

Estudio de los  
aspectos civiles  
de la nueva  
regulación de la  
discapacidad

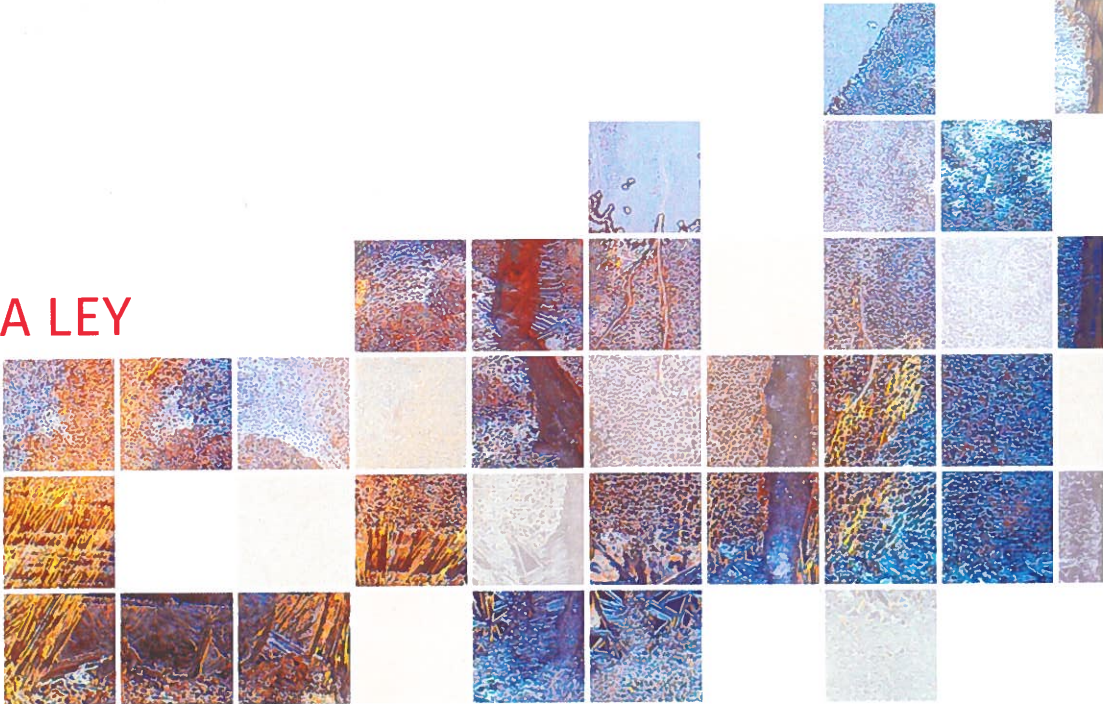
# El nuevo Derecho de las capacidades

De la incapacitación al pleno reconocimiento

## Directores

*Eugenio Llamas Pombo (I.P.)*  
*Nieves Martínez Rodríguez*  
*Estrella Toral Lara*

## LA LEY



IVS CIVILE SALMANTICENSE  
Red Salmantina de Civilistas Latinoamericanos

© Varios autores, 2022  
© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

**Wolters Kluwer Legal & Regulatory España**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** 91 602 01 82

**e-mail:** [clienteslaley@wolterskluwer.es](mailto:clienteslaley@wolterskluwer.es)

<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** Diciembre 2021

**Depósito Legal:** M-37426-2021

**ISBN versión impresa:** 978-84-19032-04-1

**ISBN versión electrónica:** 978-84-19032-05-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

## CAPÍTULO 7

---

# DISCAPACIDAD Y DERECHO DE FAMILIA. NUEVOS PRINCIPIOS, NUEVAS NORMAS

Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*

1. INTRODUCCIÓN
2. NUEVOS PRINCIPIOS, NUEVAS NORMAS
3. DISCAPACIDAD Y MATRIMONIO
  - 3.1. El matrimonio de las personas con discapacidad
  - 3.2. Algunos cambios en el régimen económico del matrimonio
4. CRISIS MATRIMONIALES
  - 4.1. Separación y divorcio con hijos con discapacidad
  - 4.2. Medidas de provisión de apoyos adoptadas en el procedimiento matrimonial
  - 4.3. Visitas, comunicaciones y estancias con los hijos con discapacidad
  - 4.4. La atribución del uso de la vivienda familiar en el nuevo artículo 96 CC
  - 4.5. Extinción de los poderes entre cónyuges como consecuencia de la crisis matrimonial
5. FILIACIÓN Y RELACIONES PATERNOFILIALES

- 5.1. El reconocimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad
- 5.2. La determinación de la filiación de los hijos incestuosos
- 5.3. El ejercicio de las acciones de filiación por la persona con discapacidad
- 5.4. Relaciones paterno filiales. La supresión de la prórroga de la patria potestad

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021 de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad*, introduce en el ordenamiento jurídico español una profunda y radical modificación del régimen legal de la protección a la discapacidad. Modificación que tiene su origen y causa en la necesaria adaptación de nuestro derecho interno a la *Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada en Nueva York en 2006. De todas las reformas llevadas a cabo por esta Ley, la más extensa y de mayor calado es la introducida en el Código civil, cuyas normas deben adaptarse al nuevo sistema basado en el derecho a la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica y en el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

Más allá de las propias en materia de capacidad, son muchas las normas, en toda la extensión del Código civil, que han exigido el oportuno ajuste a la nueva regulación. Entre ellas, y por lo que aquí interesa, numerosas normas de Derecho de familia afectadas por la reforma. La adaptación es ineludible si tenemos en cuenta que muchas de estas normas están conectadas con la capacidad de la persona. Y es también una exigencia para garantizar el derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad, reconocido en el artículo 23 de la Convención. Derecho que obliga a los Estados Parte a tomar las «medidas efectivas pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y relaciones personales».

El ejercicio de los derechos de las personas en condiciones de igualdad exige, entre otras medidas, la eliminación de cualquier consecuencia discriminatoria que la discapacidad pudiera suponer en su vida familiar. La situación de discapacidad, por sí misma, en ningún caso puede ser determinante para establecer restricciones al derecho a la vida familiar. Cualquier norma en este sentido debía ser modificada.

La Ley 8/2021, que ha puesto al día nuestro Derecho interno en el necesario respeto a la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha dado una nueva redacción a algunos artículos del Código Civil que afectan a temas de familia. Y el objeto de este trabajo es exponer y analizar sucintamente las reformas llevadas a cabo en esta materia.

## 2. NUEVOS PRINCIPIOS, NUEVAS NORMAS

La alusión a la Convención de Nueva York de 2006 parece ineludible en cualquier estudio actual sobre la discapacidad. El texto de las Naciones Unidas, aprobado en esta ciudad el 13 de diciembre de 2006 con el título: *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* (en adelante «Convención»), es el punto de partida (y de llegada) de todas las medidas que deben adoptar los Estados para garantizar su protección. La Convención ha supuesto una transformación radical en la manera de entender y afrontar la discapacidad desde el enfoque de los Derechos humanos.

Sin ánimo de analizarla, ni siquiera someramente<sup>(1)</sup>, es inevitable una referencia puntual a algunas cuestiones fundamentales para comprender y enmarcar las reformas operadas en el Derecho de familia en relación con la discapacidad, que es el verdadero objetivo de este trabajo.

La Convención fue ratificada por España a través del Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Desde entonces, forma parte de nuestro Derecho interno (art. 96 Constitución Española) y sus normas y principios son de obligado cumplimiento<sup>(2)</sup>, lo que resultaba incompatible con numerosas normas de este ordenamiento, que era preciso reformar. Tras una serie de modificaciones parciales y claramente insuficientes que se iniciaron en 2011,<sup>(3)</sup> han tenido que pasar trece años para que el legislador español diera el impulso definitivo a la adaptación del Derecho español a sus postulados con la aprobación de la *Ley 8/2021*

(1) Para un estudio detallado de la Convención, vid. por todos: TORRES COSTA, María Eugenia: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

(2) La Convención fue también ratificada por la Unión Europea el 23 de diciembre de 2010 al considerar esta Convención «un pilar adecuado y eficaz para la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad en el seno de la Unión Europea». Es el primer Tratado exhaustivo sobre derechos humanos ratificado por el conjunto de la Unión Europea y al que se adhiere como parte.

(3) Aunque la reforma del ordenamiento jurídico español, que es consecuencia de la ratificación por España de dicho tratado, se inició con la Ley 26/2011, llamada precisamente de

*de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

La citada Ley ha logrado la puesta al día de nuestro Derecho interno en el nuevo planteamiento de la discapacidad. La Convención supuso un cambio radical de los principios que fundamentan su tratamiento al reconocer el ejercicio de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás. Es necesario adoptar las medidas necesarias para proporcionarles el apoyo que necesiten en el ejercicio de esa capacidad jurídica, medidas que deben estar guiadas por los principios de necesidad y proporcionalidad. El respeto a voluntad de la propia persona es el principio rector que inspira la reforma y la aleja del carácter paternalista y protector que, hasta ahora, había caracterizado toda la regulación<sup>(4)</sup>.

