

**EL DERECHO DE VISITA COMO INSTRUMENTO DE
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA GUARDA DE
HECHO. COMENTARIO A LA SAP DE SANTANDER 85/2022,
DE 14 DE FEBRERO***

***THE LAW AS A TOOL FOR RESOLVING DE FACTO GUARDIANSHIP
DISPUTES. COMMENT OF THE SAP SANTANDER 85/2022 DATED
14 FEBRUARY***

Rev. Boliv. de Derecho N° 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 540-553

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "La guarda de hecho desde la perspectiva jurídico-social de la discapacidad". Resolución de 27 de julio de 2022 por la que se resuelve la convocatoria del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Córdoba 2022. Modalidad 2. Formación y promoción de recursos humanos. Submodalidad 2.6. UCOIMPULSA. Duración del proyecto: 01/09/2022 al 31/08/2023. También se apoya en las investigaciones del Observatorio de jurisprudencia sobre sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, creado por Plena Inclusión, Líber y el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.

Celia PRADOS
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Con este trabajo se persigue analizar críticamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 14 de febrero de 2022, relativa a la petición de guarda y custodia compartida por parte de uno de los progenitores respecto de un hijo adulto con discapacidad*. En opinión de la autora, la sentencia confunde algunos de los principios sobre los que descansa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como la propia 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.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica; derecho de visita; guarda de hecho, discapacidad.

ABSTRACT: *This work is a critical analysis of the judgement of the Provincial Court of Santander, on 14 February 2022 regarding a shared guardianship and custody petition filed by a parent with respect to an adult son with disabilities. In the author's opinion, the decision confuses some principles underlying the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, as well as Law 8/2021 of 2 June, which reforms civil and procedural laws to support persons with disability in the exercise of their legal capacity.*

KEY WORDS: *Legal capacity; visitation rights; de facto guardianship; disability*

* SAP de Santander, nº85/2022, de 14/02/2022 (RO); SAP S 179:2022 – ECLI: APS: 2022:179).

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:
I. LA REFORMA CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.- II. DISCONFORMIDAD DE LA
SAP DE SANTANDER DE 14 DE FEBRERO DE 2022 CON LA CDPD.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia n° 85/2022, dictada por la Audiencia Provincial de Santander, resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de primera instancia de 5 de abril de 2021. El recurrente había solicitado una modificación de medidas establecidas en sentencia de divorcio dictada en 2017. Entre otras cuestiones, había solicitado el establecimiento de la guarda y custodia compartida de un hijo común. Sin embargo, en primera instancia se consideró que no quedaba justificado cambio alguno en el régimen de custodia, al no procurar un beneficio al hijo, y sí un perjuicio por cambio de rutina. No obstante, hay un dato que reviste especial importancia en este caso, y es que el hijo era mayor de edad cuando se inició el proceso de modificación de medidas. El convenio regulador, de 1 de septiembre de 2017, había atribuido la guarda y custodia del entonces menor de edad a la madre, y un régimen de visitas, comunicación y estancia con el padre. En la fecha en la que el padre presenta demanda de modificación de medidas, el hijo ya es mayor de edad. Según consta en la sentencia, el hijo precisa de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica y tiene dificultades para comunicarse. En concreto, se recoge expresamente que su “lenguaje es muy limitado y aunque repite palabras de forma ecológica es capaz de utilizar algunas, no frases, de forma adecuada al contexto”.

En cuanto al apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, viene siendo prestado por la madre, en calidad de guardadora de hecho, desde que el hijo alcanzara la mayoría de edad.

Entre los hechos y circunstancias condicionantes de la decisión del tribunal, que quedaron acreditados en la primera instancia, la sentencia refiere un informe socio-familiar emitido el 28 de enero de 2021, por la trabajadora social de equipo psicossocial público judicial, que “aprecia indicadores positivos para la posible viabilidad de la custodia compartida” solicitada por el padre. Ello a pesar de la mayoría de edad del hijo común -tiene 20 años en ese momento-, evidenciándose una confusión manifiesta entre las distintas medidas de apoyo que regula 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

• **Celia Prados García**

Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Córdoba. Principales líneas de investigación: Derecho de la Persona y Derecho de Familia. Correo electrónico: cprados@uco.es.

