico deberá examinarlo y oírlo, una vez que haya sido informado sobre el ingreso en formatos accesibles y en términos que le

-
16. Además, en el inciso segundo del artículo 770.4 LEC se incluyen las exigencias del modo en que debe realizarse esa audiencia señalando que «se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».
 17. En ambos preceptos, la *Ley 8/2021* excluye la referencia al «suficiente juicio» del menor como condicionante a tener en cuenta para acordar la audiencia.
 18. No está prevista en cambio en los procedimientos de adopción de medidas previas a la demanda (artículo 771 LEC).

sean comprensibles y adaptados a su edad y circunstancias; por su parte, en el artículo 778 *quinquies* LEC a la hora de regular el procedimiento en el supuesto de una sustracción internacional de menores, exige que, «antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia, el Juez, en cualquier momento del proceso y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia del mismo no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada». También en el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, el artículo 780 LEC señala que los menores «tendrán derecho a ser parte y a ser oídos y escuchados en el proceso conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor».

Finalmente, en el artículo 18.2.4.^a *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (en adelante, LJV) se regula la audiencia de los menores de edad, especificándose la forma concreta en la que la misma se llevará a cabo y cómo se debe documentar¹⁹.

3. REGULACIÓN AUTONÓMICA

En lo que respecta a la regulación autonómica, destaca especialmente *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña*, relativo a la persona y la familia que, en su artículo 221-6.2, dispone con carácter general que «El menor de edad, de acuerdo con su edad

19. Artículo 18.2.4.^a LJV: «La autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Del resultado de la exploración se levantará en todo caso, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

Tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deberán valorar motivadamente la exploración practicada.

En lo no previsto en este precepto, se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial». Además, en otras disposiciones, se alude a la audiencia de los menores de edad de forma más específica; así, el artículo 235-44, en la adopción y el acogimiento internacionales o el artículo 236-11 en el caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la potestad parental, con carácter previo a la decisión judicial.

También el *Código del Derecho Foral de Aragón*²⁰, en su artículo 6, señala que «Antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años».

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUDIENCIA DEL MENOR

La primera cuestión que debe solventarse sobre la audiencia del menor es la relativa a su naturaleza jurídica, en cuanto, contrariamente a lo que pudiera pensarse, no se trata de una mera discusión teórica, en cuanto su determinación es de gran transcendencia a efectos de llenar las lagunas y resolver las contradicciones que se derivan de la regulación vigente.

De la lectura de la normativa que regula la audiencia del menor podría entenderse que estamos ante un medio de prueba que aporta información al órgano judicial a efectos de la futura sentencia, o considerarse como el cauce a través del cual se manifiesta el derecho del menor a ser oído en todos aquellos asuntos que le afecten. Tal como se expone seguidamente, aunque las dos opciones tienen argumentos a favor y en contra, la segunda es la que tiene un mayor encaje, tal como se entiende también por nuestros tribunales.

No supone obstáculo alguno para considerar que la audiencia del menor es un medio de prueba el hecho de no estar incluido en la enumeración contenida en el artículo 399 LEC a la vista de su carácter enunciativo; es bien sabido que, en su apartado primero, se enumeran los medios de prueba tradicionales (documentos, pruebas testifical y pericial, interrogatorio de partes y reconocimiento judicial) para después permitir, en los apartados siguientes, todos aquellos que sean posibles a través de las nuevas tecnologías, así como cualquier otro medio por el que se pueda obtener certeza sobre los hechos. El verdadero problema no es la falta

20. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

de mención de la audiencia del menor junto con los restantes medios de prueba en el artículo 399.1 LEC, sino que no se prevé el procedimiento probatorio, en cuanto no se indica la forma concreta en que se debe aportar al proceso, practicar y valorar por el órgano judicial; este silencio de legislador obligaría a determinar a qué otro medio de prueba se podría «asimilar» a efectos de su introducción en el proceso.

De todos los medios de prueba previstos en la LEC, la audiencia del menor guarda ciertas similitudes con la declaración testifical o con el reconocimiento judicial; sin embargo, un análisis detenido de las características de estos medios de prueba evidencia su difícil encaje en estas categorías.

La dificultad de considerar la audiencia del menor como una prueba de testigos se fundamenta en dos razones de peso. De un lado, el testigo, a través de su declaración, aporta al proceso su conocimiento sobre los hechos controvertidos con el objeto de que el juez forme su convicción sobre los mismos (artículo 360 LEC), para ello, las preguntas se formularán oralmente, en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión, no debiendo incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaran, se tendrán por no realizadas (artículo 368.1 LEC). En sentido opuesto a lo señalado para los testigos, con la audiencia del menor se pretende que el mismo exponga su voluntad, sus deseos y sus percepciones sobre la situación familiar que está viviendo²¹; tal como se prevé en la CDN y después se reitera en otras disposiciones tanto supranacionales como estatales, se trata de que el menor exprese libremente su opinión para que la misma sea conocida por la autoridad judicial antes de dictar la resolución en el proceso de que se trate. Para ello, y al margen de lo que se expondrá seguidamente en relación a la falta de contradicción durante el desarrollo de la audiencia, el procedimiento de escucha al menor es muy distinto del previsto para el interrogatorio de testigos, pues no se trata de hacerle al menor las preguntas determinadas por las partes sobre los hechos controvertidos, sino que será el órgano judicial, en presencia del Ministerio Fiscal, quien mantenga con el menor una conversación o entrevista, sin formalidad alguna y con todas las garantías que la normativa vigente establece al tratarse de una persona menor de edad; porque lo que se pretende es que el menor, en un ambiente distendido, exponga su percepción personal, sus sentimientos, preferencias, intereses y deseos, sobre la situación que está viviendo y que le va a afectar en su futuro en cuanto va a cambiar su entorno familiar.

21. NEIRA PENA, A., «La audiencia del menor en los procesos de familia», en PILLADO GONZÁLEZ, E. (Dir.), *Los conflictos de derecho de familia desde la justicia terapéutica*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 288.

De otro lado, frente a las obligaciones del testigo de comparecer a presencia judicial, jurar, declarar y decir verdad (artículo 292 LEC), el menor no puede ser obligado a comparecer y a declarar, sino que se atenderá a su voluntad de no acudir ante el llamamiento judicial, pudiendo optar por no ejercer su derecho a ser oído en cuanto se trata de evitar que sufra los efectos perjudiciales para su desarrollo psíquico y emocional que se puede derivar de acudir al proceso.

En lo que respecta al reconocimiento judicial de personas (artículo 353.1 LEC), pese a las similitudes que puede haber con la audiencia del menor, tampoco se pueden equiparar. Es bien cierto que en ambos casos se trata de practicar un interrogatorio por parte del juez²², sin embargo, las diferencias son evidentes puesto que, en el primero, la persona es el objeto de la percepción del juez, mientras que, en la segunda, el menor está ejerciendo un derecho en el curso del proceso que se exterioriza con la exploración por el juez²³.

Al margen de lo expuesto, la gran dificultad para considerar la audiencia del menor como un medio de prueba es la finalidad que se persigue con la misma que no está centrada en demostrar la veracidad de los hechos controvertidos introducidos por las partes en sus escritos de alegaciones, como es propio de los medios de prueba (artículo 281 LEC), sino que, como ya se ha apuntado, se trata de que el menor exprese su opinión sobre la situación conflictiva que enfrenta a los litigantes y que afecta a su esfera personal de forma directa.

Además, frente a lo que ocurre con los medios de prueba, y tal como se expondrá en el apartado siguiente, para la toma de decisión sobre si el menor debe ser oído, la autoridad judicial habrá de tener en cuenta la edad del menor, así como su capacidad de discernimiento y los posibles perjuicios que su declaración pueda causarle, criterios que, sin duda, se

22. Como una prueba de reconocimiento judicial lo califican LÓPEZ YAGÜES, V., *La prueba del reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2005, p. 195; PÉREZ DAUDÍ, V., «Los procesos matrimoniales», en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 287-332. Por su parte, para MORENO («La exploración de menores en los procesos de separación y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva», *La Ley*, n.º 7378, 2010, p. 2) la audiencia del menor es un «reconocimiento de personas *sui generis* que tiene como principal finalidad escuchar al menor sobre las medidas de carácter personal que se van a tomar respecto al mismo».

23. Así lo apunta, con acierto, ABEL LLUCH (*La prueba en los procesos de familia*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 159) que destaca además las diferencias entre la proposición y práctica del reconocimiento judicial y la audiencia del menor.

alejan de la pertinencia, utilidad y necesidad, que son los propios que tendrá en cuenta el juez para admitir los medios de prueba propuestos por las partes.

No menos importante es destacar, como ya se ha adelantado, que el desarrollo de la audiencia del menor no se llevará a cabo de forma contradictoria, como es requisito indispensable de los medios de prueba que deben practicarse en el momento del juicio en presencia de las partes y sus abogados (artículo 289 LEC); es más, para garantizar la privacidad del menor, su audiencia se hará de forma privada, con exclusión de la publicidad propia del acto del juicio. A lo expuesto se añade que la audiencia del menor se debe realizar respetando las garantías previstas legalmente relativas a las condiciones de lugar, tiempo y modo para evitar que su paso por el proceso pueda producirles un perjuicio en su desarrollo psíquico y emocional; garantías que no se prevén en relación a los medios de prueba. Así, tal como se analiza con detalle en otro capítulo de esta obra, la exploración del menor se debe realizar de acuerdo con los condicionantes que se prevén legalmente y que tienen por objeto no sólo evitarles daños psicológicos o emocionales, sino también lograr el buen fin de la diligencia al generar un ambiente de confianza y seguridad en el menor propicio para que exprese de forma libre y sincera sus deseos, intereses e inquietudes.

La posición mantenida por la jurisprudencia mayoritaria va muy en la línea de lo expuesto²⁴; así, la STS de 18 de enero de 2018 señala expresamente que la audiencia del menor «no es propiamente una prueba»²⁵, mientras que el TSJ de Cataluña, en su sentencia de 13 de diciembre de 2012, añade que «difícilmente puede considerarse un medio de prueba en el que basar una resolución sino el medio por el que el menor afectado por

24. Otro tanto ocurre con la doctrina que entiende que no se trata de un medio de prueba, sino de un derecho del menor; ABEL LLUCH., *La prueba en los procesos de familia...*, *op. cit.*, pp. 158-161; NEIRA PENA, A., «La audiencia del menor en los procesos de familia» ..., *op. cit.*, pp. 287-290.

Como auténtico medio de prueba la califica, en cambio, VERNENGO PELLEJERO («Problemática relativa a la exploración del menor en los procesos contenciosos matrimoniales», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 124, enero-febrero 2017, p. 3), considerándola un híbrido entre la prueba testifical y la pericial al presentar caracteres propios de la declaración de testigos y exigirse también, en ocasiones, la presencia de expertos en psicología infantil para asistir y orientar al juez durante su declaración, analizando el estado psicológico del menor.

25. STS de 15 enero de 2018 (RJ 2018, 28).

En el mismo sentido, AATS de 12 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5663); 16 de junio de 2021 (RJ 2021, 2862).

No obstante, en ocasiones, el TS, sobre todo cuando trata de justificar la suficiencia de la motivación de la denegación de la exploración del menor, solicitada por la parte, utiliza el término «prueba propuesta por la madre» (STS de 25 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4676).

un procedimiento puede dar a conocer al Juez su opinión»²⁶. Esto es, de forma bastante concluyente entienden nuestros tribunales que la audiencia del menor no constituye un medio de prueba de los hechos investigados o debatidos en un procedimiento sino «un derecho propio del menor, concebido para la salvaguarda de su propio interés»²⁷.

En coherencia con lo apuntado, debe concluirse que la audiencia del menor no es un medio de prueba puesto que no persigue el convencimiento del juez sobre la veracidad de los hechos controvertidos, sino que se trata del cauce procesal a través del cual se materializa el derecho del menor a ser oído en todos aquellos asuntos que le conciernan. Esto es, un derecho a manifestar sus opiniones, sus sentimientos y sus percepciones sobre el conflicto que separa a las partes (sus progenitores en muchas ocasiones) y cuya resolución a través de la sentencia va a suponer un importante cambio en su vida; la finalidad que se persigue es que el juez, y también el Ministerio fiscal, en cuanto garante de los derechos del menor, escuchen sus preferencias concretas (sobre la custodia, materna, paterna o compartida, sobre el régimen de visitas con sus abuelos o allegados, por ejemplo) y sus intereses (de vivir con un progenitor o con el otro, o en un determinado lugar u otro distinto) a efectos de que se adopte la decisión que sea más beneficiosa, respondiendo a su interés. Tal como señala el TS en su sentencia de 27 de julio de 2021 «La audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida y mejor protección»²⁸. Porque no podemos olvidar que cuando están involucrados menores de edad, las decisiones que se adopten deben estar siempre orientadas a su interés superior y, para ello, es de especial importancia escucharlos para así permitir al juez conocer de primera mano cómo están viviendo el conflicto y cómo les va a afectar la resolución del mismo a través de la sentencia, ayudándoles a formar su convicción. En esta misma línea, la SAP de Barcelona, de 26 de julio de 2015 apunta que «El objetivo de la diligencia de audiencia del menor es la comprobación por el juez o el tribunal de todo un conjunto de circunstancias, generalmente subjetivas, y la percepción directa de la situación en la que se encuentra el menor,

26. STSJ de Cataluña, de 13 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 11188).

Para la AP de Barcelona, de 11 de febrero de 2013 (JUR 2013, 115997) la audiencia del menor no debe ser considerada como un medio de prueba sino como «una diligencia o actuación judicial que tiene como finalidad satisfacer el derecho del menor a ser oído».

27. STSJ de Navarra, de 10 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5663).

Con igual contundencia se pronuncia la SAP de Barcelona de 2 de octubre de 2014 (JUR 2014, 261050) cuando señala que «la audiencia del menor más que medio probatorio debe considerarse como un derecho que habrá de realizarse en la forma que le sea más beneficioso al mismo».

28. STS de 27 de julio de 2021 (RJ 2021, 4023).

para alcanzar la conclusión de lo que puede ser de mayor beneficio para el mismo»²⁹.

Ahora bien, aunque no se trata de un medio de prueba en sentido estricto, no quiere decir que las manifestaciones del menor no puedan ser tenidas en cuenta por el juez en la sentencia que se dicte en el sentido de facilitarle la toma de decisión sobre determinadas cuestiones controvertidas; esto es, no se puede negar que la audiencia del menor tiene relevancia probatoria en cuanto la información facilitada por el mismo podrá ayudar al juez a integrar su convicción siempre a la vista del interés del menor, tal como exige la normativa vigente³⁰. A este precepto, el artículo 9.3 *in fine* LOPJM señala que, en las resoluciones sobre el fondo, deberá hacerse constar «el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

Finalmente, no se debe perder de vista que el menor tiene derecho a no acudir ante el juez a ser escuchado, pues tal como se indica por el Comité de los Derechos del Niño en su *Observación general n.º 12*, «para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación»³¹, de tal manera que no se le podrá obligar a declarar, siendo el mismo el que tomará la decisión sobre si quiere o no hacerlo. Debe recordarse que el objeto que se persigue con la audiencia del menor es que la autoridad judicial conozca la visión que tiene el mismo sobre el conflicto a efectos de que pueda tomar la decisión que sea más beneficiosa para el bienestar del menor; esto es, toda la información facilitada le ayudará a entender qué es mejor para el mismo; en coherencia con ello, es importante que el menor esté informado de que su opinión, pese a su relevancia, no vincula al juez, que será quien tome la decisión final que se reflejará en la sentencia³². Se trata con ello de que el menor no se sienta responsable de cómo se resuelve el conflicto y no le genere la audiencia un estrés y una tensión que puede redundar de forma negativa en su desarrollo psíquico y emocional. Precisamente por eso, el menor podrá renunciar a su derecho a ser oído, ya sea de forma total o bien sólo parcialmente, negándose a contestar aquellas preguntas que supongan un posicionamiento con alguno de sus progenitores.

29. *Vid.* SAP de Barcelona, 447/2015, de 26 de junio (JUR 2015, 187169).

30. En el mismo sentido, NEIRA PENA, A., «La audiencia del menor en los procesos de familia» ..., *op. cit.*, p. 289.

31. Apartado III.A.16 Comité de Derechos del Niño, *Observación general n.º 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado...*, *op. cit.*

En el apartado III.D.134.b se añade que «Jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento».

32. ABEL LLUCH, X., *La prueba en los procesos de familia...*, *op. cit.*, p. 165.

IV. CARÁCTER PRECEPTIVO O FACULTATIVO DE LA AUDIENCIA DEL MENOR

Como ya se ha apuntado en el apartado dedicado a la normativa vigente, la audiencia del menor está regulada en distintas disposiciones, incluidas en diferentes textos legislativos, que, lejos de determinar los casos concretos en que se hace necesario escuchar la opinión del menor antes de la adopción de la resolución que le afecta, generan dudas sobre su carácter preceptivo o facultativo.

La aclaración de todas las dudas sobre cuándo es exigible la audiencia del menor requiere tomar como base las previsiones contenidas en la CDN y la LOPJM que, tal como indica la STC 141/2000, de 29 de mayo, conforman «el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos».

Concretamente, la premisa de la que se debe partir es el artículo 9.1 LOPJM, que de forma general señala que «el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por razón edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social».

Ya en este primer apartado del precepto transcrito se establece una limitación relativa al ámbito objetivo de la audiencia del menor en cuanto se apunta que procederá en cualquier procedimiento en que el menor esté afectado y la decisión que se pueda dictar incida en su «esfera personal, familiar o social»; tratándose de procesos de familia, es clara la afectación del menor en los procesos matrimoniales o en los de filiación o en los de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores o de adopción³³. Pero la audiencia del menor se condiciona además a que la decisión que se adopte en el proceso «afecte a su esfera

33. El Comité de Derecho del Niño (Observación general n.º 12 (2009). *El derecho del niño a ser escuchado...*, *op. cit.*, apartado III, 51 y ss.) alude expresamente al derecho del menor a ser escuchado en los siguientes procesos civiles: divorcio y separación, incluidos los procedimientos de mediación, teniendo en cuenta que se resuelven cuestiones como la custodia o la manutención del menor; separación de los progenitores o formas sustitutivas de cuidado para aquellos casos en que no cumplen de forma adecuada los deberes que trae consigo el ejercicio de la patria potestad, por lo que deben adoptarse medidas de protección (por ejemplo, cuando se acuerda un acogimiento o se limita el régimen de visitas de los progenitores); la adopción o la *kafala* del derecho islámico.

personal, familiar o social», sin inclusión expresa de la esfera patrimonial; pese a esa omisión, el precepto debe interpretarse en sentido amplio en la línea del tenor de la normativa tanto supranacional como estatal que incluye el interés del menor como un principio inspirador de todas las actuaciones realizadas en relación a las personas menores de edad³⁴. Por tanto, si la resolución que se va a dictar en el proceso de familia afecta a la esfera patrimonial del menor (como puede ser la determinación de la cuantía concreta de una pensión alimenticia), éste deberá ser oído.

En cuanto a las limitaciones subjetivas, en el apartado 2 del artículo 9 LOPJM se concreta que la autoridad judicial deberá escuchar a los menores que tengan suficiente madurez y en todo caso a los mayores de 12 años a la vista de la presunción *iures et de iure* incluida *in fine*. La inclusión del requisito de la madurez del menor tiene su razón de ser en la propia finalidad de la audiencia centrada en que el menor pueda expresar de forma libre sus opiniones³⁵, lo que sólo será posible si el mismo posee el juicio suficiente para entender lo que ocurre a su alrededor y formarse una opinión propia sobre lo que está viviendo y sintiendo³⁶.

De la lectura del artículo 9.2 LORPM, se deriva de forma clara que el menor deberá ser escuchado en el proceso en dos casos concretos: de un lado, cuando haya alcanzado la edad de 12 años; y, de otro, cuando, siendo menor de esa edad, tenga suficiente madurez.

En este sentido deben ser interpretadas las disposiciones que, con diverso criterio, se contienen en el CC y en la LEC en relación al derecho a ser oído en los procesos matrimoniales. Debe recordarse que la norma sustantiva establece que los menores serán oídos cuando tengan suficiente juicio y se considere necesario por la autoridad judicial (artículo 92.6 CC), mientras que la norma procesal, en lo que respecta a los procesos contenciosos, prevé el carácter preceptivo de la audiencia del menor de 12 años y, en otro caso, si se estimare necesario, y en los procesos consensuados

34. En este sentido, el art. 12.1 CDN a la hora de delimitar el derecho del menor a ser oído alude de forma genérica a «todos los asuntos que afectan al niño», sin ningún condicionante.

El Grupo de Trabajo de composición abierta establecido por la Comisión de Derechos Humanos que redactó el texto de la CDN rechazó una propuesta para definir esos asuntos mediante una lista que limitara la consideración de las opiniones de un niño; por el contrario, se decidió que el derecho del niño a ser escuchado debía referirse a «todos los asuntos que afectan al niño». *Vid.*, apartado III.27, Comité de Derechos del Niño, *Observación general n.º 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado...*, *op. cit.*

35. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005, p. 184.

36. No olvidemos que la CDN condiciona el derecho del menor a que «esté en condiciones de formarse un juicio propio» (artículo 12.1).

sólo cuando se estime necesario por la autoridad judicial, sin establecerse distinción alguna por la edad del menor (artículos. 770.4 y 777.5 LEC). Tal como señala la STS de 20 de octubre de 2014, «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de 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»³⁷.

En esta línea se pronuncia con carácter general el artículo 154 CC, modificado por la disposición final 2ª LOPIVI, cuando señala que «Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo».

En consecuencia, la audiencia del menor será preceptiva en los procesos matrimoniales cuando se dé alguno de los supuestos previstos en el artículo 9.2 LOPJM: o bien que se trate de un menor de 12 años o, en caso de no haber alcanzado esa edad, que el mismo tenga suficiente juicio³⁸. Y todo ello pese a que la Ley 8/2021 ha modificado los artículos 770.4 y 777.5 LEC excluyendo la referencia al «suficiente juicio» como elemento de valoración de la necesidad de escucha del menor, pues, como antes se comentó, la LOPJM junto con la CDN constituyen normas de orden público que conforman el estatuto jurídico indisponible de las personas menores de edad y deben ser respetadas en todo caso. Esta omisión de la referencia a la suficiencia de juicio o madurez del menor no tiene ninguna justificación pues carece de sentido escucharle cuando no es capaz de entender lo que ocurre a su alrededor pues no podrá formarse ninguna opinión que pueda transmitir a la autoridad judicial. A esto se añade un argumento fundamental centrado en el interés superior del menor que es «la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño»³⁹. Esto supone que todas las resoluciones que afecten a menores debe reflejarse claramente que están inspiradas en el

37. STS de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5613).

En el mismo sentido, STS de 7 de marzo de 2017 (RJ 2017, 703)

38. En el sentido expuesto, en la STS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 4317) se rechaza la necesidad de escuchar al menor porque no tenía 12 años ni suficiente juicio.

39. STC 178/2000, de 14 de noviembre de 2020.

interés del menor; más concretamente, en relación al derecho a ser oído, deberán incluirse los motivos que han llevado a escuchar o no al menor a la vista de su propio beneficio. La propia CDN, en su artículo 3, alude expresamente a la obligación de los Estados partes de tener en cuenta las opiniones del niño «en función de su edad y madurez», lo que supone que necesariamente deberá tomarse como elemento esencial en la toma de decisión sobre si debe darse audiencia al menor, su capacidad de comprender y evaluar un asunto concreto y sus consecuencias, esto es, su propia capacidad de entender y de expresar sus opiniones. En otras palabras, habrá de tenerse en cuenta, en los términos del artículo 9.2 LOPJM, si el menor tiene «suficiente juicio».

En los restantes procesos de familia y siempre que se cumpla el presupuesto general de que la resolución judicial que se dicte en el mismo pueda afectar de forma directa a la esfera personal o patrimonial del menor⁴⁰, el mismo deberá ser oído en los mismos supuestos previstos en el artículo 9.2 LOPJ; se trataría, por ejemplo, de los procesos en lo que se adopten las medidas del artículo 158 CC, en materia de filiación, guarda o custodia, sobre medidas de protección (artículos 779 y 780 LEC), o en supuestos de adopción o sustracción internacional de menores.

Ahora bien, pese a lo expuesto sobre el carácter preceptivo de la audiencia del menor, no estamos ante un derecho absoluto, de manera que, tal como se expondrá seguidamente, no en todos los casos los menores de más de 12 años y los que no han alcanzado esa edad pero tienen suficiente juicio deben ser escuchados por la autoridad judicial, pues se admiten excepciones a la vista de las circunstancias concurrentes que evidencian que, a la vista del interés superior del menor, no procede esa audiencia; se trata de supuestos en que acudir ante el juez para dar su opinión puede causar un perjuicio al menor o resulta innecesario escucharla porque ya consta en el proceso o existe un acuerdo entre las partes sobre las medidas a adoptar como ocurre en los procesos matrimoniales consensuados.

Estando clara la obligatoriedad de la audiencia del menor de 12 años, la determinación de los supuestos en que deben ser oídos quienes no alcancen esa edad no es tarea sencilla en cuanto el artículo 9.2 LOPJM a efectos de la determinación del suficiente juicio únicamente señala que «La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso».

Se ha prescindido en nuestro sistema del establecimiento de tramos de edad, con la inclusión de límites dentro de los cuales el menor no debería

40. STS de 19 de julio de 2021 (RJ 2021, 3411).

ser escuchado⁴¹; en su lugar, se condiciona el derecho del menor a que el mismo tenga suficiencia de juicio⁴², esto es, que tenga capacidad para entender y que sea capaz de manifestar su opinión⁴³. Estamos ante un concepto jurídico indeterminado cuya concreción no está exenta de dificultades ante la falta de criterios, siquiera orientativos, que puedan ser aplicados con carácter general para su determinación. En coherencia con las previsiones contenidas en la CDN, es precisa una evaluación individualizada de la capacidad del menor, de tal manera que será necesario valorar todas las «circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate»⁴⁴.

La decisión sobre la madurez del menor le corresponde al juez, quien podrá auxiliarse del equipo psicossocial que se entrevistará de forma previa con el menor y emitirá el correspondiente informe; también podrá valerse de la información que pueden facilitar los progenitores sobre la madurez de su hijo, aunque, en muchas ocasiones, no exista acuerdo entre ellos sobre esta cuestión⁴⁵.

En todos los supuestos legales, será el propio juez quien, de oficio, garantice el derecho del menor a ser oído, sin necesidad de que sea el

41. En la misma línea de lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño (Observación general n.º 12 (2009). *El derecho del niño a ser escuchado...*, *op. cit.*, apartado III, 21) que insiste en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.
42. Alude la CDN, en su art. 12, a la «capacidad de formarse un juicio propio». Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño (*Observación general n.º 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado...*, *op. cit.*, apartado III, 30) señala que «“Madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente».
43. En la STS de 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 4756) se habla de «grado de discernimiento y de enfoque autónomo en su toma de decisiones».
44. Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.
45. Como señala la STS de 4 de noviembre 2013 (RJ 2013, 7074) «la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor».

propio menor o las partes del proceso quienes soliciten que se lleve a cabo. Habrá ocasiones en que sea el menor quien manifieste su interés en que la autoridad judicial escuche cuál es su opinión sobre el asunto que se debate en el proceso o también alguno de los progenitores que son parte en el mismo pueden instar al juez para que dé audiencia a los hijos; no obstante, cuando ni las partes ni el menor la soliciten, será el juez quien, de oficio, deberá llamar al menor para que sea escuchado⁴⁶.

Ahora bien, como ya se ha apuntado, pese al carácter preceptivo de la audiencia del menor en los supuestos legales, no quiere decir que no puedan darse excepciones sobre la base precisamente del interés del menor que aconseje que no sea escuchado en un caso concreto a la vista de las circunstancias concurrentes. En este sentido, el TS en sentencia de 27 de julio de 2021 señala que «no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescindiera de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio»⁴⁷. Esta posición ya había sido mantenida por el TEDH en sus sentencias de 8 de julio de 2003 y 11 de octubre de 2016 que advertía que «sería ir demasiado lejos decir que los tribunales nacionales siempre estén obligados a escuchar a un niño en el tribunal...; esta cuestión depende de las circunstancias específicas de cada caso, teniendo debidamente en cuenta la edad y madurez del niño en cuestión»⁴⁸.

Así, puede ocurrir que aun tratándose de un menor de más de 12 años o que no haya alcanzado esa edad pero que tenga juicio suficiente, se considere por la autoridad judicial que no es procedente su audiencia por los perjuicios que pueda llegar a generarle acudir al proceso.

Como se adelantó, no se puede obviar que la audiencia del menor puede repercutirle negativamente en su estabilidad psíquica y emocional, porque los procesos de familia tienen una gran complejidad derivada de sus características propias, derivadas en gran parte de las relaciones y vínculos tan estrechos que se establecen entre sus miembros (progenitores,

46. A la necesidad de acordar de oficio la audiencia del menor se refiere en numerosas sentencias el TS; *Vid.*, por todas, STS de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5613).

47. STS de 27 julio de 2021 (RJ 2021, 4023).

En el mismo sentido, STSJ de Navarra, de 10 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5663).

48. SSTEDH de 8 julio 2003, Asunto Sahin-Alemania (JUR 2003, 162884) y de 11 octubre 2016, Asunto Iglesias-España (TEDH 2016, 72).

hijos, familia extensa...); esos vínculos llevan a que los conflictos que se originan en la familia están inmersos de sentimientos y emociones muy intensas que hacen muy difícil su gestión. Por ese motivo, en muchas ocasiones, los procesos judiciales, debido a su carácter adversarial, producen un enfrentamiento entre las partes que lleva a que mantengan sus posiciones de forma excesivamente apasionada e incluso irreflexiva; un ejemplo paradigmático es el proceso de separación o divorcio contencioso que provoca en muchas ocasiones una agudización del conflicto interpersonal y el deterioro o incluso ruptura de las relaciones paternofiliales⁴⁹. En este contexto, la declaración del menor, al verse involucrado en el «fuego cruzado» entre los progenitores, puede causarle traumas difíciles de sobrellevar y superar a lo largo del tiempo⁵⁰. En estos casos, habría que evitar que el niño o niña se sienta culpable de la ruptura y piense que, en alguna medida, está fallando a uno de los progenitores; las posibles presiones externas o la asunción de responsabilidades que no les corresponden podrían causarles graves daños psicológicos difíciles de reparar⁵¹.

Además, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 9.1 LOPJ, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio del derecho de audiencia en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, cuando el mismo acude al proceso a dar su opinión sobre la crisis familiar que está viviendo, es conocedor de que todo lo que pueda decir ante la autoridad judicial, aunque no le vincule, habrá de ser tenido en cuenta y valorado por el mismo, ayudándole a formar su convicción a efectos de tomar la decisión que se reflejará en la sentencia. Esto se produce, sobre todo, en el caso de los menores de más edad que son muy conscientes de la importancia de sus manifestaciones, con el consiguiente estrés y angustia que ello les produce⁵².

49. PILLADO GONZÁLEZ, E., «Incidencia de la ley 5/2012 en los principios básicos del procedimiento de mediación familiar previstos en la legislación autonómica», en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 497-511.

50. ROMERO COLOMA, A. M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales», *Diario La Ley*, núm. 7956, 2 de noviembre de 2012, p. 4.

También el Comité de Derechos del Niño (*Observación general n.º 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado...*, *op. cit.*, apartado A.24) hace referencia expresa a los efectos traumáticos que el proceso de escucha puede acusar en el menor.

51. PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes...* *op. cit.*, p. 337.

52. Y ello sin contar con aquellas situaciones, descritas por ROMERO COLOMA («La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales...», *op. cit.*, p. 4) en las que los propios progenitores se empeñan en dar a sus hijos instrucciones, recomendaciones, sugerencias o consejos e incluso órdenes acerca de

Así, será necesario que el juez pondere todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto para tomar la decisión más adecuada sobre la conveniencia de escuchar al menor siempre sin perder de vista que la misma debe estar sustentada en lo que es mejor para su bienestar. Es decir, habrá de evitarse que «de un derecho que pretende servir al interés superior del menor, no se derive un daño para éste»⁵³. En este sentido, tienen en cuenta nuestros tribunales «la revictimización que entraña» la declaración⁵⁴; la necesidad de proteger al menor de cualquier conflicto, incluyendo «la tarea de preservar a los hijos de la litigiosidad entre los progenitores evitándoles no sólo la ansiedad que les provoca la asistencia a los órganos judiciales sino el posicionamiento que a ello les puede obligar y el enfrentamiento con respecto a los padres que comporta»⁵⁵; o «la evitación de experiencias gravosas o generadoras de eventual daño psicológico»⁵⁶.

También puede ocurrir que la autoridad judicial competente considere innecesaria la audiencia del menor. Esto puede tener lugar en aquellos casos en que existe un acuerdo entre las partes sobre las medidas a adoptar⁵⁷, como ocurre en los procesos consensuados; o cuando la opinión del menor ya consta en las actuaciones y no ha habido cambio de circunstancias. En ese sentido se pronuncia el TS en su sentencia de 25 de octubre de 2017 en la que se considera improcedente una nueva audiencia, que sería la tercera, debiendo garantizarse el interés del menor, evitando cualquier perturbación dañosa derivada de su reiterada intervención en el ámbito judicial⁵⁸.

lo que deben declarar en el juicio, lo que genera todavía más la tensión y el estrés a los menores.

53. ORTEGA GUERRERO, I., «El principio de interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea», *Psicopatología clínica, legal y forense*, vol. 2. núm. 3, p. 95.
54. STSJ de Navarra, de 10 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5663).
55. SAP de Barcelona, de 21 de marzo de 2018 (JUR 2018, 167475).
56. SAP de Madrid, de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016, 95201).
57. STS de 10 de julio de 2015 (RJ 2015/2564).
58. STS de 25 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4676).

También en la STS de 4 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7074) se consideró innecesaria la audiencia de la menor porque ya había sido explorada «en el curso de las pruebas periciales por parte del Gabinete Psicosocial, así como ha manifestado su opinión de forma clara a lo largo de todo el procedimiento administrativo».

El Comité de Derechos del Niño (El Comité de Derecho del Niño (Observación general n.º 12 (2009). *El derecho del niño a ser escuchado...*, op. cit., apartado III, 24) advierte de la inadecuación de entrevistar al menor «con más frecuencia de la necesaria».

También el Defensor del Pueblo (*Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, mayo 2014,

En íntima conexión con esta cuestión, no existe una posición unánime sobre la posibilidad de sustituir la audiencia del menor ante el juez por el informe técnico emitido previamente por el equipo psicosocial que ya ha explorado al menor. Las dudas surgen del tenor literal del artículo 9.2 LOPJM que establece que, cuando el menor no pueda ejercitar el derecho a ser oído por sí mismo «o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente». Este precepto ha sido interpretado en el sentido de considerar innecesario que el juez dé audiencia al menor cuando su opinión ha quedado reflejada en el informe psicosocial. A este respecto, en la STC 163/2009, de 29 de junio, se considera que no ha habido lesión del derecho a la tutela judicial efectiva al no darle audiencia al menor de 11 años porque su opinión ya costaba en el informe elaborado por el equipo psicosocial. También el TS se ha manifestado en este sentido considerando acertada la decisión del juez de instancia que entendió que no era necesario escuchar a la menor porque ya había sido explorada por el gabinete psicosocial⁵⁹.

Sin embargo, argumentos de peso permiten mantener que el derecho del menor a ser oído no debe ser sustituido en todo caso y de forma automática por el informe emitido por el equipo psicosocial⁶⁰. En concreto, existen grandes diferencias en la naturaleza jurídica y finalidad de ambos. A saber, la audiencia del menor es un derecho del mismo a expresar su opinión en relación al asunto que le va a afectar de forma directa y cuyo ejercicio permitirá al juez conocer información que puede ayudarle a formar su convicción y hacerlo de la forma más respetuosa con su interés; de ahí la relevancia de la inmediación judicial y también la presencia del

p. 40) se pronuncia en esta misma línea cuando señala que, una vez escuchado el menor cuando se adopte una decisión que le afecte en la fase cautelar del proceso, «la prudencia para evitar reiteraciones innecesarias de los actos de escucha podría aconsejar no llamar nuevamente al menor cuando las peticiones de las partes sobre las que ha de adoptarse la decisión no difieran en lo sustancial de las adoptadas de forma provisional, salvo que el niño lo pida. Ahora bien, cuando se introduzcan elementos nuevos la opinión del menor no debe ser ajena al debate, con independencia del momento procesal en que se esté».

59. STS de 4 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7074).

60. Además, tal como señala el artículo 778 *quinquies* 8 LEC, en relación a las medidas relativas a la sustracción o retorno en los supuestos de sustracción internacional de menores, la función del equipo psicosocial se limita únicamente a una labor de auxilio al juez durante la exploración de los menores. Una previsión similar se contenía en el art. 770.4 LEC en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 8/2021, en el art. 770.4 LEC.

Ministerio Fiscal, quien debe salvaguardar que el menor está expresando sus opiniones de forma libre. En cambio, en la exploración del menor por parte del equipo psicosocial, el menor es un objeto que va a ser examinado a efectos de hacer un informe que auxiliará al juez en el desarrollo del proceso, ayudándole, por ejemplo, a evaluar la madurez del menor o a realizar una correcta interpretación de las manifestaciones vertidas por el mismo⁶¹. Así, no se puede confundir la prueba pericial que realiza el equipo psicosocial con la audiencia del menor por el juez que podrá realizar, en su caso, con ayuda de expertos. En consecuencia, sólo en casos excepcionales y siempre teniendo en cuenta las circunstancias concretas y a la vista del interés del menor, tratando de evitar una sobreexposición del mismo en el proceso, se acordará por el juez en resolución motivada que, una vez explorado por el equipo psicosocial, no procede darle audiencia.

Absolutamente imprescindible en todos esos casos en que se entienda improcedente escuchar al menor a lo largo del proceso es que la autoridad judicial motive su resolución haciendo constar la razones que le han llevado a tomar esa decisión. Claro a este respecto es el artículo 9.3 LOPJM cuando señala que «Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante»⁶².

61. MARÍN LÓPEZ, M. J., «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009, p. 282.

En el mismo sentido, ABEL LLUCH, X., *La prueba en los procesos de familia...*, *op. cit.*, pp. 158-161; NEIRA PENA, A., «La audiencia del menor en los procesos de familia» ..., *op. cit.*, pp. 292-293; ZAERA NAVARRETE, J., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013)», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3, agosto 2015, pp. 802 y 803.

También PÉREZ DAUDÍ, («La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia. (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, Sala 2.ª, de 29 de junio de 2009)», *Diario La Ley*, n.º 7320, 14 de enero de 2010 (La Ley 20694/2009), p. 4) mantiene la improcedencia de sustituir la audiencia del menor por la exploración del equipo psicosocial, pero con una diferencia fundamental en su argumentación, pues para este autor la audiencia del menor es un medio de prueba; ídem, «¿Cuándo debe oírse a los hijos menores de edad en el proceso de familia?», *Diario La Ley*, núm. 8861, 11 de noviembre de 2016, pp. 1-3

62. En ese sentido se pronuncia de forma clara el TS en su sentencia de 20 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5613) cuando señala «para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada».

En la misma línea, en la STS de 10 de julio de 2015 (RJ 2015, 2564) se desestima el recurso presentado en que se pedía la nulidad de actuaciones ante la falta de audiencia de menor de 9 años ya que la misma «ha sido denegada de forma motivada sin que ello afecte a su esfera personal y familiar».

Debe tratarse de una motivación suficiente, a la vista del carácter preceptivo de la audiencia del menor en los supuestos previstos legalmente, de tal manera que no basta una referencia general a su inconveniencia a la vista del interés del menor, sino que deben constar las razones concretas que han llevado a que el juez no considere necesario escuchar al menor⁶³.

Las razones de la negativa a darle audiencia al menor tampoco pueden limitarse a la consideración de que existe un acuerdo entre las partes sobre las medidas a adoptar o que el menor ya ha sido escuchado en un proceso anterior o por los psicólogos o trabajadores sociales que están adscritos a distintos organismos como pueden ser los Institutos de Medicina Legal en cuanto este tipo de informes no pueden, de forma automática, sustituir la declaración del menor⁶⁴.

Otro tanto ocurrirá en aquellos casos en que el juez considere que el menor no tiene juicio suficiente y, por tanto, no es necesario que sea escuchado en el proceso concreto, pues deberá incluir los motivos que han llevado a entender que el menor no tiene capacidad de entendimiento suficiente para emitir su opinión sobre una cuestión que le va a afectar de forma directa.

Aunque no se trata de un medio de prueba, la denegación de la audiencia, al igual que la admisión, puede ser recurrida en reposición, en sentido similar a lo que ocurre con los medios de prueba (arts. 285.2 y 446 LEC)⁶⁵.

63. Es clara a este respecto la AP de Cáceres en su sentencia de 29 de septiembre de 2020 (JUR 2020, 329878) cuando señala que «Como decimos, cuando el menor cuenta con doce años de edad (más en este caso, que la menor cuenta con 14 años de edad), la audiencia del mismo por el Tribunal es preceptiva, y no puede obviarse ni aun cuando se motivara tal decisión, sobre todo cuando la justificación que se ofrece no es asumible. En el presente caso, el Juzgado de instancia, en este Proceso, ha venido a justificar su decisión de rechazar la audiencia o exploración de la menor en los autos principales de Modificación de Medidas, en que la hija menor ya había sido explorada en sede de Medidas Provisionales, y oída por la Psicóloga del Instituto de Medicina Legal que emitió el Informe Forense (así se viene a indicar en el Auto resolutorio del Recurso de Reposición de fecha 8 de Enero de 2.020); justificación que no sólo es insuficiente, sino impropia para prescindir de la audiencia de la menor, ya que es una actuación preceptiva y distinta (o con efectos diferentes) a las consideraciones de los Informes Psicosociales, e incluso a las declaraciones que, ante los psicólogos y trabajadores sociales adscritos a los Institutos de Medicina Legal, pudieran manifestar los menores. La audiencia del menor por el Tribunal tiene por objeto conocer, con absoluta inmediatez, la actitud y la voluntad del menor, quien, además, goza del derecho de exponer ante el Tribunal (que es el Órgano decisor) todas aquellas consideraciones que –entienda– pueden afectar a su interés; audiencia que –se reitera– es preceptiva –y obligatoria– cuando el menor es mayor de 12 años de edad».
64. SSAP de Cáceres, de 11 de diciembre de 2018 (JUR 2018, 27150); de 29 de septiembre de 2020 (JUR 2020, 329878); de 3 de septiembre de 2021 (JUR 2021, 354096).
65. Al carácter recurrible de la resolución denegatoria de la audiencia del menor se refiere el art. 9.1 LOPJ cuando señala que en la misma deberá indicarse «explícitamente los recursos existentes contra tal decisión».

La falta de motivación suficiente de la denegación de la audiencia del menor en aquellos casos en que es preceptiva dará lugar a una nulidad de actuaciones por vulneración de normas esenciales del procedimiento que han causado indefensión (artículo 238.3 LOPJ)⁶⁶.

El propio TC ha destacado la relevancia constitucional del derecho del menor a ser oído, entendiendo que se ha «vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)»⁶⁷.

V. RELEVANCIA PROBATORIA DE LA AUDIENCIA DEL MENOR

Tal como se expuso anteriormente, pese a que la audiencia del menor no es un medio de prueba sino un derecho que le corresponde en todo proceso judicial en que se vaya a adoptar una decisión que le afecte de forma directa, sus manifestaciones tienen relevancia probatoria en cuanto deberán ser tenidas en cuenta por el juez en el momento de dictar sentencia. Así se establece en el artículo 9.3 *in fine* LOPJM en coherencia con lo previsto en el artículo 12.1 CDN.

Las manifestaciones del menor deben ser valoradas por el órgano judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica⁶⁸, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, en especial la edad y madurez del menor, y, por supuesto, siempre a la vista de su interés, que debe inspirar cualquier decisión que se adopte en relación al mismo.

Es importante insistir en que el juez no está vinculado por la opinión vertida por el menor en el proceso⁶⁹, pudiendo apartarse de la misma

66. Son muchas las resoluciones en las que el TS acuerda la nulidad de actuaciones ante la constatación de que el órgano competente no ha escuchado al menor pese a su carácter preceptivo en el caso concreto, ordenando, por tanto, la retroacción de las actuaciones para que se dicte una nueva sentencia, previa audiencia del menor. Entre otras, SSTs de 19 de julio de 2021 (RJ 2021, 3411), de 30 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4795); de 7 de marzo de 2017 (RJ 2017, 703); SAP de Alicante, de 29 de enero de 2003 (AC 2003, 694).

67. STC 2019/64, de 9 de mayo. En sentido contrario, STC 163/2009, de 29 de junio.

68. ABEL LLUCH, X., *La prueba en los procesos de familia...*, op. cit., p. 184.

69. STS de 4 noviembre 2013 (RJ 2013, 7074); SSTSJ de Cataluña de 9 de enero de 2014 (RJ 2014, 1184), de 6 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5922) y 23 de febrero de 2012 (RJ 2012, 8765).

en la toma de decisión, siempre de forma motivada, cuando considere que sus manifestaciones se alejan de lo que es más beneficioso para su armónico desarrollo físico, psíquico y emocional. En esta línea, el TS en la sentencia de 4 de noviembre de 2013, ha entendido que el órgano de instancia actuó correctamente al no tener en cuenta la opinión de la menor en mantener el contacto con su madre a través del correspondiente régimen de visitas «por razones directamente vinculadas a su interés, que no se identifica necesariamente con lo expresado por ella, pues en todo caso debe prevalecer el beneficio de los mismos en orden a su formación integral e integración familiar y social»⁷⁰. Por tanto, los deseos, preferencias y sentimientos del menor, expresados ante la autoridad judicial deberán ser ponderados de forma cuidadosa y valorados en su justa medida en la sentencia⁷¹.

A la vista de la experiencia de nuestros tribunales, ABEL LLUCH, hace un interesante estudio de los criterios judiciales de valoración de la opinión del menor, destacando tres parámetros concretos⁷²; en primer término, el juez deberá tener en consideración si la opinión del menor se ha emitido de forma libre, sin que haya habido ninguna interferencia en su formación con influencias externas de alguno de sus progenitores, familiares u otra persona ajena a la familia. En segundo lugar, también deberá estar atento a que la voluntad expresada por el menor coincida con su interés pues, en ocasiones, sus deseos y preferencias, tal como se ha avanzado ya, están alejadas de lo que es más beneficioso para su bienestar. Finalmente, es posible que exista una contradicción entre las manifestaciones del menor y el resultado que ofrecen otros medios de prueba practicados, en especial, el dictamen emitido por especialistas.

En todo caso, en la sentencia que se dicte, debe reflejarse en qué medida se han tenido en cuenta las opiniones manifestadas por el menor, indicando cómo han influido en la formación de la convicción judicial; en consecuencia, habrán de constar las razones que llevan a esa decisión, tanto si la voluntad del menor es atendida y, por tanto, sus deseos prevalecen en la decisión adoptada, como si el juez se desvincula de la voluntad del menor al entender que se aparta de lo que es más beneficioso para el mismo.

70. STS de 4 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7074).

71. Como señala la STSJ de Cataluña, de 12 de enero de 2017 (RJ 2017, 2078), la opinión del menor, «Siendo cierto que no es el único criterio a tener presente, resulta especialmente relevante, de modo que para no atenderlo, debe justificarse que su deseo no se compadece con su interés».

72. Vid. ABEL LLUCH., *La prueba en los procesos de familia...*, op. cit., pp. 184-188.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X., *La prueba en los procesos de familia*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- ABEL LLUCH, X., «La confidencialidad de la audiencia del menor», *Diario La Ley*, núm. 9418, 20 de mayo de 2019, pp. 1-3.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La audiencia del menor en los procesos judiciales», *La Ley. Derecho de familia*, núm. 7, julio-septiembre de 2015, pp. 1-13.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, mayo 2014.
- LÓPEZ YAGÜES, V., *La prueba del reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2005.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009, pp. 249-283.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005, pp. 165-223.
- MORENO, V., «La exploración de menores en los procesos de separación y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva», *La Ley*, n.º 7378, 2010.
- ORTEGA GUERRERO, I., «El principio de interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea», *Psicopatología clínica, legal y forense*, vol. 2. núm. 3, p. 95.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «¿Cuándo debe oírse a los hijos menores de edad en el proceso de familia?», *Diario La Ley*, núm. 8861, 11 de noviembre de 2016, pp. 1-3.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia. (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, Sala 2.ª, de 29 de junio de 2009)», *Diario La Ley*, n.º 7320, 14 de enero de 2010 (La Ley 20694/2009), pp. 1-5.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «Los procesos matrimoniales», en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (COORD.), *Derecho de familia: procesos matrimoniales*,

convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 287-332.

PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia», *Diario La Ley*, núm. 8866, 18 de noviembre de 2016, pp. 1-5.

PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

PILLADO GONZÁLEZ, E., «Incidencia de la ley 5/2012 en los principios básicos del procedimiento de mediación familiar previstos en la legislación autonómica», en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 497-511.

PILLADO GONZÁLEZ, E. (Dir.), *Los conflictos de derecho de familia desde la justicia terapéutica*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «La capacidad natural como criterio de determinación del derecho del niño a ser escuchado en los procesos matrimoniales», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 7, 1 de julio de 2015, págs. 1-11.

ROMERO COLOMA, A. M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales», *Diario La Ley*, núm. 7956, 2 de noviembre de 2012, pp. 1-17.

VERNENGO PELLEJERO, N. C., «Problemática relativa a la exploración del menor en los procesos contenciosos matrimoniales», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 124, enero-febrero 2017, pp. 1-9.

ZAERA NAVARRETE, J. I., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013)», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3, agosto 2015, pp. 793-810.