El artículo 12, como eje central de la Convención, declara el derecho de las personas con discapacidad «al reconocimiento de su personalidad jurídica» e insta a los Estados: a reconocer que tienen «capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida»; a adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles «el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»; y a proporcionar «salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos». Salvaguardias que asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la

---

adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, y la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

- (4) Sobre la superación de la visión paternalista de la discapacidad y su importancia en el nuevo sistema, vid. ALEMANY, Macario: «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en MUNAR BERNAT, Pedro (dir.) *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*. Marcial Pons, 2021, pp. 21-45.

persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona».

Por su parte, el artículo 23 de la Convención, reconoce el derecho a la vida familiar de la persona con discapacidad<sup>(5)</sup>. En particular, exhorta a los Estados a tomar medidas que pongan fin «a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y relaciones personales». Para determinar el verdadero alcance de este artículo es imprescindible tener presente el contenido del artículo 12 de la Convención, y en particular, la nueva configuración de la capacidad jurídica allí regulada, pues, como se ha dicho, el artículo 23 debe considerarse una especificación de lo dispuesto en aquel precepto en lo que respecta a la vida familiar de las personas con discapacidad<sup>(6)</sup>.

Este artículo 23, cuando se refiere al respeto a la vida familiar proscribe, con carácter general, cualquier discriminación de las personas con discapacidad en las cuestiones relacionadas con la familia. Para ello, insta a los Estados Parte, no sólo a que pongan fin a cualquier discriminación, sino también a adoptar las medidas necesarias para lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones, a fin de asegurar, entre otros, que se reconozca su derecho a «contraer matrimonio para casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento pleno y libre de los futuros cónyuges» (art. 23.1.a. Convención). Y reconoce además que los Estados Parte deben garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, velando siempre por el interés superior del niño. Y en todo caso, los Estados deben prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos (art. 23.2 Convención).

Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás en todos los aspectos de la vida y, por supuesto, en su vida familiar. El ejercicio de sus derechos en igualdad exige la eliminación de cualquier consecuencia discriminatoria que esa discapacidad pudiera tener en las cuestiones relacionadas con la familia y con el derecho

(5) Este derecho a la vida familiar y su aplicación en el ordenamiento español es analizado de forma exhaustiva por GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, en su magnífica obra *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*. (*El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York*). Ed. Reus, 2019.

(6) GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *El derecho...*, cit. p. 16.

a la vida familiar que la propia Convención reconoce. Respecto a ellas procede adoptar cuantas medidas sean necesarias para proporcionarles el apoyo que puedan necesitar. Capacidad jurídica que tiene toda persona, aunque adolezca de alguna discapacidad y que ahora incluye no sólo la capacidad de ser titular de derechos, sino también la capacidad de actuar en derecho, que «reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos»<sup>(7)</sup>.

Este nuevo enfoque de la discapacidad se incorpora al ordenamiento español en los postulados de la Ley 8/2021, que adapta nuestro Derecho interno al texto internacional. Era necesario —sobre todo, aunque no sólo— transformar completamente el sistema del Código civil en materia de discapacidad. Y es que los esfuerzos realizados por la jurisprudencia<sup>(8)</sup> y la doctrina para aproximar nuestro Derecho interno al régimen de la Convención, siendo muy importantes, no fueron suficientes, puesto que las propias normas no respetaban sus postulados mínimos. La intervención del legislador era imprescindible y la citada Ley 8/2021 fue la respuesta a esa necesidad.

El elemento sobre el que pivota la nueva regulación es el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas, incluyendo en ese concepto tanto la titularidad de derechos como su ejercicio. Capacidad que no puede ser suprimida, ni siquiera modificada, porque es inherente a la condición de persona. Y capacidad que siempre conserva la persona a pesar de la discapacidad, lo que impedir la sustitución en la adopción de sus decisiones.

Ha cambiado la manera de afrontar la situación de las personas con discapacidad a las que hay que promover, proteger y asegurar el pleno goce de sus derechos. Siempre desde la igualdad y desde el respeto tanto a la dignidad inhe-

(7) Punto 11 de la Observación General nº 1 que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobó en 2014 para clarificar algunas cuestiones sobre la adecuada interpretación del artículo 12 de la Convención.

(8) No debemos olvidar la importante labor del Tribunal Supremo para ir adaptando la Convención a nuestro ordenamiento. De forma reiterada, la doctrina ha reconocido y destacado positivamente el esfuerzo de la jurisprudencia en este sentido. Por todos, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018», en DE SALAS MURILLO, Sofía y MAYOR DEL HOYO, Victoria (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch 2019, p. 392. Reconoce la autora que «el Tribunal Supremo ha allanado el camino de la reforma, aplicando la Convención de Nueva York y garantizando el respeto de sus principios rectores. Es pues ahora el momento del legislador».

rente que le corresponde como persona<sup>(9)</sup>, como a su independencia personal y a su autonomía individual, incluida la libertad para tomar sus propias decisiones<sup>(10)</sup>. Todo ello con el apoyo que necesiten en cada momento, pero sólo si lo necesitan, puesto que el apoyo no necesario no es más que una limitación de sus derechos. Y, por supuesto, con la exigencia de que siempre sea respetada su voluntad, que, sólo excepcionalmente, cuando no sea posible determinarla, podrá ser suplida con medidas de apoyo representativas.

Desde estos novedosos planteamientos, aquí sólo esbozados, no cabe duda de que estamos ante concepto diferente de la discapacidad y su tratamiento. Atrás quedan los viejos principios. No se trata de una mera adaptación, un retoque o un parche en el sistema hasta ahora vigente, sino de un modelo totalmente nuevo.

Por supuesto, ya no hablamos de incapacitados o personas incapacitadas, pero tampoco de personas con la capacidad judicialmente modificada: la capacidad ni se suprime ni se modifica porque es inherente a la condición de persona.

No hablamos de discapacitados, sino de personas con discapacidad o en situación de discapacidad, porque no se entiende la discapacidad como esencia de la persona sino como mera circunstancia (personas que tienen una discapacidad).

Tampoco hablamos de sustitución de la voluntad o de representación, sino de apoyos o de personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Y ya ni siquiera hablamos de protección, ni del mejor interés de la persona con discapacidad<sup>(11)</sup>, ahora hablamos de su voluntad, de sus deseos y de sus

(9) Dignidad inherente al ser humano que se vulnera por «cualquier discriminación contra una persona por razón de su discapacidad», como señala el Preámbulo de la Convención.

(10) El artículo 12 de la Convención alerta con carácter general contra aquellos sistemas y prácticas que excluyen a la persona con discapacidad de la toma de decisiones sobre las cuestiones que les afectan, bien en su esfera personal bien en su esfera patrimonial y que impiden, directa o indirectamente, el ejercicio de sus derechos fundamentales, como señala GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Matrimonio y discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, p. 59.

(11) Como ha señalado PAU, Antonio: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, p. 8), es este un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo que se lleva a cabo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo detrás de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». Reconoce este autor que, en la contraposición de los criterios del «interés» y de la «voluntad» hay que dar preferencia a esta última. Si bien, también defiende que «cuando la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, entrará en juego el interés del menor» (p. 9).

preferencias y del respeto a su libertad a la hora de tomar sus propias decisiones, aunque sean equivocadas.

Son estos los principios sobre los que descansa el nuevo modelo de la discapacidad, muy diferente al modelo protector y paternalista de la regulación anterior<sup>(12)</sup>. Modelo paternalista ya superado, en el que se ejercían labores de protección y vigilancia de la persona con discapacidad y que ahora dejan paso a los apoyos, limitados a facilitar la toma de decisiones en el ejercicio de su autonomía<sup>(13)</sup>.

Es inevitable que una reforma de tal envergadura afecte a un buen número de normas del ordenamiento jurídico, en particular a aquellas que impliquen el ejercicio de derechos por parte de sujetos privados<sup>(14)</sup>. El propio Preámbulo de la Ley 8/2021 reconoce que «son muchas las normas jurídicas que en toda la extensión del Código Civil requieren de la oportuna adaptación a la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad». Aunque es evidente que la necesaria adaptación afecta a todo el ordenamiento, ha tenido una especial incidencia en el Código Civil al tratarse de una Ley sobre las personas y los derechos humanos. Por supuesto, en todas aquellas normas propias que regulan la capacidad de las personas, pero también en otras muchas normas civiles que regulan materias conectadas con la capacidad de la persona, como las de Derecho de familia.

En efecto, la Ley 8/2021 ha dado una nueva redacción a varios artículos del Código Civil que afectan a las relaciones de familia. Algunas modificaciones de mayor calado, otras meramente puntuales o de simple adaptación terminológica, pero todas dignas de mención y de las que vamos a dar noticia en este trabajo. Modificaciones que analizaremos sobre el texto de la norma, tal y como han sido aprobadas, puesto que desconocemos la interpretación que de ellas hagan los

(12) Destaca este carácter paternalista de la regulación previa a la reforma, GARCÍA RUBIO, María Paz: «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, año 2018, p. 173.

(13) En el mismo sentido, LECUENA IBARRA, Ascensión: «Hacia la consecución del cambio de paradigma: el protagonismo de la voluntad de las personas con discapacidad en la adopción de las decisiones que les incumben», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, Nº. 94, 2020, p. 64.

(14) En este sentido, GARCÍA RUBIO, María Paz «Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 174) ya advirtió que el nuevo modelo de la Convención «constituye un auténtico tsunami que afecta a todo el ordenamiento jurídico, de suerte que prácticamente ninguna norma que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación».

tribunales al aplicarlas al caso concreto. Puesto que en el momento de escribir estas líneas la Ley 8/2021 acaba de entrar en vigor (3 de septiembre 2021) desconocemos aún cómo se irá perfilando el contenido de esas normas por la jurisprudencia y por las aportaciones de la doctrina.

