

DERECHO A LAS RELACIONES PERSONALES: EL SUPUESTO EN EL QUE SE IMPIDE LA RELACIÓN CON EL PROGENITOR DE EDAD AVANZADA CON DISCAPACIDAD¹

Esther Torrelles Torrea
Profesora titular de derecho civil
Universidad de Salamanca

Resumen

En los últimos años empiezan a ser habituales los casos en los que son los hijos los que solicitan un régimen de relaciones personales o de visitas con sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares que se generan entre los descendientes del discapacitado. Suele ser común que uno de los hijos sea el tutor, curador, asistente o guardador de hecho de su padre o madre con discapacidad (esto último, lo más habitual), y exista una mala relación de aquel con sus hermanos, es decir, con los restantes hijos de la persona discapacitada. Es en estos casos en los que observamos que se está solicitando al juez un régimen de visitas o de relaciones personales por parte de los descendientes que se ven privados de la posibilidad de estar o de comunicarse con sus progenitores. Este supuesto de hecho carece de regulación legal tanto en el Código civil español con en el Código civil de Cataluña y en este trabajo se pretende construir una posible solución haciendo un estudio de las relaciones familiares cuando las partes implicadas son las señaladas anteriormente.

Palabras clave: relaciones familiares, régimen de visitas, estancia y comunicación, discapacidad, medidas de apoyo, asistente, guardador de hecho, curador, desheredación.

1. Desarrollo el presente trabajo en mi condición de miembro investigador del Grupo de Investigación Persona y Consumo. Protección de Colectivos Vulnerables, reconocido el 18 de octubre de 2018 y cuyo investigador responsable es José Antonio Martín Pérez. Se enmarca en el proyecto de investigación «Discapacidad y dependencia: retos para potenciar la autonomía de todas las personas», otorgado por la Junta de Castilla y León y cuyo investigador principal es José Antonio Martín Pérez (SA065G19).

DRET A LES RELACIONS PERSONALS: EL SUPÒSIT EN EL QUAL S'IMPEDEIX
LA RELACIÓ AMB EL PROGENITOR D'EDAT AVANÇADA
AMB DISCAPACITAT

Resum

En els darrers anys comencen a ser habituals els casos en què són els fills els que sol·liciten un règim de relacions personals o de visites amb els seus progenitors d'edat avançada amb discapacitat, a causa de l'existència de crisis o conflictes familiars que es generen entre els descendents del progenitor amb discapacitat. Acostuma a ser comú que un dels fills sigui el tutor, curador, assistent o guardador de fet del seu pare o la seva mare amb discapacitat (això últim, el més habitual), i existeixi una mala relació d'aquell amb els seus germans, és a dir, amb la resta de fills de la persona que té la discapacitat. És en aquests casos en què observem que s'està sol·licitant al jutge un règim de visites o de relacions personals per part dels descendents que es veuen privats de la possibilitat d'estar o de comunicar-se amb els seus progenitors. Aquest supòsit de fet no està regulat ni en el Codi civil espanyol ni en el Codi civil de Catalunya i en aquest treball es pretén trobar-hi una possible solució fent un estudi de les relacions familiars quan les parts implicades són les assenyalades anteriorment.

Paraules clau: relacions familiars, règim de visites, estància i comunicació, discapacitat, mesures de suport, assistent, guardador de fet, curador, desheretament.

ESTABLISHING PERSONAL RELATIONSHIPS ON BEHALF OF SON
PREVENTED FROM VISITING THEIR DISABLED PARENTS

Abstract

In recent years, cases in which it is the son who request a regime of personal relations or visiting arrangements with their elderly parents with disabilities, due to the existence of family crises or conflicts, have become common. Conflicts are generated between the disabled person's descendants. It is usually common that one of the sons is the guardian, curator, assistant or is the *guardador de hecho* of his or her disabled parent (the latter is the most common), with a bad relationship between him or her and his or her siblings, that is, with the remaining children of the disabled person. It is in these cases in which we observe that the judge is being asked for a visiting or personal relations regime by the descendants who are deprived of the possibility of being or communicating with their parents. This case lacks legal regulation both in the Spanish Civil Code and in the Civil Code of Catalonia and in this work we try to construct a possible solution by making a study of the family relations when the parties involved are those indicated above and the disability of the progenitor.

Keywords: family relations, visiting arrangements, residence and communication, disability, support measures, assistant, guardian, curator, disinheritance.

1. PRESENTACIÓN DE UN VACÍO LEGAL

Una primera aproximación al análisis de las relaciones personales (según la terminología del Código civil de Cataluña [CCCat]) o del régimen de visitas, estancia o comunicación (según el Código civil español [CC]), nos conduce a las crisis matrimoniales.² Suele ser el progenitor no custodio el que solicita dichas relaciones personales o régimen de visitas, aunque también pueden reclamarlas otros familiares (hermanos, abuelos u otros parientes) o allegados / personas próximas.³

Según el derecho civil catalán, ante una separación, un divorcio o una nulidad del matrimonio, los progenitores intentan acordar un convenio regulador que debe aprobar la autoridad judicial (art. 233-2.2 CCCat) y, si no llegan a un acuerdo o no lo aprueba el juez, será este el que resolverá los efectos derivados de dicha crisis (art. 233-4 CCCat). Los subapartados 4, 5 y 6 del artículo 233-2 CCCat señalan el contenido del convenio o los aspectos sobre los que los cónyuges deben consensuar una propuesta y el artículo 233-4 CCCat describe las medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial.⁴ Entre estos acuerdos o medidas destaca el establecimiento

2. Señala J. EGEA FERNÁNDEZ, «El dret a les relacions personals entre avis i néts. Notes a una nova regulació en el dret civil de Catalunya», en *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 1213 y 1214, que fue la Ley republicana de 2 de marzo de 1932 la que reguló por primera vez en el ordenamiento español el derecho del cónyuge que no tenía la guarda a comunicarse con los hijos, pero el fin de la República supuso su cese y hubo que esperar a la Ley de modificación de 24 de abril de 1958, a través de la cual se reguló de nuevo el régimen de visitas en las crisis matrimoniales.

3. El CCCat se decanta por el uso de la expresión «personas próximas», frente a la de «allegados» del CC. I. MIRALLES GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 236-4 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia: Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2001, p. 1228, advierte que entre las personas próximas «hay que incluir no solo a los otros parientes por consanguinidad o afinidad que tenga el menor, sino también a aquellos con los que el menor haya convivido y establecido vínculos afectivos. Cabe pensar en el cónyuge o pareja de cualquiera de sus progenitores, en las personas que lo acogieron, etc.».

4. Como señalan L. ARNAU RAVENTÓS, E. GINEBRA MOLINS y J. TARABAL BOSCH, *Dret de família: Teoria i casos*, Barcelona, Atelier, 2020, capítulo 7, «La nul·litat, la separació i la dissolució matrimonials i els seus efectes», p. 221, en el convenio regulador puede distinguirse un contenido necesario (plan de parentabilidad y alimentos) y un contenido eventual (el régimen de relaciones personales de los menores con abuelos y hermanos que no convivan en la misma vivienda; la prestación compensatoria; la atribución y uso de la vivienda familiar; la compensación económica por razón de trabajo; la liquidación del régimen patrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa; los alimentos de los hijos mayores de edad o emancipados sin recursos, y los pactos de sumisión a mediación u otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos). Si es el juez quien resuelve (art. 233-4 CCCat), se distinguen las medidas definitivas necesarias de las medidas definitivas eventuales.

Uno de los temas más polémicos es el uso de la vivienda familiar. Sobre el tema, véase G. RUBIO GIMENO, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills menors i introducció d'un tercer: revisió de la regulació catalana a propòsit de la Sentència del Tribunal Suprem núm. 641/2018, de 20 de novembre», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 20 (2019), p. 37 i seg.

de un régimen de relaciones personales entre hijos y progenitores, hermanos,⁵ abuelos, parientes o personas próximas (art. 233.1a y c y 233-12 CCCat).⁶

También se regula de forma similar en diversos artículos del CC y de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) lo que se denomina *régimen de visitas, comunicación y estancia* entre los hijos, el progenitor no custodio, los abuelos, los hermanos, los parientes o allegados (art. 90.1 y 2, 94, 103, 160 y 161 CC y 776.3 LEC), y es el eje de todos ellos el artículo 94 CC, reformado 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, LRAPD).

Sin embargo, en los últimos años observamos una tendencia muy diferente. Empiezan a ser habituales los casos en los que son los hijos mayores de edad los que solicitan un régimen de relaciones personales o de visitas con sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares que se generan entre los descendientes del progenitor con discapacidad. Suele ser común que uno de los hijos sea el tutor, curador o guardador de hecho de su padre o madre con discapacidad (esto último, lo más habitual), y exista una mala relación de aquel con los restantes hijos de la persona con discapacidad. Es en estos casos en los que se está solicitando un régimen de visitas por parte de los descendientes que se ven privados de la posibilidad de estar o de comunicarse con sus progenitores. Puede darse el caso de que el progenitor con discapacidad viva en su propia casa junto a uno de sus hijos, que es el tutor, curador o guardador de hecho, y también que el progenitor con discapacidad viva en casa de este hijo. En estas circunstancias, el hijo cuidador obstaculiza las visitas a los demás hijos.

5. J. BAYO DELGADO, «Comentari a l'article 233-1 CCCat», en J. EGEA FERNÀNDEZ Y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 394, advierte que las relaciones entre los hermanos, de vínculo sencillo o doble, es una novedad en sede de medidas provisionales, pero, incomprensiblemente, el artículo 233-1c CCCat no incluye a los abuelos, como sí hace el artículo 233-12 CCCat.

6. En Cataluña, una de las principales novedades del libro segundo ha sido el plan de parentalidad, que contiene acuerdos sobre aspectos prácticos relativos a la vida cotidiana de los menores y el modo en que los padres se comunicarán; también contiene acuerdos en relación con los asuntos importantes y de incidencia que aparecerán, previsiblemente, a medio y largo plazo. Véase E. LAUROBA LACASA, «Comentari al artículo 233-9 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 856. Añade la autora (E. LAUROBA LACASA, «Comentari al artículo 233-9 CCCat», p. 857 y 858) que «el plan de parentalidad no debe contemplar las cuestiones ligadas al régimen de relaciones de los menores con los abuelos y los hermanos que no conviven en el mismo domicilio, pues estas cuestiones son otros apartados del convenio regulador [art. 233-2b y c CCCat]. Es necesario subrayar este dato que diferencia el Plan de parentalidad estricto/catalán, de los denominados "Pacto de relaciones familiares" (art. 77 del Código de derecho foral de Aragón) o "Pacto de convivencia familiar" (art. 4 de la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana), mucho más amplios». Véase también E. LAUROBA LACASA, «Los planes de parentalidad en el libro segundo del Código civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4-2012, p. 9 y sig.

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

El problema es que en el ordenamiento jurídico actual no existen instituciones de apoyo específicamente vinculadas a las personas de edad avanzada, por eso cada vez son más frecuentes las lagunas legales en distintos ámbitos en los que están presentes las personas de la tercera edad, paralelas a un incremento de este sector de la población.⁷ Sería conveniente tenerlo presente en las reformas futuras.