Capítulo XXI

La audiencia del menor en los procesos de familia: práctica y documentación de la audiencia¹

PABLO GRANDE SEARA

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRÁCTICA DE LA AUDIENCIA DEL MENOR. 1. *Tipos o modalidades de exploración del menor*. 1.1. Exploración directa del menor por el juez. 1.2. Exploración a través de expertos (Equipo Psicosocial) sin la intervención del juez. 1.3. Audiencia a través de un tercero conocedor de la opinión del menor. 2. *Circunstancias de lugar, tiempo y forma de la audiencia*. 2.1. Lugar en que debe practicarse la exploración del menor. 2.2. Circunstancias de tiempo en la exploración del menor. 2.3. Forma de practicar la exploración del menor. 2.3.1. Deber de información previa. 2.3.2. Sujetos intervinientes en la exploración. Respeto de la privacidad e intimidad. 2.3.3. Desarrollo de la audiencia del menor. A) Fase de acogida. B) Fase de audiencia propiamente dicha. C) Fase de cierre o despedida. III. DOCUMENTACIÓN DE LA AUDIENCIA Y CONFIDENCIALIDAD. IV. BIBLIOGRAFÍA.

-
1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “*Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor*”, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos de I+D+i dentro de los Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad, en la convocatoria de 2019, (Ref. PID2019-106700RB-I00).

I. INTRODUCCIÓN

El derecho del menor a «ser oído y escuchado» en el seno de la familia o en el marco de un procedimiento administrativo o judicial, para que su opinión pueda ser tenida en cuenta, antes de que se adopte cualquier decisión que le pueda afectar, tiene su fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y constituye una clara manifestación del principio del superior interés del menor.

La relevancia de este derecho se pone de manifiesto en que está previsto y regulado en múltiples instrumentos normativos, tanto a nivel supranacional, como nacional, e incluso autonómico. Así, en el ámbito supranacional, cabe destacar, entre otros preceptos, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), el artículo 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (8 de julio de 1992), o el artículo 6 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (25 de enero de 1996). A nivel estatal también son múltiples los cuerpos normativos que regulan de modo más o menos preciso algún aspecto de este derecho del menor a ser oído y escuchado, mereciendo destacarse por su relevancia el Código Civil (arts. 92.6; 154; 156; 158; 159; 177), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 9), la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 770.4ª; 777.5 o 778 quinquies.8), la Ley de Jurisdicción Voluntaria (art. 18.2.4ª) y, más recientemente, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (art. 11). Finalmente, también encontramos referencias normativas a este derecho en distintas leyes autonómicas; sirva citar, a modo de ejemplo, el artículo 42 n) de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, que lo incluye entre los «Derechos de especial protección de la infancia y la adolescencia», el artículo 6 del Código del Derecho Foral de Aragón, o el artículo 211-6 del Código Civil de Cataluña.

Pues bien, esta amalgama de regulaciones a distintos niveles, no siempre concordantes, y las lagunas normativas que pese a todo siguen existiendo en torno a este derecho determinan que múltiples aspectos del ejercicio del mismo continúen siendo controvertidos, pese a ser una actuación a la que nuestros tribunales se enfrentan diariamente.

En particular, en el ámbito de los procesos de familia, los aspectos más relevantes de este derecho en los que se constata una clara falta de consenso son, en primer lugar, la naturaleza jurídica del mismo, es decir, si se trata de un medio de prueba o más bien de un derecho del menor; y, en cualquier caso, sobre la trascendencia probatoria que pueden tener las manifestaciones del menor y los criterios de valoración judicial de las

mismas. También resulta muy cuestionado su carácter preceptivo o no, esto es, delimitar en qué casos es necesario practicar la exploración del menor y en cuáles se puede prescindir de ella; y, en particular, si se puede o no omitir la audiencia del menor por considerarla innecesaria, al constar ya su opinión en los informes del Equipo Psicosocial. De igual modo, existe cierta controversia sobre determinados aspectos referidos al lugar, tiempo y forma de desarrollarse la audiencia del menor, lo que, a su vez, determina que existan prácticas muy dispares a este respecto entre los distintos órganos jurisdiccionales. Finalmente, la discordia entre la doctrina y en la práctica de los tribunales también se ha puesto de relieve muy especialmente en lo relativo a la forma en que debe documentarse la audiencia del menor (mediante videograbación o mediante acta), en torno al contenido del acta y en cuanto a la procedencia o no de dar traslado del acta a los letrados de las partes, siendo una cuestión particularmente espinosa sobre la que ha debido pronunciarse el TC al entrar en colisión el derecho a la intimidad del menor y el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva de las partes.

Pues bien, dado que en un capítulo anterior de esta misma obra ya se han abordado algunas de las problemáticas referidas (la naturaleza jurídica de la audiencia del menor, su carácter preceptivo o no y su relevancia probatoria), en las líneas que siguen, analizaremos las cuestiones más relevantes que se suscitan en torno al modo de practicar la audiencia del menor, es decir, las «garantías» relativas al lugar, tiempo y forma que deben rodear su práctica a fin de que se preserve el interés superior del menor; así como la controversia suscitada en torno al modo de documentar esta actuación procesal.

II. PRÁCTICA DE LA AUDIENCIA DEL MENOR

La forma y las circunstancias en las que ha de practicarse la audiencia del menor, ya sea en primera instancia, en fase de apelación o incluso en fase de ejecución², resultan trascendentales, tanto para evitar que de la misma se puedan derivar perjuicios y tensiones psicológicas y emocionales para el menor, como para el buen fin de la diligencia, en la medida en que si el menor se siente cómodo y en un ambiente que le genera confianza será más probable que se muestre colaborador y exprese con mayor

2. Sobre las circunstancias que pueden determinar que la audiencia del menor se deba practicar en fase de apelación o de ejecución de sentencia, vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia», en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba* (Dir. PICÓ I JUNOY, J. y ABEL LLUCH, X.), Bosch, Barcelona, 2018, pp. 328 y 329.

espontaneidad y sinceridad sus opiniones sobre la medida que se ha de adoptar.

Pese a ello, en nuestro ordenamiento no se regula detalladamente cómo debe practicarse la exploración o audiencia del menor, y simplemente se recogen algunas pautas puntuales sobre las condiciones y el modo en que ha de llevarse a cabo en los artículos 9 LOPJM, 770, 777 y 778 quinquies.8 LEC o 18.2.4^a LJV. Tal ausencia de regulación legal se justifica por ser una cuestión en la que debe primar la flexibilidad, a fin de que las actuaciones y formas procesales se adapten a lo que exige en cada caso el superior interés del menor³.

Pues bien, a partir de las disposiciones contenidas al respecto en los referidos preceptos, así como de la práctica de nuestros tribunales, en las páginas siguientes, analizaremos las modalidades o tipos de exploración del menor y las circunstancias de lugar, tiempo y forma en las que ésta debe practicarse para que la misma pueda resultar exitosa, tanto por la utilidad de la información recabada como por la ausencia de perjuicios que se puedan derivar de la misma para el menor.

1. TIPOS O MODALIDADES DE EXPLORACIÓN DEL MENOR

Las escasas referencias legales a los tipos o modalidades de exploración del menor las encontramos en los artículos 9.2 LOPJM y 770.4^a.II LEC. Conforme al primero de estos preceptos, «para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente». A su vez, el artículo 770.4^a.II LEC dispone que «en las audiencias con los hijos menores (...) se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario»⁴.

3. NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor en los procesos de familia», en *Los conflictos de Derecho de familia desde la Justicia terapéutica* (Dir., PILLADO GONZÁLEZ, E.), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 294.
4. En los mismos términos está redactado el artículo 778 quinquies.8 LEC, relativo al procedimiento para la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.

Como señala LÓPEZ JARA, la regulación contenida en estos artículos y la interpretación que de los mismos ha hecho la jurisprudencia nos permite distinguir, aunque no sin controversia, hasta tres tipos de exploración del menor: a) la exploración o audiencia directa del menor por el juez, que debe ser la forma ordinaria o habitual de escuchar al menor, aunque, a tal efecto, y de modo excepcional, el juez pueda estar asistido por especialistas si fuese necesario; b) la exploración del menor por los expertos del Equipo Psicosocial, sin la intervención del juez, a quien posteriormente transmitirán el resultado de la exploración a través de sus informes técnicos, y que, como veremos, resulta la modalidad más cuestionada; y, c) la audiencia por el juez, pero no directamente del menor, sino de un tercero que por su profesión o relación de especial confianza con éste conoce su opinión y puede transmitirla de modo objetivo⁵.

1.1. Exploración directa del menor por el juez

La regla general a la hora de explorar y escuchar al menor es que sea el juez quien le entreviste y escuche directamente, porque la finalidad de la exploración es, precisamente, que el juez tome contacto directo con el menor y que éste pueda manifestarle personalmente su opinión, preferencias y voluntad sobre la cuestión que le afecta, a fin de que el juez obtenga elementos de juicio para decidir sobre dicha cuestión en el sentido más favorable al interés del menor.

En este sentido, es claro el artículo 9.2 LOPJM al disponer que «se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo»; y, al efecto de garantizar el ejercicio personal de este derecho, el inciso segundo de este mismo precepto dispone que el menor sea asistido por intérpretes cuando sea necesario, y que pueda «expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación»⁶. Y solo cuando esta escucha directa del menor «no sea posible o no convenga al interés del menor» (por ejemplo, porque manifiesta que no quiere ser oído, o para evitar multiexploraciones perjudiciales para el menor) se podrá conocer su opinión a través de otras personas (art. 9.2.III LOPJM), como luego veremos.

5. LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor en los procesos de familia», *La Ley. Derecho de familia*, n.º 20, cuarto trimestre 2018, p. 13.
6. En la misma línea, el artículo 770.4^a.III LEC dispone que «en las audiencias con los hijos menores (...) se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas».

En la misma línea se manifiesta la jurisprudencia, y buena muestra de ello es la SAP de Barcelona, 447/2015, de 26 de junio, en la que se declara que «El objetivo de la diligencia de audiencia del menor es la comprobación por el juez o el tribunal de todo un conjunto de circunstancias, generalmente subjetivas, y la percepción directa de la situación en la que se encuentra el menor, para alcanzar la conclusión de lo que puede ser de mayor beneficio para el mismo»; y añade que «En el modus operandi de la práctica de esta prueba (...) lo esencial es la percepción directa por quien ha de enjuiciar del estado del menor»⁷.

No obstante, si dadas las circunstancias (por ejemplo, por la corta edad del menor, por la existencia de dificultades de comunicación, de trastornos psicológicos o de indicios de manipulación del menor) fuese necesario o conveniente, en esta exploración, el juez puede estar asistido por «profesionales cualificados o expertos», que normalmente serán psicólogos o trabajadores sociales del Equipo Psicosocial adscrito al juzgado, aunque también podría tratarse de peritos privados (por ejemplo, expertos en psicología infantil)⁸.

Tal posibilidad se contempla en distintos preceptos legales, aunque con diferente carácter. Así, mientras que en los artículos 770.4^a.III y 778 quinquies.8 LEC se prevé que el auxilio de estos especialistas se podrá recabar «excepcionalmente» cuando sea necesario; los artículos 9.1.II LOPJM, 154.II CC y 18.2.4^a.II LJV parecen normalizar la intervención de estos profesionales en la exploración judicial del menor como forma de garantizar que la misma se realice en condiciones idóneas y adaptadas a la edad y madurez del menor cuando las circunstancias lo aconsejen⁹. Ante tal divergencia normativa, entendemos que la interpretación más adecuada es la de entender que, en cuanto norma especial, al menos en los procesos matrimoniales y de menores y en los de restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional regulados en la LEC, la intervención de estos profesionales cualificados o expertos debe tener carácter excepcional¹⁰.

7. Vid., SAP de Barcelona, 447/2015, de 26 de junio (JUR 2015/187169).

8. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 320.

9. Vid., NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 298. Por su parte, HERNANDO VALLEJO («La audiencia del menor recabando el auxilio de especialistas», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, p. 64) insiste en el carácter excepcional de la asistencia de estos profesionales en la exploración del menor, destacando una serie de supuestos en los que la misma pueda ser necesaria.

10. En este sentido, vid., LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor...», op. cit., p. 13.

A este respecto, señala ARANGÜENA FANEGO que la preferencia del legislador es que sea directamente el juez (y también el Fiscal) quien lleve a cabo la entrevista con el menor, confiando en que dada su experiencia en estas situaciones sea capaz de generar el clima de confianza y seguridad al menor suficiente para que tenga éxito; de modo que la presencia de especialistas sólo se prevé excepcionalmente, cuando resulte necesario recabar su auxilio. La excepcionalidad de la intervención de estos expertos en la exploración del menor puede explicarse porque el grado de intimidación del menor se puede ver incrementado cuantos más sujetos estén presentes en la audiencia. No obstante, también apunta la autora que, en ocasiones, la intermediación de alguno de estos profesionales en la entrevista con el menor puede ser altamente eficaz para dirigir adecuadamente las preguntas y propiciar la tranquilidad y espontaneidad en sus respuestas, brindando así al Juez un importante recurso para lograr el éxito de la diligencia¹¹.

En cualquier caso, dependerá del criterio del juez la valoración de si es necesaria y procede o no la asistencia a la exploración del menor de estos profesionales cualificados¹²; y, en su caso, también será el juez quien decida la cualificación del especialista en cuestión, aunque, como apunta HERNANDO VALLEJO, no existe ningún impedimento en dejar esta decisión al Equipo Psicosocial si el juez desconoce qué tipo de profesional es el más adecuado para dicha asistencia atendiendo a las circunstancias del menor¹³.

Por lo demás, la regulación tampoco dice nada específico sobre el tipo de intervención que pueden tener estos profesionales en el desarrollo de la audiencia del menor, limitándose a atribuirles una función de «asistencia» (art. 9.1.II LOPJM) o de «auxilio» (arts. 770.4^a.III y 778 quinquies.8 LEC y 18.2.4^a.II LJV) al juez en la práctica de la diligencia. No obstante, como se explica a continuación, esta falta de concreción legal, unido a la previsión del artículo 9.2.III LOPJM, que permite conocer la opinión del menor a través de personas que, por su profesión, puedan transmitirla objetivamente, ha permitido que, en la práctica, la intervención de estos expertos pueda ser muy dispar, e ir desde ayudar o apoyar al juez en el momento

11. Vid., ARANGÜENA FANEGO, C., «La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales», disponible en <https://docplayer.es/4569479-La-oralidad-y-sus-consecuencias-en-la-diligencia-de-exploracion-del-menor-en-los-procesos-matrimoniales.html>, [última consulta: 13-1-2022].
12. Sobre los criterios para acordar la exploración del menor con el auxilio de especialistas y las pautas para practicar tal exploración, vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor con auxilio de especialistas», en *La audiencia del menor en los procesos de Familia* (Coord., ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 167-170.
13. Vid., HERNANDO VALLEJO, M., «La audiencia del menor recabando el auxilio de especialistas...», op. cit., p. 65.

de la exploración, ofreciéndole pautas concretas para el desarrollo de la entrevista que en todo caso será dirigida y realizada por éste; hasta sustituir la exploración judicial por una entrevista del Equipo Psicosocial con el menor, y sin la presencia del juez, al que posteriormente se le remiten las valoraciones y apreciaciones de los expertos por vía de informe¹⁴.

1.2. Exploración a través de expertos (Equipo Psicosocial) sin la intervención del juez

Como se acaba de exponer, tanto la LOPJM como la LEC y la LJV prevén que, a la hora de realizar la exploración del menor, el juez pueda ser asistido o auxiliado por expertos o especialistas de la psicología o del trabajo social, fundamentalmente, cuando, por las circunstancias del caso, su intervención resulte necesaria para adecuar la exploración a la situación y desarrollo evolutivo del menor, evitando así que tal actuación pueda ser lesiva o perjudicial para sus intereses. A su vez, la doctrina y la jurisprudencia también admiten que, en ciertos casos excepcionales, y que deben ser objeto de interpretación restrictiva, se pueda prescindir de forma motivada de la audiencia directa del menor por el juez cuando aquel ya haya sido entrevistado por Equipo Psicosocial, y su sentir o parecer sobre la decisión que se haya de tomar ya consta de forma clara en los informes de éste, evitándole así los perjuicios que le pudiera deparar la duplicidad de audiencias por los miembros del Equipo Psicosocial y por el juez¹⁵.

14. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 320; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 298. A este respecto, señala ARANGÜENA FANEGO («La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor...», op. cit.) que «lo normal será que su función se limite a “preparar el terreno”, esto es, a entablar un diálogo previo con el menor y preparatorio de la exploración propiamente dicha, explicándole los motivos de su presencia en el juzgado en forma inteligible de acuerdo a su edad y circunstancias personales creando un clima de confianza que le impulse a hablar y a responder a aquellas cosas por las que se le pregunte. Cabe también la posibilidad de que sea el especialista quien formule las preguntas en presencia del Juez o bien incluso, y en circunstancias excepcionales, que sólo esté aquél presente, presenciando el Juez el desarrollo de la diligencia a través de circuito cerrado de vídeo o de un espejo unidireccional en una habitación contigua si se considera necesario para que el menor no se sienta intimidado por su presencia».

15. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., pp. 315 y 316; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., pp. 292 y 293; TINTORÉ GARRIGA, M.P. y TAMBORERO FONT, P., «La audiencia del menor “multientrevistado” a través de las manifestaciones de los padres», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 115 y 116. Vid., asimismo, SSTS 427/2015, de 10 de julio (RJ 2015/2564); 578/2017, de 25 de octubre (RJ 2017/4676); 18/2018, de 15 de enero (RJ 2018/28); AATS de 21 de julio de 2021 (RJ 2021/3754); o de 21 de abril de 2021 (RJ 2021/1817).

Pero lo que no está legalmente previsto es que el juez pueda hacerse sustituir por los profesionales expertos en la práctica de la audiencia al menor, es decir, que delegue en ellos la práctica de la misma¹⁶; ni que el derecho del menor a ser oído por el juez se pueda sustituir de forma automática por lo expresado en los informes técnicos del Equipo Psicosocial que ya ha entrevistado al menor, porque, como señala NEIRA PENA, ambas diligencias tienen una naturaleza y finalidad diversas que hace que deban entenderse como complementarias y no como alternativas¹⁷.

No obstante, en la práctica de nuestros tribunales, con el aval del TS y del TC, sí se ha admitido, en ocasiones, la exploración de menores por especialistas del Equipo Psicosocial, sin la presencia del juez, en atención, por ejemplo, a la corta edad de los menores explorados. En concreto, se ha admitido la posibilidad de prescindir de la audiencia directa del menor por el juez, al considerarla innecesaria, porque la opinión de aquel ya era conocida a través de los informes de los Equipos Psicosociales, que vienen a suplir así la exploración judicial. De acuerdo con esta jurisprudencia, la normativa interna (art. 9.2.III LOPJM) permite que la opinión del menor se recabe por los especialistas que intervienen en el proceso, en cuyo caso el juez podrá denegar la exploración directa del menor de forma motivada.

En este sentido se pronunció, por ejemplo, la STS 663/2013, de 4 de noviembre, en un proceso sobre la suspensión cautelar del régimen de visitas, estancias y comunicaciones entre una menor acogida y su familia biológica, acordada por la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias. En ella, el TS estima acertada la decisión del órgano judicial de omitir la exploración de la menor de doce años por considerarla innecesaria, por cuanto la menor ya había sido explorada en el curso de las pruebas periciales por parte del Gabinete Psicosocial y ya había manifestado su opinión de forma clara a lo largo de todo el proceso administrativo, lo que, conforme al art. 9 LOPJM, permite suplir la exploración judicial¹⁸.

16. Vid., LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor...», op. cit., p. 13.

17. Vid., NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 293. A este respecto, ABEL LLUCH («La audiencia del menor de edad...», op. cit., pp. 315) señala que la audiencia del menor, como regla general, es preceptiva cuando se dan las condiciones legales (mayoría de doce años y madurez suficiente del menor). Y, si lo que se pretende es sustituir la exploración judicial por el informe psicosocial hemos de tener en cuenta que existen diferencias sustanciales entre la audiencia del menor y el informe psicosocial (en orden a su naturaleza, su finalidad, la inmediatez del juzgador o la intervención del Ministerio Fiscal, entre otros aspectos).

18. Vid., STS 663/2013, de 4 de noviembre (RJ 2013/7074). A su vez, en la STS 194/2018, de 6 de abril (RJ 2018/1430), se estima procedente la decisión de no oír a los menores afectados, por entender que no era aconsejable su exploración, en atención a su corta

Además, este modo de proceder ha sido avalado por el TC, en su sentencia 163/2009, de 29 de junio¹⁹, en la que el Alto Tribunal, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, cambia la doctrina sostenida hasta entonces en la que había elevado el derecho del menor a ser oído a rango de derecho fundamental integrado en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE²⁰. En esta sentencia, el TC sostiene que la audiencia del menor ya no se concibe con carácter esencial; y que, al ser el objeto esencial de tal audiencia conocer la opinión del menor sobre las medidas a adoptar, se puede prescindir de ella cuando esta opinión ya sea conocida por el juzgador por constar en las manifestaciones que el menor hizo al Equipo Psicosocial que redactó el oportuno dictamen, es decir, cuando no sea necesaria.

No obstante, esta práctica ha sido muy cuestionada por la doctrina. Así, MARÍN LÓPEZ pone de relieve que esta argumentación del TC no es adecuada, porque, aun cuando la ley permite que, en ciertos casos, la opinión del menor pueda ser conocida a través de estos especialistas, ello solo está previsto para los casos en que el menor no pueda prestar audiencia personal o eso vaya contra su interés. Además, añade que el hecho de que el menor ya haya sido «valorado» por el equipo técnico judicial no impide su posterior audiencia ante el órgano judicial, porque conviene advertir que en el trámite de exploración del menor por el equipo técnico judicial el menor es un «objeto», que es examinado y valorado por los especialistas, aunque para ello, evidentemente, tengan que preguntarle y conocer su opinión, pero el derecho de audiencia es otra cosa. En este caso, el menor no es objeto de examen o exploración, sino que es un sujeto que expresa su opinión sobre la cuestión litigiosa. Este diferente tratamiento del menor es el que justifica también que, en el primer caso, no sea necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, mientras que en el segundo sí (como establece la STC 17/2006, de 30 de enero), pues se trata de salvaguardar que el menor pueda expresar libremente su opinión, sin interferencias ajenas, en el ejercicio de su derecho a ser oído. Finalmente, señala que tal interpretación del TC tampoco se ajustaba a la normativa vigente entonces (anterior a la Ley 13/2003, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial), en

edad (dos hermanos de no más de diez años), pero sí atender a la exploración llevada a cabo por un experto.

19. Vid. STC 163/2009, de 29 de junio (RTC 2009/163).

20. Así lo declaraba, entre otras, en las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002/221) y 152/2005, de 6 de junio (RTC 2005/152).

la que el artículo 770.4^a LEC no hacía depender la audiencia del menor de que el órgano judicial la considerase necesaria²¹.

También PÉREZ DAUDÍ se muestra muy crítico con esta argumentación del TC, sosteniendo que el órgano judicial no puede justificar la no audiencia al menor en que ya ha manifestado su voluntad ante el Equipo Psicosocial, y éste la ha plasmado en su informe, porque la exploración judicial o audiencia al menor tiene la finalidad de que el juez tome contacto directo con el menor y éste pueda manifestarle lo que considere más conveniente. Para que el juez pueda interpretar de forma correcta la intención del menor se puede auxiliar en este acto de los equipos técnicos judiciales que le aportarán los conocimientos técnicos adecuados para valorar correctamente el resultado de este medio de prueba; lo que no puede hacerse es sustituir la intervención directa del órgano judicial por la de los equipos técnicos. Y añade que, si se estimó necesario la audiencia al menor por el equipo técnico judicial para la emisión de su informe, la misma tenía que haberse realizado en las condiciones legalmente previstas; y la forma de aportar al proceso de familia la declaración del menor no es a través del dictamen pericial sino de la práctica de la audiencia prevista en los artículos 92.5 CC y 770 y 777.5^a LEC ante el órgano judicial que está conociendo del proceso, respetando así el principio de inmediación que es esencial a la actual regulación del proceso civil²².

Efectivamente, la referida práctica de los tribunales parece confundir la prueba pericial que constituye el informe elaborado por el Equipo Psicosocial con lo que debe ser la audiencia del menor por el juez, con o sin el auxilio de los expertos. No se puede excluir la audiencia directa del menor por el simple hecho de considerarse innecesaria, al estar recogida ya su opinión en el informe del Equipo Psicosocial, porque el derecho del menor a ser oído no se satisface con que el juez conozca su opinión o preferencias por cualquier medio, sino que requiere que el menor se las pueda manifestar de modo directo al juez, sin intermediarios²³. Además, la eventual sustitución de la audiencia judicial directa por el informe del

-
21. MARÍN LÓPEZ, M. J., «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio», *Derecho Privado y Constitución*, n.º. 23, enero-diciembre, 2009, pp. 281-283. En el mismo sentido, vid., ZAERA NAVARRETE, J., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013)», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º. 3, agosto 2015, pp. 802 y 803.
 22. PÉREZ DAUDÍ, V., «La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia. (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, Sala 2^a, de 29 de junio de 2009)», *Diario La Ley*, n.º 7320, 14 de enero de 2010 (La Ley 20694/2009), p. 4; Idem, «¿Cuándo debe oírse a los hijos menores de edad en el proceso de familia?», *Diario La Ley*, n.º 8861, 11 de noviembre de 2016 (La Ley 8525/2016), pp. 1 y 2.
 23. Vid., LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor...», op. cit., p. 14.

Equipo Psicosocial solo está previsto en el artículo 9.2.III LOPJM cuando la duplicidad de audiencias pueda ser perjudicial para el menor o cuando no sea posible oír al menor, y no por el simple hecho de considerarla innecesaria. Solo el art. 777.5ª LEC, en sede de procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo, permite prescindir de la audiencia del menor atendiendo únicamente al criterio de la innecesariedad.

1.3. Audiencia a través de un tercero conocedor de la opinión del menor

Como se ha señalado, el artículo 9.2 LOPJM impone al juez el deber de garantizar que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar «por sí mismo» el derecho a ser oído y escuchado (o que pueda ejercerlo a través de una persona designada por él para que le represente a tal efecto); y, para ello se prevé que, si es necesario, sea asistido por «intérpretes» o que pueda expresar su opinión a través de «formas no verbales de comunicación» (por ejemplo, que se exprese por escrito).

No obstante, el apartado III de este mismo artículo 9.2 LOPJM, añade que, cuando esta forma de audiencia «no sea posible o no convenga al interés del menor», se podrá conocer su opinión sobre las decisiones a adoptar y que le afecten «por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente».

A nuestro juicio, este precepto está admitiendo que, también con carácter excepcional (solo cuando la audiencia directa del menor no sea posible o pueda ser contraria a su interés) y de forma motivada, el juez pueda acordar que la audiencia directa del menor se sustituya por el conocimiento de su opinión a través de lo manifestado por otras personas, que podrán ser, según las circunstancias del caso, además de los especialistas del Equipo Psicosocial que hayan entrevistado al menor, a los que antes nos referimos, sus representantes legales u otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con el menor, la conozcan y puedan transmitirla objetivamente.

Por tanto, la ley permite que, en estos casos excepcionales, la opinión del menor pueda ser manifestada, en primer lugar, a través de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los del propio menor²⁴. Por ello, en un proceso de nulidad, separación o divorcio,

24. A este respecto, el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (*Observación General n.º 12* (2009). *El derecho del niño a ser escuchado*, párrafos 36 y 37, pp. 12 y 13, disponible

en el que se deban adoptar medidas relativas a un menor, difícilmente podrán asumir este papel de portavoces o representantes del menor a la hora de expresar su opinión sobre tales medidas alguno de los propios progenitores, por cuanto, como señala VERNENGO PELLEJERO, ello atentaría contra el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, además de poder apreciarse un evidente conflicto de intereses entre ellos y el menor, pues su declaración podría estar influenciada por el interés en obtener una sentencia favorable, más que en el interés del menor. Por ello, la autora concluye que resulta francamente desaconsejable la designación de cualquiera de los progenitores para esta tarea en particular; y añade que esta reprobación se hace extensiva a otros familiares próximos del menor (por ejemplo, abuelos o tíos), que también lo serán de sus propios progenitores, y que pueden tener un interés en que la decisión judicial favorezca las pretensiones de una u otra parte²⁵.

En segundo lugar, en estos casos excepcionales, la opinión del menor sobre las medidas a adoptar también podrá ser conocida a través de otras personas que la conozcan por razón de su profesión. A nuestro juicio, la ley está aludiendo aquí, no solo a los especialistas del Equipo Psicosocial, a los que ya nos referimos, quienes podrán conocer la opinión del menor a través de su exploración y transmitirla a través de sus informes técnicos, sino también a otros profesionales (por ejemplo, psicólogos, educadores,

en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>, [última consulta: 24-1-2022]) señala que: «36. El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones (...). 37. El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño».

25. VERNENGO PELLEJERO, N.C., «Problemática relativa a la exploración del menor en los procesos contenciosos matrimoniales», *Práctica de Tribunales*, n.º 124, sección estudios, enero-febrero 2017 (La Ley 111/2017), pp. 9 y 10. En el mismo sentido se manifiestan TINTORÉ GARRIGA Y TAMBORERO FONT («La audiencia del menor “multientrevistado” ...», op. cit., pp. 114 y 115), quienes puntualizan que, en un procedimiento judicial consensuado, donde ambos progenitores sostienen un discurso homogéneo y adoptan decisiones conjuntas en interés del menor, sí cabría plantearse la posibilidad de que la audiencia del menor fuera sustituida por las opiniones expresadas por sus progenitores. Pero, aún en estos casos, tales medidas consensuadas propuestas por los progenitores no deben considerarse como definitivas, si se plantean otras distintas por el Ministerio Fiscal o el Equipo Psicosocial al entender que con aquellas no se satisface el bienestar emocional y psicológico del menor.

trabajadores sociales) que hayan podido tratar al menor al margen o incluso antes del proceso, y que por esta vía hayan conocido el parecer del menor sobre su situación familiar y las medidas que al respecto se pueden adoptar en el proceso pendiente²⁶.

Finalmente, el artículo 9.2.III LOPJM también prevé que, cuando la audiencia directa del menor no sea posible o no convenga a su interés, su opinión pueda ser conocida a través de personas que, por su relación de especial confianza con el menor, puedan transmitirla objetivamente. Parece que, con este inciso, el legislador está pensando en parientes o amigos, preferiblemente mayores de edad, con los que el menor tenga vínculos estrechos y de especial confianza, y a los que haya podido revelar su opinión sobre la situación familiar y las medidas que se puedan adoptar al respecto. Es importante que estas personas transmitan la opinión del menor «objetivamente», por lo que, si se tratase de parientes del menor (por ejemplo, hermanos mayores o primos), habría que valorar también su relación con los progenitores, por si sus manifestaciones pudiesen estar movidas por el ánimo de favorecer la posición de éstos.

2. CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO Y FORMA DE LA AUDIENCIA

Las circunstancias de lugar, tiempo y forma o modo de practicar la exploración del menor son esenciales para evitar que la misma le pueda reportar perjuicios, fundamentalmente psicológicos o emocionales, pero también para el buen fin de la propia diligencia, es decir, conocer el verdadero sentir del menor, que éste colabore y exprese con sinceridad sus opiniones sobre las medidas que se deben adoptar.

A estas circunstancias periféricas de la audiencia del menor la ley solo se refiere con expresiones muy genéricas (tales como «se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo», en el artículo 9.1.I LOPJM; «se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses», en el artículo 770.4^a.III LEC; o «se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias», en el artículo 18.2.4^a LJV), lo cual se puede justificar porque en la práctica de la audiencia ha de primar la flexibilidad formal a fin de que las actuaciones y formalidades procesales se adapten a lo que requiere en cada caso el interés del menor²⁷.

26. Vid., LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor...», op. cit., pp. 14 y 15.

27. Vid., NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 294. ABEL LLUCH, («La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 319) califica estas circunstancias

Por ello, aunque no procede realizar aquí un análisis pormenorizado de las distintas prácticas judiciales seguidas para la audiencia de los menores, y que frecuentemente se recogen en protocolos y documentos de buenas prácticas²⁸, sí expondremos algunas pautas comúnmente admitidas, referidas al lugar, tiempo y forma de llevar a cabo la audiencia, cuya observancia resulta necesaria para que la misma pueda cumplir su cometido sin resultar traumática para el menor ni perjudicar su interés.

2.1. Lugar en que debe practicarse la exploración del menor

A falta de una previsión normativa más específica, el artículo 129.1 LEC dispone que «Las actuaciones judiciales se realizarán en la sede de la Oficina Judicial, salvo aquellas que por su naturaleza se deban practicar en otro lugar». Esto significa que la audiencia del menor, como actuación procesal que es, se deberá practicar, por lo general, en la sede del órgano judicial que está conociendo del proceso en cuestión y que deberá adoptar la decisión que le afecta. Ello no obsta para que, excepcionalmente, si el menor no puede desplazarse a la sede de la oficina judicial (por ejemplo, por un ingreso hospitalario), pueda el juez, junto con el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Administración de Justicia, trasladarse al lugar en que se encuentre el menor para llevar a cabo allí la exploración. Así se puede deducir, por analogía, de lo previsto en el artículo 364 LEC, que permite, en ciertos casos, la declaración domiciliaria de los testigos.

Por lo que respecta a las condiciones y ambientación de la sala o dependencia en la que se debe oír al menor, existe un amplio consenso en que

de lugar, tiempo y forma que se deben observar en la práctica de la audiencia del menor como la «garantía estructural» de la misma, y en ella engloba las siguientes: «de tiempo –evitando que coincida la audiencia con el señalamiento de la vista principal del proceso–; de lugar –en dependencias idóneas y, en todo caso, fuera de la solemnidad de la Sala de Vistas–; de lenguaje –comprensible y ajustado a su edad y grado de madurez–; de modo –sin el uso de la toga por el juez–; y de habilidades comunicativas –evitando, en todo caso, someter al menor a un indeseable e innecesario conflicto de lealtades con preguntas directas sobre sus preferencias con respecto al sistema de guarda o de visitas con uno u otro progenitor–».

28. Vid., a modo de ejemplo, las indicaciones y recomendaciones recogidas en el Estudio del DEFENSOR DEL PUEBLO sobre *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>, [última consulta: 24-1-2022]; o el «Decálogo de buenas prácticas en la audiencia del menor» de ABEL LLUCH («La audiencia del menor de edad...», op. cit., pp. 343 y 344) y las «Pautas/orientaciones para el desarrollo de la audiencia del niño/niña/adolescente (NNA)» de este mismo autor (en *La audiencia del menor en los procesos de Familia* (Coord., ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 163-165).

la exploración debe practicarse en un entorno «amigable» para el menor, en el que se sienta cómodo y en confianza para hablar abiertamente; que no se sienta cohibido o en tensión, por darle la sensación de que será el responsable de la decisión final que tome el juez²⁹.

En este sentido, el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, en la *Observación General N° 12 (2009)*, relativa al derecho del niño a ser escuchado, señala que «El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar»³⁰.

En esta línea, coincide la doctrina en que deben evitarse solemnidades innecesarias que pueden ser impactantes para el menor y causarle angustia o desasosiego; y, por ello, si en las dependencias judiciales no se cuenta con una sala especialmente acondicionada al efecto, es práctica habitual que se lleve a cabo en el despacho del juez o en otra dependencia idónea, pero evitando en todo caso que se realice en la sala de vistas; y, además, el juez no debe vestir la toga³¹. Como señala VERNENGO PELLEJERO, cuanto más informal sea el entorno más sinceras y completas serán las manifestaciones del menor³².

Un análisis más detallado de las características que debe reunir el espacio físico en el que se lleve a cabo la audiencia del menor lo realiza ARCH MARÍN, señalando que no sólo es relevante el lugar físico en el que se lleve a cabo la audiencia, sino también los objetos que forman parte de ese lugar, la decoración, la iluminación, el ruido, la privacidad, etc., por lo que

29. Vid., NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 294; PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia (1)», *Diario La Ley*, n.º 8866, Sección Tribuna, 18 de noviembre de 2016, (La Ley 8639/2016), p. 3.

30. Vid., COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n.º 12 (2009)* ..., op. cit., párrafo 42, p. 13. Y, en su párrafo 34 (p. 12), declara que «No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad».

31. ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 317; LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor...», op. cit., p. 16; MARTÍNEZ DEL TORO, S., «La audiencia del menor en los procesos civiles», en *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, (Dir. ÁLVAREZ ALARCÓN, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 301; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., pp. 294 y 295; PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores...», op. cit., p. 3; ROMERO COLOMA, A.M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales», *Diario La Ley*, n.º 7956, Sección Tribuna, 2 de noviembre de 2012, (La Ley 17250/2012), p. 7.

32. VERNENGO PELLEJERO, N.C., «Problemática relativa a la exploración del menor...», op. cit., p. 8.

se debe hacer todo lo posible para que el entorno no resulte intimidante para el menor. Por ello, destaca que el espacio debe estar bien iluminado, priorizando espacios de tamaño reducido, sin techos altos y con una decoración informal; e insiste en que nunca debe realizarse la exploración en la propia sala destinada a celebrar los juicios, priorizándose otros espacios disponibles y adecuados o, en último caso, el despacho del juez³³.

Y, a continuación, la autora establece las siguientes pautas concretas referentes al espacio físico de la audiencia: el juez debe evitar sentarse detrás del escritorio o en una posición más elevada que el menor; debe ubicarse a una distancia no muy lejana de éste (unos dos metros); deben evitarse interrupciones de terceros u otros elementos (teléfono, ordenador) durante el transcurso de la entrevista; debe evitarse realizar la entrevista en presencia de terceras personas; también se debe reducir el riesgo de distracción durante la entrevista, evitando la presencia de objetos llamativos (por ejemplo, juguetes) al alcance de la vista del menor; deben utilizarse muebles que sean cómodos para el menor, evitando las sillas con ruedas o muebles demasiado altos; y la iluminación, ventilación y temperatura también deben ser adecuadas. Y concluye que, si se utilizan equipos de grabación de audio y video, se recomienda que sean lo más discretos posible y que se advierta al menor de su existencia y propósito, además de responder con sinceridad a todas las preguntas que el menor pueda plantear sobre ello³⁴.

2.2. Circunstancias de tiempo en la exploración del menor

Ante la falta de previsión legal expresa, existe diversidad en la práctica forense sobre el momento procesal en el que se debe practicar la audiencia del menor.

Si bien las disposiciones de la LEC dan pie para entender que esta audiencia se pueda practicar con anterioridad a la celebración de la vista principal (art. 290 LEC), en el mismo día de la vista (art. 443.3 LEC) o con posterioridad a la misma (art. 770.4^a LEC y art. 18.2.4^a LJV)³⁵, existe un cierto consenso en la conveniencia de que la audiencia del menor se

33. ARCH MARÍN, M., «Protocolo de acogida del menor en la audiencia. Consideraciones desde la perspectiva psicológica. Aspectos que se deben considerar en el protocolo de acogida», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 32 y 33.

34. ARCH MARÍN, M., «Protocolo de acogida del menor...», op. cit., p. 33.

35. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., pp. 326 y 327; LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor...», op. cit., p. 16; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 295.

practique de modo separado, es decir, fuera de la vista e incluso en un día distinto³⁶. Y es conveniente que esto esté debidamente programado, para evitar que se haga venir al menor al Juzgado el día señalado para la vista, y que juez decida no practicar la audiencia del mismo.

Pero, las discrepancias surgen en torno a si resulta más adecuado y conveniente para el interés del menor que la audiencia se practique con anterioridad o con posterioridad a la vista. De lo dispuesto en el artículo 770.4ª.I LEC, se deduce que la opción del legislador es que, si la audiencia del menor no se practica en el acto de la vista, se practique con posterioridad, y concretamente, en los treinta días siguientes a ésta³⁷. No obstante, existen opiniones enfrentadas al respecto y con argumentos para ello. Así, ABEL LLUCH se inclina, como regla general, por la práctica de la exploración del menor de forma separada y con anterioridad a la vista, en particular, cuando se trate de mayores de doce años; y ello, no solo para evitar la tensión que se puede derivar de su práctica con el solapamiento de la vista principal, sino también por la utilidad que la información suministrada por el menor puede tener para una mejor fijación de los hechos controvertidos y de las concretas pretensiones de las partes, ya que, a veces, éstas, en sus escritos de alegaciones, vierten exageraciones no ajustadas a la realidad para tratar de descalificar a la otra parte³⁸. En cambio, SELVA SANTOYO señala que la premisa general es que la audiencia del menor se practique después de la vista; y ello porque, además de que la LEC y la LJV así lo prevén, de este modo se podría evitar su realización si en la vista se llega a un acuerdo de las partes y, además, se dispondría de

36. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 327; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 295. A este respecto, SELVA SANTOYO («¿En qué momento debe practicarse la audiencia del menor?», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, p. 38) señala como razones que hacen no recomendable que la audiencia del menor se practique el día de la vista las siguientes: la mala situación emocional en la que se puede encontrar el menor ese día; porque incentivaría que el menor asumiese la responsabilidad de la decisión; el sufrimiento de los progenitores; y la falta de tiempo y serenidad por parte del juez para la correcta realización de la exploración. En cambio, VERNENGÓ PELLEJERO («Problemática relativa a la exploración del menor...», op. cit., p. 7) sostiene que, por regla general, la exploración del menor se practicará dentro del acto de la vista.

37. Lo mismo se puede deducir de lo previsto en el art. 18.2.4ª.I LJV, conforme al cual, «Cuando el expediente afecte a los intereses de una persona menor de edad o persona con discapacidad, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal».

38. ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 327. En la misma línea se manifiesta LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor...», op. cit., p. 16.

mayor información derivada del interrogatorio de las partes para hacer las preguntas más adecuadas al menor. No obstante, la autora admite, como premisa excepcional, que la audiencia del menor se pueda practicar antes de la vista si concurren razones de urgencia, para evitar la posible «contaminación» del menor, o como «herramienta» para fomentar que los padres lleguen a un acuerdo³⁹.

Por lo demás, en cuanto al día y hora en que ha de practicarse la audiencia del menor, cabe destacar que el artículo 9.1 LOPJM establece que, en los procedimientos judiciales, «las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente», por lo que su práctica tendrá preferencia temporal con respecto a otras actuaciones. En este sentido, a la hora de efectuar el señalamiento de la audiencia, deberá procurarse que ésta perturbe lo menos posible la cotidianeidad del menor; y, en particular, en la medida de lo posible, deberá evitarse que interfiera en su actividad académica. Por ello, puede resultar oportuno que se lleve a cabo a primera hora de la mañana⁴⁰.

Ello también ayudaría a reducir los perniciosos tiempos de espera en el juzgado que, en ocasiones, debe soportar el menor hasta que se practica la exploración. A este respecto, ARCH MARÍN señala la conveniencia de que la entrevista con el menor se realice de la forma más inmediata posible a su llegada a la sede judicial. Destaca la autora que estas esperas del menor en el juzgado se producen en un contexto «altamente ansiógeno» para él, estando en ocasiones sometido a presiones psicológicas directas o indirectas de sus progenitores, familiares e, incluso, de los abogados, por lo que, si se prolongan excesivamente, pueden condicionar de forma importante tanto el desarrollo como el resultado de la audiencia y, lo que es más relevante, pueden agravar los efectos negativos que para él se derivan de tal experiencia⁴¹.

Finalmente, por lo que respecta al factor tiempo, también es importante que la audiencia del menor tenga la duración adecuada. Es decir, por una parte, debe evitarse que se prolongue excesivamente, para que no cause cansancio y rechazo en el menor, lo que, sin duda, incidiría en la espontaneidad y claridad de sus manifestaciones⁴². Pero, por otra parte, no debe transmitírsele al menor la sensación de que existe limitación de tiempo para escucharle; el juez debe ofrecerle la impresión de que le va a

39. SELVA SANTOYO, R., «¿En qué momento debe practicarse la audiencia...», op? cit., pp. 37 y 38.

40. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 327; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 295.

41. ARCH MARÍN, M., «Protocolo de acogida del menor...», op. cit., p. 32.

42. Vid., NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 295.

escuchar atentamente y por el tiempo que sea necesario, y que le resulta grato el intercambio comunicativo con el menor⁴³. Y, si por este motivo, fuese necesario que la audiencia del menor se lleve a cabo en varias sesiones, se intentará reducir al máximo su número, que sean lo más próximas posible en el tiempo, y, por supuesto, que se realicen por el mismo juez y en presencia de las mismas personas para generar un clima de intimidad y confianza en el menor⁴⁴.

2.3. Forma de practicar la exploración del menor

Como ya apuntamos, nuestra legislación no regula detalladamente el modo o forma de practicar la exploración del menor, y simplemente los artículos 9 LOPJM y 770.4^a LEC ofrecen algunas pautas genéricas sobre ello. Así, el primero de estos preceptos establece que las comparecencias o audiencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, «cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión...». Y, a su vez, el artículo 770.4^a LEC dispone que en las audiencias con los hijos menores se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas «en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

De tales previsiones, podemos deducir que, a la hora de llevar a cabo la audiencia del menor, se deben observar una serie de «garantías», para que ésta pueda cumplir su cometido, y que, de acuerdo con lo previsto en diversos estudios y documentos sobre la materia⁴⁵, pueden sistematizarse del siguiente modo.

2.3.1. Deber de información previa

Conforme al artículo 6 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, en los procedimientos que afecten a un niño que,

43. Vid., ARCH MARÍN, M., «Protocolo de acogida del menor...», op. cit., p. 35.

44. Vid., MARTÍNEZ DEL TORO, S., «La audiencia del menor en los procesos...», op. cit., p. 302.

45. Vid., por ejemplo, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n.º 12 (2009) ...*, op. cit., párrafos 40 a 47, pp. 13 y 14; DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor...*, op. cit., pp. 13-19.

según el derecho interno, se considere que posee discernimiento suficiente, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, debe permitir al niño expresar su opinión y tener ésta debidamente en cuenta; y, a tal efecto, previamente debe «asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente»⁴⁶.

A este respecto, el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, en el párrafo 25 de la *Observación General N°12 (2009)*, señala que «La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño»⁴⁷. Y, en relación con el contenido concreto de la información que se debe suministrar al menor con ocasión de su audiencia, en el párrafo 41 de esta misma *Observación General*, afirma que «Los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Debe ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto»⁴⁸.

Dada la trascendencia que tiene esta información para que el menor pueda ejercitar correctamente su derecho a ser oído y escuchado, también el artículo 9.1 LOPJM, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, contempla expresamente el deber de que, antes de la exploración, el menor reciba «la información que le permita el ejercicio

46. Vid., *Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996* (BOE, Núm. 45, de 21 de febrero de 2015, Sec. I, pp. 14174-14189) (en vigor en España desde el 1 de abril de 2015), disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/02/21/pdfs/BOE-A-2015-1752.pdf>, [última consulta: 26-1-2022].

47. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n.º 12 (2009) ...*, op. cit., párrafo 25, p. 10.

48. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n.º 12 (2009) ...*, op. cit., párrafo 41, p. 13.

de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias».

Tal información ha de ser proporcionada al menor por el juez y, como señala ABEL LLUCH, ha de tratarse de una información previa (antes de iniciarse la audiencia propiamente dicha), comprensible (en un lenguaje ajustado a la madurez del menor, siendo deseable que el juez recabe el asentimiento, siquiera implícito, del menor sobre la comprensión de la información suministrada), y suficiente⁴⁹.

Y, en cuanto al contenido y suficiencia de esta información, los artículos 3 y 6 del referido Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños disponen que ha de asegurarse que el niño ha recibido «toda la información pertinente», lo que se interpreta en el sentido de que no es necesario que el menor tenga un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que le afecta, sino una comprensión suficiente de los aspectos esenciales del mismo que le permita formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto⁵⁰.

En concreto, tal información debe comprender, al menos, los siguientes extremos: a) que está pendiente un proceso en el que se va a adoptar una decisión que le afecta y cuál es el objeto del mismo; b) que tiene derecho a expresar su opinión sobre la medida a adoptar, pero que también puede no hacerlo; c) que su opinión no va a ser vinculante para el juez; y, por tanto, no recae sobre él la responsabilidad de la decisión que se adopte (tal responsabilidad le corresponde a sus padres y, si no pueden llegar a un acuerdo, le corresponde al juez)⁵¹; d) la información sobre el modo

49. ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 318. Apunta MARTÍNEZ DEL TORO («La audiencia del menor en los procesos...», op. cit., p. 303) que tal información «debe ser completa, precisa, veraz, comprensible y que abarque la totalidad de los aspectos esenciales del proceso judicial en el que deba intervenir».

50. Vid., COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General n.º 12 (2009)* ..., op. cit., párrafo 21, p. 10; CASO SEÑAL, M., y ATARES GARCÍA, E., «Protocolo de acogida del menor en la audiencia. El derecho de información del menor», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, p. 36. SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, P. y COMPANYY CARRETERO, F.J., («El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado», *Actualidad Civil*, n.º 7, julio 2017 (La Ley 9279/2017), p. 13) apuntan que este derecho a la información del menor trata de contrarrestar la tendencia a banalizar la opinión del menor, trasladándole la idea de que su opinión no es decisiva para la decisión final que se adopte a fin de liberarle del peso de la responsabilidad; en su lugar, es más recomendable informar debidamente al menor para hacerle comprender las concretas circunstancias que están en juego.

51. Como declara la SAP de Barcelona, 83/2015, de 17 de febrero (JUR 2015/116131), «Lo esencial, en consecuencia, es el derecho del menor a ser informado adecuadamente de las circunstancias sobre las que el tribunal ha de adoptar una decisión que va a ser importante para la vida del niño, y a ser escuchado, aun cuando se le ha de advertir

en que se desarrollará la audiencia y, en particular, sobre la identidad de las personas que estarán presentes y la función de cada una de ellas; y, e) cómo se dejará constancia de sus manifestaciones (en acta o grabación) y a quién se dará traslado de ellas⁵². Además, tras proporcionarle esta información en términos comprensibles para el menor, se deberán aclarar todas las dudas que le puedan surgir sobre cualquiera de estos aspectos.