Con el objeto de sistematizar la exposición, vamos a ordenar y estudiar los cambios producidos atendiendo a la materia afectada. Dedicamos un primer apartado al matrimonio, en particular a la capacidad para contraerlo y a algunas cuestiones en el régimen económico: capitulaciones y la sociedad de gananciales. En el segundo bloque analizamos las crisis matrimoniales y sus efectos cuando hay personas con discapacidad que precisen apoyo. Por último, centramos nuestro estudio en las relaciones paterno filiales para analizar los cambios en las reglas sobre filiación y patria potestad.

### 3. DISCAPACIDAD Y MATRIMONIO

#### 3.1. El matrimonio de las personas con discapacidad

El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y los necesarios apoyos para su ejercicio están unidos con el disfrute de otros muchos derechos entre ellos, el derecho a casarse y fundar una familia. Derecho que reconoce el art. 23 de la Convención de Nueva York que, como ya adelantamos, obliga a los Estados Parte a tomar medidas efectivas para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y relaciones personales. Y también para lograr que estas personas estén en igualdad de condiciones con los demás, a fin de asegurar, entre otras consideraciones, que «se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad *en edad de contraer matrimonio* para casarse y fundar una familia sobre la base del *consentimiento pleno y libre* de los futuros cónyuges» (cursiva nuestra).

Del citado texto se desprende con claridad que la sola condición de discapacidad no puede ser determinante ni suficiente para establecer restricciones en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio<sup>(15)</sup>. De hecho, la

(15) De hecho, el principio de discriminación por razón de la discapacidad tiene una aplicación concreta en la celebración del matrimonio por estas personas, desde dos puntos de vista. De un lado, imposibilitando cualquier restricción del acceso al matrimonio en base a la condición de persona con discapacidad psíquica y, de otro, imponiendo la exigencia de adoptar las «medidas legales, sustantivas y procesales que sean precisas y suficientes para poner fin a cualquier tipo de discriminación en el acceso al matrimonio», HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: Apoyos y salvaguardias proyectados», en PEREÑA VICENTE, Montserrat (dir.) *La voluntad de la persona protegida (Oportunidades, riesgos y salvaguardias)*, Dykinson, 2018, pp. 221-222.

norma hace referencia expresa a la edad y al consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges, siendo esos los únicos requisitos del matrimonio de las personas con discapacidad, además, como es lógico, de todos aquellos previstos con carácter general y para todas las personas. Lo que exige que las normas sobre impedimentos y prohibiciones matrimoniales no deberían contener alusiones a la discapacidad<sup>(16)</sup>.

En nuestro ordenamiento, la referencia a la discapacidad en la regulación del matrimonio no está en sede de impedimentos o prohibiciones. Y no lo está desde 1981, año de la gran reforma de la institución matrimonial en el Código Civil por la Ley 30/1981 de 7 de julio. Con anterioridad, y casi durante un siglo, estuvo vigente el texto original del artículo 83. 2º del CC, que impedía casarse a «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio».

La Ley 30/1981 eliminó este impedimento y recondujo el tema de la discapacidad al consentimiento y su comprobación en la tramitación del expediente matrimonial. La discapacidad no es un impedimento por sí mismo, sino una circunstancia que puede afectar a la prestación del consentimiento, base del matrimonio. El artículo 56.2 CC, en la nueva redacción dada por esta Ley, estableció que, si al tramitarse el expediente en el que deben acreditar que reúnen los requisitos de capacidad para casarse, «alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

El instructor del expediente debía verificar la concurrencia de los requisitos de capacidad, entre ellos, la propia capacidad para prestar un consentimiento válido, que es esencial en el matrimonio (art. 45 CC) y cuya falta provoca su nulidad (73. 1º CC). Si alguno de los contrayentes estuviera afectado de deficiencias o anomalías psíquicas que afectaran a su capacidad cognitiva y volitiva para la formación y la prestación del consentimiento, el instructor debía exigir un dictamen médico sobre su aptitud para prestarlo.

El cambio en la configuración es transcendental. La discapacidad intelectual ya no constituye un impedimento, ni determina *per se* la imposibilidad de prestar válido consentimiento matrimonial, y con ello, la nulidad del matrimonio<sup>(17)</sup>. La regla general ahora es la capacidad para contraer matri-

(16) En el mismo sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Matrimonio y discapacidad», cit. p. 61.

(17) STS 145/2018 de 15 de marzo.

monio a no ser que se acredite en el expediente la falta de aptitud para consentir, verificada por el preceptivo dictamen médico.

La posibilidad de casarse se disocia de la posible incapacitación o, posteriormente, modificación judicial de capacidad. Aun cuando se hubiera nombrado un tutor o un curador, el acto del matrimonio, como acto personalísimo, quedaba excluido de cualquier tipo de representación o asistencia pues su ejercicio sólo es posible por los propios contrayentes. Estos pueden contraer matrimonio con independencia de que haya habido o no un procedimiento judicial previo<sup>(18)</sup>. Si lo ha habido, la incapacidad allí declarada será un importante indicio de la falta de capacidad casarse. Pero, en todo caso, es preceptivo el dictamen médico que, a pesar de la sentencia, puede acreditar que la deficiencia no le afecta a su capacidad de discernimiento, es decir, que en el momento de prestar el consentimiento tiene aptitud para entender y asumir el matrimonio. Si no ha existido sentencia previa de incapacidad, el instructor puede constatar la existencia de alguna anomalía o deficiencia psíquica, en cuyo caso no puede negar la autorización del matrimonio sin solicitar el dictamen médico<sup>(19)</sup>. Dictamen necesario para acreditar la aptitud necesaria para consentir, esto es, la capacidad natural de entender y comprender el alcance del acto que pretende llevar a cabo<sup>(20)</sup>.

En general, en la aplicación de esta norma ha habido una postura favorable y poco limitativa de la celebración del matrimonio entre personas con discapacidad. Ha existido en tendencia favorecedora y nada excluyente, tanto por la DGRN, en los recursos que resuelve contra los autos que auto-

(18) Como sostiene DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón («Discapacidad y matrimonio», *Instituto de Derecho Iberoamericano*. Tribuna, junio 2021 <https://idibe.org/tribuna/discapacidad-y-matrimonio/>), el art. 56.II CC, estaba pensando en un contrayente que no hubiera sido previamente incapacitado. Pero, como evidenció la doctrina, el propio Tribunal Supremo y la DGRN, ello no significaba que no pudiera y debiera aplicarse a los incapacitados.

Señala este autor que los incapacitados podían contraer matrimonio, si en el momento de la ceremonia nupcial tenían aptitud natural para prestar el consentimiento (o, empleando la terminología tradicional, se hallan en un intervalo lúcido); y ello, sin necesidad de instar la previa modificación de la sentencia de incapacitación (y, por supuesto, sin necesidad de la autorización del tutor o curador), solución esta, que era conforme al principio de libre desarrollo de la personalidad y al de libertad nupcial.

(19) No puede denegarse la autorización del matrimonio por la falta de capacidad para consentir sin el dictamen médico preceptivo. Si éste falta, y es recurrido el auto, la DGRN ordena la retroacción del expediente y la práctica de esta prueba (RRDGRN 19 de octubre de 2011 y 18 de julio de 2013) GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Matrimonio y discapacidad», *cit.* p. 70.

(20) SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad del dictamen médico versus su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art. 56 del Código Civil», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12, febrero 2020, p. 92.

rizan o deniegan la celebración del matrimonio, como por Tribunal Supremo y las sentencias de las Audiencias Provinciales, cuando tienen que pronunciarse sobre una posible nulidad tras el ejercicio de la acción ex art. 73.1º CC, ya en una fase de control posterior de la capacidad<sup>(21)</sup>.

La posible confrontación del necesario dictamen médico del artículo 56 del CC con los nuevos postulados de las Convención de Nueva York, en particular con los artículos 12 y 23, propiciaron su modificación hasta su versión actual, que propone la exigencia del dictamen con carácter excepcional. Alguna doctrina autorizada<sup>(22)</sup> ha defendido que el requerimiento del dictamen no solo no comporta discriminación ni una injerencia desproporcionada contraria a la Convención, sino que además es de gran utilidad para prevenir la influencia indebida. Pero el legislador modificó el texto de la norma «para favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad para celebrar matrimonio»<sup>(23)</sup>. En la actualidad, el dictamen ya no es siempre requisito, sólo será necesario en casos excepcionales, como se desprende de la letra del vigente artículo 56.2 del CC.

La nueva regulación proviene de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*. Inicialmente quedó redactado del siguiente modo:

«Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

El precepto, probablemente por error y falta de rigor, ampliaba los supuestos en los que se debe exigir el dictamen a los casos de «deficiencias men-

(21) SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Matrimonio...», cit. p. 100. Reconoce la autora que la doctrina de la DGRN ha sido proclive, desde los años noventa hasta nuestros días, a admitir que el contrayente incapacitado judicialmente, afectado por anomalías o deficiencias psíquicas pueda contraer matrimonio. El planteamiento general es el de mantener «ab initio» y con carácter general una postura favorable a la celebración del matrimonio por las personas que padecen discapacidades de cierta gravedad, incluso en el caso de que estén incapacitadas.

