

# **RUPTURA DEL MATRIMONIO CON HIJOS DISCAPACITADOS**

DISCURSO DE INGRESO  
EN LA ACADEMIA ARAGONESA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
LEÍDO POR LA

**Ilma. Dra. Sra. Doña María Cristina Charlez Arán**

EL DÍA 22 DE DICIEMBRE DE 2020

Y CONTESTACIÓN AL MISMO POR EL

**Excmo. Dr. Sr. Don José Luis Merino Hernández**



Zaragoza, 2020



**RUPTURA DEL MATRIMONIO  
CON HIJOS DISCAPACITADOS**

Edita:  
Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Impresión:  
Imprenta Félix Arilla, S.L.

D.L.: Z-534-2019

# RUPTURA DEL MATRIMONIO CON HIJOS DISCAPACITADOS

DISCURSO DE INGRESO  
EN LA ACADEMIA ARAGONESA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
LEÍDO POR LA

Ilma. Dra. Sra. Doña María Cristina Charlez Arán

EL DÍA 22 DE DICIEMBRE DE 2020

Y CONTESTACIÓN AL MISMO POR EL

Excmo. Dr. Sr. Don José Luis Merino Hernández



Zaragoza, 2020



# INDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	9
<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>2. LEGISLACIÓN ACTUAL</b> .....	14
<b>3. POSIBILIDADES EN SUPUESTOS DE CUSTODIA DE HIJOS INCAPACITADOS</b> .....	17
3.1. Sobre la Autoridad Familiar .....	17
3.2. Acuerdo en la custodia de hijos incapacitados .....	18
<b>4. PROCESO JUDICIAL: CUSTODIA DE HIJOS INCAPACITADOS</b> .....	20
4.1. Exposición de los supuestos en los que podemos encontrarlos ....	20
4.2. Guarda y custodia del hijo incapacitado tras la ruptura del matrimonio .....	21
4.3. Custodia de hijo incapacitado.....	23
4.4. Uso de la vivienda familiar.....	25
4.5. Contribución a gastos .....	29
<b>5. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. NUEVA YORK, 13 de Diciembre de 2006</b> .....	31
<b>6. DESARROLLO EN ESPAÑA</b> .....	35
6.1. Proyecto de Ley .....	35
6.2. Reforma del CC según el Proyecto de Ley .....	37
6.2.1. Introducción.....	37
6.2.2. Sobre los hijos discapacitados .....	37
6.2.3 Medidas de apoyo a las personas con discapacidad .....	39
6.3. Modificación de la LEC .....	41
6.4. Modificación de la Ley 20/ 2011 de 21 de Julio del Registro Civil .....	42

6.5. Modificación de la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria .....	42
6.6. Dictamen emitido por el Consejo de Estado .....	42
6.6.1. Sobre los antecedentes.....	43
6.6.2. Contenido .....	43
6.6.3. Consideraciones.....	43
6.6.3.1. Competencia.....	44
6.6.3.2. Sobre la capacidad jurídica .....	44
6.6.3.3. Sobre la modificación del Derecho civil y procesal .....	45
6.6.3.4. Sobre la modificación del Código Civil .....	47
6.6.3.5. Sobre la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria .....	54
6.7. Tramitación .....	55
<b>7. RESUMEN .....</b>	<b>56</b>
<b>8. ACTUALIZACIÓN LEGISLACIÓN Y CDFR .....</b>	<b>59</b>
<b>9 REFLEXIÓN FINAL .....</b>	<b>60</b>
<b>10 JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>61</b>
<b>11 ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.....</b>	<b>62</b>
<b>12 ABREVIATURAS.....</b>	<b>64</b>
<b>Discurso de contestación a cargo del Excmo. Dr. Sr. Don José Luis Merino Hernández .....</b>	<b>65</b>



Excelentísimo Señor Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

Excelentísimos Académicos

Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades

Señoras y Señores

Queridos todos.

## **AGRADECIMIENTOS**

No me extenderé, me remito en estos agradecimientos a un autor no jurídico, me referiré a un filósofo y a sus celebres aforismos: *“El destino de los hombres está hecho de momentos felices, toda la vida los tiene, pero no de épocas felices.”* (Nietzsche, Friedrich).

Este es para mí un feliz momento profesional, debiendo agradecer a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación el honor de pertenecer a esta Institución, y en particular mi agradecimiento a su Presidente D. José Luis Merino y Hernández. Igualmente debo agradecer al Real e Ilustre Colegio de Abogados que haya permitido acoger este acto en su sede porque ello hace que el momento sea si cabe, más satisfactorio. Y por ello solo puedo decir: gracias.

Gracias a todos vosotros; a mis amigos y gracias a mi familia, y para ellos, termino estas saluciones con otra de las frases celebres del indicado filósofo: *“Amamos la vida, no porque estemos acostumbrados a vivir, sino porque estamos acostumbrados a amar”*.



## RUPTURA DEL MATRIMONIO CON HIJOS DISCAPACITADOS

Patrem habenti tutor non datur<sup>1</sup>,

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objeto, tal como indica su título plantear las diferentes situaciones tras la ruptura del matrimonio (nulidad, divorcio o separación judicial) según la terminología del CC, o bien en ruptura de pareja no casada, (este término se plantea en el CDFA, sin embargo no se concreta en el CC, teniendo que ser aplicada por analogía y por ello el título ha quedado expuesto de la forma indicada), cuando existen hijos discapacitados, y en consecuencia con ello las medidas que es necesario adoptar tales como: la patria potestad, guarda y custodia, derecho de visitas, uso de vivienda, o contribución a gastos.

Por lo tanto, lo que me planteo es un estudio de la solución a la situación familiar ante una ruptura de pareja (ya sea matrimonio o pareja de hecho), cuando tienen hijos mayores de edad con discapacidad. En cuanto a este término podemos plantear diferentes deficiencias como ejemplo, de carácter psíquico (síndrome de down, autismo...) o físico (deficiencia visual grave, paraplejia...) siendo situaciones que le impidan gobernarse por sí mismo, necesitando por tanto en el caso que planteo la asistencia de sus progenitores.

Sobre dichos hijos nos podemos encontrar con la necesidad de mantenerse custodia, o prorrogarse la patria potestad, y en el mismo sentido, será necesario el mantenimiento de sus gastos así como la necesidad o no de vivienda. Tal como indico ante la ruptura de pareja de los progenitores puede existir discrepancia entre ellos, por lo que debemos tratar de plantear la solución para resolver dicho problema cuando no hay acuerdo.

---

<sup>1</sup> “*A quien tiene padre no se le da tutor*”. Las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio, Volumen 3 Las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio, Volumen 3 de Las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio, glosadas por el Lic. Gregorio López, Autor Castile (Kingdom). Editor Compañía general de impresores y libreros del reino, 1844

Como he indicado en el párrafo previo, voy a hacer el estudio con base en dos ordenamientos legislativos: el CC y el CDFA. En este sentido, debo centrarme en la regulación y situación actual del indicado CC, si bien no obstante dejaré adelantado el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación y que ya se encuentra publicado en BOCG<sup>2</sup>

En esta introducción procedo a referirme previamente a legislación general, y en dicho sentido:

La Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia que en concreto en su artículo 39 determina: *1- Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2- Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, (...) 3- Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.(...)*

La constante evolución social y la repercusión de ésta en la estructura de las familias entre las que se configura como una nueva frecuente realidad la ruptura del matrimonio con hijos a cargo produce, una modificación en la organización familiar, en la cual no obstante siempre debe estar presente el interés de los hijos menores o incapacitados<sup>3</sup> (según la nomenclatura de la vigente legislación)

Este principio, el de “*el interés de los menores o discapacitados*” se recoge en toda nuestra legislación general, tanto en el Código Civil (Título X. De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados Capítulo primero. Disposiciones generales: artículo 215. *La guarda y protección de la persona y bienes (...) de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela. 2 -La curatela. 3.- El defensor judicial.;* como en el Código de Derecho Foral Aragonés, donde consta igualmente concretada esta

---

<sup>2</sup> BOCG Proyectos de Ley 17 de julio de 2020. Proyecto de Ley 121/27 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. <http://www.congreso.es/public.oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-A.PDF>

<sup>3</sup> Del mismo modo, haciendo referencia a la CE, aunque no indica el concepto de incapacidad, sí que expone el art. 49: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

protección en concreto en el artículo 100. Instituciones tutelares.: *1. La guarda y protección de la persona y bienes (...) del menor o incapacitado se realizará, en los supuestos previstos en la ley, mediante: a) La tutela. b) La curatela. c) El defensor judicial.*

El indicado principio regulador o principio de protección (en concreto el de la persona discapacitada), dentro de la ruptura de pareja, todavía debe tener, si cabe, más presencia, ya que la ruptura o separación de los padres no les exime de sus obligaciones para con los hijos, siendo esto indicado igualmente en el Código Civil que determina en su artículo 92 CC.- *1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.(...);* y por supuesto en el Código de Derecho Foral Aragonés, que indica en su artículo 76 CDFA. *Derechos y principios: 1. La ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar. (...)*<sup>4</sup>

La custodia de los hijos menores ha sido y es objeto de numerosos estudios y tratados, así como de innumerable Jurisprudencia, de lo que resulta multitud sentencias dictadas en dicho sentido. Dentro de este ámbito jurídico no obstante no podemos olvidar la importancia de los hijos incapacitados cuando alcanzan su mayoría de edad y es por ello que dedico este discurso a esta cuestión que considero altamente trascendente.

El Código Civil contiene los preceptos reguladores de la custodia o visitas de los hijos, indicando los derechos y obligaciones de los progenitores al respecto de los mismos tras la ruptura, así se indica en el artículo 90 CC:- *1. El convenio regulador (...) deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.(...),* y del mismo modo continúa el artículo 91 CC: *En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará (...) las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos*

Es evidente que con el término “hijos” incluye a todos ellos en las circunstancias en que se encuentren, pero es mi opinión lo acertado del Código de Derecho Foral Aragonés, que es más concreto que el Código Civil, exponiendo la referencia a custodia de hijos menores o incapacitados que expone en su artículo

---

<sup>4</sup> Comprobamos como el CDFA ostenta terminología más novedosa que el CC, ya que indica “ruptura de la convivencia de los progenitores”, no se refiere por tanto solo a matrimonio.

80. CDFA Guarda y custodia de los hijos..-1. *Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.*

Y ello porque, aunque el término genérico incluya todas las circunstancias, considero de importancia incluir esta indicación y por ello reitero lo acertado de la exposición, por tanto, me centraré en esta intervención como indicaré en apartados posteriores en la custodia de los hijos incapacitados (sin perjuicio de, como luego veremos la modificación legislativa ya prevista que debe ser tratada) cuando no existe acuerdo entre los progenitores y, por tanto, en un estudio de la Jurisprudencial sobre estas circunstancias, de forma breve en cuanto a la extensión que supone este discurso, pero destacando lo que considero de importancia para la aplicación en las familias y práctica profesional.

Debido a que toda la legislación que nos ocupa debe ser modificada para su adaptación al Convenio de Nueva York (que veremos a continuación), y encontrándose pendiente de aprobación el Proyecto de Modificación del Código Civil (que igualmente trataremos), vamos a dedicar los siguientes apartados a esta normativa.

## **2.-LEGISLACIÓN ACTUAL**

Nuestra legislación todavía no ha sido actualizada a tenor del Convenio de Nueva York que luego veremos, y por tanto, actualmente la legislación mantiene la diferencia de terminología en cuanto a incapacidad y discapacidad, diferencias jurídicas y terminológicas que trataré a continuación.

Las diferencias entre discapacidad<sup>5</sup> e incapacidad<sup>6</sup>, no han sido implementadas en nuestra legislación tal como nos obliga el Convenio de NY, y por tanto en la práctica judicial diaria aún no estamos en ese escenario. Incluso en muchas ocasiones nos encontramos en la práctica diaria con que el hijo discapacitado se encuentra ante guarda de hecho, sin resolución alguna que concrete la situación.

---

<sup>5</sup> De las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE num 289 de fecha 03/12/2013

<sup>6</sup> Artículo 199 CC Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.; Artículo 200 CC Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Debemos acudir como premisa a los significados que indica la Real Academia de la Lengua Española, que expone “*Discapacidad- Discapacitado-da. '[Persona] que no puede realizar ciertas actividades debido a la alteración de sus funciones intelectuales o físicas*”, y sin embargo el término *incapacidad* queda definido como “*falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo;- falta de entendimiento o inteligencia; falta de preparación o de medios para realizar un acto*”

En consecuencia, partiendo de esta clara diferencia terminológica, comprobamos como la legislación es también diferente y con ello procedo a exponer la legislación vigente, en este sentido. La Ley de discapacidad define esta situación<sup>7</sup> indicando que es la “*resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”, pero ello no significa que esta persona resulte incapacitada jurídicamente ya que como hemos expuesto según CC “*nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial*”.

Por tanto, una persona puede ser definida como discapacitada, pero no existir sentencia de incapacitación. Lo habitual es que, según el CC, las causas para una incapacidad por sentencia devengan de “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

En consecuencia en estas causas, se valora y define la discapacidad como La Ley General de Derechos de las personas con discapacidad<sup>8</sup> como “*una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. Se determina o califica por grados emitidos de forma porcentual, y también por etiologías (mental, intelectual, física, psíquica y sensorial).

En resumen, constatamos claramente que una persona discapacitada puede no ser declarada incapacitada y, por lo tanto jurídicamente las consecuencias van a ser diferentes. Tal diferencia se comprueba en el caso de hijos que se encuentran en tal situación (mayores de edad) que conviven con los padres y son

---

<sup>7</sup> Artículo 2. Ley 2013 op cit. *Definiciones. A efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

<sup>8</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm 289 de 03/12/2013.

dependientes de ellos, como expondré en los siguientes apartados. Es por ello la conveniencia de la modificación que realiza el Anteproyecto que analizaré en siguientes apartados, puesto que con ello no existirá diferencia terminológica sino que se hablará de conceptos tales como “medidas de apoyo al discapacitado”. Como ejemplo una persona con discapacidad física puede tener más libertad de actuación.