2.3.2. *Sujetos intervinientes en la exploración. Respeto de la privacidad e intimidad*

Dispone nuestra normativa que la audiencia del menor se realizará «cuidando preservar su intimidad» (art. 9.1.II LOPJM) y «sin interferencias de otras personas» (arts. 770.4^a.III y 778 quiquies.8 LEC y art. 18.2.4^a LJV), lo que revela la clara voluntad del legislador de que en la audiencia se preserve la privacidad e intimidad del menor a fin de garantizar su libertad comunicativa y espontaneidad a la hora de expresar sus opiniones.

La privacidad e intimidad del menor durante la audiencia se salvaguardan celebrando la misma a puerta cerrada y de manera reservada, es decir, sin publicidad. A este respecto, es claro el artículo 754 LEC, al disponer que, entre otros, en los procesos sobre filiación, matrimonio y menores podrán acordar los tribunales, de oficio o a instancia de parte, «que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen»⁵³.

En este sentido, tanto la praxis judicial como la doctrina, entienden que, con carácter general, en la audiencia del menor se debe excluir la intervención de las partes, de sus procuradores y de sus letrados⁵⁴, limitándose

de que su voluntad, aun siendo importante, no puede ser determinante para la decisión que se adopte, puesto que ésta estará motivada en base a todo un conjunto de circunstancias de gran complejidad en muchas ocasiones. Se debe aclarar al menor que, en cualquier caso, la responsabilidad de la decisión que el tribunal adopte no es en ningún caso del menor, sino de quienes tienen atribuida la función legal de decidir, que son sus padres de común acuerdo, por lo que solo subsidiariamente y si el acuerdo no es posible o resulta perjudicial para el menor, es el tribunal el que ha de establecer la decisión procedente».

52. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 318; CASO SEÑAL, M., y ATARES GARCÍA, E., «Protocolo de acogida del menor en la audiencia...», op. cit., p. 36.

53. También el artículo 138.2 LEC dispone que las actuaciones de prueba, vistas y comparencias podrán celebrarse a puerta cerrada «cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan».

54. Tal exclusión de las partes de la audiencia del menor se puede fundamentar en el artículo 355 LEC, referido al reconocimiento de personas, conforme al cual, si las

así el principio de contradicción, que se diferirá a un momento posterior, una vez que se dé traslado a las partes del acta de la diligencia en los términos que luego comentaremos⁵⁵. Como señala ZAERA NAVARRETE, con esta exclusión de los progenitores del acto de audiencia del menor se pretende evitar que se vea coartada su libertad a la hora de expresar su opinión, como consecuencia de la tensión derivada de un posible conflicto de lealtades⁵⁶.

Por tanto, ¿quiénes deben intervenir en la audiencia del menor?. Parece claro que, por exigencia del principio de intermediación, deberá intervenir en todo caso el juez, pues la finalidad de tal audiencia es, precisamente, que el menor pueda expresar su parecer, opiniones y preferencias de modo directo a quien va a tomar la decisión sobre la cuestión que le afecta. En principio, será el juez quien dirija y conduzca la exploración del menor, sin perjuicio de la intervención que puedan tener los especialistas del Equipo Psicosocial, en los términos analizados anteriormente.

También deberá intervenir en el acto de exploración del menor el Ministerio Fiscal, pues, conforme al artículo 749.2 LEC, su intervención es preceptiva en los procesos que afecten a una persona menor, con discapacidad o en situación de ausencia legal⁵⁷. Y la denegación de su intervención

circunstancias lo aconsejan, este reconocimiento podrá practicarse a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, y podrá excluirse la intervención de las partes si el tribunal la considera perturbadora para el buen fin de la diligencia.

55. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 318; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 296; ROMERO COLOMA, A.M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad...», op. cit., p. 7; ZAERA NAVARRETE, J., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial...», op. cit., p. 806. También la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su *Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, (disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2015-00006.pdf, p. 34), señala que la audiencia del menor «ha de llevarse a cabo a solas y sin posible contradicción por ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente». En el mismo sentido, vid., FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos*, disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2009-00003.pdf, p. 28. En la jurisprudencia, vid., SAP de Barcelona, 83/2015, de 17 de febrero (JUR 2015/116131), en la que se declara que «no se puede compartir la tesis de la parte recurrente a partir de la que pretende que esta diligencia (audiencia del menor) se deba realizar en la sala de juicios y sometida al derecho de intervención y contradicción de las partes litigantes, como si fuera una prueba testifical».
56. ZAERA NAVARRETE, J., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial...», op. cit., p. 806. En el mismo sentido, PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores...», op. cit., p. 4.
57. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 319; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 297; PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores...», op. cit., p. 4; ZAERA NAVARRETE, J., «La

en la exploración del menor comporta una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor del interés superior del menor, determinante de la nulidad de actuaciones⁵⁸.

En este sentido, la STC 17/2006, de 30 de enero, declara que no se puede excluir la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración del menor con el argumento de que el respeto a la intimidad del menor obliga a practicar la diligencia de exploración de forma reservada, sin la presencia de las partes. Señala el TC que «tal razonamiento no puede justificar desde la perspectiva constitucional la decisión del órgano judicial de excluir al Fiscal de intervenir en la exploración de las menores, pues los arts. 138.2 y 754 LECiv permiten, en efecto, celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, esto es, sin asistencia de las partes (...), pero tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (art. 749.2 LECiv) de forma imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor)»⁵⁹.

Y añade el TC que «no basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores (...), sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su

audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial...», op. cit., pp. 806 y 807. En la misma línea, ya se manifestó la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en su *Circular 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, (disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2001-00001.pdf, p. 21), señalando que el Ministerio Fiscal «habrá de tomar parte en la exploración de los hijos menores o incapacitados». El carácter preceptivo de la intervención del Ministerio Fiscal en la audiencia del menor también se deriva del artículo 3.6 y 7 EOME, que le atribuye como funciones «6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley. 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación».

58. Vid., STC 17/2006, de 30 de enero (RTC 2006/17). En el mismo sentido, STSJ de Aragón, 14/2011, de 23 de diciembre (RJ 2012/2772).
59. STC 17/2006, de 30 de enero (RTC 2006/17). La necesaria intervención del Ministerio Fiscal en la audiencia del menor también se recoge en la STC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019/64) y en la STS 890/2005, de 16 de noviembre (RJ 2005/7633).

esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias»⁶⁰.

En cuanto a la presencia del Letrado de la Administración de Justicia en el acto de audiencia del menor, dependerá de si la misma se considera o no necesaria a efectos de documentar o dejar constancia de la actuación. Es decir, si se entiende que es necesario levantar acta escrita sobre el desarrollo y el contenido de la exploración del menor, parece que deberá ser el Letrado de la Administración de Justicia quien asuma este cometido, siendo necesaria, por tanto, su presencia, ya que a él le corresponde, «con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial», dejando constancia fehaciente de la realización de actos procesales en o ante el tribunal mediante las oportunas actas y diligencias (art. 453.1.I LOPJ). En cambio, si la audiencia del menor se documenta mediante videograbación, la misma podrá desarrollarse sin la intervención del Letrado de la Administración de Justicia, ya que dicha tarea la asumirá el funcionario de auxilio judicial (art. 478 LOPJ); aunque, en todo caso, el Letrado de la Administración de Justicia seguirá siendo el responsable de garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado (art. 453.1.II LOPJ). Por tanto, a la vista de la última doctrina del TC sobre el modo de documentar la audiencia del menor, a la que luego nos referiremos, entendemos que sí deberá intervenir en el acto de la audiencia el Letrado de la Administración de Justicia para levantar la oportuna acta en los términos señalados en esta doctrina constitucional.

Finalmente, por lo que se refiere a la participación en la exploración del menor de profesionales especialistas o expertos (esencialmente, psicólogos o trabajadores sociales), sean o no miembros del Equipo Psicosocial, nos remitimos aquí a lo expuesto anteriormente en relación con el carácter excepcional de su intervención y el tipo de cometido o actuación que pueden asumir al efecto.

60. STC 17/2006, de 30 de enero (RTC 2006/17). Un análisis detallado de esta sentencia puede verse en MARÍN LÓPEZ, M. J., «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio...», op. cit., pp. 264-269, quien considera acertada la decisión del TC, y concluye que «La audiencia puede, en efecto, realizarse en forma reservada, para no coartar la libertad de los menores a la hora de manifestar su parecer. Pero ello no supone la exclusión de la parte que por disposición legal asume la función de defender los intereses del menor, que es el Ministerio Fiscal, cuya posición es diferente de la de los progenitores, que sí pueden condicionar la libertad de los menores a la hora de expresar su parecer. El posterior traslado del acta de exploración de los menores al Fiscal no evita la indefensión material, dado que no es lo mismo conocer el resultado de una exploración que poder intervenir en su práctica». Sobre el papel que debe tener el Ministerio Fiscal en la audiencia del menor, vid., NÚÑEZ TOMÁS, M.J, BELTRÁN JANÉ, M., y CAMPOS REIG, V., «La suspensión de la audiencia del menor por incomparecencia del Ministerio Fiscal», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, p. 59.

2.3.3. *Desarrollo de la audiencia del menor*

Tal como se recoge en algunos protocolos o documentos de buenas prácticas sobre la audiencia del menor, ésta ha de prepararse y estructurarse de forma adecuada. Por ello, si la audiencia se va a practicar con el auxilio de especialistas, es conveniente que el juez se entreviste previamente con el miembro del Equipo Psicosocial designado para «diseñar» la exploración, concretando el lugar donde se practicará, la información que se debe suministrar al menor, quién será el responsable de formular las preguntas, cuáles son los aspectos concretos que se deben evaluar, etc.

De acuerdo con estos protocolos, la audiencia debe constar de tres partes diferenciadas: una fase inicial o de acogida; la fase central o audiencia propiamente dicha, y una fase de cierre o de despedida⁶¹.

A) Fase de acogida

La fase de acogida es la primera toma de contacto del menor con el juez, en la que aquel se formará sus primeras impresiones sobre la actuación que se va a realizar y el interlocutor que tiene enfrente, por lo que es importante hacer que se sienta cómodo, transmitiéndole confianza y mostrándole empatía, de modo que pueda apreciar que va a ser escuchado y comprendido.

A tal efecto, el juez deberá empezar por presentarse a sí mismo y a las demás personas que van a intervenir en el acto de la audiencia, explicando brevemente la función que desempeñan y el motivo de su presencia, así como el deber de confidencialidad que tienen. Es importante que el entrevistador conozca el nombre del menor y el de sus familiares, y que también le dé a conocer el suyo, para establecer una relación más personalizada que permita una comunicación más fluida y espontánea.

En esta fase de acogida, también es cuando se debe proporcionar al menor toda la información sobre la audiencia a la que antes nos referimos, haciendo especial hincapié en que tiene derecho no hablar, si no quiere; en que su opinión no va a ser vinculante para el juez, y, en consecuencia, no tiene la responsabilidad de la decisión que se adopte; y en las personas que van a tener conocimiento de lo manifestado por el menor. Y a este respecto, nunca debe mentirse al niño sobre la trascendencia que tendrán sus manifestaciones.

61. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., pp. 343 y 344; ARCH MARÍN, M., «Protocolo de acogida del menor...», op. cit., pp. 34 y 35.

Señala ARCH MARÍN que, en este momento inicial, también puede ser de gran interés consultar al menor sobre lo que sabe o le han contado respecto a la exploración, para conocer las expectativas que tiene sobre la misma, así como los posibles prejuicios e ideas equivocadas que se haya podido formar, a fin de corregirlas, en la medida de lo posible, proporcionándole la información correcta o aclarándole las dudas que pueda tener⁶².

B) Fase de audiencia propiamente dicha

Tras esta acogida al menor, se pasará a la audiencia propiamente dicha, en la que conviene tener en cuenta, cuando menos, algunos aspectos relativos al lenguaje utilizado en la misma, al modo de formular las preguntas, al contenido de la exploración y a la actitud de escucha del entrevistador.

Conforme al artículo 9.1.II LOPJM, la audiencia del menor se realizará «utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias». Esto significa que tanto las preguntas como la entrevista en general deben desarrollarse en un lenguaje sencillo, comprensible y adaptado a la edad, madurez, y capacidad de entendimiento del menor, así como a su estado emocional, evitando el empleo de tecnicismos innecesarios.

Las preguntas deben formularse de modo que permitan al menor expresar su opinión con libertad y espontaneidad, para lo cual resulta más adecuado estructurar la exploración como un diálogo no forzado, como una conversación o entrevista, más que como un interrogatorio formal con preguntas cerradas y directas⁶³.

A este respecto, ROMERO COLOMA destaca cómo diversas investigaciones sobre psicología del testimonio han puesto de relieve que el llamado estilo narrativo, es decir, la exposición del recuerdo libre de los hechos, es más seguro que el denominado estilo interrogatorio, basado

62. ARCH MARÍN, M., «Protocolo de acogida del menor...», op. cit., p. 35.

63. Así, el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (*Observación General n.º 12 (2009)* ...), op. cit., párrafo 43, p. 14) señala que «La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral». En el mismo sentido, vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 344; DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor...*, op. cit., p. 17; MARTÍNEZ DEL TORO, S., «La audiencia del menor en los procesos...», op. cit., p. 302; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 295; PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores...», op. cit., p. 4; ZAERA NAVARRETE, J., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial...», op. cit., p. 807.

en la respuesta a preguntas estructuradas y cerradas, porque en aquel el declarante incurre en menos errores; pero también es más incompleto, porque el declarante elige los detalles que quiere destacar, pudiendo eludir o pasar por alto otras informaciones importantes. Por ello, concluye la autora, a efectos de la audiencia del menor, lo más seguro y fiable es comenzar la exploración utilizando el estilo narrativo, de modo que el menor pueda contar con sus propias palabras, sin agobios ni interrupciones, sus experiencias en el ámbito familiar; y, una vez concluida su narración, pasar a formularle por parte del juez las preguntas que estime pertinentes para aclarar los aspectos que necesiten mayor precisión, o para recabar información adicional que sea relevante⁶⁴.

Además, si bien, por lo general, la audiencia se desarrollará de forma oral y presencial, el artículo 9.2.II LOPJM permite que el menor exprese su opinión «a través de formas no verbales de comunicación», por lo que, si se considera más conveniente para su interés, por entenderse que el trámite oral puede resultar traumático para él, podría desarrollarse por escrito, respondiendo a un cuestionario de preguntas abiertas o narrando sus vivencias familiares en una carta confeccionada con las debidas garantías para evitar presiones o interferencias de terceras personas⁶⁵.

En cuanto al contenido de la exploración, debe limitarse a las cuestiones relevantes para conocer la opinión y preferencias del menor sobre las medidas que se van a adoptar y que le afectan; por lo que no procede indagar en otros aspectos relativos a la intimidad familiar y del menor que sean irrelevantes para la decisión a adoptar⁶⁶. En este sentido, la STC 64/2019, de 9 de mayo declara que en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, el juez (y el letrado de la Administración de Justicia, al levantar el acta) debe cuidar de preservar su intimidad, «velando en todo momento por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse

-
64. ROMERO COLOMA, A.M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad...», op. cit., p. 6. En el mismo sentido, vid., VERNENGO PELLEJERO, N.C., «Problemática relativa a la exploración del menor...», op. cit., p. 8. En este sentido, también señala ABEL LLUCH, («La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 344) que la entrevista se debe concebir como «una situación interactiva y no rígidamente predeterminada, en atención al grado de madurez del menor y su estado emocional, y en función de la información que desee suministrar o silenciar el menor».
65. Vid., MARTÍNEZ DEL TORO, S., «La audiencia del menor en los procesos...», op. cit., pp. 301 y 302; PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores...», op. cit., p. 5.
66. Vid., ROMERO COLOMA, A.M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad...», op. cit., p. 8.

sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente»⁶⁷.

Conviene iniciar la exploración hablando de temas periféricos, relativos a la cotidianidad del menor (por ejemplo, sus estudios, amigos, aficiones o deportes que practica, etc.), para, una vez que se haya generado un ambiente de confianza propicio, ir progresivamente, abordando las cuestiones relacionadas con la dinámica familiar, prestando particular atención a las relaciones que mantiene con sus progenitores, con sus hermanos, con su familia extensa y, de ser el caso, con las nuevas parejas de sus progenitores⁶⁸.

A tal efecto, es importante evitar las preguntas directas que puedan ocasionarle al menor un conflicto de lealtades con sus progenitores, como con qué progenitor tiene una relación más intensa y desea convivir; qué progenitor asume habitualmente las responsabilidades relativas al cuidado del menor; o qué régimen de visitas quiere tener, etc.; siendo preferibles las preguntas indirectas que hagan brotar la información relevante sobre estos aspectos, pero sin poner al menor en la tesitura de tener que elegir entre un progenitor u otro⁶⁹. También es importante, no reiterar preguntas para no dar la sensación de que se está poniendo en cuestión la respuesta o la credibilidad del menor, ni forzarle a pronunciarse sobre aspectos de la relación familiar que no desea⁷⁰.

Finalmente, durante toda la exploración, el juez debe mantener una actitud de escucha, cercanía y empatía continua, evitando interrupciones, tomar notas, o consultar documentos mientras el menor habla, de modo que éste pueda apreciar que se le da importancia a su opinión y que está siendo comprendido. Además, en el trato con el menor debe evitarse la «infantilización», es decir, el usar un tono de voz o una actitud impostada

67. Vid., STC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019/64). En el mismo sentido, STS 705/2021, de 19 de octubre (RJ 2021/5413). Sobre la posibilidad de que los letrados de las partes presenten al juez una «minuta de preguntas» para formularle al menor en la exploración, vid., ADEL ARTIGA, C., «La audiencia del menor con “previa minuta” de letrado», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 105-107.

68. ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., pp. 343 y 344; ARCH MARÍN, M., «Protocolo de acogida del menor...», op. cit., p. 35; NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 296.

69. Vid., FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores...*, op. cit., pp. 28 y 33.

70. En este sentido, destaca el DEFENSOR DEL PUEBLO (*Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor...*, op. cit., p. 16) que el derecho del niño a ser escuchado debe ejercerse con libertad; y tal libertad ha de conceder al niño la iniciativa para destacar y abordar las cuestiones que el mismo considere pertinentes e importantes.

para dar una sensación de proximidad al menor. Como señala ARCH MARÍN, es preferible utilizar el tono de voz, el modo de hablar y el comportamiento que tenemos habitualmente en una conversación informal, pero en la que se tratan temas importantes⁷¹.

C) Fase de cierre o despedida

La exploración del menor debe finalizar con una despedida cordial y cercana. Al respecto, señala ABEL LLUCH que conviene cerrarla con un tema neutro o un tema que haya surgido durante la audiencia y que sea del agrado del menor (por ejemplo, las aficiones que tiene o deportes que practica). Además, debe concluirse transmitiéndole al menor la satisfacción por haberle conocido y haber podido hablar con él, el agradecimiento por su intervención y por la información aportada, y haciéndole saber que se va ponderar y tener en cuenta su opinión, pero que la decisión que se adopte no dependerá de ello, para evitarle cargas emocionales que no le corresponden⁷².

III. DOCUMENTACIÓN DE LA AUDIENCIA Y CONFIDENCIALIDAD

Otra cuestión que, debido a su inadecuada o carente regulación, ha suscitado enorme controversia, tanto doctrinal como jurisprudencial, en torno a la audiencia del menor ha sido la relativa al modo en que debe documentarse esta actuación y, por añadidura, a si es necesario o no dar traslado a las partes de tal documentación.

Más concretamente, las dudas que se suscitan son esencialmente, las siguientes: si debe grabarse la audiencia del menor y/o levantarse un acta de la misma para dejar constancia de su resultado; en el caso de entenderse que debe redactarse un acta, ¿qué contenido se debe recoger? (es decir, si sólo se debe dejar constancia del hecho de que se ha celebrado la audiencia con el menor y de los intervinientes en la misma o también de las concretas manifestaciones del menor); y, finalmente, si debe o no entregarse copia de la grabación y/o darse traslado del acta a los letrados de las partes.

Como se puede comprender, la relevancia de dicha controversia resulta de la necesidad de conciliar el derecho a ser oído y el derecho a la

71. ARCH MARÍN, M., «Protocolo de acogida del menor...», op. cit., p. 34.

72. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 344; MARTÍNEZ DEL TORO, S., «La audiencia del menor en los procesos...», op. cit., p. 302.

intimidad del menor (que exigiría que no constasen en el acta las manifestaciones del menor o, a lo sumo, que constasen de modo muy sucinto; y, en todo caso, que no se diese traslado de la grabación ni del acta a los letrados de las partes) con el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes (que exigiría que, si las manifestaciones del menor van a formar parte del acervo probatorio y coadyuvar a la formación de la convicción judicial a efectos de la decisión que se adopte en el proceso, las partes deben poder conocerlas).

Las distintas opiniones sostenidas por la doctrina sobre estos interrogantes han sido analizadas minuciosamente por ABEL LLUCH, sintetizándolas del siguiente modo.

En relación con el modo de dejar constancia de la audiencia del menor, el autor distingue tres posiciones doctrinales⁷³. Un sector sostiene que, en virtud del derecho a la intimidad del menor (art. 18.1 CE), no se puede grabar la audiencia ni extenderse un acta que recoja las manifestaciones y opiniones del menor. A lo sumo, se puede levantar un acta en la que se deje constancia de la fecha, hora y lugar de celebración de la audiencia y de los asistentes a la misma. En el extremo opuesto, amparándose en el derecho de defensa de las partes (art. 24.2 CE), se sitúa otro sector doctrinal que sostiene que, cuando menos, debe levantarse un acta que recoja de forma detallada las manifestaciones del menor, en línea con lo previsto en el artículo 18.2.4^a LJV y en la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Si las manifestaciones del menor se han de tomar en consideración a efectos de la formación de la convicción judicial y de la decisión que se adopte en el proceso, las partes deben poder conocerlas a fin de ponderar la valoración judicial de las mismas con vistas a una eventual impugnación de tal decisión. Y no faltan posiciones intermedias que, tratando de conciliar el derecho a la intimidad del menor y el derecho de defensa de las partes, sostienen que puede levantarse un acta, no necesariamente detallada, pero que sí recoja las principales manifestaciones del menor, informándose de las mismas a las partes; aunque la dificultad está en determinar cuál debe ser el contenido de esta información que se proporciona a las partes y de si se trata de un simple trámite de información

73. ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 336; Idem, «La confidencialidad de la audiencia del menor», *Diario La Ley*, n.º 9418, Sección Práctica Forense, 20 de mayo de 2019 (La Ley 6414/2019), pp. 1 y 2. Vid., asimismo, LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor...», op. cit., pp. 17-19; PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores...», op. cit., pp. 5 y 6; ZAERA NAVARRETE, J., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial...», op. cit., pp. 807 y 808.

o los letrados pueden pedir aclaraciones a la información suministrada por el juez⁷⁴.

Por su parte, ABEL LLUCH entiende que la audiencia del menor debe grabarse a fin de evitar la necesidad de practicar una nueva audiencia en una eventual segunda instancia, si se recurriese la decisión que adopte el juez, porque, si en tal decisión se ha ponderado la voluntad del menor, debe poder ser revisada por el tribunal *ad quem*. Y, además, debe extenderse un acta, preferiblemente por el juez, en la que se deje constancia del lugar, día, hora e intervinientes en la audiencia, así como de las manifestaciones más relevantes del menor, en particular, las relativas a su relación con los progenitores y demás miembros de la familia extensa. Pero, si va a darse traslado del acta a las partes, en ella deben omitirse aquellas manifestaciones que afecten a la intimidad del menor o que le puedan ocasionar un conflicto de lealtades con sus progenitores⁷⁵.

A su vez, con respecto a la controversia sobre la procedencia o no de entregar a las partes una copia de la grabación de la audiencia del menor o de darles traslado del acta, el referido autor también distingue tres posiciones doctrinales y jurisprudenciales⁷⁶. Así, un sector doctrinal argumenta que no se debe entregar copia de la grabación ni dar traslado del acta a las partes, porque la audiencia va dirigida al tribunal a fin de que éste pueda percibir la visión del conflicto subyacente desde la perspectiva del menor. Además, la omisión del traslado del acta de la exploración del menor a los

74. En relación con esta cuestión, el autor también destaca, a su vez, las distintas posiciones doctrinales existentes sobre quién debe redactar el acta de la audiencia del menor. Un sector doctrinal sostiene que la redacción del acta corresponde al Letrado de la Administración de Justicia, por ser quien debe dar fe pública de la diligencia (art. 453.1 LOPJ) y porque así el juez puede centrarse en la conversación con el menor; mientras que otro sector se decanta porque el acta la redacte el propio juez con el doble argumento de que no existe necesidad de añadir la intervención de una nueva persona (el Letrado de la Administración de Justicia) en un trámite que afecta a la intimidad del menor, y de que es el juez quien mejor puede recoger las manifestaciones del menor que le pueden servir para formar su convicción y con el contenido que estime más oportuno. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 337; Idem, «La confidencialidad de la audiencia...», p. 2.
75. ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., pp. 338 y 339; Idem, «La confidencialidad de la audiencia...», p. 3. En el mismo sentido, vid., NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., pp. 299 y 300; ROMERO COLOMA, A.M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad...», op. cit., p. 8; ZAERA NAVARRETE, J., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial...», op. cit., p. 808.
76. Vid., ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., pp. 337 y 338; Idem, «La confidencialidad de la audiencia...», op. cit., pp. 2 y 3; Idem, «La confidencialidad de la audiencia del menor», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 80 y 81. Vid., asimismo, LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor...», op. cit., pp. 17 y 18.

letrados de las partes no puede dar lugar a una nulidad de actuaciones porque no es un elemento en el que se pueda fundar un recurso por error en la apreciación de la prueba⁷⁷. En el extremo opuesto se sitúan quienes defienden que, para permitir el derecho de defensa, debe darse traslado a los letrados de las partes, cuando menos del acta y a ser posible de la grabación de la audiencia, porque las manifestaciones del menor han servido para formar la convicción y fundar la decisión judicial, y así debe constar en la motivación de la sentencia, por lo que el letrado en trámite de conclusiones o para fundar un recurso de apelación deberá conocerlas y tenerlas en cuenta⁷⁸. Finalmente, existen posiciones intermedias que proponen que, sin necesidad de dar traslado de la grabación o del acta, se dé información oral o por escrito a los letrados de las partes sobre el contenido de la exploración, pero sin recoger las manifestaciones del menor que afecten a su intimidad.

Como señala el autor, este es, sin lugar a dudas, el punto más delicado, es decir, cómo puede el juez dar información a los letrados sobre el resultado de la audiencia del menor sin comprometer su derecho a la intimidad. Y, a tal efecto, propone una doble alternativa para armonizar los derechos en juego. La primera sería que se facilite a los letrados información oral o escrita, pero sin necesidad de trasladarles el acta, sobre el hecho de que se ha celebrado la audiencia y los sujetos intervinientes en ella, así como sobre el contenido genérico de las manifestaciones del menor, excluyendo aquellas manifestaciones de las que se pueda deducir una preferencia por uno u otro progenitor. La otra posible solución sería que el propio juez redacte el acta de la exploración, omitiendo aquellas manifestaciones que puedan ser perjudiciales para el interés del menor por afectar a su intimidad, en cuyo caso sí podría darse traslado de tal acta a los letrados de las partes⁷⁹.

Pues bien, sobre las cuestiones controvertidas apuntadas que se han suscitado en torno a la documentación de la audiencia del menor, se ha pronunciado el TC, en su sentencia 64/2019, de 9 de mayo⁸⁰, con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad (núm. 3442-2018) planteada por el propio ABEL LLUCH, como titular del Juzgado de Primera Instancia

77. En este sentido, vid., SAP de Barcelona, 447/2015, de 26 de junio (JUR 2015/187169).

78. En este sentido, vid., SAP de Santa Cruz de Tenerife, 153/2018, de 19 de marzo (JUR 2018/203970).

79. ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad...», op. cit., p. 339; Idem, «La confidencialidad de la audiencia...», op. cit., p. 3; Idem, «La confidencialidad de la audiencia...», op. cit., pp. 80-82.

80. STC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019/64). Las conclusiones de esta sentencia del TC también han sido acogidas en la STS 705/2021, de 19 de octubre (RJ 2021/5413).

núm. 14 de Barcelona, respecto del párrafo tercero del art. 18.2.4^a LJV, por posible vulneración del art. 18.1 CE. Recordemos que tal precepto, en su redacción anterior a la introducida por la disposición final decimoquinta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, disponía que «Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días».

En esta sentencia, el TC declara la constitucionalidad del precepto legal en cuestión, haciendo una interpretación del mismo que permita un equilibrio entre el derecho a ser oído y a la intimidad del menor y el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva de las partes. En síntesis, las principales conclusiones y argumentos esgrimidos por el TC son los siguientes⁸¹:

En primer lugar, constata que la audiencia del menor puede dar lugar a una colisión, no exenta de complejidad, entre los derechos del menor a ser oído, a participar en el procedimiento judicial, y a la intimidad, de una parte; y los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva de las partes, que en hipótesis pueden tener intereses contrapuestos a los del menor, de otra. Ante tal colisión, es función del intérprete constitucional tratar de armonizar tales derechos, si es posible, y, en otro caso, precisar las condiciones y requisitos en que puede prevalecer uno de ellos; y tal ponderación debe realizarse bajo el prisma del superior interés del menor.

En segundo lugar, el momento crucial para ponderar y garantizar los derechos de audiencia y a la intimidad del menor, conciliándolos con los derechos que asisten a las partes, no es el del traslado del acta a los interesados, sino el del desarrollo de la exploración. En este sentido, en la celebración de la audiencia del menor, el juez y el letrado de la Administración de Justicia deben cuidar de preservar su intimidad, celebrándola a puerta cerrada, sin publicidad ni contradicción. Y, además, deberán limitar o acotar el ámbito objetivo de la misma, velando por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente.

81. Un análisis detenido de los argumentos y conclusiones de esta STC 64/2019, de 9 de mayo puede verse en ABEL LLUCH, X., «La confidencialidad de la audiencia...», op. cit., pp. 82-86; MARTÍNEZ DEL TORO, S., «La audiencia del menor en los procesos...», op. cit., pp. 303-312.

Las anteriores reglas y cautelas se deben complementar con otra garantía esencial para preservar la intimidad del menor, que se refiere al contenido del acta: «el contenido del acta únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente». Practicando la audiencia a puerta cerrada y acotando el objeto de la exploración y, consecuentemente, el contenido del acta a las cuestiones estrictamente relevantes e imprescindibles para la decisión judicial, la incidencia en el derecho a la intimidad del menor será muy reducida.

Finalmente, concluye el TC que, «así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el consiguiente contenido del acta, en razón de esa misma relevancia, y por imperativo del principio de contradicción, el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones». Es decir, habiéndose adoptado adecuadamente las referidas garantías para preservar la intimidad del menor, la conciliación de este derecho con el de defensa de las partes, exige que se les dé traslado del acta. El traslado del acta sirve de contrapeso a las garantías que rigen en el desarrollo de la audiencia del menor, y, en particular, su celebración a puerta cerrada, sin que suponga un sacrificio desproporcionado del derecho a la intimidad del menor.

Cabe destacar que, aun cuando la STC 64/2019, de 9 de mayo desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 18.2.4ª LJV, la doctrina en ella sentada determinó su modificación a través de la disposición final decimoquinta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, pasando a incorporar en su redacción algunas expresiones literales de esta sentencia, además de omitir la necesidad de grabar la exploración del menor: «Del resultado de la exploración se levantará en todo caso, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días».

Por último, conviene señalar que, si bien tanto la cuestión de inconstitucionalidad que motivó la STC 64/2019, de 9 de mayo, como la propia argumentación de la sentencia se refieren al art. 18.2.4ª LJV, la doctrina sentada en la misma trasciende el ámbito de la jurisdicción voluntaria, haciéndose extensible a cualquier proceso en el que proceda practicar la exploración del menor, sea de jurisdicción voluntaria, sea en proceso

contencioso e, incluso, en procesos penales⁸². Como señala NEIRA PENA al respecto, el conflicto subyacente entre derechos fundamentales que se manifiesta en cualquier proceso de familia en que se proceda a la exploración del menor, junto con el carácter generalista de los argumentos del TC, hace inevitable extender tales argumentos a cualquier proceso, ya se trate de un expediente de jurisdicción voluntaria o de un expediente contencioso, sin que exista razón alguna para que la necesidad de levantar acta en los términos fijados por el TC y trasladarla a las partes procesales quede limitada a los expedientes de jurisdicción voluntaria. De no extender esta doctrina a los procesos contenciosos, con el argumento de que no existe en la LEC ni en el LOPJM una disposición análoga a la del artículo 18.2.4ª LJV, sufrirían irremediablemente los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva de las partes en estos procesos, restringiéndose indebidamente sus posibilidades de contradicción e impugnación eficaz⁸³.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor con auxilio de especialistas», en *La audiencia del menor en los procesos de Familia* (Coord., ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 167-170.

ABEL LLUCH, X., «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia», en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba* (Dir. PICÓ I JUNOY, J. y ABEL LLUCH, X.), Bosch, Barcelona, 2018, pp. 303-344.

ABEL LLUCH, X., «La confidencialidad de la audiencia del menor», *Diario La Ley*, n.º 9418, Sección Práctica Forense, 20 de mayo de 2019 (La Ley 6414/2019), pp. 1-4.

ABEL LLUCH, X., «La confidencialidad de la audiencia del menor», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 78-86.

ADEL ARTIGA, C., «La audiencia del menor con “previa minuta” de letrado», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 105-107.

ARANGÜENA FANEGO, C., «La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales»,

82. ABEL LLUCH, X., «La confidencialidad de la audiencia...», op. cit., p. 85.

83. NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor...», op. cit., p. 301.

disponible en <https://docplayer.es/4569479-La-oralidad-y-sus-consecuencias-en-la-diligencia-de-exploracion-del-menor-en-los-procesos-matrimoniales.html>, [última consulta: 13-1-2022].

ARCH MARÍN, M., «Protocolo de acogida del menor en la audiencia. Consideraciones desde la perspectiva psicológica. Aspectos que se deben considerar en el protocolo de acogida», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 31-35.

CASO SEÑAL, M., y ATARES GARCÍA, E., «Protocolo de acogida del menor en la audiencia. El derecho de información del menor», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 35 y 36.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (*Observación General N° 12* (2009). *El derecho del niño a ser escuchado*, párrafos 36 y 37, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>, [última consulta: 24-1-2022].

DEFENSOR DEL PUEBLO sobre *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>, [última consulta: 24-1-2022].

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2001-00001.pdf, [última consulta: 24-1-2022].

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos*, disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2009-00003.pdf, [última consulta: 24-1-2022].

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2015-00006.pdf [última consulta: 24-1-2022].

HERNANDO VALLEJO, M., «La audiencia del menor recabando el auxilio de especialistas», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 63-66.

LÓPEZ JARA, M., «La diligencia de exploración del menor en los procesos de familia», *La Ley. Derecho de familia*, n.º 20, cuarto trimestre 2018, pp. 1-21.

- MARÍN LÓPEZ, M. J., «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio», *Derecho Privado y Constitución*, n.º. 23, enero-diciembre, 2009, pp. 249-283.
- MARTÍNEZ DEL TORO, S., «La audiencia del menor en los procesos civiles», en *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, (Dir., ÁLVAREZ ALARCÓN, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 291-313.
- NEIRA PENA, A.M., «La audiencia del menor en los procesos de familia», en *Los conflictos de Derecho de familia desde la Justicia terapéutica* (Dir., PILLADO GONZÁLEZ, E.), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 281-305.
- NÚÑEZ TOMÁS, M.J, BELTRÁN JANÉ, M., y CAMPOS REIG, V., «La suspensión de la audiencia del menor por incomparecencia del Ministerio Fiscal», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 57-61.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «¿Cuándo debe oírse a los hijos menores de edad en el proceso de familia?», *Diario La Ley*, n.º 8861, 11 de noviembre de 2016 (La Ley 8525/2016), pp. 1 y 2
- PÉREZ DAUDÍ, V., «La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia. (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, Sala 2ª, de 29 de junio de 2009)», *Diario La Ley*, n.º 7320, 14 de enero de 2010 (La Ley 20694/2009), pp. 1-5.
- PÉREZ GALVÁN, M., «La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia (1)», *Diario La Ley*, n.º 8866, Sección Tribuna, 18 de noviembre de 2016, (La Ley 8639/2016), pp. 1-6.
- ROMERO COLOMA, A.M., «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales», *Diario La Ley*, n.º 7956, Sección Tribuna, 2 de noviembre de 2012, (La Ley 17250/2012), pp. 1-11.
- SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, P. y COMPANY CARRETERO, F.J., «El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado», *Actualidad Civil*, n.º 7, julio 2017 (La Ley 9279/2017), pp. 1-16.
- SELVA SANTOYO, R., «¿En qué momento debe practicarse la audiencia del menor?», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 37 y 38.
- TINTORÉ GARRIGA, M.P. y TAMBORERO FONT, P., «La audiencia del menor “multientrevistado” a través de las manifestaciones de los

padres», en *La audiencia del menor en los procesos de familia* (Coord. ABEL LLUCH, X.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 113-117.

VERNENGO PELLEJERO, N.C., «Problemática relativa a la exploración del menor en los procesos contenciosos matrimoniales», *Práctica de Tribunales*, n.º 124, sección estudios, enero-febrero 2017 (La Ley 111/2017), pp. 1-15.

ZAERA NAVARRETE, J.I., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013)», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3, agosto 2015, pp. 793-810.

Capítulo XXII

El derecho de los menores con discapacidad auditiva a oír y ser oídos

BLANCA MAZZINI PAREJO

*Abogada, traductora e intérprete
Doctoranda en Derecho en la Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO. 1. *La audiencia al menor*. 2. *Interpretación de lengua de signos*. 3. *Medios de apoyo a la comunicación*. 4. *Aciertos y posibles mejoras*. III. CUESTIONES PRÁCTICAS. 1. *Modalidades de interpretación*. 2. *Especialidades*. 3. *Perfiles profesionales*. 3.1. *Intérpretes de lengua de signos*. 3.2. *Guía-intérpretes*. 3.3. *Adecosores*. 3.4. *Facilitadores de la comunicación*. 3.5. *Defensores judiciales*. 3.6. *Peritos y expertos*. 4. *Relevancia*. IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los menores tienen derecho a oír y ser oídos y ello con independencia de que tengan o no discapacidad auditiva, siendo esto algo que sobre el papel no se discute, pero cuya aplicación al caso concreto no está exenta de dificultades. Abordamos esta cuestión de forma práctica desde la doble perspectiva, tanto jurídica como del ámbito de la interpretación de lenguas, que la formación y profesión de quien escribe, abogada y traductora-intérprete, le permite.

Con la reciente promulgación 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, se pretende avanzar en los cada vez más y mejor reconocidos derechos humanos de

las personas con discapacidad, dentro de los que cobra cada vez mayor relevancia la protección de la infancia y la adolescencia.

Dentro del campo de las discapacidades auditivas se añaden disposiciones que modifican la situación actual de la intervención del intérprete de lengua de signos española en los procedimientos tanto judiciales como extrajudiciales, figura que resulta fundamental en la aplicación del Derecho de familia, y en particular cuando se debe proceder a la exploración de menores, lo que ocurre en numerosos casos de ruptura familiar. Analizamos aquí la regulación existente en la materia y las repercusiones prácticas que tiene la misma, de la que señalaremos sus aciertos y los nuevos retos que con ella se presentan, así como la introducción de nuevas figuras como el experto encargado de facilitar la conversación.

II. MARCO NORMATIVO

Aunque contamos con abundante normativa internacional y nacional que regula el derecho de los menores con discapacidad a ser escuchados, seguía siendo necesario precisar las concretas necesidades que conlleva la discapacidad auditiva y/o de fonación. El panorama legislativo con el que se contaba hasta el momento vela por que el menor discapacitado sea oído, aunque sin aportar medidas o soluciones prácticas.

Así, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989¹, en adelante CDN, establece que se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, señala en su artículo 7.3² que los menores con discapacidad tienen derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten.

1. Art. 12 CDN: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».
2. Art. 7.3 CDPD: «Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho».

Ya en nuestro ordenamiento jurídico, contamos con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LPJM, la cual regula en el artículo 9.1³ que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, mientras que su apartado segundo⁴ fija el derecho a la asistencia por intérpretes. El artículo 92.2⁵ del Código Civil menciona el deber del juez de velar por el cumplimiento del derecho de los menores a ser oídos cuando deba adoptar medidas que le afecten.

Por último, el cuarto párrafo del artículo 770.4.⁶ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC, garantiza el auxilio

3. Art. 9.1 LOPM: «El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento».
4. Art. 9.2 LOPM: «Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente».
5. Art. 92.2 CC: «El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión».
6. Art. 770.4.^a IV LEC: «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 interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

de especialistas a los hijos menores o mayores con discapacidad que precisen apoyo. Es ya esta norma procesal la que regula la intervención de los profesionales lingüísticos, asistencia que se ha modificado recientemente por la Ley 8/2021 y que analizaremos en la presente comunicación, tras abordar la audiencia del menor y su exploración judicial.

1. LA AUDIENCIA AL MENOR

La audiencia al menor, configurada como parte del derecho del mismo a ser oído, como hemos adelantado, se regula principalmente en los procedimientos de familia con el artículo 92 CC, apartados 2 y 6. Por su parte, el artículo 9 de la LOPM reconoce el derecho del menor a ser oído no sólo dentro del ámbito familiar sino en cualquier procedimiento judicial que pueda afectar a su esfera personal, familiar o social, esto es, aumenta el ámbito en el que deberá hacerse efectivo este derecho⁷.

El procedimiento de exploración judicial del menor se regula en el apartado 8 del artículo 770.4.^a LEC, del que nos ocupa especialmente la referencia que realiza al «auxilio de especialistas». En los procedimientos de familia es muy frecuente la práctica de esta diligencia, considerada por un sector de la doctrina⁸ como un tipo de reconocimiento judicial de personas especial en cuanto al hecho de ser un menor el objeto de tal reconocimiento, mientras que para otros carece de carácter probatorio, habiendo sido privada en la práctica forense de la presencia e intervención contradictoria de las partes. También su contenido desvirtúa en numerosas ocasiones su posible condición de medio de prueba, pues se encuentra legalmente configurado como un derecho del menor, obligatorio cuando se trata de mayores de doce años *ex* artículo 770.4 LEC o cuando el menor tenga suficiente madurez, *ex* artículo 9 LOPM.

No cabe duda de que se trata de un acto *sui generis* cuyas especialidades son aún más numerosas cuando se trata de un menor sordo, que necesitará de ulteriores apoyos para entender y ser entendido por personas oyentes.

7. ZAERA NAVARRETE J. I., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (Rec. 1229/2013)», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3, agosto 2015, p. 798.

8. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «Medios de prueba», en AA.VV., *Los procesos de familia: Una visión judicial*, Coord. HIJAS FERNÁNDEZ, E., Madrid, Colex, 2009, pp. 493 y ss. considera que existen en la doctrina dos posiciones claramente diferenciadas sobre la naturaleza de la audiencia al menor. LÓPEZ YAGÜES, V., *La prueba del reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2005, p. 195 considera que deberá adecuarse a las normas del artículo 355 LEC, mientras que BROCÁ, G. M., MAJADA PLANELLES, A. y CORBAL FERNÁNDEZ, J. E., *Práctica procesal civil*. Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2014, 23.^a ed., tomo IX, p. 8917 son de opinión contraria.

Resulta cierto que los intereses del menor pueden ser protegidos a través del ejercicio de su derecho a ser oído por sí mismo o bien a través de sus representantes legales cuando por sí mismo no sea posible o conveniente. Sin embargo, la dificultad añadida que pueda suponer oír a un menor sordo no puede tomarse como motivo o excusa para denegar su audiencia.

El derecho de audiencia de los menores ha sido elevado por nuestro TC a rango de fundamental al integrarlo dentro del artículo 24.1 de tutela judicial efectiva⁹, al igual que ocurre con el derecho a la asistencia por parte de intérprete, como veremos más adelante, por lo que la exploración judicial de los menores sordos deberá realizarse con especial cuidado por su relevancia y con mayor motivo al no encontrarse exenta de dificultades, lo cual se ve acentuado al no venir detallado en nuestras normas procesales la forma en la que debe practicarse.

En la *praxis* judicial normalmente se desarrolla en el despacho del juez, con la presencia del fiscal y el letrado de la administración de justicia, que suelen no usar toga, sin que se realice grabación de imagen ni de sonido. Se documenta el contenido de la conversación en un acta de la que podrá darse traslado total o parcial a las partes, lo cual es criticado por los profesionales de la abogacía por la escasa participación o información que reciben al respecto. Se excluye la asistencia de las partes y sus letrados al entenderse perturbadora para el buen fin de la diligencia. La presencia de los progenitores sin duda coartaría la libertad u objetividad del menor.

Nos cuestionamos sin embargo cómo debe procederse en caso de que el menor sordo o con discapacidad no se entienda correctamente con el juez ni incluso con la ayuda de un intérprete de lengua de signos o un facilitador de la comunicación, cuando únicamente los padres, la familia más cercana o algún educador con el que se encuentre en contacto cotidiano sea capaz de explicarle lo que ocurre en el procedimiento o qué se le está preguntando.

Sin duda será necesario adecuar la actuación a cada caso¹⁰, pues cada menor, con discapacidad o no, cuenta con un nivel de madurez y unas necesidades distintas. Sin embargo, ello no elimina la necesidad de que se regule un marco normativo sólido en el que encuadrar las distintas posibilidades de flexibilizar la audiencia para que la misma sea eficaz y cumpla con su objetivo, que no es otro que permitir que el menor se exprese libremente.

9. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Procedimiento contencioso de crisis matrimonial», en AA.VV., *Las crisis matrimoniales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 444.

10. CLAVIJO SUNTURA, J. H., «La participación del menor en la audiencia de exploración», *Rev. Boliv. de Derecho* n.º 25, enero 2018, p. 575.

2. INTERPRETACIÓN DE LENGUA DE SIGNOS

Hasta el momento, nuestra normativa nacional únicamente mencionaba en las leyes procesales la asistencia de los intérpretes y, en concreto, de intérpretes de lengua de signos. Así, el artículo 143.2 LEC¹¹ establece que si la persona fuere sorda se nombrará siempre al intérprete de lengua de signos adecuado. Esta regulación resultaba ciertamente insuficiente, pues no especifica en modo alguno qué se deberá entender como un intérprete adecuado. No contamos en la actualidad con disposiciones que desarrollen la materia ni con registro oficial de intérpretes que haga las veces de filtro de calidad. Tampoco se puede acudir a un colegio oficial de traductores e intérpretes para que nos oriente, ya que actualmente no existen. Nada se dice acerca de cómo proceder si la persona sorda no conoce la lengua de signos, situación que se produce con más frecuencia de lo que pensamos, o cuando nos encontramos ante una persona sordociega.

En la práctica podemos encontrarnos ante dos situaciones, la primera cuando la persona que necesita la asistencia de intérprete lo contrata de forma privada, ya sea abonando sus honorarios o, lo que es más frecuente, a través de las numerosas asociaciones que se encargan de prestar estos servicios. En caso contrario, en el orden civil, cuando se trata de asistidos con derecho a justicia gratuita, el intérprete lo proporciona el propio juzgado¹², que en el caso de las lenguas extranjeras y en defecto de asociaciones, lo hará a través de una empresa privada intermediaria, por lo que no se puede controlar directamente con qué formación o habilidades cuenta el profesional.

La situación es preocupante, pues no se puede saber si el intérprete va a entenderse correctamente con el menor o no. El control posterior de lo interpretado también resulta escaso o incluso inexistente y corresponderá realizarlo al juez o fiscal, de oficio o a instancia de parte, quienes si no conocen la lengua de signos difícilmente podrán notar discrepancias o errores. Esta previsión, que no se incluye en la regulación civil, la encontramos en el artículo 124.3¹³ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim, la cual entendemos aplicable.

11. Art. 142.2 LEC: «En los mismos casos del apartado anterior, si la persona fuere sorda, se nombrará siempre, conforme a lo que se dispone en el expresado apartado, al intérprete de lengua de signos adecuado.

De las actuaciones que se practiquen en relación con las personas sordas se levantará la oportuna acta».

12. JIMENO BULNES, M., «El derecho a la interpretación y traducción gratuitas», *Diario La Ley*, vol. 6671, 2007, p. 2.

13. Art. 124.3 LECrim: «Cuando el Tribunal, el Juez o el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de parte, aprecie que la traducción o interpretación no ofrecen garantías

3. MEDIOS DE APOYO A LA COMUNICACIÓN

A partir del 3 de septiembre de 2021 se introduce una nueva regulación de la cuestión por la Ley 8/2021, entrando en vigor el artículo 7 bis de la LEC, el cual recoge en su apartado 2 b) la posibilidad de que la persona con discapacidad cuente con la asistencia o apoyos que necesite para hacerse entender, incluidos los «medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas». Idéntica regulación se introduce en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en adelante LJV, también en su artículo 7 bis, el cual coincide en su totalidad con el artículo 7bis de la LEC¹⁴.

El apartado 2 c) del mismo artículo¹⁵ recoge la figura del facilitador, al que se califica de «profesional experto», que se encargará de realizar adaptaciones o ajustes que permitan que la persona con discapacidad entienda y sea entendida. Se trata de una previsión positiva pero que, nuevamente, no se concreta, por lo que se añade «en bruto» a una regulación ya escasamente garantista en lo que respecta a la intervención de las personas con discapacidad en el ámbito judicial civil, situación que todavía resulta más difícil de afrontar cuando se trata de menores.