(22) Niega el carácter discriminatorio de esta norma GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina («Matrimonio y discapacidad», cit., pp. 82 y 83). para quien la petición de dictamen por el Encargado de instruir el expediente no constituye una discriminación por razón de discapacidad ni una injerencia desproporcionada o arbitraria desde el prisma del artículo 12 de la Convención. Además, permite detectar la existencia de influencia indebida, consecuencia de la fragilidad o vulnerabilidad que, a veces, presentan las personas con discapacidad mental o intelectual, dependientes de su entorno y de las personas que les dispensan atención y cuidados. Defiende también este argumento SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Matrimonio...», cit. p. 99.

(23) Preámbulo de la Ley 4/2017, de 28 de junio.

tales, intelectuales o sensoriales». El legislador pretendió adaptar la terminología de la norma a la de la Convención (art. 1) y sustituyó la expresión «deficiencias o anomalías psíquicas» por la de «deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales», con la consiguiente exigencia del preceptivo dictamen a personas con deficiencias sensoriales. Deficiencias que no tienen incidencia sobre su capacidad natural de entender y de querer y, por tanto, que no deben generar dudas sobre su aptitud para prestar el consentimiento matrimonial.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se vio obligada a dictar una *Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, sobre la interpretación y aplicación del artículo 56.2 CC*, para paliar el efecto no deseado de su nueva redacción y hacer una interpretación restrictiva del mismo acorde con la Convención. Concluye que la exigencia del dictamen médico se debe «entender limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión». A pesar de la aclaración de la DGRN, el legislador cambió la norma, cuyo texto había ya generado cierta polémica en la sociedad. Aprovechando que aún no había entrado en vigor, le dio una nueva redacción en la *Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*.

El objetivo de la reforma no era otro que establecer un régimen legal favorecedor del derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad en consonancia con los postulados de la Convención de Nueva York, como así se señala en el mismo Preámbulo de la Ley 4/2017.

El nuevo artículo, vigente desde el 30 de abril de 2021<sup>(24)</sup>, dispone:

«El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a

(24) Desde la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, según estableció la disposición final 21.3 de la Ley 15/2015, en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio.

las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento»<sup>(25)</sup>.

La norma hace referencia a dos cuestiones distintas. En la primera parte reconoce la posibilidad de recabar los apoyos necesarios para facilitar la emisión, interpretación y recepción del consentimiento, lo que parece destinado a aquellos supuestos en los que la discapacidad no impide tanto la formación del consentimiento, como su exteriorización. Aunque el legislador no lo ha especificado, parece que está pensando en las personas que sufren discapacidades físicas o sensoriales que no afectan a su entendimiento. Es decir, personas con «discapacidades no incapacitantes»<sup>(26)</sup>, que pueden formar correctamente su voluntad porque tienen intacta su capacidad volitiva y cognitiva, pero pueden tener problemas a la hora de exteriorizarla. Es para esto último para lo que precisan medidas de apoyo.

En la segunda parte, el precepto se refiere claramente a aquellos supuestos en los que la discapacidad impide la prestación del consentimiento por afectar, entendemos (aunque no lo dice), al intelecto de la persona, en cuyo caso, reconoce la posibilidad de recabar un dictamen médico. Las diferencias con la regulación anterior son esencialmente dos:

a) En primer lugar, la norma no hace referencia al tipo de discapacidad. Mientras que en la anterior redacción el legislador señalaba expresamente las deficiencias o anomalías psíquicas como circunstancias que podían afectar a la prestación del consentimiento, ahora se utiliza de forma genérica la expresión «condición de salud», un tanto amplía y poco precisa<sup>(27)</sup>. Expresión que hemos de entender referida a las deficiencias

(25) El mismo texto se repite en el artículo 58. 5, segundo párrafo de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

(26) HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «Igualdad jurídica...», cit. p. 227.

(27) Expresión desacertada para alguna doctrina por ser demasiado amplia, inexacta e inequívoca. Así, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina («Matrimonio y discapacidad», cit., p. 79), para quien hubiere sido preferible mantener la discapacidad mental e intelectual como factor que «puede» incidir en la validez del consentimiento, que es lo único que, inicialmente, contemplaba el precepto: la aptitud para prestar el consentimiento matrimonial. Hablar de salud es equívoco e inexacto, el mismo legislador hace referencia a la enfermedad o estado físico de los contrayentes, por ejemplo, en el matrimonio celebrado en peligro de muerte (art. 52 CC) y no habla de salud, que parece un término demasiado amplio para acotar situaciones excepcionales.

de carácter psíquico intelectual, y no a todas, sino exclusivamente a las que puedan obstaculizar la prestación del consentimiento<sup>(28)</sup>.

b) En segundo término, es también diferente el carácter excepcional y subsidiario del dictamen médico. Únicamente será posible recabarlo «en el caso excepcional»<sup>(29)</sup> de que alguno de los contrayentes presente una condición de salud que «de modo evidente, categórico y sustancial» le impida prestar el consentimiento matrimonial. Y sólo lo será de forma subsidiaria, cuando el consentimiento no pueda prestarse «pese a las medidas de apoyo»<sup>(30)</sup>.

La excepcionalidad del dictamen prevista en la norma implica que no son suficientes meras dudas del encargado de tramitar el expediente. Se requiere certeza respecto a la falta de capacidad natural del contrayente. Como se ha dicho, si no tiene esa certeza, deberá autorizar la celebración del matrimonio, lo que parece correcto desde el punto de vista del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y desde la consideración del *ius connubii* como un derecho fundamental, que no debe ser menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad. Todo ello, sin perjuicio de que posteriormente pueda examinarse judicialmente su aptitud para prestar el consentimiento y, en su caso, se dicte la correspondiente sentencia de nulidad<sup>(31)</sup>.

En la actualidad, tienen competencia para constatar la capacidad de los contrayentes, no sólo el Juez encargado del Registro Civil, sino también el Notario y el Letrado de la administración de Justicia, que están facultados para tramitar los expedientes de autorización del matrimonio desde el 30 de

(28) En el mismo sentido, para DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, («Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España núm. 145/2018, de 15 de marzo», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero 2019, p. 402) parece claro que esa «condición de salud» no se dará en personas que sufran una mera discapacidad de carácter sensorial (como es el caso de los invidentes o de los sordos), pues, a través de las medidas de apoyo previstas en el precepto, podrán prestar su consentimiento para contraer matrimonio. Por lo tanto, la «condición de salud» que obliga al encargado del Registro Civil a recabar dictamen médico hay que referirla a las deficiencias de carácter psíquico intelectual; y no a todas, sino exclusivamente a las que «de modo evidente, categórico y sustancial» puedan obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial.

(29) También se ha criticado el carácter «excepcional» que atribuye la norma al dictamen médico. En este sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina («Matrimonio y discapacidad», cit., p. 92) para quien el legislador vuelve a introducir confusión, pues no es la exigencia de dictamen médico lo que debe ser excepcional, sino que lo excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva, es la limitación o privación del derecho a contraer matrimonio.

(30) SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Matrimonio...», cit. pp. 107-108.

(31) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Validez del matrimonio...», cit. 402.

abril de 2021<sup>(32)</sup>. Para resolver las posibles dudas sobre la actuación de los Notarios en los expedientes para autorizar los matrimonios y también para el acto de celebración de los matrimonios la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública dicta la *Instrucción de 3 de junio de 2021, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios*<sup>(33)</sup>.

El punto cuarto de la cita Instrucción recoge los criterios de tramitación del matrimonio de personas con discapacidad, para el que será competente el Notario, exista o no sentencia de modificación de la capacidad o resolución judicial disponiendo medidas de apoyo<sup>(34)</sup>. Conforme a esos criterios, los contrayentes tienen que aportar el informe o informes sobre su aptitud, realizados por su médico de cabecera o médico especialista que le esté tratando y en los que se manifiesten las circunstancias en relación con la aptitud o no para prestar el consentimiento. Si tras ser requeridos, no lo aportan, el Notario dictará resolución de inadmisión del procedimiento en el acta por no subsanar la falta de elemento imprescindible para fundar su juicio de capacidad. Si aportan el Informe, el Notario iniciará o continuará el acta de autorización y, en trámite de prueba, hará una valoración de la capacidad de los contrayentes.

Si lo estima necesario para corroborar cualquier dato dudoso o paliar la insuficiencia de los informes aportados, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 56 párrafo 2.º del Código Civil, solicitará informe pericial médico dirimente sobre la capacidad. Y, en función de los informes recabados resolverá la autorización o no del matrimonio. El perito médico dirimente será elegido libremente por el notario o del listado de peritos médicos el-

(32) Fecha en la que entró en vigor el artículo 51 del CC, redactado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, como consecuencia de la «completa entrada en vigor» de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

(33) Modificada posteriormente por la *Instrucción de 9 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos del Registro Civil tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*.

(34) Inicialmente, el texto de la Instrucción sólo atribuía competencia al Notario para autorizar el matrimonio de las personas con discapacidad si no existía sentencia de modificación judicial de la capacidad o resolución judicial que acuerde medidas judiciales de apoyo a personas. En este caso, la tramitación correspondía al Encargado del Registro Civil. Este texto fue modificado por la Instrucción de 9 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Este apartado ha quedado derogado por lo dispuesto en la Instrucción de 9 de julio de 2021 que ha dado nueva redacción al punto cuarto de la Instrucción de 3 de junio de 2021, estableciendo que para los casos en los que exista resolución judicial previa será de aplicación el mismo criterio que cuando no exista.

borado por el Colegio Notarial y sus honorarios deben ser abonados por los contrayentes.