Por tanto dejamos aquí indicado que esta cuestión tiene relación en la legislación Foral Aragonesa con la convivencia y, el uso o no de la vivienda familiar, tal como expone el art. 81. *C DFA Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.: 1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares* de igual manera que también queda concretado en la legislación general, según art. 96 CC *En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar (...) corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.; (...)*. En consecuencia es evidente que la referencia a los hijos, extendiéndola a los hijos mayores de edad incapacitados

Igualmente es trascendente en este sentido tener en cuenta, según posteriormente expondré, si dicha persona percibe algún tipo de prestación o pensión<sup>9</sup>, pues ello es importante a los efectos de que los progenitores (el cuidador) deban participar o no en aportación económica y/o debe mantenerse la pensión de alimentos o aportación de gastos a los hijos, cuando estos alcanzan la mayoría de edad. Como conocemos, la determinación sobre aportación de gastos de asistencia a los hijos es tratado en el C DFA, indicándose en su caso como deberá realizarse tal aportación indicándose en el art. 82 *Gastos de asistencia a los hijos.: 1. Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo (...)*; y del mismo modo se determina en la legislación general, indicando el art. 93 CC *El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes (...) a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en*

---

<sup>9</sup> <https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/home.htm>. Discapacidad

- Prestaciones para personas con discapacidad
- Servicios para personas con discapacidad
- Información sobre discapacidad
- Protección de derechos

Pág Oficial Web Gobierno de España. .Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Servicios Sociales. Fecha de entrada web 19 abril 2019



*cada momento.; Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad (...) que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142.(...)*

A dichos efectos y por tanto será necesario conocer si se percibe o no una pensión. Vemos como no sólo se trata la necesidad de aportación de gastos a hijos menores sino también a hijos mayores de edad que no son independientes económicamente, tanto en la legislación foral aragonesa, exponiendo en art 69. CDFA *Gastos de los hijos mayores o emancipados.:1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, (... )y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. (...)* Ya he indicado en el párrafo anterior el art. 93 y 142 CC.

Vemos en la práctica cómo se nos van planteando cuestiones tales como; un hijo percibe una prestación pero es totalmente dependiente de un tercero para su asistencia, situación a la que habrá que dar solución.

### **3. POSIBILIDADES EN SUPUESTOS DE CUSTODIA DE HIJOS INCAPACITADOS**

#### **3.1. Sobre la Autoridad Familiar**

Previamente trataré la posibilidad sobre que si los progenitores siguen conviviendo, o bien existe acuerdo en la ruptura y por tanto, en la custodia (o convivencia con el hijo mayor de edad incapacitado), es factible que ambos padres opten, según la legislación vigente, por la prórroga de la autoridad familiar<sup>10</sup>.

La autoridad familiar sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayoría edad. Si el hijo mayor de edad soltero que vive en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad, en concreto el artículo 171

---

<sup>10</sup> LACRUZ MANTECON, Miguel L. Familia y Sucesiones. Edición septiembre 2016. Pág 167.: *Parece lógico que la protección a estos discapacitados sea llevada a cabo por las personas más próximas a ellos como son sus padres, y no resulta lógico que estos tengan que ajustarse a las formalidades de la tutela, sino que es mejor que se aproveche la institución de la patria potestad, que se prorroga en el caso de los primeros, o si el hijo ya había llegado a la mayor edad, se rehabilita a partir de dicho momento*

CC determina que *la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación(...)*. En Aragón se concreta como autoridad familiar o tutela, refiriéndose a la que estuviera sometido el menor de edad que hubiera sido incapacitado la cual quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquel a la mayor edad, estando concretada la prórroga en el art. 41 CDFa: *la autoridad familiar o tutela a que estuviera sometido el menor de edad que hubiera sido incapacitado quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquel a la mayor edad*. Y la rehabilitación en el art 42 CDFa: *Si el hijo soltero mayor de edad que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, (...), se rehabilitará por ministerio de la ley la autoridad familiar, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad*.

En consecuencia como vemos en el momento de este trabajo, debe existir la declaración de incapacidad por sentencia judicial. Y todo ello salvo que el Juez, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, acuerde en lugar de ello, la constitución de la tutela, según continúa indicando el art. 43 CDFa como excepción a la prórroga o rehabilitación, siendo indicado: *el Juez, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, puede en su lugar acordar la constitución de la tutela o curatela*

### **3.2. Acuerdo en la custodia de hijos incapacitados**

Entrando ya en supuestos de separación, nulidad o divorcio, dado que esta ruptura no exime a los padres de sus obligaciones con sus hijos<sup>11</sup>, ante un proceso judicial la legislación establece la obligación del juez de velar por el derecho de los menores e incapaces

---

<sup>11</sup> Martínez de Aguirre Aldaz (coord.); De Pablo Contreras, Pedro; Pérez Álvarez, Miguel. Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia (5<sup>o</sup> Edición Pág 200)

Si existe acuerdo, los progenitores decidirán la custodia de dicho hijo y por tanto, los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares<sup>12</sup> (en Aragón) o convenio regulador<sup>13</sup> (en legislación general) en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos. El Código Civil expone en articulado de forma independiente el derecho de visita del progenitor con el hijo incapacitado, realizándose siempre en beneficio del mismo, en concreto en art. 94 CC: *el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.(...) El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen (...)*

Y todo ello puesto que se siguen las pautas indicadas en la legislación para el ejercicio de los deberes y facultades que integran el contenido de la autoridad familiar (o patria potestad) que deben incardinarse siempre; 1.- En interés de los hijos de acuerdo a su personalidad y con respeto a sus derechos; 2.- Si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten; 3.- Se faculta a los progenitores en ejercicio de su función recabar el auxilio de la autoridad. (Art. 154 cc)

Igualmente, el CDFA determina expresamente el ejercicio de la autoridad familiar por los padres que deberán actuar según los correspondientes derechos y deberes. En concreto el art. 65 del indicado CDFA determina el contenido de la autoridad familiar.

---

<sup>12</sup> Artículo 77 CDFA. El pacto de relaciones familiares. 1. *Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos(...)*

<sup>13</sup> Artículo 90 CC.- 1. *El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta (...)*

## 4. PROCESO JUDICIAL: CUSTODIA DE HIJOS INCAPACITADOS

Comenzaré este apartado exponiendo en relación con los hijos incapacitados el derecho de estos a ser oídos, (al igual que los menores de edad<sup>14</sup>). Se observa que en la mayor parte de legislación se habla del “menor”<sup>15</sup> y de nuevo, reitero el motivo de este discurso, pues no podemos olvidar al hijo mayor de edad incapacitado. Es evidente que si protegemos al menor de edad, de igual modo debemos proteger al hijo mayor de edad incapacitado, quien debe encontrarse con los mismos derechos y forma de protección.

### 4.1. Exposición de los supuestos en los que podemos encontrarnos

Expuestos los anteriores conceptos y antecedentes, el fondo de este discurso es tratar de profundizar en la problemática que puede causarse ante separación, divorcio o nulidad, cuando existen hijos mayores de edad incapacitados, y mientras estos hijos sigan a cargo y/o conviviendo con los progenitores. Me centraré en las cuestiones relacionadas con ello que pueden producir mayor conflicto, esto es: la guarda o custodia, el uso de la vivienda que ha sido o es familiar y la contribución a los gastos de los indicados hijos a cargo. En no pocas ocasiones los progenitores discrepan sobre cual es el interés del hijo y, por tanto, es claro, que cuando no existe acuerdo y se plantea un proceso contencioso, la familia debe acudir a los tribunales quienes estudiarán el interés del más necesitado de protección, y en estos supuestos, deberán ser los hijos incapacitados.

Procedemos al análisis de sentencias relacionadas con este tema y, dado que estamos ante legislación Foral propia, me referiré a tanto a sentencias del TSJA pero también a Sentencias del TS. Y finalmente por trascendentes en cuanto a repercusión social haré una breve referencia a alguna sentencia de otras comunidades autónomas que aplican legislación general (CC) la cual también es expuesta en las sentencias de nuestra legislación foral y, todo ello, motivado porque aunque aplicamos de forma preferente nuestra legislación foral, no es menos cierto

---

<sup>14</sup> 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. BOE núm 15 17/01/1996. Art 9 Derecho a ser oído y escuchado.: 1. *El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. (...)*

<sup>15</sup> Artículo 201 CC *Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.*

que cierto que en Derecho de Familia se estudia cada caso concreto, con sus especialidades, por lo que nos podemos encontrar con supuestos que aunque parezcan similares realmente no lo son, y el fallo de la sentencia por tanto es distinto y por ello también tenemos en consideración otra Jurisprudencia.

Procedo a destacar algunas de las referidas a los últimos años, y que en mi opinión resultan destacables, por tanto:

#### **4.2. Guarda y custodia del hijo incapacitado tras la ruptura del matrimonio**

Según la legislación vigente en este momento, he indicado la existencia de la prórroga de la patria potestad (autoridad familiar en Aragón) que se solicita para un hijo incapacitado, no pareciendo necesario que tengamos que proceder a una incapacidad y solicitar una tutela. Pero en la práctica podemos ver la necesidad de acudir a solicitar tutela y ello porque si ante ruptura de pareja la situación de conflicto entre los progenitores es elevada, la concesión de prórroga de patria potestad (autoridad familiar en Aragón) podría conllevar que de forma constante hubiese que acudir a dirimir dichas discrepancias de los padres ante los tribunales, y ello porque como expone el art. 156 CC: *la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. (...) En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez (...). Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones.* En el mismo sentido, ello es expuesto en el CDFFA<sup>16</sup> sobre la autoridad familiar, que en el supuesto en que existan divergencias, indica el art 74 (...) *en caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo mas favorable al interés del hijo, (...) Cuando la divergencia sea reiterada o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno solo de los padres (...)*

Con la vigente legislación en ocasiones los Juzgados atribuyen la patria potestad a uno sólo de los padres, si bien, esto también conlleva que el otro quede disconforme, puesto efectivamente puede suponer en la práctica que el progenitor que ostente guarda y custodia, así como patria potestad (autoridad familiar), ten-

---

<sup>16</sup> art. 72 CDFFA: *El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente.*

ga el poder decisorio total sobre las cuestiones del hijo, y en consecuencia, nos encontramos ante una situación de complicada resolución. Vemos sentencias en tal sentido, puesto que como he expuesto si las discrepancias son muy elevadas, no parece sea el interés del hijo acudir de forma constante ante los Tribunales, en este sentido dejo anotada Sentencia del TSJA<sup>17</sup> y así, dicho Tribunal *concede a una madre la tutela de su hija incapacitada y mayor de edad frente a las pretensiones de su exmarido. Los magistrados consideran que la madre es la persona más adecuada para ejercer el cargo de tutora porque la hija vive con ella, la sentencia procede al estudio de la situación y determina que nació con lesiones físicas y síquicas, que determinaron un retraso mental severo de carácter irreversible, por ello continúa al llegar la mayoría de edad de la joven, se instó procedimiento sobre su incapacitación, y, en atención a la separación de los cónyuges, solicitó la constitución de tutela para la guarda y protección personal y patrimonial de la citada hija, y que fuera la demandante nombrada tutora. Invocó al efecto lo dispuesto en el art. 200 del Código Civil y los arts. 215.1 y 222.2 del mismo cuerpo legal. La sentencia destaca que “ la madre a día de la fecha es la que de la mejor manera posible no solo es la que ha promovido este procedimiento de incapacitación sino es quién gestionara el largo periplo de médicos. Y por ello la resolución aplica lo dispuesto en el art. 43 del CDFa como excepción a la rehabilitación de la autoridad familiar, y concluye decidiendo la incapacidad total y permanente del hijo para regir su persona y bienes y nombra como tutora legal de la persona incapaz a su madre .*

En este mismo sentido, efectivamente la atribución de custodia y patria potestad (autoridad familiar) a uno sólo de los progenitores puede suponer en la práctica que el otro progenitor quede sin poder de decisión o de opinión, nos encontramos con sentencias que prorrogan dicha patria potestad a ambos así el Tribunal Supremo la concede de tal forma ante supuestos de hecho como la sentencia que expongo<sup>18</sup> la sentencia *estima la demanda de una madre por la que se incapacita a la hija mayor de edad y se rehabilita la patria potestad de los padres. Dicha sentencia expone que (...) solicitada la declaración de incapacitación de la hija, ya cumplida su mayoría de edad, se estima la demanda, y declara la incapacidad de la hija, y rehabilita la patria potestad de los padres. El esposo y padre, plantea Recurso de apelación alegando que se excedía de lo dispuesto en los arts. 267 y 363. Igualmente la resolución indica el art. 171 CC*

<sup>17</sup> Roj: STSJ AR 331/2017 - ECLI: ES:TSJAR:2017:331 Id Cendoj: 50297310012017100010 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal Sede: Zaragoza Sección: 1 Fecha: 20/04/2017 N<sup>o</sup> de Recurso: 1/2017 N<sup>o</sup> de Resolución: 9/2017 . Civil

<sup>18</sup> Tribunal Supremo; Fecha: 02/07/2004; Tipo resolución: Sentencia; Sala: Primera. Civil. Sección: Primera; Número Sentencia: 683/2004 Número Recurso: 4495/1999

*que habla de rehabilitar la patria-potestad tras la declaración de incapacidad. La sentencia determina que la modificación de esta medida, a petición de parte, sólo puede hacerse por la vía de los arts. 90 y 91 del C. civil, lo que aquí no se ha hecho, aplicando equivocadamente el Juzgador de instancia el art. 156, último párrafo, y por ello sigue exponiendo que debe de indicarse que el contenido del art. 171, sobre la rehabilitación de la patria-potestad por la declaración de la incapacidad, no puede entenderse en su aplicación, al haberse dispuesto ya judicialmente, en la minoría de edad, sobre ella, sino en la misma forma en que ya se decidió, sin poderse acudir, en estos casos, al art. 156-5º.)*

### **4.3. Custodia de hijo incapacitado**

Centrándonos en supuestos en los que se dirime únicamente la custodia de un hijo incapacitado, de nuevo vemos como lo que se estudia es cada caso concreto y, especialmente, el interés del mismo. Es por ello incluso en contra de la solicitud y opinión de uno de los progenitores puede otorgarse la custodia a uno o ambos, alguno de estos supuestos han sido conocidos por su carácter innovador, y aunque no corresponden a nuestra legislación foral, procedo a estudiarlos puesto que como he indicado anteriormente en el Derecho de Familia se estudia cada caso de forma total y absolutamente individual, razón por la cual sentencias de otros órdenes jurisdiccionales o comunidades autónomas, pueden ser de utilidad, tal como la dictada en el supuesto siguiente, en el que aunque el hijo discapacitado todavía es menor, se encuentra próximo a la mayoría de edad y la grave problemática familiar expuesta en el caso concreto hace que aún a pesar de la oposición del padre, se estime que el interés del hijo discapacitado es la custodia compartida; dicho beneficio es estudiado en el supuesto examinando minuciosamente los hechos, informes, etc.. así como un estudio Jurisprudencial de sentencias del TS. Como he indicado lo excepcional de este caso, (dado que lo que resulta más habitual es la solicitud de custodia individual por uno o por otro progenitor) me obliga a traerlo a colación en esta exposición<sup>19</sup>, en la Sentencia que expongo *la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia en la que impone a un padre un régimen de custodia compartida* semanal respecto a sus dos hijos menores de edad, uno de ellos con una discapacidad del 33 por ciento, y ello debido a que las «circunstancias personales» de la madre imposibilitan que se sostenga el régimen de custodia «exclusiva» sobre sus hijos que estaba vigente. *Así, el tribunal estima el recurso de apelación interpuesto por la madre de los dos menores contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de*

