

LA DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA ESPAÑOLA: NOTAS SOBRE LA PARTE GENERAL DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

INTELLECTUAL DISABILITY IN THE SPANISH VOLUNTARY JURISDICTION
SYSTEM: NOTES ON THE GENERAL PART OF LAW 15/2015,
OF 2 JULY, ON VOLUNTARY JURISDICTION

Brian Buchhalter-Montero*

Resumen: Este estudio analiza cuál es el rol que la discapacidad —como fenómeno social— despliega respecto de las normas contenidas en la parte general de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (arts. 1 – 19). Se trata de conocer qué implicaciones comporta la discapacidad para este conjunto normativo y, en última instancia, de proponer una serie de reformas (ya no restringidas a la parte general de la Ley 15/2015) que contribuyan a hacer efectivo el principio de no discriminación de las personas con discapacidad.

Palabras clave: Jurisdicción voluntaria, discapacidad, legitimación, ajustes necesarios.

Abstract: This paper analyses the role that disability —as a social phenomenon— plays with respect to the rules contained in the general part of Law 15/2015, of 2 July, on Voluntary Jurisdiction (arts. 1 – 19). The aim is to find out what implications disability has for this set of regulations and, ultimately, to propose a series of reforms (no longer restricted to the general part of Law 15/2015) that contribute to making the principle of non-discrimination of people with disabilities effective.

Keywords: Voluntary jurisdiction, disability, legitimization, necessary adjustments.

* Máster en Derecho alemán (LL.M.) por la Universität Konstanz y Máster en Derecho de Familia por la Universidad Internacional de la Rioja. Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia, España. Premio Extraordinario de Grado (2021) y de la Sociedad Española de Excelencia Académica (2021). ORCID: 0000-0001-7662-4424. Correo-e: brianbuchhalter@gmail.com.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: UNAS REFLEXIONES SOBRE LOS PROYECTOS DE LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA— 2. EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA— 3. LAS REGLAS DE COMPETENCIA: 3.1 Órganos; 3.2 Imperatividad de las reglas de competencia; 3.3 Cláusula de reserva judicial— 4. DISCAPACIDAD Y NORMAS SOBRE LEGITIMACIÓN— 5. DISCAPACIDAD Y POSTULACIÓN; 6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL— 6.1 Consideraciones generales; 6.2 La discapacidad en la doctrina de la Fiscalía General del Estado; 7. MEDIOS DE PRUEBA— 8. AJUSTES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 8.1 Consideraciones generales; 8.2 Fundamento; 8.3. Elementos; 8.3.1. Subjetivos; 8.3.2. Objetivos; 8.3.2.1 ¿Cuándo son necesarios?; 8.3.2.2. ¿En qué consisten?; 8.3.3. Temporales y formales; 8.3.4. Valoración— 9. EN LAS NORMAS COMUNES PARA LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES: 9.1.1 Celebración de la comparecencia; 9.1.1. Concentración de las diligencias; 9.1.2. Audiencia por separado; 9.1.3. Acta de la audiencia; 9.1.4. Motivación de la resolución; 9.1.5. Decisión del expediente; 9.2 Efectos de la interposición del recurso de apelación— 10. A MODO DE CONCLUSIÓN: BREVES PROPUESTAS GENERALES DE LEGE FERENDA RESPECTO DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: UNAS REFLEXIONES SOBRE LA DISCAPACIDAD EN LOS PROYECTOS DE LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La necesidad de reformar el régimen de la jurisdicción voluntaria (JV, en adelante) era ya un hecho notorio a finales del siglo xx, circunstancia que se hizo patente en la Disposición final 18.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante). Esta levantó acta del compromiso gubernamental de remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley reguladora de la JV, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de aquella. Como ya se sabe, el plazo venció el 8 de enero de 2002 sin que se hubiera cumplido ese *pactum* que, conforme al aforismo clásico, *servandum erat*. Así, hubo que esperar hasta el año 2015 para que, tras un largo y complicado *iter* parlamentario, se promulgara en julio de aquel año la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria hoy vigente (LJVol, en adelante).¹ De los distintos Proyectos legislativos relativos a la JV publicados, este estudio toma en consideración solo dos: el «Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantizar los derechos de la persona y en materia civil y mercantil»² (2006) y el «Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria»³ (2014), por ser los más representativos de cada una de las dos fases en que se puede escindir el complejo proceso legislativo.⁴ De los dos, quizás por haber nacido ya consolidada la Convención Internacional sobre

¹ Un estudio del *iter* parlamentario hasta 2021 se puede ver en Liébana Ortiz, J. R., *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, Iustel, 2012, págs. 46 y ss.; también puede verse Fernández De Buján, A., *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria — Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson S.L. — Colegio de Registradores de España, Madrid, 2015.

² Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales — Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Núm. 109-1, 27 de octubre de 2006.

³ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales — Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, Núm. 112-1, 5 de septiembre de 2014.

⁴ Ello no quiere decir, sin embargo, que a lo largo de la exposición no se vayan a hacer referencias a otros Proyectos, en la medida en que presenten particularidades relevantes.

Derechos de las Personas con discapacidad de 2006 (CDPD, en adelante), fue el Proyecto de 2014 el que mayor sensibilidad mostró respecto de la discapacidad. En él se dejaban sentir ya buena parte de las características que, en menor o mayor medida, caracterizan hoy a la LJVol. Particularmente, la Exposición de Motivos del Proyecto de 2014 dio cuenta de las exigencias —terminológicas y sustantivas— de la CDPD:

«Esta ley se ha elaborado al mismo tiempo que otras reformas importantes de normas que también aquí son objeto de modificaciones, como sucede con el Código Civil, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Ello es así, en primer lugar y en lo que se refiere a las dos primeras normas que se señalan, porque está en marcha su adaptación a la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual afecta tanto al régimen de la tutela y la curatela, como a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, que se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente (...)» (ap. III).

En cualquier caso, que el Proyecto de 2014 expresara una mayor sensibilidad en la protección de las personas con discapacidad, no es todavía suficiente para afirmar el destierro total del paternalismo e infantilismo con que, en ocasiones, se trata a las personas con discapacidad en sede de JV. Así, el objetivo «interés» de la persona con discapacidad se erigía, prácticamente sin discusión, como elemento esencial en la determinación de las medidas judiciales de apoyo (*cfr.* arts. 60.3 y 47.4.II del Proyecto de 2014). Muy crítico fue al respecto el lobby de las personas con discapacidad en una serie de «(c) onsideraciones (...) al texto de propuesta de Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria, preparado por la Comisión General de Codificación (...)». Allí se ponía de relieve que podría parecer que el

«(...) órgano que ha redactado el borrador no conoce la Convención de la Discapacidad, tratado internacional de derechos humanos, ni ha asumido sus valores, principios y mandatos. No es sostenible tras la entrada en vigor en nuestro país de la Convención, pues burla sus prescripciones. Ni esta futura Ley, ni ninguna otra en adelante, debieran abstraerse a la necesidad de observancia y respeto absoluto a la Convención. (...) Aprovechemos, pues, el efervescente momento legislativo que vivimos así como la celebración de los 5 años de plena vigencia de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad para avanzar en la garantía a los derechos de todas las personas con discapacidad al que representamos y para hacer una regulación en condiciones, plenamente respetuosa con la Convención y que suprima sistemas, figuras y términos contrarios a su espíritu».

Sin embargo, ni tanto, ni tan poco. A pesar de sus deficiencias, el Proyecto de 2014 supuso un notable avance en este cambio de sensibilidad que ya venía exigiendo la vigencia de la CDPD. Ello explica la particular permeabilidad que el texto definitivo de 2015 mostró respecto de los derechos de las personas con discapacidad. Ya en la Exposición de Motivos de la LJVol puede trazarse ese espíritu:

«(t)ambién se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente».

Esta pretensión de adaptación no se quedó, sin embargo, en una mera adaptación terminológica —no recibida unánimemente como positiva⁵—, sino que se tradujo en una serie de disposiciones que, a pesar de su carácter necesariamente abstracto y generalizador, dan buena cuenta de la especial situación que comporta la discapacidad en el procedimiento judicial.

2. EL CONCEPTO MISMO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La naturaleza jurídica y el concepto de JV son dos de las cuestiones más espinosas que, dogmática y prácticamente, pueden suscitarse respecto de aquella. Tras idas y venidas en los distintos Proyectos, el art. 1.2 LJVol establece que:

«se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso».

A primera vista, podría parecer complicado incardinar la discapacidad en el concepto de JV que establece este art. 1.2. Sin embargo, en la noción de «tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil» son incardinables el extenso número de situaciones jurídicas relativas a la discapacidad.⁶ Así, como señalaba Montesano, estos derechos subjetivos e intereses tutelados por la JV tienen la misma naturaleza que los que se tutelan en la JV contenciosa.⁷ En efecto, la finalidad fundamental con que se constituye la JV es la de ofrecer «tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil» que son siempre los mismos, con independencia de la sede en que se tutelen. La expresión por la que se decide el art. 1.2 LJVol es más afortunada que la aséptica «tutela del Derecho privado» (prevista en Proyectos anteriores), en cuyo seno late una concepción más nomofiláctica (tutela del *ius constitutionis*) que protectora del interés subjetivo (o *ius litigatoris*).

⁵ Además de la discusión parlamentaria, *cfr.* Recover Balboa, T., «Valoraciones de la Ley 5/2015, de jurisdicción voluntaria, desde el desempeño de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», pág. 2.

⁶ Algunos muy ilustres procesalistas italianos se mostraron contrarios a entender que la JV fuera adecuada para «tutelar» derechos e intereses. *Cfr.* Fairén Guillén, V., en «Jurisdicción “voluntaria”, juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 68, 1990, págs. 482 y ss.).

⁷ Montesano, L., «I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti», *Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo Civile*, Palermo, 1989, págs. 256 y ss., *cit.* por Fernández de Buján, A., *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 102.

Ello no quiere decir, sin embargo, que en la JV no se tutele objetivamente el Derecho —en el fondo, cualquier acto de aplicación del Derecho supone su reafirmación y, por tanto, su consolidación y protección. Sin embargo, la particular distinción que realiza el art. 1.2 LJVol respecto de «derechos e intereses» es afortunada para dar cuenta del papel central de lo subjetivo en la JV, pues como señalaba el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de LJVol, «todo expediente de jurisdicción voluntaria tiende a la satisfacción de intereses jurídicos de particulares con la finalidad de garantizar la certeza de las relaciones jurídicas, verificar de las condiciones exigidas legalmente o tutelar a las personas».⁸ La protección de las personas (y especialmente de aquellas con discapacidad) es, con mayor o menor intensidad, una de las constantes vitales de la JV española y Europa.

3. LAS REGLAS DE COMPETENCIA

3.1. Órganos

El art. 2.1 LJVol establece que «los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, según el caso, tendrán competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria» (consecuencia, respecto de los JPI, de los arts. 85.2 LOPJ y 45.1 LEC). Este art. 2.1 LJVol debe integrarse con lo dispuesto por el art. 98.1 LOPJ, con arreglo al cual:

«1. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan».