De esta Instrucción hay una cosa que nos llama especialmente la atención: el doble informe médico sobre la valoración de la aptitud para prestar el consentimiento. Informes que sólo serán necesarios «para el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo», como así se recoge en el punto cuarto de la citada Instrucción, reproduciendo literalmente el mandato del artículo 56.2 del CC. Un informe médico inicial, presentado en la solicitud o requerido por el notario, sobre la aptitud o no para prestar el consentimiento, el propio juicio notarial de capacidad y además un posible informe pericial médico dirimente sobre la capacidad parecen demasiados filtros. No es muy coherente con la finalidad de la reforma de favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad y de hacer del dictamen médico algo excepcional. Ni tampoco con el espíritu del nuevo texto del artículo 56.2 CC, ni con el nuevo modelo de discapacidad que pretende alejarla de un enfoque médico en favor un enfoque de derechos humanos.

Por último, en relación a la capacidad para contraer matrimonio hemos de mencionar también la modificación de la regla sobre el matrimonio en peligro de muerte contenida en el artículo 52 CC, en vigor desde el 30 de abril de 2021<sup>(35)</sup>. El párrafo 2º del citado precepto ha incorporado, para la validez del matrimonio en peligro de muerte, la exigencia de un dictamen médico que valore la aptitud para consentir de alguno de sus contrayentes cuando el peligro de muerte derive de su enfermedad o estado físico. Es un dictamen que debe de hacerse, siempre que sea posible «sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación». Es extraño que en este caso el legislador no atribuye a este dictamen el carácter excepcional que tiene en el artículo 56.2 CC, donde sólo se exige si el contrayente presente una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, puede impedirle prestar el consentimiento.

(35) Modificación introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, que está vigente desde completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

### 3.2. Algunos cambios en el régimen económico del matrimonio

La entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha introducido algunas reglas especiales en la regulación la economía del matrimonio de las que damos puntual referencia.

#### 3.2.1. Otorgamiento de capitulaciones por una persona con discapacidad

La reforma operada por esta Ley en materia de capitulaciones ha consistido en la supresión de la norma que limitaba la capacidad de capitular de las personas con discapacidad. Ha eliminado el artículo 1330 CC que rezaba: «El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador»<sup>(36)</sup>.

La norma imponía la necesidad de asistencia en el otorgamiento para aquellos cuya incapacidad hubiese sido declarada en los tribunales. El texto seguía refiriéndose al «incapacitado judicialmente», con una evidente falta de adecuación terminológica a la Convención. Si bien es cierto que la Ley 5/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, pretendió la adaptación terminológica modificando el texto de numerosos artículos del Código Civil para sustituir la expresión «incapacitado» por «persona con capacidad modificada judicialmente», no lo hizo en el artículo 1330 CC —y tampoco en algunos artículos como veremos— que siguió refiriéndose al «incapacitado judicialmente», conservando una expresión que pretendía ser erradicada del Código Civil.

Aunque el otorgamiento de capitulaciones tiene un carácter accesorio del matrimonio, el artículo 1330 CC desvincula la capacidad de capitular de la de casarse, es decir, de la de entender y querer el matrimonio. La persona con discapacidad puede casarse por tener aptitud para prestar el consentimiento, pero esa aptitud no es suficiente para otorgar libremente capitulaciones si existe una sentencia judicial de modificación de capacidad. Y también la desvincula de la capacidad general para contratar del artículo 1263.2º

(36) Se asimilaba así su situación a la de los menores que precisan también asistencia para otorgar capitulaciones. Así lo exige el artículo 1329 CC: «El menor no emancipado que con arreglo a la ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación». Si bien, en la actualidad, este precepto está vacío de contenido porque el menor no emancipado no puede contraer matrimonio tras la modificación, por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, del artículo 48 del CC que preveía la dispensa de edad para casarse a los mayores de catorce años. El legislador de la Ley 8/2021 podía haber aprovechado para suprimir también el contenido del artículo 1329 CC, hoy día, totalmente innecesario.

CC que, antes de la Ley 8/2021, señalaba que no pueden prestar consentimiento «los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial».

El artículo 1330 CC suponía una excepción, o una regla especial, de la regla general para contratar que exigía representación, puesto que para las capitulaciones sólo era precisa la asistencia de sus padres, tutor o curador. Los contrayentes deben otorgarlas por sí mismos, pero con la asistencia necesaria, diferencia que se justifica en su naturaleza personalísima o *intuitu personae*, que no admite representación. Su intervención y consentimiento era presupuesto necesario y propio del otorgamiento sin que quepa ningún tipo de actuación representativa, ni siquiera en los casos de capacidad modificada judicialmente<sup>(37)</sup>. Únicamente era posible y necesario, porque así lo exigía la norma, una actuación de complemento de capacidad o de asistencia que tenía una clara finalidad tuitiva para verificar el conjunto de pactos de carácter patrimonial asumidos por el contrayente con discapacidad mental o intelectual<sup>(38)</sup>.

Con la supresión del artículo 1330 CC esta asistencia ya no es un requisito para capitular. La supresión es acorde con la modificación del 1263 CC que ya no se refiere a la capacidad como impedimento para prestar consentimiento contractual. Al eliminar su mención en sentido negativo, reconoce la capacidad para contratar y en ningún otro lugar se dice que un discapacitado no pueda celebrar contratos. En consecuencia, no tenía razón de ser el mantenimiento de una limitación expresa para el otorgamiento de capitulaciones, que no sería coherente con los postulados de la discapacidad.

En la actualidad, al no haber nada previsto legalmente en materia de capitulaciones, su otorgamiento por la persona con discapacidad requerirá la intervención de los apoyos que tuviera asignados. Pero sólo si los necesita para este acto, porque la existencia de esos apoyos no prejuzga la capacidad para prestar un consentimiento válido, si en ese momento no necesita ser asistido por quien esté llamado a prestar el apoyo. Lo mismo se aplicará para la modificación de las capitulaciones otorgadas.

En su caso, el apoyo que precise debe ir dirigido a prevenir concretos pactos que pongan en peligro el patrimonio del cónyuge con discapacidad

- (37) SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual», *Revista de Derecho Privado*, nº 6, noviembre-diciembre 2020, p. 46.
- (38) GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *El derecho...*, cit. pp. 132 y 136.

que pretende llevarlos a cabo. Como se ha dicho<sup>(39)</sup>, es esto lo que prioriza la labor de asesoramiento y consejo de las personas llamadas a prestar dicho apoyo, desde el respeto a su libertad, voluntad, deseos y preferencias. Además de adoptar medidas dirigidas a prevenir posibles abusos o manipulaciones, como prevé el artículo 12 de la Convención, incluso del cónyuge que, en su caso, sea nombrado curador del otro.

Con las debidas medidas de apoyo podrá la persona con discapacidad otorgar capitulaciones por sí misma, si son medidas no representativas. Pero si son representativas se plantean más dudas pues el carácter personalísimo de las capitulaciones impide su otorgamiento por representante. En el caso de que sea un curador representativo no podrá otorgarlas en su nombre. Y tampoco será posible, al haberse suprimido el artículo 1330 CC, la asistencia de ese curador representativo para que la persona con discapacidad otorgue por sí mismo capitulaciones. En cuyo caso podríamos cuestionarnos si sus derechos están más limitados que antes de la reforma.

La solución podría estar en que se establezca expresamente en las medidas de apoyo la forma de otorgar esas capitulaciones: si la persona con discapacidad puede hacerlo por sí misma sin necesidad de apoyos, o si debe de proceder con un apoyo, no representativo, de mera asistencia para este acto concreto. Asistencia que no deriva ya de la ley —no será preceptiva siempre y en todo caso—, sino de su previsión, o no, en la concreta medida de apoyo.

Finalmente, hemos de reparar en el hecho de que, haya o no provisión de apoyos y sean estos o no necesarios para el concreto acto de capitular, el juicio notarial será clave en todo este proceso. El otorgamiento (y también la modificación) de las capitulaciones requiere escritura pública (art. 1327 CC) y el Notario debe dar fe de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes. Una prueba más del importantísimo papel asumido por el Notario tras la reforma y de la transcendencia de ese juicio notarial para el tráfico jurídico. Al ser necesaria su intervención, ese juicio notarial será clave en el otorgamiento, para constatar la capacidad y dotar de garantías a las capitulaciones otorgadas por una persona con discapacidad.

(39) SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Capacidad capitular...», p. 75.

### 3.2.2. Gestión de la sociedad de gananciales

La situación de discapacidad de uno de los cónyuges acarrea ciertas especialidades en la gestión de los bienes gananciales. Una de las modificaciones introducidas por la reforma afecta precisamente a esta cuestión. En particular, a la transferencia de la gestión de los bienes gananciales a uno de los cónyuges por la situación de discapacidad del otro. Se reforma, en este sentido, el artículo 1378 CC que regula la transferencia *ope legis* de la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales. El texto de la norma hasta ahora vigente, disponía que esa administración y disposición de los bienes «se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte».