Quedándonos con la parte positiva, se incluye de este modo la posibilidad de hacer uso de otros medios que posibiliten el ejercicio por parte de los menores con discapacidad auditiva de su derecho a oír y ser oídos en los procedimientos de familia. Como hemos visto, no siempre resulta suficiente la mera asistencia de un intérprete de lengua de signos, sino que deberá garantizarse de forma efectiva el derecho del menor sordo a ser escuchado. Ello implica hacer que se sienta escuchado y pueda tener interés en expresar su opinión, pues no siempre brindarle la posibilidad va a hacer que efectivamente el niño o adolescente quiera participar en un procedimiento que en la gran mayoría de ocasiones le es totalmente extraño y que puede incluso llegar a causarle miedo.

suficientes de exactitud, podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias y, en su caso, ordenar la designación de un nuevo traductor o intérprete. En este sentido, las personas sordas o con discapacidad auditiva que aprecien que la interpretación no ofrece garantías suficientes de exactitud, podrán solicitar la designación de un nuevo intérprete».

14. Art. 7 bis 2.b) LEC y LJV: «Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas».
15. Art. 7 bis 2.c) LEC y LJV: «Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida».

Pongámonos en el lugar del menor que ha de ser explorado. Se encontrará solo ante el juez en el entorno de un juzgado, lugar que impresiona incluso a adultos, es decir, una situación que difícilmente va a favorecer que se exprese con libertad. A todo ello le debemos añadir los obstáculos extra con los que se encontrará el menor con discapacidad auditiva, esto es, no poderse entender directamente con quien le pregunta. Añadida la intermediación por parte de un intérprete al que tampoco conoce, deberá valorarse en el momento si puede entenderse correctamente con él, pues a menos que lo haya asistido con anterioridad, será también la primera vez que se ven.

Donde la lengua de signos no llega, entra en juego la figura del facilitador o de otros medios de apoyo a la comunicación, los cuales sustituirán o complementarán al intérprete. Como podemos observar, la situación se complica, pues la ley deja abierto a interpretaciones si el facilitador de la comunicación podrá intermediar en la conversación de forma simultánea al intérprete de lengua de signos o no, ni de qué forma deberá prestar sus servicios ninguno de los dos. Tampoco se especifica si familiares o conocidos de la persona con discapacidad pueden desempeñar estas labores, ni cómo se salvaguardará su imparcialidad en estos casos.

Aunque no resuelve ninguna de las incógnitas que aquí nos planteamos, la Ley 8/2021 introduce también un último párrafo en el artículo 25¹⁶ de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en adelante LN, relativo a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En él se detallan de forma abierta distintas posibilidades de apoyo a la comunicación oral tales como la lengua de signos, el lenguaje dactilológico u otros sistemas de comunicación táctil, necesarios en caso de personas sordociegas. Con la introducción de estas opciones, ya ampliamente utilizadas en la práctica, se pone todavía más de relieve su necesidad.

4. ACIERTOS Y POSIBLES MEJORAS

Como aspecto positivo a destacar de las reformas introducidas por la Ley 8/2021 respecto a las medidas de apoyo a la comunicación oral encontramos sin lugar a dudas la intención del legislador de ampliar el

16. Art. 25 LN, último párrafo: «Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso».

abanico de posibilidades de asistencia a todo tipo de personas y discapacidades. Se tienen en cuenta las concretas necesidades de las personas con discapacidad auditiva y, por extensión, las de los menores sordos. Pongámonos por ejemplo en la situación de personas sordociegas, que necesitarán un intérprete capaz de comunicarse con ellos en lenguaje de signos adaptado, quien deberá mediante el contacto físico cambiar la postura de las manos del interlocutor, para que pueda sentir el signo que se está formando.. También puede ocurrir que la persona sorda no conozca en absoluto el lenguaje de signos o utilice alguna variedad regional o personal distinta que sólo puedan entender las personas de su entorno.

Hemos de estar, como siempre, al interés superior del menor y deberá ser el Juez quien valore si resulta adecuado, por ejemplo, que le asista como intérprete un familiar, pues no se dan indicaciones al respecto. Nos inclinamos hacia agradecer que al menos se contemplen distintos medios de apoyo, pues ello facilita que se escuche a menores sordos sean cuales sean sus posibilidades comunicativas. Ya habrá que ver en la práctica cómo se prestan este tipo de asistencias, lo cual hasta ahora se viene haciendo de manera bastante deficiente por motivos generalmente ajenos al propio intérprete o facilitador.

Al no venir la normativa acompañada de concreciones, quedan abiertos numerosos frentes. A nuestro entender, resultaría adecuado que se dispusiese al menos la forma de elegir los medios de apoyo necesarios y las habilidades o formación que deberá tener la persona que intermedie en la comunicación. También faltan mecanismos de control de la actuación del intérprete o facilitador que interviene en el procedimiento, para evitar dejar la valoración en manos del juez o fiscal, quienes difícilmente tendrán forma de saber si el trasvase de información ha sido o no fiel a lo manifestado por el menor sordo.

La situación no es muy alentadora, pues no podemos saber de antemano si la comunicación fluirá correctamente y tampoco se puede saber con posterioridad si efectivamente ha fluido, por lo que falla el antes, falla el durante y falla el después, aunque existe al menos una intención de que esto mejore, esperemos que más pronto que tarde.

III. CUESTIONES PRÁCTICAS

Abordamos a continuación toda una serie de cuestiones prácticas relacionadas con la intervención de los profesionales lingüísticos en un procedimiento judicial y, en concreto, las implicaciones de la intervención de un intérprete de lengua de signos o un facilitador de la comunicación que

permita la intervención de menores con discapacidad auditiva, así como otras figuras afines y la diferencia entre ellas.

1. MODALIDADES DE INTERPRETACIÓN

Comenzamos, por sus similitudes, con la interpretación de lengua extranjera, puesto que entendemos que su regulación puede resultar complementaria o subsidiaria a la prestación de otro tipo de apoyos a la comunicación.

En cuanto a los traductores e intérpretes¹⁷, encontramos tres modalidades principales de actuación en relación con la Administración de Justicia¹⁸. La primera de ellas es la jurídica, cuando se trata de textos o discursos de esta temática¹⁹, dentro o fuera de los juzgados. Por su parte, la interpretación judicial es aquella que se realiza en los juzgados y tribunales, verse o no lo que se está diciendo acerca del Derecho, pues puede tratarse de juicios de todo tipo, acerca de, por ejemplo, temas técnicos, médicos o económicos.

Por último, hablamos de traducción o interpretación jurada cuando el profesional lingüístico está habilitado para realizarlas, habiendo previamente superado los exámenes que el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación habilita al efecto²⁰. Se trata esta última de una intervención que debe entenderse más precisa o, al menos, con un mayor control previo de las habilidades del profesional que las realiza. Se suelen requerir traducciones o interpretaciones juradas en ámbitos oficiales o relativos a las administraciones públicas. Conllevan un desembolso

-
17. Profesiones que, como afirma DE LAS HERAS CABA, M. «La figura del traductor en las normas procesales españolas. Análisis de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 13, 2016, p. 13, tienden a confundirse, por lo que aclaramos brevemente: la traducción es escrita, mientras que la interpretación es oral, encargadas ambas del trasvase de información entre dos lenguas distintas.
 18. Mismas categorías entre las que distingue ORTEGA ARJONILLA, E., «La traducción jurídica, jurada y judicial: aspectos teóricos, metodológicos y profesionales», en AA. VV., *La traducción y la interpretación en las relaciones jurídicas internacionales*, Coord. MONZÓ NEBOT, E. y BORJA ALBI, A., Castellón de la Plana, Universitat Jaume I, 2005, pp. 113 y ss.
 19. REVIRIEGO, J. y MACÍÁ GÓMEZ, M.; «Introducción general a la documentación jurídica», en AA. VV., *Manual de documentación jurídica*, ed. lit. MACÍÁ GÓMEZ, M., Madrid, Síntesis, 1998, p. 20, definen la documentación jurídica como «la generada en la creación, aplicación, difusión e investigación del Derecho».
 20. O bien las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, GALANES SANTOS, I., «La acreditación de traductores y/o intérpretes jurados en España: novedades, contrastes e incoherencias», *Sendeban*, vol. 21, 2010, p. 253.

económico mayor, dado que la lista de traductores e intérpretes jurados es finita²¹ y son éstos quienes deciden libremente sus honorarios.

En la interpretación, todas estas modalidades de asistencia pueden prestarse fundamentalmente de tres formas, en función de las necesidades del discurso a trasladar. Así, hablamos de interpretación simultánea cuando el intérprete traslada a otra lengua el discurso al mismo tiempo que el orador lo va desarrollando, bilateral o de enlace cuando se interpreta en ambas direcciones una conversación entre dos personas que no hablan el mismo idioma y consecutiva, en la que el intérprete, generalmente a través de la toma de notas, reproduce la exposición del orador, quien deberá realizar pausas en su discurso para permitir su intervención.

La problemática es evidente, pues existen figuras distintas, con mayor o menor requisitos de acreditación, mientras que para intervenir en un juicio no se requiere ningún tipo de formación o habilidades, sino únicamente, en abstracto, realizar un traslado «fiel» de la información²². Esta fidelidad, que tan fácil de exigir resulta, no es fácil de alcanzar ni para la persona más experimentada, por lo que dudamos de que pueda conseguirse por el intérprete de signos o facilitador habilitado *ad hoc* para realizar esta labor.

El artículo 459 CP²³ tipifica como delito especial de falso testimonio el cometido por el intérprete y, por su parte, el artículo 460 de la misma ley²⁴, recoge las alteraciones a la verdad realizadas por el intérprete mediante reticencias, inexactitudes o silencio de datos relevantes por él conocidos²⁵.

21. Y a nuestro entender, escasa, puesto que no se han realizado exámenes habilitantes desde la convocatoria del año 2018 por la Resolución de 12 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se convocan exámenes para la obtención del título de Traductor-Intérprete Jurado.
22. El artículo 144 LEC establece que el Letrado de la Administración de Justicia «podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua de que se trate, exigiéndosele juramento o promesa de fiel traducción». En el ámbito penal, el artículo 441 LECrim establece un orden de prelación en la elección del del intérprete, debiéndose designar en primer lugar un titulado, en segundo lugar, a un maestro del idioma y, en defecto de ambos, podrá hacer las veces de intérprete cualquier persona que hable la lengua.
23. Art. 459 CP: «Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años».
24. Art. 460 CP: «Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años».
25. ARCOS ÁLVAREZ, L., «Antología de la legislación sobre la traducción y la interpretación en contextos jurídicos con aplicación en España», *FITISPos International Journal*, vol. 3, 2016, p. 21.

Cabe preguntarse hasta qué punto es responsabilidad del intérprete no profesional la inexactitud no buscada del trabajo encomendado.

2. ESPECIALIDADES

Las circunstancias a tener en cuenta para el correcto desarrollo de la intervención de un profesional lingüístico que deba entenderse con personas sordas son distintas y, al no contemplarlas la normativa ni estar los intervinientes en los procesos acostumbrados a trabajar con intérpretes o facilitadores, las confusiones son frecuentes. Es común minusvalorar el enorme impacto negativo que puede tener un trasvase erróneo de la información en el marco de un procedimiento judicial o legal, donde cualquier palabra de significado contrario o distinto puede cambiar el sentido del discurso completo. La jurisprudencia al respecto tampoco ayuda, pues nos encontramos ejemplos alarmantes de indefensión aceptada por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS de 26 de enero de 2016²⁶ la cual afirma en el marco de un procedimiento de apropiación indebida la inexistencia de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por defectos en la traducción, pues se considera que el tribunal de instancia ha captado con precisión todos los matices de la versión fáctica del acusado.

El personal de la Administración de Justicia no está acostumbrado ni cuenta con la formación necesaria para trabajar con intérpretes o facilitadores, lo cual desemboca en situaciones que perjudican los derechos de las personas que tienen que hacer uso de estos servicios. No se facilita información con anterioridad al profesional lingüístico, quien deberá estar preparado para trasladar discursos de cualquier tema, generalmente especializados y complejos. Es frecuente que sean los mismos profesionales lingüísticos los que deban aclarar sus funciones, no sólo al asistido sino también al personal del órgano jurisdiccional.

En muchas ocasiones nos piden directamente que le expliquemos algo al interpretado, «explíqueme que estamos en fase de instrucción», «dígame cuáles son sus derechos», «¿tiene un teléfono español?», en lugar de dirigirse a él directamente para que le traslademos la información concreta tal y como la han manifestado. Sin embargo, es función de los profesionales del ámbito legal y no de los intérpretes explicar los términos especializados que el interlocutor no entienda o las consecuencias que pueden derivarse de un determinado acto legal²⁷.

26. STS de 26 de enero de 2016 (RJ 2016, 1629).

27. ORTEGA HERRÁEZ, J. M., *Interpretar para la Justicia*, Comares, Granada, 2011, p. 157.

Es fundamental, por tanto, la formación de todos los intervinientes en la comunicación, aunque es cierto que principalmente deberá poderse confiar en las habilidades del intérprete, pues será el único que conozca las necesidades comunicativas de la persona a la que acompaña, debiendo adaptar el discurso a los diferentes registros y niveles de comprensión²⁸. Toda interpretación es una toma de decisiones entre distintas opciones, pues no existen equivalencias exactas palabra por palabra, sino que habrá de estarse a que la impresión que se causa en el interlocutor sea la que pretende causar el emisor del mensaje.

Por ejemplo, al tratar de tú, bastante habitual en el español, habrá que modificarlo para tratar de usted si la cultura de destino puede entender lo contrario como descortés. También en caso de facilitadores de la comunicación omitir información no relevante no puede ser entendido como una falta de fidelidad, sino como una necesidad comunicativa del interlocutor que no pueda afrontar un exceso de información y centrarse por sí mismo en lo importante. Será el profesional lingüístico quien pueda y deba decidir las omisiones, cambios o mejoras que considere significativos, pues se basará en su conocimiento de las normas de comunicación, la lengua y la cultura de la situación en la que se produce el discurso.

Estas tomas de decisiones que conllevan modificaciones, necesarias para trasladar correctamente el mensaje, suelen ser apreciadas, por mero desconocimiento, como errores lingüísticos, llegando a dudar en ocasiones los intervinientes de que el traslado de información haya sido fiel. Por ello resulta sumamente importante la elección de un buen profesional, pues no resulta posible que las partes de la comunicación, sin formación lingüística o traductológica, distinguan lo que es un error de lo que no.

También es habitual que la sala no se encuentre preparada para la presencia del profesional que asiste a la persona sorda y que no tenga a su disposición ni micrófono ni silla, en caso de necesitarlos. No se le facilita su trabajo, generalmente por mero desconocimiento, realizando oportunas pausas o dejando espacio entre los turnos de palabra para que traslade lo que se ha manifestado. Tampoco se le suele tener en cuenta a efectos de la grabación de vídeo pues, en el caso de la lengua de signos, deberán verse con claridad las manos de todo aquel que signe, cuando generalmente el intérprete queda de espaldas a las cámaras por tener que mirar a la cara al interpretado²⁹. Se trata de un detalle importante, pues resultará imposible

28. MINGUET SOTO, A., *Rasgos sociológicos y culturales de las personas sordas*, Fesrod CV, Valencia, 2000, p. 218.

29. PÉREZ SENRA, «La interpretación judicial en lengua de signos: una cuestión de rol. La percepción de los intérpretes de lengua de signos de la Comunidad Valenciana de su Rol ante el Tribunal», *Revista de Llengua i Dret*, vol. 71, 2019, p. 77.

recurrir con posterioridad lo interpretado en sala si en la grabación no puede verse lo que signa tanto el interviniente como el intérprete.

Otra cuestión a tener en cuenta es la duración prevista de la intervención del intérprete o facilitador, pues, aunque generalmente la interpretación de lengua de signos se realiza de forma simultánea, deben contemplarse las pausas que pueda necesitar el intérprete para reproducir lo que se dice. Si hablamos de otras modalidades de apoyo, el tiempo para explicar o adaptar la información para que llegue correctamente a su destinatario puede ser mayor. No puede pretenderse que la duración del intercambio de información pueda ser la misma que en caso de no necesitar este tipo de apoyo, y habrá que dejar margen al menor para que no se sienta presionado y entienda la situación a la que se enfrenta y poder así garantizar de manera efectiva su derecho a oír y ser oído.

3. PERFILES PROFESIONALES

Con las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 aumentan las figuras profesionales existentes y, con ello, las dudas acerca de a cuál de ellas se debe acudir según la circunstancia, pues no se ha tenido en cuenta cómo debe procederse en caso de ser necesaria más de una de ellas ni cómo se deberán relacionar las mismas con otros apoyos a las personas con discapacidad, psicólogos o miembros del equipo psicosocial, en caso de tener que prestar asistencia de forma simultánea más de un profesional a la misma persona.

3.1. Intérpretes de lengua de signos

Como ya hemos adelantado, el intérprete de signos es aquel que, en nuestro país, se encarga de trasladar un discurso oral en lengua española a lengua de signos, también española. Las lenguas de signos son aquellas que utilizan para expresar información tanto signos manuales como quinésia facial, corporal y oral³⁰. Estas lenguas se perciben de manera visual, en el caso de que intervengan personas sordas, o táctil, en caso de personas sordociegas. No se trata de un lenguaje universal, sino de variedades regionales que cambian según la comunidad de hablantes, por lo que contamos además de con la española, con las lenguas de signos de otros idiomas como por ejemplo la catalana.

Para asegurar la intercomprensibilidad, el intérprete debe proporcionar no sólo información lingüística sino también perceptiva, esto es, debe

30. *Ibidem*, p. 75.

hacer llegar al destinatario toda la información contextual que afecta a la comunicación, cualquier sonido perceptible que afecte al entorno³¹. Es una gran diferencia respecto a los intérpretes de lengua extranjera que ya hemos mencionado, pues, aunque no se entienda el idioma del interlocutor, una persona oyente sí percibe el tono con el que se expresa, el volumen o los sonidos no verbales que emite, grandes indicadores de la intención del hablante, como puede ser mostrar desacuerdo o enfado, que no deben perderse al trasladar su discurso a la persona sorda.

3.2. Guía-intérpretes

El guía-intérprete es aquel que media en la comunicación en la que intervienen personas sordociegas a través de una comunicación táctil. Deberá además proporcionar al interpretado una descripción de la comunicación lo más completa posible, esto es, incluyendo no sólo lo que se dice sino cómo y en qué contexto se dice, además de incluir información relativa a la comunicación no verbal que el asistido no pueda apreciar por sí mismo. Ello deberá realizarse mediante una selección de información relevante, lo cual permite evitar la sobrecarga cognitiva y la acumulación de tareas para el guía-intérprete³². Se trata de un proceso complicado, más si el intérprete debe adaptarse a la velocidad en la que suele hablarse en los tribunales. Por ello, es importante que los operadores jurídicos tengan unos mínimos conocimientos acerca de las implicaciones de este tipo de intermediaciones, para así poderles facilitar su labor bajando el ritmo del discurso o evitando información superflua.

Este profesional, además, en numerosas ocasiones deberá asumir también la función de guía, pues es posible que la persona sordociega necesite apoyo para sus desplazamientos. Por ello, en caso de no contar con acompañante, suele encargarse el guía-intérprete de acudir al punto de recogida, realizar la interpretación guiada en los juzgados o lugar en el que deba desarrollarse la misma y prestarle asistencia del mismo modo durante el recorrido de vuelta.

3.3. Adecosores

El agente de desarrollo de la comunidad sorda o ADECOSOR es un perfil profesional creado en el entorno del movimiento asociativo de personas

31. *Ibidem*, p. 76.

32. GARCÍA DORADO, M., *La guía-interpretación: aspectos fundamentales*. ONCE, Madrid, 2004, pp. 154-155.

sordas y su función es servir de intermediario entre las personas sordas y un determinado entorno social. La figura ha sido recientemente reconocida por las legislaciones autonómicas sin demasiadas diferencias, es definida, por ejemplo, en el artículo 5 l) de la Ley 11/2011, de 5 de diciembre, por la que se regula el uso de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera en Andalucía como aquel «profesional con formación específica para la atención a la comunidad sorda, con el objetivo de fomentar la participación de las personas sordas y las personas con discapacidad auditiva en la sociedad a través de la promoción de su autonomía personal».

La Federación de Personas Sordas de la Comunidad de Madrid, por su parte, detalla sus funciones, tales como «animar a la participación y toma de responsabilidades de las personas sordas», «generar medios para potenciar su autonomía y participación social», «intermediar entre ellas y los recursos del entorno» o «favorecer la eliminación de las barreras comunicativas y sensibilizar para lograr la plena inclusión de las personas sordas en su entorno social»³³.

De este modo se pretende centralizar en una sola persona distintas funciones que pudieran realizar varias, con el correspondiente ahorro de costes, tiempo y malentendidos que esto puede suponer. Sin embargo, entramos nuevamente en la problemática relacionada con la formación de los profesionales, y con si serán capaces de adaptar la información para que los menores sordos la entiendan al mismo tiempo que consiguen que se sientan cómodos para expresarse.

3.4. Facilitadores de la comunicación

Aunque se trata de un tipo de apoyo que ya se venía utilizando sin respaldo legal, pues su función la ha venido realizando el propio juez, el intérprete o la familia en la medida de sus posibilidades, la introduce en nuestra legislación civil la Ley 8/2021 ya en su preámbulo, apartado V, de la siguiente forma: «se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste». Se trata, en consecuencia, de una figura opcional y cuyos costes económicos parece que deberá afrontarlos la parte que la necesite. Esta previsión entra en conflicto, a nuestro entender, con la necesidad de no discriminar a las personas con

33. FEDERACIÓN DE PERSONAS SORDAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, «Programa de Agente de desarrollo de Comunidad de Madrid (Adecosor)», disponible online en <https://www.fesorcam.org/servicio-de-adecosor/> [última consulta el 29-12-2021].

discapacidad, pues cualquier ajuste que necesite para entender el proceso e intervenir en él en igualdad de condiciones con la otra parte no debería suponerle un desembolso económico.

Además, el artículo 7 bis 2 de la LEC establece en su apartado b) que «se facilitará» la asistencia o apoyo necesarios, mientras que en el c) se puede leer que «se permitirá» la participación de un profesional experto. Nada se dice acerca de cómo elegirlo o quién deberá contratarlo, por lo que entendemos que pueden aplicarse las normas relativas a los intérpretes, a las que ya hemos hecho referencia y que ya de por sí resultan escasas y poco garantistas.

3.5. Defensores judiciales

Una figura ya consolidada que vuelve a recogerse en la reciente Ley 8/2021 es la del defensor judicial, prevista para situaciones en las que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y el menor o persona con discapacidad o también cuando exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual ejerza como tal.

Con esta ley se armonizan las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, modificando la LJV, la LEC y la LN en lo que respecta al nombramiento del defensor judicial, introduciendo los llamados expedientes de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. El artículo 758.2 LEC establece ahora la obligatoriedad de nombrar un defensor judicial siguiendo lo establecido en el artículo 295 CC cuando la persona con discapacidad no haya comparecido en plazo a la contestación a la demanda con su propia representación y defensa. Su función, por tanto, es la de salvaguardar los intereses de la persona con discapacidad, consiguiendo con su presencia que siempre exista alguien que la defienda.

En lo relativo a los menores, aunque se cuenta con una previsión diferenciada, hemos de estar a las mismas consideraciones, pues el artículo 236 CC nos remite a las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad. Como resulta habitual, no se tienen en cuenta las necesidades particulares que puedan tener, resultando únicamente mencionados.

3.6. Peritos y expertos

Por último, aunque no menos importante, cabe mencionar a peritos y expertos, ambos regulados en el artículo 340.1 LEC³⁴, el cual hace referencia

34. Art. 340.1 LEC: «Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no

primero al perito, como aquel que posee título oficial, para después mencionar que en su defecto resulta posible que se habilite a una persona entendida en la materia. La diferencia entre ambos radica, por tanto, en su cualificación institucionalmente reconocida, pues sólo el primero de ellos posee conocimientos oficiales³⁵. En consecuencia, la prueba pericial puede definirse como la actividad en virtud de la cual una persona experta en materias no jurídicas elabora y transmite al tribunal cierta información especializada, mediante la que se le trasladan conocimiento, apreciación de los hechos y circunstancias fácticas relevantes para el proceso³⁶.

En la práctica, el dictamen de peritos resulta uno de los medios de prueba más utilizados y de mayor relevancia, junto con la documental, pues no puede pretenderse que el juzgador por sí mismo tenga conocimientos «científicos, artísticos, técnicos o prácticos»³⁷ suficientes para la resolución de todo tipo de conflictos jurídicos. De este modo, también en el ámbito de los idiomas y la interpretación de lengua de signos, se podrá contar con un perito o experto que valore, entre otras cuestiones, si la interpretación que se está realizando es fiel o adecuada al contexto³⁸, lo cual, unido a la intervención de otros profesionales, complica todavía más la situación ante la que, al menos en teoría, se puede encontrar un menor con discapacidad auditiva.

4. RELEVANCIA

Aunque nuestra Constitución³⁹ no recoge expresamente el derecho a la interpretación, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) lo ha mencionado de forma reiterada en su jurisprudencia como un derecho integrado en el Derecho de defensa de su artículo 24.2. Según el Tribunal Constitucional, debe ser considerado derecho fundamental aun cuando la citada

estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias».

35. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., «La Prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Balance crítico», *Revista de Estudios Jurídicos* vol. 13, Jaén, Universidad de Jaén, 2013, p. 2.
36. DE LA OLIVA SANTOS, A. en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Madrid, 2001, p. 580.
37. Art. 335.1 LEC.
38. Puede hacerse uso de intérpretes adicionales como vía de control de la fiabilidad de la traducción, tal como permite la STS de 14 de marzo de 2014 (RJ 2014, 3836), en el marco de unas intervenciones telefónicas, al manifestar que no resulta necesaria que la interpretación sea realizada por intérprete con titulación para ello ni que sean dos los intérpretes, aunque contemplando la posibilidad.
39. Constitución española, 29 de diciembre de 1978, en adelante CE.

norma no lo invoque por su nombre, señalando asimismo que el derecho a la asistencia gratuita por intérprete se incluye en la dimensión material de la tutela efectiva del art. 24.1 CE⁴⁰.

Al respecto cabe mencionar las SSTC, 188/1991, de 3 de octubre⁴¹ y 181/1994 de 20 de junio⁴², de las cuales la última de ellas afirma que «es razonable que el derecho a “ser asistido gratuitamente por un intérprete” haya de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro de este derecho fundamental, aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre».

Aunque las referencias a intérpretes se refieren generalmente a los intérpretes de lengua extranjera, cada vez más y de forma más sólida se garantiza también este derecho en relación con la lengua de signos y, con la entrada en vigor de la ley 8/2021, también de otro tipo de profesionales de apoyo a la comunicación. Se trata de una nueva normativa parte de un progreso previo en el reconocimiento de las necesidades concretas de las personas con discapacidad y los menores en los procedimientos judiciales, donde hace unos años hemos podido presenciar un avance vertiginoso del uso de la lengua de signos española⁴³. Esta rápida evolución ha conllevado no sólo aspectos positivos, sino también ciertos problemas relacionados con que todavía faltan mucha información y vías de formación oficiales para este tipo de profesionales. Resulta positivo que se haya pasado de la intervención de familiares y amigos a la intervención primero de voluntarios y posteriormente de profesionales remunerados. Solo así puede garantizarse, en opinión de quien escribe, un resultado satisfactorio, esto es, desde la formación y especialización de quien asiste, siempre contando si resulta posible o necesario, con el apoyo del círculo familiar o social del interpretado.

En consecuencia, la modificación de la LEC y la LJV contemplando la inclusión de intérpretes, mediadores y facilitadores de la comunicación ha resultado bienvenida por la comunidad sorda en general y por la Confederación Estatal de Personas Sordas en particular⁴⁴, pues supone un

40. BOTICARIO GALAVÍS, M. L., «Marco regulador del derecho a ser asistido por intérprete», *Revista de Derecho UNED*, n.º 11, 2012, p. 94.

41. STC n.º 188/1991, de 3 de octubre (RTC 1991, 188).

42. STC n.º 181/1994, de 20 de junio (RTC 1994, 181).

43. LARA BURGOS, P., «Retos de la interpretación de la lengua de signos», en AA. VV., *El español, lengua de traducción para la cooperación y el diálogo*, Coord. GONZÁLEZ, L. y HERNÚÑEZ, P., 2008, p. 137.

44. «La justicia ha de ser igual para todos y todas, y como tal, debe garantizar el respeto a nuestros derechos lingüísticos», ha manifestado la presidenta de la CNSE, Concha Díaz. «Estas medidas resultan clave para avanzar en la seguridad y en la plena tutela

avance hacia la plena tutela judicial efectiva, ya que si los menores sordos no entienden el contenido de las decisiones que le afectan, difícilmente podrán formar parte de las mismas, tal como formalmente garantiza la normativa internacional, europea y nacional.

IV. CONCLUSIONES

Tras analizar la situación actual de la audiencia del menor sordo en el ámbito judicial civil, nuestra opinión es necesariamente crítica puesto que entendemos que el legislador puede y debe hacer mucho más por garantizar su derecho a oír y ser oído. Para ello no basta con sentar unas bases teóricas que la reciente Ley 8/2021 ha ampliado y detallado, con la introducción de figuras ciertamente positivas como son los facilitadores de la comunicación, sino que será necesario realizar una armonización real de la normativa existente en aras de la protección del interés superior del menor.

No resulta aceptable que sigan añadiéndose figuras de asistencia a los menores y a las personas con discapacidad sin regular las interrelaciones entre ellas, el modo en el que deberán elegirse o cómo deberán prestar su asistencia. Resulta cada vez más necesario la unificación de listados de personas habilitadas para ejercer como intérpretes o facilitadores, con la creación de un registro profesionalizado, esto es, en el que pueda consultarse si se encuentran correctamente habilitados para desempeñar las labores que se les encargan.

Sorprende observar los numerosos requisitos de formación que se exigen para ejercer como abogado o procurador en contraste con el fácil acceso que tienen otros profesionales en el ámbito judicial cuyas actuaciones pueden interferir de modo muy peligroso con el interés del menor. Si la comunicación falla, el resto de garantías procesales carecen de sentido, pues el trámite de audiencia al menor no ha cumplido su finalidad.

Defendemos que una intervención eficaz de intérpretes y facilitadores pasa por su correcta formación, la cual deberá exigirse para entrar a formar parte de los registros habilitados al efecto o, en el caso de los intérpretes, de un colegio profesional con el que todavía no contamos. Deberá regularse asimismo desde la legislación civil forma detallada y garantista

judicial efectiva de las personas sordas”», en PLATAFORMA DE ONG DE ACCIÓN SOCIAL, «La Confederación Estatal de Personas Sordas consigue que la lengua de signos esté presente en los procesos judiciales», disponible online en <https://plataformaong.org/noticias/3073/la-confederacion-estatal-de-personas-sordas-consigue-que-la-lengua-de-signos-este-presente-en-los-procesos-judiciales>, [última consulta: 23-12-21].

el procedimiento de la exploración judicial del menor en sí, consolidando las prácticas que ya se realizan de forma que pueda garantizarse que el explorado se comunica libremente y que el resultado de dicha expresión de voluntad queda correctamente recogido por escrito o en la forma que se considere oportuna.

El legislador debe tomar conciencia de lo caótico que resulta el panorama actual de la asistencia tanto a menores como a personas con discapacidad, en concreto en cuanto a los menores sordos, en el que cualquier persona con conocimientos de lengua de signos podrá hacer las veces de experto facilitador de la comunicación o intérprete, sin que ambas figuras queden correctamente diferenciadas. Insistimos en la importancia de la formación para al menos limitar el acceso de profesionales con conocimientos insuficientes para realizar una labor tan delicada como es la intermediación lingüística entre un menor y un juzgado o tribunal.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Procedimiento contencioso de crisis matrimonial», en AA.VV., *Las crisis matrimoniales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 373-468.
- ARCOS ÁLVAREZ, L., «Antología de la legislación sobre la traducción y la interpretación en contextos jurídicos con aplicación en España», *Fitispos International Journal*, vol. 3, 2016, pp. 15-27.
- BOTICARIO GALAVÍS, M. L., «Marco regulador del derecho a ser asistido por intérprete», *Revista de Derecho UNED*, n.º 11, 2012, pp. 93-105.
- BROCÁ, G. M., MAJADA PLANELLES, A. y CORBAL FERNÁNDEZ, J. E., *Práctica procesal civil*. Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2014, 23.ª ed., tomo IX.
- CLAVIJO SUNTURA, J. H., «La participación del menor en la audiencia de exploración», *Rev. Bolív. de Derecho* n.º 25, enero 2018, pp. 572-585.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Madrid, 2001.
- DE LAS HERAS CABA, M., «La figura del traductor en las normas procesales españolas. Análisis de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 13, 2016, pp. 1-37.
- FEDERACIÓN DE PERSONAS SORDAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, «Programa de Agente de desarrollo de Comunidad de

- Madrid (Adecosor)», disponible online en <https://www.fesorcam.org/servicio-de-adeosor/> [última consulta el 29-12-2021].
- GALANES SANTOS, I., «La acreditación de traductores y/o intérpretes jurados en España: novedades, contrastes e incoherencias», *Sendebarr*, vol. 21, 2010, pp. 251-270.
- GARCÍA DORADO, M., *La guía-interpretación: aspectos fundamentales*. ONCE, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «Medios de prueba», en AA.VV., *Los procesos de familia: Una visión judicial*, Coord. HIJAS FERNÁNDEZ, E., Madrid, Colex, 2009.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., «La prueba pericial en la Ley De Enjuiciamiento Civil. Balance crítico», *Revista de Estudios Jurídicos* vol. 13, Jaén, Universidad de Jaén, 2013, pp. 1-21.
- JIMENO BULNES, M., «El derecho a la interpretación y traducción gratuitas», *Diario La Ley*, vol. 6671, 2007, pp. 1-10.
- LARA BURGOS, P., «Retos de la interpretación de la lengua de signos», en AA.VV., *El español, lengua de traducción para la cooperación y el diálogo*, Coord. GONZÁLEZ, L., HERNÚÑEZ, P., 2008, pp. 137-146.
- LÓPEZ YAGÜES, V., *La prueba del reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2005.
- MINGUET SOTO, A., *Rasgos sociológicos y culturales de las personas sordas*, Fesrod CV, Valencia, 2000.
- ORTEGA ARJONILLA, E., «La traducción jurídica, jurada y judicial: aspectos teóricos, metodológicos y profesionales», en AA. VV., *La traducción y la interpretación en las relaciones jurídicas internacionales*, Coord. MONZÓ NEBOT, E. Y BORJA ALBI, A., Castellón de la Plana, Universitat Jaume I, 2005, pp. 113-132.
- ORTEGA HERRÁEZ, J. M., *Interpretar para la Justicia*, Comares, Granada, 2011.
- PÉREZ SENRA, «La interpretación judicial en lengua de signos: una cuestión de rol. La percepción de los intérpretes de lengua de signos de la Comunidad Valenciana de su Rol ante el Tribunal», *Revista de Llengua i Dret*, vol. 71, 2019, pp. 73-87.
- PLATAFORMA DE ONG DE ACCIÓN SOCIAL, «La Confederación Estatal de Personas Sordas consigue que la lengua de signos esté presente en los procesos judiciales», disponible online en <https://plataformaong.org>.

org/noticias/3073/la-confederacion-estatal-de-personas-sordas-consigue-que-la-lengua-de-signos-este-presente-en-los-procesos-judiciales, [última consulta: 23-12-21].

REVIRIEGO, J. y MACÍA GÓMEZ, M.; «Introducción general a la documentación jurídica», en AA. VV., *Manual de documentación jurídica*, ed. lit. MACÍA GÓMEZ, M., Madrid, Síntesis, 1998, pp. 19-34.

ZAERA NAVARRETE J. I., «La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (REC. 1229/2013)», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3, agosto 2015, pp. 793-810.

Capítulo XXIII

La coordinación de parentalidad: problemas de encaje procesal¹

TOMÁS FARTO PIAY

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. EVOLUCIÓN DE LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD. 1. *Origen y proyectos*. 2. *La coordinación de parentalidad en la actualidad*. III. CONCEPTO Y NOTAS DEFINITORIAS DE LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD. IV. MARCO JURÍDICO. V. DESIGNACIÓN DEL COORDINADOR DE PARENTALIDAD. 1. *Modalidades*. 2. *Momento*. 3. *Temporalidad y ultima ratio*. VI. FUNCIONES Y FACULTADES. 1. *Descripción y análisis*. 2. *Funciones delegables y no delegables*. VII. SU INCARDINACIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La ruptura y el cese de la convivencia familiar conlleva unos efectos que se manifiestan en diversos ámbitos, especialmente en el aspecto emocional y de las relaciones *inter* familiares. Es así que, en ocasiones, la ruptura familiar genera problemas de parentalidad, derivados de la situación resultante, en lo referente a las relaciones tanto de los progenitores entre sí como de éstos con los hijos.

1. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor», subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos de I+D+I dentro de los Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I orientado a los Retos de la Sociedad en la convocatoria de 2019 (Ref. PID2019-106700RB-I00).

En este orden de ideas, cabe advertir que los procesos judiciales de familia son procesos especiales, no solo desde el punto de vista de su configuración procesal, sino por las particularidades y especialidades inherentes a los vínculos familiares entre las partes y, en especial, en atención a la concurrencia de hijos menores, lo que determina que los conflictos que se producen tengan peculiaridades propias, de mayor intensidad, que afectan a los miembros de la familia, por lo que las consecuencias también serán más intensas². Ante esa ruptura de pareja, pese a que lo deseable es que las relaciones de parentalidad no derivasen hacia situaciones de conflicto, lo cierto es que en muchas ocasiones no sucede así.

En este sentido, en situaciones de enconamiento y alta conflictividad, la solución judicial únicamente resuelve la controversia en términos jurídico-legales, pero no así el conflicto parental, de suerte que la mera solución jurídica adoptada por el órgano judicial referida a las medidas que pasan a disciplinar las relaciones paternofiliales deviene insuficiente por insatisfactoria, e incluso puede ser detonante de un incremento de la intensidad de un conflicto que tiende a cronificarse, lo que implica que las partes judicializan todos los aspectos y eventualidades que dimanen de dicha relación³, con el consiguiente perjuicio para el interés de los menores, que debe ser merecedor de la máxima protección.

Así, tales situaciones convierten el proceso judicial en inidóneo para la gestión del conflicto, por lo que se ha venido poniendo el acento en la bondad de acudir a instrumentos de resolución alternativa de conflictos, en aras de disminuir el enfrentamiento y habilitar una vía de entendimiento que permita una gestión normalizada de las relaciones. En tal sentido no puede obviarse, pues deviene básico, partir de la consideración de que es imprescindible utilizar aquellas herramientas que permitan solucionar las discrepancias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, en las múltiples manifestaciones y problemática que se pueda suscitar, con decisiones que afectan a la salud, desarrollo intelectual, formación, educación, etc, de los hijos, esto es, a aspectos absolutamente esenciales para la vida y desarrollo de los menores que, por tanto, exigen una pacificación del conflicto.

2. OTERO OTERO, B., *La mediación intrajudicial en los supuestos de ruptura de pareja*, La Ley, 2021, p. 26.

3. GONZÁLEZ DEL POZO [«El Coordinador de Parentalidad: una figura esperanzadora para la pacificación de conflictos parentales de alta intensidad», *Revista de Derecho de Familia El Derecho*, 8 de febrero de 2019, núm. 71, p. 2 (<https://www.elderecho.com>, última consulta: 31/01/2022)] advierte que ha de partirse de la premisa básica de que el conflicto parental que culmina con la separación o el divorcio de los progenitores no acaba ni encuentra solución en la resolución judicial que le pone término.

Es en este punto donde se plantea la posibilidad del recurso a la coordinación de parentalidad, figura de incorporación relativamente reciente en la práctica judicial de nuestro país, concebida como herramienta para mitigar el conflicto y tendente a favorecer el grado de consenso en las relaciones de parentalidad.

Ciertamente, la coordinación de parentalidad es una herramienta respecto de la cual surgen dudas y se plantean reflexiones de diferente índole y calado. Así, se plantea la necesidad de conferir a esta institución de un régimen legal adecuado, que le dote de seguridad jurídica, cual ha de ser el perfil del coordinador de parentalidad (CP), su profesionalidad y formación, la interacción con otras figuras existentes, asimismo, surgen cuestiones procesales relativas a su designación e incardinación en el proceso, sus funciones y facultades, o sobre la necesidad de adoptar protocolos de actuación homogéneos, cuestiones, todas ellas, que hacen preciso su análisis.

II. EVOLUCIÓN DE LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD

1. ORIGEN Y PROYECTOS

Históricamente, la coordinación de parentalidad surge en los Estados Unidos en los años 90 y posteriormente en Canadá, desarrollándose en las dos últimas décadas, como una intervención orientada a ayudar a los progenitores divorciados o separados incapaces de resolver los desacuerdos relacionados con sus hijos por sí mismos, ni por medio de abogados ni por cualquier otra vía de resolución o gestión de conflictos⁴; en definitiva, progenitores que acuden a la vía judicial en búsqueda de una solución, incluso después de transcurridos varios años de la ruptura de pareja.

Como señala CAPDEVILA, habitualmente, son familias multiasistidas (visitas a urgencias, intervenciones de servicios sociales, psicólogos individuales, abogados, etc.), que los profesionales de la salud mental, de la mediación y abogados, ven a menudo y se quedan con la sensación de que les faltan herramientas para ayudarles desde el propio rol profesional. Se hace evidente que, además de la ayuda del psicólogo, necesitan una mediación para sus disputas, psicoeducación sobre las necesidades de los

4. Sobre el origen de esta figura, vid. SAMBOLA CABRER, M., «La supervisión jurisdiccional de las medidas relativas a menores establecidas en proceso de familia: el coordinador de parentalidad. ¿El órgano crea la función?», *La Notaría*, núm. 3, 2014, pp. 13-15; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., pp. 4-5.

hijos, sobre como fomentar las habilidades de comunicación efectiva, de gestión de conflictos, de habilidades parentales, etc., además, los jueces también viven una frustración similar, en el sentido de que las ejecuciones se van acumulando y los expedientes se hacen más voluminosos, mientras el conflicto se cronifica⁵.

De esta forma, la coordinación de parentalidad apareció como señala D'ABATE como respuesta a una necesidad urgente para la intervención y el seguimiento tanto de separaciones como de divorcios altamente conflictivos, cuando las formas tradicionales de apoyo (la mediación familiar, la terapia, las evaluaciones psicosociales) demostraron ser ineficaces o inadecuadas, y cuya consecuencia fue el gran volumen de expedientes que se concentraron en las dependencias judiciales pertenecientes a esas familias que intentaban solucionar sus disputas familiares a través de procedimientos contenciosos⁶.

Asimismo, profesionales del ámbito de la familia como jueces, abogados, psicólogos ante esa situación empezaron a explorar nuevas vías de intervención que hicieran posible disminuir la litigiosidad existente entre los progenitores y, de ese modo, descongestionar los juzgados y reducir el conflicto al que estaban expuestos los hijos. En este contexto, los jueces empezaron a derivar a otros profesionales que pudieran ayudar a estas familias, iniciándose una nueva forma de intervención.

Los primeros proyectos surgen en los Estados de Colorado y California, con derivaciones a expertos denominados «special master». El rol se va instalando paulatinamente en otras cuatro jurisdicciones con otras denominaciones («sabios», en Nuevo México, asesor del Juzgado, facilitador de coparentalidad, etc.). En 1994, Terry Johnson, psicólogo, realiza el primer estudio empírico. En el año 2000, la American Bar Association celebró una conferencia y propuso desarrollar aún más este nuevo enfoque para trabajar con progenitores con alto grado de conflictividad. En 2001 se crea un grupo de trabajo interdisciplinario dentro de la Association of Family and Conciliation Courts (AFCC), cuyo cometido era crear modelos estándares de prácticas. En 2003 se publica el informe Parenting Coordination: Implementation Issues⁷, y dos años después, las Guidelines

5. CAPDEVILA BROPHY, C., La «figura del coordinador de parentalidad en las separaciones altamente conflictivas», Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, Sección: Psinotes, 2013 (http://www.psiara.cat/view_article.asp?id=4363, última consulta: 03/01/2022).
6. D'ABATE, D., «Parenting Coordination: A new service for high conflict divorcing families», *Intervention*, núm. 122, 2005, pp. 1-9 (<http://www.adrmaremma.it/english/dabate01.pdf>, última consulta: 03/01/2022).
7. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination. Parenting coordination: Implementation issues», *Family Court Review*, núm. 41, 2003, pp. 53-364 (<https://www.afccnet.org>, última consulta 05/01/2022).

for Parenting Coordination de la AFCC Task Force on Parenting Coordination, que recoge una serie de directrices para los profesionales de salud mental, mediadores y abogados con respecto a la formación, la práctica y la ética en relación con la coordinación de parentalidad⁸.

También, la American Psychological Association (APA), en el año 2012, publicó una guía rectora en la que recoge las directrices que describen las mejores prácticas para el funcionamiento ético y competente para la práctica de la coordinación de parentalidad por parte de los profesionales de la psicología y, en la que se subraya que el principio de intervención del coordinador se focaliza en el interés superior del menor, ayudando a los progenitores en la toma de decisiones para la implementación del plan de parentalidad⁹. Aunque está diseñado para psicólogos, muchos aspectos de estas directrices pueden ser de interés para otros profesionales, ya que se trata de una sugerencia o recomendación.

En definitiva, el interés en esta nueva vía de intervención creció rápidamente y muchos profesionales, así como se comenzaron a esbozar propuestas concretas de formación y de servicio.

Entre los profesionales que se interesaron por esta nueva modalidad de intervención destacan las pioneras Susan Boyne y Anne Marie Termini que crean el Cooperative Parenting Institute en Atlanta y desarrollan uno de los primeros manuales para terapeutas que desean asumir el papel de CP en el trabajo con familias de alto conflicto¹⁰.

También los canadienses Aldo Morrone y Dominic D'Abate, coordinadores de parentalidad, realizaron un proyecto experimental en Quebec (Consensus Mediation Center, Montreal), impulsando la implementación de la coordinación de parentalidad en ese país, donde se realizó una delimitación del rol del coordinador, como aquel profesional que se encuentra en la mejor posición para realizar intervenciones eficaces en casos de conflictividad crónica¹¹.

8. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination. Guidelines for parenting coordination», *Family Court Review*, núm. 44, 2005, pp. 162-181 (<https://www.afccnet.org>, última consulta 05/07/2022).

9. American Psychological Association, «Guidelines for the practice of parenting coordination», *The American Psychologist*, núm. 67 (1), 2012, pp. 63-71.

10. BOYAN, S. & TERMINI, A.M., *The Psychotherapist As Parent Coordinator in High-Conflict Divorce: Strategies and Techniques: A Model of Parent Coordination (Haworth Practical Practice in Mental Health)*, Routledge, 2004.

11. D'ABATE D., «The use as a solution focused and a family narrative approach in working with high conflict families: strategies and techniques that can be utilized in parenting coordination and co-parenting coaching», *Journal of Child Custody*, núm. 13, 2016, pp. 269-288.

2. LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD EN LA ACTUALIDAD

Actualmente, los servicios de coordinación de parentalidad se ofrecen en más de veinte estados en los Estados Unidos y en varias provincias de Canadá, como Quebec, Ontario, British Columbia y Alberta, pero la regulación de la figura del CP no es uniforme; así, en los Estados Unidos, ocho estados tienen estatutos específicos que guían el nombramiento del CP, cinco estados, así como todas las provincias de Canadá específicamente promueven el acuerdo de los progenitores para tener un coordinador asignado por el tribunal. Las funciones de toma de decisiones por parte del CP cuando lo permiten las leyes estatales o provinciales generalmente requieren el consentimiento previo de los padres que también pueden acudir al tribunal si presentan alguna objeción a las decisiones tomadas por este profesional. En la mayoría de los casos, los CP deben ser profesionales del derecho o la salud mental, que tengan una buena base de conocimiento de las relaciones familiares y del derecho de familia.

Además de los Estados Unidos y Canadá, el rol se ha venido integrando con éxito en la práctica judicial de otros países, como Australia o Argentina¹². En Europa, España se ha manifestado pionera en la incorporación de la figura del coordinador parental a la práctica forense de los Juzgados de familia de la Comunidad Autónoma Catalana, donde destaca la labor de la sección núm. 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona¹³, el proyecto piloto llevado a cabo en el Juzgado de Sabadell en el año 2012¹⁴, y ahora, siguiendo estos pasos, la labor que se está llevando

12. Sobre la figura del CP en diversos países, vid. VILELLA LLOP, M.P., *Hacia un nuevo modelo de derecho de familia. Análisis de las figuras y herramientas emergentes*, Dykinson, 2021, pp. 289-296.

13. Señala GARCÍA-HERRERA [«Hacia una justicia eficiente: la figura del coordinador de parentalidad en las crisis de familia», *Boletín Mediando*, núm. 28, Sección de Mediación del ICAV, 2018, p. 7 (<http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/1433.pdf>, última consulta: 25/01/2022)] que «Destaca en especial la labor de la Sección n.º 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona y del Juez Pascual Ortuño, que ha permitido sentar unas bases mínimas para integrar la figura en nuestro sistema. La Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ha impuesto la figura del coordinador de parentalidad como medida de auxilio judicial en asuntos con elevado riesgo de conflicto, en particular aquellos en que el conflicto interparental coloca al menor en riesgo de ruptura de la relación con uno de los progenitores. Esta tarea ha sido refrendada por la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la importante sentencia de 26 de febrero de 2015, que ha examinado de forma prolija la legalidad que permite asentar la medida en nuestro país, el origen de la figura y sus funciones».

14. Vid. «Memoria de la experiencia piloto del Servicio de Coordinación de Parentalidad en el partido Judicial de Sabadell», 2014 (https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/06/memoria-programa-de-coordinadic3b3n-de-parentalidad-logos_media.pdf, última consulta: 22/02/2022), AVELLIDO ROS, M., CARRASCO RUBIO,

a cabo en el País Vasco, Aragón, Valencia¹⁵, o Galicia, avalado por prestigiosas asociaciones en derecho de familia y psicología como la Asociación Española de Abogados de familia y la Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense.