En el supuesto planteado confluyen dos temas: la solicitud de un régimen de relaciones personales (si nos referimos al CCCat) o de visitas, comunicación o estancias (según el CC),⁸ y la discapacidad de una persona, habitualmente de edad avanzada.

Aunque a nivel legislativo ni el CCCat ni el CC resuelven esta cuestión, la jurisprudencia ya se ha hecho eco del problema. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de La Coruña de 22 de mayo de 2019 (Roj: AAP C 608/2019), en la que la hija pide un régimen de visitas para ver a su madre, declarada incapaz, dado que su tutora (la hermana de la demandante) le prohíbe verla. En primera instancia se deniega la solicitud por considerar que no está prevista en el ordenamiento la posibilidad de pedir régimen de visitas de hijos a padres. Sin embargo, en segunda instancia se le concede. En el mismo sentido, la SAP de Salamanca de 25 de febrero de 2013 (Roj: SAP SA 101/2013) determina la forma y los términos del régimen de visitas solicitado por el hijo para con su madre, la cual vive en su casa con la hermana de aquel, que a su vez es la tutora. La sentencia confirma un régimen de visitas a través de un sistema de recogidas y entregas los lunes, miércoles y viernes de las 16.00 a las 20.30 horas, pues, basándose en el interés de la persona incapaz, no se considera que las visitas en la vivienda de la madre sean lo más beneficioso para ella, por los severos enfrentamientos y agresiones que ha habido entre los hermanos al respecto. Y en el caso de que la madre tenga ya limitados los movimientos, las partes tendrán que ponerse de acuerdo o acudir de nuevo a la vía judicial.

Estos supuestos descritos son cada vez más frecuentes y sería conveniente tenerlos en cuenta legalmente. Cabe destacar que en estos casos no nos ubicamos en materia de crisis matrimonial, sino de crisis familiar. En las próximas páginas se intentará analizar las peculiaridades de este régimen de relaciones personales o régimen de visitas, haciendo una referencia especial a la discapacidad tanto en el CC como en el CCCat, y se propondrá una posible solución a la cuestión planteada. Para ello usa-

7. Para un estudio de ello, véase M. C. QUESADA GONZÁLEZ, *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el derecho catalán*, Barcelona, Reus, 2019.

8. J. EGEA FERNÁNDEZ, «El dret a les relacions personals entre avis i néts», p. 1214, nota 2, nos enseña que el origen del derecho de visitas se encuentra en la sentencia francesa de la Court de Cassation de 8 de julio de 1857, pues «va ser la primera que va reconèixer el dret d'uns avis a "visitar" el seu nét (d'aquí l'expressió *dret de visita*, que s'ha generalitzat posteriorment a tot arreu, tant per aquells com pels propis progenitors)».

remos, análogicamente, la regulación y la doctrina relativas a los regímenes de visitas o de relaciones personales referentes, especialmente, a los menores. Se es consciente de la necesidad de un estudio de derecho comparado sobre esta materia, que se intentará llevar a cabo en un próximo trabajo. Puedo adelantar que legislativamente no está previsto este supuesto de hecho en las legislaciones de nuestro entorno, ni en códigos más recientes como, por ejemplo, el argentino o el chino. Por ello, será preciso realizar un estudio jurisprudencial, más que legislativo, de derecho comparado.

2. EL ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES ENTRE HIJOS Y PROGENITORES CON DISCAPACIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA Y EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Es preciso empezar por una cuestión terminológica. La doctrina y la jurisprudencia relativas al CC suelen hacer un uso indistinto de las expresiones *régimen de visitas*, *derecho de visitas*, *régimen de visitas*, *comunicación o estancia*, etcétera. Dicha terminología se ha criticado por ser imprecisa o por ser demasiado extensa.⁹ El CCCat, sin embargo, ha optado por la expresión *relaciones personales*, mucho más apropiada a lo que implica dicho derecho.¹⁰ Como advierte Vaquer Aloy al hablar

9. M. ORDÁS ALONSO, *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, p. 21 y 22.

10. Expresión preferida, entre otros, por P. CHAPARRO MATAMOROS, «El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2015), p. 210; A. M. COLÁS ESCANDÓN, «El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, Sala 2ª, nº 138/2014, de 8 de septiembre)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29 (2015), p. 140; A. I. BERROCAL LANZAROT, «Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 6 (2005), p. 47; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Pamplona, Universidad de Navarra. Servicio de Publicaciones, 1997, p. 23.

Si observamos los ordenamientos de nuestro entorno, se prefiere la expresión «relaciones personales» o similares. Así, el artículo 373-2 del Código civil francés afirma que «[c]hacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent», aunque no desconoce la expresión «droit de visites» (art. 373-2-1 *Code*). El artículo 337-ter del Código civil italiano advierte que «il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori». En Portugal, el artículo 1887-A del Código civil manifiesta que «[o]s pais não podem injustificadamente privar os filhos *do convívio* com os irmãos e ascendentes», y el artículo 1906.5 señala que «[o] tribunal determinará a residência do filho e os *direitos de visita* de acordo com o interesse deste».

de las relaciones personales, se trata de un «concepto amplio y ambiguo que permite ir más allá del simple régimen de visitas».¹¹ Además, esta es una expresión también conocida por el legislador estatal, pues la utiliza en el artículo 160.2 CC junto con la expresión «derecho a relacionarse»¹² y en el artículo 176 bis CC, aunque parece distinguirla del derecho de visitas, pues se refiere al «régimen de visitas y relaciones con la familia de origen».¹³ Según nuestro parecer, el término *relación* se usa como sinónimo de *comunicación*, en el sentido de conexión con otras personas, o trato con ellas.

2.1. SIGNIFICADO DE LAS RELACIONES PERSONALES DE LOS HIJOS CON SUS PROGENITORES CON DISCAPACIDAD

Cuando se intenta definir las *relaciones personales* en sede de crisis matrimonial o de potestad parental, se señala que incluyen todo tipo de mecanismos a través de los cuales los menores pueden mantener el contacto y desarrollar lazos afectivos con sus progenitores, en los supuestos en que ambos o alguno de ellos no convivan con el

M. ANDERSON, «Comentari a l'article 236-4 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ Y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 807, considera que «sembla que el CCCat vulgui abandonar definitivament la tríada "visites, estada i comunicació" que es despenia de l'art. 76.1.a CF, per adaptar el concepte més ampli de "relació personal", sense desglossar les diferents modalitats en què es pot desenvolupar». Aunque no abandona su alusión en el artículo 233-9.2d y e CCCat, D. VIÑAS MAESTRE, «Comentari a l'article 233-9 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ Y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 437, critica el carácter peyorativo y limitativo de la expresión «régimen de visitas».

Hasta ahora se han usado ambas expresiones, pero en lo sucesivo se usará preferentemente la de «relaciones personales», por considerarla más adecuada.

11. A. VAQUER ALOY, *Derecho civil de Cataluña: Derecho de familia*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, p. 140.

12. J. CARBAJO GONZÁLEZ, «El derecho de relación con parientes y allegados del art. 160 CC», *Diario la Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 4 (2000), p. 1507, considera que las expresiones «derecho a relacionarse» y «relaciones personales» buscan la ambigüedad conscientemente al pretender configurar un derecho elástico y acomodable a las circunstancias.

13. Lo mismo sucede en el artículo 66 de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que opta por la expresión «régimen de visitas, estancia, relación o comunicación»; o en la Ley orgánica 1/1996, de 1 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia), que usa en sus artículos 20 bis y 21 bis la expresión «régimen de visitas, relación o comunicación». En la misma línea, la Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección de la infancia y de la adolescencia frente a la violencia, reforma el artículo 544 ter de la Ley de enjuiciamiento criminal y en el párrafo tercero de su apartado 7 se refiere al «régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpaado respecto de los menores».

menor, así como con otras personas que conforman su entorno familiar y doméstico.¹⁴ Respecto al «derecho de visitas, comunicación y estancia», en el CC se considera:

[...] el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse un desarrollo integral de su personalidad.¹⁵

Las relaciones personales o el régimen de vistas, comunicación y estancias determinan el tiempo, modo y lugar en que se ejerce por parte del progenitor no custodio el derecho que tiene de relacionarse con sus hijos. Con dicho establecimiento se pretende facilitar de manera real y posible el contacto entre el progenitor no custodio y sus hijos, de tal modo que se cubran las necesidades afectivas y educativas de los hijos y se fomenten las relaciones paterno y maternofiliales con el fin de mantener la corriente afectiva entre padres e hijos a pesar de la separación o el divorcio.

Sin embargo, como acertadamente pone de manifiesto Anderson, el establecimiento de relaciones personales no solo es relevante cuando los progenitores se separan o divorcian, sino que también se pone de manifiesto y es necesario en otras situaciones: por ejemplo, en los casos de vida separada (art. 236-11 CCCat) por motivos laborales o en los supuestos en los que los progenitores nunca han sido pareja.¹⁶

Y a estas situaciones especiales podemos añadir un nuevo supuesto: el caso en que son los hijos los que solicitan un régimen de relación personal con sus progenitores, aunque aquí no existe una crisis matrimonial, sino una crisis de familia. Observamos que en estos casos también se pretenden cumplir los fines descritos. El progenitor con discapacidad tiene derecho a relacionarse con todos sus hijos de forma habitual y cotidiana, con independencia de quien sea su guardador, tutor, curador o asistente. Estas relaciones, no obstante, deberán adaptarse a las circunstancias y los

14. M. ANDERSON, «Comentari a l'article 236-4 CCCat», p. 807 y 808. Estamos ante un derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, con independencia de cuál de ellos tenga atribuida la guarda. Aunque el supuesto normal en el que siempre se piensa es el del régimen de relaciones respecto del progenitor que no convive con el hijo, «també és cert que, depenent del moment i justament arran del règim de relacions amb el progenitor no guardador, s'ha de mantenir, dins del possible, una comunicació fluida amb el guardador». La finalidad principal es la contribución al desarrollo adecuado de la personalidad del menor.

15. M. ORDÁS ALONSO, *El derecho de visita, comunicación y estancia*, p. 71.

16. M. ANDERSON, «Comentari a l'article 236-4 CCCat», p. 809.

hábitos del progenitor con discapacidad, pues es una persona, habitualmente, con una autonomía limitada y unas rutinas de vida adaptadas a sus necesidades.

Se pretende mantener el vínculo afectivo entre las partes y, a la vez, disfrutar de los progenitores y atenderles en lo necesario. Es preciso que entre los hijos y el progenitor con discapacidad exista una relación fluida, parecida a la que existía antes de la privación del contacto por parte de uno de los descendientes. En este caso, adquieren protagonismo las necesidades afectivas sobre las educacionales. Se quiere fomentar los vínculos personales, que no se extienden solo a los hijos que pretenden un régimen de relación personal con sus progenitores, sino que incluyen también el contacto con los nietos, hermanos o demás parientes y allegados o personas próximas (como sucede también con los menores). Lo que sucede es que estas relaciones, en el CC y en el CCCat, están pensadas para el caso en que los solicitantes de las relaciones personales son los progenitores, abuelos, hermanos, parientes o allegados o personas próximas respecto a hijos menores o hijos mayores de edad con discapacidad (básicamente, art. 233-1, 233-2 y 236-4 CCCat, y art. 94 y 160.2 CC). Pero cuando la solicitud de relaciones personales es a la inversa, la finalidad primordial de dichas relaciones es mantener y conservar los canales afectivos entre las partes, fomentar el bienestar no solo de los progenitores, sino también de sus descendientes, y conseguir preservar o mantener un entorno familiar. Como señala la jurisprudencia, la relación de los hijos y los nietos con sus progenitores o abuelos discapacitados «no puede considerarse perjudicial sino beneficios[a] por tratarse de una relación primaria o de derecho natural entre familiares tan directos» (SAP de La Coruña de 18 de junio de 2013; JUR/2013/245997). En estas relaciones, la función educacional se desdibuja, pues no es un objetivo primordial entre progenitores e hijos, pero no significa que deba excluirse, especialmente si existen nietos, pues se fomenta la cultura del respeto a los mayores y del aprendizaje de los mismos.