(LAPCD) y las figuras de representación, protección y cuidado, propias de la infancia.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

De los hechos destacados en la sentencia, el tribunal deduce que el hijo común, de 20 años de edad:

“requiere de medidas de apoyo para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica que habrán de ser ratificadas o definidas a través de la presente resolución en el caso de que se presente la necesidad de su determinación o fijación judicial, dado que en el instante del dictado de la sentencia de primera instancia no había entrado en vigor (3 de septiembre de 2021) 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”.

Tras referenciar los arts. 91 y 94 del Código Civil, la sentencia fundamenta la reforma civil en materia de discapacidad, e intenta hacerlo desde el modelo social de la discapacidad, teniendo en cuenta la voluntad de la persona como principio rector. Sin embargo, el tribunal entra en contradicción con el art. 12 CDPD, afirmando que el interés de la persona subyace “como principio correctivo”. Incluso va más allá y, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia nº 269/2021, de 6 de mayo, afirma que el “apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto”¹. Una sentencia que, a pesar de ser anterior a la entrada en vigor de la LAPCD, alude en sus fundamentos a la CDPD, pero se aparta del art. 12. Criterio que ha sido reiterado por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la LAPCD, y que ha sido comentado críticamente por un sector de la doctrina que considera que el tribunal se aleja de la nueva regulación, no respetando ni las reglas ni el espíritu de la Convención².

Como se ha referido anteriormente, desde la sentencia de divorcio las relaciones familiares se habían caracterizado por un régimen de custodia exclusiva de la madre y un amplio régimen de visitas y comunicación con el padre. Sin embargo, en consonancia con la LAPCD, desde que el hijo común alcanzara la mayoría de edad, la madre ha prestado apoyo en calidad de guardadora de hecho. Medida de apoyo que el tribunal reconoce en la sentencia, tras considerar que se ha desarrollado de forma adecuada y suficiente. Sin embargo, de modo incomprensible ante la petición del recurrente de un régimen de guarda compartida, el tribunal

1 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (ROJ): STS 1894/2021- ECLI:ES:TS:2021:1894).

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

fundamenta jurídicamente la sentencia con normativa relativa al interés del menor, interpretando los arts. 91 y 92 CC en un supuesto en el que el hijo común es una persona adulta. De hecho, el tribunal entra a valorar la “capacidad parental” de los progenitores, a quienes considera “dignos ejercientes de sus obligaciones, antes y después de la mayoría de edad”. Incluso encuentra reparos en la forma en la que los progenitores podrían ejercer la guarda de hecho de forma compartida, confirmando que no advierte:

“que concurren circunstancias precisas para pensar en la mejora en el interés y bienestar del hijo común ya mayor de edad, existiendo, como existe, un régimen de comunicación con su padre amplio que permite un contacto vital estrecho”.

En consecuencia, la pretensión de guarda compartida fue desestimada. Manteniéndose, de un lado, la “guarda exclusiva de la madre, guardadora de hecho, como figura principal de apoyo en el ámbito civil, de acuerdo al art. 91.II CC, y de otro, el régimen de comunicación, visitas y estancia que venía desarrollando durante la minoría de edad de su hijo y hasta el momento presente, de acuerdo con el art. 94 CC”.

COMENTARIO

La LAPCD constituye el proyecto central que adapta el Derecho interno al art. 12 de la CDPD³. En el art. 12 CDPD se recoge el derecho al igual reconocimiento ante la ley. El artículo reafirma el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, establece la presunción de capacidad e insta a los Estados Partes a reconocer la capacidad para obligarse de todas las personas mayores de edad, sin distinción por razón de discapacidad alguna. También ordena a los Estados a adoptar las medidas de apoyo necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica. Dichos apoyos deben respetar la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como los principios de necesidad y proporcionalidad.

No obstante, una vez ratificada la Convención, la mayoría de los Estados Partes encontraron dificultades en la aplicación del art. 12 CDPD. Hasta tal punto que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (Comité, en adelante), órgano de expertos que supervisa e interpreta la aplicación de la Convención, tuvo que pronunciarse a través de su Observación General Primera. De hecho, con la finalidad de promover la aplicación del art. 12 CDPD, insistió en que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como

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

la legitimación para ejercitarlos. Cuestión que no estaba siendo interpretada correctamente por parte de los Estados.