Materializando esta previsión, el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, instauró los Juzgados de Familia, que despliegan su competencia respecto de actuaciones previstas en el Título IV⁹ («del matrimonio») y en el Título VII («de las relaciones paterno-filiales»¹⁰) del Libro I del CC.¹¹ De otro lado, estos Juzgados tienen atribuido:

⁸ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 18.

⁹ Arts. 42 y ss. del CC. Allí son relevantes, respecto de las personas con discapacidad, algunas previsiones como el art. 56.II CC, recientemente modificado por la Ley 8/2021, relativo al dictamen médico para acreditar la capacidad núbil.

¹⁰ Del Título VII ha desaparecido, tras la Ley 8/2021, una institución clásica en la protección de las personas con discapacidad, cual era la prórroga de la patria potestad (art. 171 CC).

¹¹ Cfr. al respecto Tirado Estrada, J. J., «Especialización de la jurisdicción de familia: términos para el debate e implantación», en Saravia González, A., y García Criado, J. J., *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Estudios de Derecho Judicial, Núm. 147, CGPJ, 2007, págs. 313 y ss.; más recientemente, cfr. Alía Robles, A., «El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad», *La Ley Derecho de Familia*, Núm. 28, 2020, págs. 17 y ss.

«el conocimiento con carácter exclusivo de los asuntos propios del orden jurisdiccional civil referidos a la capacidad de las personas, incluidos los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, acciones de filiación, maternidad y paternidad, alimentos provisionales y definitivos, actos de jurisdicción voluntaria relativos a familia y sucesiones, tutelas y curatelas, así como las ejecuciones derivadas de estos procedimientos (...)».¹²

La especialización es, efectivamente, positiva para la tutela de los derechos de las personas con discapacidad. Por otra parte —y al margen de la jurisdicción militar— se han suscitado dudas respecto de la competencia de los Juzgados penales respecto de actuaciones de JV. Particularmente, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer parecen quedar excluidos, pues el art. 87 ter.2 LOPJ —que regula su régimen competencial— se refiere al conocimiento de asuntos «de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil», lo que permitiría —por elementales razones de literalidad— excluir la JV. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido admitiendo la competencia de estos Juzgados para conocer de determinados expedientes de JV, siempre que se cumplan los requisitos generales para afirmar la competencia civil de aquellos juzgados (art. 87 ter.2 LOPJ). De este modo, cuando al momento de presentar una solicitud de inicio de un expediente de JV se halle pendiente un proceso conexo ante un juzgado de Violencia sobre la Mujer, este es competente para conocer de aquél [ATS de 19 de febrero de 2019 (REC: 240/2018, ponente Orduña Moreno), FJ 3.º].¹³ También la Circular de la FGE Núm. 4/2005 de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, se había mostrado favorable a la retención de la competencia por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, incluso cuando hubiera finalizado el proceso ante este sin declarar responsabilidad penal [ap. VI.B).2)].¹⁴ También en la doctrina son varios quienes abogan por tal solución (Fernández Gil¹⁵ Santos Martínez¹⁶, entre otros). Y, en definitiva, como señala Banacloche Palao:

¹² Acuerdos Núm. 18 y ss. del Pleno del CGPJ, de 15 de octubre de 2008. En Valencia (que se toma como referencia, por ser donde se escriben estas líneas) los JPI Núm. 13 y 28 se ocupan de «capacidad, internamientos y tutelas» y los JPI Núm. 8,9,24 y 26 de «familia»). Más información en: <https://cutt.ly/bYE4Vvx>. Sobre el internamiento de personas con discapacidad en el régimen previo a la reforma de 1983, *cfr.* Bercovitz, R., *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976.

¹³ Igualmente: ATS de 15 de febrero de 2022 (REC: 413/2021, ponente Parra Lucán, FJ 3.º); ATS de 21 de marzo de 2018 (REC: 210/2017, ponente Vela Torres, FJ 3.º); ATS de 13 de septiembre de 2017 (REC: 129/2017, ponente Sancho Gargallo, FJ 3.º); y, entre otros, AAP Barcelona (Sección 12.ª) Núm. 158/2020 (REC: 5/2020, ponente Tomás García), de 3 de junio, FJ 2º. Remitiendo actuaciones a un Juzgado de Instrucción, *cfr.* AAP Lugo (Sección 1.ª) Núm. 162/2019 (REC: 647/2019, ponente Gento Castro), de 19 de noviembre. También ha admitido recientemente la competencia de un Juzgado de lo Penal para conocer de un expediente de consignación (arts. 98 y ss. LJVol) [STS Núm. 926/2021 (REC: 5777/2019, ponente Hernández García), de 25 de noviembre, FJ Único].

¹⁴ Lo asume ya sin discusión la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria (ap. 2.6).

¹⁵ Fernández Gil, C., *Cuestiones prácticas sobre Jurisdicción Voluntaria*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 43.

¹⁶ Santos Martínez, A., «Subapartado segundo. De la intervención judicial en relación con la patria potestad», en Izquierdo Blanco, P., y Picó i Junoy, J., *Jurisdicción voluntaria – Aspectos procesales, no*

«si analizamos los asuntos civiles que le vienen atribuidos a dichos órganos (...) se puede comprobar que algunos de ellos pueden dar lugar a un expediente de JV (como los de separación y divorcio, los relativos a las relaciones paternofiliales, los que se refieran a la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar o los relativos a adopción y protección de menores) [...]. Cuando así sea, la solicitud habrá de presentarse ante el Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo del asunto penal, o incluso, si está ya pendiente el expediente, el JPI que esté conociendo tendrá que inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que corresponda (art. 49 bis LEC). En consecuencia, el tenor literal del art. 2.1 LJV debe ser matizado por razón de esta posible circunstancia».¹⁷

Y, del mismo modo, debe asumirse la competencia para conocer de expedientes de JV de los Juzgados de Guardia, como sugiere la Circular de la FGE Núm. 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave [aps. VI, y IX (ordinal 9º)].¹⁸ Aun así, es de esperar la atribución de competencias en estas materias a órganos jurisdiccionales de nueva creación, toda vez que el ap. 1, letra a) (II) de la DF 20.^a de la LO 8/2021 recoge el compromiso del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la LOPJ «para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad».

3.2. Imperatividad de las reglas de competencia

Excepcionando las reglas de los arts. 54 y ss. LEC, el art. 2.2 LJVol determina —al igual que el art. 28 del Código de Proceso Civil de Italia¹⁹— que «la competencia territorial vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita». El *telos*

ariales, registrales, mercantiles y marítimos, Bosch, Barcelona, 2016, pág. 371.

¹⁷ Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, La Ley Wolter Kluwers, Madrid, pág. 55.

¹⁸ El estudio jurisprudencial de las reglas de competencia nos ha hecho topar con un supuesto de hecho rocambolesco, que ha sido resuelto por el ATS de 28 de septiembre de 2021 (REC: 200/2021, ponente Díaz Fraile), FJ 2.º: «(p)or aplicación del art. 60.3 LEC, como el conflicto se ha planteado entre el JPI Núm. 26 de Sevilla y el JPI Núm. de Solsona, esta Sala no puede declarar competente a un tercer juzgado no participe en el conflicto (...). De manera que, si bien el Juzgado de Solsona carece de competencia, este se inhibió indebidamente a favor de los juzgados de Sevilla, por las circunstancias expuestas. En consecuencia, lo procedente es devolver las actuaciones al juzgado de Solsona para que, en su caso, se inhiba correctamente a favor de los juzgados de Morón de la Frontera. Todo ello, con la urgencia que reclama la importancia e interés público del objeto del proceso». Como señala el ATS de 29 de noviembre (REC: 1001/2016, ponente Saraza Jimena) los conflictos de competencia «dilatan la resolución de la solicitud formulada, con grave perjuicio para los interesados» (FJ 4.º). Cláusula similar se aprecia en otras resoluciones como el ATS de 23 de noviembre (REC: 268/2021, ponente Parra Lucán), FJ 3.º o el ATS de 11 de enero de 2022 (REC: 344/2021, ponente Díaz Fraile), FJ Único.

¹⁹ Art. 28: «(l)a competenzaa per territorio può essere derogata per accordo delle parti, salvo che per le cause previste nei numeri 1, 2, 3 e 5 dell'articolo 70, per i casi di esecuzione forzata, di opposizione alla stessa, di procedimenti cautelari e possessori, di procedimenti in camera di consiglio e per ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge». De tal manera, en el procedimiento *in camera di consiglio* la competencia no puede ser derogada. En Italia, *cfr.* la Legge 9 Gennaio 2004, n. 6.

de la norma es claro: proteger al interesado vulnerable en el expediente, imposibilitando la disposición de la competencia en su (probable) perjuicio.²⁰ Ya el Consejo Fiscal, en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2013, había valorado positivamente la imperatividad de esta norma competencial, pues permite el control público sobre el desarrollo de las relaciones jurídico-privadas, «bien en interés de ciertos sujetos que no pueden defenderse por sí mismos, bien en defensa de intereses generales más o menos difusos, como el interés familiar o la seguridad del tráfico jurídico privado que puede ser afectado *erga omnes*».²¹ Sin embargo, aunque la regla podría parecer universal, lo cierto es que en algunos ordenamientos de nuestro entorno es posible advertir cierto margen de disposición en las normas de competencia en la JV (*cfr.* § 411.II.2 FamFG; y art. 19 ZPO CH). En cualquier caso, en nuestro Derecho, las normas de competencia territorial son imperativas y deben ser controladas de oficio (art. 16.1 LJVol) y en cualquier momento (art. 48 LEC, aplicable *ex art.* 8 LJVol).

3.3. Cláusula de reserva judicial

Por último, el art. 2.3.II LJVol —demás de abrir la puerta a los procedimientos innominados²²— establece una regla subsidiaria de atribución de competencias cuando estas no vienen fijadas expresamente:

«Cuando no venga atribuida la competencia expresamente a ninguno de ellos, el Juez decidirá los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos,

²⁰ Fernández Gil, C., *Cuestiones prácticas...*, *op. cit.*, pág. 43. Como recuerda la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria (ap. 2.6) el MF desarrolla la cuestión de la determinación de la competencia un papel muy relevante, función ya de rancio de abolengo (art. 838.3.º LOPJ 1870): «la Fiscalía se ha pronunciado sobre el particular, en concreto sobre la imposibilidad de sumisión, expresa o tácita, bajo la vigencia de la LEC 1881. Muestra de ello son la consulta de 15 de noviembre de 1910, la Circular de 10 de junio de 1912, la Consulta de 16 de noviembre de 1925, la Circular de 13 de mayo de 1930 y la Circular 3/1971, de 3 de diciembre» (ap. 2.6). Monográficamente se dedica a la competencia la muy reciente Circular de la FGE Núm. 2 /2021, de 30 de abril, sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil. Incidentalmente, también en otras Circulares como la Núm. 2/1984, de 8 de junio, referida al internamiento del antiguo art. 211 CC, la Núm. 1/2021, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave; o en la Instrucción 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapacadas.