Las relaciones personales solicitadas por los hijos respecto a sus progenitores incluyen, también, atenderles en sus necesidades y ayudarles en lo que precisen. Se convierten en esenciales la compañía y el entretenimiento de los mismos por parte de sus descendientes, parientes o personas próximas.

El derecho a mantener un régimen de relaciones personales entre progenitores e hijos en los supuestos de crisis matrimoniales se configura como un derecho-deber, lo que implica que el derecho a relacionarse no supone satisfacer el deseo del progenitor no custodio, sino que implica atender las necesidades afectivas y educativas de los hijos para que tengan un desarrollo armónico y equilibrado, siempre que sea beneficioso para salvaguardar sus intereses.¹⁷ En el supuesto de que quien exija el régimen

17. Por todos, véase M. CASTILLA BAREA y A. L. CABEZUELO ARENAS, «Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, *Tratado del derecho de familia*, 2a ed., vol. II, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 476.

de relaciones personales sean los hijos, se pretende también atender las necesidades afectivas y se intenta salvaguardar los intereses familiares y evitar la desconexión entre progenitores e hijos. Las relaciones personales en estos casos son un derecho tanto de los hijos como de los progenitores con discapacidad. Es un derecho recíproco.¹⁸ Y en algunos casos, cuando el progenitor, por su enfermedad, no sea consciente de las personas de su entorno, este derecho lo asume casi con exclusividad el hijo que solicita un régimen de relaciones personales con su progenitor. Este derecho-deber se ejerce de forma personal y nace de la filiación,¹⁹ de ahí que también esté presente en el supuesto sometido a análisis. Así lo considera la SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 2017 (JUR/2018/27838) respecto de la comunicación de una hija con su madre discapacitada. O la SAP de Salamanca de 23 de febrero de 2013, que considera que la oportunidad del derecho del hijo demandante a visitar y tener comunicación con su madre es incuestionable.

Además, hay que buscar el bienestar de la persona de edad avanzada con discapacidad y observar si resulta beneficioso el establecimiento de un régimen de relaciones personales a favor de los hijos. Como señala la SAP de Barcelona de 18 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13898/2005),

[...] de las actuaciones no se colige que haya existido una situación de conflicto entre la parte actora y el incapaz, por lo que la relación con su hija y nie-

A nivel jurisprudencial se insiste también en esta perspectiva. Por todas, véase la SAP de Madrid de 22 de marzo de 2019 (Roj: SAP M 3961/2019): «[...] el régimen de visitas a que alude el referido art. 94 CC consagra un derecho-deber que tiene por finalidad fomentar las relaciones humanas paterno-filiales y mantener latente la corriente afectiva que debe presidir dicha relación, procurando que los hijos, a pesar de la separación convivencial, no se vean afectados por las desavenencias de sus padres». Existe un interés mutuo en el trato y la relación de padres e hijos.

18. Es un derecho recíproco, al igual que lo es el derecho de relaciones personales entre los nietos y los abuelos. J. FERRER RIBA, «Comentari a l'article 135 CF», en J. EGEA FERNÁNDEZ y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 629; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, p. 118.

Incide en la idea de que el disfrute mutuo de la compañía entre progenitores e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar protegido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo acreedores de este derecho tanto los hijos como los progenitores, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 18 de febrero de 2020, caso Cînța contra Rumanía. Puede consultarse un comentario de la misma en J. A. CLIMENT GALLART, «La restricción del derecho de visitas de los padres con discapacidad mental. Comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2020. Caso Cînța c. Rumanía», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30 (julio 2020), p. 678-691.

19. I. MIRALLES GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 236-4 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 1226 y 1227, donde añade que «el derecho de relación personal se debe entender también como un derecho subjetivo de los hijos y, en consecuencia, los hijos estarán legitimados para reclamar de su guardador que les permita mantener contacto con el otro progenitor y con el resto de los parientes».

tas, familia igualmente del declarado incapaz, debe entenderse beneficiosa para el mismo, por no constar prueba en contrario que así lo acredite; y, sin que la conflictividad gratuita entre las partes hoy en litigio, deba perjudicar al incapacitado, debiendo también plantearse las partes que el interés del declarado incapaz pasa igualmente por orillar su problemática personal [...].

Se repite esta idea en la SAP de La Coruña de 23 de febrero de 2015 (JUR/2015/99169), en la que se advierte:

[...] en la adopción de una decisión de tal clase prima el principio de prevalencia del interés y beneficio de la incapaz sobre cualquier otro, sin que el alegato de indefensión pueda ser estimado, desde el momento que dicha decisión corresponde a los órganos jurisdiccionales que [...], son a los que les compete velar para que los intereses de los incapaces se encuentren debidamente protegidos, ante la imposibilidad de que pueda valerse por sí misma la declarada incapaz.

En los casos que analizamos el problema no es tanto el derecho a un régimen de relaciones personales de los hijos respecto a sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, sobre el cual no existe duda de su necesidad, sino que la cuestión suele centrarse en la forma en que se desarrollan dichas relaciones. Es evidente que el tiempo, el modo y el lugar del ejercicio del derecho a relacionarse dependen de múltiples circunstancias y situaciones (necesidades y limitaciones de los progenitores con discapacidad, estado de salud de los mismos, actividad laboral de los hijos...). Los progenitores discapacitados están en una situación más vulnerable y exigen unos cuidados y unas atenciones especiales que hay que tener presentes. Es por ello que la casuística es muy variada y en la jurisprudencia que hemos ido citando observamos que no existen criterios estandarizados, por eso se establece un derecho de relación de tres días a la semana, los fines de semana alternos, unas horas determinadas del día, etcétera.

2.2. CONTENIDO BÁSICO DE LAS RELACIONES PERSONALES HIJOS / PROGENITORES CON DISCAPACIDAD

En cuanto al contenido básico del derecho de relaciones personales, incluye, en todo caso y entre otros, los tres aspectos que se exponen a continuación.

2.2.1. *El derecho de visita o estancia*²⁰

Los casos regulados en nuestro ordenamiento se centran en los supuestos de crisis matrimonial y por lo general suelen desarrollarse en los domicilios de los progenitores, aunque existen excepciones.²¹ Si en las crisis matrimoniales la razón de ser del régimen de visitas reside en la imposibilidad «metafísica de que los hijos simultáneamente convivan con su padre y con su madre»,²² la misma imposibilidad se observa cuando son los hijos los que entre ellos se prohíben visitar a sus progenitores de edad avanzada.

Cuando el régimen de relaciones lo solicitan los hijos respecto a los padres, las visitas pueden desarrollarse en el domicilio de los hijos solicitantes a través de un sistema de recogidas y entregas. Es el supuesto que menos fricción puede generar entre las partes, pues hay poca coincidencia de las partes en conflicto.

También es posible que el progenitor discapacitado viva en su propio domicilio con uno de sus hijos guardador de hecho, curador, tutor o asistente. En estos casos no se puede impedir el acceso a quien tiene el mismo derecho que el cuidador a permanecer en el inmueble y debe aceptarse la visita de los demás hijos, a no ser que dichas visitas generen conflictos severos que acaben perjudicando al bienestar de la persona mayor con discapacidad, como sucedía en el supuesto de la SAP de Salamanca de 23 de febrero de 2013 (Roj: SAP SA 101/2013).

Puede darse también el caso de que el progenitor discapacitado conviva en casa del hijo que ha sido asignado como tutor o curador o es el guardador de hecho del mismo, y que por su estado de salud no pueda llevar a cabo o no sean recomendables los desplazamientos. En este supuesto, la SAP de Barcelona de 18 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13898/2005) señaló que no existe una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte del hijo solicitante de relaciones personales «pues el régimen de visitas se ha previsto en la vivienda en que habita el incapacitado, lo que hace decaer su tesis revocatoria, dado que igualmente tiene derecho el incapaz a recibir en la misma a su familia». Además, en estos casos la jurisprudencia advierte que el tutor

[...] deberá permitir que pueda ser visitada la persona incapaz por sus otros hijos y nietos, siendo el tutor quien fije con criterios de racionalidad atendiendo

20. Los términos *visita* y *estancia* se suelen considerar sinónimos. M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 94 CC», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 218.

21. Los casos polémicos suelen ser los supuestos de enfermedad de los menores (SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2015; Roj: SAP M 17567/2015).

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

a sus posibilidades y a la situación personal del incapaz un concreto régimen de visitas o en su caso estancias de su padre con sus hermanos (SAP de Valencia de 23 de marzo de 2011; JUR/2011/242018).

A veces, la conflictividad y la mala relación entre los hijos han aconsejado que el régimen de visitas se desarrolle en un punto de encuentro familiar (PEF), con unos horarios adaptados a las rutinas y los hábitos de la progenitora con discapacidad (SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 2017; JUR/2018/27838).

En todo caso, si concurren circunstancias relevantes que afectan al bienestar del progenitor, el régimen de visitas o de contacto puede limitarse o suspenderse. No obstante, la discapacidad de los progenitores no debe considerarse una circunstancia relevante²³ que justifique la suspensión o la limitación del régimen de visitas. Puede suponer una adaptación de las circunstancias, pero en ningún caso un motivo de suspensión o restricción, excepto que existan motivos adecuadamente fundamentados para la persona con discapacidad.²⁴ En cambio, sí son circunstancias relevantes para denegar un régimen de visitas solicitado por una cuidadora (en condición de allegada) de la persona de edad avanzada con discapacidad cuya tutora es su hija, el hecho de que solo existiera una relación laboral entre ellas, quebrada por diversas incidencias y habiendo acreditado, además, que las visitas que previamente existieron entre ellas se revelaron nocivas para la propia persona discapacitada (SAP de Valladolid de 15 de julio de 2010; JUR/2010/303124).

El régimen de visitas no puede ser interpretado de forma restrictiva, pues estamos ante un derecho que actúa para fomentar y mantener las relaciones entre progenitores e hijos. Este derecho solo puede ceder ante un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del progenitor con discapacidad. Su finalidad no es únicamente dar cumplimiento a los deseos de los hijos de la persona con discapacidad, sino también satisfacer las necesidades afectivas de forma amplia, en aras de un desarrollo íntegro de su estabilidad.

23. Prefiere usarse la expresión «circunstancia relevante» en sintonía con la nueva redacción del artículo 94 CC a través de la LRAPD, que viene a sustituir la suspensión o limitación de las visitas por «graves circunstancias».