Como excepción al principio de gestión conjunta de los bienes gananciales (art. 1375 CC) el legislador prevé unas reglas especiales para permitir la gestión individual cuando uno de los cónyuges esté incapacitado o cuando se halle imposibilitado para prestar el consentimiento.

En el primer caso, cuando haya sido modificada judicialmente su capacidad, se transfiere automáticamente por ley la gestión al otro cónyuge, siempre que sea su representante legal (artículo 1387 CC). La totalidad de los poderes de administración y disposición sobre los bienes comunes recaerá sobre el tutor consorte, sin perjuicio de la autorización judicial que precise para realizar determinados actos de disposición conforme al artículo 1389 CC.

En el segundo supuesto, si no ha habido modificación de la capacidad, pero la discapacidad afecta a su aptitud para consentir, la transferencia no será automática sino por decisión judicial. Es el artículo 1388 CC el que dispone que «los tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar el consentimiento». Además de otras causas, la imposibilidad puede derivar de la discapacidad, siendo éste el cauce adecuado para transferir al otro cónyuge la gestión cuando no ha habido modificación judicial de la capacidad.

La reforma introducida por la Ley 8/2021 sólo ha afectado al artículo 1387 CC, es decir, a la transferencia por ministerio de la ley, que ahora atribuye la administración y la gestión de los bienes «al cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad», pero únicamente «cuando le hayan sido atribuidas facultades de representación plena». La norma, en coherencia con la nueva regulación, exige que el cónyuge sea el *curador* y no el tutor. Pero requiere además que sea un curador con facultades *representativas* —pre-

visto sólo excepcionalmente para casos graves de discapacidad—. Y que esas facultades sean *plenas*, lo que parece indicar que el cónyuge no lo puede representar sólo en algunos actos concretos, sino que es necesario que su representación tenga un alcance general.

El cónyuge curador en quien concurren esos requisitos podrá gestionar individualmente los bienes comunes de la sociedad. Para ello tiene plenas facultades, salvo que el juez establezca cautelas o limitaciones en interés de la familia y, en todo caso, con las limitaciones previstas legalmente respecto a determinados actos para los que necesitará autorización judicial conforme al artículo 1389 CC: actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente. A los que hay añadir los actos pueda indicar la propia resolución que establezca la curatela y los enumerados en el artículo 287 CC para los curadores que ejerzan funciones de representación.

Si, por el contrario, no concurren en el cónyuge las condiciones requeridas —curador con facultad de representación plena— la transferencia no opera *ope legis*, pero entendemos que no hay obstáculo para que esa transferencia se produzca por voluntad de la persona con discapacidad, si así lo ha previsto en una medida de naturaleza voluntaria. Y, además, queda abierta la vía para solicitar la transferencia al juez alegando la imposibilidad del cónyuge con discapacidad de prestar el consentimiento (art. 1388 CC), siempre que no se haya establecido una medida de apoyo en favor de un tercero que le permita al cónyuge hacer la gestión por sí mismo, con ese apoyo.

### 3.2.3. *Disolución de la sociedad de gananciales*

La situación de discapacidad de uno de los cónyuges en régimen de gananciales también afecta a la disolución de la sociedad. Entre todas las causas de disolución previstas legalmente, las que operan de forma automática por ministerio de la ley (art. 1392 CC) no contienen referencia alguna a la capacidad de los cónyuges. Sin embargo, entre las causas judiciales (art. 1393 CC) sí existe una mención expresa a esta capacidad, o mejor, a la falta de capacidad. Este último precepto enumera los casos en virtud de los cuales, uno de los cónyuges puede pedir al juez la disolución de la sociedad. En particular, el párrafo 1º señalaba entre ellos, el hecho de «haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia». Bastando para que el Juez acuerde la disolución «que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial».

El texto de este artículo ha sido modificado, como no podía ser de otra forma si tenemos en cuenta su referencia expresa al «incapacitado». El nuevo texto dispone que la sociedad de gananciales concluirá por decisión judicial «Si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia» (cursiva nuestra).

Los cambios introducidos que afectan a la discapacidad son dos:

— Por un lado, el legislador ya no se refiere al cónyuge judicialmente incapacitado, sino al cónyuge con medidas de apoyo. Y respecto de estas medidas establece una serie de requisitos: deben ser medidas de apoyo dispuestas judicialmente, lo que parece que excluye las voluntarias; deben ser también medidas que impliquen facultades de representación en el ámbito patrimonial; y también que esa representación sea plena, igual que en el caso de la transferencia *ope legis* de la gestión del artículo 1378 CC que acabamos de analizar. Si bien, a diferencia de ésta, aquí no se exige expresamente que sea una curatela. La existencia de otras medidas de apoyo no representativas, no permiten al cónyuge de la persona discapacitada solicitar la disolución. Sólo estará facultado para hacerlo, de acuerdo con el nuevo texto del artículo 1393. 1º CC, si la discapacidad es muy grave, esas medidas no son suficientes y el apoyo requiere representación plena.

— Por otra parte, se elimina la referencia a la prodigalidad del cónyuge como posible causa de disolución de la sociedad. No tenía sentido mantenerla cuando ha sido suprimida del Código Civil como institución autónoma.

#### 4. CRISIS MATRIMONIALES

La Ley 8/2021 ha introducido algunas modificaciones en varias normas que regulan las crisis matrimoniales y en particular, aunque no sólo, en las que regulan los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio, en cuanto afectan a personas con discapacidad, bien sean los propios progenitores, bien sean los hijos. Algunas de estas modificaciones son de especial calado, como las que atañen a la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 96 CC), al régimen de visitas comunicación y estancias con los hijos (art. 94 CC), o la provisión anticipada de medidas de apoyo para los menores (art. 91 CC). Otras son de pura adaptación terminológica. A unas y otras nos

vamos a referir continuación, de forma casi expositiva sólo acompañada de un breve análisis que, por razones obvias, no puede ser en profundidad.

#### 4.1. Separación y divorcio con hijos con discapacidad

La discapacidad de alguno de los hijos de la pareja (comunes o no) afecta a la forma de poner fin a la convivencia o al matrimonio pues en este caso sólo va a ser posible la separación y el divorcio judicial. El hijo mayor con discapacidad, se equipara al hijo menor a los efectos de impedir la separación o el divorcio ante Notario o ante Letrado de la Administración de Justicia<sup>(40)</sup>.

En la regulación anterior, el artículo 81 CC y el artículo 86 CC por remisión, establecían que la separación y el divorcio se decretarán judicialmente cuando existan, además de hijos menores no emancipados, «hijos con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores».

El artículo 82.2. CC y el artículo 87 CC por remisión, señalaban expresamente en relación a la separación y el divorcio celebrados ante el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia, que no será de aplicación «cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores».

Conforme a las citadas normas, para que la discapacidad del hijo mayor tenga trascendencia a estos efectos es preciso la concurrencia de dos requisitos: que haya sido reconocida judicialmente (hijo con la capacidad modificada judicialmente) y que el hijo dependa de sus progenitores.

La Ley 8/2021 modificó la letra de estos preceptos al suprimir la referencia a la dependencia del hijo de sus progenitores y sustituir el requisito de la capacidad modificada judicialmente por el del establecimiento de medidas de apoyo, en una redacción más coherente con los postulados de toda la reforma.

Según el nuevo texto de los artículos 81 y 86 CC, la separación y el divorcio se decretarán judicialmente cuando existan hijos menores no emancipa-

(40) La separación y el divorcio ante el Notario o ante el Letrado de la Administración de Justicia está prevista en nuestro ordenamiento desde el 23 de julio de 2015, fecha de la entrada en vigor de La Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria. Con anterioridad, la separación o divorcio tenía carácter exclusivamente judicial. El recurso al Notario o al Letrado cuando sea de mutuo acuerdo, hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio (igual que la judicial) y siempre que no existan hijos menores mayores con la «capacidad judicialmente modificada».

dos o «hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores»<sup>(41)</sup>.

En esa misma coherencia, también se cambia el texto de los artículos 82.2. CC y 87 CC para eliminar la referencia a los «hijos con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores». Ahora sólo alude, sin especificarla, a la situación de los hijos que impide la separación y el divorcio celebrados ante Notario o el Letrado de la Administración de Justicia: «No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos en la situación a la que se refiere el artículo anterior» (art. 82.2 CC).

Esta nueva redacción requiere algunas consideraciones:

— Por un lado, para excluir la intervención del Letrado o el Notario es preciso que haya medidas de apoyo *ya establecidas* respecto al hijo o hijos con discapacidad. No es suficiente que el hijo precise de ellas para el ejercicio de su capacidad, es necesario que las mismas estén ya fijadas.

— Por otra parte, deben ser medidas establecidas *judicialmente*, por lo que sería posible la separación y el divorcio notarial o ante Letrado cuando existan hijos mayores con medidas de protección voluntarias. Conclusión que nos plantea bastantes dudas, aunque es la que se depende de la letra de la norma.

— Por último, es preciso que las medidas de apoyo establecidas sobre el hijo se hayan *atribuidos a los progenitores*. Sólo en este caso se impone la separación o el divorcio judicial. Por el contrario, si las medidas han sido atribuidas a un tercero, eso no impide la separación o el divorcio notarial o ante el Letrado. Al menos eso es lo que puede interpretarse del nuevo precepto.