---

<sup>19</sup> *Sentencia. Audiencia Provincial de Córdoba; Fecha: 23/01/2018;; Sentencia Sección: Primera; Civil. Número Sent.: 61/2018 Número Recurso: 596/2017*

*Córdoba que estableció únicamente un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, en este caso el padre. La madre, de este modo, solicitó un régimen de guarda y custodia compartida alegando, entre otros motivos, la «capacidad e idoneidad» de ambos progenitores para ejercer la guarda y custodia, y considerando «insuficiente e injustificada» la «negativa» del padre a dicho régimen de custodia. La Audiencia enumera varios factores que “justifican” el cambio hacia el régimen de custodia compartida, como la “evolución negativa” apreciada en uno de los menores y “la necesidad de mayor atención que ello demanda”, o el “riesgo de diferencias entre hermanos abiertas que puedan repercutir con perjuicio sobre ambos, lastradas por la actual situación sostenida de un régimen de custodia exclusiva, que no ha servido para un mejor entendimiento de partes, superado por las circunstancias personales de los progenitores, en particular de la madre con la quiebra acontecida en su red de apoyo familiar más inmediata». De este modo, y una vez apreciadas «las posibilidades e idoneidad de ambos padres a estos efectos», la Audiencia establece en este caso un sistema de “mera” alternancia semanal de custodia compartida, el cual «se advierte, por su sencillez, de perfecto encaje en el caso, al menos, como punto de partida y sin perjuicio de su mejor desarrollo o desenvolvimiento oportuno que fuere preciso, conforme a las dificultades que su práctica ponga de manifiesto».*

Como he expuesto también en apartados anteriores es lo habitual que la discrepancia se produzca en cuanto a la custodia individual y, si el hijo es declarado incapacitado, si esto ocurre puede producirse discrepancia incluso sobre la competencia de un juzgado (el de familia) u otro (el de incapacidades), y tramitar un proceso de incapacidad del hijo en lugar de valorar el interés de la custodia de dicho hijo. Como he expuesto por la especialidad, comentaré la referencia en otras comunidades autónomas, y en este sentido indico los siguientes datos de dicha sentencia<sup>20</sup> en la que se dilucida sobre divorcio contencioso y en relación con ello *rehabilitación de la patria potestad*, y así expone la resolución *que en el proceso se interpuso recurso de apelación en relación a que no pueda adoptarse ninguna medida en relación al hijo incapacitado* dado que se considera competencia de los juzgados de incapacidades existiendo una demanda de divorcio y solicitud en relación al *hijo incapacitado* que lo está con una minusvalía del 65 por, *por una resolución de la dirección provincial del instituto nacional de servicios sociales, con una ayuda económica por esta incapacidad y que ella tiene una pensión de jubilación mensual y por tanto podría cuantificar la pensión de alimentos y que se había pagado de forma pacífica en forma por pacto verbal en el año 2010 de forma mensual. Se cambia el criterio inicial en su contestación alegando el*

---

<sup>20</sup> Sentencia. Audiencia Provincial de Madrid; Fecha: 14/05/2014; Sentencia: 434/2014 Número Recurso: 1189/2013.



*artículo 770, 775 y 776 de la ley de enjuiciamiento civil, que habla de menores o incapacitados en el artículo 90 y 91 del código civil y 93 del mismo texto, y por tanto puede conocer de los hijos incapacitados y por tanto dado que se abona cantidad., y por tanto contaba con elementos para ello solicita la fijación defecto los del hijo incapacitado en cuanto la pensión de alimentos, guarda y custodia y patria potestad y régimen de visita y evitando la devolución al juzgado se resuelva por la sala.*

#### **4.4.- Uso de la vivienda familiar**

Otro de los puntos que da lugar a discrepancias entre progenitores en procesos de familia y más si cabe con hijos incapacitados a cargo es la cuestión de la vivienda. Y ello porque tras la exposición del punto principal, la guarda y custodia de los hijos, se deriva tras ello, efectos dependientes de la misma como es el mantenimiento del incapaz que va a conllevar más gastos para quien lo mantiene en su convivencia y, como apartado principal, la vivienda para convivir con dicho hijo. En este sentido de nuevo la Jurisprudencia valora y estudia el interés del incapaz y cada caso de manera concreta pues ahora ya nos centramos en el beneficio personal del hijo, pero también se debe entrar a valorar la situación económica de los progenitores y, en concreto, el uso de vivienda y la situación patrimonial. Nos centraremos en la legislación foral propia en Aragón y la Jurisprudencia del TSJA.

Esta Jurisprudencia trata el tema del uso de la vivienda en el supuesto de hijos incapacitados determinando el interés más necesitado de protección, no obstante, y a tenor de la legislación que antes he expuesto el uso tampoco puede ser ilimitado, sino que dependerá de la situación patrimonial así como de otras circunstancias económicas que se procederán a estudiar. En concreto en relación con la legislación del CDFA el uso de la vivienda debe ser limitado, como nos indica la Sentencia<sup>21</sup> del TSJA en la misma se expone que *ante la afirmación de la parte recurrente de que el hijo mayor había sido incapacitado, se estudia la sentencia anterior en la que se declara que es absolutamente incapaz de gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes quedando sujeto a la misma situación jurídica en que se encuentra legalmente un menor de edad no emancipado, y así declara que el incapacitado quedará sometido al régimen de patria potestad rehabilitada, la cual se ejercerá conjuntamente por madre y padre del incapaz, de modo análogo a la patria potestad . En definitiva, el hijo quedó en la situación de un menor de*

---

<sup>21</sup> STSJ AR 895/2014 - Tribunal Superior de Justicia Aragón.. Fecha: 18/07/2014 N° de Recurso: 1/2014 N° de Resolución: 27/2014 Procedimiento: Recurso de Casación

*edad no emancipado conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación (artículo 39 del CDFFA), siendo rehabilitada la autoridad familiar y ejercida por ambos progenitores (artículos 42 y 44 del CDFFA) y, según se ha dicho, bajo la guarda de su madre.) Entre estas necesidades se encuentra, evidentemente, la de vivienda pero ésta no ha de ser vinculada de forma indefinida a uno solo de los progenitores sino que habrá de atenderse al resto de las circunstancias concurrentes en el caso. Se determina que, la falta de fijación de un plazo al uso de la vivienda supone una infracción del artículo 81.3 del CDFFA limitación uso de la vivienda.*

Asimismo, es destacable el estudio que realiza nuestra Jurisprudencia respecto de la vinculación de la vivienda a los hijos mayores de edad incapacitados. Este punto lo considero de alta trascendente, y procedo a relacionarlo con el Convenio de NY, que expone como las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y donde y con quien vivir<sup>22</sup>.

Como he anunciado anteriormente se valoran otras circunstancias tales como la patrimonial y económica y, por tanto, en el estudio del caso concreto es posible que no se considere equiparable totalmente el interés del menor con el interés del hijo mayor incapacitado, si se ostentan ingresos o bien una situación patrimonial más beneficiosa, también quedará limitado el uso de la vivienda familiar, vemos como ejemplo: Sentencia<sup>23</sup> del TS que es altamente trascendente porque aunque aplica la legislación actual, en la resolución expone la Convención de NY, por ello expongo como datos de dicha resolución la cual determina que *la vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad. El interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad (Sentencia 31/2017, de 19 de enero). Se valora en la Sentencia que se interesó la extinción de la pensión compensatoria acordada en*

---

<sup>22</sup> Art 19 Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. BOE 21 abril 2008

<sup>23</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Fecha: 04/04/2018 .-Nº de Recurso: 1855/2017 Nº de Resolución: 181/2018

*favor de su esposa, así como la pensión alimenticia de uno de los hijos mayor de edad, y que se declarase asimismo extinguido el derecho de uso del domicilio familiar. Continúa la resolución que pese a acreditar la discapacidad de una de las hijas, con patria potestad rehabilitada a favor de la madre, con quien convive en el domicilio familiar, no la equipara a una menor a efectos de atribución del uso del domicilio familiar y acuerda limitar su uso a un periodo de un año.. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas. El juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada.*

Vemos como en la Fundamentación de la indicada Sentencia incluso se hace referencia a nuestro CDFA, en cuyo artículo 81 expone la cuestión de la vivienda y, asimismo referencia, el Convenio de NY con toda su nueva terminología. Por tanto de nuevo expongo la evidente conveniencia de modificar nuestra legislación a tenor de esta Convención y del Proyecto de Ley que procedo a indicar en este estudio.

En este mismo sentido, en otros supuestos, se constata asimismo la no equiparación exacta de hijos menores con hijos discapacitados en cuanto a la atribución de la vivienda familiar, pues, de nuevo, se valora que la situación patrimonial o económica puede ser diferente. En tal sentido vemos Sentencia<sup>24</sup> del TS que determina en relación a atribución de vivienda familiar privativa, y la concreción de límite temporal, analizando el interés de protección y en este caso sobre hijo mayor de edad discapacitado, así indica la resolución que *permite el TS atribuir temporalmente a uno de los cónyuges el uso y disfrute de la vivienda familiar que es privativa del otro si es el interés más digno de protección por convivir con él un hijo mayor de edad discapacitado. La atribución es temporal, porque la discapacidad no se equipara completamente a la minoría pues se impondría al titular del inmueble una limitación durante toda la vida. Alcanzada la mayoría de edad, los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación. Se discute sobre la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar que la sentencia , atribuye a la esposa, «por ser el interés más necesitado de protección y por un plazo de tres años, la vivienda es privativa del esposo, no hay hijos menores de edad y uno de ellos, padece esquizofrenia que le impide vivir sola y precisa de la ayuda de un tercero para su control. Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e inca-*

---

<sup>24</sup> Tribunal Supremo Sala 1ª Sentencia. Fecha 19/1/2017, Civil, nº 31/2017, rec. 1222/2015.

*pacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos, según el grado de discapacidad.*

De nuevo se hace referencia a la Convención de NY y a la nueva terminología que debería aplicarse.

Estas sentencias debemos considerárselas ya como Jurisprudencia consolidada pues en cuerpo de las mismas comprobamos la referencia a sentencias de años anteriores, que considero necesario exponer, y así referencio anterior resolución, Sentencia del TS<sup>25</sup>, en la cual se expone que “*los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC , que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación*”.

---

<sup>25</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Madrid Fecha: 30/05/2012 N<sup>o</sup> de Recurso: 1132/2011 N<sup>o</sup> de Resolución: 325/2012

#### 4.5.- Contribución a gastos

Como último aspecto que considero a destacar en el presente estudio y que asimismo he dejado adelantado es el referido a la aportación de gastos o pensión de alimentos que, como también he expuesto, tiene relación con el anterior apartado. La Jurisprudencia estudia en cada caso según la situación económica familiar el interés del hijo incapacitado. Por ello también teníamos que tener en cuenta si existe una concesión de prestación o pensión del órgano administrativo competente.

En estos supuestos podemos encontrar Sentencias que exponen los criterios en cuanto a la aportación de gastos o pensión de alimentos y que equipara a los hijos menores con los mayores discapacitados en cuanto a la necesidad de alimentos. Por tanto la obligación de los progenitores a mantener la aportación por interés y necesidad del discapacitado, necesitado de protección. Como ejemplo indico sentencia del TS<sup>26</sup> que concreta sobre los temas de alimentos y discapacidad, y determina la *equiparación de los alimentos que se prestan a un hijo discapacitado a los de los hijos menores del matrimonio*. En este sentido se puede decir que existe doctrina jurisprudencia ya que en el supuesto, y sobre la pensión alimenticia a hijo discapacitado, *se solicita la extinción de las pensiones alimenticias establecidas a favor de sus dos hijas, alegando como circunstancias la edad de las hijas, el relativo a la otra hija, cuya prestación alimenticia mantiene dada su situación personal, la enfermedad que le tiene en situación de alta hospitalaria, la minusvalía del 67% que padece, la no incorporación al mercado laboral y el carácter no desproporcionado de la pensión alimenticia- Para la Audiencia dichos alimentos deben mantenerse durante seis meses, tiempo suficiente para que puedan explorarse las vías de solución de atención a la hija mayor de edad, que jurídicamente es plenamente capaz. La sentencia reconoce que la hija de 27 años, padece una enfermedad que ha supuesto varios ingresos hospitalarios. Su largo historial médico revela una precaria salud. Padece, además, una minusvalía pero, la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. Cabe aplicar tal doctrina en tanto que)no consta declarada discapaz conforme al art. 200 CCv, en relación con el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que ha sido ratificada por España, reiterando como doctrina*

---

<sup>26</sup> Tribunal Supremo; Sala de lo Civil, Fecha: 17/07/2015; Sentencia N.º.: 430/2015; Número Recurso: 31/2015.

*jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.*

Del mismo modo consta Jurisprudencia destacable del TS en la que se constata la obligación a mantener la pensión por la discapacidad del hijo y por el interés del mismo, indicándose en la sentencia <sup>27</sup> que en el caso que se estudia se *obliga a un padre a seguir con la pensión alimenticia* de su hijo mayor de edad por ser discapacitado. En el supuesto el hijo tenía *una discapacidad 65%..* Se determina que *la Sala Primera fija doctrina y equipara la situación del hijo* dependiente con la de un *hijo menor*, cuyas necesidades, tras la ruptura matrimonial, han de quedar cubiertas por los padres.

En el mismo sentido encontramos supuestos en que solicitándose la modificación medidas sobre aportación de gastos, la Jurisprudencia determina que los *hijos* mayores de edad con minusvalías se equiparan a los menores a efectos de determinación y cuantificación de la *pensión alimenticia* y *así se determina en Sentencia* del TS las siguientes determinaciones:<sup>28</sup> *los hijos* mayores de edad con minusvalías se equiparan a los menores a efectos de determinación y cuantificación de la *pensión alimenticia* *La percepción de pensión* no contributiva por aquellos será valorada a tales fines casuísticamente, y se procede a modificación de medidas en cuanto a *pensión alimenticia* *alimentos* a *hijos* mayores de edad, y por tanto concediéndose *alimentos* a mayores de edad con minusvalía (*discapacitados con pensión*), *teniéndose en cuenta si existe reducción de ingresos del progenitor, lo que conllevará otra determinación de cuantía de pensión alimentos al hijo mayor edad minusvalía: Se indica que en la STS, n<sup>o</sup> 325/2012 , de 30 de mayo de 2012 , citada por la parte recurrente, se sienta como doctrina que los hijos incapacitados* deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección. Y si bien es cierto que lo hace en el marco del artículo 96.1 C.C , esto es, del uso de la vivienda familiar como medida definitiva consecuencia de la separación y el divorcio, también lo es que en la interpretación del precepto se acude a la necesidad de protección de las personas con discapacidad acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada, y en la Ley 26/2011,

---

<sup>27</sup> Tribunal Supremo; Sala de lo Civil. Fecha: 07/07/2014; Tipo Resolución: Sentencia; Sala: Primera Sección: Primera; Número Sentencia: 372/2014; Número Recurso: 2103/2012

<sup>28</sup> Tribunal Supremo; Sala de lo Civil Fecha: 10/10/2014; Sentencia Número 547/2014 Número Recurso: 1230/2013

de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *También se indica que el Tribunal Supremo ha decidido también sobre un supuesto de discapacidad de hijo mayor de edad, pero ya en el marco de la medida relativa a la pensión de alimentos a favor de los hijos, como es el caso que aquí se cuestiona en concreto en la sentencia nº 372/2014 de 7 de julio de 2014.* Establece como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad no determina por sí misma la extinción o modificación de los *alimentos* que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del *hijo* en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

## **5. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. NUEVA YORK, 13 de Diciembre de 2006.**

Tal como ya hemos adelantado, la terminología que consta en la todavía actual legislación española es la de “*incapaz*”, sin embargo, debemos claramente, ir olvidando dicha concepción, dado que desde la Convención a la que nos referimos en este apartado el concepto a tratar será “discapacidad”.