24. Como se señala en múltiples sentencias, véase, por todas, la SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008 (Roj: SAP B 7565/2008):

El régimen de visitas no puede ser interpretado de forma restrictiva, por su propia naturaleza y por tratarse de un derecho que actúa para la reanudación de las relaciones entre padres e hijos y su mantenimiento y desarrollo. Este derecho solo puede ceder ante un peligro concreto y real para la salud física psíquica o moral del menor. Es un complejo derecho-deber cuyo cumplimiento no tiene por finalidad únicamente dar cumplimiento a los deseos de los progenitores, sino principalmente satisfacer las necesidades afectivas y educacionales, de forma amplia, de los hijos, en aras de un desarrollo íntegro de su personalidad y equilibrio.

No podemos cerrar este punto sin hacer una breve alusión a un hecho que se da con frecuencia en nuestra sociedad y que podríamos denominar la *guarda de hecho compartida de personas mayores* (o *relaciones personales compartidas* o *cuidado compartido*). Son aquellos casos en los cuales el cuidado de los progenitores se reparte entre los hijos en periodos similares, asumiendo la guarda de hecho el hijo en cuya compañía y cuidado esté el progenitor en cada uno de esos periodos. En estos casos debe preverse también la posibilidad de establecer un régimen de relaciones personales y especialmente de comunicación entre el progenitor y los hijos no guardadores.

2.2.2. *El derecho de comunicación*

Supone la relación que tiene lugar entre progenitores e hijos cuando no están en contacto físico o cuando no proceden visitas o estancias, o durante el periodo entre estas visitas o estancias. Deben favorecerse dichas comunicaciones sea cual sea el mecanismo usado para ello (teléfono, videoconferencias, etc.).

2.2.3. *El deber de información*

Este deber adquiere una relevancia especial en nuestro tema. Es importante destacar la necesidad de comunicar, por parte del hijo titular de cualquier modalidad de guarda, las vicisitudes del día a día, de la enfermedad de los progenitores discapacitados o de su evolución, a los hijos no convivientes. El derecho a estar informado corresponde a los hijos del progenitor con discapacidad, lo que supone una implicación y una colaboración entre ellos para informarse sobre los acontecimientos relativos a sus progenitores.²⁵ Ello no implica una supervisión o fiscalización de la actuación del guardador, sino el derecho de conocer la situación por parte de los demás descendientes. Por ello, consideramos que los hijos no convivientes están legitimados para solicitar información al respecto cuando lo consideren oportuno. Tienen derecho, por ejemplo, a conocer las visitas médicas de su progenitor, para poder acompañarle si lo desean.²⁶ La canalización de dicha información puede ser diversa: verbal o apor-

25. E. LAUROBA LACASA, «Comentario al artículo 236-12 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 844, en cuanto al ejercicio de la potestad parental, hace referencia a la necesidad de implicación de los dos progenitores a la hora de informarse sobre los acontecimientos referentes al menor y aporta un interesante estudio de derecho comparado.

26. A. VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario al artículo 236-12 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 1260 y 1261, aunque en el caso de relaciones de progenitores con

tando copia de los certificados médicos —el historial de una intervención quirúrgica, por ejemplo—. Según la SAP de Salamanca de 25 de febrero de 2013 (Roj: SAP SA 101/2013), se considera una obligación implícita que puede hacerse efectiva durante la entrega o la recogida de la persona discapacitada o cuando se produzca la visita en el domicilio.

Cabe preguntarse si también es preciso informar respecto a la esfera patrimonial del progenitor discapacitado. Considero que la información también debe extenderse a estos aspectos, aunque ello no debe suponer una rendición de cuentas, pues no son los hijos no convivientes los destinatarios de la misma. Sería aconsejable establecer unos plazos periódicos para dicho cometido.²⁷

Para terminar esta sección y aprovechando la oportuna reflexión de Egea Fernández en materia de relaciones personales entre abuelos y nietos,²⁸ el mensaje que debería transmitir el legislador con la regulación de las relaciones personales de los hijos respecto a sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, es evitar que los enfrentamientos y las luchas familiares las obstaculicen; aquí es más difícil usar al progenitor con discapacidad como moneda de cambio, pero debemos procurar su bienestar e incrementar en lo posible la relación con su círculo más íntimo en la fase final de su vida.

2.3. LA «AUSENCIA MANIFIESTA Y CONTINUADA DE RELACIÓN FAMILIAR» ENTRE HIJOS Y PROGENITORES

El título de este apartado nos lo inspira el artículo 451-17 CCCat, en el que se recogen las causas de desheredación. En su apartado 2, letra e, se menciona como una de las causas «la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario».²⁹

menores advierte que el deber de informar «abarca también situaciones que todavía no han sucedido, pero se tiene el conocimiento de que van a suceder o muy probablemente van a suceder si no hay un cambio de orientación».

27. El artículo 236-12 CCCat, en sede del ejercicio de la potestad parental, obliga al progenitor que la tenga atribuida a informar al otro progenitor no solo de los hechos relevantes relativos al menor, sino también de la administración de su patrimonio, por lo menos cada tres meses. Con más razón será precisa dicha información respecto al patrimonio del progenitor con discapacidad, probablemente más cuantioso (aunque no necesariamente) que el de un menor.

28. J. EGEA FERNÁNDEZ, «El dret a les relacions personals entre avis i néts», p. 1217.

29. El efecto inmediato y característico de la desheredación, como expresa J. RIBOT IGUALADA, «Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions», vol. II, Barcelona, Atelier, 2009, p. 1394, «és únicament, malgrat l'etimologia d'aquesta paraula, l'extinció del legitimari desheretat (451-17.1 i 451-25.1). Amb tot, aquest segueix fent nombre per determinar l'import de les lliçimes individuals dels altres co-

Vamos simplemente a asomarnos, pero sin detenernos, a dicha causa por lo que a nuestro tema se refiere.

La ausencia manifiesta y continuada de relaciones familiares engloba situaciones en las que el conflicto familiar no supone episodios graves de violencia física o verbal, pero en las que existe una ruptura afectiva y de las relaciones.³⁰

Esta falta de relación familiar, como nos señala Vaquer Aloy, también

[...] ha sido insertada en la causa del maltrato de obra del art. 853.2 CC mediante la inclusión interpretativa del maltrato psicológico por el Tribunal Supremo (sentencias de 3 junio 2014 y 30 enero 2015), inclusión extensiva que se ha validado también para el derecho de sucesiones gallego (art. 263.2 LDCG).³¹

Traer a colación la desheredación no supone la cruz de la moneda del tema que estamos analizando, pero sí el borde de la misma. Es decir, si el supuesto que estamos analizando son los hijos que pretenden relacionarse con sus progenitores con los que han tenido contacto fluido hasta el momento, podemos plantearnos qué sucede en los casos en que no ha existido relación personal entre las partes. Este caso sí está previsto en el ordenamiento jurídico, donde se configura como un supuesto de desheredación.

legitimaris (art. 451-6) i no té lloc l'«acreixement legitimari» (arts. 451-25.3 i 451-4.2 in fine)».

Es aconsejable el trabajo de A. LAMARCA I MARQUÈS, «Relacions familiars i atribucions successòries legals. Novetats en la regulació de la llegítima i la quarta vidual», en *El nou dret successori del Codi civil de Catalunya: Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2009, p. 263 y sig., que analiza dicha causa de desheredación.

30. J. RIBOT IGUALADA, «Comentario al artículo 451-17 CCCat», p. 1400. Es interesante la comparativa que realiza el autor con el derecho alemán, en el cual (art. 773a *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* [ABGB]) se prefiere hablar de «relación cercana» (*Pflichtteilsminderung*). En estos casos, se entiende que la ley remite a las relaciones típicas de familiares, sin ser precisa la convivencia actual ni haber convivido en ningún momento.

31. A. VAQUER ALOY, «Acerca del fundamento de la legítima», *Indret*, año 2017, núm. 4 (octubre), p. 4. Véase un interesante análisis de derecho comparado de dicha causa de desheredación también en A. VAQUER ALOY, «Desheredación por falta de relación familiar y libertad de testar: a propósito de la nueva causa de desheredación del art. 451-17.e) del Código civil de Cataluña», en José María de la CUESTA SÁENZ, Elena VICENTE DOMINGO, María Teresa CARRANCHO HERRERO, José María CABALLERO LOZANO y Raquel de ROMÁN PÉREZ (coord.), *Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuter y Universidad de Burgos, 2013, p. 1153 y sig., esp. p. 1160-1163. Puede consultarse también, entre otros, A. L. REBOLLEDO VARELA, «Problemas prácticos de la desheredación de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono de los mayores», en Á. L. REBOLLEDO VARELA (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 410 y sig.

Quizás podría haberse aprovechado la ambiciosa reforma de la LRAPD para incorporar en el artículo 756 CC el abandono de cuidado o la ausencia de relación personal como causa de indignidad.

Podemos plantearnos la situación en la que entre el progenitor y alguno de sus descendientes haya existido esta ausencia manifiesta y continuada de relación familiar y, en la última etapa de la vida de aquél, el descendiente pretenda retomar dicha relación ante la oposición de otro de los descendientes. Lo que nos interesa es si en estos casos cabe establecer un régimen de visitas o de relaciones personales. Si el que se opone a la relación es el progenitor (que quizás, incluso, ha desheredado al hijo con el que no tenía relación), no debería establecerse un régimen de relaciones personales por respeto a su deseo o voluntad. Si el que se opone es uno de los hijos, pero no el progenitor, deberían ser respetadas la voluntad y los deseos de este y establecerse dicha relación.

Si se diera esta circunstancia de acercamiento o, mejor dicho, de restablecimiento de las relaciones entre las partes, no se cumplirían los requisitos de la desheredación por falta de relación (art. 451-17e CCCat). Como nos señala Vaquer Aloy,

[...] no se trata de cualquier falta de relación, sino que viene calificada por los adjetivos «manifiesta» y «continuada». Continuada implica no sólo su duración en el tiempo, sino su persistencia en el momento del fallecimiento del causante, y manifiesta, que se deba a actos serios y exteriorizados. Por último, la causa de desheredación debe ser imputable exclusivamente al desheredado.³²

La duda es si, desheredado por el progenitor uno de sus hijos por falta de relación, este deseo posterior de retomar las relaciones por parte de ambos puede generar la ineficacia de dicha desheredación. Como hemos señalado anteriormente, no se cumpliría el requisito de la «continua» falta de relación familiar, por lo que no podría alegarse la causa del artículo 451-17e CCCat. En este sentido, como bien señala Ribot Igualada, «si la relació familiar es trenca i més tard es restableix, això implica la reconciliació de les parts i la ineficàcia del desheretament basat en l'absència (temporal) de relació (art. 451-19 [CCCat])».³³

3. EL PROGENITOR DE EDAD AVANZADA CON DISCAPACIDAD COMO UNA DE LAS PARTES DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES

Como hemos ido indicando, el régimen de relaciones personales se solicita respecto a un progenitor que adolece de alguna discapacidad que le impide decidir por sí

32. A. VAQUER ALOY, «Desheredación por falta de relación familiar», p. 1165.

33. J. RIBOT IGUALADA, «Comentario al artículo 451-17 CCCat», p. 1401, y añade que «per desheretar cal, doncs, que la situació s'hagi perllongat un temps, que el causant l'hagi fet servir per desheretar el legitimari i que la relació familiar amb aquest no s'hagi restablert abans de la mort del causant».

mismo o tener autonomía plena para disfrutar de dichas relaciones, obstaculizadas, a su vez, por la resistencia a las mismas por parte de su descendiente cuidador. Esto nos obliga a hacer una breve referencia a la discapacidad en el CC y en el CCCat. El tema de la discapacidad ha sido objeto de una ambiciosa reforma a través de la LRAPD, que ha afectado a un conjunto de leyes —entre ellas, el CC e, indirectamente, también el ordenamiento catalán— al apoyarse en el procedimiento de incapacitación español que se ha derogado. Como advierte García Rubio,

[...] las competencias de algunas comunidades autónomas en materia de legislación civil, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE y los correspondientes estatutos de autonomía, implica que esta nueva regulación no va a ser aplicable, en su parte sustantiva estrictamente civil, a todo el Estado; en consecuencia, sigue pendiente la adaptación de los ordenamientos civiles autonómicos competentes en la materia.³⁴

3.1. LA DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: EFECTOS DE LA REFORMA POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO (LRADP)

La materia sobre la discapacidad ha sido profundamente reformada en el CC por la LRAPD.³⁵ Antes de dicha ley, el CC solo contemplaba una institución con el propósito de solventar la necesidad de adaptar la capacidad de la persona en aquellos casos en que estuviera afectada por una enfermedad o una deficiencia que le impidiera gobernarse por sí misma: la incapacitación (antiguo art. 200 CC). La situación

A. VAQUER ALOY, «Desheredación por falta de relación familiar», p. 1166, opina que «el espíritu de la norma debe ser el de permitir la desheredación cuando la conducta del legitimario se erija en la causa adecuada, atendidas las circunstancias, de la ausencia de relación, pues de otro modo los “costos de aplicación de la norma” que vaticina el preámbulo de la Ley 10/2008 serían excesivos».