Desde el I Forum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar, celebrado el 17 de mayo de 2019, promovido a raíz del convenio de colaboración firmado por el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España (GEMME) y a la Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC), se ha elaborado un *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad* que sirva de referente sobre los criterios técnicos y científicos necesarios para un adecuado desarrollo de la coordinación de Parentalidad en todo el territorio nacional, la implantación judicial, la formación, las funciones y las competencias necesarias para su ejercicio¹⁶; dado que en diferentes sectores están surgiendo rechazos ante esta nueva figura así como cierto escepticismo, como el manifestado por LAUROBA LACASA «al considerar que los operadores jurídicos y los no jurídicos mantienen opiniones diferentes sobre el perfil y el ámbito de actuación del CP. Y ese es un hándicap importante»¹⁷.

III. CONCEPTO Y NOTAS DEFINITORIAS DE LA COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD

La AFCC define la coordinación de parentalidad como un procedimiento alternativo de resolución de disputas centrado en los niños/as, en virtud del cual un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación, asiste a progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver sus disputas, educándolos respecto a las necesidades de sus hijos, y –previo consentimiento de las partes y/o del juzgado– tomando decisiones en base a los términos y condiciones establecidos por

L., GUITART SABATER, E. y SACASAS ASENSI, M., *La coordinación de parentalidad. Cuando las familias ya no saben qué hacer*, Huygens, Barcelona, 2015.

15. GARCÍA-HERRERA, A., «Hacia una justicia eficiente...», op. cit., p. 5.

16. Vid. AA.VV., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, Andavira Ed., Santiago de Compostela, 2019.

17. LAUROBA LACASA, E., «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?», *Indret: Revista para el análisis del derecho*, octubre 2018, Barcelona, p. 35 (<https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1417.pdf>, última consulta 29/01/2022).

la resolución judicial, o por el acuerdo de designación del coordinador de parentalidad¹⁸.

Por otra parte, CARTER, la define como una nueva intervención centrada en el menor para padres divorciados o separados con hijos que se encuentran en riesgo producido por la exposición a los conflictos presentes de los padres, inmersos en el proceso de divorcio¹⁹.

Para SACASAS ASENSI, la coordinación de parentalidad es un servicio de seguimiento intensivo para las familias que se mantienen inmersas en la disputa constante. El objetivo es incrementar la cooperación entre los padres (o entre estos y otros parientes), minimizando el conflicto y los factores de riesgo asociados a una separación con alto grado de litigiosidad. Se trata de crear el escenario que ofrezca un desarrollo adecuado de los hijos e hijas y de asegurar sus intereses y su bienestar. Todo ello a través de la colaboración entre la red de profesionales de operadores familiares²⁰.

Por su parte, ORTUÑO MUÑOZ define la coordinación de parentalidad como un proceso especializado de resolución de conflictos parentales entre progenitores que se encuentran en situación de ruptura o post-ruptura de su relación matrimonial o de pareja, siendo el principio fundamental que guía esta intervención el interés superior de los hijos menores y la promoción de su seguridad, bienestar y estabilidad emocional²¹.

Como características comunes ha de destacarse que es un procedimiento no adversarial que se utiliza en las crisis familiares con alto grado de conflictividad, que surge como vía alternativa de resolución de conflictos; se encuadra dentro del concepto de parentalidad positiva y del ejercicio de la corresponsabilidad parental; el interés principal es la protección

18. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination». *Guidelines for parenting coordination*, 2019, p. 2. (<https://www.afccnet.org/>, última consulta: 10/01/2022).
19. CARTER D. K., *Parenting Coordination. A Practical Guide for Family Law Professionals*. New York. Springer Publishing Company, 2010.
20. SACASAS ASENSI, M., «¿Coordinadora de parentalidad?, ¿Coordinador parental, Coparentalidad, plan de parentalidad?» (<http://www.coordinaciondeparentalidad.com/noticias/coordinadora-de-parentalidad/>, última consulta: 25/06/2020).
21. ORTUÑO MUÑOZ, P., «La coordinación de parentalidad. Reflexiones para una metodología en construcción», p. 4 (<http://cej-mjusticia.es>, última consulta: 11/01/2022). En este sentido, PASCUAL LUJÁN [«El Coordinador de Parentalidad en rupturas conflictivas», *Diario La Ley*, núm. 8663, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2015 de febrero de 2007, p. 1 (<http://laleydigital.laley.es>, última consulta: 04/02/2022)] considera que puede definirse al coordinador de parentalidad, como un profesional-colaborador que auxilia al Juez y a las familias en la gestión de la ruptura matrimonial de éstos, encargado de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en las sentencias respecto a los menores y como consecuencia por la seguridad y estabilidad emocional y/o psicológica de los menores.

de los menores involucrados y una correcta implementación del plan de parentalidad; proviene siempre de una derivación judicial; los recursos habituales, como la mediación o la terapia de familia, acostumbran a ser poco eficientes cuando el conflicto se encuentra muy cronificado; sus funciones básicas son asegurar el cumplimiento de dichas resoluciones, pacificar y normalizar situaciones de conflicto graves existentes entre los progenitores, enseñar a las partes a coordinar por sí solas las tareas inherentes al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes y resolver de forma ordenada y consensuada las discrepancias que con tal motivo surjan, así como introducir unas pautas de diálogo y consenso, especialmente en las cuestiones relativas a los hijos comunes; el objetivo es resolver el problema humano que subyace a los conflictos de familia, detener la espiral de conflicto familiar creciente y enseñar a los progenitores a distinguir los problemas surgidos de la crisis de la pareja de los que causa el ejercicio de la parentalidad²².

Así, se puede definir la coordinación de parentalidad, como un procedimiento de resolución de conflictos o de disputas de carácter no-adversarial, el cual puede ser ordenado por el juzgado o acordado por los propios padres (separados o divorciados) sumidos en un continuo conflicto o litigio en relación con sus hijos y cuyo principio rector es el mejor interés del menor.

No obstante, no existe una definición consensuada de la coordinación de parentalidad; como indica CARTER ya desde sus inicios se han ido aplicando distintos modelos en diferentes lugares que han dado lugar a distintas definiciones, desde el modelo de «mediador-arbitro», el «modelo terapéutico» hasta el «modelo integrador», que es el más utilizado²³.

IV. MARCO JURÍDICO

En nuestro ordenamiento la base jurídica para la introducción de esta figura radica en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que introdujo el artículo 158 CC, donde la autoridad judicial puede disponer de la designación de un profesional en situaciones conflictivas para evitar perjuicios al hijo o hija menor que se encuentren inmersos en conflictos de tensión, intransigencias, y lealtades, después de

22. VILELLA LLOP, M.P., *Hacia un nuevo modelo...*, op. cit., pp. 280-281.

23. CARTER, D., «Entrevista a Debra Carter del National Cooperative Parenting Center de Bradenton», Colegio Oficial de Psicólogos de Catalunya, Sección: Psiara, 2014. (http://www.psiara.cat/view_article.asp?id=4520, última consulta 29/01/2022).

la ruptura de sus progenitores. Asimismo, en fundamento para el nombramiento de esta figura se acude a las previsiones contenidas en el artículo 39 CE y en los artículos 91 y 92.5 CC, además del citado artículo 158 del texto sustantivo civil, así como al artículo 85 LJV²⁴.

Junto a esta normativa se encuentran las normas supranacionales e internacionales que reconocen la necesidad de preservar los derechos del menor, como la Convención Universal de los Derechos del niño (arts. 3.1 y 4), la Convención Europea sobre los Derechos del Menor de 1996 (art. 6 a), la Recomendación Rec (2006) 19, sobre Políticas de Apoyo al Ejercicio Positivo de la Parentalidad que contempla que, para ejercitar mejor las responsabilidades parentales, es necesario promover la parentalidad positiva, donde se hace referencia al comportamiento y actitudes de los padres fundamentado en el interés superior del niño, donde debe existir un equilibrio entre los derechos del niño y las responsabilidades de los padres. Ello sin obviar que, en cuanto a la protección del menor y sus derechos en relación a la familia, la omisión de medidas que garanticen el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales sobre régimen de visitas vulnera el artículo 8 CEDH²⁵, tal como ha declarado el TEDH²⁶.

A estas normas se añade en la Comunidad Autónoma Catalana el artículo 12.2 de la Ley 14/2010, de 17 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia, sobre respeto y apoyo a las responsabilidades parentales y el artículo 233-13 CCCat. Este último precepto permite a la autoridad judicial, siempre que existan razones fundadas, supervisar las relaciones de los menores con el progenitor que no ejerza la custodia o con el resto de la familia. La autoridad judicial puede confiar dicha supervisión en casos de riesgo a la red de servicios sociales o a un punto de encuentro familiar. Sin embargo, no es un elenco cerrado, en tanto que el artículo 236-3 CCCat, modificado por la Ley 25/2010, de

24. ORTUÑO MUÑOZ («La coordinación de parentalidad...», op. cit., pp. 9-10) hace referencia a la Convención internacional de los Derechos del Niño en sus arts. 3 y 9, al art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos y señala que el artículo 85 de la LJV de aplicación conjunta con la previsión de las medidas del artículo 158 del código civil, es el anclaje técnico jurídico del que actualmente se dispone para la introducción de la coordinación de parentalidad.

25. SAMBOLA CABRER, M., «La supervisión jurisdiccional de las medidas...», op. cit., pp. 12-13.

26. SSTDEH de 22 de junio de 2006, *Bianchi vs. Suiza* (JUR 2006/176932); de 2 de septiembre de 2010, *Mincheva vs. Bulgaria* (TEDH 2010/91); de 29 de enero de 2013, *Lombardo vs. Italia* (JUR 2013/25504); de 15 de enero de 2015, *Kuppinger vs. Alemania* (JUR 2015/12069); y, de 17 de febrero de 2016, *Bondevalli vs. Italia*. Sobre las citadas resoluciones, vid. SAMBOLA CABRER, M., «La supervisión jurisdiccional de las medidas...», op. cit., pp. 12-13 y GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., pp. 2-3.

29 de julio, del libro segundo del CCCat relativo a la persona y a la familia, por su parte, permite a la autoridad judicial adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad, incluso nombrando un administrador judicial.

De otro lado, con base de los fundamentos reseñados, la coordinación de parentalidad ha sido objeto de refrendo y aplicación en diversos pronunciamientos judiciales, fundamentalmente en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, muy en particular por la Secc. 12ª de la AP de Barcelona²⁷, debiendo destacarse también la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 11/2015, de 26 de febrero, que ha reconocido el fundamento de esta figura en su ámbito territorial²⁸, luego reiterada por la STSJ

27. Citar, entre otras las SSAP Barcelona 602/2013, de 26 julio (JUR 2013/331553); 30/2014, de 15 enero. (JUR 2014/85303); 110/2014, de 13 febrero (JUR 2014/85160); 122/2014, de 19 febrero (JUR 2014/84561); 301/2014, de 7 mayo (JUR 2014/178315); 542/2015, de 22 julio (JUR 2015/231824); 598/2015, de 17 septiembre (JUR 2015/261187); 487/2018, de 2 mayo (JUR 2018/128883).

Hacen una exposición de diversas sentencias de la AP de Barcelona: SAMBOLA CABRER, M., «La supervisión jurisdiccional de las medidas...», op. cit., pp. 15-19; así como GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., pp. 10-12.

28. Así, la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 11/2015, de 26 de febrero (RJ 2015/1236), señala que «se va haciendo patente en el iter legislativo, la tendencia a considerar estos procesos, más que como procesos de carácter estrictamente adversarial, como instrumentos de pacificación del conflicto familiar. En esta línea se promulgó la Ley estatal 15/2005 de modificación del Código Civil y el Libro II del Código Civil de Catalunya en cuyo Preámbulo puede leerse que el mensaje del libro segundo es el de favorecer las fórmulas de coparentalidad y la práctica de la mediación, como herramienta para garantizar la estabilidad de las relaciones posteriores a la ruptura entre los progenitores, y la adaptación natural de las reglas a los cambios de circunstancias.

Por su parte las leyes procuran que los menores se hallen amparados en todo momento y en forma eficaz por todas las autoridades públicas, incluidas las judiciales. Tal principio se deriva del art. 39 de la CE y del art. 17 del Estatuto de Autonomía de Catalunya. Lo indica claramente la Exposición de motivos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero, cuando afirma que con sus disposiciones se trata de consagrar, en definitiva, un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos.

De igual forma la protección del superior interés del menor y la conveniencia de que no se rompan los vínculos familiares, se deriva de lo dispuesto en nuestros compromisos internacionales (arts. 3,1, y 9,3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y de la doctrina del TDH en cuya Sentencia de 26-5-2009 se dispone: «... que el interés del hijo requiere que sólo circunstancias muy excepcionales puedan llevar a una ruptura de una parte del vínculo familiar y que deban adoptarse todas las medidas necesarias para mantener las relaciones personales y, en su caso, reconstituir el vínculo familiar».

En el marco europeo, la importancia de mantener relaciones de parentalidad positivas, ha movido al Comité de ministros del Consejo de Europa a elaborar la

de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 49/21 de 9 de septiembre, si bien también por parte de juzgados y tribunales de otros territorios nacionales se ha instaurado la coordinación de parentalidad²⁹.

Ahora bien, ante este marco normativo, en la práctica, las experiencias y designaciones judiciales en nuestro territorio muestran una clara falta de homogeneidad; lo que constituye la clave para que en el *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad* se recoja la necesidad de unificar el panorama actual, integrando la figura en el sistema judicial y definiendo su estatuto jurídico; en definitiva, proponiendo para ello una legislación estatal de mínimos³⁰.

V. DESIGNACIÓN DEL COORDINADOR DE PARENTALIDAD

1. MODALIDADES

En cuanto al sistema de designación del coordinador, puede señalarse que existen dos modos de proceder a la misma, por voluntad de las partes, bien designando un CP de mutuo acuerdo o bien por designación

Recomendación 19/2006 cuyo objetivo es que los Estados reconozcan la importancia de la responsabilidad parental y la necesidad de que los padres tengan suficientes apoyos para cumplir con sus responsabilidades en la educación de sus hijos.

Es por todo ello que las diversas leyes, tanto sustantivas civiles (art. 158. CC y arts. 233-10, 4 y 236-3 CCCat, art. 12.2 Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia) como procesales (arts. 748 a 755 y 770 LEC 1/2000) van otorgando a los jueces un amplio margen de actuación de oficio cuando se trata de tomar medidas para evitar perjuicios a los menores, o bien para conocer la real situación familiar, que le permitan tomar las decisiones más adecuadas, sobre la base del superior interés del menor que es el que siempre debe prevalecer, y advierte que «a medida encuentra amparo legal en la normativa citada en anteriores fundamentos, singularmente en los artículos 236,3, 236-4 1 y 3 y 233-13, 1 del CCCat y no es en absoluto arbitraria ni desproporcionada en el presente caso aunque conviene precisar y concretar en mayor medida su ámbito y extensión habida cuenta la injerencia que supone en la vida de la familia».

29. En tal sentido, citar la SAP Baleares 153/2018, de 4 mayo (JUR 2018/185726); SAP Valencia 90/2018, de 8 febrero (JUR 2018/116245); SAP Murcia 915/2021, de 9 de septiembre (JUR 2021/363473).

30. AA.VV., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad...*, op. cit., pp. 19-24; Vid. asimismo, las alusiones contenidas en la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, CGPJ, Comisión de igualdad, 2020 (<http://www.poderjudicial.es>) que hacen referencia a la necesidad de regular la Coordinación de Parentalidad. En el mismo sentido, AA.VV., «A propósito de la figura del coordinador de parentalidad. Análisis multidisciplinar», *Revista de Derecho de Familia El Derecho*, 10 de noviembre de 2020, núm. 90, pp. 16-17 (<https://www.elderecho.com>, última consulta: 02/02/2022).

judicial a solicitud de ambas partes y, de otro lado, por imposición judicial, de oficio o a solicitud de alguna de las partes³¹.

En cuanto al primero, encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y se documenta en un pacto o contrato de parentalidad que suscriben ambas partes; el segundo, emana de las facultades jurisdiccionales del juez para acordar, en interés y beneficio del menor, las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar, entre ellas, el nombramiento de un CP cuando el nivel de enfrentamiento y conflicto entre los progenitores ha alcanzado tal intensidad que existe el riesgo cierto de desestabilizar emocionalmente a los hijos e implicarles indebidamente en el conflicto de sus progenitores, con los daños psicológicos que ello comporta. Por tanto, puede imponerse judicialmente el nombramiento de CP y no es necesaria la aceptación de la figura por las partes³².

Los progenitores pueden elegir el CP, recomendados por sus abogados u otros profesionales involucrados. En la primera sesión, progenitores y CP elaboran un detallado contrato que incluye: descripción del rol y funciones del CP, el tipo de disputas que se tratarán, cómo se hará la comunicación, la duración del contrato, la confidencialidad, los honorarios y, en su caso, la capacidad de tomar decisiones del CP.

Lo más frecuente es que la coordinación de parentalidad se considere una intervención especializada, reservada para progenitores que muestran dificultades para implementar el plan de parentalidad y han fallado otras vías para alcanzar acuerdos, ya sea por ellos mismos, o por la vía de la mediación, abogados, juicios.

ORTUÑO MUÑOZ señala que el CP también puede ser aconsejado o impuesto por el Tribunal, bien en la fase de medidas provisionales o bien en la sentencia definitiva. En este caso, tiene la consideración de auxiliar del Juez y ha de informar a este de la evolución del caso. Se considera que la designación judicial es especialmente indicada en casos de gran conflictividad en las relaciones paternofiliales. Generalmente, la intervención del CP tiene una duración entre tres meses y un año, y un mismo profesional suele responsabilizarse de varios casos a la vez, lo que le permite

31. Como refiere GONZÁLEZ DEL POZO («El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., p. 12) aunque lo deseable es que el CP sea aceptado voluntariamente por ambas partes, se viene funcionando en la práctica con dos modelos: «el del Coordinador de Parentalidad voluntariamente aceptado por las partes, designado de mutuo acuerdo por las mismas, o por el juez a petición de aquéllas, y el del Coordinador de Parentalidad judicialmente impuesto».

32. GONZÁLEZ DEL POZO J.P., «El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., p. 12.

realizar trabajo de grupo con los padres, madres o hijos de las distintas familias a su cargo³³.

También cabe la posibilidad de que los progenitores decidan recurrir de forma preventiva a esta figura o se configure como de libre asunción, la designación del profesional concreto ha de ser consensuada por los progenitores de mutuo acuerdo³⁴.

2. MOMENTO

Lo cierto es que, sea cual sea el modelo, en el instrumento o resolución por la que se designe el CP debe detallarse de manera clara su rol y sus funciones.

Es así que, ante situaciones de conflictividad familiar, en particular cuando el conflicto es especialmente intenso, deviene preciso proceder sin dilación a evaluar las circunstancias existentes, pues la prontitud en la actuación permite dotarla de una mayor efectividad, con la intervención profesional del CP que mitigue el enfrentamiento y contribuya a la adecuada gestión de las relaciones desde el estadio más temprano.

En tal sentido, de acuerdo con ORTUÑO MUÑOZ, se señalan como posibles momentos y presupuestos para habilitar la intervención del CP los siguientes: a) ante la constatación de que el menor se encuentra inmerso en el conflicto parental que compromete su bienestar; b) cuando los progenitores acuden y delegan en el juzgado reiteradas y/o relevantes decisiones relativas a sus hijos; c) en la Ejecución medidas provisionales; d) en el momento de ser dictada la sentencia, sea por el Juzgado de 1ª instancia o por la Audiencia, incluyendo el nombramiento de CP en la

33. ORTUÑO MUÑOZ, P., «La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (Comentario a los arts. 233-13 y 236-3 CCCat.)» *Artículo Monográfico*. Ed. *Sepin*. Diciembre 2013. (<http://www.sepin.es/>, última consulta 20/12/2021).

34. Pone de manifiesto GARCÍA- HERRERA [«Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, Barcelona, 2016, p. 24, (http://www.indret.com/pdf/1224_es.pdf, última consulta: 27/01/2022)] que «en alguna ocasión, teniendo en cuenta la elevada conflictividad entre las partes, el Juzgado ha suprimido la facultad de elección de los padres, imponiendo que el coordinador sea designado de entre las listas del Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, además señala como inconveniente en nuestro sistema, la asunción del coste del experto por las familias puesto que, en el momento actual, los gastos que su actuación comporte deberán ser satisfechos por las partes en la forma dispuesta por el art. 241 y siguientes de la LEC –su consideración es la de experto pericial–. De ahí que considere que debe ser un servicio ofrecido por la Administración pública».

resolución correspondiente; e) ante la detección de los primeros incumplimientos de la sentencia, sustituyendo el ineficaz proceso de ejecución burocrático, por la comparecencia en jurisdicción voluntaria; f) cuando se soliciten medidas provisionales en nuevos procesos de modificación de medidas por alteración de las circunstancias relativas a la guarda de los hijos o a las visitas y estancias con el progenitor no custodio; g) en las comparecencias en jurisdicción voluntaria solicitadas por cualquiera de las partes en las que se ponga de manifiesto una alta conflictividad³⁵.

3. TEMPORALIDAD Y ULTIMA RATIO

En consecuencia, el nombramiento o designación puede efectuarse en cualquier proceso de familia, en la sentencia que se dicte en primera o segunda instancia; asimismo, puede acudirse a la coordinación de parentalidad en fase de ejecución, de la sentencia o del auto de medidas provisionales correspondiente. De otro lado, puede ser procedente el nombramiento de CP en un expediente de jurisdicción voluntaria del artículo 86 LJV, con base en el artículo 156 CC o en función del artículo 158 CC³⁶.

De otro lado, cumple reseñar dos aspectos característicos en orden a la designación de CP: su temporalidad y su carácter de *ultima ratio*.

Es así que la designación de CP es, en esencia, temporal, de suerte que el nombramiento habrá de serlo por un plazo limitado, el cual habrá de entenderse como suficiente para el desempeño de su función, ello sin perjuicio de que resulte justificada la ulterior prórroga del plano inicialmente determinado³⁷.

Asimismo, acudir a la coordinación de parentalidad, tanto por su coste como por la injerencia que supone por un tercero en las relaciones familiares de parentalidad, debe ser concebido como el último recurso, esto es, cuando el resto de herramientas de aplicación preferente se han revelado insuficientes para alcanzar un consenso y los resultados son insatisfactorios para lograr esa «paz parental», de modo que la conflictividad entre

35. ORTUÑO MUÑOZ, P., «La coordinación de parentalidad...», op. cit., p. 19.

36. Sobre esta cuestión, vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., p.14.

37. GONZÁLEZ DEL POZO («El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., p. 14) señala que la «intervención del Coordinador de Parentalidad debe tener carácter temporal, normalmente por plazo de 1 año, con posibilidad de prórroga en casos excepcionales en que el Coordinador de Parentalidad considere que es posible solucionar el conflicto si se prolonga durante un tiempo razonable la intervención».

los progenitores no sólo no se atenúa sino que van en aumento, con el consiguiente perjuicio para los hijos³⁸.

Esto es, el recurso a la coordinación de parentalidad será procedente ante supuestos y circunstancias de alta conflictividad que conllevan una judicialización constante de los conflictos y controversias, si bien ese carácter de *ultima ratio* del CP no debe significar, a nuestro juicio, que se haya de postergar el nombramiento de CP hasta el momento en que el conflicto familiar haya alcanzado unos límites insostenibles, sino que procede actuar en un momento anterior, una vez constatado ese desacuerdo y falta de consenso reiterado que así lo justifique, lo que permitirá una actuación más eficaz para frenar esa espiral de enfrentamiento.

VI. FUNCIONES Y FACULTADES

1. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS

En la práctica, como señala CAPDEVILA, el coordinador puede desempeñar diversas funciones dependiendo de las necesidades de la familia y de lo que se especifique en la sentencia judicial, aunque normalmente se centran en problemas cotidianos y no de tipo legal o económico; así, los coordinadores de parentalidad supervisan los planes de parentalidad, ayudan a implementarlos, a modificarlos y a mediar en aquellas disputas que puedan surgir en su aplicación³⁹.

En este sentido, entre las posibles funciones que puede ejercer un CP está la de facilitador de la comunicación, el de toma de decisiones, el de educador y el de conciliador. Pero, en ocasiones, como cuando los progenitores necesitan ser confrontados acerca de un comportamiento o decisión que no es considerado como lo mejor atendiendo al interés de sus hijos, o que debilita un plan de parentalidad existente, se requiere que el CP sea directo y muestre autoridad, manteniendo un alto grado de integridad y credibilidad con los progenitores.

La AFCC señala que el objetivo general de la CP es ayudar a los progenitores con alto conflicto a implementar y supervisar su plan de parentalidad, resolver los conflictos con respecto a sus hijos, proteger y mantener relaciones seguras y saludables entre padres e hijos. La coordinación de parentalidad es considerada una figura de resolución alternativa de

38. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., p. 3 y pp. 10-12.

39. CAPDEVILA, C., «La figura del coordinador de parentalidad...», op. cit.

disputas, tratándose de un proceso que combina evaluación, educación, manejo de casos, gestión del conflicto y, a veces, las funciones de toma de decisiones⁴⁰.

D'ABATE señala que en aquellos partidos judiciales y estados donde los CP son contratados por los tribunales, dentro de sus funciones, el coordinador puede ostentar diferentes grados de autoridad con el fin de llevar a cabo su mandato. Por tanto, el CP puede tener autoridad para recomendar servicios adicionales a los progenitores, así como para proporcionar al órgano jurisdiccional y a los abogados los informes y recomendaciones, y también para realizar modificaciones «temporales» (unas pocas semanas o meses) a los acuerdos existentes que implican residencia y acceso⁴¹.

Siguiendo a CAPDEVILA, las principales funciones son las de evaluar, revisando las evaluaciones de otros profesionales, resoluciones judiciales, órdenes de protección, historial académico, médico, psicológico, etc.; los CP ayudan a implementar, modificar o mediar las disputas en los planes de parentalidad; también pueden realizar recomendaciones sobre cómo implementar algunos elementos, o proponer maneras de redistribuir el tiempo que los hijos pasan con los progenitores para reducir la conflictividad, sin que afecte al tiempo total que pasan con cada progenitor; realizan una función educativa sobre temas de comunicación y gestión de conflictos, desarrollo infanto-juvenil, impacto del divorcio y del conflicto parental en los hijos, etc.; desarrollan funciones de coordinación/gestión del caso, pueden derivar a programas específicos o profesionales: escuela de padres, cursos de gestión de las emociones, programas de violencia de género, psiquiatra, psicólogo/a, etc.; desempeñan funciones de gestión de conflictos, para promover la comunicación entre progenitores, de coordinación entre los diversos profesionales y sistemas involucrados; colaboran con los abogados y pueden pedir una sesión con el juez y los progenitores, pueden presentar sugerencias al juez y recomendar sanciones, y así mismo, pueden ostentar funciones de decisión según los términos acordados en el contrato de coordinación de parentalidad o reflejados en la resolución judicial⁴².

Es importante señalar aquellas otras funciones que no le corresponden al CP, independientemente de la formación que posea, ya sean del campo

40. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Guidelines for Parenting...», op. cit., p. 2.

41. D'ABATE, D., «Parenting Coordination...», op. cit., p. 7.

42. VILELLA LLOP (*Hacia un nuevo modelo...*, op. cit., p. 281) hace referencia a las siguientes funciones: evaluadora; psico-educativa; coordinadora; gestora y facilitadora del proceso; de seguimiento y acompañamiento en el proceso de cambio; preventiva; e informativa.

de la salud mental o del ámbito judicial, porque, aunque tenga que ejercer un rol único basado en habilidades que incluyan destrezas terapéuticas, de mediación, educativas y de negociación, no podrá hacer, psicoterapia, evaluaciones diagnósticas, evaluaciones periciales, mediación y asesoramiento legal⁴³.

Por ello, es fundamental definir el rol y formación con la que ha de contar el CP⁴⁴; así, la AFCC establece unas directrices para la formación en coordinación de parentalidad, siendo necesario tener formación y experiencia en mediación, conocer los efectos del divorcio, y en particular de los divorcios de alta conflictividad, cómo se produce esta conflictividad, cuáles son sus causas, así como tener conocimientos sobre aspectos psicológicos y de desarrollo infantojuvenil. La formación también debe incluir los aspectos psicolegales de la violencia intrafamiliar, así como del marco legal de las separaciones y del proceso de coordinación de parentalidad⁴⁵.

En este sentido, podría afirmarse que el rol más próximo podría ser el del mediador familiar, dado que ambos procesos se inscriben en el contexto de las Alternative Dispute Resolution (ADR), si bien lo cierto es que existen determinadas características que un CP no comparte con una persona mediadora, como puede ser la voluntariedad de la mediación frente a las posibles consecuencias derivadas del rechazo del CP, el principio de confidencialidad o el principio de neutralidad propios de la mediación frente a un CP que informa de su actividad y efectúa propuestas propias en el seno de una intervención más amplia que la del mediador, por tanto aunque hay aspectos que los asemejan también existen diferencias básicas que los distancian⁴⁶.

De otro lado, el CP es un auxiliar del Juzgado, que puede ser designado como perito por el juez, atendida su condición de experto si bien ello no

43. CAPDEVILA, C., «La figura del coordinador de parentalidad...», op. cit.

44. Como señala GARCÍA- HERRERA («Reestructuración de la familia tras la separación parental...», op. cit., p. 24), «teniendo en cuenta la indefinición de funciones y las características del experto apropiado para el desempeño del rol, no considera conveniente limitar la designación del experto al profesional en psicoterapia, como viene sucediendo en los últimos pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Barcelona».

Sobre las funciones del CP, vid. VV.AA., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad...*, op. cit., pp. 25-28.

45. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Guidelines for Parenting...», op. cit. p. 2.

46. Así, ORTUÑO MUÑOZ («La coordinación de parentalidad...», op. cit., pp. 13-14) advierte, rotundamente, que la CP no es una mediación. Vid. también VILELLA LLOP, M.P., *Hacia un nuevo modelo...*, op. cit., pp. 297-298 o MURCIANO ÁLVAREZ, G., «Mediador o Coordinador de parentalidad, ¿es lo mismo con diferente nombre?», Sepin, pp.1-2, 2015 (<https://www.sepin.es>).

determina que su función sea pericial o forense⁴⁷, que actuará dentro de los límites de sus funciones determinadas por la resolución judicial, aunque el coordinador pueda tener un cierto poder decisorio⁴⁸, sin que ello suponga que ostenten potestades judiciales decisorias que son, en esencia, indelegables por el órgano judicial⁴⁹.

Se podría afirmar, en consecuencia, que las funciones del mediador estriban en disminuir, o minimizar, el grado de conflicto entre los progenitores a fin de que resulte viable la reanudación, o en su caso mejora, de la comunicación entre éstos⁵⁰; ello conlleva una labor de mediar, conciliar o conducir la negociación para alcanzar acuerdos entre los progenitores con ocasión de las controversias que se susciten⁵¹.

En tal sentido el CP deberá gestionar adecuadamente los conflictos entre los progenitores e implementar o facilitarles mecanismos para que sean ellos quienes puedan solventar sus diferencias de manera autónoma, tanto en la actualidad como en un futuro, esto es, ayudar o contribuir en que los progenitores puedan colaborar y entenderse, alcanzando acuerdos, en beneficio de sus hijos, lo cual contribuye, asimismo tanto a desjudicializar las relaciones familiares como a supervisar y favorecer la observancia de las resoluciones judiciales previamente dictadas⁵².

En esa labor del CP, tendente a favorecer la toma de decisiones parentales comunes respecto de los hijos menores en todos aquellos ámbitos que proceda, especialmente en cuanto a decisiones o tratamientos sanitarios, en el plano educativo o formativo, actividades lúdicas, etc., deberá dirigir su función a colaborar en la elaboración e implantación efectiva de un plan de parentalidad, con todas aquellas previsiones para la resolución, a modo de hoja de ruta, de las cuestiones y aspectos que existen, o vayan surgiendo en el devenir de la vida familiar y de los menores, como pueden ser las estancias y comunicaciones entre los menores y sus progenitores,

47. ORTUÑO MUÑOZ («La coordinación de parentalidad...», op. cit., p. 12) señala que el CP no equivale a una pericial de la familia puesto que un informe pericial deben realizarlo profesionales forenses, por lo que su nombramiento como perito no significa que su función sea evaluar ni tenga carácter forense pues tal labor de perito tiene que ver, únicamente, con la definición (en cuanto a funciones, obligaciones y atribuciones) de este profesional como figura auxiliar del juez.

48. GARCÍA-HERRERA, A., *Hacia una justicia eficiente...*, op. cit., p. 6.

49. Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., «La coordinación de parentalidad...», op. cit., pp. 11-12.

50. Sobre las funciones del CP, vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., «La coordinación de parentalidad...», op. cit., p. 4.

51. Vid. la SJPI núm. 24 de Madrid 55/2019, de 12 de abril (JUR 2019/178267).

52. Así, la SJPI núm. 24 de Madrid 55/2019, de 12 de abril (JUR 2019/178267), se refiere a un cometido genérico de supervisar y controlar la ejecución de las resoluciones judiciales.

con otros familiares distintos de éstos. En ese orden de cosas, el CP deberá mantener una función de seguimiento del alcance de los compromisos, de supervisión de las pautas de actuación y de los acuerdos que se hayan alcanzado, y su grado de cumplimiento, así como prestar atención a los cambios que se puedan producir.

Además, si bien en conexión con lo expuesto, el CP debe tratar de orientar a los progenitores, e intervenir con ellos, para que puedan desplegar las facultades y habilidades precisas para el ejercicio y fomento de una parentalidad positiva, impulsando y promoviendo técnicas de ejercicio positivo, adecuado y consensuado de la parentalidad, trabajando la comunicación y negociación entre progenitores, con el fin de tender a una coparentalidad efectiva y positiva que permita la normalización y autogestión de la situación⁵³.

De ahí que se venga señalando que la función del CP tiene mucho de pedagógica, de enseñanza en la gestión para la consecución de avances que permitan encauzar y resolver el conflicto por parte de los progenitores⁵⁴.

2. FUNCIONES DELEGABLES Y NO DELEGABLES

En cualquier caso, para desarrollar una intervención eficaz, además de profesional, que permita alcanzar los objetivos deseados, el CP debe exponer a los progenitores cuál es su relación con todos los sujetos intervinientes, letrados, juez y MF, y cuales con sus funciones en orden a evaluar la situación de los hijos y familiar, recabando la información que precise al respecto, para lo que ha de contar con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, escuchar a los menores, incluso con otros miembros de la familia, así como personal docente o médico, pudiendo consultar informes emitidos por los profesionales competentes, para de esta forma poder valorar las circunstancias concurrentes y así coordinar

53. En este sentido, la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 11/2015, de 26 de febrero (RJ 2015/1236), alude a las «facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de la nueva situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas», pudiendo, en algunos casos, el CP tomar decisiones vinculantes para la familia, organizado «bajo los principios de especialidad, neutralidad, eficacia y confidencialidad, salvo la información que deba darse al tribunal».

54. La Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida del Consejo General del Poder Judicial, p. 227, (<https://www.poderjudicial.es>, última consulta: 10/01/2022), señala que la función del coordinador parental es esencialmente pedagógica y va dirigida a enseñar a los progenitores a gestionar su situación de conflicto, y a separar netamente su condición de progenitores responsables de un hijo común de su condición de expareja. La idea de «mantener la paz en la guerra» resulta bastante gráfica.

adecuadamente su tarea de orientación sobre las necesidades y conveniencias en relación a los menores que permita construir una adecuada estrategia parental que evite y, en su caso coadyuve a la resolución de conflictos con la toma de decisiones por los progenitores⁵⁵.

En relación a las funciones del CP, se viene haciendo una distinción entre aquellas funciones que no son delegables por el órgano judicial frente a las que admiten delegación⁵⁶. Entre las que no son susceptibles de delegación estarían las facultades resolutorias o de decisión respecto de controversias surgidas entre los progenitores en relación al ejercicio de la patria potestad o respecto del régimen de guardia y visitas fijado, pues se trata de funciones jurisdiccionales atribuidas a los órganos judiciales, según se desprende del artículo 117 CE y artículo 2.1 LOPJ. En cuanto a las facultades delegables, serían aquellas funciones no decisorias a las que se ha hecho referencia, tales como consulta, dar y recibir información, escuchar a los progenitores, hijos, familiares, profesores, facultativos..., mediar, así como realizar propuestas y recomendaciones tanto a las partes como al juez⁵⁷.

En relación a lo anterior, se ha puesto el foco en la conveniencia de alcanzar fórmulas o sistemas que pudieran la delegación en el CP de determinadas decisiones de carácter urgente, que no admitieran demora, previa fijación de los presupuestos en que dichas decisiones pudieran ser adoptadas por el CP⁵⁸.

55. Sobre esta cuestión, vid. las funciones previstas en el Protocolo para la experiencia piloto de derivación e intervención del Coordinador de Parentalidad en los procesos judiciales aprobado por Resolución 224/2019, de 4 de julio, de la Directora General de Justicia del Gobierno de Navarra.
56. Sobre esta materia, vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., pp. 8-9.
57. Las SSTSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 11/2015, de 26 de febrero (RJ 2015/1236), y 49/2021, de 30 septiembre (JUR 2021/401511), refieren que el profesional que ha de intervenir ha de contar, para llevar a cabo su labor, con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, con los menores, con los miembros de la familia extensa, profesores y con los médicos psiquiatras o psicólogos que atiendan a los padres o a los hijos; debe intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación paterno-filial), que entienda adecuadas, informando al Juzgado de los acuerdos a los que las partes hayan llegado con su intervención o, en caso de desacuerdo, haciendo las propuestas de relaciones personales o estancias de los menores con el padre que estime convenientes al Juez de la ejecución para que éste adopte la oportuna decisión, con una intervención que ha de ser lógicamente temporal salvo que el juez disponga fundadamente una prórroga.
58. GONZÁLEZ DEL POZO («El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., pp. 15-17) se refiere a la búsqueda de fórmulas que permitan legalmente delegar en el CP la toma de algunas decisiones urgentes e inaplazables, bajo determinadas condiciones y con sujeción a los criterios y parámetros de resolución establecidos por el juez o las partes en el contrato de coordinación de parentalidad.

Resulta palmario que para el normal y eficaz desempeño de la labor de coordinación de parentalidad deviene imprescindible que exista la máxima comunicación, fluida y continuada entre el CP y el órgano judicial que corresponda al objeto de informar de manera completa sobre la evolución y los distintos avatares que puedan ir surgiendo, información que resulta afectada por la obligación de confidencialidad.

En último término, cabe reseñar que para que esas facultades puedan ser debida y adecuadamente ejercidas es básico que en el CP concurren unos requisitos de profesionalidad y preparación, con una formación adecuada a las funciones a desarrollar en cuanto a la mediación y gestión de las relaciones y conflictos familiares, así como conocimientos en materias transversales como los sistemas y políticas públicas de apoyo o sobre violencia de género y doméstica⁵⁹.

VII. SU INCARDINACIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

La derivación por parte de los tribunales a coordinación de parentalidad o acuerdo judicial al respecto ha de ser posible en cualquier fase del procedimiento desde que se adopten medidas que afecten a las personas menores de edad, para mejorar su situación, o desde que se constate sufrimiento en ellas, incumplimientos reiterados o cronificados⁶⁰.

59. ORTUÑO MUÑOZ («La coordinación de parentalidad...», op. cit., pp. 7-8) señala que debe contar con una formación extensa y específica, experiencia en la gestión de conflictos familiares, con formación en principios de psicología evolutiva e infantojuvenil, conocimientos sobre procesos de duelo y adaptación a situaciones de ruptura de pareja y las consecuencias que ésta tiene para los progenitores y los menores, gestión emocional, habilidades de comunicación, psicología de la personalidad y aspectos básicos de psicopatología; además, debe tener experiencia profesional en atención psicológica familiar y, concretamente, en intervención en situaciones de conflicto post-ruptura de pareja y orientaciones psicológicas para desarrollar la parentalidad positiva y la coparentalidad; una adecuada formación y experiencia profesional en mediación familiar y estrategias colaborativas de resolución de conflictos; también debe tener un adecuado conocimiento del derecho procesal de familia y de las instituciones propias de este ámbito; que conozca la red asistencial y el funcionamiento de las políticas públicas de protección a la familia; y formación específica respecto a las peculiares problemáticas de la violencia familiar y de género. VILELLA LLOP (*Hacia un nuevo modelo...*, op. cit., p. 311) afirma que es necesario promover una formación específica de calidad, dirigida a las personas que trabajen en el ámbito de la coordinación de parentalidad, con contenidos teóricos y prácticos y una metodología común, que permita implementar servicios de rigor y calidad profesional excelente, conforme a las exigencias de la práctica profesional y a las distintas disposiciones y recomendaciones legislativas.

60. AA.VV., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad...*, op. cit., p. 21.

En este sentido, compartimos las medidas necesarias para su encaje procesal, propuestas en el *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, a saber; la modificación del artículo 776 LEC «Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas», en donde se regule el establecimiento de un CP ante las situaciones de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de guarda, de la responsabilidad parental, los impedimentos a las relaciones familiares o las situaciones que comprometan el bienestar de los menores⁶¹.

Cabe reseñar que, en la práctica judicial, se está procediendo al nombramiento del CP en el proceso como perito, designación que encontraría su amparo procesal en las previsiones del artículo 752 LEC, en relación al artículo 339.2 LEC, en caso de solicitud de parte, o al artículo 339.5 LEC si la designación es de oficio, y de acuerdo al sistema que prevé el artículo 341 LEC. No obstante, lo cierto es que, en puridad, no ostentaría tal condición de perito, de acuerdo con los términos del artículo. 335.1 LEC. En consecuencia, y como hemos señalado, lo procedente sería acometer una reforma legislativa que incluyese una previsión expresa referida a la figura del CP, y se regulase el modo y sistema para su nombramiento.

Otra cuestión a la que procede aludir, y que dista de ser clara, es la relativa a quién debe sufragar los gastos del CP. En caso de designación preventiva de libre asunción, se entiende que lo procedente es que las partes deban hacer frente al gasto, en los términos que éstas acuerden. En cuanto al supuesto de designación judicial, a instancia de las partes o de oficio, si el CP pertenece a un organismo, servicio o entidad pública podría considerarse que las partes no habrían de abonar nada por esa actuación; ahora bien, en caso de proceder a la designación de un CP de carácter «privado», sus honorarios podrían tener que abonarse por iguales partes, a excepción de que puedan actuar amparados por el beneficio de justicia gratuita, y sin perjuicio de que pudiera procederse de conformidad con los arts. 241 y ss. LEC para la tasación de costas.

Igualmente, teniendo en cuenta la tipología de asuntos que acuden a los Programas de Mediación Intrajudicial Familiar, muchos de ellos muy judicializados y de alto conflicto entre los progenitores, sobre todo aquellos casos derivados en ejecución de sentencia, entendemos que se debería valorar la posibilidad de implantar, de forma secuencial, la coordinación de parentalidad como complemento o apoyo a un procedimiento de mediación familiar intrajudicial.

61. Vid. AA.VV., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad...*, op. cit., pp. 19-24.

En este sentido, están aquellos casos en los cuales los acuerdos alcanzados en mediación pueden verse obstaculizados en su aplicación, al carecer una o las dos personas mediadas –en este caso, los progenitores– de las habilidades suficientes para poder llevarlos a la práctica, lo que conlleva una alta probabilidad de que surjan conflictos. Por ello se plantea la posibilidad de contar con el CP una vez finalizado el procedimiento de mediación y que dicho nombramiento quede recogido en el acuerdo de mediación que posteriormente se homologará judicialmente.

En relación a esta implantación de la coordinación de parentalidad en nuestro sistema judicial, se plantea la conveniencia de instaurar un protocolo que fomente la eficacia de la coordinación de parentalidad. No obstante, como advierte ORTUÑO MUÑOZ, la realidad evidencia que no puede introducirse un protocolo rígido y burocrático, con carácter general, para llevar a cabo la derivación a coordinación de parentalidad pues se ha de atender, prioritariamente, a la casuística que presenta la alta conflictividad, las diferentes características y circunstancias de las familias, la diversidad de personas, el tipo de proceso y el momento procesal en que se vaya a establecer, así como a la concurrencia o no de situaciones de tensión o violencia. Así, ORTUÑO MUÑOZ señala que un protocolo de eficacia constatada sería: a) A instancias de alguna de las partes, del fiscal, del LAJ, o por propia iniciativa del juez (o ponente), se dicta una providencia para recabar la opinión de letrados y el fiscal sobre la conveniencia de establecer un CP en el caso concreto (o se debate la cuestión en la comparecencia de JV, de medidas, de ejecución o en la vista del proceso principal); b) Seguirá un Auto judicial acordando la intervención y citando a las representaciones de las partes para la designación si no se hubiera realizado antes; c) Designación del CP por el LAJ (de mutuo acuerdo por las partes, o según el servicio de soporte judicial del que se disponga o, en su caso, por el turno de oficio); d) Comparecencia ante el juez de las partes (personalmente), de los letrados y del CP para la concreción y formalización del encargo que se efectúa ante el profesional designado como experto auxiliar del tribunal, y la concreción de las funciones del mismo, con apercibimiento a las partes para que colaboren de buena fe y se firme el acta; e) Emisión de informes periódicos; y, f) Informe final con acta para la aprobación del plan de recuperación de la coparentalidad compartida, o de finalización de la intervención por no haberse conseguido el acuerdo (total o parcial)⁶².

De otro lado, se viene debatiendo respecto de la necesidad del establecimiento de resoluciones judiciales estandarizadas que resulten de común

62. ORTUÑO MUÑOZ, P. «La coordinación de parentalidad...», op. cit., p. 20.

aplicación en los tribunales para la derivación y designación del CP, en las que previa fundamentación de los motivos que han llevado a acudir a esa coordinación de parentalidad y el sistema de designación, se delimiten detalladamente las funciones del CP, sus facultades generales y específicas, así como las obligaciones derivadas de esa intervención tanto para el profesional designado como para las partes⁶³.

VIII. CONCLUSIONES

El sistema judicial se muestra como la vía a la que se ha recurrido y se recurre para la gestión y resolución de cualquier tipo de controversia. De forma tradicional, las parejas en vías de ruptura han acudido al proceso judicial en busca de una solución a su conflicto, delegando en un tercero imparcial que, actuando *supra partes*, le impone su decisión conforme a derecho. El proceso judicial se ha manifestado como el medio más eficaz y seguro para solventar las controversias y constituye, además, el instrumento de realización del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE.

63. GONZÁLEZ DEL POZO («El Coordinador de Parentalidad...», op. cit., p. 15) señala que la doctrina ha coincidido en afirmar la importancia y conveniencia de que la derivación al CP se haga a través de una resolución judicial más o menos estandarizada en que se nombre al CP, se delimiten sus facultades y competencias y se establezcan las normas básicas de su intervención, resolución judicial estandarizada a que se alude también en las experiencias piloto de Sabadell y Barcelona.

Así, estima el autor que «esa resolución estandarizada es fundamental, en primer lugar, para unificar y uniformar el tratamiento jurídico de la figura del Coordinador de Parentalidad por parte de los órganos jurisdiccionales; en segundo lugar, es imprescindible para crear un marco jurídico definido y claro de actuación al Coordinador de Parentalidad, que debe conocer con exactitud sus facultades, obligaciones y sus límites, así como las funciones y cometidos que se le encomiendan, y, en tercer y último lugar, para que los progenitores y miembros de la familia extensa con que se va a intervenir conozcan de manera clara, sin ambigüedades, dudas ni incertidumbres el alcance y límites de la intervención del Coordinador de Parentalidad», señalando que en el auto o sentencia de derivación y nombramiento se incorpora un razonamiento jurídico en que se explicitan las razones por las que se procede al nombramiento y en la parte dispositiva se delimitan con claridad y precisión: las funciones que le corresponden, tanto aquellas que le competen con carácter general, describiendo pormenorizadamente las mismas, como las que se le encomiendan en el supuesto concreto objeto de derivación; las facultades que se otorgan para la consecución de las funciones que se le encomiendan, tanto las que se otorgan y corresponden con carácter general como las específicas o extraordinarias del caso concreto; las obligaciones que asume, incluyendo la de remitir al juzgado los informes correspondientes sobre el resultado de su intervención, duración del proceso, prórroga en su caso, alcance del deber de confidencialidad y pago de honorarios, si su intervención no fuere gratuita, así como el apercibimiento de imposición de multas coercitivas a aquella de las partes que no colabore con su actuación o ponga obstáculos a su trabajo.

Ahora bien, desde hace varios años, tanto en España, como en numerosos países de nuestro entorno, se ha puesto de manifiesto la insuficiencia del sistema para ofrecer una respuesta satisfactoria a la ciudadanía, derivada de la ruptura de pareja. Cuando la ciudadanía recurre a los tribunales, lo que interesa, además, es el cumplimiento de la sentencia.

En este contexto de la ruptura de pareja, las relaciones controvertidas o la falta de colaboración entre los progenitores hacen que, en muchas ocasiones, lo acordado sea de imposible cumplimiento, derivando en un laberinto judicial y los hijos, los más vulnerables, son los más perjudicados.

Es en estos casos donde se hace necesaria la intervención del CP, profesional experto en técnicas de resolución de conflictos con capacidad para actuar a pesar de la falta de voluntad de una de las partes.

Ahora bien, como se ha desarrollado en el presente trabajo, las experiencias arrojan datos esperanzadores, si bien, se puede observar una falta de homogeneidad en nuestro territorio en cuanto a la implantación de esta reciente figura, así como críticas a su implantación.