²¹ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 24. Tendencia que se podía trazar en la antigua Circular de 10 de junio de 1912 de la FGE, sobre la competencia de los Juzgados de Primera Instancia en materia de declaración de herederos *ab intestato*, aprobaciones de operaciones particionales y actos de jurisdicción voluntaria estableció claramente que en tales supuestos no cabe el sometimiento expreso o tácito de las partes a órganos jurisdiccionales diferentes.

²² Seoane Cacharrón, J., «Artículo 2. Competencia en materia de jurisdicción voluntaria», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2016, pág. 95.

así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El resto de expedientes serán resueltos por el Secretario judicial».

La previsión es lógica y coherente con el carácter jurisdiccional de los actos que realizan los jueces respecto de las personas con discapacidad con medidas de apoyo (y sin ellas, a pesar de que el precepto solo se refiera a las primeras).²³ No solo el carácter ontológicamente —se podría decir— jurisdiccional de tales actos justifica su atribución de la competencia a los órganos judiciales. También razones pragmáticas hacen aconsejable esta solución, de manera que parece lógico que los asuntos en los que sea «necesario declarar derechos o valorar situaciones con arreglo a criterios de oportunidad, conveniencia o equidad, aplicar valores o jerarquía de valores y no solo reglas en caso de conflicto de intereses, averiguar hechos o preexistencia de derechos, entre otros», queden en manos de los Jueces.²⁴ Sin embargo, como recuerda el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de LJVol, de 27 de febrero de 2014 (pág. 11), algunos expedientes que afectan al estado civil de las personas quedan excluidos de la LJVol. Así sucede, por ejemplo, con la celebración del matrimonio ante Notario, incluso por personas con discapacidad.²⁵ Por otra parte, la previsión del art. 2.3.II LJVol no significa que la gran variedad de incidentes y trámites que se contiene en los expedientes citados se reserven exclusivamente a la decisión del Juez.²⁶

4. DISCAPACIDAD Y NORMAS SOBRE LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación, la LJVol mantiene inalterada la previsión del Proyecto de 2014, de manera que, conforme al art. 3.1 LJVol, podrán promover expedientes de JV e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente so-

²³ Respecto de la previsión del art. 2.3.II LJVol en relación con las parejas de hecho es ilustrativo el AAP Barcelona (Sección 18.ª) Núm. 52/2020 (REC: 471/2019, ponente Pereda Gámez), de 5 de febrero: «Es posible la inclusión en la consideración de un estado civil de la situación de pareja de hecho como propio de un “estado civil”, *lato sensu*, en tanto se trata, desde el punto de vista fáctico de una situación estable o permanente en la que se encuentra una persona física en relación con sus circunstancias personales y con la legislación, y que va a determinar determinados efectos jurídicos de quien la ostente» (FJ 1º). En contra, no admitiendo una solicitud que pretendía el reconocimiento de un matrimonio celebrado por el rito gitano, AAP Badajoz (Sección 3.ª) Núm. 157/2017 (REC: 323/2017, ponente Calderón Martín), de 7 de noviembre.

²⁴ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 21.

²⁵ Las personas con discapacidad han visto ampliamente aumentadas sus posibilidades de contraer matrimonio, tras la entrada en vigor de la Ley 4/2017, de 28 de junio, deudora de la Circular de 23 de diciembre de 2016 del Director de la DGRN (hoy DGSJFP). Así, la «discapacidad» a que se refería el art. 56 del CC (en su redacción dada por la LJVol original) se debe entender como aquella discapacidad que «afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión».

²⁶ De Salas Murillo, S. «Incidencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad» en, Areces Piñol, M.ª T., *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 273.

bre la materia que constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.²⁷

El art. 3.1 LJVol distingue entre promotores e intervinientes en el expediente, considerados en términos generales como «partes» (art. 3.2, frase segunda LJVol). En cualquier caso, la distinción es irrelevante pues, una vez personados, todos tienen los mismos derechos y obligaciones, incluido el MF.²⁸ Las normas reguladoras de la JV de nuestro entorno son variadas respecto de la legitimación y la atribución de la condición o no de parte. Por ejemplo, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria austríaca (AußStrG, en adelante) incorpora también a la lista de legitimados —a los que reconoce la condición de parte (*Partei*)²⁹— a «cualquier persona, siempre que sus intereses jurídicamente protegidos pudieran ser inmediatamente afectados por la decisión judicial tomada o por tomar» (§ 2.I.3). De similar manera, el § 7.II.1 FamFG alemana atribuye la condición de participante (*Beteiligte*) y no parte, también a aquellos cuyo derecho pueda ser previsible e inmediatamente afectado por el expediente. La especialidad respecto de las personas con discapacidad no es aquí especialmente llamativa.

5. DISCAPACIDAD Y POSTULACIÓN

Respecto de la postulación, el art. 3.2 LJVol establece que «tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley. No obstante, aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente».³⁰ Esta regla se completa en el mismo art. 3.2 LVol *in fine*: «en todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y Procurador para

²⁷ El art. 3 LJVol se separa del Proyecto de 2006, que tan solo refería lo siguiente: «podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o de un interés legítimo sobre la materia que constituya su objeto». Este indeterminado concepto de «interés legítimo» ampliaba considerablemente la legitimación para promover o intervenir en los expedientes, sin perjuicio de que la legitimación quedaba más razonablemente acotada en la regulación de los expedientes en particular (Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 26 de julio de 2006, pág. 47).

²⁸ Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes...*, *op. cit.*, pág. 62.

²⁹ También la ZPO CH que, en el art. 19, se refiere expresamente a la parte demandada (*die beklagte Partei*).

³⁰ Respecto de la postulación, el art. 17.1 del Proyecto de 2006 establecía —en una ubicación sistemática que no seguirían posteriormente otros proyectos— que «en los expedientes de jurisdicción voluntaria no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador», lo que parecía lógico dada la desjudicialización que tenía por objeto el Proyecto. Estas normas de postulación no se excepcionaron, ni siquiera, en los expedientes más delicados que se suscitan respecto de personas con discapacidad —como la remoción del tutor (art. 72 del Proyecto de 2006). En cualquier caso, el art. 17.4 del Proyecto de 2006 garantizaba suficientemente la igualdad de armas de los interesados e intervinientes, previendo lo siguiente: «(s)i otro interesado pretendiere valerse de abogado, aunque el solicitante no vaya asistido del mismo, lo comunicará al administrador, pudiendo solicitar en su caso el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. En tal caso, el administrador podrá acordar la suspensión del expediente hasta que se produzca el reconocimiento o denegación del derecho o la designación

la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición». ³¹ Por tanto, la LJVol no exige postulación en términos generales, sin perjuicio de que los solicitantes o intervinientes que quieran servirse de Abogado o Procurador pueden hacerlo (art. 32 LEC). La previsión no es de gran utilidad, como dice Banacloche Palao, pues tan solo se remite a los expedientes particulares, de manera que difícilmente se puede saber —con base en este precepto— qué postura adopta, en general, la LJVol respecto de la postulación —lo que confirma la Exposición de Motivos de la LJVol (ap. X). ³² Respecto de los expedientes relativos a personas con discapacidad, se ha afirmado que la postulación facultativa está justificada en los expedientes relativos a menores y personas con discapacidad, por la intervención del MF y porque la intervención de Letrado «encarecería las actuaciones y terminaría perjudicando económicamente a quienes son interesados en estos expedientes». ³³ Por el contrario, el CGPJ se había pronunciado —acertadamente a nuestro juicio— a favor de mantener la postulación obligatoria, al menos, en los «expedientes relativos a la capacidad de las personas, a menores y a familia, incluido el régimen económico matrimonial». ³⁴ Lo contrario podría suponer «dejar la puerta abierta para que actúen intrusos sin responsabilidad ni solvencia». ³⁵ En definitiva, la especial trascendencia de los intereses que se ventilan en tales expedientes exige ineludiblemente la presencia de Abogado. ³⁶

provisional de abogado». La previsión de este art. 4 LJvol con el § 10.I FamFG: «Soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, können die Beteiligten das Verfahren selbst betreiben».

³¹ «No tendría mucho sentido exigir el cumplimiento de los requisitos de postulación a partir del momento en que se formule oposición y no hacerlo para el escrito mismo. En cualquier caso, no podrá el opositor sostener posteriormente la oposición en comparecencia si no acude a la misma debidamente asistido y representado» (López Jara, M., «Artículo 17. Admisión de la solicitud y citación de los interesados», n Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado – Dykinson, Madrid, 2016, pág. 121).

³² Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes...*, *op. cit.*, pág. 65; igualmente Fernández de Buján, A., «Artículo 3. Legitimación y postulación», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 101. Para Sospedra Navas, F. J., *Proceso Civil...*, *op. cit.*, pág. 50, sin embargo, «la regla general es que no es necesaria la postulación en los expedientes de jurisdicción voluntaria en que la Ley no lo prevea expresamente».

³³ Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes...*, *op. cit.*, pág. 66. En cierta manera coincidente, aunque con apoyo el Principio Núm. 2.3 de la Recomendación R(99)4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, sobre principios de protección de los mayores incapaces, *cfr.* De Salas Murillo, S. «Incidencia...», *op. cit.*, pág. 277.

³⁴ Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014, pág. 55.

³⁵ Díaz Barbero, A., y González Piqué, C., «Postulación y defensa en los expedientes de jurisdicción voluntaria», en Díaz Barbero, A., (coord.), *Estudio práctico de la Ley de la Jurisdicción voluntaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 80.

³⁶ Bayo Recuero, M.ª N., «Artículo 3. Legitimación y postulación», en Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado – Dykinson, Madrid, 2016, pág. 45. Un modelo interesante respecto de la postulación es el que ofrece el § 276.I.1 FamFG, que establece la necesidad, en principio, de nombrar una suerte de defensor judicial (*Verfahrenspfleger*) en los asuntos relativos a la institución de personas con discapacidad cuando, por ejemplo, deba prescindirse de dar audiencia al mismo.

6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

6.1. Consideraciones generales

La presencia del MF en la JV española y europea no es nueva, si bien las diferencias entre los regímenes anteriores y el actual son importantes.³⁷ La intervención del MF en asuntos civiles ha sido bien sintetizada por la STS Núm. 160/1988 (ponente Lautor Brotons), de 3 de marzo, en la que se puede leer lo siguiente:

«(...) en nuestra patria, el Ministerio Fiscal, inspirado en las ideas francesas de la época, comienza a perfilarse en el Reglamento de 26 de septiembre de 1835, señalándose como defensor de la causa pública (artículo 101) y delimitando sus funciones y actuaciones de modo negativo («no se mezclará en los negocios civiles que sólo interesan a personas particulares»). Posteriormente, en el Reglamento del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1983 insiste en que, tratándose de negocios civiles «no se le oirá sino cuando interesen a la causa pública» (artículo 40) y las Ordenanzas de las Audiencias, de 19 de diciembre de 1835, reiteran los mismos conceptos, quedando perfectamente delimitados los de Ministerio Fiscal como parte o simplemente dictaminante, distinción que empieza a perderse un tanto con la publicación del Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia de 1 de mayo de 1844 y cuyo criterio es seguido por el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 (artículo 838)» [FJ 1.º].