#### **4.2. Medidas de provisión de apoyos adoptadas en el procedimiento matrimonial**

Las medidas de apoyo previstas y reguladas en la Ley 8/2021 están destinadas a las personas mayores de edad o emancipadas que las necesiten para

(41) En esta misma línea se ha modificado también el artículo 54.1 de la Ley del Notariado, cuyo texto actual reza: «Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes».

el adecuado ejercicio de la su capacidad jurídica<sup>(42)</sup>. La nueva regulación no se aplica a los menores con discapacidad, que tienen sus propios sistemas de protección como menores. Las medidas de apoyo sólo se necesitan, y como tal se establecen, una vez que el menor con discapacidad llega a la mayoría de edad y se extingue la patria potestad, que es la medida de protección por excelencia (art. 169 CC). Extinción que ahora se produce de forma imperativa pues, actualmente ya no es posible su prórroga o rehabilitación. Como más adelante explicamos, la misma Ley 8/2021 suprimió el artículo 171 CC, que permitía prorrogar la patria potestad más allá de los dieciocho años.

Para dar continuidad a la asistencia de esos menores y evitar intervalos de desprotección desde la mayoría de edad y hasta el momento que se articulan los apoyos, la propia Ley 8/2021 contiene algunas reglas que permiten anticipar la adopción de las medidas de apoyo. Son las que van a necesitar cuando sean mayores de edad, que pueden adoptarse a partir de los dieciséis años, pero que entrarán después de los dieciocho. Aunque sólo si, llegado el momento, realmente las necesita y siempre que no las sustituyan por otras voluntarias.

La adopción anticipada y preventiva de esas medidas puede acordarse por la autoridad judicial, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, cuando se prevea, en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que el menor va a seguir precisando apoyos después de ésta. Así lo establece con carácter general el vigente artículo 254 CC<sup>(43)</sup>. Pero también reconoce estas medidas anticipadas el artículo 91.2 CC, que reconduce su adopción al proceso matrimonial de los progenitores.

(42) El artículo 249 del Código, en su nueva redacción dada por la citada Ley, limita los apoyos a las personas mayores: «Las medidas de apoyo a *las personas mayores de edad o menores emancipadas* que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad».

(43) El artículo 254 CC, cuyo texto procede también de la Ley 8/2021, dispone: «Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias».

En efecto, y por lo que aquí interesa, el artículo 91 CC es otro de los preceptos de Derecho de familia afectado por la reforma. Al texto original se añade un segundo párrafo para incluir un nuevo tipo de medidas para adoptar en la sentencia matrimonial: las medidas de apoyo que los hijos menores comunes pudieran necesitar, por razón de discapacidad, cuando fueran mayores.

El artículo 91.2 CC queda redactado del siguiente modo:

«Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad».

La finalidad de la norma es de pura economía procesal: se reconoce el proceso de nulidad, separación y divorcio de los progenitores como un proceso válido para la adopción con carácter anticipado las medidas de apoyo respecto a los hijos menores. Esta posibilidad ya está prevista con carácter general en el artículo 254 CC. En consecuencia, la razón de ser del artículo 91.2 CC no es otra que evitar un proceso judicial *ad hoc* para su provisión, cuando ya esté iniciado un proceso matrimonial que puede servir para ello. Por eso el precepto reconoce que la sentencia que ponga fin al procedimiento de nulidad, separación o divorcio, resolverá también sobre el establecimiento y el modo de ejercicio de las medidas de apoyo.

Los requisitos son: que se trate de hijos comunes, que sean mayores de dieciséis años en el momento de fijar las medidas y que éstas se fijen previa audiencia de los menores. Audiencia para hacer partícipe al menor en el proceso «atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias», como exige, para todos los supuestos, el artículo 254 CC.

Lo que la no precisa es si la autoridad pueda acordar de oficio la medida o sólo cabe a instancia de parte. Pudiera parecer por la expresión: la sentencia «resolverá», que el juez, si lo estima necesario, acordará, en todo caso, las medidas. Pero esto no es coherente con la última parte del texto que alude a la «legitimación para instar las medidas». Y, sobre todo, tampoco lo es con la previsión del artículo 254 CC, que dispone que la autoridad judicial podrá acordar la provisión anticipada y preventiva de las medidas de apoyo «a

petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario». Parece más acertado entender que el juez sólo puede acordar tales medidas previa petición de parte<sup>(44)</sup>.

Las medidas de apoyo de los menores, establecidas en la sentencia matrimonial, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años, pero sólo si a partir de ese momento son necesarias porque la situación de discapacidad del hijo así lo requiere. Si, a pesar de estar previstos, el hijo ahora mayor no precisa los apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, las medidas acordadas no serán efectivas.

Tampoco se van a aplicar las medidas acordadas en la sentencia cuando el hijo mayor las sustituya por otras de origen voluntario, que son preferentes a las judiciales. Y si la previsión de las medidas voluntarias la hace el menor, mayor de 16 años, esa previsión va a impedir el establecimiento de las medidas judiciales. Si bien el artículo 91.2 CC no menciona esta circunstancia, sí lo hace el arts. 254 CC que, con carácter general para todos los supuestos de provisión anticipada y preventiva de medidas adoptadas por la autoridad judicial, dispone que estas medidas «se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad».

### **4.3. Visitas, comunicaciones y estancias con los hijos con discapacidad**

Otro de los preceptos modificados por la Ley 8/2021 ha sido el artículo 94 del CC, que regula el ejercicio del derecho de visitas y comunicación de los progenitores con sus hijos. La norma tiene por objeto resolver la situación que se deriva de las crisis familiares en las que la ruptura de la convivencia entre los progenitores hace imposible que ambos, de forma simultánea, puedan tener los hijos en su compañía. En el procedimiento de nulidad separación o divorcio se determina la forma en que el progenitor que no los tenga consigo, pueda mantener con ellos su relación a través de un régimen de visita, comunicación y estancia.

Tras la reforma, la nueva redacción amplía considerablemente el contenido del precepto que pasa a tener seis párrafos, en lugar de los dos que tenía, e introduce importantes modificaciones respecto a la regulación hasta ahora

(44) En el mismo sentido, GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Examen de las reformas legales en materia de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica por la Ley 8/2021», *El Derecho.com*. Lefebvre <https://elderecho.com/examen-de-las-reformas-legales-en-materia-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica-por-la-ley-8-2021>

vigente. Estas modificaciones afectan a tres cuestiones, que conviene diferenciar para su mejor análisis y que sintetizamos como sigue:

a) Por un lado, el derecho de visitas y comunicación con los hijos mayores de edad con discapacidad, que la norma vigente regula de forma separada del de los menores (art. 94. 1, 2 y 3 CC).

b) Por otra parte, el derecho de comunicación y visitas respecto del menor y del mayor discapacitado de otros familiares y allegados distintos de los progenitores (art. 94.6 CC).

c) Por último, la incidencia de la violencia doméstica y de género en el régimen de visita, comunicación y estancia de los hijos menores o mayores con discapacidad (art. 94.4 y 5 CC).

a) En relación a la primera cuestión hay señalar que, frente al texto anterior que regulaba en una única norma las visitas de los hijos menores y los mayores «incapacitados»<sup>(45)</sup>, el actual otorga diferente tratamiento en uno y otro caso. El primer párrafo se refiere sólo a los menores: «La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los *hijos menores* podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía» (art. 94.1 CC). Y el segundo, a los mayores: «Respecto de los hijos con discapacidad *mayores de edad* o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior» (art. 94.2 CC).

A diferencia de la regulación derogada, ahora la norma ya no exige que el mayor, respecto del que se establecen visitas, tenga la capacidad modificada judicialmente (o esté «incapacitado» como señalaba). En coherencia con toda la reforma, la norma se refiere ahora a los mayores de edad «que precisen apoyo para tomar la decisión» y lo extiende también a los emancipados que estén en la misma situación. Se trata de mayores o emancipados que, por su situación de discapacidad, no pueden decidirlo por sí mismos y precisan de los apoyos necesarios. No deja claro el legislador si las medidas de apoyo deben estar ya provistas o si es suficiente con estar en situación de

(45) El apartado primero del artículo 94 anterior a la reforma rezaba: «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 dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

necesitarlas. Tampoco si, en su caso, esas medidas deben estar atribuidas o no a los progenitores.

El establecimiento del régimen queda supeditado a que el progenitor, que no tenga en su compañía a los hijos mayores con discapacidad, lo solicite en el procedimiento matrimonial. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, respecto de los que la autoridad «determinará» en todo caso, el tiempo, modo y lugar para ejercitar el derecho de visitarlos, comunicación y estancia (art. 94.1 CC), cuando se trata de mayores con discapacidad, es el progenitor interesado quien debe solicitarlo.

Para la adopción de estas medidas se dará audiencia a los hijos, tanto si son menores como mayores que precisen apoyos, y también al Ministerio Fiscal (art. 94.3 CC). Debe hacerse partícipe a los hijos y oír su opinión al respecto. Y aunque la norma no lo advierta para este caso concreto<sup>(46)</sup>, no cabe duda de que la autoridad judicial debe resolver siempre teniendo en cuenta el interés del menor y la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad.