34. M. Paz GARCÍA RUBIO, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm. 136 (2021), p. 45-62, y añade que «por el contrario, tanto la reforma en materia de legislación registral (Ley de Registro Civil y Ley hipotecaria) como procesal (Ley de jurisdicción voluntaria y Ley de enjuiciamiento civil), son aplicables, *tout court*, en todo el estado, como se desprende de los arts. 149.1.8 y 149.1.6 CE». Lo cierto es que Cataluña ya está trabajando en ello.

35. Ya se han levantado críticas a la misma, entre otros: F. PANTALEÓN PRIETO, «¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum* (i)», *Almancén de Derecho*, 8 de abril de 2021; disponible en línea en: <<https://almacendederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i>> (consulta: 26 julio 2021). O A. CARRASCO PEREA, *Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores* (en línea), Toledo, Centro de Estudios de Consumo, 30 de junio de 2021 (Publicaciones Jurídicas); disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Brujula_para_navegar_la_nueva_contrataci%C3%B3n_con_personas_con_discapacidad.pdf> (consulta: 12 julio 2021).

específica de cada persona se valoraba judicialmente para «graduar» la incapacidad y determinar el régimen de guarda al que debía quedar sometida, por lo que existía una pluralidad de instituciones al respecto. La modificación judicial de la capacidad se configuraba como un instrumento de protección de la persona que no estaba en condiciones de actuar por sí misma. Se partía de la base que las personas afectadas por una discapacidad sufren disfunciones que obstaculizan su aptitud para ejercitar válidamente actos con trascendencia jurídica, y en estos casos se optaba por la aprobación de medidas que podían implicar modificaciones de la capacidad de obrar. Sin embargo, dado que la incapacitación ha sido un instrumento poco respetuoso con la dignidad y la capacidad de la persona, el debate que generaba dicho sistema era el de determinar si realmente la incapacitación constituía el sistema de protección más adecuado, o si debían buscarse otras fórmulas para las personas afectadas de discapacidad.³⁶ A pesar de la flexibilidad de la regulación del CC —al establecer una declaración de incapacidad graduable—, la legislación era demasiado drástica y discriminatoria y vulneraba la idea de proporcionalidad de las medidas al mantener la dualidad entre capaces e incapaces incapacitados o susceptibles de incapacitación como únicas opciones previstas legalmente.³⁷

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

También el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el tema a través de sentencias que han intentado adaptar a la Convención de Nueva York la regulación anterior a la reforma. Escapa de estas líneas profundizar en ello, pero puede consultarse (entre otros) M. Á. PARRA LUCÁN, «La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 59 (21 febrero 2019), p. 473 y sig.

37. B. VARELA AUTRÁN, «La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras», en M. Á. MARTÍNEZ GARCÍA (coord.), *La defensa jurídica de las personas vulnerables: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2008, p. 87.

Actualmente, como consecuencia de esta regulación descrita, son abundantes los supuestos en los que existe una sentencia de incapacitación de los progenitores y la asignación como tutor o curador a alguno de sus hijos. Y es dentro de esta situación en la que se generan los conflictos familiares al existir obstáculos por parte del tutor o curador para que se mantengan las visitas con otros hijos de la persona con discapacidad. Cuando la institución tutelar era representativa, el posible abuso por parte del tutor dirigido a dificultar las visitas era evidente y frecuente. En cuanto a las sentencias que se han ido dictando sobre el tema, la decisión del régimen de visitas se acaba estableciendo por el juez o el acuerdo de los hijos sin tener en cuenta los deseos, la voluntad y las preferencias del progenitor discapacitado.

La reforma del CC a través de la LRAPD ha supuesto un cambio radical en la materia. Para este cambio fue determinante la Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, de la Asamblea General de la ONU, que promulgó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Convención de Nueva York), ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Pretende generar una reflexión acerca de mecanismos más flexibles de actuación y protección de las personas con discapacidad de modo que permitan que sea potenciada su capacidad. Esta ha sido la hoja de ruta del legislador español en la LRAPD.

La Convención de Nueva York parte del derecho de todas las personas con discapacidad a disponer de los medios para poder ejercer sus derechos en condiciones de seguridad y de acuerdo con sus deseos y preferencias. Viene a potenciar la diferenciación entre las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad y las medidas sustitutivas de la capacidad. En este sentido, el concepto de *proporcionalidad* que utiliza la Convención no es excluyente de medidas representativas cuando se requieran, pero pasan a ser algo excepcional.³⁸ Solo en los casos más graves, en los que la discapacidad de la persona le impida realizar totalmente actos con trascendencia jurídica, el hecho de no establecer alguna medida de sustitución de la capacidad supondría la privación a la persona discapacitada de la posibilidad de actuación en el ejercicio y la defensa de sus intereses legítimos, lo que en definitiva sería contrario al principio de igualdad. Se requiere, eso sí, que se establezcan las garantías necesarias para que la medida sustitutiva de la capacidad se adopte *solo* en los casos estrictamente necesarios. Y, además, mediante el establecimiento de cautelas y salvaguardas que permitan asegurar que la sustitución de la capacidad en tales situaciones se realiza en beneficio único y exclusivo de la persona con discapacidad. En todo caso, no es el mecanismo prioritario, como ha sido hasta ahora en la mayoría de las ocasiones, sino que es muy

38. M. Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23 (2009), p. 349.

excepcional, sin olvidar que «en todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones».³⁹ Como con claridad señala Ribot Igualada, lo que procede en el caso de las personas con discapacidad

[...] es potenciar su autonomía en el diseño de los apoyos y poner los medios para que pueda ejercer esa autonomía en condiciones de seguridad y de máxima eficacia. [...] «Independientes, pero no solos» es un buen lema que resume el sentido del nuevo modelo de asistencia o apoyo.⁴⁰

Se advertía *supra* que la reforma del CC a través de la LRAPD diseña un cambio importante en la materia. Aunque la nueva regulación no define a la persona con discapacidad, ya advertía la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 19 de enero de 2017 (Roj: 113/2017) que

[...] la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el art. 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con distintas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

La nueva LRAPD parte de la idea central que las personas con discapacidad tienen derecho a tomar sus propias decisiones, incluso si tienen trascendencia jurídica. Con la nueva regulación se ha apostado, básicamente, por la «desjudicialización», pues, aunque las garantías que otorgaba el control judicial pudieran ser beneficiosas, era conveniente pasar a un nuevo modelo en el que desapareciera la incapacitación, para evitar someter a la persona discapacitada a un proceso judicial. Se ha apostado también, como eje central, por el respeto a los deseos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, quien, como regla general, será la encargada de tomar

39. Comentario del párrafo 3 (obs. 17) del artículo 12 de la Convención de Nueva York, en la observación general núm. 1 (2014): Convention on the Rights of Person with Disabilities/Comission/General Comment/1 (CRPD/C/GC/1), p. 5 (disponible en línea en: <www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> (consulta: 26 julio 2021).

40. En J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica», en M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 67-70, esp. p. 66, son interesantes las reflexiones del autor sobre el retraso del ordenamiento jurídico en adaptarse a la Convención.

sus decisiones, en detrimento de seguir el criterio del «mejor interés de la persona con discapacidad», que desaparece. Desaparece la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y ahora el concepto de *capacidad jurídica* es unívoco y comprende tanto la titularidad del derecho como el poder o la legitimación para su ejercicio. También se apuesta por la instauración de las medidas de apoyo: en función de ello, la base de la reforma parte de la premisa que la *protección* no puede seguir basándose en la *sustitución* de la capacidad de obrar.⁴¹ Junto a ello, se incorporan medidas de apoyo con la finalidad simplemente de ayudar o asistir a las personas afectadas por determinadas discapacidades, pues lo importante es que decidan ellas en la medida de sus posibilidades.⁴²

Hay un aspecto importante que cabe resaltar en cuanto a la idea del *interés superior de la persona con discapacidad*, principio sobre el que se han apoyado hasta ahora muchas sentencias. Como nos advierte García Rubio,

[...] el modelo del «interés superior» o del «mejor interés» de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de «la mejor interpretación posible de su voluntad y de sus preferencias». Por consiguiente, el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas, puesto que las personas con discapacidad no son menores de edad, y lo que vale para estos no es aplicable para aquellas.⁴³

41. Para un estudio más detallado de las novedades, véase M. Paz GARCÍA RUBIO, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad»; y M. Paz GARCÍA RUBIO, «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006», en M. GARCÍA GOLDAR y J. AMMERMAN YEBRA (dir.), *Propostas de modernización do dereito*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2017, p. 11.

42. En cuanto a las medidas de apoyo de las que puede disponer la persona discapacitada, hay que estar al artículo 250 CC, según el cual existen tres medidas de apoyo típicas: las voluntarias (de presente, preventivas o de futuro, destacando en este último caso los poderes o mandatos preventivos y la autotutela), las informales (la guarda de hecho) y las formales o judiciales (la curatela y el defensor judicial). Cabe recordar que el apoyo ha de estar supeditado a la voluntad de la persona que lo precisa y que las medidas judiciales son subsidiarias. Así pues, antes de nombrar a un defensor judicial o a un curador, debe indagarse si los apoyos que necesita la persona con discapacidad se los puede proporcionar el guardador de hecho o si hay medidas de apoyo establecidas por la propia persona (poderes o mandatos preventivos o autotutela). El artículo 255.5 CC advierte que «solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

43. M. Paz GARCÍA RUBIO, «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica», p. 11. Insiste en ello con un estudio de derecho comparado M. Paz GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, año 2018, vol. v, núm. 3 (julio-septiembre), p. 32 o 53, y M. Paz GARCÍA RUBIO, «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*, núm. 58 (2018), p. 164-165.