La relevancia del interés público que se ventila en tales expedientes justifica la presencia del MF, a pesar de la volatilidad de este llamado interés público.³⁸ Así se explica la previsión del art. 4 LJVol que — en consonancia, entre

³⁷ El Proyecto de 2006 preveía también la intervención del MF en determinados expedientes, como imponen los arts. 3.6 y 7 EOMF. Así, el art. 16 del Proyecto establecía que: «(e)l Ministerio Fiscal interpondrá en los expedientes de JV administrados por el Juez cuando afecte al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o incapaz y en aquellos otros casos en que la Ley expresamente lo prevea». Por otra parte, la intervención —por lo menos indirecta— del Fiscal no se restringe solo a los expedientes judiciales, pues aunque no se prevea la presencia del MF en los expedientes notariales, por ejemplo, «ello no obsta para que, en aquellos casos en que por los mismos [notarios] se aprecie carencia de representación legal de menores o personas con capacidad modificada judicialmente que así lo requieran, se comunique dicha circunstancia al Ministerio Público a los efectos de instar la correspondiente designación de defensor judicial. En este sentido, pueden citarse distintos preceptos como los arts. 56.1, 57.3 o 62.3 de la Ley del Notariado (...) [Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, ap. 2.1]. Otros países de nuestro entorno recogen también reglas similares con mayor o menor intensidad. Por ejemplo, el art. 811 del CPCFr establece que: «(l)e ministère public, s'il y a des débats, est tenu d'y assister ou de faire connaître son avis». Por su parte, el art. 740 del CPCIt determina que: «(i)l pubblico ministero, entro dieci giorni dalla comunicazione, può proporre reclamo contro i decreti del giudice tutelare e contro quelli del tribunale per i quali è necessario il suo parere».

³⁸ La Consulta de la FGE de 15 de noviembre de 1910, sobre la competencia para conocer de los juicios *ab intestato* y actos de jurisdicción voluntaria establecía que el Fiscal es parte por Ministerio de la Ley al afectar al interés público, lo hoy no parece ya del todo sostenible. Por otra parte, como recuerda la Instrucción de la FGE Núm. 4/2016, de 22 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas, ap. 1: «(l)a experiencia indica que la presencia del Fiscal en el proceso civil dista mucho de

otros, con los arts. 124 CE, 541 LOPJ, 1 y 3.6.º y 7.º EOMF³⁹ — determinar que el MF intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare. Ahora bien, que el MF intervenga en una buena cantidad de expedientes⁴⁰, no puede oscurecer su justificada retirada de otros varios, como los expedientes de dominio, declaraciones de herederos o extravío de cheques.⁴¹ Coadyuvando a esta retirada, el Consejo Fiscal proponía en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2013 suprimir la presencia del MF en aquellos expedientes cuya resolución no venga finalmente atribuida a la autoridad judicial.⁴² Y a esta justificación *cualitativa* de la retracción del MF en la JV, se ha venido añadiendo otra de orden cuantitativa: la escasez de recursos que padece el MF, unido a que «por hoy, no goza del don de la ubicuidad», exigiría una reconfiguración de su intervención en la jurisdicción civil.⁴³ En este sentido, algunos autores como Guillén Oquendo (Fiscal) proponen «limitar las comparecencias y vistas al máximo, al ser de dudosa utilidad general, celebrando aquellas que sean verdaderamente útiles».⁴⁴ Igualmente, el Consejo Fiscal había propuesto en su Informe al Anteproyecto de Ley de JV la concentración de los Juzgados de Familia, Tutelas (o apoyos) y protección de

ser marginal. No lo es ahora ni lo ha sido en la evolución histórica de la Institución. Ya la Circular de 8 de mayo de 1889 (Memoria de 1889, págs. 36 a 41), con motivo de la publicación del CC y referida al carácter de la intervención del Fiscal en los asuntos civiles, expresaba que lejos de ser meramente formularia, representa siempre la garantía de algún derecho, ya fuere establecido y redundase en interés social, ya en beneficio de personas privadas, dignas por la situación en que se encuentren, de la protección de la Autoridad pública, y que por ello el Ministerio Fiscal no llenaría cumplidamente su noble misión, si dentro de la órbita de sus atribuciones y ajustándose a las formas legales, no procurase con celo y discreción dejar a salvo y garantido en cada caso concreto el interés confiado a su defensa (...).

³⁹ En la antigua LOPJ 1870, *cfr.* art. 838.6º.

⁴⁰ Una lista completa de los mismos hay en la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria (ap. 2.4).

⁴¹ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 27. Lo reconoce también la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, *cfr.* conclusión 3.^a Por otra parte, la retirada del MF también se proyecta en los expedientes que traen causa del Derecho civil autonómico pues «la nueva Ley [de JV] no afecta a las referencias expresas a la intervención del MF efectuadas en la legislación foral sustantiva en aquellos casos en que o tienen concordancia con expedientes tipificados. Tales casos se tramitarán por las normas comunes con las especialidades necesarias (...). Sin embargo, en ausencia de referencia expresa y no tipificación en la LJV, los Sres. Fiscales solo intervendrán cuando lo justifique la cláusula general del art. 4 [LJV], *cuyos criterios son mas estrictos que los de la legislación que se deroga*» (Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, conclusión 2.^a). La cursiva anterior es nuestra.

⁴² Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, págs. 31 y 32.

⁴³ Guillén Oquendo, J. P., «La intervención del Ministerio Fiscal en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria», en Fernández de Buján y Fernández, A. y García Más, F. J. (coords.), Dykinson – Colegio Notarial Castilla-La Mancha, Madrid, 2016, pág. 73.

⁴⁴ Guillén Oquendo, J. P., «La intervención del Ministerio Fiscal en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria», en Fernández de Buján y Fernández, A., y García Más, F. J. (coords.), *op. cit.*, págs. 73 y 74.

las personas en las capitales de provincia, para ahorrar recursos en desplazamientos de los miembros del MF.⁴⁵ Ambos reclamos, si bien justificados, deben decaer, sobre todo cuando el art. 17.2.II LJVol establece que «si sólo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba, este emitirá su informe por escrito en el plazo de diez días». A ello debe sumársele la previsión del art. 182.4.5.º LEC, con arreglo al cual el LAJ, al establecer la fecha y hora de las vistas, tendrá en cuenta la «coordinación con el Ministerio Fiscal en que las leyes prevean su intervención». Ambos mecanismos parecen suficientes para paliar la escasez de representantes del MF. Y, por otra parte, la utilización de la videoconferencia para comparecer en tales procedimientos —sin perjuicio de los problemas que, respecto de la intermediación pueda suscitar— es una posibilidad sugerida por el propio MF.⁴⁶ En cualquier caso, ninguna de estas medidas puede servir de pretexto para convertir la intervención del MF en meramente formularia, cuando no sea constitucionalmente admisible. Como recuerda la Instrucción de la FGE Núm. 4/2016, sobre las funciones del Fiscal delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas, de 22 de diciembre, desde antaño se previó la intervención activa del MF en asuntos civiles:

«Ya la Circular de 8 de mayo de 1889 (Memoria de 1889, págs. 36 a 41), con motivo de la publicación del CC y referida al carácter de la intervención del Fiscal en los asuntos civiles, expresaba que lejos de ser meramente formularia, representa siempre la garantía de algún derecho, ya fuere establecido y redundase en interés social, ya en beneficio de personas privadas, dignas por la situación en que se encuentren, de la protección de la Autoridad pública, y que por ello el Ministerio Fiscal no llenaría cumplidamente su noble misión, si dentro de la órbita de sus atribuciones y ajustándose a las formas legales, no procurase con celo y discreción dejar a salvo y garantido en cada caso concreto el interés confiado a su defensa (...)» [ap.1].

A ello debe añadirse, en contra de la traslación de la competencia de los Juzgados a fueros distintos de los más cercanos a la persona con discapacidad, que el art. 13.1 CDPD recoge el compromiso de los Estados parte de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas. Por tanto, parece difícilmente conciliable con el art. 13.1 CDPD que, por cuestiones de economía pro-

⁴⁵ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 29. Crítica: Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 78.

⁴⁶ Cfr. Instrucción de la FGE 2/2015, de 16 de octubre de 2015, ap. 3.2. Allí se dice, que la utilización de la videoconferencia es una circunstancia que deberá decidir, inicialmente, al MF, de manera que «no parece razonable que sea el órgano judicial quien decida sobre la oportunidad o conveniencia de que el Fiscal pueda comparecer mediante videoconferencia (...)». Esta posición, sin embargo, es difícilmente conciliable con la previsión del art. 229.3 LOPJ que atribuye la decisión sobre este extremo al Juez o Tribunal. Distinto sería que el MF *sugiriese* al LAJ la realización de tales actuaciones por videoconferencia y que ello, de conformidad con los principios de cooperación básicos entre Administraciones [art. 3.1 letra k) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público] fuera la tónica habitual.

cesal, se alejen los Juzgados competentes de las personas con discapacidad. Admitir lo contrario sería, además, no dar cumplimiento a la DA 14.^a LOPJ.⁴⁷

6.2. La discapacidad en la doctrina de la Fiscalía General del Estado

La doctrina de la Fiscalía General del Estado (FGE, en adelante) condensada en sus Circulares, Instrucciones y Consultas, viene a constituir el «ADN de la institución». Su exposición permite conocer, además de soluciones de *pura* técnica jurídica,

«las preocupaciones, anhelos y objetivos del Ministerio Público español. Es en este sentido satisfactorio comprobar cómo las cuestiones que preocupan a la Fiscalía han evolucionado progresivamente en una dirección mucho más enraizada en los derechos de los ciudadanos y en el interés social. De centrarse en cuestiones tales como los delitos cometidos por medio de la imprenta o los delitos contra la moral se ha pasado a tratar profusamente cuestiones tales como la protección de los menores de edad, de los discapaces o de los trabajadores».⁴⁸

La discapacidad ocupa, pues, un espacio relevante entre las cuestiones que con mayor ímpetu han atraído la atención de la FGE, no solo en el proceso penal, sino también en los procedimientos civiles.⁴⁹ Ya desde comienzos del siglo xx la FGE había dictado Circulares e Instrucciones relativas —directa o indirectamente— a la protección de las personas con discapacidad.⁵⁰ Entre las resoluciones temporalmente más próximas a nosotros, son muy numerosas las dedicadas a la privación civil de libertad de personas con discapacidad son numerosas.⁵¹ Así, en la Circular de la FGE Núm. 2/1984, de 8

⁴⁷ La DA 14.^a LOPJ establece lo siguiente: «(l)a accesibilidad para personas con discapacidad y mayores de dependencias y servicios de carácter jurisdiccional constituye un criterio de calidad, que ha de ser garantizado por las autoridades competentes. Las dependencias y servicios judiciales de nueva creación deberán cumplir con las disposiciones normativas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación. Las Administraciones y autoridades competentes, en la esfera de sus respectivas atribuciones, promoverán programas para eliminar las barreras de las dependencias y servicios que por razón de su antigüedad u otros motivos presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación».