El instrumento de ratificación de la Convención de Nueva York<sup>29</sup>, motiva y fundamenta dicha ratificación, entre otras cuestiones en su preámbulo en la necesidad de que las personas con discapacidad ejerzan los derechos y libertades fundamentales plenamente y sin discriminación, ya que reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona, que existe diversidad de las personas con discapacidad, así como la necesidad de que dichas personas y sus familias reciban la protección y asistencia necesarias.

Queda por tanto determinado en el Preámbulo de la Convención lo que seguidamente destaco lo referente al tema que aquí trato: Los Estados Partes en la presente Convención, recuerdan los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad y la justicia, tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales de todos los miembros de la familia, se reconoce que las Naciones Unidas, en la legislación sobre, han proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole; se reafirma la universalidad, e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la

---

<sup>29</sup> BOE NUM 96, 21 ABRIL DE 2008.- Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación; igualmente recuerdan los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, la Convención sobre los Derechos del Niño; se reconoce también que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás; reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas en todos los niveles destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad; se destaca la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible; asimismo se reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano; del mismo modo se reconoce además la diversidad de las personas con discapacidad, y la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso.

No obstante se observa que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos; se reconoce la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países; también se reconoce el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la comunidad, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo de la sociedad; se admite la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones; proceden a considerar que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas; se advierte la preocupación referida a la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de discriminación de cualquier índole o condición; se reconoce asimismo que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas; y se destaca el hecho



de que existen personas con discapacidad que viven en condiciones de pobreza y por tanto se reconoce en este sentido, la necesidad fundamental de mitigar estos los efectos negativos; igualmente se reconoce la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos; se expone el convencimiento de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones; y del mismo modo se indica el convencimiento de que una convención internacional integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en todos los ámbitos.

Tras dicho Preámbulo comienza todo el articulado en la mentada Convención. Debo indicar que se acentúa por tanto en el instrumento de ratificación el propósito de la Convención para proteger la igualdad de dichas personas y se expone como dato trascendente que entre las personas con discapacidad se incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, así lo indica el art. 1, párrafo 2.- *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*

Del mismo modo quedan establecidas definiciones en cuanto a los fines de la Convención (art 2) y desde mi opinión altamente trascendentes los principios generales<sup>30</sup>del indicado Convenio, que se resumen en: respeto a la dignidad e independencia, protección del interés superior del menor, y valoración de su opinión que deberá ser recibida con la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez (este principio queda reiterado incluso en articulado independiente<sup>31</sup>), únicamente indico esta cuestión por la relación que puede tener con el interés del discapacitado y por tanto la valoración de la opinión del mismo.

Son también trascendentes las obligaciones generales que se determinan en el art. 4, ya que se expone que los Estados Partes se comprometen a asegurar y

---

<sup>30</sup> Art 3. Instrumento de Ratificación de la Convención de NY. BOE 21 abril 2008

<sup>31</sup> Art 7.- *Niños y niñas con discapacidad.- (...) gocen de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones (...)*

promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, y por tanto a tal fin los Estados Partes se comprometen en resumen a: adoptar medidas legislativas, a tener en cuenta en todos los programas la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, por tanto indica que se tomarán las medidas pertinentes para que ninguna persona, empresa u organización discrimine a dicha personas, así como promover la formación.

Debemos realizar especial mención que el instrumento de ratificación hace sobre la igualdad de reconocimiento como personas ante la ley, de forma que los Estados Partes reafirmen que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y por tanto desaparecen la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, dado que se considera que toda persona tiene plena capacidad, incluso siendo garantizado su derecho en igualdad de condiciones que los demás<sup>32</sup> como expone el art. 12 el derecho a vivir de forma independiente (respetando su opción escogida, se deberá respetar su voluntad) y a ser incluido en la comunidad, en concreto como ya he mencionado las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de elegir su lugar de residencia y donde y con quien vivir en igualdad de condiciones con los demás, incluso queda expuesto en dicho artículo que dichas personas tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y asistencia personal que sea necesaria para su inclusión en la comunidad. Por ello se deducen de tal articulado varias cuestiones como que las sentencias sobre incapacitación deberán tener graduaciones o concretarse únicamente medidas de apoyo. Como se ha expuesto la discapacidad es un concepto que evoluciona, como ejemplo en cuanto a discapacidades físicas anteriormente nos encontrábamos con una persona sordomuda o sordo-ciega que tenía más limitaciones, y sin embargo por la evolución actual con las técnicas existentes (informáticas, tecnológicas etc..) dichas personas en muchas ocasiones no necesitan apoyos o únicamente apoyos mínimos. Por ello si anteriormente ha existido una sentencia de incapacitación, podrá ser revisada según la diferente casuística.

Igualmente se determina en el articulado el derecho a ser propietarios y heredar bienes, así como acceder a la Justicia<sup>33</sup> promoviéndose la capacitación adecuada.

En cuanto al objeto de este estudio según el tenor de su título, reitero la concreta mención al derecho de las personas con discapacidad en relación con las oportunidades de elegir su lugar de residencia así como dónde y con quién vivir<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Art 12. Instrumento de Ratificación de la Convención de NY. BOE 21 abril 2008

<sup>33</sup> Art 13. Op cit

<sup>34</sup> Art 19. Op cit

en igualdad de condiciones con las demás; igualmente trataremos su derecho al respeto del hogar y de la familia<sup>35</sup>, que a su vez se ve reforzado con medidas efectivas para poner fin a la discriminación en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales.

En el mismo sentido, nos detendremos en las garantías de los derechos y obligaciones de dichas personas en lo que respecta a la custodia, tutela, y guarda, velando por el interés superior del niño. Y en cuanto a estos conceptos, las figuras de la guarda de hecho y el defensor judicial, en cuanto a la discapacidad, sobre los que se prevé que *“en casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación”*. En su art. 23.2 se prevé que *los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la tutela (...)* indicando en el segundo párrafo de este artículo *que los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.*

Por ello deberemos valorar la reforma de la legislación, y según lo expuesto sobre la evolución del concepto de discapacidad, la existencia de más opciones como las medidas de apoyo al discapacitado, respetando su voluntad.

## 6. DESARROLLO EN ESPAÑA

### 6.1. Proyecto de Ley

Desde el punto de vista normativo nos encontramos en la actualidad con la Convención de NY, suscrita por nuestro país desde 2008, una legislación en cuanto a Código Civil (legislación general) que no ha procedido a la transposición de los términos y preceptos de dicho Convenio y ya ratificados, y una legislación foral (CDFA), que tampoco los ha incorporado, a pesar de la existencia de Anteproyecto Legislativo así como Dictamen del Consejo de Estado, y ahora ya Proyecto de Ley antes indicado. Debido a que considero de trascendencia los

---

<sup>35</sup> Art 23. Op cit

antecedentes hasta llegar al Proyecto de Ley, procedo a resumir también el previo Anteproyecto, así como el Dictamen indicado

Debemos comenzar exponiendo el Anteproyecto de Ley cuya intención legislativa objetivo es la reforma de la normativa Civil y Procesal en materia de discapacidad; este anteproyecto está analizado en diferentes textos<sup>36</sup>, constando su redacción desde 2018, con la entrada en vigor del mismo quedarán reformados: el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil, adecuando así nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional de NY antes analizada. En concreto comienza su exposición de motivos transcribiendo el artículo 12 de la Convención, que proclama que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*, y por tanto se impone así el cambio de un sistema como el que hasta ahora está vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Igualmente se expone que este Anteproyecto está inspirado en la CE tal como exige el art. 10: *respeto a la dignidad de la persona, tutela de sus derechos fundamentales y el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad*, así como los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que en su caso, pueda necesitar esa persona, para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Ello ha derivado en el reciente Proyecto de Ley de 17 de Julio de 2020: Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

---

<sup>36</sup> Me referiré en este trabajo al texto que queda publicado en la Revista de Derecho Civil, vol. V, núm 3 (junio-septiembre, 2018); [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto:Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de Discapacidad, y asimismo a la publicación en BOCG Proyecto de Ley de 17 de Julio de 2020](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto:Anteproyecto%20de%20Ley%20por%20la%20que%20se%20reforma%20la%20legislaci3n%20civil%20y%20procesal%20en%20materia%20de%20Discapacidad,%20y%20asimismo%20a%20la%20publicaci3n%20en%20BOCG%20Proyecto%20de%20Ley%20de%2017%20de%20Julio%20de%202020) <http://www.congreso.es/publicoficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-1-A24-1.pdf>

## **6.2 .Reforma del CC según el Proyecto de Ley**

### **6.2.1. Introducción**

El indicado Proyecto consta de siete artículos; el artículo segundo<sup>37</sup>, con sesenta y tres apartados, modifica el CC. Es como se indica en el mismo, la reforma más extensa y de mayor calado referida a la materia que tratamos, ya que sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

El Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo, y pasa a tener cómo rúbrica *“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”*. La idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que le sea necesario. No estamos únicamente ante un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de incapacidad por otros más precisos, sino de un nuevo enfoque más acertado de la realidad, que consiste en que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y por tanto se trata de una cuestión de derechos humanos.

### **6.2.2. Sobre los hijos discapacitados**

En la materia que aquí tratamos, y siendo mi estudio sobre la custodia de hijos discapacitados, nos vamos a detener en las modificaciones del articulado referidas a esta materia:

El apartado Siete modifica el art. 81 del CC, quedando determinado que *“será necesario separación judicial cuando existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores”*.

En el apartado nueve se expone que se añade un segundo párrafo al art. 91, indicándose que *“cuando al tiempo de la separación, divorcio o nulidad existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallaren en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad. La sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá sobre el establecimiento y modo y ejercicio de éstas, las cuales en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad”*

En mi opinión debo añadir que en cuanto a la terminología debería haberse tenido en cuenta ya en esta modificación los actuales modelos de familia, puesto que

---

<sup>37</sup> En el Anteproyecto referenciado en la Nota anterior se encontraba en el artículo primero. En el Proyecto indicado, dicho artículo primero es referido a la ley del Notario, pasando el CC al artículo segundo.

existen en esta sociedad parejas no casadas con hijos, que pueden encontrarse en esta situación, y por tanto (tal como veremos que sí se indica en nuestro CDFA), debería referirse también al término ruptura de pareja, puesto que todo el proyecto (y anteproyecto) es referido sólo a nulidad, separación o divorcio.

El Proyecto también da nueva redacción al art. 94 del CC, quedando determinado que *“la autoridad judicial determinará el tiempo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, podrá ejercitar su derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”*. En el caso que nos ocupa, respecto de los *“hijos con discapacidad mayores de edad que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar en el mismo procedimiento de separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior. La autoridad judicial adoptará la resolución que proceda, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal”*

También se añade en esta modificación, que *“se podrá reconocer previa audiencia de los progenitores, y de quien por su condición de hermano, abuelo del hijo mayor con discapacidad lo hubiere solicitado, el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160”*.

El apartado once del artículo segundo de este Proyecto modifica el art. 96, referido al uso de la vivienda familiar y en cuanto a los hijos discapacitados se expone que, en defecto de acuerdo de los cónyuges el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos comunes y al cónyuge en cuya compañía queden y expresamente se expone que si entre los hijos hubiera alguno en situación de discapacidad, que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinara el plazo de duración de ese derecho. Y por tanto a dichos efectos, los hijos mayores de edad, que precisaren medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar se equiparan los hijos menores que se hallen en la misma situación.

El título IX *“De la tutela y de la guarda de los menores”*. En este apartado también se modifica articulado en cuanto a la tutela (art.199 y ss), así como el defensor judicial del menor (art. 234 y ss) y la guarda de hecho del menor (art 236 y ss). No entraré en esta modificación por centrarme como ya he expuesto en los hijos mayores de edad discapacitados, si bien deberá tenerse en cuenta porque puede tener que aplicarse por analogía a determinados supuestos relativos a menores.

Lo mismo indico respecto al Título X ya que, aunque se modifica dicho título, es referido a la mayor edad y la emancipación por lo que no me referiré a ello expresamente en esta exposición.

### 6.2.3 Medidas de apoyo a las personas con discapacidad

Como ya se dejó adelantado en cuanto a la discapacidad, que es parte central de mi estudio, queda modificado todo el título XI en cuanto a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

El art. 249 expone que el objeto es *“la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad, que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad”*. En el mismo sentido continúa el artículo que *“las personas que presten apoyo, deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, e igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”*.

Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad, según la redacción del art. 250 son, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

En concreto, en el tema que nos ocupa, me centraré en el art. 252 ya que se determina claramente que *“cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”*.

En el mismo sentido expone el art. 263, referido a la guarda de hecho, que *“quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”*.

Es habitual que en la práctica nos encontremos ante una guarda de hecho, sin determinación de resolución judicial. Pero en el supuesto de este estudio, si nos encontramos ante la separación de los progenitores, como hemos comentado puede producirse la problemática, en tal caso, aunque el artículo plantea soluciones, tal como indica en párrafo 2: *“cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente*

*de jurisdicción voluntaria en el que deberá se oída la persona interesada (...) la autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos (...)*”

Sin embargo vemos como si las discrepancias son habituales, no será conveniente para el interés del discapacitado continuas intervenciones judiciales, por lo que en mi opinión con esta nueva regulación habrá de concretarse la graduación de las medidas de apoyo de forma más precisa.

Respecto a la figura de la curatela, el art. 268 indica que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de las personas que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso su voluntad, deseos y preferencias. En este mismo sentido el art. 267 establece que la autoridad judicial constituirá curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad., en concreto: *Artículo 267 El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.*

La Sección 2<sup>a</sup> relativa a la autocuratela y del nombramiento del curador, modifica articulado y así el art. 271 expone que *“cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica (...), podrá en escritura pública proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador”*.