Por tanto, a pesar de que los distintos proyectos piloto en nuestro país han encontrado la base jurídica para la introducción de la coordinación de parentalidad, se hace necesaria una regulación a nivel nacional, principalmente en lo relativo a los requisitos y formación necesaria para ejercer de CP, además de una regulación que incardine esta figura dentro del proceso judicial; para así, evitar los temores e inseguridades que desde los órganos judiciales se están generando y que esta práctica dependa del voluntarismo y sensibilidad del juzgador, todo ello para articular una justicia de calidad y que el CP se encuentre a disposición de todos los ciudadanos del territorio español, en aras de conferir a los progenitores con alto conflicto una justicia que fomente su bienestar.

En cualquier caso, la coordinación de parentalidad es una herramienta que cada vez está siendo más utilizada por los juzgados y tribunales de nuestro país, que cuenta con un marco jurídico que ampara su implantación, bien por voluntad de las partes bien por designación judicial, en aquellas situaciones de alta conflictividad familiar e incapacidad de alcanzar acuerdos ni consensuar decisiones que conlleva una judicialización constante del conflicto entre progenitores, abriéndose la posibilidad esa derivación o designación en variados procesos y diversos momentos procesales.

Ahora bien, no se puede obviar que la coordinación de parentalidad ha de ser concebida como el último recurso, necesario ante la infructuosidad de otras herramientas, y ser establecida con carácter temporal, con unas

funciones amplias, pero definidas, en orden a minimizar el nivel de conflicto entre los progenitores a fin de que puedan tomar decisiones consensuadas y cumplir el régimen familiar establecido, contando, a tal efecto, con unas facultades que, sin sustituir al órgano judicial, le permitan el desempeño de su labor, para lo cual debe contar con una especialización y conocimientos en materias diversas que le habiliten para el desempeño de unas funciones que, alzaprimando el interés de los menores, pueden resultar fundamentales para alcanzar la paz familiar y normalizar las relaciones entre progenitores.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., «A propósito de la figura del coordinador de parentalidad. Análisis multidisciplinar», *Revista de Derecho de Familia El Derecho*, 10 de noviembre de 2020, núm. 90, pp. 1-20 (<https://www.elderecho.com>).
- AA.VV., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2019.
- American Psychological Association, «Guidelines for the practice of parenting coordination». *The American Psychologist*, 67 (1), 2012, pp. 63-71.
- Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination. Parenting coordination: Implementation issues», *Family Court Review*, núm. 41, 2003, pp. 53-364 (<https://www.afccnet.org>).
- «Task Force on Parenting Coordination. Guidelines for parenting coordination» *Family Court Review*, núm. 44, 2005, pp. 162-181 (<https://www.afccnet.org>).
- «Task Force on Parenting Coordination. Guidelines for parenting coordination», 2019 (<https://www.afccnet.org>).
- AVELLIDO ROS, M., CARRASCO RUBIO, L., GUITART SABATER, E. y SACASAS ASENSI, M., *La coordinación de parentalidad. Cuando las familias ya no saben qué hacer*, Huygens, Barcelona, 2015.
- BOYAN, S. & TERMINI, A.M., *The Psychotherapist As Parent Coordinator in High-Conflict Divorce: Strategies and Techniques: A Model of Parent Coordination (Haworth Practical Practice in Mental Health)*, Routledge, 2004.
- CAPDEVILA BROPHY, C., «La figura del coordinador de parentalidad en las separaciones altamente conflictivas», Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, Sección: Psinotes, 2013 (http://www.psiara.cat/view_article.asp?id=4363).

CARTER D. K., *Parenting Coordination. A Practical Guide for Family Law Professionals*, New York. Springer Publishing Company, 2010.

– «Entrevista a Debra Carter del National Cooperative Parenting Center de Bradenton», Colegio Oficial de Psicólogos de Catalunya, Sección: Psiara, 2014. (http://www.psiara.cat/view_article.asp?id=4520).

D'ABATE, D., «Parenting Coordination: A new service for high conflict divorcing families» *Intervention*, núm. 122, 2005, pp. 1-9 (<http://www.adrmaremma.it/english/dabate01.pdf>).

– «The use of a solution focused and a family narrative approach in working with high conflict families: strategies and techniques that can be utilized in parenting coordination and co-parenting coaching», *Journal of Child Custody* 13, 2016, pp. 269-288.

FARTO PIAY, T., «El coordinador de parentalidad en los procesos contenciosos de familia: su integración en el sistema de justicia», *Diario La Ley*, núm. 9696, 2020, págs. 1-13 (<http://laleydigital.laley.es>).

GARCÍA-HERRERA, A., «Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, Barcelona, 2016, pp. 1-33 (https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1224_es.pdf).

– «Hacia una justicia eficiente: la figura del coordinador de parentalidad en las crisis de familia», *Boletín Mediando*, núm. 28, Sección de Mediación del ICAV, 2018, pp. 2-10 (<http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/1433.pdf>).

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «El Coordinador de Parentalidad: una figura esperanzadora para la pacificación de conflictos parentales de alta intensidad», *Revista de Derecho de Familia El Derecho*, 8 de febrero de 2019, núm. 71, pp. 1-19 (<https://www.elderecho.com>).

Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida del Consejo General del Poder Judicial, pp. 1-408 (<https://www.poderjudicial.es>).

LAUROBA LACASA, E., «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?», *Indret: Revista para el análisis del derecho*, octubre 2018, Barcelona, (<https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1417.pdf>).

«Memoria de la experiencia piloto del Servicio de Coordinación de Parentalidad en el partido Judicial de Sabadell», 2014 (<https://>

mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/06/memoria-programa-de-coordinadic3b3n-de-parentalidad-logos_media.pdf).

MURCIANO ÁLVAREZ, G., «Mediador o Coordinador de parentalidad, ¿es lo mismo con diferente nombre?», Sepin, pp.1-2, 2015 (<https://www.sepin.es>).

OTERO OTERO, B., *La mediación intrajudicial en los supuestos de ruptura de pareja*, La Ley, 2021.

ORTUÑO MUÑOZ, P., «La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (Comentario a los arts. 233-13 y 236-3 CCCat.)» *Artículo Monográfico. Ed. Sepin*. Diciembre 2013 (<http://www.sepin.es/>).

ORTUÑO MUÑOZ, P., «La coordinación de parentalidad. Reflexiones para una metodología en construcción», pp. 1-22 (<http://cej-mjusticia.es>).

PASCUAL LUJÁN, T., «El Coordinador de Parentalidad en rupturas conflictivas», *Diario La Ley*, núm. 8663, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2015 de febrero de 2007, pp. 1-8 (<http://laleydigital.laley.es>).

Protocolo para la experiencia piloto de derivación e intervención del Coordinador de Parentalidad en los procesos judiciales aprobado por Resolución 224/2019, de 4 de julio, de la Directora General de Justicia del Gobierno de Navarra.

SACASAS ASENSI, M., «¿Coordinadora de parentalidad?, ¿Coordinador parental, Coparentalidad, plan de parentalidad?» (<http://www.coordinaciondeparentalidad.com/noticias/coordinadora-de-parentalidad/>).

SAMBOLA, M., «La supervisión jurisdiccional de las medidas relativas a menores establecidas en proceso de familia: el coordinador de parentalidad. ¿El órgano crea la función?», *La Notaría*, núm. 3, 2014, pp. 10-21.

VILELLA LLOP, M.P., *Hacia un nuevo modelo de derecho de familia. Análisis de las figuras y herramientas emergentes*, Dykinson, 2021.

Capítulo XXIV

Diferencias y similitudes entre el coordinador de parentalidad y el mediador

BLANCA OTERO OTERO

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho
Procesal de la Universidad de Vigo*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PERSONA MEDIADORA. 1. *Funciones de la persona mediadora.* 2. *Formación de la persona mediadora.* III. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD. 1. *Funciones del coordinador de parentalidad.* 2. *Formación del coordinador de parentalidad.* IV. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA PERSONA MEDIADORA Y EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestros días, la trascendencia de los conflictos de ruptura de pareja es cada vez mayor, tanto por las distintas personas implicadas, teniendo en cuenta el elevado número de separaciones y divorcios, como por la cantidad de problemas implícitos que acarrear. Estamos ante los conflictos que más atañen a la esfera privada, los más íntimos y personales, donde en muchas ocasiones, cuando existen hijos, van a tener que seguir relacionándose, ya no como pareja, pero sí como progenitores. Además, por la prevalencia de esos vínculos dentro de las familias, los conflictos que se originan están inmersos de sentimientos y emociones muy intensas, de valores y reglas particulares, de una comunicación propia, de relaciones jurídicas determinadas, etc. lo que los hace especiales y diferentes con respecto a otros conflictos.

En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, en la conflictividad familiar es necesario tener en cuenta una serie de elementos

específicos, en relación con la pareja, sus vínculos y relaciones familiares, la comunicación, sus emociones, etc.; así como, los distintos niveles que puede llegar a alcanzar un conflicto de esta índole –que van desde un nivel mínimo (los conflictos se resuelven entre adultos de forma cooperativa) hasta un grado moderado/severo (litigios continuos)– dado que el conflicto se genera fundamentalmente en los espacios propios de la familia y aunque es solventado generalmente por la misma, puede llegar a convertirse en un conflicto crónico y/o judicializado¹.

Además, debe reseñarse el importante impacto que una ruptura de pareja puede ocasionar en los hijos². En este sentido, será determinante la forma en que los progenitores gestionen tanto la propia ruptura como su post-ruptura, sobre todo en todo lo relativo al ejercicio de sus funciones parentales.

Por todo ello, aunque esta tipología de conflictos pueda ser tratada íntegramente de diversas formas, es importante definir claramente los roles profesionales y no confundir las técnicas a aplicar, pues una cosa es, por ejemplo, la terapia, otra la orientación familiar, la mediación y la coordinación de parentalidad. Es decir, todos esos modos de abordaje de una controversia se diferencian precisamente por su génesis, objeto y técnicas de intervención.

En este sentido, teniendo en cuenta la reciente incorporación de la práctica de la coordinación de parentalidad en nuestro país y sus posibles semejanzas con la mediación, se hace necesario profundizar en los distintos roles profesionales a fin de analizar las diferencias entre la persona mediadora y el profesional de la coordinación de parentalidad (en adelante CP). Nos encontramos ante dos procedimientos de gestión y/o

1. Vid. TERRATS RUIZ, G. y CARMONA i ALGUERÓ, A., «Características del rol de coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones», en *Revista de Mediación*, 2019, 1, e5, p. 6.
2. Vid. AMATO, P. R., «The consequences of divorce for adults and children». *Journal of Marriage and the Family*, n.º 62, 2000, pp. 1269–1287, disponible en https://www.ffst.unist.hr/_download/repository/Amato.pdf [última consulta: 26/01/2022]; CANTÓN DUARTE, J., CORTÉS ARBOLEDA, M.^a R, JUSTICIA DÍAZ M.^a D., «Las consecuencias del divorcio en los hijos». *Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 2, n.º 3, 2002, pp. 47-66, disponible en <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art16.pdf> [última consulta: 16/01/2022]; MARTINÓN SÁNCHEZ, J.M., FARIÑA RIVERA, F., CORRÁS VÁZQUEZ, T., SEIJO MARTÍNEZ, D., SOUTO GESTAL, A. y NOVO PÉREZ, M., «Impacto de la ruptura de los progenitores en el estado de salud física de los hijos», *European Journal of Education and Psychology*, n.º 10, 2017, pp. 9-14; SEIJO MARTÍNEZ, D., NOVO PÉREZ, M., CARRACEDO CORTIÑAS, S., y FARIÑA RIVERA, F., «Efectos de la ruptura de los progenitores en la salud física y psicoemocional de los hijos». *Revista Galega de Cooperación Científica Iberoamericana*, n.º 19, 2010 pp. 16-21.

solución de conflictos que se inscriben en el contexto de las ADR, pudiendo afirmarse que entre todos estos métodos el rol más próximo al CP podría ser el del mediador familiar; ahora bien, existen determinadas características que un CP no comparte con una persona mediadora, al igual que determinadas funciones que una persona mediadora no comparte con un CP, cuestiones todas ellas que serán analizadas a lo largo de este capítulo.

II. LA PERSONA MEDIADORA

La persona mediadora es considerada una de las partes esenciales en el desarrollo del procedimiento de mediación puesto que es quien ocupa la posición de tercero, neutral, imparcial e independiente, que asiste, ayuda y facilita a las personas en conflicto la obtención por sí mismas de un acuerdo satisfactorio para ambas.

El mediador, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, en el arbitraje y en la propia coordinación de parentalidad, en donde el juez, el árbitro o el profesional de la coordinación parental se colocan en una posición superior, se dispone en un plano de igualdad con las personas mediadas.

La actuación del mediador se caracteriza por la *ausencia de poder institucional*: la persona mediadora interviene «en situación de igualdad con los mediados, posición de igualdad que es condición del diálogo»; sus facultades «devienen de la confianza» que en él depositan las personas implicadas en el conflicto. De su capacidad para «inducir al diálogo y a la escucha», de su «imaginación y habilidad» depende la generación de un clima en el que las personas en conflicto sean capaces de hallar un acuerdo conveniente para todas, de obtener una solución al conflicto en que no haya perdedores, en que todos se perciban ganadores³. Proceder que, en general, se diferencia de la práctica habitual de cualquier profesional entendida por situarse en un lugar «superior» a sus clientes, ya sea por sus conocimientos, por el poder formal que se tiene o por el cargo que se ejerce.

La persona mediadora ocupa un mismo plano con las personas en conflicto, pues son ellas las que tienen que responsabilizarse de sus decisiones y de las mejores soluciones para sus conflictos; en este sentido, cada persona mediada y el mediador o mediadores son personas distintas ubicadas en lugares distintos, siempre en el mismo plano, pero con un rol distinto.

3. SÁEZ VALCÁRCEL, R., «La mediación reparadora en el proceso penal reflexión a partir de una experiencia», en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coords.) *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2007, pp. 35-86, p. 32, disponible en <http://poderjudicial.es> [última consulta: 10/05/2020].

No obstante, las personas mediadas intentarán ponerlo en un nivel superior, para que les asesore, oriente o para que tome algún tipo de decisión; en este sentido, las personas en conflicto intentarán subirlo, haciendo alianzas, buscando aprobaciones, queriendo que avale posturas de alguno de ellos, y su tarea como mediador será conservar ese plano durante todo el procedimiento de mediación.

1. FUNCIONES DE LA PERSONA MEDIADORA

Tal y como se desprende del artículo 13 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, el mediador facilitará la comunicación entre las personas en conflicto y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes; además, la persona mediadora desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las personas en conflicto, con respeto a los principios informadores de la mediación, recogidos en esta Ley 5/2012.

Como puede observarse en la regulación de la materia en lo que se refiere a la actuación del mediador propiamente dicha, el artículo 13 Ley 5/2012 es bastante escueto, mientras que si toma en consideración la normativa autonómica las funciones del mediador pueden alcanzar prácticas muy diversas. En este sentido, se recogen como funciones de la persona mediadora, la de informar, asistir, ayudar e incluso orientar y asesorar a las personas en conflicto⁴.

A la vista de lo expuesto pueden observarse diferentes funciones que ejerce o puede ejercer el mediador dentro del procedimiento de mediación, muchas de ellas guardan asimismo relación, con el modelo de mediación que cada persona mediadora adopte para afrontar y desarrollar un procedimiento de mediación. Por ejemplo, en el modelo tradicional-lineal, la persona mediadora utiliza técnicas directivas y sesiones privadas haciendo poco énfasis en la comunicación, siendo su objetivo el construir un acuerdo; mientras que, en el modelo transformativo, no conseguir acuerdos no se considera un fracaso de la mediación, al centrarse principalmente el mediador en la gestión del conflicto, en obtener la revalorización y reconocimiento de las personas mediadas⁵.

En este sentido y más en lo que respecta a los conflictos en el ámbito de la mediación familiar, debe reseñarse lo establecido en las *Conclusiones*

4. A modo de ejemplo, el artículo 2 Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia establece que los mediadores serán expertos en actuaciones psicosociales «para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja».
5. OTERO OTERO, B., *La mediación intrajudicial en los supuestos de ruptura de pareja*, La Ley, 2021, pp. 130-133.

del Grupo de trabajo PNPMM sobre Calidad y Código de Buenas Prácticas de la Mediación de GEMME que indican que la misión de la persona mediadora dentro del procedimiento de mediación será ayudar y facilitar a las personas en conflicto a la obtención por sí mismas de un acuerdo satisfactorio para ambas, debiendo en su actuación estar sujeto a unas directrices encaminadas a garantizar su integridad, profesionalidad, neutralidad e imparcialidad respecto a las personas en conflicto⁶; en definitiva, la persona mediadora tendrá un papel activo, tal como refleja el artículo 13.2 Ley 5/2012, ayudando a las personas en conflicto a reflexionar, a observar su conflicto y su solución desde diferentes perspectivas, abriéndoles distintos puntos de vista, pero siempre dejándoles a éstas la facultad de solución y/o gestión del conflicto que tengan por conveniente.

La persona mediadora debe establecer un ambiente seguro y confiado para que las personas mediadas puedan exponer sus opiniones y sentirse comprendidas y aceptadas con independencia de la forma que tengan de hacerlo. Es decir, debe ejercer como persona imparcial, que no entra a valorar ni el contenido ni la forma, aunque pueda reorientar la manera de exponerlo para que los mediados puedan comunicarse mejor. Cuando el mediador, ya sea verbalmente o no, deja entrever su desacuerdo con la expresión o comportamiento de una de las personas mediadas, la confianza decrece y no se percibe como imparcial, apareciendo la desconfianza y la no aceptación de nuestra intervención como mediadores⁷.

Por todo ello, deben ser las personas mediadas las que tengan la facultad de lograr acuerdos en sus conflictos, con la ayuda del mediador, sí con un papel activo, pero no con la imposición de su criterio. Si la mediación tiene como virtud el hecho de que las personas en conflicto alcancen sus propios acuerdos porque es más factible que éstos se ejecuten y finalmente es el mediador el que los adopta, propone o sugiere, está perdiendo virtualidad y sentido la mediación, aproximándose a la solución impuesta por un tercero.

En definitiva, la persona mediadora desarrollará una actitud activa a lo largo del procedimiento; si bien, aunque el mediador adopte una posición activa, ello no implica que deba aconsejar, orientar o imponer ningún tipo de solución, dado que, con este tipo de actuaciones, la mediación estaría perdiendo su potencialidad y virtualidad, al igual que podría llegar a confundirse con otros roles profesionales.

6. Sección II, Apdo. I. Punto 3 [«Conclusiones del Grupo de trabajo PNPMM sobre Calidad y Código de Buenas Prácticas de la Mediación» GEMME, 2013, p. 5, disponible en <https://mediacionesjusticia.com> (última consulta: 20/05/2020)].

7. BERNAL SAMPER, T., *La mediación, una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Madrid, 2008, p. 118.

2. FORMACIÓN DE LA PERSONA MEDIADORA

Conforme establece el artículo 11 Ley 5/2012, que abre el Título dedicado al Estatuto del Mediador, «pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión».

La persona mediadora es una persona física que debe encontrarse en «pleno ejercicio de sus derechos civiles»; es decir, se niega expresamente la posibilidad de que sean personas jurídicas las que puedan llevar a cabo directamente la mediación. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley 5/2012; por tanto, no podrán prestar directamente el servicio en cuanto persona jurídica. Asimismo, el artículo 11 Ley 5/2012 exige unos requisitos de formación y la obligatoriedad de suscripción de un seguro o garantía equivalente de responsabilidad civil.

En este sentido, todo procedimiento de mediación se sostiene en la persona mediadora y, por tanto, como refiere ORTUÑO MUÑOZ, únicamente la formación sólida de los mediadores puede garantizar el prestigio de esta vía de resolución de conflictos⁸.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles señala en su Considerando (16) que «los Estados miembros deben promover, por lo medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación», por su parte, en el artículo 4.2 Directiva 2008/52/CE se añade que «Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes»⁹.

8. ORTUÑO MUÑOZ, P., «El reto de la mediación en el panorama internacional», en ROMERO NAVARRO, F. (Coord.), *La mediación. Una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Consejería de Presidencia y Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 61.

9. En este mismo sentido, Libro Verde de la Comisión Europea, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002, ha señalado en su apdo. 89, que «la calidad de las ADR se basa esencialmente en la competencia de los terceros responsables de éstas. El control de las técnicas exigidas por dichas modalidades requiere una sólida formación (...)».

Sin embargo, en la Directiva 2008/52/CE no se establece qué cualificación específica han de tener los mediadores, a pesar de que ésta es una cuestión de capital importancia, de ahí que los criterios de cualificación del profesional de la mediación varíen mucho en los Estados miembros de la UE¹⁰.

En este sentido, conforme establece la citada Directiva 2008/52/CE, se habrán de promover y fomentar la formación inicial de la persona mediadora como la formación continua por parte de las autoridades públicas, cerciorándose de que existen garantías mínimas de competencia.

Para el caso de España, tenemos la normativa autonómica en la materia, generalmente leyes reguladoras de la mediación familiar muy concretas, que han procurado controlar la formación específica del mediador, su formación de origen, así como una formación continua, aunque sin unanimidad en los criterios¹¹; y, por otro lado, la normativa estatal.

La realidad jurídica con la que nos encontramos en nuestro país a nivel estatal recoge en el artículo 11.2 Ley 5/2012 que el mediador deberá de estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación. El artículo 3.2 RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, señala que la formación se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitirle el dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la Ley, en especial respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador.

Añade el artículo 4 del citado RD 980/2013 que la formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización

10. A modo de ejemplo: En cuanto a la formación del mediador italiano, el Decreto del Ministerio de Justicia 180 del 18 de octubre de 2010 establece, en su artículo 18.2.f, que la formación de los mediadores debe tener una duración no inferior a 50 horas y dividirse en cursos teóricos y prácticos («sesiones simuladas en las que participen los alumnos») con una evaluación final de al menos 4 horas, con una parte teórica y otra práctica. Igualmente, se prevé un curso de actualización de capacitación que dura no menos de 18 horas bienales. Finalmente, el artículo 4.3.b del mismo decreto (modificado por el Decreto Ministerial 145/2011) establece que, en el mismo período de dos años, el mediador también debería participar, en forma de «prácticas asistidas».
11. *Vid.* GONZÁLEZ PILLADO («Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica», en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 367).

en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y asimismo de resolución de conflictos.

Por otro lado, este artículo 4 RD 980/2013 señala que la formación se desarrollará tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos, un 35 por ciento de la duración mínima prevista en este RD 980/2013 para la formación del mediador, que está establecida en 100 horas de docencia efectiva. Las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales.

En este sentido, podrá tratarse de cualquier tipo de curso de formación continua, titulaciones de postgrado, máster, especialista o experto impartido por universidades o instituciones debidamente acreditadas siempre que alcancen como mínimo las 100 horas de formación; el artículo 7.1 RD 980/2013 recoge que «la formación específica de los mediadores, incluida su formación continua, se habrá de impartir por centros o entidades de formación, públicos o privados, que cuenten con habilitación legal para llevar a cabo tales actividades o con la debida autorización por la administración pública con competencia en la materia».

A fin de velar por la calidad de la formación ofrecida sí se recoge en el artículo 7.2 RD 980/2013 que «los centros que impartan formación específica para el ejercicio de la mediación habrán de contar con un profesorado que tenga la necesaria especialización en esta materia y reúna, al menos, los requisitos de titulación oficial universitaria o de formación profesional de grado superior. Asimismo, quienes impartan la formación de carácter práctico habrán de reunir las condiciones previstas en este RD para la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación»¹².

Así mismo, se regula en el artículo 6 RD 980/2013 todo lo referente a la formación continua de los mediadores, estableciendo que los mismos deberán realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas. La realización de cursos de especialización en algún ámbito de la mediación permitirá cumplir el requisito de la formación continua del mediador. Por tanto, esta regulación se presenta bastante incompleta al no referirse

12. Refiere BARONA VILAR (*Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 242-243) que «se trata de obtener títulos que profesionalicen la mediación, lo que obliga a que se trate de centros con prestigio, que hayan demostrado a lo largo de su trayectoria que son perfectamente permeables a la formación de mediadores».

al curso que habrá de realizarse y a su contenido, dejando a criterio del mediador la formación a desarrollar, entendiendo la misma manifiestamente insuficiente.

A la vista de lo expuesto, la regulación estatal tampoco ha solucionado definitivamente lo relativo a la formación y a la señalada falta de unanimidad en la normativa autonómica, dado que se establecen unos requisitos mínimos de formación para ejercer como mediador, inferiores a los exigidos en la mayoría de la normativa autonómica, y no se señala nada sobre cómo se van a justificar los requisitos exigidos en la normativa estatal y autonómica; únicamente en la disposición transitoria primera Ley 5/2012, se señala que, «hasta el 1 de junio de 2014 se podrá acreditar la formación del mediador mediante certificación de su inscripción en el registro de mediadores de una Comunidad Autónoma» y en los artículos 24 y 25 Ley 5/2012, se establece el principio de coordinación a fin de que el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia se coordine con los demás registros de mediadores que puedan existir en las Comunidades Autónomas, a fin de asegurar la unidad de datos, la economía de actuaciones y la eficacia administrativa, así como, la celebración de convenios de colaboración entre el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas a través de los cuales se podrán acordar la remisión recíproca de información de mediadores y, en su caso, instituciones de mediación, así como fórmulas de simplificación de la inscripción y modificación de datos en los distintos registros a través de su interconexión. Por otro lado, debe reseñarse, que estas regulaciones han ido generando problemas de coordinación, así como problemas prácticos, al diferir los requisitos exigidos para ser mediador en los diferentes territorios.

En definitiva, para que la mediación tenga futuro, para que las personas que tengan un conflicto recurran a este método para resolver sus diferencias y para que distintos profesionales recomienden la mediación es imprescindible contar con buenos mediadores. Es por ello por lo que se hace necesario exigir una formación específica, rigurosa y uniforme en todo el territorio español y, que, además, contenga un control de calidad tanto de los mediadores, de las mediaciones que se llevan a cabo tanto en el ámbito extrajudicial como intrajudicial, como de los centros e instituciones que hayan de formar a los mismos.

Por tanto, debe entenderse que las 100 horas previstas por el RD 980/2013, son claramente insuficientes para complementar la formación de origen del mediador que ya ha de poseer bien sea ésta del ámbito jurídico, psicosocial, económico, etc. y más cuando la mediación se desarrolle en el ámbito de la mediación familiar; ya el Foro Europeo de Estándares

de Formación en Mediación Familiar, compuesto por más de sesenta asociaciones de ocho países europeos, incluida España, ha establecido como estándar mínimo de formación en mediación familiar el de 180 horas de formación teórica y práctica. De tal manera, que se debería plantear la exigencia, por lo menos, de una formación de experto o especialista en mediación¹³. Siendo necesario igualmente, delimitar la formación teniendo en cuenta cada uno de los ámbitos en los que la mediación puede desarrollarse en virtud de lo dispuesto en la Ley 5/2012. Asimismo, sería conveniente establecer una formación presencial o semipresencial –debido a las funciones a desarrollar por el mediador dentro del procedimiento de mediación–, regular de forma más específica la formación continua de los mediadores e instaurar controles de calidad.

III. EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD

La coordinación de parentalidad surge en los Estados Unidos en los años 90 y posteriormente en Canadá, como respuesta a una necesidad urgente para la intervención y el seguimiento tanto de separaciones como de divorcios altamente conflictivos, cuando las formas tradicionales de apoyo (la mediación familiar, la terapia, las evaluaciones psicosociales) demostraron ser ineficaces o inadecuadas, y cuya consecuencia fue el gran volumen de expedientes que se concentraron en las dependencias judiciales pertenecientes a esas familias que intentaban solucionar sus disputas familiares a través de procedimientos contenciosos¹⁴.

La coordinación de parentalidad es un procedimiento de resolución de conflictos centrado en los niños en virtud del cual un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación, asiste a progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver oportunamente sus

13. FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., «El mediador», en PILLADO GONZÁLEZ, E. y FARIÑA RIVERA, F. (Coord.) *Mediación Familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 95-131, p. 121.

14. D'ABATE, D. *Parenting Coordination: A new service for high conflict divorcing families*. *Intervention*, n.º 122, June, 2005.

Como refiere PÉREZ VALLEJO («Servicios o programas de ADR conectados a los tribunales: la mediación intrajudicial y la coordinación de parentalidad» en PILLADO GONZÁLEZ, E. (Dir.) y NORIEGA RODRÍGUEZ, L. (Coord.) *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica*, Ed. Bosch Wolters Kluwer, 2020, p. 420) «no alberga dudas que la mediación no siempre es la panacea, ni resulta eficaz para abordar el conflicto post-divorcio; particularmente en aquellos casos donde el conflicto y el relitigio se han instalado de forma crónica».

disputas, educándolos en relación a las necesidades de sus hijos y –previo consentimiento de las personas en conflicto y/o del juzgado– tomando decisiones en base a los términos y condiciones establecidos en la resolución judicial, o en el acuerdo de designación del CP¹⁵.

El término «alta conflictividad familiar» hace referencia a controversias intensas entre sus miembros, caracterizadas por elevados niveles de desconfianza, enfado, ira y hostilidad. En los procesos de ruptura de pareja este tipo de conflictividad comporta una falta de comunicación y consenso en la toma de decisiones parentales, una cronificación del conflicto y/o judicialización de las relaciones familiares; por tanto, todo ello deriva en una serie de consecuencias en el bienestar de las personas menores de edad¹⁶.

La Association of Family and Conciliation Courts (AFCC) señaló que el profesional de la coordinación de parentalidad puede entenderse como un gestor de familias en procesos de alta conflictividad¹⁷; cuyo objetivo general es ayudar a los progenitores con alto conflicto a implementar y supervisar su plan de parentalidad, resolver los conflictos con respecto a sus hijos y proteger y mantener relaciones seguras y saludables entre padres e hijos¹⁸. El CP puede actuar tanto en el ámbito público como

15. Association of Family Conciliation Courts (AFCC) «Task Force on Parenting Coordination. Guidelines for parenting coordination» *Family Court Review*, 44, 2005, pp. 162-181, p. 164, disponible en <https://www.afccnet.org/portals/0/afccguidelinesforparentingcoordinationnew.pdf> [última consulta: 18/01/2022].

En este sentido, la American Psychological Association, «Guidelines for the practice of parenting coordination», *The American Psychologist*, 67 (1), 2012, pp. 63-71, subraya que «el principio de intervención del coordinador de parentalidad se focaliza en el interés superior del menor, ayudando a los progenitores en la toma de decisiones para la implementación del plan de parentalidad».

16. ROSALES ÁLAMO, M., FERNÁNDEZ ALAYA, R. y FARIÑA RIVERA, F., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, Adavira Editora, Santiago de Compostela, 2019, p. 11.

Como refieren CAPDEVILA BROPHY y WILHELM WAINSZTEIN («Especialización en coordinación de (co)parentalidad: ¿cuáles son las competencias necesarias para ejercer?», *Revista de Mediación*, 2019, 12, 1, e2, p. 2) «Nos hallamos frente a familias con dificultades en varios ámbitos: comunicación deficiente, indicios o hechos de violencia, hijos/as con dificultades en su desarrollo cognitivo y emocional, frustraciones en los proyectos de vida, trastornos de personalidad, adicciones y otros ingredientes que obligan a que el destinatario de la intervención merezca un cuidado y una intervención profesional especializada».

17. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination. Parenting coordination: Implementation issues», *Family Court Review*, 41, 2003, pp. 53-364 disponible en <https://www.afccnet.org> [última consulta: 10/01/2022].

18. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination». *Guidelines for parenting coordination*, 2019, pp. 1-20, p. 2, disponible en <https://www.afccnet.org/> [última consulta: 10/01/2022].

privado, preferentemente, en equipos multidisciplinarios, ofreciendo un procedimiento alternativo o complementario de gestión y/o solución de controversias, previamente consentido por las personas en conflicto y/o por el juzgado¹⁹.

En Europa, España se ha manifestado pionera en la incorporación de la figura del CP a la práctica procesal de los Juzgados de familia de la Comunidad Autónoma Catalana, donde llama la atención la labor de la sección número 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, el proyecto piloto llevado a cabo en el Juzgado de Sabadell en el año 2012²⁰ y ahora, siguiendo estos pasos, la labor que se está llevando a cabo en el País Vasco, Madrid²¹, Aragón, Valencia²² o Galicia, avalado por prestigiosas asociaciones en derecho de familia y psicología como la Asociación Española de Abogados de familia y la Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense²³.

En nuestro ordenamiento, la figura de la coordinación de parentalidad no se encuentra regulada, lo cual ha dado lugar a diferentes experiencias dentro del territorio español. En este sentido, ha habido una cierta variación en el modelo de coordinación implementado en diversos tribunales

19. ROSALES ÁLAMO, M., FERNÁNDEZ ALAYA, R. y FARIÑA RIVERA, F., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad ...*, op. cit. p. 11.
20. Vid. «Memoria de la experiencia piloto del Servicio de Coordinación de Parentalidad en el partido Judicial de Sabadell», 2014, disponible en https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/06/memoria-programa-de-coordinadic3b3n-de-parentalidad-logos_media.pdf [última consulta: 22/01/2022], AVELLIDO ROS, M., CARRASCO RUBIO, L., GUITART SABATER, E. y SACASAS ASENSI, M., *La coordinación de parentalidad. Cuando las familias ya no saben qué hacer*, Huygens, Barcelona, 2015.
21. El Centro de Intervención Parental del Ayuntamiento de Madrid, cuenta con un Servicio de Coordinación Parental (SCP): La persona que ejerce la coordinación parental, está habilitada por el correspondiente juzgado, y tiene entre sus funciones, facilitar acuerdos entre los progenitores, proponer pautas de actuación específicas y cuando no haya consenso, tomar decisiones en base a los términos y condiciones establecidos por la correspondiente resolución judicial, o por el acuerdo de designación del/a Coordinador/a Parental. Participa en el diseño del Plan de Parentalidad y supervisa su puesta en práctica. Mantiene informado al juzgado del proceso que sigue la familia. Solo se puede acceder por derivación de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid (en la actualidad por los N.º 24 y N.º 66), disponible en www.madrid.org, [última consulta: 02/02/2022].
22. GARCÍA-HERRERA, A. *Hacia una justicia eficiente: la figura del coordinador de parentalidad en las crisis de familia*, Boletín Mediando, núm. 28, Sección de Mediación del ICAV, 2018, pp. 2-10, disponible en <http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/1433.pdf> [última consulta: 12/01/2022].
23. FARTO PIAY, T., «El coordinador de parentalidad en los procesos contenciosos de familia: su integración en el sistema de justicia», *Diario La Ley*, núm. 9696, 2020, pp. 1-13, p. 3, disponible en <http://laleydigital.laley.es>, [última consulta: 12/01/2022].

con respecto a la forma en que el CP lleva a cabo su trabajo, las diversas funciones del CP, sus aptitudes y formación²⁴. Por tanto, se hace necesaria una regulación a nivel nacional, principalmente en lo relativo a los requisitos y formación necesaria para ejercer como CP. Así, se evitarían los temores e inseguridades que desde los órganos judiciales se están generando y que esta práctica dependa del voluntarismo y sensibilidad del juzgador. En definitiva, se hace oportuno articular una justicia de calidad y que el CP se encuentre a disposición de todos los ciudadanos del territorio español, en aras de conferir a los progenitores con alto nivel de conflicto una justicia que fomente su bienestar.

1. FUNCIONES DEL COORDINADOR PARENTALIDAD

Tal y como señala la Association of Family Conciliation Courts (AFCC) la coordinación de parentalidad es considerada una figura de resolución alternativa de disputas, tratándose de un procedimiento que combina evaluación, educación, manejo de casos, gestión del conflicto y, a veces, las funciones de toma de decisiones²⁵.

En este sentido, debe reiterarse que el CP tiene como objetivo general que los progenitores reduzcan y gestionen de una forma adecuada el conflicto parental. Así pues, podrían señalarse como principales funciones las de evaluar y coordinar, revisando las evaluaciones de otros profesionales, resoluciones judiciales, órdenes de protección, historial académico, médico, psicológico, etc. para así poder obtener una información completa de todos los profesionales e instituciones que intervienen o han intervenido con la familia; los CP contribuyen al diseño del plan de parentalidad y ayudan a implementar, modificar o mediar las controversias que puedan surgir en su cumplimiento; también supervisan y favorecen al cumplimiento de las resoluciones judiciales, en cuestiones relacionadas con la satisfacción de las necesidades de los hijos, pudiendo realizar recomendaciones, o proponer maneras de redistribuir el tiempo que los hijos pasan con los progenitores para reducir la conflictividad, sin que afecte al tiempo total que pasan con cada progenitor. Por tanto, su intervención favorece la detección, prevención y comunicación al juzgado de posibles situaciones de violencia en el seno familiar o de otros tipos de violencia²⁶.

24. Vid. FARTO PIAY, T., «El coordinador de parentalidad en los procesos contenciosos de familia: su integración en el sistema de justicia» ..., *op. cit.*

25. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination». *Guidelines for parenting coordination* ..., *op. cit.*, p. 2.

26. ROSALES ÁLAMO, M., FERNÁNDEZ ALAYA, R. y FARIÑA RIVERA, F., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad* ..., *op. cit.* p. 26.

Asimismo, realizan una función educativa sobre temas de comunicación y gestión de conflictos, desarrollo infanto-juvenil, impacto del divorcio y del conflicto parental en los hijos, etc.; desarrollan funciones de coordinación/gestión del caso, pudiendo derivar a programas específicos o profesionales: escuela de padres, cursos de gestión de las emociones, programas de violencia de género, psiquiatra, psicólogo/a, etc.; desempeñan funciones de gestión de conflictos, para promover la comunicación entre progenitores, de coordinación entre los diversos profesionales y sistemas involucrados; y así mismo, pueden ostentar funciones de decisión según los términos acordados en el contrato de coordinación de parentalidad o reflejados en la resolución judicial²⁷.

En relación con esta última función, D'ABATE señala que en aquellos partidos judiciales y estados –en EE. UU. y Canadá– donde los CP son contratados por los tribunales, dentro de sus funciones, el coordinador puede ostentar diferentes grados de autoridad con el fin de llevar a cabo su mandato. Por tanto, el CP puede tener autoridad para recomendar servicios adicionales a los progenitores, así como para proporcionar al órgano jurisdiccional y a los abogados los informes y recomendaciones, y también para realizar modificaciones «temporales» (unas pocas semanas o meses) a los acuerdos existentes que implican residencia y acceso²⁸.

No obstante, como plantea la *Guía para la coordinación de parentalidad* de la AFCC y distintos autores, debe tenerse en cuenta, que esta función de toma de decisiones del CP requiere previo consentimiento del propio juzgado o de los progenitores, es decir, las decisiones que vaya adoptando el CP a lo largo del procedimiento únicamente tendrán el carácter de propuestas, necesiándose un pronunciamiento posterior sobre las mismas²⁹.

27. CAPDEVILA BROPHY, C., «La figura del coordinador de parentalidad en las separaciones altamente conflictivas», Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, Sección: Psinotes, 2013, disponible en http://www.psiara.cat/view_article.asp?id=4363 [última consulta: 20/01/2022].

ARIAS, F. y BERMEJO, N., «La coordinación de parentalidad y la toma de decisiones», en *Revista de Mediación*, 2019, 12, 1 e4, p. 4.

28. D'ABATE, D., «Parenting Coordination: A new service for high conflict divorcing families. Intervention», núm. 122, 2005, pp. 1-9, disponible en <http://www.adrmaremma.it/english/dabate01.pdf>, [última consulta: 03/07/2020].

29. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination». *Guidelines for parenting coordination ...*, *op. cit.*, pp. 8-9.

Como refiere GONZÁLEZ DEL POZO («El coordinador de parentalidad: una figura esperanzadora para la pacificación de los conflictos parentales de alta intensidad», *de Derecho de Familia El Derecho*, 8 de febrero de 2019, núm. 71, pp. 1-19, disponible en <https://elderecho.com/el-coordinador-de-parentalidad-una-figura-esperanzadora-para-la-pacificacion-de-conflictos-parentales-de-alta-intensidad>, [última consulta: 14/04/2022]) «el Coordinador de Parentalidad carece de facultades para decidir cualquier conflicto surgido entre los progenitores durante su intervención, por nimio

Por otra parte, es importante señalar aquellas otras funciones que no le corresponden al CP, independientemente de la formación que posea, ya sean del campo de la salud mental o del ámbito jurídico; porque, aunque tenga que ejercer un rol único basado en habilidades que incluyan destrezas terapéuticas, de mediación, educativas y de negociación, no podrá hacer, psicoterapia, evaluaciones diagnósticas, evaluaciones periciales, mediación y asesoramiento legal. Cuestiones que se analizarán cuando se aborden las principales diferencias de la coordinación de parentalidad con la mediación.

2. FORMACIÓN DEL COORDINADOR PARENTALIDAD

Al igual que se ha abordado la importancia de la formación de la persona mediadora, se hace necesario desarrollar todo lo referente a la profesión de origen y formación del CP, teniendo en cuenta principalmente que este profesional trabajará con familias con alta conflictividad y su actuación estará muy vinculada con los tribunales. En este sentido, aunque cada profesión aporta conocimientos y experiencia, es necesario contar con profesionales con un alto nivel de formación especializada para ejercer este rol híbrido de forma competente³⁰. Por tanto, a continuación, se describen y analizan las que podrían ser las competencias del profesional de la coordinación de parentalidad para llevar a cabo una intervención profesional especializada y, por tanto, ejercer de manera eficaz.

Siguiendo las directrices contenidas en la *Guía para la coordinación de parentalidad* de la AFCC, el CP debe ser un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con titulación oficial en un campo relacionado con la familia, o un mediador familiar homologado conforme las regulaciones correspondientes. Por tanto, debe tener formación y experiencia en el ámbito de la mediación familiar³¹.

En este sentido, debe reseñarse la importancia de todo lo relativo a la profesión de origen del CP, entendiendo que debería contar con una formación de origen del ámbito jurídico-psicosocial. Además, de una formación

que sea. Puede, eso sí, formular al juez recomendaciones, sugerencias o propuestas de resolución de cualquier controversia que surja en el ámbito de su actuación, pero tales recomendaciones, sugerencias o propuestas, para ser ejecutivas, necesitan el refrendo o ratificación judicial a través de una resolución».

30. CAPDEVILA BROPHY, C. y WILHELM WAINSTEIN, J., «Especialización en coordinación de (co)parentalidad: ¿cuáles son las competencias necesarias para ejercer?» ..., *op. cit.*, p. 9.

31. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination». *Guidelines for parenting coordination ...*, *op. cit.*, p. 15.

específica y experiencia profesional acreditada en intervención con familias en procesos de ruptura, mediación y violencia familiar y de género.

Por otra parte, teniendo en cuenta que su actuación estará muy vinculada con el proceso judicial, se hace esencial que el CP tenga conocimientos legales específicos sobre derecho de familia, así como de todo lo relativo a los procesos judiciales en supuestos de ruptura de pareja.

Asimismo, considerando la tipología de conflictos señalada anteriormente y las características de los progenitores con los cuáles tendrá que intervenir, el CP debe tener una amplia formación y experiencia en el ejercicio de la profesión con progenitores litigantes. Así pues, el CP debe saber identificar los criterios e indicadores de la alta conflictividad, adaptando su intervención y metodología a esta tipología de familias; debe conocer y saber manejar el conflicto y las emociones, además de comprender y conocer la dinámica de la ruptura y posruptura de pareja y las consecuencias de la ruptura en los menores, en los progenitores y en otros miembros de la familia. Siendo fundamental, que el CP sea capaz de detectar, prevenir y actuar ante cualquier tipo de violencia³². Del mismo modo, teniendo en cuenta el ámbito en el cual interviene, el CP debe estar formado y entrenado en entrevistas con niños y adolescentes, para así saber guiar y encauzar –si se diesen las circunstancias adecuadas– la participación en el procedimiento de coordinación de parentalidad de todos los implicados.

Debería ser experto en relaciones interpersonales y tener habilidades de comunicación, debe conocer y saber utilizar las competencias, técnicas, estrategias y herramientas a utilizar en la coordinación de parentalidad, debe conocer los distintos ADR, debe poder entender y diferenciar el rol del CP de otros roles profesionales. El CP debe conocer los códigos de conducta de los CP y las buenas prácticas en coordinación, dado que es responsable de que las personas en conflicto conozcan qué es la coordinación de parentalidad, las reglas que la rigen y las implicaciones y consecuencias de su participación en el procedimiento.

Asimismo, teniendo en cuenta los nuevos escenarios en los que se pueden llegar a desarrollar los procedimientos de coordinación, a raíz de la crisis sanitaria derivada de la covid-19, el CP debe estar capacitado para desarrollar una coordinación de parentalidad online, con todas las garantías necesarias.

En relación con la calidad de los procedimientos de coordinación, es fundamental la supervisión práctica del CP, señalando que la supervisión

32. ROSALES ÁLAMO, M., FERNÁNDEZ ALAYA, R. y FARIÑA RIVERA, F., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad ...*, op. cit. p. 26.

es un tipo de trabajo orientado a analizar la práctica profesional de los profesionales de la coordinación de parentalidad realizado por un profesional capacitado para tal fin. En este sentido, permite aclarar prácticas profesionales y aprender de la propia experiencia incorporando posibles cambios en las sucesivas prácticas. La práctica de la supervisión y la práctica reflexiva de la coordinación de parentalidad reportan garantías de desarrollo de buenas prácticas, porque favorece la identificación y el afrontamiento de los conflictos individuales y las dificultades que el CP traslada y vive en el marco de sus coordinaciones. Igualmente, permite desarrollar estrategias concretas de abordaje de las propias dificultades en el ejercicio de la coordinación de parentalidad, así como descubrir las fortalezas y puntos fuertes del CP, facilitando su autocuidado personal. En conclusión, la supervisión se traducirá indirectamente en el mantenimiento de buenas prácticas en las coordinaciones de parentalidad presentes y futuras.

Y, por último, al igual que viene regulada la formación continua del mediador, la *Guía para la coordinación de parentalidad* de la AFCC hace alusión a la formación continua de todo CP, en el sentido de participar regularmente en actividades educativas que promuevan el crecimiento profesional³³.

En definitiva, la supervisión de la práctica y la formación continua del CP es sinónimo de calidad de los servicios. Si se desea proporcionar servicios de calidad y garantías de eficacia, la supervisión puede facilitarnos esta tarea junto con la recogida de datos de las derivaciones, resultados del procedimiento llevado a cabo, así como la satisfacción de las personas participantes en una coordinación de parentalidad.

A la vista de lo expuesto, teniendo en cuenta la complejidad y amplitud de la actuación del CP se hace necesario un curso formativo completo y unificado en todo nuestro territorio. Así pues, se debería apostar por una regulación de la formación, similar a la anteriormente desarrollada y analizada para los mediadores³⁴. De tal manera, que se debería plantear la exigencia, por lo menos, de una formación de experto o especialista universitario. Asimismo, sería conveniente establecer una formación presencial o semipresencial –debido a las funciones a desarrollar por el CP–, de las cuales, al menos, el 30% debería ser de carácter práctico; y, además,

33. Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination». *Guidelines for parenting coordination ...*, *op. cit.*, pp. 15-16.

34. *Vid.* los requisitos para ejercer la coordinación de parentalidad en varios estados de Estados Unidos y en British Columbia (Canadá) en CAPDEVILA BROPHY, C. y WILHELM WAINSTEIN, J., «Especialización en coordinación de (co)parentalidad: ¿cuáles son las competencias necesarias para ejercer?» ..., *op. cit.*, pp. 3-6.

regular de forma más específica la formación continua de los CP e instaurar controles de calidad.

La titulación debería ser o bien universitaria o impartida por instituciones acreditadas; es decir, la formación tendría que ser impartida por centros o entidades de formación, públicos o privados, que contasen con habilitación legal para llevar a cabo tales actividades de formación. Así mismo, a fin de velar por la calidad de la formación ofrecida, las instituciones que impartan esta formación específica habrán de contar con un profesorado que tenga la necesaria especialización en esta materia y los que impartan la formación práctica, cuenten con una experiencia profesional acreditada en coordinación de parentalidad y mediación.

En definitiva, para que la coordinación de parentalidad tenga futuro, es imprescindible contar con buenos profesionales de la coordinación de parentalidad. Es por ello por lo que, se hace necesario exigir una formación específica, rigurosa y uniforme en todo el territorio español y, que, además, contenga un control de calidad tanto de los CP, como de los centros e instituciones que hayan de formar a los mismos. La coordinación de parentalidad se sostiene en el profesional de la coordinación de parentalidad, y es por ello, que de su profesionalidad, formación específica y responsabilidad dependan el presente y futuro de la coordinación parental.

IV. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA PERSONA MEDIADORA Y EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD

Antes de proceder a analizar de forma pormenorizada cada una de las diferencias entre la actuación de la persona mediadora y el coordinador de parentalidad, se debe reseñar que existen otras actuaciones profesionales eficaces para la intervención en situaciones de conflicto en ruptura de pareja; si bien, cada una de ellas, focaliza su actuación en diferentes aspectos. En este sentido, CARTER aporta el siguiente cuadro comparativo entre diferentes roles profesionales que pueden intervenir en un conflicto en el ámbito de la ruptura de pareja³⁵:

35. CARTER, D., *Parenting Coordination. A practical Guide for Family Law Professionals*. Nueva York: Springer Publishing Company, LLC, 2011, p. 12.