⁴⁸ *Doctrina de la Fiscalía General del Estado (1883-2013)*, Fiscalía General del Estado–Secretaría Técnica, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014, pág. 9.

⁴⁹ En el proceso penal, la primera Consulta de la FGE que se ocupa monográficamente de la incapacidad en el proceso penal es, hasta donde nosotros conocemos, la Consulta de 5 de julio de 1902, sobre la posibilidad de pedir el sobreseimiento libre por enajenación (*Doctrina de la Fiscalía General del Estado (1883-2013)*, Fiscalía General del Estado–Secretaría Técnica, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014, pág. 17). Con anterioridad, algunas como la Resolución de 1889, a raíz de la circular de 30 de mayo de 1889, habían tratado tangencialmente la cuestión (*Doctrina de la Fiscalía General del Estado...*, *op. cit.*, pág. 222). Sobre la JV, la primera consulta que nos consta es la de 15 de noviembre de 1910, sobre la competencia para conocer de los juicios *ab intestato* actos de jurisdicción voluntaria (*Doctrina de la Fiscalía General del Estado...*, *op. cit.*, pág. 222).

⁵⁰ *Cfr.* Circular de la FGE 11 de abril de 1930, acerca de la intervención del MF en la representación y defensa de incapaces.

⁵¹ No solo este derecho de las personas con discapacidad ha sido monográficamente tratado: sobre la «esterilización de los incapaces que adolezcan graves deficiencias psíquicas», que afecta al derecho a la integridad física (art. 15.1 CE), *cfr.* Consulta de la FGE Núm. 1/1991, de 31 de enero, relativa a los

de junio, en torno al artículo 211 del Código Civil: el internamiento de incapaces presuntos, ya se abordaba el rol del MF en un expediente clásico de JV: el internamiento no voluntario en centro psiquiátrico (hoy «reclasificado» en el art. 763 LEC). A esta Circular de 1984, ya indudablemente imbuida por el respeto al derecho a la libertad personal que deriva del art. 17.1 CE [y del art. 5.1 e) del CEDH], le siguieron otras en la misma línea. Entre ellas destacó la Consulta de la FGE Núm. 2/1993, de 15 de octubre, sobre el artículo 211 del CC que concluía lo siguiente:

«el único modo de que internamiento forzoso (...) se acomode al ordenamiento jurídico interno (art. 211 del CC) consistirá en exigir expresa autorización judicial, que se justificaría en los casos de la Consulta por la perturbación mental real de los sujetos a internar y por la naturaleza del Centro en donde han de permanecer (...)».⁵²

La resolución más reciente que se ocupa de la cuestión monográficamente —al margen de cuestiones de competencia territorial⁵³— es la Circular de la FGE Núm. 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores. Ahora bien, esta exuberante cantidad de resoluciones sobre internamiento no voluntario no puede oscurecer la intervención de la FGE en otros asuntos igualmente relevantes. También es perceptible un buen número de resoluciones dedicadas a la fiscalización de las medidas de protección de las personas con discapacidad. De entre ellas destacan especialmente dos: la Instrucción de la FGE Núm. 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces; y la Instrucción de la FGE Núm. 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.⁵⁴ Ambas están claramente dirigidas a llenar el «papel de primer orden en la protección de las personas con discapacidad, que demanda de la Institución [el MF] una respuesta eficaz y con criterios uniformes en defensa de los más desvalidos».⁵⁵

aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas; sobre derechos de carácter patrimonial, *cfr.* Consulta de la FGE Núm. 2/1985, de 25 de abril, sobre si es necesaria la aprobación judicial de las particiones cuando alguno de los herederos declarado incapaz esté representado por un defensor judicial. En cualquier caso, la LO 2/2020 ha suprimido la esterilización forzosa o no consentida de las personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

⁵² Para el proceso penal es ilustrativa la Consulta de la FGE Núm. 5/1999, de 16 de diciembre, sobre problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme.

⁵³ *Cfr.*, entre otras, la Circular de la FGE Núm. 2/2021, de 30 de abril, sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil (ap. 4.1.1.3); la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva LJVol (ap. 7.2); y la Circular Núm. 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (ap. VII.2).

⁵⁴ Otras reseñables son, en materia de organización, la Instrucción de la FGE Núm. 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas.

⁵⁵ Instrucción de la FGE Núm. 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces (ap. I *in fine*).

7. MEDIOS DE PRUEBA

El interés público que se ventila en determinados expedientes de JV explica la derogación del principio de aportación de parte que rige en el proceso civil tradicional (art. 216 LEC).⁵⁶ Así, el art. 5 LJVol (como el art. 752 LEC), excepcionando el principio de preclusión, establece que el Juez o el Secretario judicial, según quien sea el competente para el conocimiento del expediente, decidirá sobre la admisión de los medios de prueba que se le propongan, pudiendo ordenar prueba de oficio en los casos en que exista un interés público, se afecte a menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, lo estime conveniente para clarificar algún elemento relevante y determinante de la cuestión o expresamente lo prevea la ley.⁵⁷ De lo que se trata con este precepto es, como señalaba el art. 22.4.^a del Proyecto de 2006, de «decidir con acierto sobre los hechos de los que dependa la resolución definitiva del expediente».⁵⁸ Este objetivo es plenamente conforme con la posición que, tuitivamente, ha mantenido la STC Núm. 178/2020 (REC: 6318/2017, ponente Roca Trías) de 14 de diciembre, respecto de la posición de los menores en JV. Conforme a esta resolución y en atención al papel que tiene encomendado el principio constitucionalmente impuesto a todos los poderes públicos de proveer a la protección del menor» no cabe duda de que su aplicación prima sobre la de cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de las pretensiones» (FJ 3.^o). En cualquier caso, la amplitud del art. 5 LJVol ha sido ciertamente realizada, pues se prevé no solo para estos supuestos en que esté comprometido el interés público, sino en todos los expedientes.⁵⁹ Sin embargo, una interpretación restrictiva del precepto debiera conducir a entender que, en los expedientes en los que no esté afectado el interés público, «debe entenderse que existe vinculación a los hechos y que la facultad de iniciativa probatoria de oficio ha de ser utilizada en forma restrictiva, con arreglo al principio establecida en el artículo 282 LEC, especialmente en aquellas materias que están imbuidas en mayor medida por el principio dispositivo».⁶⁰ Por tanto, respecto de las materias ajenas al interés público, la prueba de oficio debe ser subsidiaria en

⁵⁶ Santos Martínez, A. M., «Apartado I. Disposiciones generales a la Ley de jurisdicción voluntaria (arts. 1 a 22 LJV)», en Izquierdo Blanco, P., y Picó i Junoy, J., *Jurisdicción voluntaria...*, *op. cit.*, pág. 60.

⁵⁷ Respecto de los medios de prueba, y con cierta timidez en contraste con su homólogo de 2014 y la LJVol de 2015, el art. 5 del Proyecto de 2006 establecía que: «el administrador decidirá sobre la admisión de los medios de prueba que se le propongan durante la tramitación del expediente (...)». La especial trascendencia de los intereses que, respecto de las personas con discapacidad, podían ventilarse en tales expedientes hubiera justificado una mayor separación del principio de preclusión. Aun así, era de celebrar la flexibilización expresa y clara de la norma que para el juicio verbal preveía (y prevé) el art. 443.4 LEC (Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, de 26 de julio de 2006, pág. 57).

⁵⁸ En segunda instancia, el art. 5 LJVol permite valorar documentos presentados con el recurso AAP Huesca (Sección 1.^a) Núm. 83/2017 (REC: 216/2017, ponente Angos Ullate, de 14 de julio, FJ 2^o).

⁵⁹ Sospedra Navas, F. J., *Proceso Civil – La jurisdicción voluntaria*, Vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pág. 52.

⁶⁰ Sospedra Navas, F. J., *Proceso Civil*, *op. cit.*, pág. 53.

relación con la actividad de las parte. De esta manera, no sería aceptable que «el Juez o el Secretario se avancen a su labor, para preservar su imparcialidad, así como el propio derecho de defensa». ⁶¹ Y no debería, por tanto, ir más allá de una mera sugerencia como la que prevé el art. 429.I LEC, pues no tendría sentido una expansión de la actividad oficial en la JV ajena al interés público. ⁶²

8. AJUSTES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

8.1. Consideraciones generales

Como consecuencia mediata de la CDPD, se introduce en la LEC y en la LJVol un art. 7 bis, intitulado «ajustes para las personas con discapacidad». ⁶³ Tales ajustes son definidos en el art. 2.V del CDPD como:

«(...) las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Esta previsión se materializa en nuestra legislación procesal en los arts. 7 bis LEC y LJVol. La ubicación sistemática del primero es discutible, pues viene emplazado entre las normas relativas a la capacidad, cuando su espíritu parece estar más encaminado a garantizar el acceso a la justicia en un sentido no tanto formal, sino material. ⁶⁴ Habría sido conveniente, pues, haberlo situado de en el Título III del Libro III de la LOPJ, relativo a las actuaciones judiciales o, como dice Garcimartín Montero, en los arts. 129 y ss. LEC. ⁶⁵ Por otra parte, podría haberse reconsiderado la verdadera conveniencia de duplicar la norma e introducirla tanto en la LEC como en la LJVol, pues el art. 8 LJVol permitiría la aplicación de aquella. ⁶⁶ Igualmente, como advierte Fernández de Buján, el empleo indiscriminado de la noción «proceso» en la LJVol es incorrecto, pues el término adecuado hubiera sido «procedimiento». ⁶⁷

⁶¹ Nieva Fenoll, J., «Artículo 5. Prueba», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A. (coord.), *op. cit.*, pág. 114.

⁶² Nieva Fenoll, J., «Artículo 5. Prueba...», *op. cit.*, pág. 114.

⁶³ En el ap. 1 del art. 7 bis de la LEC se dice que «en los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones (...)»; sin embargo, el ap. 1 del art. 7 bis de la LJVol establece que «en los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones (...)» [la cursiva es nuestra]. *Cfr.* al respecto, Fernández de Buján, A., «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad. La especial competencia del Letrado de la Administración de Justicia conforme a la Ley 8/2021», *Revista Acta Judicial*, Núm. 9, 2022, págs. 2 y ss.