En el proceso de adaptación del ordenamiento jurídico interno, la LAPCD persigue un modelo que garantice el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, garantizándose los apoyos precisos en el proceso de toma de decisiones. Esto supone dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. En consecuencia, este cambio conlleva la desaparición del modelo de la sustitución en la toma de decisiones y el desarrollo normativo de un régimen de provisión de apoyos que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica.

I. LA REFORMA CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

La LAPCD implanta el modelo social de la discapacidad. Un modelo que entiende la discapacidad como una circunstancia en la que las restricciones personales no tienen su origen en las características de la persona, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta su situación, generando barreras que las excluyen y discriminan. En su implementación, elimina la incapacitación y otorga preferencia a las medidas voluntarias, es decir, las elegidas por la propia persona, al tiempo que regula un régimen jurídico de provisión de apoyos, que en defecto de medidas voluntarias prefiere las informales (guarda de hecho) y solo en último término las judiciales (curatela y defensor judicial). En concreto, el art. 249 CC establece el procedimiento a seguir por quienes presten apoyo de cualquier tipo para la averiguación de lo que quiere o hubiese querido, en caso de no poder expresarlo de forma comprensible. Así, el artículo establece que:

“Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”.

Añade el art. 249 CC, que, excepcionalmente, “cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

En definitiva, la Ley deja claro que la persona que presta el apoyo debe hacer un esfuerzo considerable para acceder a la voluntad de persona apoyada. Y, solo en caso de que esto no sea posible, deberá reconstruirse la voluntad atendiendo a su trayectoria vital “incluso aunque esta sea contraria a la opinión de la auxiliar y al propio interés superior objetivo de la persona con discapacidad”⁴. De hecho, se insiste desde un sector de la doctrina, en la necesaria expulsión del criterio del mejor interés en la prestación de apoyos a personas adultas⁵.

Como hemos dicho, entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica la LAPCD reconoce las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, siendo las últimas de provisión judicial (art. 250 CC). En el caso de la guarda de hecho, queda configurada como una medida de apoyo informal, “cuya habilitación para actuar proviene directamente de la ley, no de una declaración judicial”⁶. El guardador o guardadora de hecho sería la persona que viene prestando un apoyo de forma habitual en la vida de la persona con discapacidad. El propio Preámbulo de la LAPCD lo recoge así:

“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 el ámbito del Derecho de Familia, la reforma modifica el art. 94 CC, relativo al derecho de visitas, comunicación y estancia respecto de los hijos. Sobre este último precepto, conviene recordar que el nuevo tenor conserva la redacción del párrafo primero, que se refiere expresamente a los hijos menores de edad. Sin embargo, se ha incorporado un párrafo nuevo:

“respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior”.

Además, el nuevo art. 94 CC añade que “la autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y

4 GARCÍA RUBIO, M. P.; TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos”, cit., pp. 279-334, esp. 283.

5 GARCÍA RUBIO, M. P.; TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos”, cit., pp. 279-334, esp. 283.

6 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Sistema de Provisión Judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201)*, 2022.

preferencias del mayor con discapacidad” (art. 94 CC). En definitiva, que en el supuesto de hijos emancipados o mayores de edad con discapacidad no hay lugar para la sustitución de su voluntad y no se puede atender únicamente a la solicitud del derecho de visita por parte del progenitor, ni al interés superior del hijo adulto, correspondiendo a los tribunales interpretar el precepto conforme a lo estipulado en el art. 249 CC. En este sentido, la ley es clara respecto del procedimiento a seguir por la persona que presta el apoyo, que debe averiguar qué quiere o hubiere querido la persona con discapacidad, en caso de no poder expresarlo de forma comprensible⁷. Solo en el caso de no poder concluir cuál es la verdadera voluntad de la persona con discapacidad, la prestadora de apoyos debe tratar de reconstruir la voluntad, teniendo en cuenta “la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores”, así como cualquier factor que hubiese tenido en consideración a la hora de decidir sobre el hipotético régimen de visita y comunicación. Incluso aunque su voluntad sea contraria a la opinión de la persona que presta el apoyo y al propio interés superior objetivo de la persona con discapacidad⁸. Sobre esta última cuestión, es preciso insistir en la necesidad de abandonar definitivamente el sistema del interés superior, a todas luces contrario al art. 12 CDPD. En cualquier caso, cuando exista alguna duda, la autoridad judicial determinará en la comparecencia si es el hijo quien adopta la decisión, al tiempo que verifica la ausencia de influencia indebida y manipulación⁹. Para ello, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas oportunas para asegurar el ejercicio de las medidas de apoyo conforme a lo estipulado en la LAPCD.