	Coordinador Parental	Forense	Mediador	Terapeuta	Educador	Juez	Fiscal	Abogado
Utiliza material educativo	SÍ	NO	NO	Puede	SÍ	NO	NO	NO
Vigila el cumplimiento de una orden judicial	SÍ	NO	NO	NO	NO	SÍ	SÍ	SÍ
Evalúa la veracidad de las denuncias parentales	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	SÍ	SÍ	SÍ
Garantiza el acceso del niño a los padres	SÍ	NO	NO	NO	NO	SÍ	SÍ	SÍ
Solicita servicios externos cuando son necesarios	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO	Puede	SÍ
Se reúne con el niño	Puede	SÍ	NO	SÍ	SÍ	NO	SÍ	Puede
Se coordina y relaciona con todos los profesionales que están implicados en el caso	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO	SÍ	SÍ
Informa de los bloqueos y de los acuerdos al juzgado y abogados	SÍ	NO	SÍ	NO	NO	NO	NO	SÍ
Debe testificar en defensa del mejor interés del menor	SÍ, si existe mandato judicial	SÍ	NO	SÍ, si existe mandato judicial	NO	NO	SÍ	NO
Temporalmente arbitra bloqueos parentales	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SÍ

	Coordinador Parental	Forense	Mediador	Terapeuta	Educador	Juez	Fiscal	Abogado
Escribe órdenes al juzgado	SÍ	NO	NO	NO	NO	SÍ	NO	SÍ
Está sujeto a la confidencialidad	NO	NO	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	SÍ
Incluye a otros significativos (familia extensa, nuevas parejas...) si fuese necesario	Puede	SÍ	NO	SÍ	Puede	NO	SÍ	NO
Enseña habilidades de resolución de conflicto	SÍ	NO	NO	Puede	SÍ	NO	NO	NO
Requiere una orden judicial para actuar	SÍ	SÍ	Puede	NO	NO	SÍ	SÍ	NO

Ahora bien, si tomamos como punto de partida este cuadro comparativo para analizar las principales diferencias entre la persona mediadora y el CP, debe reseñarse que la coordinación de parentalidad ofrece aportaciones diferenciales en relación con la mediación.

En primer lugar, frente al carácter voluntario de todo procedimiento de mediación, el juzgado puede establecer la obligación de participar en un procedimiento de coordinación de parentalidad³⁶. En este sentido, se requiere una derivación por parte del juzgado en la cual designe al CP y establezca los objetivos concretos de su actuación. Por tanto, la resolución judicial de derivación y nombramiento del profesional de la coordinación de parentalidad puede revestir la forma de auto o sentencia, en la que se incorpore un razonamiento o fundamento jurídico en que se detallen las razones por las que se procede al nombramiento de un CP, y en la parte dispositiva del auto o en el fallo de la sentencia, tras acordar el nombramiento de este profesional y la forma de designación, se delimiten de forma separada, tanto las funciones que corresponden al CP, como las facultades y obligaciones³⁷.

En segundo lugar, otro aspecto diferenciador, es todo lo relativo a la confidencialidad del procedimiento; como es sabido, todo procedimiento de mediación es confidencialidad, mientras que el CP no está sujeto a la confidencialidad. Por tanto, el CP puede facilitar al juzgado derivador el contenido de cada una de las sesiones, informando de los bloqueos que puedan surgir en el desarrollo del procedimiento, así como de los posibles acuerdos que se vayan alcanzando. Asimismo, el juzgado debe informar al profesional de la coordinación de parentalidad de las incidencias procesales, así como de los informes que emitan otros profesionales y puedan tener repercusión en la unidad familiar³⁸. En definitiva, la comunicación de información y coordinación entre el juzgado y el CP se caracteriza por ser más ágil, directa, fluida, detallada y eficaz que la que pueda realizarse desde otros servicios y actuaciones profesionales³⁹.

Por otra parte, en cuanto a las funciones propias del CP, deben destacarse, por sus considerables diferencias con la actuación de la persona

-
36. *Vid.*, en este sentido, lo referente a la casuística sobre la obligatoriedad o voluntariedad de servicio de coordinación de parentalidad en PÉREZ VALLEJO, A. M.^º, «Servicios o programas de ADR conectados a los tribunales: la mediación intrajudicial y la coordinación de parentalidad» ..., *op. cit.* pp. 426-428.
37. GONZÁLEZ DEL POZO, P., «El coordinador de parentalidad: una figura esperanzadora para la pacificación de los conflictos parentales de alta intensidad» ..., *op. cit.*
38. *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, P., «El coordinador de parentalidad: una figura esperanzadora para la pacificación de los conflictos parentales de alta intensidad» ..., *op. cit.*
39. ARIAS, F. y BERMEJO, N., «La coordinación de parentalidad ...», *op. cit.*, p. 4.

mediadora, la posibilidad de llevar a cabo una actuación educativa; en este sentido, todo CP a lo largo de su intervención, puede utilizar material educativo sobre temas de comunicación y gestión de conflictos, desarrollo infanto-juvenil, impacto del divorcio y del conflicto parental en los hijos, etc.; y, por tanto, puede enseñar habilidades de resolución de conflicto, de comunicación, de parentalidad positiva, entre otras cuestiones. Mientras que la actuación del mediador se encuentra un poco más limitada; ahora bien, aunque pueda facilitar al inicio del procedimiento de mediación un tríptico sobre las ventajas de la mediación familiar, y en aquellos casos en los que la pareja tenga hijos menores, en algunos servicios de mediación familiar, léase el servicio de mediación familiar intrajudicial de Vigo y el extrajudicial de la Unidad de Psicología Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela se les acompaña de una guía, en la que se informa, entre otras cosas, de lo perjudicial que resulta el conflicto parental para los hijos, lo beneficioso de la coparentalidad positiva, y de la utilidad de la mediación para lograr ésta, ello no implica que pueda realizar labores educativas propiamente dichas. No obstante, estudios sobre la satisfacción de los usuarios de programas o servicios de mediación concluyen, que el procedimiento de mediación sí es beneficioso para los hijos y contribuye a mejorar la comunicación y relación entre las personas en conflicto⁴⁰; por tanto, puede señalarse que el procedimiento de mediación sí puede llegar a tener efectos educativos en las personas implicadas.

El CP se coordina y relaciona con todos los profesionales implicados en el caso, a saber; profesores, trabajadores sociales, psicólogos, médicos, etc. para así poder obtener una información completa de todos los profesionales e instituciones que intervienen o han intervenido con la familia. En relación con esta cuestión, la persona mediadora no realiza ningún tipo de coordinación previa ni en el transcurso de su actuación mediadora, todo ello para evitar que esa información ponga en entredicho la imparcialidad y neutralidad que debe regir en todo procedimiento. Si bien, debe precisarse, que la persona mediadora sí podría coordinarse con otros profesionales, a fin de recabar información; por ejemplo, para el supuesto en el cual, los mediados acuerden acudir a una terapia familiar o algún tipo de formación. Dicha coordinación, tendría el objetivo de proporcionar información objetiva a los mediados que después se valoraría en la correspondiente sesión de mediación. No obstante, debe reseñarse, que esta función del mediador difiere también de otra de las funciones que sí ostenta el CP, en el sentido de que el profesional de la coordinación de parentalidad sí desarrolla funciones de

40. Vid. FARIÑA RIVERA, F. y OTERO OTERO, B., «La satisfacción de las personas mediadas con el procedimiento de mediación intrajudicial». *Revista de Mediación*, 2021, 14 (2), e5, 1-10 pp.

coordinación/gestión del caso, pudiendo derivar a programas específicos o profesionales: escuela de padres, cursos de gestión de las emociones, programas de violencia de género, psiquiatra, psicólogo/a, etc.;

Por otra parte, el CP supervisa y favorece el cumplimiento de las resoluciones judiciales, en cuestiones relacionadas con la satisfacción de las necesidades de los hijos, pudiendo realizar recomendaciones y propuestas. Mientras que la persona mediadora desarrollará una actitud activa a lo largo del procedimiento; en el sentido de que ayudará a las personas mediadas a lograr alcanzar sus propios acuerdos a sus conflictos, pero no impondrá su criterio. Es decir, aunque el mediador adopte una posición activa, ello no implica que deba aconsejar, orientar o imponer ningún tipo de solución, dado que, con este tipo de actuaciones, la mediación estaría perdiendo su potencialidad y virtualidad.

El CP puede reunirse con los hijos, así como con miembros de la familia extensa, nuevas parejas, etc., mientras que, en un procedimiento de mediación, la persona mediadora, en la mayor parte de las ocasiones, únicamente se reúne con los progenitores. Ahora bien, debe señalarse que, en una mediación familiar, siempre que se vean implicados –directa o indirectamente– menores, éstos últimos ocupan un lugar relevante dentro del procedimiento; dado que, sin dejar de lado las necesidades de cada una de las personas mediadas, todo el procedimiento de mediación se basa mayoritariamente en la consecución de unos acuerdos que favorezcan el desarrollo personal, social y educativo de los menores, esto es, que se preserve el interés superior del menor. De ahí que, las personas mediadoras puedan considerar conveniente invitar a algunas de las sesiones de mediación a otros interesados o implicados en el conflicto, como pueden ser, por ejemplo, los hijos menores de edad, los abuelos u otros miembros de la familia, con el fin de abordar la controversia en su totalidad y con ello favorecer un acuerdo integral, que tenga en consideración las implicaciones y consecuencias de los cambios derivados tras el conflicto⁴¹.

Y, por último, teniendo en cuenta las funciones descritas, debe señalarse a su vez, que el procedimiento de mediación y el de coordinación de parentalidad también presentan importantes diferencias, basadas principalmente en cada una de las actuaciones y roles que adoptan los distintos profesionales⁴².

41. Vid. otros interesados en el procedimiento de mediación, especial referencia a los hijos menores de edad en OTERO OTERO, B., *La mediación intrajudicial en los supuestos de ruptura de pareja ...*, op. cit., pp. 164-172.

42. Vid. Apartado 6 «Protocolos de actuación e indicadores», ROSALES ÁLAMO, M., FERNÁNDEZ ALAYA, R. y FARIÑA RIVERA, F., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad ...*, op. cit. pp. 29-32.

A la vista de lo expuesto, en España no existe ninguna ley ni regulación concreta que reglamente la figura del coordinador de parentalidad, de ahí que hayan sido precisamente los juzgados los que, con la práctica y uso de esta figura, hayan venido moldeando sus funciones y supliendo, en parte, esa falta de regulación. Sin embargo, a pesar de que cada vez son más los juzgados que proponen la intervención de este profesional de la coordinación de parentalidad, esta figura ha sido criticada desde numerosos sectores, considerándola arbitraria y poco profesional⁴³, generando a su vez, cierto escepticismo⁴⁴.

Por tanto, para evitar las inseguridades que se han ido generando y que esta práctica no dependa del voluntarismo de juzgador y de los medios disponibles en cada una de las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos. Es fundamental determinar y regular de forma más extensa y específica el propio procedimiento de coordinación de parentalidad, junto con las funciones y competencias propias del profesional de la coordinación de parentalidad para así, delimitar la coordinación parental y no confundirla con otros métodos resolutivos de conflictos o con otros roles profesionales. Se hace indispensable dotar a esta figura de la relevancia necesaria para articular una justicia de calidad y que el coordinador de parentalidad –con un alto nivel de formación especializada– se encuentre a disposición de todos los ciudadanos dentro del territorio español.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMATO, P. R., «The consequences of divorce for adults and children». *Journal of Marriage and the Family*, n.º 62, 2000, pp. 1269-1287.
- ARIAS, F. y BERMEJO, N., «La coordinación de parentalidad y la toma de decisiones», en *Revista de Mediación*, 2019, 12, 1 e4, pp. 1-11.
- American Psychological Association, «Guidelines for the practice of parenting coordination», *The American Psychologist*, 67 (1), 2012, pp. 63-71.
- Association of Family Conciliation Courts (AFCC), «Task Force on Parenting Coordination. Parenting coordination: Implementation issues», *Family Court Review*, 41, 2003, pp. 53-364 (<https://www.afcnet.org>).

43. CAMPO IZQUIERDO, A., «Dudas sobre el coordinador de parentalidad», *El Derecho, Tribuna*, diciembre de 2018, disponible en <https://elderecho.com/dudas-sobre-el-coordinador-de-parentalidad>, última consulta [14/02/2022].

44. LAUROBA LACASA, E., «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?», *Indret: Revista para el análisis del derecho*, octubre 2018, Barcelona, pp. 1-68, p. 35, <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1417.pdf> [última consulta 15/01/2022].

- «Task Force on Parenting Coordination. Guidelines for parenting coordination» *Family Court Review*, 44, 2005, pp. 162-181 (<https://www.afccnet.org>).
- «Task Force on Parenting Coordination. Guidelines for parenting coordination», 2019, pp. 1-20 (<https://www.afccnet.org/>).
- AVELLIDO ROS, M., CARRASCO RUBIO, L., GUITART SABATER, E. y SACASAS ASENSI, M., *La coordinación de parentalidad. Cuando las familias ya no saben qué hacer*, Huygens, Barcelona, 2015.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BERNAL SAMPER, T., *La mediación, una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Madrid, 2008.
- CAMPO IZQUIERDO, A., «Dudas sobre el coordinador de parentalidad», *El Derecho, Tribuna*, diciembre de 2018, (<https://www.elderecho.com>).
- CANTÓN DUARTE, J., CORTÉS ARBOLEDA, M.^a R, JUSTICIA DÍAZ M.^a D., «Las consecuencias del divorcio en los hijos». *Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 2, n.º 3, 2002, pp. 47-66.
- CAPDEVILA BROPHY, C., «La figura del coordinador de parentalidad en las separaciones altamente conflictivas», Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, Sección: Psinotes, 2013, disponible en http://www.psiara.cat/view_article.asp?id=4363.
- CAPDEVILA BROPHY, C. y WILHELM WAINSZTEIN, J., «Especialización en coordinación de (co)parentalidad: ¿cuáles son las competencias necesarias para ejercer?», *Revista de Mediación*, 2019, 12, 1, e2, pp. 1-10.
- CARTER, D., *Parenting Coordination. A practical Guide for Family Law Professionals*. Nueva York: Springer Publishing Company, LLC, 2011.
- D'ABATE, D., «Parenting Coordination: A new service for high conflict divorcing families. Intervention», núm. 122, 2005, pp. 1-9. (<http://www.adrmaremma.it/english/dabate01.pdf>).
- FARIÑA RIVERA, F. y OTERO OTERO, B., «La satisfacción de las personas mediadas con el procedimiento de mediación intrajudicial». *Revista de Mediación*, 2021, 14 (2), e5, pp. 1-10.
- FARTO PIAY, T., «El coordinador de parentalidad en los procesos contenciosos de familia: su integración en el sistema de justicia», *Diario La Ley*, núm. 9696, 2020, pp. 1-13 (<http://laleydigital.laley.es>).

- FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., «El mediador», en PILLADO GONZÁLEZ, E. y FARIÑA RIVERA, F. (Coord.) *Mediación Familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 95-131.
- GARCÍA-HERRERA, A, «Hacia una justicia eficiente: la figura del coordinador de parentalidad en las crisis de familia», *Boletín Mediando*, n.º 28, Sección de Mediación del ICAV, 2018, pp. 2-10 (<http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/1433.pdf>).
- GONZÁLEZ DEL POZO, P., «El coordinador de parentalidad: una figura esperanzadora para la pacificación de los conflictos parentales de alta intensidad», *Revista de Derecho de Familia El Derecho*, 8 de febrero de 2019, núm. 71, pp. 1-19 (<https://www.elderecho.com>).
- GONZÁLEZ PILLADO, E., «Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica», en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- LAUROBA LACASA, E., «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?», *Indret: Revista para el análisis del derecho*, octubre 2018, Barcelona, pp. 1-68. (<https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1417.pdf>).
- MARTINÓN SÁNCHEZ, J.M., FARIÑA RIVERA, F., CORRÁS VÁZQUEZ, T., SEIJO MARTÍNEZ, D., SOUTO GESTAL, A. y NOVO PÉREZ, M., «Impacto de la ruptura de los progenitores en el estado de salud física de los hijos», *European Journal of Education and Psychology*, n.º 10, 2017.
- «Memoria de la experiencia piloto del Servicio de Coordinación de Parentalidad en el partido Judicial de Sabadell», 2014 (https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/06/memoria-programa-de-coordinadic3b3n-de-parentalidad-logos_media.pdf).
- OTERO OTERO, B., *La mediación intrajudicial en los supuestos de ruptura de pareja*, La Ley, 2021.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., «El reto de la mediación en el panorama internacional», en ROMERO NAVARRO, F. (Coord.), *La mediación. Una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Consejería de Presidencia y Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005.
- PÉREZ VALLEJO, A. M.^a «Servicios o programas de ADR conectados a los tribunales: la mediación intrajudicial y la coordinación de parentalidad» en PILLADO GONZÁLEZ, E. (Dir.) y NORIEGA RODRÍGUEZ,

- L. (Coord.) *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica*, Ed. Bosch Wolters Kluwer, 2020, pp. 407-432.
- ROSALES ÁLAMO, M., FERNÁNDEZ ALAYA, R. y FARIÑA RIVERA, F., *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, Adavira Editora, Santiago de Compostela, 2019.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R., «La mediación reparadora en el proceso penal reflexión a partir de una experiencia», en SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coords.) *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2007, pp. 35-86.
- SEIJO MARTÍNEZ, D., NOVO PÉREZ, M., CARRACEDO CORTIÑAS, S., y FARIÑA RIVERA, F., «Efectos de la ruptura de los progenitores en la salud física y psicoemocional de los hijos». *Revista Galega de Cooperación Científica Iberoamericana*, n.º 19, 2010, pp. 16-21.
- TERRATS RUIZ, G. y CARMONA i ALGUERÓ, A., «Características del rol de coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones», en *Revista de Mediación*, 2019, 1, e5, pp. 1-8.

Capítulo XXV

Promoción de la autonomía personal infantil en España, 15 años después de la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia

BREOGÁN RIOBÓO-LOIS

Contratado predoctoral FPU20/06120 del Ministerio de Universidades. Grupo de estudios en Trabajo Social: Investigación e Transferencia (GETS-IT), Universidad de Vigo

CARMEN VERDE-DIEGO

Profesora Titular de Trabajo Social. Grupo de estudios en Trabajo Social: Investigación e Transferencia (GETS-IT), Universidad de Vigo

RUBÉN GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ

Profesor Contratado Doctor de Trabajo Social. Grupo de estudios en Trabajo Social: Investigación e Transferencia (GETS-IT), Universidad de Vigo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Evolución de los modelos de comprensión de la discapacidad.* 2. *Importancia del Movimiento de Vida Independiente.* 2.1. *Origen y primeros pasos del Movimiento de Vida Independiente.* 2.2. *Evolución en España: el Foro de Vida Independiente y Divertad.* 3. *Evolución legislativa en el ámbito de la diversidad funcional (discapacidad) en España.* 4. *Asistencia personal e*

interés superior del menor. II. METODOLOGÍA. III. RESULTADOS.
IV. CONCLUSIÓN. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

1. EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS DE COMPRENSIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Tradicionalmente, las personas con diversidad funcional (discapacidad) han sido marginadas en diferentes contextos socioeconómicos y sociohistóricos¹. El colectivo se ha tenido que enfrentar a múltiples vicisitudes, donde la discriminación y la marginación han sido la tónica habitual, aunque no constituyen las situaciones más graves de las padecidas, pues en ciertas épocas incluso se han visto perseguidas para su eliminación literal².

A lo largo de la historia se han ido sucediendo diferentes modelos de comprensión de la discapacidad, mediante los cuales podemos vislumbrar la evolución de su situación y, por ende, el bienestar y calidad de vida de las personas con diversidad funcional. Múltiples autoras y autores³ coinciden en señalar tres principales modelos de comprensión de la discapacidad.

Originariamente, en la Antigüedad, se identifica el *modelo de prescindencia* que vincula de forma directa la discapacidad con aspectos y

1. GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., GANDOY, M., y VERDE-DIEGO, C., «Aproximación al servicio de asistencia personal y su implantación en España. Perfil del beneficiario de la prestación en Galicia», *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, n.º 21, 2014, pp. 119-141.
2. SARQUIS, L., «Deconstruir para construir. Personas con discapacidad mental o psicosocial y el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos», *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 18, 2018, pp. 138-165.
3. CAMPELLO, L., y TUBÍO, J. M., Proxecto piloto de asistencia persoal. Estudo e avaliación. Confederación Galega de Persoas con Discapacidade, Santiago de Compostela, 2008; CARBONELL, G. J., «El asistente personal para una vida independiente: una figura en construcción», *Revista de Derecho UNED*, vol. 21, 2017, pp. 187-216; CUENCA, N., *Asistencia personal: clave para la vida independiente*, Universidad de Jaén, Centro de Estudios de Posgrado, Jaén, 2017; DE LORENZO, R., *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2018; IÁÑEZ, A., «Exclusión y diversidad funcional. Una propuesta de intervención social basada en el modelo de vida independiente», *Revista de la Facultad de Trabajo Social*, n.º 26, 2010, pp. 120-141; PÉREZ, L. C., y ÁLVAREZ, G., «Sustrato Social», en DE LORENZO, R., y PÉREZ, L. C. (Dir.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 95-137; PUYALTO, C., *La vida independiente de las personas con discapacidad intelectual. Análisis de los apoyos y las barreras que inciden en la consecución de sus proyectos de vida*, Universitat de Girona, Girona, 2016; SARQUIS, L., *op. cit.*

consecuencias negativas provenientes de un aparente origen religioso. De tal modo que la discapacidad se identifica con los temidos castigos divinos que imponían defectos o taras a las personas que no seguían las doctrinas eclesiásticas. A consecuencia de esta percepción, las personas con algún tipo de diversidad funcional se veían abocadas, de forma casi exclusiva, a sumirse en el mundo de la mendicidad y la clandestinidad. Más adelante, ya adentrada la Edad Media, la situación de este colectivo no había cambiado especialmente, pues seguían siendo marginadas, discriminadas, perseguidas o debían vivir escondidas, por voluntad propia para evitar males peores, o contra su propia voluntad para evitar el *sonrojo* a sus familias. En el interior del modelo de prescindencia se llegan a constatar dos submodelos diferenciados: por un lado, el *submodelo de la marginación*, asociado con el trato que, históricamente, ha recibido el colectivo; y, por otro lado, el *submodelo eugenésico*, bajo el cual se procedería a la eliminación de las personas con algún tipo de discapacidad hasta llegar a su exterminio.

Hasta la llegada de la Edad Moderna no se produjeron grandes avances en la comprensión de la discapacidad. En esta época vio la luz el llamado *modelo médico-rehabilitador*, *modelo rehabilitador* o *modelo individual*, según quien lo clasifique. Con la aparición de esta nueva perspectiva se desvanece la relación causa-efecto entre la discapacidad y la religión, si bien se sustituye por el conocimiento médico técnico. Por consiguiente, se transfiere la responsabilidad de la determinación de la existencia de una discapacidad desde los sacerdotes hacia el personal facultativo, transitando desde las causas religiosas a las causas científicas y situando el problema en la persona con diversidad funcional. Además, el objetivo que pretende alcanzarse es el de la reparación, el devolver a una persona las capacidades y la funcionalidad que se le presupone a cualquier persona que no tenga una discapacidad, según un supuesto patrón o parámetro de normalidad aceptado en una sociedad y contexto histórico concretos. La naturaleza de este modelo, con una carga esencialmente médica, genera la identificación de la diversidad funcional como si de una enfermedad se tratase, tratando de buscar soluciones para su cura y sanación total. Sin embargo, la propia complejidad y diversidad dentro del propio ámbito de la discapacidad provocó que el personal facultativo se decantase, mayoritariamente, por la institucionalización de estas personas, a la espera de llegar a conseguir su curación y para mantener un control más cercano y extenso sobre su día a día. Este fenómeno se extendió rápidamente alrededor de todo el planeta y persiste, muy mayoritariamente, hoy en día en una gran cantidad de países.

Finalmente, el tercero de los modelos es el *modelo social*, cuya aparición suele situarse en la segunda mitad del siglo XX, especialmente a partir de las décadas de los años 60 y los años 70 del mismo. Al contrario de las

épocas y los modelos previos, el modelo social busca romper la asociación histórica de la discapacidad a una imagen y a unas connotaciones negativas. En este momento, la discapacidad deja de ser vista como una enfermedad al identificar que se configura como un conjunto de condiciones originadas en el entorno social, por lo que se han de proveer oportunidades buscando garantizar la integración de las personas con discapacidad en la sociedad⁴. Por lo tanto, las causas de la discapacidad son sociales, en tanto en cuanto es la sociedad la que no tiene presentes, ni considera relevantes, las necesidades de la diversidad humana para amoldarse y favorecer la igualdad para la participación social y comunitaria. De algún modo, la sociedad ha venido excluyendo a las personas con diversidad funcional al no considerar que realizan contribuciones y aportaciones de gran calado a la sociedad, al igual que muchas otras personas. Sin embargo, su aportación se verá potenciada o limitada según el grado de inclusión que la sociedad provea y en función de la aceptación social de la diferencia como un elemento enriquecedor de la convivencia y el bienestar social.

Más allá de estas tres típicas concepciones respecto a la comprensión de la discapacidad, a comienzos del siglo XXI surge una nueva forma de percibirla y concebirla. El nuevo siglo viene acompañado del llamado *modelo de la diversidad* y, aunque no tanto como los tres anteriores, genera cierto consenso hacia su reconocimiento y avanza paulatina y muy especialmente en España⁵. Desde esta nueva perspectiva se pretende responder a las carencias detectadas en el modelo social, tras haber sido contrastadas en la práctica diaria, en el desarrollo e implementación de las políticas públicas dirigidas a la protección social de las personas con discapacidad. Además, constituye un avance de gran magnitud en cuanto a la comprensión de la propia discapacidad, hasta el punto de configurarse como un nuevo paradigma⁶ y romper las dicotomías previas del ellas-nosotras,

4. CAMPELLO, L., y TUBÍO, J. M., *op. cit.*

5. ARTIAGA, A., *Producción política de los cuidados y de la dependencia: políticas públicas y experiencias de organización social de los cuidados*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015; CARBONELL, G. J., *La figura del asistente personal en el Movimiento de Vida Independiente: la experiencia en la Comunidad Valenciana*, UNED, Madrid, 2018a; CUENCA, N., *op. cit.*; MUYOR, J., y MINGUELA, M. A., «Cuidados, vida independiente y diversidad funcional: análisis teórico y vinculaciones prácticas», *Revista de Treball Social*, n.º 216, 2019, pp. 29-47; PALACIOS, A., y ROMANACH, J., «El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)», *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol. 2, n.º 2, 2008, pp. 37-47; PRIETO, J. M., DE LA ROSA, P., e IZQUIETA, J. L., «Asistencia personal y discapacidad intelectual: un servicio para la inclusión social», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 7, n.º II, 2019, pp. 7-27.

6. HUETE, A., y QUEZADA, M. Y., «Análisis de Retorno Social de la Inversión en dos sistemas de apoyo a personas con gran discapacidad: asistencia personal y servicio

personas con discapacidad-personas sin discapacidad, dependientes-independientes o persona cuidadora-persona asistida. Frente a estas dicotomías emergen las relaciones de interdependencia como un elemento central del modelo⁷.

Asimismo, la preponderancia de la interdependencia viene acompañada por un importante cambio terminológico, pues no es baladí la forma que una sociedad tiene de nombrar o de dirigirse a alguien⁸, ya que el lenguaje empleado crea connotaciones que traspasan los diferentes ámbitos y que facilitan la conformación de formas de pensar que se extienden y se reproducen generación tras generación. En consecuencia, desde este nuevo modelo se defiende la utilización del concepto de diversidad funcional frente al de discapacidad. De este modo, se camina hacia una mayor neutralidad valorativa, avanzando en la des-estigmatización y la eliminación de etiquetas, ya que:

(...) diversidad hace referencia a la diferencia entre unas personas y otras, mientras que la funcionalidad hace referencia a la capacidad de actuar de los seres, distinguiendo entre diferencia orgánica (antes deficiencia) y diversidad funcional (antes discapacidad). El nuevo modelo de la diversidad da un paso más allá del modelo social al construirse sobre el valor de la diversidad y asumiendo la dignidad humana universal como elemento clave de participación y aceptación social⁹.

Así pues, la localización del problema se enmarca definitivamente, como ya se iniciaba con el modelo social, en el entorno y la comunidad

residencial. Un estudio de caso», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 2, n.º I, 2014, pp. 51-69.

7. APARICIO, M., y RODRÍGUEZ, S., «Ética, trabajo social y derecho a la accesibilidad», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 8, n.º I, 2020, pp. 25-41; ARTIAGA, A., *op. cit.*; COMAS-D'ARGEMIR, D., «Cuidados y derechos. El avance hacia la democratización de los cuidados», *Cuadernos de Antropología Social*, n.º 49, 2019, pp. 13-29; GUZMÁN, F., TOBOSO, M., y ROMANACH, J., «Fundamentos éticos para la promoción de la autonomía: hacia una ética de la interdependencia», *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, n.º 17, 2010, pp. 45-61; VENTURIELLO, M. P., GÓMEZ-BUENO, C., y MARTÍN-PALOMO, M. T., «Entramados de interdependencias, cuidados y autonomía en situaciones de diversidad funcional», *Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research*, n.º 2, 2020, pp. 1-18.
8. GÓMEZ, N., y ARROYO, J., «Oficinas de Vida Independiente», *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, vol. 7, n.º 1, 2013, pp. 79-92; GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., «Discapacidad vs Dependencia. Terminología diferencial y procedimiento para su reconocimiento», *Index de Enfermería*, vol. 26, n.º 3, 2017, pp. 170-174; LOZANO, A., ALARIO, R., y ROBLES, E., «La asistencia personal: un servicio clave para el desarrollo de la vida independiente y la inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad», *Actas de Coordinación Sociosanitaria*, n.º 27, 2020, pp. 45-75.
9. CARBONELL, G. J., 2018a, *op. cit.*, p. 97.

donde se desarrollan las personas y no en éstas, como sujetos individuales incompletos. Igualmente, se enfatiza en la condición de ciudadanía de todas las personas con diversidad funcional, que se configuran como sujetos titulares de derechos, cuyos proyectos de vida son igual de importantes que los de cualquier otra persona.

Sin embargo, aunque todas las personas tengan los mismos derechos, no todas podrán ejercerlos de la misma forma, un aspecto que se agudiza dentro del propio colectivo de personas con diversidad funcional¹⁰. No obstante, los diferentes modelos de comprensión de la discapacidad no se han conformado como compartimentos estancos, inmutables y circunscritos a un entorno y una época concreta. Muy al contrario, los diferentes modelos que hemos presentado se asientan, todos ellos, a lo largo de la evolución histórica de la comprensión de la discapacidad, pero sin llegar a desaparecer los más tradicionales ante la emergencia de los nuevos paradigmas. Por consiguiente, en el día a día de las sociedades contemporáneas pueden identificarse diferentes pautas, patrones e incluso políticas públicas que parten desde posicionamientos diferentes y, como queda patente por su naturaleza, de modelos contradictorios y autoexcluyentes. Por lo tanto, no deben extrañar las reminiscencias del modelo de prescindencia¹¹, ni tampoco el imperio del modelo médico-rehabilitador en los sistemas educativos¹²; a fin de cuentas, existen incoherencias prácticamente inapreciables¹³, pero que demuestran el arraigo de modelos que hoy deberían de ser pretéritos y estar extintos.

2. IMPORTANCIA DEL MOVIMIENTO DE VIDA INDEPENDIENTE

Sin lugar a dudas, la evolución que se ha ido produciendo respecto a los distintos modelos de comprensión de la discapacidad quedaría incompleta si no hiciésemos mención a la continua lucha que las personas con diversidad funcional han mantenido a lo largo de la historia. Una batalla que ha sido tanto individual como colectiva, entorno a las organizaciones y entidades que les han venido reconociendo su propio espacio y

10. GARCÍA, E., «La asistencia personalizada a la dependencia», *Interticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol. 9, n.º 2, 2015, pp. 315-324.

11. CARBONELL, G. J., «El movimiento de vida independiente en España», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 7, n.º II, 2019, pp. 201-214.

12. CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2019*, Madrid, 2020; GONZÁLEZ, L., «Acheegas sobre o colectivo de persoas xordas para unha intervención sociocultural en traballo social», *Revista Galega de Traballo Social – Fervenzas*, n.º 22, 2020, pp. 83-102.

13. PALACIOS, A., y ROMANACH, J., 2008, *op. cit.*

facilitando que su voz fuese escuchada y respetada como la de cualquier otra persona.

Entre esas organizaciones, han tenido un papel importante las constituidas por familiares y por otras personas para representar a las personas con diversidad funcional ante las distintas administraciones y organismos. Sin embargo, el principal germen de la transformación en la concepción de los modelos de comprensión de la discapacidad viene de la mano de la filosofía de vida independiente, proveniente de las propias personas con diversidad funcional y las entidades y organizaciones constituidas por ellas mismas.

2.1. Origen y primeros pasos del Movimiento de Vida Independiente

Generalmente, se asocia el surgimiento del Movimiento de Vida Independiente (MVI) con los actos de Edward Verne Roberts en la Universidad de Berkeley, en Estados Unidos, en torno al año 1962¹⁴. Por aquel entonces, la institución no contaba con las indispensables medidas de accesibilidad, por lo que Ed Roberts decidió emplear las ayudas al estudio que le correspondían en la contratación de diferentes compañeros que pasaron a ser sus asistentes personales. Además, consiguió que la universidad le permitiese instalarse en la enfermería del centro, disponiendo de un espacio mínimamente adaptado a sus necesidades. Desde ese momento las demandas de las personas con diversidad funcional estuvieron presentes, especialmente, en las decisiones de esta universidad. De este modo, se constata como, años después del camino iniciado por Ed Roberts, hasta siete personas con discapacidad pudieron llevar a cabo sus estudios en la misma institución, hasta que en el año 1970 se inaugurase un programa concreto dirigido a alumnado con diversidad funcional.

14. ARNAU, S., *Estudios críticos de y desde la diversidad funcional*, UNED, Madrid, 2019; CANO, N., *Asistencia personal y Oficina de Vida Independiente de Andalucía: una necesidad no cubierta*, Universidad de Jaén, Jaén, 2014; CARBONELL, G. J., 2017, 2018a, 2019, *op. cit.*, «Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional», *Trabajo Social Hoy*, n.º 83, 2018b, pp. 85-104; CUENCA, N., *op. cit.*; GÓMEZ, N., y ARROYO, J., *op. cit.*; GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R. et al., *op. cit.*; IÁÑEZ, A., *op. cit.*; LÓPEZ-PÉREZ, M., y RUIZ, S., «Asistencia personal: herramienta para una vida independiente. Situación actual», *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 59, 2013, pp. 1-33; PALACIOS, A., «Perspectiva de discapacidad y derechos humanos en el contexto de una educación superior inclusiva», *Pensar. Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 24, n.º 4, 2019, pp. 1-13; PALACIOS, A., y ROMANACH, J., *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Ediciones Diversitas-AIES, A Coruña, 2006.

El recién constituido MVI inició su expansión paulatinamente, extendiéndose a diferentes partes del mundo según las conexiones que se iban estableciendo por aquel entonces, apoyado, además, en la reciente aparición del modelo social, más favorable a los posicionamientos de esta corriente. Naturalmente, teniendo en cuenta el aspecto territorial, la expansión comenzó por la vecina Canadá y las conexiones lingüísticas favorecieron el salto a través del océano Atlántico hasta el Reino Unido, de la mano de diferentes colectivos de personas con diversidad funcional. La simpatía con el MVI de las personas con discapacidad del resto del mundo fue tan grande, que esos colectivos británicos habían decidido conocerlo de primera mano en los Estados Unidos, lo que favoreció la interiorización de su filosofía desde los primeros momentos.

Acto seguido, la expansión por Europa continuó, especialmente, por los países nórdicos, de tal forma que en Suecia a finales de los años 70 del siglo pasado empezó a prestarse un servicio de asistencia personal dirigido a la juventud con diversidad funcional. Con todo, no sería hasta los años 90 cuando comenzarían a asentarse en las diferentes legislaciones nacionales normas y leyes dirigidas a proteger y favorecer el acceso de las personas con diversidad funcional a la asistencia personal, como herramienta paradigmática para el desarrollo de una vida independiente, al hilo de los posicionamientos defendidos por esta filosofía. No parece baladí el hecho de que en el año 1989 se constituyese la *European Network on Independent Living* (ENIL), una red inicialmente compuesta por unas 80 personas de hasta 14 países europeos diferentes¹⁵.

Con el tiempo, el MVI iba progresivamente asentándose, como un movimiento no-violento que ejercía, y continúa ejerciendo, sus influencias en la esfera pública de cada vez más gobiernos nacionales. Por otra parte, sus posicionamientos se iban anticipando a los nuevos enfoques de los cuidados o la atención y/o de los apoyos para las personas con diversidad funcional¹⁶, de tal modo que abrían camino a nuevas conquistas de derechos y a un mayor bienestar y una mayor calidad de vida de todo el colectivo.

Por lo tanto, sin lugar a duda, el MVI bebe del enfoque de los derechos humanos, puesto que asumen que éstos han de ser accesibles en igualdad de condiciones para cualquier persona. Sin embargo, no basta sólo con el acceso a estos derechos, sino que la filosofía de vida independiente también exige la garantía del disfrute en igualdad de todos y cada uno de los derechos humanos establecidos. El posicionamiento colectivo de

15. CUENCA, N., *op. cit.*

16. ARNAU, S., *op. cit.*

las personas con diversidad funcional ante esta situación es claro y decidido, especialmente con el modelo de la diversidad, que entiende que la discriminación por razón de discapacidad es una cuestión de derechos humanos que sistemáticamente son violados¹⁷.

En consecuencia, las personas con diversidad funcional organizadas alrededor de los múltiples colectivos que se guían por la filosofía de vida independiente han venido exigiendo políticas públicas, en sus respectivos países, encaminadas a favorecer la vida independiente de las personas y a promocionar su autonomía personal. Para conseguir dichos objetivos, la figura de la asistencia personal se ha convertido, desde los inicios del MVI, en instrumento imprescindible para garantizar el acceso en igualdad de condiciones tanto a los derechos humanos como a su disfrute real y efectivo.

2.2. Evolución en España: el Foro de Vida Independiente y Divertad

Como era de esperar, la constante expansión de la filosofía de vida independiente también propició la llegada del movimiento, del mismo nombre, hasta España. El impulso definitivo para que esta filosofía arraigara entre la población española con discapacidad fue la creación del Foro de Vida Independiente y Divertad, durante el año 2001.

Para entonces, el MVI llevaba varias décadas de expansión y consolidación por Europa. Sin embargo, su llegada a España propició no solo un salto cuantitativo, sino que generó un gran paso a nivel cualitativo. El cambio se cimentó, como no podía ser de otro modo, sobre el enfoque de los derechos humanos y, muy especialmente, sobre la base de dos conceptos: la dignidad de toda persona por el hecho de serla, y la libertad de cada una de ellas para vivir y decidir sobre sus propias vidas. Consecuentemente, es de la unión de ambos conceptos de donde emerge la palabra «divertad», que pone el foco de esta organización en la lucha por hacer realizar el ejercicio de ambos conceptos para las personas que, tradicionalmente, han venido siendo discriminadas por razón de discapacidad.

17. CERMI, *op. cit.*; DÍAZ, E., *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España. Un estudio sobre la desigualdad por razón de discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2017; LÓPEZ-PÉREZ, M., y RUIZ, S., «Desde el Movimiento de Vida Independiente hasta la asistencia personal: los derechos de las personas con diversidad funcional», *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 19, n.º 2, 2020, pp. 67-84; MUYOR, J., «La figura del asistente personal en Trabajo Social: ¿es asunto nuestro?», en HIDALGO, A. (Coord.), *Trabajo Social en defensa de la asistencia personal. Reflexiones y sugerencias. Sobre el ejercicio profesional del trabajador social*, Netbiblo, Oleiros, 2012, pp. 73-103; PALACIOS, A., y ROMANACH, J., 2008, *op. cit.*

En pocas palabras, la aparición del modelo de la diversidad sería posible sin las aportaciones individuales y colectivas provenientes de quienes integran el Foro de Vida Independiente y Divertad. Dicho de otro modo, fue este colectivo el que acuñó y posicionó el concepto de «diversidad funcional» en el ámbito de la discapacidad y, quien lo continúa empleando con el objetivo de generar otras formas de entender la discapacidad, desde prismas más positivos, poniendo el foco en las potencialidades que toda persona tiene y en el acceso y el ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos que a cada una le corresponden¹⁸.

Desde su constitución, esta comunidad ha funcionado sin presupuesto y sin la vocación de prestar servicios, sino como mero espacio de reflexión ideológica sobre todos aquellos elementos relacionados con la visibilización de las personas con diversidad funcional, la discriminación que vienen padeciendo y los recursos sociales con los que podrían disfrutar de sus propios proyectos vitales¹⁹.

Paulatinamente, la organización ha venido siendo parte del debate público en torno a la diversidad funcional en España, exponiendo sus demandas ante el Congreso de los Diputados y participando y generando una red, cada vez más amplia, de colaboraciones a nivel nacional e internacional. Respecto a esta cuestión, la comunidad participa como miembro de la propia ENIL y vela por el cumplimiento de la normativa internacional y nacional en materia de derechos humanos en relación a las personas con diversidad funcional. Para ello, prestan una especial atención a todo lo recogido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)²⁰ ratificada, entre otros países, por España.

En línea con las reivindicaciones a nivel europeo e internacional, también se apuesta por la asistencia personal como herramienta paradigmática para el desarrollo de una vida independiente y autónoma por parte de las personas con diversidad funcional.

3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL ÁMBITO DE LA DIVERSIDAD FUNCIONAL (DISCAPACIDAD) EN ESPAÑA

Al igual que los modelos de comprensión de la discapacidad han ido evolucionando a lo largo del tiempo, también lo ha hecho la legislación

18. CARBONELL, G. J., 2018a, 2019, *op. cit.*

19. MUYOR, J., «Nuevos significados de la discapacidad: de la igualdad de capacidades a la igualdad de derechos», *Acciones e Investigaciones Sociales*, n.º 39, 2019, pp. 33-55.

20. ONU., *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Nueva York, 2006.

reguladora de todas aquellas cuestiones relacionadas con el ámbito de la discapacidad y con las personas con diversidad funcional.

Al trazar el recorrido legislativo español, referido al ámbito de la diversidad funcional, ha de acudirse en primer lugar a la Constitución Española de 1978. Como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, establece las pautas a seguir por los poderes públicos respecto a las principales necesidades de la ciudadanía con la mirada puesta en la cohesión social. Para ello, el artículo 49 CE²¹ impone a los poderes públicos la puesta en práctica de una política de previsión, de tratamiento y de rehabilitación e integración de las personas con diversidad funcional. Sin embargo, el lenguaje empleado dista mucho de ser el más respetuoso con este colectivo, despojándolo de su dignidad individual y colectiva y situándolo en un supuesto rango inferior al resto de las personas al nombrarlas como «disminuidas».

Si anteriormente se ha hablado de las reminiscencias de algunos modelos de comprensión de la discapacidad presentes en la actualidad, lo mismo cabe hacer con la legislación. Aunque se ha intentado en alguna ocasión, incluso muy recientemente, hasta el momento aún no ha sido posible llevar a cabo la modificación constitucional del articulado de la norma suprema simplemente para adaptar el lenguaje y hacerlo más inclusivo y respetuoso, especialmente, para con las personas con diversidad funcional. En este sentido, diferentes organizaciones, entidades y sectores representativos del ámbito de la diversidad funcional continúan con su lucha promoviendo dicha reforma constitucional.

Respecto a la propia protección constitucional que se les brinda a estas personas, cabe destacar el carácter programático, informador y de mandato o compromiso hacia los poderes públicos. Tal es así que se puede concluir que: los poderes públicos son los destinatarios de las obligaciones derivadas del artículo 49 CE, siendo el colectivo beneficiado el de la totalidad de las personas con diversidad funcional, sea esta física, sensorial o psíquica; su alcance se percibe por las acciones que buscan garantizar su protección integral mediante una atención especializada; y han de facilitar el disfrute en igualdad con el resto de la ciudadanía de los derechos recogidos en el texto normativo en su conjunto²².

Posteriormente, se promulgó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos²³ (LISMI). Con su aprobación se buscaba regular los apoyos y la atención a las personas con diversidad funcional

21. BOE, n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

22. DE LORENZO, R., *op. cit.*

23. BOE, n.º 103, de 30 de abril de 1982.

reconociendo la obligación de los poderes públicos de tratarlas como al resto de personas. Probablemente, esta norma tenía buenas intenciones en la incipiente democracia española, incorporando medidas iniciales de igualdad y libertad que la Constitución Española establecía. Sin embargo, su desarrollo en la práctica fue bastante estéril, sin apenas influencia en el bienestar de las personas con diversidad funcional. Esta situación no empezó a cambiar hasta llegado el siglo XXI, de la mano de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal²⁴ (LIONDAU).

Conviene subrayar que fue precisamente la LIONDAU la que buscó proteger, explícitamente, el ejercicio de tres derechos reconocidos por la propia Constitución Española. Por un lado, el artículo 9.2 CE²⁵ sobre la igualdad material y la participación; por otra parte, el artículo 10 CE²⁶ sobre la dignidad de la persona; y finalmente, el artículo 14 CE²⁷ sobre igualdad de oportunidades y no discriminación. De este modo, la legislación española desarrollaba la igualdad y anticipaba, también, la orientación y los principios de la CDPD que vería la luz tres años después. Al mismo tiempo, la LIONDAU abría la puerta de par en par al modelo social de comprensión de la discapacidad, al tratar de actuar de forma directa sobre los obstáculos, las dificultades y las barreras presentes en el entorno social y relacional, huyendo del carácter prestacional de la LISMI. Por consiguiente, los poderes públicos entendieron que era la sociedad quien debía actuar en consecuencia y tener en consideración las necesidades de todas las personas, buscando así garantizar el disfrute de los derechos fundamentales a cualquier persona con independencia de sus circunstancias personales. Para ello, la LIONDAU se sustentaba en dos estrategias claramente definidas: la accesibilidad universal y la lucha contra la discriminación, si bien es cierto que su aplicación real se ha ido, paulatinamente, postergando en múltiples ocasiones respecto a ciertos aspectos, concediendo prórrogas en los diferentes plazos previstos. De ahí que desde el propio colectivo de personas con diversidad funcional se entiende que se ha venido consintiendo que lo ilegal se convirtiese en la norma.

Igualmente, continuando con esa senda iniciada por la LIONDAU de una legislación con una perspectiva más social, cabe destacar la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las

24. BOE, n.º 289, de 3 de diciembre de 2003.

25. BOE, n.º 311, *op. cit.*

26. *Ibidem.*

27. *Ibidem.*

personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas²⁸. Entre ambas normas, como se ha mencionado con anterioridad, se aprobaba la CDPD, ratificada por España en el año 2008 y que derivó en la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁹. Particularmente, esta norma inició el proceso de reformulación legislativa de cara a cumplir con el articulado de la CDPD y posibilitar el cumplimiento de los múltiples compromisos adquiridos con el colectivo de personas con diversidad funcional tras su ratificación e incorporación al ordenamiento jurídico interno.

Con el paso del tiempo, la diversa producción normativa española, con textos contradictorios desde el punto de vista de los modelos de comprensión de la discapacidad, dio paso a la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social³⁰ (TRLGD). Mediante este texto normativo, el legislador unifica, regulariza, aclara y armoniza la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad³¹, atendiendo a una demanda del propio colectivo de personas con diversidad funcional.

Como resultado de dicha armonización, se consagra una mayor seguridad jurídica para las personas con discapacidad, pasando a ser sujetos titulares de derechos, y no de tratamiento, obligando a los poderes públicos a garantizar un ejercicio pleno y efectivo de sus derechos. Por otra parte, se insiste en el reconocimiento de los mismos derechos que al resto de personas, así como en la necesidad de disponer de las medidas necesarias que puedan asegurar el acceso y el disfrute de dichos derechos en igualdad de condiciones³².

No obstante todo lo anterior, con la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia³³, en adelante LEPA³⁴, se produjo un

28. BOE, n.º 255, de 24 de octubre de 2007.

29. BOE, n.º 184, de 2 de agosto de 2011.

30. BOE, n.º 289, de 3 de diciembre de 2013.

31. BOE, n.º 310, de 27 de diciembre de 2007.

32. DE LORENZO, R., *op. cit.*

33. BOE, n.º 299, de 15 de diciembre de 2006.

34. BLANCO, M., et al., *Asistencia personal: una inversión en derechos; una inversión eficiente en empleo*. Foro de Vida Independiente y Divertad, Madrid, 2009; PUYALTO, C., *op. cit.*; RODRÍGUEZ-PICAVEA, A., «Reflexiones en torno a la figura del asistente

significativo avance legislativo en materia de diversidad funcional, pues se trata de uno de los colectivos principales a acudir a dicho texto normativo en busca de recursos y respuestas para sus necesidades. Ante todo, esta norma facilitó una necesaria unificación terminológica, recogida más adelante por el TRLGD, y procedió a conceder una mayor importancia a los deseos y preferencias de las personas a través del reconocimiento de sus proyectos de vida, para lo cual incidió, desde su propio título, en el fomento y la promoción de la autonomía personal. Además, no sólo se quedó ahí, sino que reconoció el derecho subjetivo a la autonomía y la protección ante situaciones de dependencia:

«(...) un estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»³⁵.

Por lo tanto, la LEPA vino a proveer las necesidades, o al menos una parte de éstas, de un colectivo que hasta entonces sólo disponía de la atención dispensada por el Sistema de Salud que, generalmente, era insuficiente o llegaba a destiempo, teniendo que recurrir en numerosas ocasiones al sector privado para satisfacer la cobertura de dichas necesidades³⁶. En cambio, la LEPA dotaba de condición de exigibilidad a un derecho subjetivo completando, a nuestro juicio, la transformación desde una legislación inspirada por un modelo de corte más médico-rehabilitador, hacia una legislación orientada por los principios del modelo social de comprensión de la discapacidad.

El principal instrumento que pone en funcionamiento la LEPA es el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), dentro del cual se incluyen una serie de prestaciones y servicios. Dado que el presente trabajo se centra en la figura de la asistencia personal, cabe decir que ésta figura fue reconocida por el artículo 19 LEPA³⁷ en forma de prestación económica, con el objetivo de contribuir a la contratación de una profesional que facilite a la persona beneficiaria el acceso

personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad)», *Zerbitzuan*, n.º 41, 2007, pp. 115-127.