⁶⁴ Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial...*, *op. cit.*, pág. 39.

⁶⁵ Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial...*, *op. cit.*, pág. 44.

⁶⁶ Además, si se introduce la norma en la LJVol, ¿por qué no también en otras normas procesales? Si la LEC es supletoria del resto de normas procesales (art. 4 LEC), difícilmente se comprende por qué solo vienen previstos estos ajustes necesarios en la LJVol. Quizás, porque la LJVol es preferente, en el sentido del ap. V del Preámbulo de la Ley 8/2021.

⁶⁷ Fernández de Buján, A., «Acceso a la justicia...», *op. cit.*, pág. 9. *Cfr.* también nota 12 del mismo estudio.

8.2. Fundamento

Los ajustes necesarios tienen como fundamento la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad, tal como se deriva de la reciente STC Núm. 172/2021 (REC: 4119/2020, ponente Narváez Rodríguez) de 7 de octubre. En ella el TC advierte que las normas del art. 14 CEDH (principio de no discriminación) rigen evidentemente para las personas con discapacidad. [FJ 3.º, letra B] y que de ellas derivan los llamados «acomodos» o ajustes necesarios.

8.3. Elementos

La regulación de los «ajustes para las personas con discapacidad» que regulan la LEC y la LJVol permite la siguiente sistematización:

8.3.1. *Subjetivos*

El ámbito subjetivo de estos ajustes razonables es ciertamente amplio, pues el art. 7 bis, ap. 1 LJVol se refiere a los procesos en los que «participen» personas con discapacidad. Una interpretación sistemática del precepto en conexión con la naturaleza de la «participación» en la LJVol permitiría concluir razonablemente que los ajustes razonables se prevén para los «solicitantes» o «promotores» de los expedientes. Sin embargo, este argumento no puede ser decisivo, pues el art. 7 bis LEC también emplea el término «participen». De este modo, los ajustes razonables no parecen estar en función de la naturaleza voluntaria o contencioso del expediente. El término «participen» debe entenderse, entonces, en un sentido amplio vulgar. De aquí se podría colegir que los ajustes razonables pueden preverse *toda* persona que, en general, intervenga en el procedimiento en cualquier calidad. Esta postura, sin embargo, no es soluble en el tenor del pár. 2 del art. 7.1 bis LJVol, que dispone lo siguiente:

«Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno».

De aquí se desprende que quien realiza los ajustes es alguien distinto de las partes (evidentemente) pero también del MF, del Tribunal y del LAJ —pues el art. 42 bis a) ap. 5 LJVol establece, respecto de este último, que él mismo realizará las adaptaciones y ajustes necesarios. Carecería de sentido que el Tribunal o el LAJ de oficio se solicitaran así mismos la realización de ajustes. Por todo ello, parece lógico entender que los ajustes necesarios a que se refiere el art. 7 bis LJVol se deben reservar a aquellos que intervienen en el pro-

cedimiento como: 1) solicitantes o promotores no públicos del expediente; 2) y como testigos, peritos, traductores, intérpretes etc., como por otra parte se deriva del art. 18.2.2º LJVol *in fine* que, disciplinando la sustanciación de la comparecencia, establece lo siguiente: «se garantizará, a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad [en general] en términos que les sean accesibles y comprensibles».⁶⁸

8.3.2. *Objetivos*

Respecto de *lo objetivo* de los ajustes para personas con discapacidad deben distinguirse dos grandes preguntas. En primer término, cuándo son necesarios los ajustes en el sentido del art. 7 bis.1.II LJVol y, en segundo lugar, en qué consisten.

8.3.2.1. ¿Cuándo son necesarios?

Ni la LJVol ni la LEC concretan cuándo son necesarios estos ajustes. Tampoco son especialmente ilustrativas las normas procesales de nuestro entorno, pues la ZPO alemana⁶⁹, la austríaca⁷⁰, la suiza⁷¹, el Código Procesal Civil de Italia⁷², el Código Procesal Civil de Francia⁷³ o, el de Código Procesal Civil de Portugal⁷⁴ no ofrecen más que particularidades. Sin embargo, teniendo en consideración que la finalidad de los ajustes es evitar la discriminación y, por tanto, que las personas con discapacidad puedan participar en el procedimiento en condiciones de igualdad con los demás, parece lógico que esta sea la circunstancia que da lugar a la realización de ajustes razonables [*cf.* STC Núm. 172/2021 (REC: 4119/2020, ponente Narváez Rodríguez) de 7 de octubre]. Se tratará, en definitiva, de un supuesto de hecho que, siendo medi-

⁶⁸ Igualmente, Fernández de Buján, A., «Acceso a la justicia...», *op. cit.*, pág. 12.

⁶⁹ Se limita a prever algunas normas respecto de la prestación de juramento o promesa (§ 483). Igualmente, *cf.* §§ 186 y 191a GVG. *Cfr.* Loytved, H., y Frerichs, K., «Zur rechtlichen Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren», en Aichele, V. (ed.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht — Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention*, Nomos, Baden-Baden, 2013, págs. 119 y ss.

⁷⁰ § 73a.I, sobre la intervención de intérprete.

⁷¹ Art. 113.2.b), respecto de las costas, remitiéndose a la *Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen* [Ley Federal sobre la eliminación de la discriminación de las personas con discapacidades (Suiza)], de 13 de diciembre de 2002. Al respecto, *cf.* Grohsmann, I., *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen*, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern, 2015. Disponible online en: <https://cutt.ly/DUWRX6c>

⁷² Art. 124, sobre la «interrogazione del sordo e del muto».

⁷³ Nada al respecto se prevé, ni siquiera en los arts. 1217 y ss., relativos a «la procédure devant le juge des tutelles».

⁷⁴ *Cfr.* A.A.V.V., *Direitos das Pessoas com Deficiência — À luz do novo regime do maior acompanhado, aprovado pela Lei n.º 49/2018, de 14-08*, Centro De Estudos Judiciários, Lisboa, 2019. Disponible online en: <https://cutt.ly/nUWQZiY>

camente objetivable, de lugar a la producción de una barrera que dificulte el ejercicio de la capacidad jurídica.

8.3.2.2. ¿En qué consisten?

Concretándose lo anterior, el art. 7 bis, ap. 2 LJVol establece que «las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo» y que, a tal fin:

«a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.⁷⁵

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios».⁷⁶

Del tenor de este precepto parece derivarse que los ajustes están orientados mayoritariamente a resolver problemas de tipo intelectual, más que físico. A la misma conclusión puede llegarse con el art. 42 bis a).5 LJVol a la vista, que obliga al LAJ a realizar «las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme a lo previsto en el artículo 7 bis de esta Ley». El precepto se refiere, pues, a la necesidad de que la persona con discapacidad *comprenda* determinados extremos del procedimiento, de manera que parece tener en mente una discapacidad más intelectual que física. Sin embargo, esta interpretación restrictiva no es soluble con la igualmente necesaria protección de las personas con discapacidades físicas, que parece ser tenida en cuenta por la expresión «interacción» que emplea el art. 7 bis.1.II LJVol *in fine*. Por tanto, si los apoyos en general parecen previstos para las personas con discapacidad intelectual sobre todo, en estos ajustes de los arts. 7 bis de la LEC y la LJVol sí parecen tener mayor cabida las personas con discapacidades físicas.⁷⁷

⁷⁵ La terminología parece todavía no haber sufrido cambio alguno.

⁷⁶ Esta última previsión del art. 7 bis.2.d) LJVol podría parecer compatible con que la entrevista con el Juez sea privada, pero en realidad la idea es evitar que la persona con discapacidad se sienta cohibida por otras personas de manera que, si esta persona que la acompaña es de confianza, no parece plantearse excesivo problema (Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial...*, *op. cit.*, pág. 125).

⁷⁷ Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial...*, *op. cit.*, pág. 40.

8.3.3. Temporales y formales

Conforme al art. 7 bis.1.II LJVol, los ajustes se realizarán «en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario». Se podrán prever, por tanto, desde que inicia el expediente, hasta que se dicta la resolución final. Formalmente, los ajustes relativos a las comunicaciones, notificaciones, etc., deberán realizarse en la resolución judicial o del LAJ de que se trate. Por su parte, los ajustes *físicos* —como la supresión de determinadas barreras o con el entorno (art. 7 bis.1.II LJVol *in fine*)— deberán realizarse fácticamente por los empleados públicos correspondientes.

8.3.4. Valoración

La posibilidad que prevé tanto la LEC como la LJVol de realizar tales ajustes —al margen de su ubicación sistemática. Se suscitan, sin embargo, dos problemas. En primer término, la realización de los ajustes debe tener en buen cuidado la necesidad de evitar la identificación entre la persona y su discapacidad. La excesiva atención a la discapacidad puede redundar en un excesivo paternalismo e infantilización que, lejos de ser de ayuda, es perjudicial.⁷⁸ En segundo término, la imperativa formulación de algunos extremos en el art. 7 bis LJVol [por ejemplo, ap. 2, letra a] parece conducir a la nulidad de lo realizado sin tales ajustes (*ex arts.* 238.4.º LOPJ y 225.3.º LEC en relación con el art. 166.1 LEC, sin perjuicio de la posibilidad de subsanar el error). La necesidad de que la persona con discapacidad comprenda qué está sucediendo en el expediente que se desarrolla en torno a ella, obliga a considerar estos ajustes como una «norma esencial del procedimiento». A ello debe añadirse que tales normas no exigen que efectivamente se haya producido la indefensión (de la persona con discapacidad, en este caso), sino que esta «haya podido producirse». La jurisprudencia, sin embargo, ha venido flexibilizando con acierto este requisito, exigiendo que efectivamente se produzca indefensión para declarar la nulidad [STS Núm. 171/2019 (REC: 1883/2016, ponente Vela Torres), de 20 de marzo, FJ 3.º]. En cualquier caso, sería deseable que la LJVol o la LEC aclarasen cuál es la consecuencia jurídica de la no realización de los ajustes necesarios.

9. EN LAS NORMAS COMUNES PARA LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES

Las normas comunes para la tramitación de los expedientes (arts. 13-22 LJVol) dan también buena cuenta de la discapacidad. Muy particularmente,

⁷⁸ Álvarez Lata, N., y Seoane, J. A., «El proceso de toma...», *op. cit.*, pág. 17.

las relativas a la celebración de la comparecencia, la resolución del expediente y los efectos de la interposición de recurso de apelación.