En la sección 3<sup>a</sup> sobre el ejercicio de la curatela el art 282 expone que *“el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Y asimismo que el curador procurará que la persona con discapacidad puede desarrollar su propio proceso de toma de decisiones”*. Considero necesario concretar aquí el concepto de “asistencia”, y para ello precisamente voy a remitirme a terminología del CDFA, que en tal sentido se refiere a que hay que entender “asistencia” en el sentido de asentimiento, sin que baste la mera presencia de las personas llamadas a prestarla ni tampoco un mero consejo o asesoramiento no vinculante<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Art. 27.1 CDFA:

*(“La prestación de asistencia requiere conocer el acto que el menor se proponer realizar y significa considerarlo conforme a sus intereses”)* y 2 CDFA. *la asistencia puede ser expresa o tácita y previa o simultánea al acto; en esta puede bastar con la mera presencia sin oposición.*



En la reforma del Capítulo V que contempla la figura del defensor judicial, el art. 293 indica que se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos que se enumeran en el mismo<sup>39</sup>, cuando se precise apoyo.

### 6.3. Modificación de la LEC

Procedo también a resumir esta modificación siguiendo el tenor del objeto de esta exposición, centrándonos por tanto en el artículo cuarto del Proyecto de Ley<sup>40</sup> por la que se reforma la legislación en materia de discapacidad.

El apartado uno modifica la rúbrica del título I del Libro IV *“de los procesos sobre provisión de fondos de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”*. Con ello quedan modificados los artículos referenciados en el mismo<sup>41</sup>. Nos centraremos en este estudio a la modificación del art. 757 (apartado ocho del Anteproyecto) sobre la legitimación e intervención procesal que expone en su primer punto que *“el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada”*. Por tanto en lo que aquí me estoy refiriendo en cuanto a la custodia del hijo mayor de edad, podemos entender que pueden promoverse las medidas oportunas a tenor de la modificación de la legislación, recalcando ello debido a que este principio resulta altamente trascendente.

El apartado catorce el Anteproyecto introduce una nueva regla en el art. 770 *“En los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad”*

---

<sup>39</sup> Artículo 293. Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación en materia de discapacidad. *Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1.º Cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente. 2.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 3.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 4.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.*

<sup>40</sup> En el Anteproyecto la modificación de la Lec, se encontraba en el artículo tercero. En el Proyecto dicho artículo tercero ha pasado a referirse a la Ley Hipotecaria, encontrándose la LEC en el mentado artículo cuarto

<sup>41</sup> Art 748 y ss Lec. Modificados según la redacción del Anteproyecto.

#### **6.4. Modificación de la Ley 20/ 2011 de 21 de Julio del Registro Civil**

En el artículo sexto<sup>42</sup> se dedica un apartado a modificar esta materia que estamos tratando, supuesto 11<sup>a</sup>.- *Las sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos a las personas con discapacidad.*

#### **6.5. Modificación de la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria.**

El artículo séptimo<sup>43</sup> del Proyecto, en su apartado uno modifica el texto del art. 43 “*será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad*”

En este mismo sentido el apartado diecinueve<sup>44</sup> procede a una sustitución de términos, en concreto expone textualmente:

*1. En el apartado X, párrafo 10 de la Exposición de Motivos, en las rúbricas del Capítulo VII y Capítulo VIII del Título II, en la Sección 3<sup>a</sup> del Capítulo II del Título III y en los artículos 2.3, 4, 5, 18.2.4<sup>a</sup>, 19, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 40.2, 59, 60, 65, 85, 87, 88, y 89, la expresión «persona con capacidad modificada judicialmente» se sustituye por «persona con discapacidad». 2. En el artículo 90, la expresión «personas con capacidad modificada judicialmente» se sustituye por «personas con discapacidad». 3. En el artículo 60, la expresión «persona con la capacidad modificada judicialmente» se sustituye por «persona con discapacidad». 4. En el artículo 70.1.c), la expresión «personas con la capacidad modificada judicialmente» se sustituye por «personas con discapacidad».*

#### **6.6. Dictamen emitido por el Consejo de Estado.**

El Consejo de Estado en Pleno, en expediente num 34/2019, remite al Ministerio de Justicia, el Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley antes indicado<sup>45</sup>. Ello

---

<sup>42</sup> En el Anteproyecto se encontraban estas referencias en el art. cuarto

<sup>43</sup> Como en apartado anterior, en el Anteproyecto se referenciaba art. quinto.

<sup>44</sup> Del mismo modo que en anteriores notas, indico que en el Anteproyecto ello quedaba referenciado en artículo catorce

<sup>45</sup> En Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 11 de abril de 2019, se emitió por unanimidad el dictamen, habiendo examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

finalmente determina la reunión del Consejo de Ministros de 7 de julio de 2020, en la que se aprueba y remite a las Cortes Generales el Proyecto de Ley indicado.

### **6.6.1. Sobre los antecedentes.**

Se somete a consulta el ya referido Anteproyecto de Ley<sup>46</sup> referenciando que con tal reforma se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional de NY (nombrando en concreto el art. 12 de dicha Convención). Se reitera como se pretende implementar el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de adoptar sus propias decisiones.

El referido Dictamen analiza el articulado que modifica el Anteproyecto y que asimismo he expuesto en concreto en los aspectos que aquí interesan en el anterior apartado.

Y como se ha expuesto, todo ello ha quedado presentado como Proyecto de Ley 17 de Julio de 2020 en BOCG

### **6.6.2. Contenido**

Tras los antecedentes el Dictamen expone en un segundo punto el contenido del expediente compuesto por; versiones de la proyectada nueva legislación basadas en la propuesta inicial de la Comisión General de Codificación, trámite de consulta previa en el que participaron diversas instituciones y colectivos, documentación relativa al trámite de audiencia e información pública y así como sugerencias de personas y entidades que se indican, informes de diferentes Instituciones, Consejos, y Secretarías, e Informe del CGPJ.

Seguidamente, en su apartado tercero el Dictamen realiza una memoria del análisis de impacto normativo, exponiendo que se han seguido los principios de buena regulación, el principio de necesidad y eficacia, el principio de seguridad jurídica y el de proporcionalidad, cumpliendo con el texto de la Convención.

### **6.6.3. Consideraciones**

En base a todo ello, emite las correspondientes Consideraciones, indicando en resumen; el expediente remitido a la consideración de este Cuerpo Consultivo se refiere a un Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con el objeto de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a

---

<sup>46</sup> En la fecha de emisión del Dictamen, como es de comprobar no constaba presentado el Proyecto de Ley, pero siendo de interés el indicado Dictamen realizo la referencia al mismo, y por tanto dentro de este apartado, con las referencias al Anteproyecto de Ley

la Convención de NY. Igualmente se expone la tramitación que se ha realizado recabando los correspondientes informes y versiones. En cuanto a la naturaleza del Anteproyecto nos encontramos ante una ley ordinaria que reforma las normas que se han referenciado. Llegando a sus términos finales con el Proyecto de Ley referenciado, de 17 de Julio de 2020

### **6.6.3.1. Competencia**

En la consideración Tercera se expone claramente como esta modificación se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil conforme el art. 148.1.8<sup>º</sup> de la Constitución Española. Por tanto la reforma proyectada del CC, se entiende sin perjuicio de las disposiciones que puedan aprobarse en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tiene aplicación preferente de acuerdo con el art. 149.1.8 de la Constitución y los correspondientes estatutos de autonomía, y por tanto en nuestro caso, Aragón, el actual Código del Derecho Foral de Aragón<sup>47</sup>.

Igualmente se expone la competencia del Estado en cuanto a materia procesal de acuerdo con el art. 149.1.6<sup>a</sup> de la Constitución, por lo que se puede modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En consecuencia en concreto en Aragón, no aplicaremos el CC ni siquiera de forma supletoria, debo incidir en ello porque la legitimidad del Proyecto viene de la CE donde se respeta el Derecho Foral.

### **6.6.3.2. Sobre la capacidad jurídica**

Se realiza mención expresa en la consideración cuarta al art 12 de la Convención de NY y la interpretación del mismo por el Comité, queriendo clarificar este importante precepto ya que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobó en 2014 una Observación General sobre dicho artículo. En ella se afirma que *“la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos que ofrece el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que pueda realizar actos con efectos jurídicos”*

Textualmente continúa la exposición que se añade en esta Observación General, *“la capacidad jurídica, es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar*

---

<sup>47</sup> CDFA, que como sabemos integra la ley 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la Persona.

*decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra, y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En virtud del art. 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”*

Igualmente añade la Observación General “*el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad (...)*”

Por tanto se expone que esa interpretación del art 12 de la Convención abandona la tradicional diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad para promover la integración de las personas con discapacidad en todas las facetas de la vida social desde la perspectiva de que es la propia sociedad la que limita a la persona con discapacidad. En este sentido reitera que la Observación general concluye: “*Los sistemas que niegan la capacidad jurídica basándose en la condición de la persona constituyen una violación del art. 12 porque son discriminatorios, (...) ya que permiten imponer la sustitución en la adopción de decisiones basándose únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico. Del mismo modo, los criterios basados en las pruebas funcionales de la capacidad mental o en los resultados que conducen a negar la capacidad jurídica constituyen una violación del art 12 si son discriminatorios o si afectan en mayor medida a la igualdad ante la Ley de las personas con discapacidad.*”

Asimismo se expone que “*deben examinarse la leyes que regulan la guarda y tutela, y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo basado para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona*”. Por ello añade el Comité que debe ofrecerse a la persona encargada del apoyo el acceso a un reconocimiento jurídico cuya creación e instrumentalización sean determinadas por el Estado.

### **6.6.3.3. Sobre la modificación del Derecho civil y procesal**

Igualmente se expone la necesidad de modificar esta legislación para adaptarla al art. 12 de la Convención ya que, como se indica aún no se ha llevado a cabo. Ante esta situación la Sala Primera del Tribunal Supremo procedió a dictar algunas reglas en su Sentencia de 29 de abril de 2009 (rec. Núm. 1259/2006) y, en Jurisprudencia posterior<sup>48</sup>, el TS ha tratado de interpretar los preceptos del CC

---

<sup>48</sup> SSTs 30 sept. 2014 rec num 18/2014; 13 de mayo de 2015, rec num 846/2014, 14 de octubre de 2015, rec num 1257/2014, 20 octubre de 2015, rec .Num 2158/2014; 3 de junio de 2016, rec num 1632/2017; 7 de marzo 2018, rec num 4192/2016, o 18 de julio de 108, rec ún 4374/2017)

de forma flexible estableciendo graduaciones de la incapacidad y decantándose a favor de la curatela que no supe a la voluntad del afectado, sino que la refuerza controla y encauza.

El mandato existente para la aplicación normativa no se ha cumplido y sin embargo, es necesario adaptar al art. 12 de la Convención a la regulación española de guarda y tutela, tanto en su vertiente civil como procesal. El problema que se plantea en esa nueva regulación es, en primer lugar, terminológico, dado que el término persona con discapacidad tiene en la Convención un alcance general que va más allá del sector específico que trata de protegerse en el citado art.12.

La Convención no opera con las categorías específicas que conoce nuestra legislación en otras leyes sino que queda definido en el art. 1<sup>49</sup> como antes he indicado en el apartado sobre la Convención. Lo determinante es que la definición de persona con discapacidad de la Convención fija los mínimos para clasificar a una persona como destinataria de sus disposiciones, a lo que debemos añadir que nos encontramos con una definición abierta, ya que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás, reconociéndose además en la Convención la diversas situaciones de las personas con discapacidad.

La delimitación de términos lleva a concluir que los derechos reconocidos a las personas con discapacidad (art. 12 Convención) afectan solo a las personas con discapacidad que requieren tal apoyo

Se añade que el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad no solo incluye el ser titular de derechos y obligaciones sino la posibilidad de ejercerlos, lo que exige la supresión de las declaraciones de incapacidad, se restringe la tutela y se transforma la curatela para permitir que así sea, no únicamente como mecanismo de apoyo en la toma de decisiones sino en ciertos casos también un sistema de representación, por lo que se requiere la modificación en las correspondientes legislación es que estamos exponiendo. Este cambio de sistema es el planteado por el Anteproyecto suprimiendo las declaraciones de incapacidad y reemplazando el modelo tutelar de toma de decisiones por un modelo de acceso a mecanismos de apoyo.

---

<sup>49</sup> Art 1 CONVENCIÓN de NY, define a las personas con discapacidad como *aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*

#### 6.6.3.4. Sobre la modificación del Código Civil

##### Definiciones

La consideración Sexta comienza con una breve descripción del contenido de la reforma, comenzando por exponer la actual regulación que deriva de la Ley 13/1983<sup>50</sup> la cual introdujo entre otros el principio de “graduar” la incapacitación o el de la pluralidad de guarda. Con este sistema se prevé que las personas que sufran *“enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”* puedan ser incapacitadas en virtud de sentencia judicial firme (art. 199/200 CC). En el caso de menores de edad incapacitados sujetos a patria potestad se prevé la posibilidad de la extinción de esta patria potestad (*“patria potestad prorrogada”*- art. 171 y 201 CC o rehabilitación de la patria potestad)

Por otra parte, a través de la ley 41/2003<sup>51</sup> de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del CC, LEC y Normativa Tributaria, se aprobaron una serie de medidas de protección jurídico-privadas para personas con discapacidad definidas como las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 % o las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 %, independiente de si han sido o deben ser incapacitadas. Esta Ley (art. 2) introdujo dos importantes innovaciones en relación con la incapacidad al regular la autotutela es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las decisiones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, tanto en sede de tutela (art. 223), como en sede de mandato (art. 1732). Se introduce por tanto en nuestro ordenamiento una primera regulación de los poderes preventivos.

La adaptación de nuestra legislación al art 12 de la Convención implica la desaparición del estado civil de incapacitado y la superación de las diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con los incapacitados, la reserva de la tutela para la minoría de edad y una nueva regulación de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad con la que se dota de nueva configuración a la institución de la curatela (por tanto el art 2 del Anteproyecto modificada la regulación de los art. 199 a 332 CC)

En concreto, se hace especial referencia a la *“supresión de las declaraciones de incapacidad”* y así el Anteproyecto sustituye el título IX del Libro I (de la

<sup>50</sup> Tener también en cuenta: Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos

<sup>51</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Publicado BOE num 277 de 19.11.2003

Incapacitación)<sup>52</sup>. A través de la supresión de las declaraciones e incapacidad y de la implantación de un nuevo mecanismo de protección de protección de las personas con discapacidad desaparece en nuestro ordenamiento el estado civil de incapacitado y se elimina la desigualdad hasta el momento existente por razón de discapacidad en los términos de los art. 199 y 200 CC. En materia de familia se suprime la incapacitación como causa de atribución del ejercicio de la patria potestad al progenitor no afectado por la discapacidad<sup>53</sup>

Se exponen otras modificaciones en las que no entraré a fin de, como he indicado, centrarme en la materia de este estudio, aunque son evidentemente trascendentes tales como, materia testamentaria, contratos y responsabilidad civil.