35. BOE, n.º 299, de 15 de diciembre de 2006, artículo 2.

36. DE LORENZO, R., *op. cit.*

37. BOE, n.º 299, de 15 de diciembre de 2006.

a la educación, al trabajo y a una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Inicialmente, quedó limitada de forma exclusiva a las personas que contaban con una situación de dependencia reconocida como un grado III (la situación más limitante para la persona), si bien mediante el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad³⁸ se acabó extendiendo su cobertura a las personas con una valoración de grado I y II de su situación de dependencia³⁹.

En otras palabras, inicialmente la asistencia personal se acotó a las personas con una mayor pérdida de autonomía personal para, más adelante, reconocer que no debería haberse limitado el acceso a esta prestación según el tipo de diversidad funcional o el grado de dependencia. Por el contrario, aún hoy en día existen comunidades autónomas donde se delimita un rango de edad concreto, habitualmente entre los 16 y los 65 años como requisito para el acceso a esta prestación, tal es el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, por ejemplo.

4. ASISTENCIA PERSONAL E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

A lo largo del repaso histórico que hemos realizado en relación a la evolución de los distintos modelos de comprensión de la discapacidad y del origen y primeros pasos del MVI a nivel internacional y en España, hemos podido constatar como existe un núcleo común en las demandas y reivindicaciones de las personas con diversidad funcional. Nos referimos a la figura de la asistencia personal, una herramienta o un instrumento íntimamente ligado al respeto y a la promoción de la autonomía personal de las personas, especialmente para aquellas que la necesitan para llevar a cabo sus propios proyectos de vida.

A causa del gran impacto de la filosofía de vida independiente a lo largo del mundo, existen múltiples formas para referirse y para describir lo que la asistencia personal es. Tanto desde las organizaciones de personas con diversidad funcional como desde la academia se ha venido definiendo el concepto, con un amplio consenso, como: una figura de apoyo para las personas con diversidad funcional o en situación de dependencia que, independientemente de su edad, necesitan la ayuda de otra persona para desarrollar su vida al no poder hacerlo por su propia cuenta debido a su situación y a la falta de adaptación del medio social en el que ha de

38. BOE, n.º 168, de 14 de julio de 2012.

39. GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R. et al., *op. cit.*

desenvolverse; además se establece una relación contractual entre la persona que recibe el apoyo y la que lo presta, mediante un contrato laboral donde la persona con diversidad funcional ejercerá la dirección (de su propia vida y auto-cuidado). Adicionalmente, la asistencia personal busca promover y fomentar la autonomía personal y la vida independiente de la persona que la recibe, favoreciendo su participación social, para lo cual habrá que tener presente la situación, las necesidades, los deseos, las preferencias y el estilo de vida de la propia persona, sin prestar más apoyo que el estrictamente necesario⁴⁰.

Asimismo, la asistencia personal está pensada para favorecer la participación social de las personas con diversidad funcional, que la precisen, en cualquier ámbito de su vida, con independencia de la acción o actividad concreta que vayan a realizar. Por este motivo cuenta con una vocación universal, dispuesta a facilitar la ejecución de sus propios proyectos de vida a cualquier persona que pueda requerir de este apoyo para llevarlo a cabo.

40. AHLSTRÖM, G., y WADENSTEN, B., «Family members' experiences of personal assistance given to a relative with disabilities», *Health and Social Care in the Community*, vol. 19 n.º 6, 2011, pp. 645-652; ANDERSON, B., «Capability, Care, and Personal Assistance: Making Connections», *Open Gender Journal* [En línea], 2021; ARNAU, S., RODRÍGUEZ-PICAVEA, A., y ROMANACH, J., *Asistencia personal para la Vida Independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad) en España*. Unión de Plataformas en Defensa de los Servicios Sociales y la Diversidad Funcional, Madrid, 2007; BLANCO, M., et al., *op. cit.*; ENIL., *ENIL Definitions Spanish*, Bruselas, 2012; GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., VERDE-DIEGO, C., y PÉREZ-LAHOZ, V., «La asistencia personal como nuevo derecho de ciudadanía: una mirada desde el ámbito de los profesionales de la salud», *Cultura de los Cuidados*, vol. 23, n.º 53, 2019, 109-118; LÓPEZ-PÉREZ, M., y ÁLVAREZ-NIETO, C., «La asistencia personal en España. Perspectiva de sus protagonistas: personas beneficiarias, responsables de la asistencia personal de las entidades proveedoras y asistentes personales», *Trabajo Social Global – Global Social Work*, vol. 10, n.º 19, 2020, pp. 224-256; MLADENOV, T., «What is good personal assistance made of? Results of a European survey», *Disability & Society*, vol. 35, n.º 1, 2020, pp. 1-24; MOYA, M. J., «La asistencia personal: un servicio de apoyo fundamental», *Sobreruedas. Revista de neurorrehabilitación y vida con diversidad funcional*, n.º 99, 2018, pp. 13-19; PLENA INCLUSIÓN., *Asistencia Personal. Una herramienta clave para el ejercicio del derecho a la Vida Independiente de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo*, Madrid, 2018; PORTER, T., SHAKESPEARE, T., y STÖCKL, A., «Performance management: a qualitative study of relational boundaries in personal assistance», *Sociology of Health & Illness*, vol. 42, n.º 1, 2020, pp. 191-206; PRIETO, J. M. et al., *op. cit.*; RAUCH, D., OLIN, E., y DUNÉR, A., «A Refamilialized System? An Analysis of Recent Developments of Personal Assistance in Sweden», *Social Inclusion*, vol. 6, n.º 2, 2018, pp. 56-65; RODRÍGUEZ-PICAVEA, A., *op. cit.*; RUF, J., *Asistente personal: orientaciones y buenas prácticas*, Down España, Madrid, 2016; RUIZ, S., *La figura del asistente personal en la promoción de la autonomía y la vida independiente de las personas con discapacidad intelectual*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.

Sin embargo, la situación de la infancia es especialmente compleja, pues ya de por sí se encuentra en una etapa de su curso vital en la que presenta una situación mucho más dependiente de terceras personas. Ante esa naturaleza más vulnerable, las niñas, niños y adolescentes con diversidad funcional se encuentran en una mayor situación de indefensión respecto al resto por los motivos que se han ido desgranando de forma genérica sobre las distintas épocas y las sociedades contemporáneas.

Por consiguiente, los poderes públicos se han ido dotando de diferentes normas e instrumentos con los que poder facilitar una mayor protección social a este colectivo. Globalmente, uno de esos instrumentos lo constituye la Declaración de Derechos del Niño⁴¹, la cual reconoce a la infancia y adolescencia como sujetos de derecho, concretamente como titulares de sus propios derechos fundamentales. No obstante, la declaración no ostentaba un carácter vinculante ni obligatorio, razón por la que hubo de aprobarse la Convención sobre los Derechos del Niño⁴².

Como resultado de los distintos acuerdos internacionales, debidamente ratificados por España, nuestro ordenamiento jurídico contempla uno de los aspectos esenciales para la protección de la infancia y la adolescencia: el interés superior del menor. En concreto, se trata de un concepto jurídico indeterminado con una triple configuración: el derecho a proteger y a promover derechos; el principio que pretende facilitar la resolución de conflictos entre derechos, bienes e intereses; y la norma de procedimiento a seguir⁴³.

La importancia de este concepto jurídico es tan grande que ha de comprenderse como un elemento transversal a todo el ordenamiento jurídico interno, por lo que también ha de tener un efecto decisivo en todos aquellos órganos que deban tomar decisiones sobre aspectos que puedan tener algún tipo de incidencia o relevancia sobre la infancia o la adolescencia⁴⁴.

Por otra parte, habrá que tener siempre presente que el interés superior del menor puede exigir una urgencia excepcional, según el momento y

41. ONU., *Declaración de Derechos del Niño*, Nueva York, 1959.

42. United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF), *Convención sobre los Derechos del Niño*, ONU, Nueva York, 1989.

43. SÁNCHEZ, M. O., «Las certezas del Interés Superior del Menor en el contexto de los derechos de la infancia», *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, n.º X, 2017, pp. 43-73.

44. MORENO, A., «El Interés Superior del Menor en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 11, 2016, pp. 142-149.

la actuación concreta, de ahí que se deba observar de forma obligatoria y en toda circunstancia, buscando evitar riesgos y consecuencias sobre el colectivo⁴⁵. De otro modo, se estarían preponderando otros intereses por encima del de la infancia y la adolescencia, como puede estar ocurriendo en el ámbito de la violencia machista⁴⁶. Asimismo, es un elemento a tener en cuenta en toda intervención ante situaciones de riesgo en la infancia o adolescencia⁴⁷.

La conjunción de ambos elementos, por un lado la figura de la asistencia personal y por el otro el interés superior del menor, es lo que nos ha llevado a plantearnos el objetivo del presente trabajo: analizar la situación actual de la asistencia personal infantil en España, tras 15 años de su inclusión en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, creado bajo el amparo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

II. METODOLOGÍA

Para la realización del presente trabajo se partió de un profundo análisis documental de la literatura relacionada con conceptos como la vida independiente, la promoción de la autonomía personal, la diversidad funcional y la asistencia personal, como herramienta o instrumento paradigmático en relación con todos los conceptos previos.

Asimismo, se procedió a realizar una revisión normativa de la legislación española en el ámbito de la diversidad funcional, identificando las leyes de mayor calado al respecto, así como aquellos elementos a destacar de las mismas en relación con los tópicos analizados en el estudio. Del mismo modo, se acudió a la normativa supranacional más relevante para el campo de análisis, facilitando así la conexión de la legislación nacional con el contexto europeo y/o internacional.

Finalmente, se acudió a los datos estadísticos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia⁴⁸ con el objetivo de poder analizar la evolución que a lo largo de los últimos 15 años ha tenido la promoción

45. MERCHÁN, A., «El interés superior del menor como cuestión de fondo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 635-644.

46. PARADA, M., VERDE-DIEGO, C., y GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., «Infancia víctima de violencia de género tras la reforma del sistema de protección. Análisis a través de la prensa española», *Revista Prisma Social*, n.º 30, 2020, pp. 250-275.

47. PASTOR-SELLER, E., y SÁNCHEZ, M. I., «Atención a las familias e infancia en riesgo social», *Interacción y Perspectiva. Revista de Trabajo Social*, vol. 10, n.º 1, 2020, pp. 29-46.

48. IMSERSO., *Información estadística destacada del SAAD*, Madrid, 2021.

de la autonomía personal de las personas con diversidad funcional en España, con especial atención a la infancia.

III. RESULTADOS

A partir de la información conseguida y del subsiguiente análisis llevado a cabo se presentan los resultados obtenidos buscando, en todo momento, facilitar un nexo de continuidad en los mismos. De este modo, se pretende facilitar al lector una imagen fiel de cuál ha sido la evolución que ha tenido durante estos 15 años, desde su aprobación, la LEPA. Al mismo tiempo se busca construir una imagen fidedigna de las prestaciones y servicios que forman parte del SAAD, con una especial atención a la prestación económica de asistencia personal y, referida expresamente a ésta, respecto a la promoción de la autonomía personal infantil.

Para ello, se ha analizado la evolución de las diferentes prestaciones y servicios que se reconocen como parte del SAAD (tabla 1). En un primer momento, cabe destacar la inmadurez del sistema atendiendo a los primeros datos disponibles sobre el mismo, referidos a marzo del año 2008. En este sentido, se puede comprobar que hasta un 79,53% de las prestaciones o servicios reconocidos no estaban en ese momento debidamente identificados. Sin lugar a duda, su reciente puesta en funcionamiento tiene mucho que ver en la incidencia de esa primera imagen que se puede extraer del SAAD.

Tabla 1. Prestaciones y servicios reconocidos dentro del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia

Tipología de prestación	2008 (marzo)		2011		2014		2017		2021 (nov.)	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Prevención dependencia y promoción autonomía personal	10	0,00	11.914	1,46	20.996	2,22	39143	3,63	61.872	3,99
Teleasistencia	1.224	0,61	89.369	10,96	120.315	12,72	164992	15,29	286.875	18,49
Ayuda a domicilio	5.394	2,68	98.927	12,13	121.042	12,8	171524	15,9	286.893	18,49
Centros de día/noche	3.368	1,67	48.189	5,91	70.493	7,45	86209	7,99	91.207	5,88
Atención residencial	18.898	9,41	122.924	15,07	130.643	13,81	151476	14,04	169.399	10,92
Prestación económica vinculada a servicios	777	0,38	53.571	6,57	72.951	7,71	91958	8,52	166.493	10,73
Prestación económica cuidados familiares	11.385	5,67	390.025	47,82	407.731	43,11	367730	34,08	480.630	30,97
Prestación económica asistencia personal	6	0,00	743	0,09	1.623	0,17	5.850	0,54	8.488	0,55
Prestaciones s/especificar	159.628	79,53	-	-	-	-	-	-	-	-

Nota: Fuente: elaboración propia a partir de los datos estadísticos del SAAD (IMERSO, 2021).

En segundo lugar, ya en referencia a los años centrales del análisis, llama poderosamente la atención que, a partir de la LEPA, una norma dirigida a consagrar un nuevo derecho subjetivo y a proveer de los apoyos profesionales necesarios a las personas que lo requieran, la prestación económica de cuidados familiares fuese la que alcanzase el mayor espectro dentro de todos los recursos disponibles en el SAAD. Concretamente, esta prestación se asienta en la reproducción de los roles de género tradicionales, anclando a las mujeres de las familias en las tareas de cuidados e impidiendo o restringiendo ampliamente su desarrollo personal en la esfera pública. En particular, para el año 2011 esta prestación suponía casi la mitad de todas las prestaciones reconocidas en el SAAD, con un 47,82%. Paulatinamente, ha ido retrocediendo los años siguientes, hasta un 43,11% en el 2014 o un 34,08% en el 2017, si bien es cierto que, en la actualidad, sigue resultando la prestación más reconocida de las que integran el sistema, hasta el punto de que prácticamente una de cada tres prestaciones que se reconocen son prestaciones económicas de cuidados en el entorno familiar.

En tercer lugar, el servicio de atención residencial parece haber tenido una evolución similar al de la prestación económica de cuidados familiares. Tras un inicio arrollador, en base a los primeros datos disponibles y con las precauciones debidas por la falta de especificación de la mayoría de las prestaciones reconocidas, en el año 2011 parecía asentarse como la segunda opción llegando a suponer el 15,07%. Sin embargo, a partir de ahí parece haber seguido una tendencia descendente en líneas generales que, recientemente en el año 2021, le ha llevado a situarse en el 10,92%. Aquí cabría analizar la influencia de la covid-19 sobre el sistema de cuidados⁴⁹ y, hasta qué punto, ha podido generar un mayor descenso, en este caso, teniendo en cuenta que la afectación más severa por esta enfermedad ha recaído en el grupo de las personas mayores.

En cuarto lugar, en sentido opuesto a las prestaciones anteriores, destacan las trayectorias del servicio de ayuda a domicilio y del de la teleasistencia. En este caso se trata de dos recursos pensados para favorecer el mantenimiento de la residencia habitual de la persona beneficiaria, de tal modo que pueda seguir desarrollando su proyecto vital en su propio entorno y evitar así la institucionalización. En ambos casos la progresión ha sido continua y muy pareja entre sí, lo que podría ser una muestra de que su compatibilidad favorece el reconocimiento conjunto de ambos recursos que, actualmente, se sitúan en los dos casos en el 18,49% y con un número casi idéntico de personas beneficiarias: 286.875 usuarias de teleasistencia y 286.893 usuarias del servicio de ayuda a domicilio.

49. RIOBÓO-LOIS, B., «Globalización, cooperación internacional y sistema de cuidados: un análisis a propósito del covid-19», *Trabajo Social Hoy*, n.º 90, 2020, pp. 9-28.

Finalmente, la nota más negativa en la evolución que han venido experimentando los diferentes recursos disponibles en el SAAD se corresponde con la prestación económica de asistencia personal. Pese a contar con un crecimiento continuo desde el inicio, éste es significativamente muy inferior al del resto de los recursos, de tal modo que ya en el año 2014 no suponía más que un 0,17% del total de las prestaciones reconocidas. Igualmente, en los siete años posteriores no ha conseguido tener el auge esperado tratándose del instrumento paradigmático para la promoción de la autonomía personal y el favorecimiento y la garantía de una vida independiente para las personas con diversidad funcional o en situación de dependencia. Tal es así, que actualmente tan solo supone el 0,55% de todas las prestaciones reconocidas, situándose muy lejos del resto de los recursos, especialmente en términos absolutos, contando con 8.488 personas usuarias frente a las 480.630 personas que cuentan con una prestación de cuidados en el entorno familiar.

Por otra parte, al profundizar en lo relacionado, explícitamente, con la prestación económica de asistencia personal, se puede observar en la tabla 2 su evolución a lo largo de estos primeros años de vida bajo el amparo de la LEPA en función de la comunidad autónoma. Ante la débil sistematización del SAAD en sus inicios, se podría suponer que la insignificante presencia de la asistencia personal en el año 2008, con sólo seis personas usuarias en toda España, era debida a esa falta de identificación o especificación de las diferentes prestaciones reconocidas, hecho que afectaba a casi cuatro de cada cinco recursos concedidos. En cambio, con los datos del año 2010 se comprueba que nada tenía que ver una cosa con la otra, pues la asistencia personal recogía en ese momento solamente 735 de las 159.628 prestaciones desconocidas del año 2008 que se visualizan en la tabla 1.

Consecuentemente, a diferencia del resto de recursos, el camino de la asistencia personal en el seno del SAAD ha estado condicionado desde un primer momento. Probablemente, a la hora de señalar un punto de inflexión en esta prestación, debería situarse entre los años 2012 y 2014. Tal y como se observa en la tabla 2, en estos cortes temporales se producen aumentos importantes en las prestaciones reconocidas en el País Vasco (de 714 a 1.572), Castilla y León (de 42 a 155) y Galicia (de 40 a 80). Con todo, dichos aumentos sitúan a la asistencia personal en estos territorios en un 3,28%, un 0,20% y un 0,19% respectivamente, lo que da cuenta del camino por recorrer que tienen por delante. Asimismo, se ha de tener en cuenta que la política seguida en la provincia de Gipuzkoa a raíz del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, fue la de comenzar una importante migración de las prestaciones económicas de cuidados en el entorno familiar hacia la asistencia personal asimilando, en muchos casos, este recurso al de un empleado de hogar⁵⁰.

50. CUENCA, N., *op. cit.*

Tabla 2. Prestaciones reconocidas de asistencia personal en el SAAD según el ámbito territorial

Ámbito territorial	2008 (mar.)		2010		2012		2014		2016		2018		2021 (nov.)	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Andalucía	5	0,00	33	0,01	14	0,01	10	0,00	10	0,00	10	0,00	13	0,00
Aragón	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00
Asturias	0	0,00	0	0,00	1	0,01	2	0,01	2	0,01	1	0,00	10	0,03
Illes Balears	0	0,00	1	0,01	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00
Canarias	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00
Cantabria	0	0,00	0	0,00	0	0,00	1	0,01	0	0,00	0	0,00	0	0,00
Castilla y León	0	0,00	44	0,08	42	0,05	155	0,20	255	0,26	850	0,68	1.676	1,15
Castilla-La Mancha	1	0,00	9	0,02	10	0,02	10	0,02	9	0,02	23	0,03	23	0,03
Catalunya	0	0,00	18	0,01	17	0,01	15	0,01	13	0,01	71	0,04	81	0,04
Comunitat Valenciana	0	0,00	0	0,00	0	0,00	4	0,01	4	0,01	11	0,01	82	0,06
Extremadura	0	0,00	1	0,01	0	0,00	2	0,01	0	0,00	0	0,00	0	0,00
Galicia	-	-	36	0,11	40	0,10	80	0,19	85	0,18	111	0,16	110	0,14
Madrid	-	-	23	0,04	25	0,02	31	0,03	50	0,04	89	0,05	87	0,04
Murcia	-	-	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	2	0,00	4	0,01
Navarra	0	0,00	1	0,01	1	0,01	1	0,01	2	0,02	14	0,08	29	0,16
País Vasco	0	0,00	569	1,35	714	1,50	1.572	3,28	3.058	5,41	5.844	6,95	6.373	7,12
La Rioja	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00
Ceuta y Melilla	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00	0	0,00
TOTAL	6	0,00	735	0,09	900	0,10	1.883	0,20	3.493	0,36	7.026	0,53	8.488	0,55

Nota: Fuente: elaboración propia a partir de datos estadísticos del SAAD (IMERSO, 2021). Los porcentajes se corresponden con el porcentaje relativo de las resoluciones de asistencia personal de cada comunidad.

A partir de ahí, los cambios han sido mínimos en líneas generales. El País Vasco ha sido el territorio que más ha apostado por esta figura, casi duplicando sus datos en cada corte temporal y tendiendo a la estabilización en la actualidad, cuando cuenta con un 7,12% de prestaciones económicas de asistencia personal de entre el total de las prestaciones que reconoce. Por su parte, Castilla y León se ha asentado en la segunda posición y parece tomar el relevo de la anterior, duplicando sus datos en el último corte temporal y situando la asistencia personal en el 1,15% de sus prestaciones reconocidas, con 1.676 personas beneficiarias en la actualidad. Como resultado de estas evoluciones y a la vista de que el resto de las comunidades autónomas no han apostado aún de forma decidida por la figura de la asistencia personal, el País Vasco y Castilla y León engloban en la actualidad el 94,83% de todas las prestaciones económicas de asistencia personal reconocidas en el SAAD en España.

Muy alejada ya de ambos territorios, Galicia estancó su crecimiento muy pronto contando con apenas 110 personas beneficiarias en la actualidad, lo que supone exclusivamente un 0,14%. En este caso, una regulación autonómica muy restrictiva puede estar influyendo negativamente, ya que se está limitando el acceso a la asistencia personal sólo a personas con edades comprendidas entre los 16 y los 65 años, obviando la vocación de universalidad de este instrumento recogida en la CDPD. Además, se podría estar vulnerando el derecho a una educación inclusiva⁵¹ al no atender las necesidades de la infancia y adolescencia que pueda precisar de la asistencia personal para su día a día. Ciertamente, se vienen observando múltiples infracciones en España respecto al derecho a la educación inclusiva que debieran tener solución cuanto antes⁵² (ONU, 2018).

Al mismo tiempo, cabría añadir aquí a otras muchas comunidades autónomas que bien disponen de regulaciones similares a la gallega, bien directamente niegan el derecho de acceso a la asistencia personal a cualquier persona. En esta situación se encuentran Aragón, las Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Extremadura, La Rioja y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, todas ellas sin ninguna persona beneficiaria de este recurso en la actualidad. Sin embargo, a todas ellas se les suman Murcia, Castilla-La Mancha, Asturias o Andalucía que, por el momento, no han demostrado ninguna voluntad de desarrollar la implantación de la asistencia personal en sus territorios de forma efectiva. Respecto a Madrid, a pesar de contar con una de las primeras Oficinas de Vida Independiente de España⁵³, ha seguido la estela de Galicia, estancando su crecimiento en

51. UNESCO., *Guidelines for inclusion: Ensuring Access to Education for All*, París, 2005.

52. ONU., *Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo*, 2018.

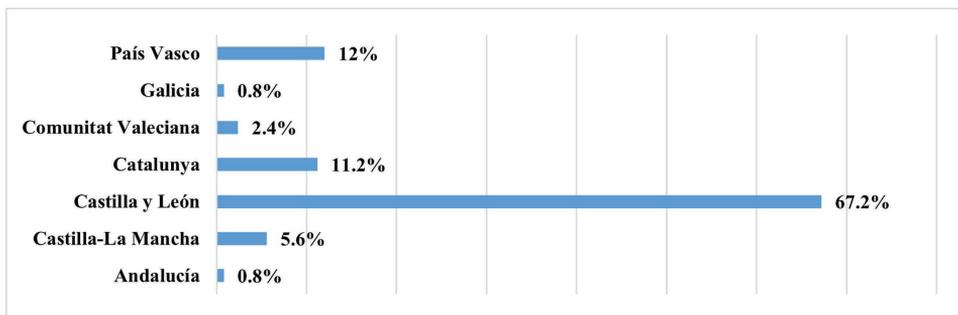
53. GÓMEZ, N., y ARROYO, J., *op. cit.*

el año 2018 y contando solamente con un 0,04% de prestaciones de asistencia personal en su territorio.

No obstante, aunque sea de forma tardía, se han de destacar los últimos datos referidos a Navarra, Catalunya y la Comunidad Valenciana. La primera de ellas, aunque con datos muy pobres, duplicada la presencia de la asistencia personal en su territorio en el último corte temporal lo que, en términos relativos, le permite situarse como la tercera comunidad autónoma. El caso catalán parecía despegar en el año 2018 con un importante incremento, si bien en el año 2021 éste se ha atenuado, aunque en todo caso continúa en una línea alcista. El tercero de los territorios, la Comunidad Valenciana, ha experimentado la mayor de las subidas entre estas comunidades autónomas, mostrando que los últimos movimientos legislativos internos tienen vocación de influencia práctica y permitiéndole situarse en términos absolutos como el quinto territorio con más prestaciones económicas de asistencia personal reconocidas en España. En este sentido, este territorio ha reconocido recientemente diferentes tipos de asistencia personal según la persona beneficiaria del recurso, incluyendo la figura de la Persona de Asistencia Terapéutica Infantil (PATI) para personas menores de 18 años buscando impulsar las capacidades y fortalezas de la usuaria en la primera etapa de su vida.

Acotando nuestro análisis respecto a la situación de la infancia y adolescencia y la promoción de su autonomía personal mediante la figura de la asistencia personal, contamos con los datos facilitados por el IMSERSO a fecha de 31 de julio de 2020, donde se pueden contrastar cuántas de las personas usuarias de la asistencia personal en España están en edad de escolarización obligatoria, entre los 6 y los 16 años. De su estudio se desprende que tan sólo siete comunidades autónomas reconocen esta prestación a personas en edad escolar (figura 1).

Figura 1. Beneficiarias de asistencia personal en edad de escolarización obligatoria según comunidad autónoma

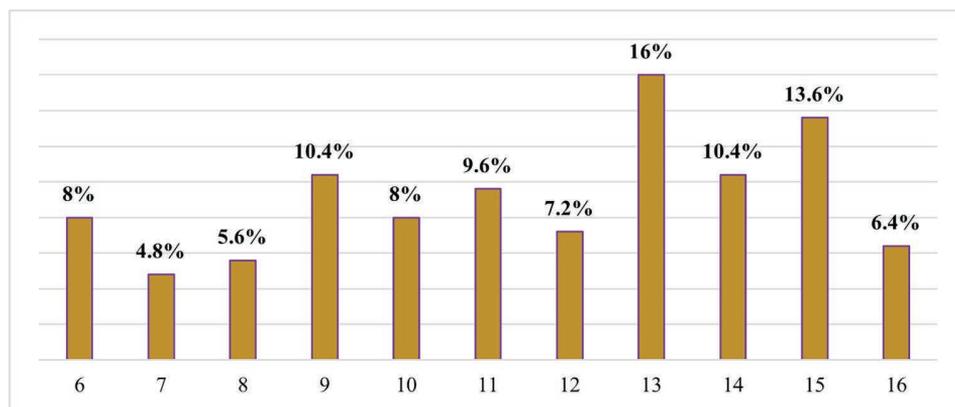


Llama la atención que sea Castilla y León con un 67,2% el territorio con una mayor presencia de este recurso en estas edades, quintuplicando los datos del País Vasco, quien casi cuadriplica en términos absolutos el número total de prestaciones de asistencia personal reconocidas por la primera. Asimismo, destaca la presencia de Galicia, que junto a Andalucía cuenta con una persona usuaria con edades comprendidas entre los 6 y los 16 años, teniendo en cuenta la limitación de su propia normativa para el acceso a esta prestación por personas con dichas edades.

Con relación al género de las personas usuarias, hasta un 76% de las mismas son niñas, frente a un 24% que son niños. Respecto al grado de la situación de dependencia valorada, mayoritariamente se trata de personas beneficiarias con un grado III, llegando a suponer hasta un 52%, mientras que las personas con un grado I alcanzan sólo un 12% frente al 36% de aquellas que son valoradas con un grado II. Así pues, esta distribución nos muestra que, a mayor grado de dependencia estimado, mayor número de asistencias personales reconocidas.

Finalmente, en la figura 2 se puede observar la distribución de las prestaciones económicas de asistencia personal reconocidas en el SAAD según la edad de la persona beneficiaria del recurso (M=11,5; DT=3). Si bien existen prestaciones reconocidas en todas las edades comprendidas entre los 6 y los 16 años, destaca la concentración de un mayor número de personas beneficiarias entre los 13 y los 15 años. Del mismo modo, cabe resaltar la diferencia existente entre estas edades y las personas que tienen 16 años, donde el número de asistencias personales reconocidas sólo supera a las de 7 y 8 años.

Figura 2. Beneficiarias de asistencia personal en edad de escolarización obligatoria según su edad



Por lo tanto, puede inferirse que el perfil tipo de la persona beneficiaria de la asistencia personal infantil en España se correspondería con el de una niña de unos 13 años de edad, residente en la comunidad autónoma de Castilla y León y que contase con una valoración de su situación de dependencia de grado III.

IV. CONCLUSIÓN

Nuestro estudio ha trazado la evolución de los diferentes modelos de comprensión de la discapacidad y su influencia e interrelación con la principal normativa internacional, así como con la legislación española. Al mismo tiempo, ha dejado patente cómo la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia supuso la incorporación, en España, de un nuevo derecho subjetivo a disponer de los apoyos y atenciones necesarias para el desarrollo de una vida autónoma e independiente.

Desde su implementación la LEPA ha mostrado una profunda brecha entre lo reflejado en el papel y la realidad, preponderando prestaciones o servicios más enfocados al asistencialismo y a la cobertura familiar de los cuidados que a la promoción de la autonomía personal, la vida independiente y una atención profesionalizada de los cuidados. Esta situación parece empezar a revertirse, si bien no sucede lo mismo con la prestación económica de asistencia personal, el principal recurso o instrumento para que las personas con diversidad funcional pueden llevar a cabo sus propios proyectos de vida.

Asimismo, la situación de la infancia y de la adolescencia es doblemente compleja, por su situación de vulnerabilidad respecto al momento del curso vital en el que se encuentran, así como por la insatisfacción de sus necesidades de apoyo y atención derivadas de la diversidad funcional o de la situación de dependencia con la que se desarrollan.

Paradójicamente, en la actualidad, la asistencia personal significa sólo el 0,55% del total de las prestaciones reconocidas en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. De todas las asistencias personales reconocidas a 31 de julio del año 2020, tan solo un 1,57% de ellas correspondían a menores con edades comprendidas entre los 6 y los 16 años, es decir, que se encontraban en edad de escolarización obligatoria. Algunas comunidades autónomas entienden de un modo reduccionista lo establecido en la LEPA y lo expuesto en los tratados internacionales que la orientan, de tal modo que restringen el acceso a esta prestación acotándolo a unas edades concretas que, habitualmente, se sitúan entre los 16 y los 65 años.

Todo ello viene acompañado de una elevada desigualdad legislativa territorial que, además, está en continua transformación en algunos territorios, sumada a diferentes interpretaciones sobre los mismos textos normativos. Además de convivir con un insignificante desarrollo de la asistencia personal, que debiera ser uno de los principales recursos, sino el preferente, de los incorporados en el SAAD.

Consecuentemente, tras 15 años desde la aprobación de la LEPA parece que el reconocimiento de facto de este nuevo derecho subjetivo no ha venido a mejorar la situación de la infancia con diversidad funcional o en situación de dependencia. En este sentido, se pueden estar limitando oportunidades de desarrollo presentes, así como restringiendo oportunidades y limitando potencialidades futuras de las niñas, niños y adolescentes en España. Por consiguiente, cabría preguntarse: ¿dónde queda aquí el Interés Superior del Menor?

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AHLSTRÖM, G., y WADENSTEN, B., «Family members' experiences of personal assistance given to a relative with disabilities», *Health and Social Care in the Community*, vol. 19 n.º 6, 2011, pp. 645-652. <https://doi.org/10.1111/j.1365-2524.2011.01006.x>.
- ANDERSON, B., «Capability, Care, and Personal Assistance: Making Connections», *Open Gender Journal* [En línea], 2021. <https://doi.org/10.17169/ogj.2021.109>.
- APARICIO, M., y RODRÍGUEZ, S., «Ética, trabajo social y derecho a la accesibilidad», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 8, n.º I, 2020, pp. 25-41. <https://doi.org/10.5569/2340-5104.08.01.02>.
- ARNAU, S., *Estudios críticos de y desde la diversidad funcional* (Tesis doctoral), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2019.
- ARNAU, S., RODRÍGUEZ-PICAVEA, A., y ROMANACH, J., *Asistencia personal para la Vida Independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad) en España*. Unión de Plataformas en Defensa de los Servicios Sociales y la Diversidad Funcional, Madrid, 2007, disponible en <https://bit.ly/3qxTg01> [última consulta 11-01-22].
- ARTIAGA, A., *Producción política de los cuidados y de la dependencia: políticas públicas y experiencias de organización social de los cuidados* (Tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

- BLANCO, M., CENTENO, A., FERNÁNDEZ, L., RODRÍGUEZ-PICAVEA, A., y ROMANACH, J., *Asistencia personal: una inversión en derechos; una inversión eficiente en empleo*. Foro de Vida Independiente y Divertad, Madrid, 2009, disponible en <https://bit.ly/3I1BkRg> [última consulta 09-01-22].
- CAMPELLO, L., y TUBÍO, J. M., *Proyecto piloto de asistencia personal. Estudio e evaluación*. Confederación Galega de Persoas con Discapacidade, Santiago de Compostela, 2008.
- CANO, N., *Asistencia personal y Oficina de Vida Independiente de Andalucía: una necesidad no cubierta* (Trabajo de Fin de Grado), Universidad de Jaén, Jaén, 2014.
- CARBONELL, G. J., «El asistente personal para una vida independiente: una figura en construcción», *Revista de Derecho UNED*, vol. 21, 2017, pp. 187-216.
- CARBONELL, G. J., «El movimiento de vida independiente en España», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 7, n.º II, 2019, pp. 201-214. <https://doi.org/10.5569/2340-5104.07.02.12>.
- CARBONELL, G. J., «Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional», *Trabajo Social Hoy*, n.º 83, 2018b, pp. 85-104. <https://doi.org/10.12960/TSH.2018.0005>.
- CARBONELL, G. J., *La figura del asistente personal en el Movimiento de Vida Independiente: la experiencia en la Comunidad Valenciana* (Tesis doctoral), UNED, Madrid, 2018a.
- CERMI., *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2019*, CERMI, 2020.
- COMAS-D'ARGEMIR, D., «Cuidados y derechos. El avance hacia la democratización de los cuidados», *Cuadernos de Antropología Social*, n.º 49, 2019, pp. 13-29. <https://doi.org/10.34096/cas.i49.6190>.
- Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.
- CUENCA, N., *Asistencia personal: clave para la vida independiente* (Trabajo Fin de Máster), Universidad de Jaén, Centro de Estudios de Posgrado, Jaén, 2017.
- DE LORENZO, R., *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2018.

- DÍAZ, E., *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España. Un estudio sobre la desigualdad por razón de discapacidad*, CERMI – Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2017.
- ENIL, *ENIL Definitions Spanish*, Bruselas, 2012, disponible en <https://enil.eu/independent-living/definitions/> [última consulta 09-01-22].
- GARCÍA, E., «La asistencia personalizada a la dependencia», *Insterticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol. 9, n.º 2, 2015, pp. 315-324.
- GÓMEZ, N., y ARROYO, J., «Oficinas de Vida Independiente», *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, vol. 7, n.º 1, 2013, pp. 79-92.
- GONZÁLEZ, L., «Achegas sobre o colectivo de persoas xordas para unha intervención sociocultural en traballo social», *Revista Galega de Traballo Social – Fervenzas*, n.º 22, 2020, pp. 83-102.
- GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., «Discapacidad vs Dependencia. Terminología diferencial y procedimiento para su reconocimiento», *Index de Enfermería*, vol. 26, n.º 3, 2017, pp. 170-174.
- GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., GANDOY, M., y VERDE-DIEGO, C., «Aproximación al servicio de asistencia personal y su implantación en España. Perfil del beneficiario de la prestación en Galicia», *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, n.º 21, 2014, pp. 119-141. <https://doi.org/10.14198/ALTERN2014.21.06>.
- GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., VERDE-DIEGO, C., y PÉREZ-LAHOZ, V., «La asistencia personal como nuevo derecho de ciudadanía: una mirada desde el ámbito de los profesionales de la salud», *Cultura de los Cuidados*, vol. 23, n.º 53, 2019, 109-118. <https://doi.org/10.14198/cuid.2019.53.11>.
- GUZMÁN, F., TOBOSO, M., y ROMANACH, J., «Fundamentos éticos para la promoción de la autonomía: hacia una ética de la interdependencia», *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, n.º 17, 2010, pp. 45-61. <https://doi.org/10.14198/ALTERN2010.17.3>.
- HUETE, A., y QUEZADA, M. Y., «Análisis de Retorno Social de la Inversión en dos sistemas de apoyo a personas con gran discapacidad: asistencia personal y servicio residencial. Un estudio de caso», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 2, n.º I, 2014, pp. 51-69. <https://doi.org/10.5569/2340-5104.02.01.03>.
- IÁÑEZ, A., «Exclusión y diversidad funcional. Una propuesta de intervención social basada en el modelo de vida independiente», *Revista de la Facultad de Trabajo Social*, n.º 26, 2010, pp. 120-141.

- IMSERSO., *Información estadística destacada del SAAD*, IMSERSO, Madrid, 2021, disponible en <https://bit.ly/3Fquin6> [última consulta 11-01-22].
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 103, de 30 de abril de 1982.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 184, de 2 de agosto de 2011.
- Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 255, de 24 de octubre de 2007.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 299, de 15 de diciembre de 2006.
- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 310, de 27 de diciembre de 2007.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 289, de 3 de diciembre de 2003.
- LÓPEZ-PÉREZ, M., y ÁLVAREZ-NIETO, C., «La asistencia personal en España. Perspectiva de sus protagonistas: personas beneficiarias, responsables de la asistencia personal de las entidades proveedoras y asistentes personales», *Trabajo Social Global – Global Social Work*, vol. 10, n.º 19, 2020, pp. 224-256. <https://dx.doi.org/10.30827/tsg-gsw.v10i19.11811>.
- LÓPEZ-PÉREZ, M., y RUIZ, S., «Asistencia personal: herramienta para una vida independiente. Situación actual», *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 59, 2013, pp. 1-33.
- LÓPEZ-PÉREZ, M., y RUIZ, S., «Desde el Movimiento de Vida Independiente hasta la asistencia personal: los derechos de las personas con diversidad funcional», *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 19, n.º 2, 2020, pp. 67-84. <https://doi.org/10.15304/rips.19.2.6946>.
- LOZANO, A., ALARIO, R., y ROBLES, E., «La asistencia personal: un servicio clave para el desarrollo de la vida independiente y la inclusión en

- la comunidad de las personas con discapacidad», *Actas de Coordinación Sociosanitaria*, n.º 27, 2020, pp. 45-75.
- MERCHÁN, A., «El interés superior del menor como cuestión de fondo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, 2020, pp. 635-644. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5210>.
- MLADENOV, T., «What is good personal assistance made of? Results of a European survey», *Disability & Society*, vol. 35, n.º 1, 2020, pp. 1-24. <https://doi.org/10.1080/09687599.2019.1621740>.
- MORENO, A., «El Interés Superior del Menor en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 11, 2016, pp. 142-149.
- MOYA, M. J., «La asistencia personal: un servicio de apoyo fundamental», *Sobre Ruedas*, n.º 99, 2018, pp. 13-19.
- MUYOR, J., «La figura del asistente personal en Trabajo Social: ¿es asunto nuestro?», en HIDALGO, A. (Coord.), *Trabajo Social en defensa de la asistencia personal. Reflexiones y sugerencias. Sobre el ejercicio profesional del trabajador social*, Netbiblo, Oleiros, 2012, pp. 73-103.
- MUYOR, J., «Nuevos significados de la discapacidad: de la igualdad de capacidades a la igualdad de derechos», *Acciones e Investigaciones Sociales*, n.º 39, 2019, pp. 33-55. https://doi.org/10.26754/ojs_ais/ais.2019393231.
- MUYOR, J., y MINGUELA, M. A., «Cuidados, vida independiente y diversidad funcional: análisis teórico y vinculaciones prácticas», *Revista de Treball Social*, n.º 216, 2019, pp. 29-47. <https://doi.org/10.32061/RTS2019.216.02>.
- ONU, *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ONU, Nueva York, 2006.
- ONU, *Declaración de Derechos del Niño*, ONU, Nueva York, 1959.
- ONU, *Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo*, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018.
- PALACIOS, A., «Perspectiva de discapacidad y derechos humanos en el contexto de una educación superior inclusiva», *Pensar. Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 24, n.º 4, 2019, pp. 1-13. <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2019.10225>.
- PALACIOS, A., y ROMANACH, J., «El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con

- diversidad funcional (discapacidad)», *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol. 2, n.º 2, 2008, pp. 37-47.
- PALACIOS, A., y ROMANÑACH, J., *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Ediciones Diversitas-AIES, A Coruña, 2006.
- PARADA, M., VERDE-DIEGO, C., y GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, R., «Infancia víctima de violencia de género tras la reforma del sistema de protección. Análisis a través de la prensa española», *Revista Prisma Social*, n.º 30, 2020, pp. 250-275.
- PASTOR-SELLER, E., y SÁNCHEZ, M. I., «Atención a las familias e infancia en riesgo social», *Interacción y Perspectiva. Revista de Trabajo Social*, vol. 10, n.º 1, 2020, pp. 29-46.
- PÉREZ, L. C., y ÁLVAREZ, G., «Sustrato Social», en DE LORENZO, R., y PÉREZ, L. C. (Dir.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 95-137.
- PLENA INCLUSIÓN., *Asistencia Personal. Una herramienta clave para el ejercicio del derecho a la Vida Independiente de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo*, Plena Inclusión España, Madrid, 2018.
- PORTER, T., SHAKESPEARE, T., y STÖCKL, A., «Performance management: a qualitative study of relational boundaries in personal assistance», *Sociology of Health & Illness*, vol. 42, n.º 1, 2020, pp. 191-206. <https://doi.org/10.1111/1467-9566.12996>.
- PRIETO, J. M., DE LA ROSA, P., e IZQUIETA, J. L., «Asistencia personal y discapacidad intelectual: un servicio para la inclusión social», *Revista Española de Discapacidad*, vol. 7, n.º II, 2019, pp. 7-27. <https://doi.org/10.5569/2340-5104.07.02.01>.
- PUYALTO, C., *La vida independiente de las personas con discapacidad intelectual. Análisis de los apoyos y las barreras que inciden en la consecución de sus proyectos de vida* (Tesis doctoral), Universitat de Girona, Girona, 2016.
- RAUCH, D., OLIN, E., y DUNÉR, A., «A Refamilialized System? An Analysis of Recent Developments of Personal Assistance in Sweden», *Social Inclusion*, vol. 6, n.º 2, 2018, pp. 56-65. <https://doi.org/10.17645/si.v6i2.1358>.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 289, de 3 de diciembre de 2013.

- Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 168, de 14 de julio de 2012.
- RIOBÓO-LOIS, B., «Globalización, cooperación internacional y sistema de cuidados: un análisis a propósito del covid-19», *Trabajo Social Hoy*, n.º 90, 2020, pp. 9-28. <https://doi.org/10.12960/TSH.2020.0007>.
- RODRÍGUEZ-PICAVEA, A., «Reflexiones en torno a la figura del asistente personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad)», *Zerbitzuan*, n.º 41, 2007, pp. 115-127.
- RUF, J., *Asistente personal: orientaciones y buenas prácticas*, Down España, Madrid, 2016.
- RUIZ, S., *La figura del asistente personal en la promoción de la autonomía y la vida independiente de las personas con discapacidad intelectual* (Tesis doctoral), Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.
- SÁNCHEZ, M. O., «Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia», *Anuario Facultad de Derecho Univ. de Alcalá*, n.º X, 2017, pp. 43-73.
- SARQUIS, L., «Deconstruir para construir. Personas con discapacidad mental o psicosocial y el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos», *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 18, 2018, pp. 138-165. <https://doi.org/10.24215/18522971e029>.
- UNESCO, *Guidelines for inclusion: Ensuring Access to Education for All*, UNESCO, París, 2005, disponible en <https://bit.ly/3FjWPel> [última consulta 11-01-22].
- UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, ONU, Nueva York, 1989.
- VENTURIELLO, M. P., GÓMEZ-BUENO, C., y MARTÍN-PALOMO, M. T., «Entramados de interdependencias, cuidados y autonomía en situaciones de diversidad funcional», *Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research*, n.º 2, 2020, pp. 1-18. <http://dx.doi.org/10.1387/pceic.20940>.

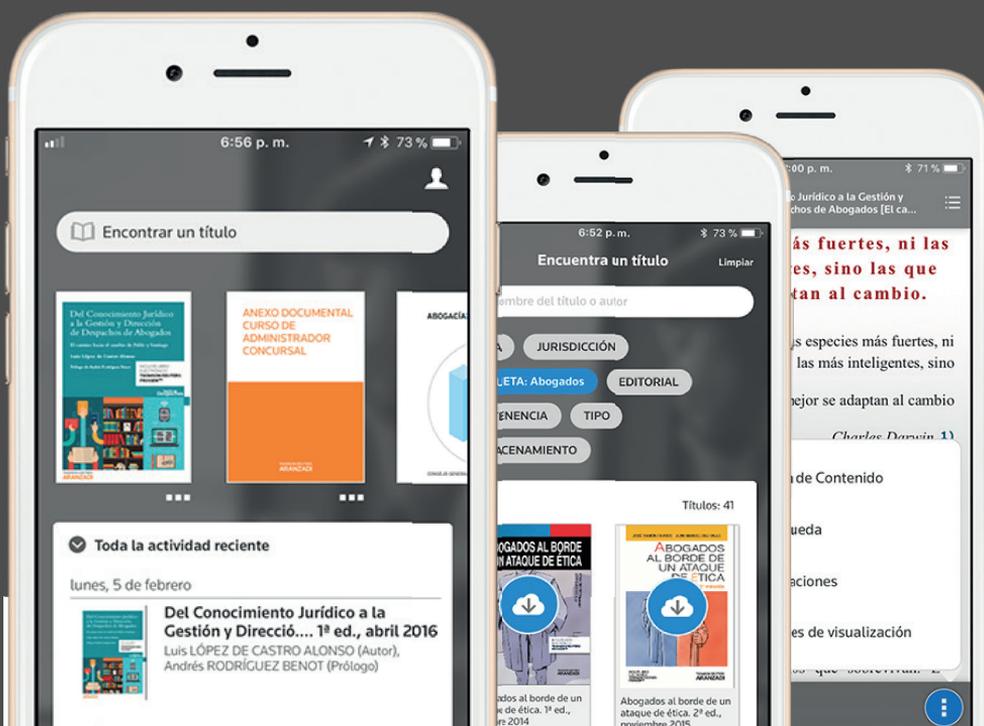
Thomson Reuters Preview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.



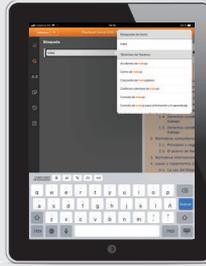
ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



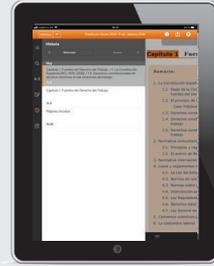
SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS

Haces anotaciones y escoges los colores para organizar tus notas y subrayados.



USA EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



ORDENAR

Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción o área del Derecho.



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



MARCADORES DE PÁGINA

Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



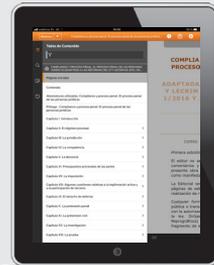
BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad.



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido.

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado/a cliente/a,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si te has registrado anteriormente en **“One Pass”** (**), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

THOMSON REUTERS
OnePass

DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO

N.I.F.:

País: España

Ya he leído y acepto la política de privacidad de datos

Enviar Borrar

Todos los campos son obligatorios
Es importante que compruebes que la dirección de correo electrónico está bien escrita ya que requiere de su confirmación.

Ahora todos los eBooks de Thomson Reuters España se publican en formato DOC.
Una combinación perfecta entre las ventajas que ofrece el papel de lectura y el formato electrónico a través de la aplicación Thomson Reuters Proview.

- Aranzadi
- Civitas
- Los Ríos

Grandes marcas grandes ventajas.

© 2016 Thomson Reuters Aranzadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 647 - (+34) 947 245 070

THOMSON REUTERS

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (**), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

THOMSON REUTERS
OnePass

CORRECTO

Estimado cliente, el proceso de registro se ha llevado a cabo con éxito.

Ya tiene su(s) eBook(s) disponible(s) en su biblioteca digital Thomson Reuters ProView, a la cual podrá acceder desde su navegador (para conocer [thomsonreuters.com](http://www.thomsonreuters.com)) aplicación para Tableta (iPad y Android) y aplicación de escritorio.

Si tiene dudas de cómo acceder a su(s) eBook(s), por favor, consulte la página <http://www.servicio.aranzadi.es/comunicar/> o llame a los teléfonos de Atención al Cliente (902 40 40 47, 947 24 50 70). Agradecemos la confianza depositada en nuestros servicios.

Volver a página de inicio

© 2016 Thomson Reuters Aranzadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 647 - (+34) 947 245 070

THOMSON REUTERS

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a www.proview.thomsonreuters.com

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección www.thomsonreuters.es y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso a Soporte para no Suscriptores** (compra de Publicaciones).

(*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