9.1. Celebración de la comparecencia

La celebración de la comparecencia se regula en el extenso art. 18 LJVol.⁷⁹ Esta se celebra ante el Juez o el LAJ según quién sea competente, y se sustancia según las reglas de la vista del juicio verbal (art. 443 LEC), con algunas especialidades:

9.1.1. Concentración de las diligencias

El párr. 1 del art. 18.2.4.^a LJVol establece que cuando el expediente afecte a los intereses de una persona menor de edad o persona con discapacidad, «se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal». En cuanto al tiempo señalado por el precepto, cabe pensar, al igual que sucede respecto del plazo de 30 días para celebrar la comparecencia, que se trata de un plazo impropio, de manera que su incumplimiento —más o menos razonable— no acarrea consecuencia alguna.⁸⁰

9.1.2. Audiencia por separado

Por su parte, el párr. 2 del art. 18.2.4.^a LJVol determina que la autoridad judicial o el LAJ «podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal» y que, «en todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario», consecuencia necesaria del art. 12.4 CDPD. También la legislación civil común da cuenta de la necesidad de evitar la interferencia en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (*cf.* arts. 250.VI, 255.III, 258.III y 270). Por otra parte, no puede entenderse que esta posibilidad de practicar de manera reservada la declaración del menor (o de la persona con discapacidad) se restrinja solo a la prueba solicitada por el MF u ordenada de oficio por el Juez o LAJ. Al contrario, esta posibilidad debe asumirse para la generalidad de la prueba, de manera que «una cosa es que quepa en este caso

⁷⁹ *Ex* art. 8 LJVol son también de aplicación, en lo posible, los arts. 182 y ss., relativos a las vistas y comparecencias.

⁸⁰ Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 184.

prueba “oficial”, que normalmente se practicará con el resto, y otra que en caso de que la prueba consista en la declaración de un menor o una persona con la capacidad modificada, esta se puede hacer de forma separada y sin presencia de los interesados». ⁸¹

9.1.3. Acta de la audiencia

El párr. 3 del art. 18.2.4.^a LJVol establece, respecto del resultado de la «exploración» (*sic*), lo siguiente:

«se levantará en todo caso, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días». ⁸²

A pesar de que el precepto se refiere solo a los menores, la STC Núm. 64/2019 (REC: 3442/2018, ponente Valdés Dal-Ré), de 9 de mayo, que ha afirmado la constitucionalidad de este párr. 3 del art. 18.2.4.^a LJVol, sostiene que se trata de normas comunes «a menores y personas con capacidad modificada judicialmente» (FJ 2.^o). Las consideraciones que realiza la STC se restringen (por cuestiones procesales) al régimen jurídico de los menores de edad. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que, por vía interpretativa, puedan ser extendidas al régimen de las personas con discapacidad. De este modo, tras la justa ponderación de los derechos a la intimidad del afectado por la grabación audiovisual (art. 18.1 CE) y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) del tercero, el TC llega a la conclusión (FJ 8.^o) de que el momento crucial para garantizar estos derechos de audiencia e intimidad del menor se produce durante la audiencia. Así, es durante la entrevista judicial cuando el Juez o el LAJ deben cuidar de preservar la identidad del menor (y también aquí de la persona con discapacidad, aunque la equiparación de regímenes jurídicos no sea simbólicamente deseable).

⁸¹ Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes...*, *op. cit.*, pág. 94.

⁸² La redacción final de este precepto asumió la provechosa aportación realizada por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2014. El CGPJ había señalado que no estaría de más aclarar que el acta a que se refiere el precepto es un acta *escrita*, lo que permite asegurar que no habrá grabación audiovisual de la misma que se entregue a las partes», con la indudable protección de su derecho a la intimidad. Otra buena sugerencia que realizó el CGPJ, esta vez no asumida, consistía en que se detuviera la grabación de las actuaciones en el momento en que declarase el menor o la persona con discapacidad [Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014, pág. 86. En todo caso, las comparecencias de los menores deben respetar el art. 9.1.II LO 1/1996. Sobre la grabación de las actuaciones, *cf.* arts. 230.3 LOPJ y 147.III y 187.1.II LEC.]

9.1.4. Motivación de la resolución

De otra parte, el párr. 4 del art. 18.2.4.^a LJVol establece que «tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deberán valorar motivadamente la exploración practicada». La previsión es superflua respecto del Juez, en un doble sentido. En primer lugar, porque el requisito *valoración motivada* ya viene exigido por el art. 208.2 LEC, derivación inmediata del derecho a la tutela judicial efectiva.⁸³ En segundo lugar, porque es de aplicación el art. 9.3 LOPJM que ya prevé una norma de similar calado, no solo para los menores, sino también para las personas con discapacidad, como recuerda la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria:

«(a) pesar de no existir un precepto paralelo al 9.3 LOPJM en el ámbito de los adultos con capacidad modificada judicialmente, es preciso también que “en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia (...), así como su valoración”. En este sentido, puede traerse a colación la STS nº 337/2014, de 30 de junio, que señala que la correcta interpretación de la regulación específica de la modificación de la capacidad exige partir de que “la persona afectada sigue siendo titular pleno de sus derechos fundamentales de modo que la incapacitación supone, en su correcto entendimiento, sólo una forma de protección» (ap. 4.4).⁸⁴

La consecuencia que se impone de estas consideraciones es la siguiente: no dar audiencia a la persona con discapacidad comporta la nulidad *a radice* de la resolución por provocar indefensión, pues se omite un trámite esencial, solo prescindible (por derivación del art. 10 CE) en los supuestos en que la audiencia carece absolutamente de sentido (por estar en coma, por ejemplo, el afectado), siendo imposible o totalmente inconveniente el trámite.⁸⁵ E igualmente, la CDPD es norma suficiente para justificar la procedencia de que, en todos los expedientes, se acuerde la celebración de comparecencia

⁸³ Cfr. por todas: STC Núm. 12/2021 (REC: 1588/2020, ponente Martínez-Vares García), de 25 de enero, FJ 3.º; y STS Núm. 706/2021 (REC: 305/2021, ponente Seoane Spiegelberg), de 19 de octubre, FJ 2.º.

⁸⁴ Respecto de la ruptura de la tradicional equiparación del régimen jurídico del menor y de la persona con discapacidad, cfr. Mayor del Hoyo, M.ª, V., «La escisión de los regímenes jurídicos del menor y de la persona con discapacidad», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, 2021.

⁸⁵ AAP Coruña (Sección 6.ª) Núm. 23/2020 (REC: 390/2019, ponente Gómez Rey), FJ 3.º Respecto del menor, pero plenamente equiparable a la persona con discapacidad: «(l)a omisión de la audiencia del menor constituye una infracción procesal determinante de la nulidad de actuaciones por vulneración de normas esenciales del procedimiento, debiendo el Juzgado acordar la exploración del menor, que en atención a su edad no puede entrañar una victimización secundaria» [AAP Sevilla (Sección 2.ª) Núm. 113/2020 (REC: 2362/2020, ponente Álvarez García), de 22 de mayo, FJ 3º]. Equiparable no porque juzguemos adecuado tal equiparación —que desde luego no es ya sostenible en nuestro Derecho— sino porque así se deriva del art. 18.2.4.^a LJVol que, *in fine*, establece lo siguiente «en lo no previsto en este precepto, se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

en la que pueda oírse a la persona con discapacidad.⁸⁶ Sería deseable, por tanto, que la LJVol previera tal circunstancia, como realiza el § 34.II FamFG: «la audiencia personal de un participante puede decaer, cuando de esta se puedan derivar notables perjuicios para su salud o cuando el participante no está evidentemente en condiciones de expresar su voluntad». A ello añade la jurisprudencia, que el Juez cuente con una impresión personal todavía actual del afectado (Auto del BGH de 14 de octubre 2020 – XII ZB 199/20).

9.1.5. Decisión del expediente

Finalmente, en cuanto a la decisión del expediente de los expedientes relativos a personas con discapacidad es relevante el art. 19.2 LJVol. El precepto determina que cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados.

En consonancia con la búsqueda de la verdad material y, por tanto, con la protección de la persona con discapacidad, la LJVol modaliza las normas relativas a la carga de la alegación de la LEC (art. 400).⁸⁷ Este art. 19.2 LJVol, decía el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2013, supone una «cierta desnaturalización de los principios de la jurisdicción voluntaria», aunque sienta un comprensible criterio «al añadir al control de legalidad (...) la posibilidad de un control *ex officio* de la oportunidad (...) de la resolución judicial».⁸⁸ Ahora bien, la notable amplitud del art. 19.2 LJVol justifica la interpretación restrictiva que proponen algunos como Moreno Catena, de manera que los hechos con base en los cuales se puede resolver el expediente, deberán constar en las actuaciones.⁸⁹ O dicho de otra manera, quedan excluidas las resoluciones que puedan fundarse en el conocimiento extraprocesal del Juez.⁹⁰ De asumir lo contrario, el principio de prohibi-

⁸⁶ De Salas Murillo, S. «Incidencia...», *op. cit.*, pág. 284. También lo ha señalado así un reciente Auto del BGH 6 de octubre de 2021 (XII ZB 205/20), de manera que, si el Tribunal de segunda instancia fundamenta su resolución en un hecho que puede haberse modificado desde la resolución del Juez tutelar *a quo*, aquel debe dar audiencia de nuevo al afectado en un expediente de provisión de apoyos. Esta previsión no puede ser excepcionada, ni siquiera en tiempos de pandemia (Auto del BGH de 4 de noviembre de 2020 – XII ZB 220/20).

⁸⁷ Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 194.

⁸⁸ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 32, letra b). «Sin perjuicio de que en determinados supuestos en los que, por los singulares intereses en juego o la relevancia práctica de la comparecencia prevista, se pudiese determinar la necesidad de su efectiva presencia física en la misma», pág. 39.

⁸⁹ Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 195.

⁹⁰ Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 195.

ción de resoluciones sorpresivas —muy conocido en Alemania como «*Verbot von Überraschungsentscheidungen*»⁹¹— quedaría reducido a la nada. Y así, el principio de oficialidad queda restringido a determinados expedientes, como es regla habitual en otros ordenamientos de nuestro entorno y como asume la jurisprudencia española.⁹²

9.2. Efectos de la interposición del recurso de apelación

Finalmente, los especiales intereses que se ventilan en algunos expedientes de JV relacionados con las personas con discapacidad justifican la regla del art. 20.2.II LJVol: «el recurso de apelación no tendrá efectos suspensivos, salvo que la Ley expresamente disponga lo contrario».⁹³ La *ratio* de tal norma estriba en reconocer que la materialización de una decisión judicial normalmente urgente aconseja que su ejecución (cuando sea posible) no quede supeditada a la interposición o no de recurso por los legitimados para ello. La casuística cuasi artesanal con que debe operarse en el análisis de estos expedientes aconseja su tratamiento particular o individualizado (*cf.* arts. 58.4, 60, 65 y 95 LJVol).⁹⁴

10. A MODO DE CONCLUSIÓN: BREVES PROPUESTAS GENERALES DE LEGE FERENDA RESPECTO DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Las elucubraciones jurídicas, realizadas fuera del terreno práctico, envejecen y mueren cuando quedan cómodamente limitadas a su recinto.⁹⁵ Ello justifica las modestas propuestas de reforma legislativa que vienen a con-

⁹¹ Deriva, entre otros, del art. 6.1 CEDH y del art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En perspectiva comparada, *cf.* Germelmann, P. P., *Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht — Die Gewährleistung der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihr Einfluss auf den prozessualen Grundrechtsschutz in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

⁹² Por todos, *cf.* AAP Tarragona (Sección 1.ª) Núm. 132/2019 (REC: 1023/2018, ponente García Rodríguez), de 4 de junio, FJ 2.º.