### **Sobre la tutela**

Uno de los aspectos de la reforma que debemos contemplar en esta exposición, y a la que se hace especial referencia por este Dictamen del Consejo de Estado es “*la reserva en exclusiva de la tutela para las situaciones de minoría de edad*”. El Anteproyecto elimina a través de los apartados diecinueve y veinte del art. 2 las instituciones de tutela para incapacitados, patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada. La tutela se reserva para la protección de los menores de edad no emancipados (en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad). Con ello desaparecen las instituciones de patria potestad prorrogada y rehabilitada<sup>54</sup>.

La Sección Primera del nuevo capítulo I del Título IX abre con el art. 199 CC que afirma que quedan sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad. Se mantienen en esta sección las previsiones de los vigentes artículos 223 y ss relativos a la posibilidad de los progenitores de prever el nombramiento de tutor para sus hijos. En esta sección la nueva redacción del art 208 CC señala que “*la autoridad judicial constituirá la tutela mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, siguiendo los trámites previstos legalmente*”. Esta previsión se corresponde con la que expone el art. 748 LEC que elimina de su ámbito de aplicación a los procedimientos “*que versen sobre la capacidad de las personas y de los de declaración de prodigalidad*” e incluye a “*los que versen sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y los de declaración de prodigalidad*”. Para el nombramiento de tutor de menores ha de acudir a un

---

<sup>52</sup> Artículos 199 a 214 del CC

<sup>53</sup> Nueva redacción del art 156 CC

<sup>54</sup> Vigente el art. 171 CC, que suprime el apartado diecinueve del art. 2 del Anteproyecto y vigente del art. 201 CC, al que se da nueva redacción por el apartado veinte del art. 2 del Anteproyecto.



expediente de jurisdicción voluntaria, incluso para los supuestos de oposición, sin embargo el Consejo de Estado entiende que debería introducirse en la LEC un proceso contencioso para este nombramiento de tutor en caso de conflicto.

No me detengo en más modificaciones que, tal como he indicado en apartados anteriores, no son de interés para esta exposición como la adquisición de bienes o la responsabilidad.

### **Sobre las medidas de apoyo**

Otro de los apartados que destaca el Consejo de Estados es el referido a, “*las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”. El título XI del libro I del CC establece los mecanismos de protección (apoyos) de las personas con discapacidad. A través de este nuevo título XI del libro I que hasta ahora estaba dedicado a la mayoría de edad y a la emancipación<sup>55</sup> se realiza en los artículos que se modifican (art. 258 a 297 CC) la más relevante transformación de las instituciones de protección de las personas con discapacidad. Dicho título se divide en seis capítulos en los que a este trabajo se refieren; Capítulo III *De la guarda de hecho de las personas con discapacidad*<sup>56</sup>; Capítulo IV *De la Curatela*<sup>57</sup> y Capítulo V *Del defensor judicial*<sup>58</sup>.

Así por tanto el art 248 (capítulo I del título XI), señala que “*constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad*”. Sin embargo, el Consejo de Estado señala que este artículo carece de carácter normativo y se limita a señalar el contenido del título por lo que deberá reformularse.

Por tanto, sobre los nuevos capítulos II y III del título IX “*Del defensor judicial del menor y de la guarda de hecho del menor*”<sup>59</sup>. El art. 234. 3 CC que queda modificado, determina que procederá el nombramiento de defensor, entre otros, “*cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los art. 246 y 247 y no lo puedan prestar los progenitores o exista con ellos conflicto de intereses*”

En este nuevo sistema la institución de la curatela sufre una profunda modificación y se convierte en el principal mecanismo de apoyo para el ejercicio

<sup>55</sup> Arts. 314 a 324 CC

<sup>56</sup> Art. 261 a 265 CC

<sup>57</sup> Art. 266 a 292 CC

<sup>58</sup> Art 293 a 296 CC

<sup>59</sup> Se introducen a través de los art. 234 y ss

de los derechos de las personas con discapacidad. Este sistema lo completan, las figuras de la guarda de hecho y el defensor judicial, según he indicado se expresa en la Convención de Nueva Yor. Y en concreto se indica por el Consejo que se convierte al curador en un “cuasitutor” y a la persona afectada prácticamente en un incapacitado, aún sin suprimir su capacidad ni desconocer su posible voluntad, deseos y preferencias y respetando su personalidad.

En la nueva redacción del art. 250 CC se prevé la posibilidad de anticipar la provisión de las medidas de apoyo para los menores de dieciséis años; ello es consecuente con la supresión de la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

En consecuencia, relacionado con lo anterior, el Consejo de Estado valora favorablemente la introducción en el apartado nueve del artículo 2 del Anteproyecto de la posibilidad de anticipar medidas de apoyo por razón de la discapacidad de los hijos comunes mayores de diecisiete años en los procesos de nulidad, separación y divorcio; lo que se corresponde con la previsión del modificado art. 250 CC que como hemos indicado establece, *“cuando se prevea (...) en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o de Ministerio Fiscal podrá acordar (...) la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso, dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”*. Todo ello en relación con el proyectado art. 770.8 LEC (apartado dieciséis del art. 4 del Anteproyecto) que señala que, *“8<sup>a</sup> En los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes de dieciséis años, que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad”*

En el reformado art. 251 se establece la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad o emancipada pueda disponer de medidas de apoyo para el supuesto de que en un momento pueda necesitarlas.

El Consejo de Estado también trata de forma concreta el sistema de autorregulación y poderes preventivos, cuestiones altamente trascendentes en las que no me extiendo por no ser correspondientes a esta exposición<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Capítulo II, modificación de art. 254-260 CC

## Sobre la curatela

Incidiré de forma más concreta (tal indica el Consejo) en “*la nueva configuración de la curatela*”, ya que el nuevo sistema de apoyos dota de una nueva concepción en el capítulo IV del título XI<sup>61</sup>, el cual se divide en cuatro secciones:

1.- Ampliación de funciones del curador que viene acompañada de una especialización de este órgano de apoyo en las personas con discapacidad ya que desaparecen las funciones que hasta el momento reservaba al CC al curador respecto a los menores emancipados o que hubiesen obtenido el beneficio de la mayor edad. Es un planteamiento novedoso de la institución; el Anteproyecto ha preferido un modelo más flexible en el que se determine, para quienes precisen de apoyo continuado, caso por caso, la extensión de la medida de protección. Con ello se suprimen los tradicionales sistemas de representación para incapacitados mayores de edad (tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada) y dota de nuevo contenido a las institución de la curatela, se reemplazan los sistemas de toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Según el Dictamen del Consejo circunscribir la tutela a la minoría de edad y ampliar el ámbito de la extensión y las funciones de la curatela es respetuoso con la naturaleza de una y de otra institución de protección.

2.- La sección primera del capítulo IV del título XI<sup>62</sup> comienza con el art- 266 “*las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de las persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente, (...) en un plazo máximo de tres años, y en todo caso, ante cualquier cambio de la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas*”

De acuerdo con el revisado artículo 267 CC, la curatela como medida de apoyo será constituida por la autoridad judicial cuando no exista otra medida de apoyo suficiente.

3.- La sección segunda del capítulo IV del título XI “*De la autocuratela y del nombramiento del curador*”<sup>63</sup> se divide su vez en dos subsecciones dedicadas a la autocuratela y al nombramiento del curador. El art. 269 firma que “*cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca*

<sup>61</sup> Art. 266 a 292 CC

<sup>62</sup> Art. 266 a 268 CC

<sup>63</sup> Art 269 a 279 CC

*alguna de las circunstancias a las que se refiere el art. 248 podrá en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador*". No obstante en el Dictamen del Consejo se sugiere un cambio de redacción proponiéndose la expresión *"en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás"*

Tras ello se estudian las causas de inhabilidad en las que no entraré, expuesto todo ello según el art. 273 y ss CC

4.- La sección tercera del capítulo IV del título XI *"Del ejercicio de la curatela"* <sup>64</sup> establece las reglas generales de desempeño en la función de curador. Se refiere asimismo a la realización de actos de trascendencia personal o familiar. Este inciso viene a reemplazar el vigente *"para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial"* Parece que el Anteproyecto ha evitado referirse al internamiento para no vulnerar la anterior legislación así como los art 17 y 81 de la CE.

Otra novedad que el Consejo valora de forma positiva es la posibilidad prevista en el art. 286 CC según el cual *"La autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos"*

5.- El capítulo IV del título XI *"De la extinción de la curatela"* <sup>65</sup>, es el que se trata en la sección cuarta, y contiene las causas de extinción de esta institución.

### **Sobre la figura del defensor judicial**

Tras finalizar en análisis de esta figura el Dictamen expone en su siguiente apartado la institución *"Del Defensor judicial de la persona con discapacidad"*. Esta es por tanto la segunda de las instituciones de guarda que contiene la nueva regulación del Anteproyecto y así, según el art. 249 CC ,procede su nombramiento *"cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente"*; regulado todo ello en el nuevo capítulo V del libro I<sup>66</sup>. Se modifica la institución del defensor judicial; mantiene su intervención en caso de conflicto de intereses y para aquellas ocasiones en que los encargados de esa guarda y protección no cumplieren sus funciones por cualquier motivo.

---

<sup>64</sup> Art. 280 a 288 CC

<sup>65</sup> Art. 279 a 284 CC

<sup>66</sup> Art 293 a 297 CC

Igualmente analiza la tercera de las instituciones jurídicas de apoyo que es la guarda de hecho “*el guardador de hecho de la persona con discapacidad*”, que se define en el art. 249 CC como “*la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*”. A ella se dedica el nuevo capítulo III del Título XI<sup>67</sup>. Se expone que el objetivo de la institución es atender la realidad social que demuestra que la persona con discapacidad, está adecuadamente asistida o apoyada por un guardador de hecho. Para ello se introduce la modificación del art. 261 CC, siendo novedad, que es obligación del guardador de hecho solicitar, una autorización judicial en un expediente de jurisdicción voluntaria en el que habrá de ser oída la persona interesada.

No entraré en este estudio en la nueva regulación de la prodigalidad que también queda modificada en el nuevo título XII.

### **Sobre otras modificaciones: uso de la vivienda familiar**

No podemos en cambio obviar en esta exposición las modificaciones contenidas en el art. 2 de del Anteproyecto referidas al uso de la vivienda familiar.

El art. 96 CC en la redacción que realiza el apartado once del citado art. 2 del Anteproyecto regula la atribución del uso de la vivienda familiar. Esta nueva regulación siguiendo una consolidada jurisprudencia<sup>68</sup> en la que las sentencias de referencia determinan que *la vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo* y asimismo se añade que *el interés superior del menor que inspira el uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia en todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obras mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad*. Por lo tanto se fija en la mayoría de edad el límite del derecho de los hijos que se queden en compañía de uno de los progenitores a usar la vivienda familiar. Asimismo, si entre los hijos hubiera alguno menor con discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, se deberá determinar el plazo de duración de ese derecho.

<sup>67</sup> Art. 261 a 265 CC

<sup>68</sup> STS 2 abril 2018, rec n° 1855/2017. Fecha 4/4/2018. Sala Civil. Roj: STS 1166/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1166. Núm de resolución 181/2018

Adicionalmente se añade que los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio, estuvieran en situación de discapacidad, que hiciera conveniente la continuación del uso “*se equiparan a los hijos menores que se hallen esa situación*”.

También se contiene la modificación de articulado referido al consentimiento o a la protección patrimonial<sup>69</sup> en los que no me detengo para el objeto de esta exposición.

El apartado sesenta y siete del art. 2 del Anteproyecto introduce en la disposición adicional cuarta una definición de discapacidad, “*aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*”. El Dictamen considera que por motivos de seguridad jurídica ha de reservarse en lo sucesivo la utilización del término “*persona con discapacidad*” para las personas a las que se refiere la Convención.

#### **6.6.3.5. Sobre la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria**

Me remitiré en este apartado en lo que respecta al contenido de esta exposición a la modificación que prevé el Anteproyecto de Ley relativa a la tramitación de los trámites procedimentales en cuanto a la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. En concreto el apartado 1 del proyectado art. 756 de la LEC establece que en los supuestos que sea pertinente el nombramiento del curador, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo dispuesto en un nuevo capítulo III bis que se introduce en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, salvo que haya oposición, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en la LEC.

En el mismo ámbito de la LEC<sup>70</sup> otra modificación importante es que se permite a un mayor número de personas intervenir en el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad. Otra importante novedad es la previsión de revisión periódica obligatoria (cada tres años) de las medidas de apoyo a la persona con discapacidad.

El Dictamen también realiza observaciones a la modificación de la LEC, contenido en el art. 4 del Anteproyecto.

Se modifica la redacción del art. 749. 1 LEC mediante el apartado cuatro del art. 4, en el cual sólo hace referencia a las personas con discapacidad que

---

<sup>69</sup> Art, 121-123 CC

<sup>70</sup> Art. 757 LEC

participan en el proceso. Según el criterio del Consejo también debería añadirse a la redacción proyectada una referencia a que el Ministerio Fiscal defenderá el interés de las personas afectadas por los demás procesos a los que hace alusión el inciso primero

En este artículo 4 del Anteproyecto se da nueva redacción al articulado<sup>71</sup> referido a tramitación y audiencia de otros interesados en los que como ya he ido exponiendo no me detendré por no ser objeto concreto de esta exposición.

Continuando con las observaciones, el Dictamen hace también referencia a la modificación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, art. 7 del Anteproyecto. El Dictamen indica que sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LEC sería conveniente la inclusión de una previsión equivalente al proyectado art. 7 bis de la LEC, según la redacción que indica el apartado uno del art. 4 del Anteproyecto, que expone sobre el art. 7 bis, “*Ajustes para las personas con discapacidad, indicando que para garantizar su participación en igualdad de condiciones, se realizarán las adaptaciones y flexibilizaciones necesarias*”.

Otro dato que considero destacable es el referido al apartado 2 del art. 42 bis, que está incluido en el nuevo capítulo III bis, introducido por el apartado uno del art. 7 del Anteproyecto, el cual señala “*la sentencia dictada no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un incidente que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de las medidas judicialmente adoptada*”

También se valora positivamente la inclusión de una previsión de sustitución de términos a través del apartado 18, del art 7 del Anteproyecto, sustituyéndose la expresión, “*persona con capacidad modificada*” por la expresión, “*persona con discapacidad*”.

Finalmente el Dictamen realiza observaciones a las modificaciones de la Ley del Notariado, Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley del Registro Civil y Ley Hipotecaria. En ellas no me detengo por no ser objeto de esta exposición.