Un sector de la doctrina se ha pronunciado sobre el alcance de la reforma del art. 94 CC, considerando que el nuevo precepto responde a la filosofía y alcance de la LAPCD¹⁰, al dar cobertura a los progenitores en situación de conflicto familiar, tras la supresión de la patria potestad prorrogada¹¹. Sin embargo, es preciso realizar un análisis crítico sobre el hecho de que las modificaciones llevadas a cabo sigan estableciendo paralelismos entre los menores de edad y las personas adultas con discapacidad, pues no solo no resuelve la confrontación entre el interés superior del menor frente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad¹², sino que favorece interpretaciones contrarias

7 GARCÍA RUBIO, M. P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos”, cit., pp. 279-334.

8 GARCÍA RUBIO, M. P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos”, cit., pp. 279-334.

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

10 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas”, en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LARA), Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 303-368.

11 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Se da nueva redacción” cit., pp. 145-150.

12 OTERO CRESPO, M.: “Artículo 94 CC”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Civitas, 2022, pp. 125-129.

a la Convención y a la propia LAPCD¹³. La incorporación del segundo párrafo ha de interpretarse como un reducto de paternalismo característico del modelo anterior; inspirado todavía en cierta medida por el interés de la persona adulta con discapacidad, en lugar de en su voluntad, deseos y preferencias. Por ello, creo que hubiera sido más acorde con el nuevo modelo que el legislador se hubiese limitado a la supresión de la referencia a los “hijos incapacitados” que contenía el párrafo primero en su redacción anterior, sin incluir un supuesto específico para los hijos adultos con discapacidad.

En definitiva, la LAPCD no ha resuelto del todo bien la solución a posibles conflictos familiares que dificulten las relaciones entre los hijos adultos con discapacidad y el progenitor con el que no convive. En concreto, el art. 94 CC no es del todo compatible con el art. 12 CDPD, pues permite cierta equiparación entre los hijos menores de edad y los hijos emancipados y adultos que precisen apoyo para la toma de decisiones, o al menos da pie para interpretar que dicha equiparación o analogía existe. Además, la regulación de un supuesto excepcional para personas adultas con discapacidad, no contemplado para el resto de hijos adultos, crea una distinción por razón de la discapacidad, contraviniendo así el art. 5 CDPD.

II. DISCONFORMIDAD DE LA SAP DE SANTANDER DE 14 DE FEBRERO DE 2022 CON LA CDPD.

Tal y como ha podido comprobarse en la sentencia comentada, y en cierta medida fomentado por el equívoco paralelismo que establece el precepto y que se ha criticado en el epígrafe precedente, se deduce cierta confusión entre la medida de apoyo en cuestión, guarda de hecho, con el régimen de guarda y custodia de hijos menores de edad. Identificación que no puede tener lugar por representar la guarda y custodia una concreción de la función tutiva de la responsabilidad parental¹⁴. Además, la petición, por parte del padre, de lo que la sentencia denomina “guarda compartida” no tiene cabida en el nuevo modelo de la capacidad jurídica, en el que cabe un apoyo compartido de naturaleza informal, pero que es algo muy distinto de la guarda y custodia del menor. En este sentido, una vez ha quedado constatado el adecuado ejercicio de la guarda de hecho por parte de la madre, el tribunal debió rehusar pronunciarse sobre la pretendida guarda y custodia compartida. Sin embargo, al encontrarnos ante un caso en el que la madre actúa como guardadora de hecho, al tiempo que existe un conflicto

13 PRADOS GARCÍA, C.: “El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 350-371.

14 GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: “Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo. A propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022 (JUR 2022, 88324)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, pp. 198-251.

de intereses entre los progenitores, corresponde al juez decidir sobre el régimen de visitas, pero, eso sí, facilitando el papel activo del hijo en la toma de decisiones, e incluso nombrando un defensor judicial¹⁵.