⁹³ La LJVol se aparta, por tanto, del criterio que establece el art. 456.3 LEC.

⁹⁴ También preveía la producción de efectos suspensivos el art. 226 del CC de Portugal, de 1 de julio de 1867, en cuyo § 4.º se decía lo siguiente: «Estos recursos [contra las decisiones del Consejo de Familia] tendrán efecto suspensivo, salvo en los casos en que la Ley expresamente ordene lo contrario» (*cf.* Marsá Vancells, P., «¿Tutela de familia? ¿Tutela de autoridad?», *Revista Jurídica de Cataluña*, Núm. 3, 1966, pág. 718).

⁹⁵ La afirmación es una paráfrasis más o menos transfigurada de las siguientes palabras de Yukio Mishima: «el arte envejece y muere cuando queda cómodamente limitado en el recinto del arte en sí» (Mishima, Y., «Prólogo: *Hagakure* y yo», en *Ibid.*, *La ética del samurái en el Japón moderno — Introducción a Hagakure*, traducido del japonés por Makiko Sese y Carlos Rubio, Alianza, 2.ª ed., Madrid, 2016, pág. 21).

tinuación, y que se realizan con ánimo constructivo y con el mayor de los respetos a la labor realizada en abstracto por el legislador y, en concreto, por las personas que asumen ese pesado *onus*. Sirvan, por tanto, las siguientes líneas (y las anteriores) como punto de discusión constructivo que, lejos de menospreciar el trabajo ajeno, se sirven impagablemente de él.

I. En primer lugar, sería deseable que la LJVol determinara la consecuencia jurídica de la falta de realización de los ajustes necesarios a que se refiere el art. 7 bis LJVol. A este respecto, los criterios jurisprudenciales relativos a la nulidad de actuaciones son el punto adecuado para concretar la consecuencia jurídica de este incumplimiento, de manera que bastaría con que la LJVol decidiera en qué circunstancia procede o no, la nulidad de lo actuado sin los ajustes necesarios. Parece suficiente con añadir, en el art. 7 bis LJVol (o incluso mejor, en los arts. 238 LOPJ y 225 LEC), la siguiente previsión:

«Artículo 7 bis. Ajustes para personas con discapacidad.

[...]. 3. Las actuaciones relativas a personas con discapacidad serán nulas de pleno derecho cuando, por omitirse la realización de los ajustes necesarios, haya podido producirse indefensión, sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo III del Título III del Libro II de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Capítulo IX del Título V del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

II. Por otra parte, sería aconsejable la reintroducción en la LJVol de una previsión relativa a los días y horas hábiles. La LJVol ha supuesto la supresión de una especialidad procesal importante, que distinguía la JV de la contenciosa.⁹⁶ La eliminación de esta previsión en la JV puede traer causa de la sugerencia que había realizado el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2006. Allí había dicho el máximo órgano de gobierno de los Jueces, que la supresión de esta norma era un refuerzo de la garantía de los justiciables (*sic*), pues las actuaciones se desarrollan en un marco temporal prefijado (pág. 51).⁹⁷ La supresión no está, a nuestro juicio, justificada, porque buena parte de los expedientes de JV tienen carácter urgente (*cf.* Circular Núm. 1/2012 de la FGE, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave) y, particularmente algunos relativos a las personas con discapacidad. A pesar de que, con arreglo a los arts. 131.1 LEC y 42.5 del Reglamento 1/2005 del CGPJ, es posible habilitar horas o días cuando hubiere causa urgente, sería aconsejable la reintroducción de la norma en la LJVol, por ejemplo, en un nuevo art. 8 bis, que tendría la siguiente redacción:

«[...] Art. 8 bis. Horas y días hábiles.

En los expedientes de los Títulos II y III de esta Ley, serán hábiles todos los días y horas sin excepción [...].».

⁹⁶ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de LJVol, de 27 de febrero de 2014, pág. 62.

⁹⁷ La regla se mantenía, sin embargo, respecto del Derecho marítimo en el art. 189 del Proyecto de 2006 (por lo excesivamente caro que es mantener un barco detenido en el puerto).

III. De otra parte, para coordinar la legislación procesal con la nueva legislación sustantiva (por lo menos la común) sería deseable prever un régimen diferenciado y desdoblado para las instituciones de protección de las personas con discapacidad y de los menores. Ello aconsejaría una revisión profunda, por ejemplo, de la Sección 2.^a del Capítulo IV del Título II LJVol. Así, podría introducirse una Sección 2.^a bis intitulada «de la tutela» y renombrar la Sección 2.^a con la expresión «de la curatela». En la Sección 2.^a (arts. 44 y ss.) habrían de quedar emplazadas las normas relativas a la curatela, siendo suficiente prever, como establece el art. 224 CC, que «serán aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela».

IV. Sería recomendable, además, una revisión de los preceptos en los que resiste toda una cierta infantilización de la persona con discapacidad. Es altamente llamativa la previsión que realiza, *in fine*, el art. 45.4 LJVol, pues difícilmente se puede sostener la equiparación conceptual entre las medidas de fiscalización que establece para sí misma la persona con discapacidad o las que establecen los progenitores. Respecto de estas últimas, el papel fiscalizador del Juez es, mucho más amplio que respecto de las medidas de fiscalización establecidas por la persona con discapacidad. Si el Juez considera que debe apartarse de las medidas de fiscalización establecidas debe distinguir ambos regímenes con nitidez. Así, en la ponderación que realice el órgano judicial de las medidas de fiscalización de la curatela de la persona con discapacidad, no solo debe considerar «el interés de la persona con discapacidad» (art. 45.4 LJVol) sino también sus deseos, voluntades y preferencias. La nueva redacción del art. 45.4 LJVol podría ser la siguiente:

«4. En la resolución acordando el nombramiento de tutor o curador, se adoptarán las medidas de fiscalización de la tutela o curatela establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial, o por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto, salvo que sea otra la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad u otro el interés del menor (...)».

En esta misma línea, sería recomendable la supresión de términos hostiles como «exploración» en los párrafos 3 y 4 del art. 18.2.4.^a LJVol.

V. Por último, sería aconsejable unificar en la LJVol las distintas referencias a la legislación civil aplicable. Así, si bien en algunos preceptos está justificada la mención expresa al CC por tratarse de materias respecto de las que las CCAA con competencia en Derecho civil no han promulgado normas al respecto [arts. 35.3, 37.1, 37.3, 38, 39, 40, 41, 67-77, 82, 87.1.a)-b) LJVol entre otros], en numerosos de preceptos, la referencia al CC debería sustituirse, por unificar la terminología, por la expresión «legislación civil aplicable». Así sucede en los arts. 45, 50, 53 (que se refiere equivocadamente a los arts. 320 y 321 CC, hoy sustituidos por los arts. 239 y 245 CC respectivamente), 54.2 y 87.1 LJVol, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V., *Direitos das Pessoas com Deficiência — À luz do novo regime do maior acompanhado, aprovado pela Lei n.º 49/2018, de 14-08*, Centro De Estudos Judiciários, Lisboa, 2019.
- Alía Robles, A., «El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad», *La Ley Derecho de Familia*, Núm. 28, 2020.
- Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, La Ley Wolter Kluwers, Madrid.
- Bayo Recuerdo, M.^a N., «Artículo 3. Legitimación y postulación», en Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado – Dykinson, Madrid, 2016.
- Bercovitz, R., *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976.
- De Salas Murillo, S. «Incidencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad» en, Areces Piñol, M.^a T., *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Doctrina de la Fiscalía General del Estado (1883-2013)*, Fiscalía General del Estado–Secretaría Técnica, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014.
- Fairén Guillén, V., en «Jurisdicción “voluntaria”, juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 68, 1990.
- Fernández de Buján, A., «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad. La especial competencia del Letrado de la Administración de Justicia conforme a la Ley 8/2021», *Revista Acta Judicial*, Núm. 9, 2022.
- , *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria — Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson S.L. — Colegio de Registradores de España, Madrid, 2015.
- , *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001.
- Fernández Gil, C., *Cuestiones prácticas sobre Jurisdicción Voluntaria*, Tecnos, Madrid, 2016.
- Liébana Ortiz, J. R., *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, Iustel, 2012.
- Loytved, H., y Frerichs, K., «Zur rechtlichen Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren», en Aichele, V. (ed.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht — Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- Germelmann, P. P., *Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht — Die Gewährleistung der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihr Einfluss auf den prozessualen Grundrechtsschutz in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2014.
- Grohsmann, I., *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen*, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern, 2015.
- Guillén Oquendo, J. P., «La intervención del Ministerio Fiscal en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria», en Fernández de Buján y Fernández, A. y García Más, F. J. (coords.), Dykinson – Colegio Notarial Castilla-La Mancha, Madrid, 2016, pág. 73.
- López Jara, M., «Artículo 17. Admisión de la solicitud y citación de los interesados», n Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático*

- de la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado – Dykinson, Madrid, 2016.
- Marsá Vancells, P., «¿Tutela de familia? ¿Tutela de autoridad?», *Revista Jurídica de Cataluña*, Núm. 3, 1966.
- Mayor del Hoyo, M.^a, V., «La escisión de los regímenes jurídicos del menor y de la persona con discapacidad», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, 2021.
- Mishima, Y., «Prólogo: Hagakure y yo», en *Ibid.*, *La ética del samurái en el Japón moderno — Introducción a Hagakure*, traducido del japonés por Makiko Sese y Carlos Rubio, Alianza, 2.^a ed., Madrid, 2016.
- Montesano, L., «I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti», *Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo Civile*, Palermo, 1989.
- Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- Nieva Fenoll, J., «Artículo 5. Prueba», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- Santos Martínez, A. M., «Apartado I. Disposiciones generales a la Ley de jurisdicción voluntaria (arts. 1 a 22 LJV)», en Izquierdo Blanco, P., y Picó i Junoy, J., *Jurisdicción voluntaria – Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*, Bosch, Barcelona, 2016.
- , «Subapartado segundo. De la intervención judicial en relación con la patria potestad», en Izquierdo Blanco, P., y Picó i Junoy, J., *Jurisdicción voluntaria – Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*, Bosch, Barcelona, 2016.
- Seoane Cacharrón, J., «Artículo 2. Competencia en materia de jurisdicción voluntaria», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- Sospedra Navas, F. J., *Proceso Civil – La jurisdicción voluntaria*, Vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- Tirado Estrada, J. J., «Especialización de la jurisdicción de familia: términos para el debate e implantación», en Saravia González, A., y García Criado, J. J., *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Estudios de Derecho Judicial, Núm. 147, CGPJ, 2007.