Así pues, cuando no sea posible determinar la voluntad, los deseos o las preferencias de la persona con discapacidad, no se seguirá el criterio del «interés superior», sino el extraído de la mejor interpretación de la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona, teniendo 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» (art. 249.3 CC).

En la misma línea, Pau Pedrón⁴⁴ señala que

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

A raíz de estos planteamientos ha surgido la LRAPD. La doctrina reaccionó para plantear una reforma del sistema tuitivo que utilice instrumentos de protección sin necesidad de recurrir a la incapacitación, al igual que ya ocurre en otros países.⁴⁵

44. A. PAU PEDRÓN, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *Revista de Derecho Civil*, año 2018, vol. v, núm. 3 (julio-septiembre), p. 8 y 9. Véanse también las acertadas reflexiones de E. ARROYO AMAYUELAS, «El deterioro cognitivo de la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 45 (2019), p. 132 y sig.

45. Para un estudio más detallado de derecho comparado puede consultarse el número monográfico sobre el tema de la *Revista de Derecho Civil*, año 2018, vol. v, núm. 3. También lo tratan, entre otros, M. PEREÑA VICENTE, «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad»; J. RIBOT IGUALADA, «L'assistència: abast i límits de la nova institució», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (ed.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: Materials de les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 49 y sig.; I. VIVAS TESÓN, «Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar», *Revista de Derecho Privado*, año 2012, vol. 96, núm. 5, p. 3 y sig.; I. VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer: Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Olivenza (Badajoz), Futuex: Fundación para la Promoción y Apoyo de las Personas con Discapacidad, 2012, disponible en línea en <www.aequitas.org> (consulta: 26 julio 2021);

Las opciones internacionales pasan por reformar completamente el modelo de protección prescindiendo de la incapacitación (es la propuesta española), o por mantenerlo complementado con figuras que actúen como alternativa pero que se limiten a realizar una labor de asistencia, y no tanto de representación. Destacan, entre otras, las reformas de Alemania,⁴⁶ Francia,⁴⁷ Italia⁴⁸ y Quebec.⁴⁹

Este nuevo enfoque afecta a las personas de edad avanzada con discapacidad con hijos con dificultades para visitarles. Ahora el foco de atención se centra en la misma persona discapacitada. En la medida de lo posible será crucial contar con su voluntad, deseo y preferencias a la hora de entablar relaciones personales con sus hijos. Y en cuanto no pueda debido a su enfermedad, deberá acudir a medidas de apoyo, medidas que quizás ella misma haya previsto en poderes o mandatos preventivos o en una autocuratela, o puede tratarse de medidas de apoyo formales. Adquiere una relevancia especial la guarda de hecho, medida informal que ya no tiene carácter provisional y que se tenderá a mantener si se considera que es adecuada para la persona con discapacidad.

En todo caso, el nuevo artículo 249 CC señala:

Las personas que presten este apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la

C. LASARTE ÁLVAREZ, «Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril», en F. BLASCO GASCÓ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1325-1326; E. RUBIO TORRANO, «La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York», *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 2 (2009), p. 2115-2118.

46. M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil*, núm. 21 (mayo 1999), p. 553 y sig.

47. Es destacable la «habilitation familiale» (art. 491-1 y sig. Código civil francés). I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, «La protección de las personas mayores en el derecho civil francés», en J. GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, t. 1, Cizur Menor, Aranzadi Thomson, 2008, p. 515 y sig.; M. D. CASAS PLANES, «Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial», p. 485 y sig.; Fernando CRESPO ALLUÉ, «Las instituciones protectoras de los incapacitados en el derecho francés», *Revista de Derecho Privado*, año 1986, núm. 3, p. 204.

48. P. de BARRÓN ARNICHEs, «La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 4 (2013), p. 1606 y sig. En Italia se ha instaurado una figura denominada «amministratore di sostegno» —que podemos traducir como ‘administrador de apoyo’— por la Ley 6, de 9 de enero de 2004, que ha recibido el refrendo de su constitucionalidad por la Sentencia de la Corte Costituzionale de 9 de diciembre de 2005.

49. El Código civil aprobado en 1991 admite como régimen de protección que pueda nombrarse un tutor o un curador para representar al mayor discapacitado, o un «conseiller» para asistirle (art. 258). Este se nombrará judicialmente para aquel que, si bien tiene aptitud generalmente para actuar y administrar sus bienes por sí solo, necesita para ciertos actos, o en ciertos momentos, ser «asistido» o «conseillé» en la administración de sus bienes (art. 291 y sig.).

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.

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

Hasta ahora, pocas sentencias han tenido en cuenta esa voluntad y deseos de las personas con discapacidad a la hora de relacionarse con sus hijos. Valga como ejemplo la SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 2017 (JUR/2018/27838), la cual afirma que, a pesar de existir informes médicos que vienen a reflejar un rechazo de la madre con discapacidad a comunicarse con su hija, «no obstante esta cuestión, teniendo en cuenta la propia limitación de sus facultades no puede servir de base para cercenar el derecho-deber de comunicación con su madre». Será difícil mantener un razonamiento de este tipo con la nueva regulación de la LRAPD. En otras ocasiones, sin embargo, ha habido intentos de descubrir la voluntad de la persona con discapacidad (SAP de La Coruña de 18 de junio de 2013; JUR/2013/245997), pues a la hora de nombrar un tutor para una madre con alzhéimer en estado grave, siguiendo el criterio del artículo 234 CC, se advierte que

[...] el grado de incapacidad es elevado y no hay persona designada por la incapaz ni se puede valorar preferencia alguna de su parte, dados sus importantes déficits intelectivos y de comunicación, sin que valgan suposiciones (incluso aquí habría discrepancias entre los «traductores» o «facilitadores» de los supuestos deseos de la madre).

Tenemos que pasar de un sistema de *asignación* por parte de terceros de un régimen de relaciones personales, a un sistema de *preferencia* de la persona discapacitada.

3.2. LA DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

La LRAPD repercutirá de alguna manera en la normativa autonómica. Hay comunidades que, al no tener una regulación de la capacidad ni de las instituciones de guarda, aplicarán directamente la nueva LRAPD (es el caso del País Vasco, Galicia, Baleares o Valencia). A pesar de ello, deberán revisarse las normas en las que se haga

referencia a temas de capacidad de obrar teniendo en cuenta que ahora las personas con discapacidad son plenamente capaces. En Navarra, la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del derecho civil foral de Navarra o Fuero nuevo, actualizó el Fuero nuevo, pero en materia de capacidad en su preámbulo se advierte que habrá una futura Ley foral de la capacidad y medidas de apoyo a las personas (ya se está trabajando en ello), que regulará de manera completa la capacidad y completará todas las figuras de apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente. Se prefirió esperar a la aprobación de la LRPD, que en 2019 estaba en fase de elaboración. En Aragón, el 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, sí contiene una regulación de la capacidad y las relaciones tutelares (art. 34 y sig. y 100 y sig.) siguiendo el CC, por lo que necesitará adaptarse a la Convención, pues, aunque a nivel competencial la reforma estatal no le afecta, el hecho de que la reforma «se proyecte no solo sobre el núcleo de la materia (capacidad e instituciones de protección), sino que se irradie por todo el ordenamiento jurídico privado», puede condicionar al legislador aragonés al generarse problemas de armonización.⁵⁰ Cataluña tiene más avanzada la adaptación a la Convención de Nueva York y cabe resaltar que ya cuenta en su ordenamiento con figuras acordes con la Convención, como, por ejemplo, la asistencia.

3.2.1. *La figura del asistente en Cataluña*

La normativa catalana no es ajena a la Convención de Nueva York. No obstante, el CCCat no regula la modificación de la capacidad de obrar. Esto supone la aplicación de la legislación del CC respecto al procedimiento de declaración de incapacitación. Sin embargo, a pesar de mantener las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la modificación judicial de la capacidad, regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen suyo.⁵¹ Además de los poderes preventivos,

50. M. V. MAYOR DEL HOYO, «La incidencia de la reforma estatal del derecho civil en materia de discapacidad en los derechos civiles territoriales (1)», *Diario La Ley*, núm. 9859 (27 de mayo), p. 6 y sig.

51. E. ARROYO AMAYUELAS, «Comentari a l'article 226-1 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ Y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: La persona i les institucions de protecció de la persona*, Barcelona, Atelier, 2017, p. 468 y sig., advierte que la asistencia es una institución de protección de los adultos que lo necesitan por tener déficit de autogobierno y refleja también las críticas que ha sufrido la institución.

El preámbulo de la Ley 25/2010 afirma que la asistencia es concebida «como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela posterior a menudo no son posibles ni tan solo aconsejables».

el derecho catalán regula la asistencia (art. 226-1 a 226-7 CCCat), que pretende dar respuesta a situaciones en las que la disminución de la persona no aconseja iniciar un procedimiento de modificación judicial de la capacidad.⁵² Es una figura que encaja perfectamente en el nuevo esquema diseñado por la Convención de Nueva York, pues nos recuerda las medidas de apoyo que exige la Convención, aunque quizás sería oportuno perfilar un poco más sus características y fines. Es útil para personas mayores con un deterioro físico importante y con alteraciones cognoscitivas derivadas del alzhéimer, la demencia senil y otras enfermedades degenerativas que no se hallen en fase avanzada.⁵³

La asistencia es una institución compatible con el mantenimiento del régimen de la incapacitación / tutela-curatela, cuando ha sido preciso según las necesidades de la persona con discapacidad.⁵⁴ Se trata de un complemento a la restricción judicial de la capacidad, y no de una alternativa o un cambio o sustitución de una institución por otra.⁵⁵ Los posibles destinatarios de la figura del asistente son las personas mayores de edad que necesitan ayuda para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. No se vincula a los supuestos de falta de capacidad, sino que se trata de un instrumento que sirve

52. M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA y Judith SOLÉ RESINA, *Lliçons de dret civil català 11: Dret de la persona*, 2a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 108.

Nos señala M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA, «El nuevo modelo de la discapacidad. La convención de los derechos de las personas con discapacidad», en M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, 2020, p. 29, que «a raíz de la aprobación del libro II en 2010, se produjo cierta aproximación a los mandatos de la Convención, en algunos extremos: así, la regulación de la institución de la asistencia (arts. 226-1 a 226-7 CCCat), o el poder preventivo en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad (arts. 222-2 CCCat), e incluso la institución del patrimonio protegido, la delación de la tutela por la misma persona (conocida como autotutela, art. 222-4 CCCat), que ya regulaba el Codi de família (art. 172 CF), o los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad (art. 227-1 a 227-9 CCCat)», aunque las considera, pese a su importancia, insuficientes.

53. A. VAQUER ALOY, *Derecho civil de Cataluña*, p. 546. Añade la utilidad de la figura para personas con impedimentos intelectuales (retrasos mentales no severos o analfabetismo) o personas con discapacidades físicas (parálisis o tetraplejias). El autor pone en evidencia que con esta figura existe una acumulación de cargos de protección de la persona en derecho catalán.

54. M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA y Judith SOLÉ RESINA, *Lliçons de dret civil català 11*, p. 74, afirman que la asistencia tiene el mismo objetivo que la incapacitación.