### **6.7. Tramitación.**

Como he expuesto para alcanzar la publicación del Proyecto de Ley en BOCG, fecha 17 de julio de 2020, ha existido un completo estudio con el Dictamen que he analizado, así como con el Anteproyecto de Ley referenciado.

---

<sup>71</sup> Art. 755, 756, 759, 761 LEC

El Proyecto de Ley, únicamente altera alguno de los ordinales del articulado, manteniendo la misma redacción de fondo. Como se indica en la publicación en BOCG previo a la Exposición de Motivos, se certifica que en reunión del Consejo de Ministros celebrada el día siete de Julio de dos mil veinte, se ha aprobado y acordado remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

## **7.- RESUMEN**

La separación, divorcio o nulidad, especialmente, con hijos a cargo, genera una situación nueva a la que deben adaptarse los miembros de la familia. He considerado dedicar esta exposición a los hijos incapacitados, incluso si nos encontramos ante hijos mayores de edad, (con la legislación actual constatando también la diferencia en los casos en que existe o no sentencia de incapacidad) y así, nos podemos encontrar situaciones diferentes:

1. Según la legislación actual. Hijos discapacitados e incapacitados judicialmente.

Supuesto de hijos que han sido incapacitados judicialmente y cuya autoridad familiar en Aragón (patria potestad en legislación general) se encuentra rehabilitada o prorrogada. He indicado brevemente que al exponer el término “incapacidad” y en concreto en este supuesto (hijos mayores de edad incapacitados) me refiero a incapacidad civil, que es la que se produce cuando este hijo padece deficiencias físicas o psíquicas de tal trascendencia que le imposibilitan regirse por sí misma y satisfacer sus necesidades sin asistencia. Esta incapacidad como he expuesto en la vigente legislación, ha de ser determinada por sentencia judicial y podría someter al incapacitado a tutela (o bien curatela), pero como en este estudio me he centrado en los hijos solteros y con sus progenitores con los que conviven, no será preciso nombrar tutor (ni curador) sino que lo que debería producirse es la rehabilitación o la prórroga de la autoridad familiar en nuestro Derecho Aragonés, (patria potestad en legislación general). He indicado que determinaremos prórroga cuando la declaración de incapacidad se produce antes de que el hijo alcance la mayoría de edad. En tal sentido en el momento en que cumpla dieciocho años no adquirirá esa mayoría de edad sino que la autoridad familiar (patria potestad) se prorrogará automáticamente, por tanto, podemos indicar que no se rehabilita porque no se llega a extinguir.

En relación con el momento en que se declara la prórroga de la autoridad familiar, o bien de la rehabilitación y en relación a la ruptura de pareja y crisis familiar, podemos diferenciar:



a.- En el supuesto que la sentencia de incapacitación se dicte antes de la ruptura de pareja es habitual que la autoridad familiar (patria potestad) ya haya sido otorgada a ambos padres. No obstante si es posteriormente cuando se produce la ruptura de pareja, deberá procederse a regular esta cuestión del hijo mayor de edad incapacitado de forma similar al hijo menor de edad (y en tales casos nos encontramos, si no existe acuerdo, con la posible problemática de la custodia, gastos y alimentos, y uso de vivienda etc.).

Nuestro ordenamiento jurídico considera el interés superior del incapacitado como una obligación legal de protección y obliga a que el Ministerio Fiscal vele siempre por los intereses de los incapacitados. No obstante el fundamento de su protección es diferente al de los menores de edad (he indicado como ejemplo que la fundamentación será el grave estado de salud, la necesidad de asistencia de una tercera persona etc..)

Con la modificación de la legislación, considero que evitaremos esta complejidad, dado que se elimina patria potestad prorrogada y estaremos únicamente ante la determinación de apoyos al discapacitado.

b.- Continuando con la todavía vigente legislación, si la declaración de incapacidad se produce después de ruptura de pareja, la autoridad familiar (patria potestad) puede otorgarse a ambos progenitores, sin perjuicio de que la guarda y custodia sea individual o compartida. Sin embargo, esta cuestión también puede dar a problemática si no existe acuerdo y, por ello he estudiado algunas de las sentencias en relación a otorgar la autoridad familiar a uno solo de los progenitores si se entiende que las divergencias pueden ser de tal intensidad que perjudiquen al hijo, pretendiendo evitar así constantes incidentes judiciales. Aquí puede plantearse que quien ha sido excluido de esta autoridad familiar (patria potestad) considere que queda eliminado de toda decisión e incluso opinión, por lo que considero deberá fundamentarse de forma muy expresa esta decisión, siempre realizándola en interés del hijo incapacitado.

## 2. Actual legislación: Hijos discapacitados no incapacitados judicialmente.

Nos encontramos también con supuestos de hijos mayores de edad discapacitados que no han sido incapacitados judicialmente (por tanto en principio son titulares de sus derechos civiles).

En estos casos me he planteado si también en los casos de ruptura de pareja con hijos a cargo discapacitados tenemos la misma problemática en caso de no existir acuerdo, esto es, custodia, aportación de gastos o uso de vivienda.

Efectivamente esta cuestión no la encontramos de forma concreta en la legislación puesto que el CC como hemos expuesto habla de incapacidad y nuestro

CDDFA igualmente expone “hijos menores o incapacitados”. Por ello la regulación que se aplica en la práctica la deducimos de la Jurisprudencia y se puede constatar que cuando existen hijos incapacitados o discapacitados (necesidades especiales por alguna minusvalía), existen las mismas obligaciones y derechos y, por tanto, se establecerá autoridad familiar (patria potestad), custodia, gastos de alimentos o uso de vivienda, todo ello en beneficio del hijo incapacitado o discapacitado (independientemente de que sea mayor o menor de edad).

La nueva legislación sobre discapacidad ha dado también más claridad en este sentido y podemos decir que considera el interés del mismo como una obligación legal de protección.

### 3. Incapacitados o discapacitados que perciben prestación:

En este apartado (y según actual legislación) indico el supuesto de hijos con incapacidad reconocida o discapacitados (sin sentencia de incapacitación), que por una parte serán dependientes de sus padres durante toda su vida pero por otra parte perciben una subvención o prestación del órgano estatal o autonómico correspondiente y, además tal ayuda es gestionada por sus padres. Es evidente que en tales supuestos, se deberá valorar el caso concreto en conjunto con la situación económica y patrimonial familiar a los efectos de evaluar cual es la necesidad de aportación o no de gastos al hijo y esto porque como hemos visto, en Jurisprudencia, la percepción de una prestación por discapacidad no extingue directamente la aportación de alimentos.

A ello quería referirme cuando indico que el fundamento de su protección es diferente al de los menores de edad (he expuesto que tal fundamentación puede devenir del grave estado de salud, y de la necesidad de asistencia de una tercera persona etc.), y ello porque podemos encontrar con que la situación el hijo le impida su incorporación a cualquier trabajo o que la prestación que percibe de la administración no sea suficiente para cubrir los gastos y necesidades que requiere su atención y cuidado. Como se indica por la Jurisprudencia que antes he referenciado *“no se puede otorgar la misma protección a un hijo mayor de edad con discapacidad que la que requiere un hijo menor porque, la asistencia a un discapacitado se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial según el grado de su discapacidad, La atención hacia las personas mayores con discapacidad depende de su estado y grado físico, mental, intelectual o sensorial, del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, entre otras cosas, y también, el respeto a su derecho de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria siempre que sea posible”*.

## 8. ACTUALIZACIÓN LEGISLACIÓN Y CDFA

He realizado la esta exposición del Convenio de Nueva York, así como con el Proyecto de Ley de modificación de nuestra legislación. Hemos visto por tanto los instrumentos (Convenio de NY, Dictamen del Consejo de Estado, Anteproyecto y Proyecto de Ley) que deberán implementarse en nuestra legislación con la consiguiente repercusión en la posterior aplicación práctica jurídica. Hemos analizado Sentencias alusivas al Convenio de NY, y por tanto es evidente la intención del juzgador la necesidad de incardinar cuanto antes este Convenio en nuestra legislación.

Podemos hacer un sucinto resumen de la incidencia que este Convenio y la modificación del CC tendrá en nuestro CDFA.

Previamente deberé indicar que se realiza constante mención al matrimonio, y por tanto a las consecuencias de su ruptura, esto es: separación, divorcio o nulidad. Estas denominaciones también deben ser actualizadas, puesto que en muchos supuestos en la actual sociedad, nos encontramos ante parejas estables no casadas, y por tanto esta nomenclatura debería ser actualizada.

En concreto por tanto, será necesario la modificación del CDFA: Libro I Derecho de la persona, el Capítulo II que trata sobre la Incapacidad e incapacitación, y su sección primera (la persona incapaz y la incapacitada)<sup>72</sup>, igualmente la Sección 2 con la prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda<sup>73</sup>; del mismo modo el Título III “de las relaciones tutelares”<sup>74</sup>, en concreto Capítulo IV: La tutela<sup>75</sup>, y el Capítulo V: La curatela<sup>76</sup>

Asimismo debo referirme a los artículos sobre Autoridad familiar del CDFA, art 71 y ss, y en concreto deberán ser modificados: Artículo 72. Ejercicio exclusivo por uno de los padres: *El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente*, así como Artículo 73. Padre menor no emancipado o incapacitado: *I. El menor no emancipado que tenga suficiente juicio ejercerá la autoridad familiar sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la de la Junta de Parientes o la de un*

---

<sup>72</sup> Art 34 y ss CDFA

<sup>73</sup> Art 41 y ss CDFA

<sup>74</sup> Art 100 y ss CDFA

<sup>75</sup> Art 130 y ss CDFA

<sup>76</sup> Art 148 y ss CDFA

*defensor judicial. 2. El mismo criterio se aplicará al incapacitado si la sentencia no ha suspendido el ejercicio de su autoridad familiar.*

El propio artículo 80 del CDFA deberá ser modificado puesto que determina expresamente: “*Guarda y custodia de los hijos: 1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. (...)*”

Este es el artículo principal por el que consideré la profundización con este estudio, pues nuestro CDFA indica “*custodia de hijos incapacitados*”, por tanto a tenor de la Convención de NY, y del Anteproyecto expuesto con el que se modificará el CC deberemos comenzar el estudio para modificar los artículos referidos.

La importancia del interés del menor, y del hijo discapacitado, conlleva la necesidad de actualización de la ley para su aplicación en la práctica.

## **9. REFLEXIÓN FINAL:**

He comenzado este discurso con una frase en latín: *Patrem habenti tutor non datur* (cuyo significado he indicado: a quien tiene padre no se le da tutor), porque como conocemos ya desde derecho romano el derecho de familia estaba regulado. En estos supuestos familiares, haya o no ruptura de pareja, los hijos discapacitados, tendrán la atención de sus padres, con lo que es de esperar dispondrán de una buena protección, no necesitarán persona que decida por ellos: los progenitores podrán dedicarles su atención personal y jurídica.

Pero no puedo acabar este discurso sin dejar anunciado otro tema de gran preocupación que enlaza con el anterior, y es qué ocurre con estos hijos tras el fallecimiento de sus padres:

En las *XII Tablas* (que consideramos el origen del derecho civil romano: texto legal que contenía las normas para regular la convivencia del pueblo romano), en la *tabla V* quedaba determinado: *Quibus testamento, tutor datus non sit, iis lege XII agnaisunt tutores* (*quienes no hayan recibido tutor por testamento, por la Ley de las XII tablas tendrán como tutores a sus agnados*) Siendo la agnación o parentesco agnaticio, en Derecho romano, el parentesco jurídico que se fundamenta en la potestad del pater familias y no supone, necesariamente, relación de sangre. Así, los agnados son aquellas personas que están sometidas a la potestad del pater o que lo estarían si viviese todavía el paterfamilias), así por tanto no debemos olvidar ni personal ni jurídicamente a estas personas cuando fallecen sus padres, y su absoluta necesidad de atención por parte de otros familiares o personas cercanas.

## 10. JURISPRUDENCIA

T.S. Fecha: 02/07/2004; Tipo resolución: Sentencia; Jurisdicción: Civil sala: Primera Sección: Primera; Número Sentencia: 683/2004 Número Recurso: 4495/1999

T.S Fecha: 30/05/2012 Sala de lo Civil Madrid N° de Recurso: 1132/2011 N° de Resolución: 325/2012

T.S Fecha: 07/07/2014 Sala de lo Civil.; Tipo Resolución: Sentencia; Sala: Primera Sección: Primera: Número Sentencia: 372/2014; Número Recurso: 2103/2012

T.S. Fecha: 10/10/2014; Sala de lo Civil Sentencia Número 547/2014 Número Recurso: 1230/2013

T.S. Fecha: 17/07/2015 Sala de lo Civil.; Sentencia num.: 430/2015; Número Recurso: 31/2015.

T.S. Fecha 19/01/ 2017 Sala 1ª Civil, Numero resolución 31/2017, rec. 1222/2015.

T.S. Fecha 4/4/2018. Rec n° 1855/2017. Fecha 4/4/2018. Sala Civil. Roj: STS 1166/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1166. Número de Resolución 181/2018

T.S.J.A.- Fecha: 18/07/2014 STSJ AR 895/2014 -. N° de Recurso: 1/2014 N° de Resolución: 27/2014 Procedimiento: Recurso de Casación

T.S.J.A.- Fecha: 20/04/2017 STSJ AR 331/2017 - ECLI: ES:TSJAR:2017:331 Id Cendoj: 50297310012017100010. Sala de lo Civil y Penal Sede: Zaragoza Sección: 1 N° de Recurso: 1/2017 N° de Resolución: 9/2017 Procedimiento: CIVIL

A.P. -Audiencia Provincial de Córdoba; Fecha: 23/01/2018;: Sentencia Sección: Primera; Número Sentencia: 61/2018 Número Recurso: 596/2017

A.P. Audiencia Provincial de Madrid; Fecha: 14/05/2014; Sentencia: 434/2014 Número Recurso: 1189/2013.