En cualquier caso, la LAPCD tiene un ámbito de aplicación claro, el de las personas mayores de edad. Por ello, insisto en que en lo relativo al derecho de visita y comunicación respecto de una persona adulta con discapacidad, la autoridad judicial debe tener en cuenta como único criterio de actuación el del respeto a la voluntad, deseos y preferencias, en absoluta consonancia con el art. 12 CDPD. Es decir, el tribunal debió garantizar que el hijo mayor de edad con discapacidad pudiera manifestar su voluntad en lo relativo a la persona que debía prestar el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica; si quería que siguiera siendo la madre o si su voluntad era que lo hiciera también su padre. Para ello debía haber procurado en todo momento el desarrollo del proceso de toma de decisiones, tal y como establece el art. 249 CC. En el caso de que esto no fuese posible, debió tenerse en cuenta su trayectoria vital, creencias, valores y factores que hubiera tomado en consideración de no haber precisado el apoyo. Lejos de todo ello, la autoridad judicial no adoptó la resolución previa audiencia del hijo común ni del Ministerio Fiscal, un deber que responde a uno de los principios básicos de la reforma: atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. De tal forma que la audiencia conllevaría una entrevista que permitiese al juez escuchar a la persona para conocer su voluntad, e incluso para determinar el grado de afectividad con sus progenitores¹⁶. Audiencia que no consta haberse realizado en este caso; en principio, debido a que la dificultad para comunicarse del hijo “la hacía inviable”. Tampoco se hace referencia a la necesidad de reconstruir la voluntad del hijo a través de la persona que presta el apoyo o de otro apoyo con el que no tuviera conflicto de intereses. Según se deduce del texto de la sentencia nos encontramos ante uno de los denominados “casos límite o difíciles”, es decir, casos en los que la persona con discapacidad “ni puede formar su voluntad ni puede expresarla y, por añadidura, carece de trayectoria vital que pueda ser interpretada¹⁷”. En estos supuestos el legislador ha entendido que corresponde la representación heterónoma o sustitutiva de la voluntad del representado como la única solución posible. Ello a pesar de que ni si quiera en tales casos la admite el Comité, tal y como ha puesto de manifiesto en la Observación General Primera. No obstante, esto no queda reflejado en la

15 TORRELLES TORREA, E.: “Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del art. 94 CC del Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 791, pp. 1387-1441.

16 TORRELLES TORREA, E.: “Hijos con discapacidad”, cit., pp. 1387-1441, esp.1409.

17 GARCÍA RUBIO, M. P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Artículo 249 CC”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Civitas, Madrid, 2022, pp. 207-219, esp.217.

sentencia, en la que se divaga entre fundamentos jurídicos que son de aplicación a supuestos sobre el régimen de guarda y custodia de hijos menores de edad.

En definitiva, el nuevo tenor del art. 94 CC regula el derecho de visita, comunicación y estancia respecto de los hijos emancipados y mayores de edad que precisen de apoyo en la toma de decisiones. Regulación que pretende resolver los posibles conflictos de intereses que puedan surgir en el ámbito familiar, tras la derogada patria potestad prorrogada y rehabilitada. Es más que cuestionable que se haya mantenido esa regulación de forma paralela a la custodia de los menores de edad. En todo caso, tratándose de adultos con discapacidad, la autoridad judicial debe garantizar, en todo momento, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como la debida prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Sistema de Provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria* (Cód. EX2201), 2022.

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

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

GARCÍA RUBIO, M. P. y TORRES COSTAS, M. E.: "Artículo 249 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M. J. MORO ALMARAZ), Civitas, Madrid, 2022.

GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo. A propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022 (JUR 2022, 88324)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022.

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

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: "Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas", en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LARA), Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

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

PALLARÉS NEILA, J.: "El principio de consideración de los propios deseos de la persona con discapacidad. Comentario a la SAP de Toledo 000053/2022, de 14 de marzo", *Diario la ley* nº 10117 (2022).

PRADOS GARCÍA, C.: "El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022.

TORRELLES TORREA, E.: "Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del art. 94 CC del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 791.