55. J. RIBOT IGUALADA, «L'assistència: abast i límits de la nova institució», p. 69 y 70; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 226-1 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 412. Se recomienda A. I. BERROCAL LANZAROT, «Les institucions de protecció de la persona en el Codi civil de Catalunya, en especial l'assistència», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 12 (2011-2012), p. 57-136, y J. A. MARTÍN PÉREZ, «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña», en R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NASARRE (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo de Código civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 157 y sig.

para proteger a la persona en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. «Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables, pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela, resultan desproporcionadas.»⁵⁶ Sus funciones se concretan en la resolución judicial y pueden afectar tanto al ámbito personal como al patrimonial.⁵⁷

Se seguirá un procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento del asistente teniendo presente la voluntad de la persona asistida en cuanto al nombramiento o la exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia (art. 226-1 CCCat). Es el propio interesado⁵⁸ el que puede solicitar el nombramiento de un asistente. En cuanto a la persona que puede ser nombrada asistente, Rivero Hernández afirma:

[...] no es aplicable a la asistencia el orden de delación judicial del artículo 222-10.2 CCCat, pues las funciones del tutor son más amplias que las del asistente, por lo que el juez tendrá más libertad en la elección de la persona y la designación del asistente, atendiendo a las necesidades personales del asistido (situación, limitaciones y necesidades, parientes y personas próximas de su confianza, complejidad de sus asuntos), lo que no impedirá la aplicación, como criterio razonable más que por analogía, de lo dispuesto en los apartados 3, 4 y 5 del art. 222-10 CCCat.⁵⁹

En el tema que nos interesa de las relaciones personales de los hijos respecto a sus progenitores, si estos dispusieran de asistente sería este quien debería apoyarles en la decisión, respetando plenamente su voluntad y sus opiniones personales. Sin embargo, a día de hoy, con la legislación catalana vigente es posible que el progenitor mayor de edad esté incapacitado y sometido a tutela o curatela, por lo que habrá que

56. Preámbulo de la Ley 25/2010, libro II, CCCat.

57. En el ámbito personal debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opiniones personales, y recibirá las informaciones y prestará el consentimiento a las que alude el artículo 212-1 y 2 CCCat, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado documentos de voluntades anticipadas. Respecto al ámbito patrimonial, «el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma» (art. 226-2 CCCat).

58. El artículo 226-1 CCCat exige mayoría de edad para poder solicitar un asistente; sin embargo, J. RIBOT IGUALADA, «L'assistència: abast i límits de la nova institució», p. 73, defiende que un emancipado pueda solicitar un asistente, pues como regla general se le trata como mayor de edad (art. 211-7 CCCat).

59. F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 226-1 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 417.

estar a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación. También es posible que esté bajo una guarda de hecho (lo más habitual), y las posibles influencias de este guardador para obstaculizar las visitas serán evidentes. En estos casos será precisa la decisión judicial.

3.2.2. *Un acercamiento a la reforma en materia de discapacidad en Cataluña*

Dado que en Cataluña se aplica el procedimiento de declaración de incapacitación del ordenamiento español, ahora modificado por la LRAPD, la dificultad será encajar ambos ordenamientos jurídicos (la LRAPD, que afecta no solo al CC, sino también a la normativa procesal y a la normativa vigente del CCCat) mientras no entre en vigor la reforma del libro segundo del CCCat en esta materia. Puede ser útil la advertencia de Arroyo Amayuelas de que las funciones del asistente (art. 226-2 CCCat) podrían suponer la forma de evitar la aplicación de la incapacitación en Cataluña (o la nueva normativa tras la reforma de la LRAPD), pues la protección de la persona sometida a un asistente es la misma que tendría si estuviera sometida a tutela o curatela, con la ventaja de no tener que interferir en su capacidad de obrar.⁶⁰

Actualmente, en Cataluña la Comisión de Codificación Civil, en concreto «la Sección de Persona y Familia», está trabajando los medios y sistemas de apoyo que han de sustituir a las clásicas (paternalistas) instituciones de protección de la persona (título II del libro segundo).⁶¹ Parten de una regulación integral que comportará el ajuste completo a los principios prescritos en el artículo 12 de la Convención de Nueva York, lo que supone abarcar tanto la vertiente personal como la patrimonial. Además, se pretende *empoderar* a la persona con el objetivo de potenciar su voluntad. «La finalidad buscada es crear unos apoyos que sean auténticos instrumentos de inclusión social de la persona.»⁶²

60. E. ARROYO AMAYUELAS, «Comentario al artículo 226-1 CCCat», p. 470.

61. En la memoria preliminar del Anteproyecto de actualización del CCCat aprobada el 16 de julio de 2019 ya se anunciaba en el anexo, letra *b*, la necesidad de incorporar el principio de capacidad jurídica de todas las personas, y la opción normativa preferida es la de incluir y modificar algunos artículos del CCCat para adaptarlo a la Convención. Las alternativas comportaban: regular de manera expresa la capacidad jurídica y hacer extensivos los derechos y las obligaciones a todas las personas, excepto que la ley lo limite, asegurar el ejercicio de derechos de todas las personas y prever la posibilidad de adoptar medidas de asistencia o de apoyo para las personas que no puedan ejercer los derechos de forma individual (disponible en línea en: <<https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/856/190716_AG_mem_prel_actua_lit_CCC_diligencia_00000002_.pdf>>; consulta: 20 junio 2021).

62. M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA, «El nuevo modelo de la discapacidad», p. 29 y 31. La autora anuncia que los apoyos se configuran con carácter integral e implican la priorización de la intervención del grupo o grupos sociales próximos a la persona discapacitada (las familias, el entorno), de forma

Se han presentado las «[b]ases de la reforma del Codi civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica».⁶³ En el apartado tercero de la exposición de motivos se advierte:

[...] un cop aprovades les bases, aquestes es desenvoluparan en forma de text articulat que substituirà la normativa actual, en particular la part del Codi civil de Catalunya relativa a les institucions de protecció de persones majors d'edat. Aquesta nova normativa serà un avantprojecte de llei de reforma del Codi civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.

Su objetivo es diseñar unas primeras ideas para un debate social previo a la elaboración del anteproyecto de ley de reforma del CCCat (básicamente, capítulos I y II del título I del libro segundo del CCCat).

Si observamos estas bases, nos percatamos del ostracismo de la terminología anterior. En ningún momento se hace referencia al tutor, curador o guardador de hecho, y sí al asistente. Se incorporan nuevos términos o expresiones: «persona concernida», «mesures d'accessibilitat universal», «suports formals» o «informals», «salvaguardes», etcétera. Y, junto a ello, una nueva forma de enfocar y entender la discapacidad.⁶⁴ A petición de la propia persona o de otra persona en su interés, se pueden

que la intervención judicial será subsidiaria: «Así se procurará, o al menos esa es la intención, despojar al sistema de las instituciones clásicas o históricas (tutela-curatela), que se fundan en el modelo paternalista de protección». Un resumen de la actividad catalana puede verse en J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña», p. 70 y sig. También se refiere a ello M. V. MAYOR DEL HOYO, «La incidencia de la reforma estatal del derecho civil», p. 10-12.

63. De fecha 4 de mayo de 2020. Pueden consultarse en: <https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/1841/BASES_REFORMA_CcC_suport_a_l_exercici_de_la_capacitat_jca.pdf> (consulta: 20 junio 2021).

Como se advierte en la exposición de motivos (II) de dichas bases:

La Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya ja ha avançat un esborrany d'avantprojecte de llei que, a més d'altres mesures, preveu l'adaptació del capítols I i II del títol I del llibre segon del Codi civil de Catalunya, per tal d'incorporar explícitament en l'article 211-1 el dret a la capacitat jurídica en condicions d'igualtat. En el nou article 211-3, a més, es declara que totes les persones poden exercitar per si mateixes els seus drets civils amb les mesures establertes per la llei en el seu benefici, d'acord amb la seva capacitat natural. Com a conseqüència, s'hi preveu que, a petició de la pròpia persona o d'una altra persona en el seu interès, es poden adoptar mesures d'assistència o de suport, per tal de garantir l'exercici dels drets en situacions personals en què sigui convenient. En tot cas, les mesures han de ser conformes a la dignitat, respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, ser temporals i s'han d'interpretar de manera restrictiva, atenent la capacitat natural.

64. Para un análisis de las mismas, véase J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña», p. 65 y sig.

adoptar medidas de asistencia o apoyo para garantizar el ejercicio de los derechos en situaciones personales en las que sea conveniente.

Cabe señalar, sin embargo, que actualmente se está elaborando un texto nuevo para dar respuesta a la abolición de la incapacidad y a su impacto sobre las instituciones catalanas de protección. Texto que no olvida las bases, aunque es un texto nuevo con los trabajos existentes en curso.⁶⁵ Por tanto, las afirmaciones que se hacen en este trabajo, teniendo presentes las bases, corren el riesgo de estar desfasadas según lo que se determine en la reforma definitiva.

4. POSIBLE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

La reforma de la discapacidad por la LRAPD no refleja el régimen de relaciones personales de los hijos respecto a sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, ni tampoco se prevé en la legislación catalana. A continuación describiremos una posible solución al problema. El artículo 94 CC modificado por la LRAPD puede servirnos como punto de arranque para una aplicación analógica a nuestro supuesto. Como señala la SAP de La Coruña de 6 de junio de 2017 (JUR/2017/190219), no «hay ninguna prohibición u obstáculo legal que impida la aplicación del régimen de visitas previsto para procedimientos matrimoniales o de menores a los procesos de incapacidad cuando así lo exijan las circunstancias».

La ubicación legislativa de las relaciones personales entre hijos y progenitores mayores de edad con discapacidad podría establecerse en un nuevo apartado del artículo 160 CC, norma con un alcance amplio y que puede valer como principio general en materia de relaciones personales.⁶⁶ Y en el CCCat, en un nuevo apartado en el artículo 236-4.

El mensaje de fondo que el legislador debería transmitir a la sociedad es que debe evitarse que los enfrentamientos y las luchas familiares obstaculicen el marco de relaciones personales entre hijos y progenitores. Estamos ante un derecho recíproco y, teniendo en cuenta, además, que una de las partes sufre una discapacidad, deben primar su voluntad, deseos y preferencias, sin olvidar el derecho de los hijos a relacionarse y a estar con sus progenitores en etapas avanzadas de la vida de estos.

65. Agradezco la amabilidad del profesor Jordi Ribot al informarme del proceso de reforma.

66. J. EGEA FERNÁNDEZ, «El dret a les relacions personals entre avis i néts», p. 1236.

4.1. ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE VISITAS ENTRE HIJOS Y SUS PADRES CON DISCAPACIDAD

4.1.1. *Según la legislación del Código civil español*

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

Ahora bien, es posible que el progenitor con discapacidad precise de un apoyo para tomar la decisión. En este caso, el artículo 249.2 CC establece que las personas que presten medidas de apoyo (formales o no formales)

[...] 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.

Y añade incluso en el apartado tercero:

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

Por tanto, hay que indagar los deseos de la persona con discapacidad, propiciar y respetar su voluntad, sin someterla a presiones.