## 11. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Berrocal Lanzarot, Ana Isabel. La patria potestad prorrogada o rehabilitada. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año n<sup>o</sup> 87, N 726, 2011, págs.. 2227-2263

Cortada Cortijo, Neus. Consecuencias jurídico-civiles del maltrato sobre hijos menores o incapacitados: la privación y limitación de la potestad parental. Legislación civil de Cataluña

1<sup>a</sup> Jornada sobre Maltrato a las Personas con Discapacidad. Sevilla, 16-17 de octubre de 2014 / coord. por Juana Zarzuela Domínguez, Susana Díaz Pacheco, 2014, ISBN 978-84-7993-256-5, págs. 263-266

García Gil, F. Javier La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, N<sup>o</sup> 3, 1989, págs. 859-867

Flores Rodríguez, Jesús. La atribución del uso de la vivienda en las crisis familiares cuando existen hijos mayores con discapacidad

La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, ISSN-e 2341-0566, N<sup>o</sup>. 16, 2017 (Ejemplar dedicado a: Problemas en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar)

García Herrera, Vanessa. El deber de alimentos a los hijos mayores de edad. Especial referencia a los hijos sometidos a patria potestad prorrogada

Congreso IDADFE 2011 / coord. por Francisco Javier Jiménez Muñoz; Carlos Lasarte Álvarez (dir.), Vol. 2, 2014 (Relaciones paterno-filiales), ISBN 978-84-309-6083-5, págs. 295-314

Lacruz Mantecón, Miguel L. “Familia y Sucesiones”. Edición septiembre 2016. Pág 167

Liñán García, M<sup>a</sup> Angeles. El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. ISSN-e 1696-9669, N<sup>a</sup> 32, 2013

López Pérez, Jerónimo. Prórroga y rehabilitación de la patria potestad Librería Bosch, 1992. ISBN 84-7698-187-2

Mayor del Hoyo, M<sup>a</sup> Victoria. En “Actas de Foro Aragonés 2019”. La nueva normativa aragonesa en materia de discapacidad a la luz de la convención de Nueva York: Visión de conjunto y novedades procesales

Martínez de Aguirre Aldaz (coord.); de Pablo Contreras, Pedro; Pérez Álvarez, Miguel. Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia (5º Edición Pág 200)

Seisdedos Muiño, Ana. La regulación de la patria potestad prorrogada en el Código Civil y en las LEGISLACIONES autonómicas

Revista Aranzadi Doctrinal, ISSN 1889-4380, Nº. 10 (febrero 2012), 2012, págs. 97-113

Sanchez- Calero Arribas, Blanca. Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad. Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia / coord. por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, 2004, ISBN 84-609-3858-1

Sanchez- Calero Arribas, Blanca. Problemas de aplicación de las instituciones de guarda legal a los padres del hijo mayor de edad incapacitado

Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2010, ISBN 978-84-92606-14-6, págs. 1023-1052

Zurita Martín, Isabel. Guarda legal de personas incapaces y de hijos mayores incapacitados. Revista de Derecho Civil, ISSN 2341-2216, Vol. 2, Nº 3 (julio-septiembre 2015), 2015, págs. 107-140

Revista de Derecho Civil, vol. V, núm 3 (junio-septiembre, 2018); [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto: Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de Discapacidad, y asimismo a la publicación en BOCG Proyecto de Ley de 17 de Julio de 2020](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto:Anteproyecto%20de%20Ley%20por%20la%20que%20se%20reforma%20la%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20en%20materia%20de%20Discapacidad,%20y%20asimismo%20a%20la%20publicaci%C3%B3n%20en%20BOCG%20Proyecto%20de%20Ley%20de%2017%20de%20Julio%20de%202020) <http://www.congreso.es/publico-ficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-1-A24-1.pdf>

## **12. ABREVIATURAS**

BOCG . Boletín Oficial de las Cortés Generales

BOE. Boletín Oficial Español

CC Código Civil

C DFA - Código Derecho Foral Aragonés

CE. - Constitución Española

Convención de NY.- Convención de Nueva York

LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil

TS Tribunal Supremo

TSJA. Tribunal Superior de Justicia de Aragón



# **DISCURSO DE CONTESTACIÓN**

A CARGO DEL

**Excmo. Dr. Sr. Don José Luis Merino Hernández**



Excmas. e Ilmas. Autoridades  
Excmos. e Ilmos. Compañeros Académicos  
Señoras y señores

Lo he dicho en alguna otra ocasión, pero hoy me parece muy oportuno recordarlo:

Cuando los miembros que componemos la Mesa de gobierno de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación tomamos posesión de nuestros cargos, tras el mandato recibido en las elecciones de octubre de 2017, nos propusimos, como uno de los objetivos principales a desarrollar en esta nueva etapa, llevar a cabo una profunda renovación de la Institución.

Renovación que debía desarrollarse en una triple dirección:

Renovación generacional. Tratando de rebajar la edad media de los Académicos -los que fundamos e iniciamos la andadura de la Institución nos hemos hecho mayores. Y para ello, tratar de incorporar savia nueva de juristas, que la hay.

- Renovación de género. En Septiembre de 2017, sólo tres mujeres formaban parte del elenco académico, entre más de treinta Académicos elegidos desde la fundación de la Academia, en 1995. Tres mujeres en más de veinte años.

- Y renovación profesional. Frente a determinadas profesiones jurídicas -Jueces, Magistrados, Notarios y Catedráticos- ampliamente representadas en la Academia, otras, como la Abogacía dejaba sentir notablemente su ausencia.

Pues bien, con la elección, en su día, como Académica Correspondiente, de Doña María Cristina Charlez Arán, la Academia está cumpliendo ampliamente su objetivo.

Cristina es una joven abogada perteneciente al Iltre. Colegio de Abogados de Zaragoza, al que ha dedicado y dedica una buena parte de su actividad profesional. Ha sido Diputada de la Junta de Gobierno, participa en la Comisión de Formación, preside la Junta Directiva de la Sección de derechos de protección de la persona, es vocal de la de Derecho de Familia y miembro de la Comisión de Mediación.

Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza, en 1994, obtuvo el grado de Doctora en febrero de 2016, con su tesis “El abogado frente a la ruptura. Problemas y oportunidades en la práctica profesional”.

Su vocación jurídica universitaria la ha conducido a continuar ligada a la Universidad de Zaragoza como Profesora adscrita al departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho, impartiendo la docencia de Derecho Civil.

Ha participado en numerosas Jornadas organizadas por el Gobierno de Aragón y por el Consejo General de la Abogacía Española, en diversos Cursos impartidos por el Colegio de Abogados de Zaragoza, en el Foro de Derecho Aragonés auspiciado por El Justicia de Aragón, y ha sido Ponente de la Comisión de Derecho Foral de las Cortes de Aragón. Participando en todos ellos en razón de su especialidad en Derecho de Familia, mediación y custodia compartida.

Una verdadera vocación jurídico-científica que comparte con su actividad profesional como Abogada en ejercicio, con más de veinticinco años de actividad, dedicada a su especialidad de Derecho de Familia y de la persona, en la difícil actividad de la violencia de género, en lo que afecta al Derecho de Familia.

A lo largo de mis asistencias en lo que afecta al Derecho de Familia a los variados actos realizados por el Il. Colegio de Abogados de Zaragoza, venía constatando que había una abogada joven muy activa y participativa, con una gran capacidad de organización, muy involucrada en los asuntos objeto del acto jurídico de que se tratara. Esa era Cristina Charlez.

En determinado momento, me decidí por ofrecerle proponerla como Académica Correspondiente de esta Academia, y me sorprendió el entusiasmo con que recibió la propuesta. Un entusiasmo que, no solamente no ha decrecido, sino, al contrario, se ha incrementado en el tiempo que lleva en la Institución, como lo demuestra el hecho mismo de este discurso que acaba de leer.

Como todos ustedes saben, los Académicos Correspondientes lo son por el solo hecho de ser elegidos, y no tienen obligación alguna de leer discurso. El hacerlo, como Cristina Charlez, demuestra bien a las claras esa doble vocación: la jurídica y la participativa.

\* \* \* \*

Acabamos de escuchar un importante discurso de la Dra. Charlez Arán. Importante por la temática elegida, e importante por el modo de plantearla.

La materia de la discapacidad de las personas y sus derechos en el ámbito de la sociedad en la que viven viene siendo objeto de especial atención por parte del legislador español, muy particularmente a partir de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en 2006, y ratificada por España en 2007.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, procedió a una adaptación normativa a la Convención de Nueva York de un buen número de leyes referidas a las personas discapacitadas. Faltaba, sin embargo, la adaptación quizás más importante en orden a regular lo concerniente a la capacidad jurídica de las personas discapacitadas: el Código civil. Ello se está llevando a cabo actualmente -con notable retraso- mediante el proyecto presentado recientemente en el Congreso de los Diputados por el Gobierno español.

Precisamente, el tema elegido para su discurso por la nueva Académica -la problemática que se plantea en los casos de ruptura de parejas, casadas o no, con hijos mayores discapacitados- incide de lleno en el contenido de esa reforma. De ahí la importante dificultad con la que Doña Cristina Chárlez se ha tenido que enfrentar al verse obligada a trabajar la materia de su discurso con un proyecto de ley, cuyo contenido final como ley es imprevisible.

Pero dificultad también por su deseo de tratar la problemática no sólo desde la perspectiva del Código civil, sino también desde su regulación en el Código del Derecho Foral de Aragón. Una normativa ésta de la que no se tiene noticia acerca de su posible adaptación al Convenio de Nueva York y, en caso de llevarse a cabo, en qué sentido.

Con respecto a la legislación vigente, y tanto la del Código civil español, cuanto la del Código aragonés, el hecho de centrar su discurso en la situación de los hijos discapacitados mayores de edad obliga a la Dra. Chárlez a un primer cuestionamiento de la vigente regulación en la materia, por la permanencia en ambos ordenamientos de las figuras de la prórroga y de la rehabilitación de la patria potestad o autoridad familiar. Como bien ha explicado en su discurso, el proyectado nuevo art. 91 del Código civil suprime, para el futuro, ambas instituciones. Porque mantener la autoridad parental sobre una persona mayor de edad es equipararla a un menor y, en consecuencia, negarle su capacidad jurídica, es decir, la titularidad de cuantos derechos le ofrecen las leyes, para disfrutarlos en igualdad de condiciones que cualesquiera otros ciudadanos. La prórroga y la rehabilitación de la patria potestad van frontalmente en contra del espíritu y de la propia normativa del Convenio neoyorquino.

En su discurso, la Dra. Chárlez resalta la importancia que los tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, están teniendo en la adecuación de sus resoluciones a los principios y preceptos de la Convención de Nueva York, dictando unas reglas interpretativas a través de las cuales se intenta flexibilizar la normativa del Código civil y del Código aragonés en materia de tutela e incapacidad, tratando de hacerla compatible con el espíritu de la Convención.

Y es verdad, como señala la STS de 29 de abril de 2009, que no compete a la Autoridad judicial, sino al Poder Legislativo determinar la forma de asistir y prestar apoyos a las personas con discapacidad y “aclarar sectorialmente las reglas

generales conformes con la Convención”. Sin embargo, no menos cierto es que la judicatura está llamada a jugar un papel de primer orden en la materia objeto del discurso que acabamos de escuchar, y no sólo en este período que podríamos llamar de transición, hasta que las leyes civiles sean reformadas adecuándolas al Convenio neoyorquino, sino también en la aplicación práctica de las normas que se dicten al respecto.

Ya desde el comienzo de su actuación, el juez, cuando se plantea la declaración de discapacidad -que ya no de incapacidad- de una persona, debe hacerlo ponderando equilibradamente su estado mental, intelectual, físico o sensorial, y con arreglo al mismo dictar la resolución que más le convenga. Graduando adecuadamente las medidas de apoyo a que dicha persona debe someterse.

Pero luego, en los momentos cruciales que plantea la nueva Académica -ruptura de parejas con hijos mayores discapacitados, sin acuerdo entre los progenitores- los jueces van a jugar un papel decisivo -como ya vienen haciendo- en torno a esas tres cuestiones que plantea: persona a cuyo cuidado va a quedar el discapacitado, uso de la vivienda familiar y gastos de atención y mantenimiento del discapacitado. Son ellos, los jueces, cada uno individualmente y bajo su única responsabilidad, quienes van a tener que disponer la mejor medida de apoyo para el discapacitado, sin perder de vista el espíritu y las normas de la Convención de Nueva York, a saber: respeto a la autonomía e independencia individual del discapacitado; respeto a su opción de vida, presunta o manifestada; adopción de medidas proporcionadas y adaptadas a las circunstancias, previstas para el plazo de tiempo más corto posible y revisables en todo caso. Y todo ello con una atención personalizada e individualizada, desterrando cualquier tentación de generalización o de actuación rutinaria.

Particular importancia reviste la decisión que el juez haya de tomar en relación con la determinación de la persona o personas en cuya compañía haya de vivir el discapacitado, una vez se produzca la ruptura de la unión de sus progenitores: si con uno solo de ellos de forma exclusiva, si con ambos de manera compartida o, incluso, con personas diferentes, sin excluir posibles centros especializados.

En relación con ello, si el discapacitado tiene suficiente juicio o si previamente lo ha hecho constar de forma fehaciente -aquí entra en juego la importancia del mandato preventivo, con especial regulación en la reforma del Código civil-, el juez tendrá que tener muy en cuenta la opción que al respecto haya manifestado aquél. Como expresamente dispone el art. 19 de la Convención de Nueva York, los Estados Partes de la Convención adoptarán las medidas precisas para garantizar que “las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir...y no sea vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”.

Por fin, en sus conclusiones, la Dra. Chárlez insta a que se lleve a cabo la necesaria reforma en el Código del Derecho Foral de Aragón, para su adaptación

a la Convención de Nueva York, especialmente en lo que concierne a los hijos discapacitados mayores de edad, con la supresión, igual que se ha hecho en la reforma del Código civil español, de la prórroga y de la rehabilitación de la autoridad familiar.

Tiene razón, pues no me cabe la menor duda de que la ratificación que hizo formalmente España, en 2007, a la Convención, obliga al Estado español en su conjunto, por tanto, también a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio; y, por supuesto, Aragón, cuyas normas en la materia distan mucho de la normativa y del espíritu de la Convención.

Ahora bien, el problema surgirá en la práctica cuando se suscite algún caso de ruptura de pareja aragonesa con hijos mayores discapacitados, si todavía no se ha efectuado la correspondiente reforma legislativa.

En el informe del Consejo de Estado al anteproyecto de reforma del Código civil, de la Comisión General de Codificación, se recuerda que, aunque las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio no se han de ver afectadas por esa reforma, sí que será posible que, en algún caso, preceptos incluidos en ella puedan ser de aplicación supletoria en el correspondiente Derecho civil territorial. Por tanto, también en el aragonés.

Pero aunque ello es cierto, y surgirán supuestos de aplicación supletoria del Código civil reformado en la aplicación del Derecho aragonés, es más que dudoso que ello pueda suceder con el nuevo art. 91 del Código civil español, suprimiendo la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad. Pues para que esa aplicación supletoria pueda tener lugar es preciso que en el Derecho aragonés no exista norma alguna en la materia. Pero sí existe. Lo que sucede es que se trata de un conjunto de normas -los arts. 41 al 45 del Código foral- manifiestamente contrarias al espíritu de la Convención de Nueva York.

Creo que, una vez más, corresponderá a los jueces aplicar las normas con la suficiente moderación, evitando una contravención evidente de dicha Convención.

Concluyo. Felicito cordialmente a nuestra Académica, Dra. Charlez Arán, por su importante y comprometido discurso, y le insto a que siga participando en las actividades de la Academia, con el entusiasmo y brillantez con los que hasta ahora lo ha hecho.

Muchas gracias.