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

En todo caso, será preciso que el juez escuche a la persona con discapacidad, al ministerio fiscal, a los solicitantes y a las personas que se opongan a las relaciones

personales. Cuando es el juez el que toma la decisión, observamos que él es un apoyo en sentido amplio (como lo sería también el notario), distinto a las medidas de apoyo tipificadas en el artículo 250 CC. Esta «audiencia del progenitor discapaz» puede ir encauzada a que el juez tome conciencia de la situación de la persona con discapacidad y pueda determinar sus deseos y preferencias.⁶⁷ La función del ministerio fiscal debe ir orientada a la misma finalidad: determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad mayor de edad (art. 749 LEC). A veces no resultará fácil si no lo han conseguido las medidas de apoyo existentes, por lo que el juez deberá decidir atendiendo a las circunstancias.⁶⁸

En todo caso, es preciso destacar que la autoridad judicial podría limitar o suspender el derecho de visitas si se dieran «circunstancias relevantes» que así lo aconsejaran o «se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».⁶⁹ Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Madrid de 13 de octubre de 2017 (JUR/2018/29930), que suspende el régimen de visitas establecido a favor de una hija respecto a su madre de ochenta y siete años con discapacidad, pues sus condiciones físicas ya no permitían su desplazamiento (la hija con la que no convive la madre tenía un régimen de visitas de fines de semana alternos desde los viernes a las 18 horas hasta los domingos a las 19 horas y los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano por mitades entre las dos hijas, y las recogidas y las entregas se realizaban en el domicilio donde aquella residía).

4.1.2. Según las bases para la reforma del Código civil de Cataluña

Según el ordenamiento jurídico catalán, en estos momentos es difícil establecer una propuesta, pues, como hemos indicado, está en curso una reforma sobre la materia de discapacidad. En todo caso, como se ha indicado, podría ser interesante que en el CCCat estas relaciones familiares se regularan en el artículo 236-4.

67. M. E. TORRES COSTA, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, BOE, 2020, p. 257 (Derecho Privado).

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

69. Así lo establece el actual artículo 94 CC.

Podemos aventurar, teniendo en cuenta las bases de la reforma, que, respecto a las relaciones personales entre hijos y progenitores de edad avanzada con discapacidad, será imprescindible tener presentes la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, que podrá disponer de apoyos siempre que lo necesite y lo desee (pues, según la base cuarta, puede negarse a recibir dicho apoyo). Este apoyo «[...] inclou el suport en la comunicació, en la consideració d'opcions, en la comprensió d'actes jurídics i la manifestació de la interpretació de la voluntat de la persona» (base 1a, 2o par.). Y si «malgrat haver fet l'esforç necessari, atès el cas concret no sigui possible conèixer la voluntat i les preferències de la persona, el suport que sigui adient es pot instar a través de l'autoritat judicial» (base 4a, 3r par.).

El protagonismo lo adquiere la voluntad de la persona y «quan les mesures d'accessibilitat universal i els ajustaments raonables no arribin a permetre l'expressió de la voluntat i les preferències d'una persona, escau oferir el suport escaient» (base 5a, 3r par.). Como nos señala Ribot Igualada, los procedimientos administrativos o judiciales dirigidos a ordenar alguna medida de apoyo deben ser el último recurso, es decir, «este tipo de apoyos se ofrecerán solo cuando los ajustes razonables y los apoyos del entorno no sean suficientes para ejercer la propia capacidad jurídica con seguridad».⁷⁰ Los apoyos, pues, serán, en principio, informales,⁷¹ formales⁷² y, en último extremo, judiciales.

Ahora bien, si quien debe prestar el apoyo realiza una influencia indebida sobre la persona con discapacidad o existe un conflicto de intereses, el segundo párrafo de la base 14a establece:

[...] mitjançant el procediment notarial, administratiu o judicial escaient la persona concernida ha de ser informada al més aviat possible d'aquesta circumstància i de les vies de què disposa per tal que, d'acord amb la seva voluntat i preferències, decideixi sobre aquest suport.

70. J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña», p. 78 y 79, donde expone que estos apoyos informales «abarcan diferentes situaciones en que se presta apoyo a la persona en la toma de decisiones y en el cuidado de sus asuntos, y se caracterizan por no contar con una legitimación conferida en un procedimiento formal, de carácter judicial o extrajudicial».

71. Apoyo familiar, redes de apoyo entre iguales, grupos de ayuda mutua, habilitación a favor de ciertos familiares para desplegar actos de gestión de los intereses de las personas que necesitan apoyo para la toma de decisiones, etc. (J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña», p. 79-80).

Curiosamente, en el ámbito rural se han usado herramientas para gestionar temas básicos del día a día de los vecinos necesitados de ayuda, como acudir al juez de paz, al sacerdote, al asistente social, que han asumido muchas veces este papel de «apoyo», pues se ha recurrido a ellos para buscar un consejo o ayuda para gestionar algunos de sus asuntos.

72. Base 7a. Son los establecidos por la persona concernida y «la designació es pot fer des que la persona requereix suport, en el qual cas rep el nom d'assistència, o per al futur, en el qual cas rep el nom de poder preventiu».

El problema es que, en nuestro tema, debería preverse una vía más rápida que huyera, a su vez, del inicio de este procedimiento. Aquí deberían adquirir plena eficacia los apoyos informales y deberían ser claves las salvaguardas o la supervisión de las actividades de los apoyos (base 15a), y si estas fracasan debería acudir a la vía judicial, como ha quedado expuesto en el apartado anterior. Resulta muy acertado el papel que otorgan las bases a la mediación familiar para los casos de eventuales desacuerdos (base 18a).

4.2. RÉGIMEN DE VISITAS DEL PROGENITOR CON DISCAPACIDAD CON HERMANOS, NIETOS, PARIENTES Y PERSONAS PRÓXIMAS O ALLEGADAS

Para terminar, haremos una pincelada respecto al supuesto siguiente: es posible que quien quiera solicitar un régimen de relaciones personales con el progenitor con discapacidad sea un hermano, nieto, pariente o persona próxima o allegada (art. 236-4 CCCat o 160.2 CC).⁷³

Respecto al CC, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de manifestarse al respecto y se ha resistido a aplicar analógicamente el artículo 160.2 CC a los allegados de la persona con discapacidad. Ha considerado que el artículo 160 CC da cobertura a los derechos de visita y relaciones, en el ámbito de las rupturas matrimoniales, para con los menores y, respecto de sus parientes, los ha ampliado a los allegados, mientras que

[...] en el caso de autos se trata de la petición de un régimen de visitas por persona absolutamente ajena (en el ámbito familiar sobre el que se razona), que solo mantuvo con la incapaz relaciones laborales, quebradas por diversas incidencias y sobre cuya aplicación analógica se hace difícil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 del mismo Código civil, que exige como requisito básico para la aplicación analógica la identidad de razón, dudosa en este caso, cuando el precepto invocado refiere como elemento nuclear básico la regulación de un régimen de visitas para con los menores (sujeto del precepto) dentro de su ámbito familiar más

73. El derecho de relación entre el menor y sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, se regula en el artículo 2.2c de la Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, que reconoce el derecho del menor a que se preserve el mantenimiento de sus relaciones familiares. También se recoge en los artículos 90.1b, 94.2, 160.2 y 161 CC.

El artículo 160.2 CC tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que los artículos 90.1b y 94.2 CC, pues se refiere a cualquier supuesto en el que resulte conveniente establecer un régimen de relación entre el menor y los sujetos a los que menciona el precepto: J. MARTÍNEZ CALVO, «El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visita de sus progenitores», *IUS: Revista de Investigación de la Facultad de Derecho* (Zaragoza: Universidad de Zaragoza), vol. 1, núm. 2 (diciembre 2019), p. 70.

ampliamente considerado, mientras que el caso de autos remite a una petición de régimen de visitas por persona ajena para con otra declarada incapaz, con nombramiento de tutor para su asistencia personal y familiar.

Creo que este supuesto podría haberse resuelto impidiendo las visitas y argumentando la decisión con las repercusiones negativas que generaban, sin necesidad de entrar en la aplicación analógica o no del artículo 160 CC. En cambio, en otras ocasiones la jurisprudencia se ha manifestado a favor del régimen de visitas solicitadas por los nietos respecto de su abuela con incapacidad, sin acudir al artículo 160 CC (SAP de La Coruña de 18 de junio de 2013; JUR/2013/245997).

Centrándonos en nuestro análisis, proponemos un régimen similar al estipulado en el párrafo sexto del artículo 94 CC respecto al régimen de visitas y comunicación del menor con sus abuelos, hermanos, parientes o allegados, según el cual:

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad.

En nuestro caso, cuando no sea posible conocer la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad (incluso con ayuda de apoyos), debería resolver la autoridad judicial. Para ello sería precisa la audiencia previa de los solicitantes de las relaciones personales, de las partes que se oponen, de la persona con discapacidad y del ministerio fiscal.

Cuando la persona con discapacidad no pueda ser oída ni pueda consentir por su estado de salud, la audiencia previa sobre las medidas de apoyo, si las hubiera, podría orientar al juez, pues el artículo 249.3 CC señala:

[...] en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de estas 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.

Si, a pesar de ello, resulta difícil determinar los deseos de la persona con discapacidad, la autoridad judicial resolverá teniendo en cuenta las circunstancias, los

informes que considere pertinentes y la opinión del ministerio fiscal (art. 749 LEC), o podrá nombrar un defensor judicial a tal efecto.

En todo caso, una vez establecido el régimen de visitas, la autoridad judicial podrá limitar o suspender el derecho de visitas si se dan «circunstancias relevantes» que así lo aconsejen o «se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

Respecto al derecho civil catalán, podría también establecerse una regla similar en un nuevo apartado cuarto del artículo 234-6 CCCat.⁷⁴ La persona con discapacidad debería contar también con las medidas de apoyo que fueran necesarias (y no las rechazara) para que pudiera tomar la decisión, y sería también precisa la audiencia previa de los solicitantes y del ministerio fiscal.

Si, a pesar de ello, resulta difícil determinar los deseos de la persona con discapacidad, la autoridad judicial, tras oír a todas las partes implicadas, resolverá teniendo en cuenta los informes que considere pertinentes, o podrá derivar el tema a la mediación familiar.

Lo habitual es que las relaciones personales con hermanos, nietos, parientes o allegados, así como con los hijos, de la persona con discapacidad, incrementen el bienestar de la persona con discapacidad. Pueden suponer su conexión con el exterior y pueden cubrir necesidades afectivas. Pensemos que se trata de personas de edad avanzada, por lo que tomar este tipo de medidas es por lo general favorable para todas las partes implicadas.

74. En Cataluña, el derecho de los menores a relacionarse con otros familiares o personas próximas está previsto en los artículos 233-1.1c, 233-2.2c, 233-4.1, 233-12, 236-4.2, 236-5.1 y 236-15.3 CCCat —además, el artículo 38.1 de la Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, también reconoce el derecho de los menores a relacionarse con otros parientes próximos y, especialmente, con los abuelos.

También se regula en la Ley 7/2015, del País Vasco, art. 5.2a.3, 5.11 y 11.2; en el Código foral de Aragón, art. 60, 75.2, 77.2b, 77.6 y 79.2a; en la Ley valenciana 5/2011, art. 1 y 4.2b, pero fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2016 (RTC 2016/192), aunque recoge este derecho el artículo 22.4 de la Ley valenciana 12/2008, de protección integral de la infancia y la adolescencia; en la Ley 71 de la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del derecho civil foral de Navarra o Fuero nuevo, que dedica un apartado especial (13) a las visitas de los menores con otras personas.