Por otra parte, el régimen de visita, comunicación o estancia establecidos en la sentencia pueden limitarse o suspenderse por la autoridad judicial «si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Así lo ordena el artículo 94.3 CC en una redacción similar a la derogada, con la única diferencia de que, frente al texto anterior que exigía que tales circunstancias fuesen «graves», ahora las circunstancias concurrentes para limitar o suspender el derecho deben ser circunstancias «relevantes» que así lo aconsejen. Término de difícil concreción y de gran indefinición jurídica<sup>(47)</sup>.

b) La segunda de las cuestiones a las que afecta la reforma es el reconocimiento del derecho de comunicación y visitas de otros familiares y allegados distintos de los progenitores (art. 94.6 CC). La trascendencia personal y familiar que tiene para el menor conservar la relación afectiva y material con sus familiares no ha pasado desapercibida para el legislador. El artículo 160.2 CC señala en este sentido que «no podrán impedirse sin justa causa las rela-

(46) Sí lo hace en el sexto y último párrafo del artículo 94 CC cuando regula la comunicación y visitas del menor y del mayor discapacitado con otros familiares y allegados distintos de los progenitores, al que nos referimos más adelante.

(47) En sentido parecido, ORTEGA CALDERÓN, José Luis: «La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio», *Diario La Ley*, Nº 9892, 15 de julio de 2021.

ciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados». Aunque nada dice de los mayores con discapacidad.

Sobre el ejercicio de ese derecho tras la crisis matrimonial de los progenitores, el artículo 94.2 CC reconocía la posibilidad de determinar, en los procesos de nulidad, separación y divorcio, el ejercicio del derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos. La norma, en su ya derogada redacción señalaba: «Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor» (art. 94.2 CC). Llama la atención cómo, en sede de medidas, la norma sólo aludía a los abuelos, pero no mencionaba al resto de parientes a los que el artículo 160 CC sí reconocía un derecho a relacionarse con el menor. Tampoco se refería a los mayores «discapacitados» para determinar ese derecho de comunicación y visitas con los abuelos como sí lo hacía respecto de los progenitores. Era una medida sólo respecto a los menores, lo que se deduce también de la referencia expresa al «interés del menor» como criterio para resolver. Y precisamente las modificaciones introducidas van en esta línea.

La nueva redacción del artículo 94 ha introducido dos cambios en esta cuestión: por un lado, se amplía el número de personas respecto a los que la autoridad judicial va a reconocer el derecho de comunicación y visitas; por otro, se reconoce el derecho, no sólo respecto del menor, sino también del mayor con discapacidad. Tales previsiones se regulan ahora en el párrafo 6 del artículo 94 que reza:

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

El legislador no precisa con claridad quiénes son las personas que tienen el derecho de comunicación y visita. Aunque menciona a los abuelos y hermanos, se refiere también a los parientes, sin ningún tipo de especificación, y a los allegados, término excesivamente amplio y como tal, equívoco. Mantiene los mismos términos, poco precisos, del artículo 160 CC.

Por otra parte, del texto de la norma se infiere que el reconocimiento por parte de la autoridad judicial de ese derecho y la concreción de su ejercicio como medida en el procedimiento matrimonial, es siempre a instancia de parte: «quien lo hubiera solicitado en su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado...», cuya audiencia previa, junto con la de los progenitores, es preceptiva para resolver y, en todo caso, deben prestar su consentimiento a la medida.

El mayor con discapacidad, respecto al que se establece el régimen de visitas y comunicación, es el «mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión» (art. 94.6 CC). Expresión similar de la utilizada en el art. 94.2 CC en relación al derecho de los progenitores, con la única salvedad de que, en esta última, se incluyen también a los emancipados («los hijos con discapacidad mayores de edad o *emancipados* que precisen apoyo para tomar la decisión»). Ignoramos si exista ninguna justificación para esta diferencia.

Finalmente, es importante llamar la atención sobre la última parte del artículo 94.6 CC, que contiene un mandato al juez para que resuelva siempre teniendo presente el «interés» del menor o la «voluntad, deseos y preferencias» del mayor con discapacidad. Especial atención merece la diferencia de criterios según se trate de un hijo menor o uno mayor con discapacidad, otorgando a la voluntad de este último un valor esencial. En efecto, frente al interés del menor como criterio rector de la decisión, el respeto a la voluntad, los deseos y preferencias del mayor será el criterio preferente para decidir en este caso. Redacción coherente con el espíritu de toda la reforma, en la que, como ya explicamos, el interés de la persona con discapacidad queda muy relegado en relación con su voluntad.

Por otra parte, estos criterios prevalentes de la voluntad, deseos y preferencias del mayor y del interés del menor son decisivos para que la autoridad judicial resuelva, no sólo en relación al derecho de comunicación y visita los hermanos, abuelos, parientes o allegados, como parece deducirse del texto de la norma, sino también, respecto del derecho de los propios progenitores. Como ya advertimos, aunque el legislador no los mencione cuando se refiere a los progenitores (art. 94.1 y 2 CC), es evidente que el juez debe resolver de acuerdo con ellos. Y debe hacerlo, no sólo para determinar el tiempo modo y lugar de su ejercicio, sino también para decidir, en su caso, la limitación de ese derecho o la propia suspensión cuando proceda. Y ello a pesar de que tampoco el artículo 94.3 CC lo mencione.

La necesaria atención a la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad a la hora de resolver sobre esta cuestión, es conforme con el derecho de los progenitores y demás familiares a relacionarse con él y, sobre todo, con el principio de autogobierno de la persona con discapacidad y el respeto a sus decisiones personales.

c) Finalmente, la tercera de las cuestiones a las que afecta la nueva norma tiene que ver con la suspensión o la prohibición de establecer un régimen de visitas en situaciones de violencia intrafamiliar. Además de la posibilidad de suspender o limitar el derecho de visitas, comunicación y estancias que, con carácter general, reconoce el párrafo 3 del artículo 94 CC («cuando se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen»); los nuevos párrafos 4 y 5 del mismo artículo añaden ahora unas causas específicas para suspender el régimen existente o para prohibir su establecimiento. Estas causas son, sin duda, «circunstancias relevantes» que aconsejan su suspensión, por lo que podrían encajar en la causa general del artículo 94.3 CC. Pero el legislador ha considerado necesario incorporarlas como causas independientes y, sobre todo, como causas que de forma imperativa vinculan a la autoridad judicial. Y es que, su concurrencia impide al juez el establecimiento de un régimen de visitas, comunicación y estancia, y le obliga a suspenderlo, si ya existe. Mientras que las circunstancias relevantes a las que se refiere el artículo 94.3 CC, permiten, pero no obligan, al juez que «podrá» limitar o suspender el régimen establecido.

El cambio ha consistido en la adición al artículo 94 CC de dos nuevos párrafos: 4 y 5, que incorporan al régimen jurídico del derecho de visitas una importantísima novedad. Si bien, es una novedad que poco o nada tiene que ver con la discapacidad, ni con la Ley 8/2021 que la introduce, sino con los efectos que las situaciones de la violencia intrafamiliar tienen sobre el régimen de visita, comunicación y estancia y su denegación o la suspensión respecto del progenitor implicado.

No queremos poner en duda la relevancia y el enorme calado de la reforma, ni tampoco ignorar el interesante debate que está generado su reciente aprobación, no exenta de polémica<sup>(48)</sup>. Pero un análisis con cierta profundidad como el que requiere sus importantes implicaciones excede el contenido de este trabajo, máxime cuando es una materia ajena a la disca-

(48) Precisamente esta modificación del artículo 94 CC ha sido el motivo por el que se ha recurrido la Ley 8/2021 ante el Tribunal Constitucional. El recurso de inconstitucionalidad, presentado por el Grupo Parlamentario de Vox, ha sido admitido a trámite en octubre de 2021.

pacidad. Por ello, en las páginas que siguen, sólo vamos a exponer de forma sucinta las líneas esenciales esta reforma del artículo 94 CC por la inclusión de los dos nuevos párrafos 4 y 5, así como algunas primeras (y siempre arriesgadas) consideraciones sobre la materia<sup>(49)</sup>.

El art. 94.4 CC establece, con carácter general e imperativo, que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá» cuando concurra alguna de las siguientes situaciones:

— Que el progenitor esté «incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos».

— Que «la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

El legislador considera dos situaciones diferentes que originan la misma consecuencia: el no establecimiento de un régimen de visita o estancia o su suspensión. En el primer caso, exige un proceso penal abierto contra el progenitor por uno de los delitos allí enumerados<sup>(50)</sup>. En el segundo, es suficiente que la autoridad judicial advierta indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Es evidente que si ha habido denuncia y se ha incoado el proceso penal, esto sería un importante indicio, pero en este caso estaríamos en el supuesto del inciso primero y no en el segundo. Lo cierto es que existencia y la propia complementariedad de las dos situaciones plantea ciertas contradicciones ya

(49) En el momento de redactar estas líneas no hay aún (aunque sin duda las habrá) muchas aportaciones doctrinales sobre la esta concreta reforma. Como luego explico, la inclusión de estos dos nuevos párrafos en artículo 94 CC no estaba inicialmente prevista en el Proyecto de Ley. Su incorporación en el texto final de la Ley 8/2021 se produjo de forma «improvisada» y tardía en el Senado en la fase final de su tramitación. No ha habido mucho tiempo para reflexionar sobre el tema. No obstante, de especial interés me ha parecido el trabajo de ORTEGA CALDERÓN, José Luis: «La suspensión del régimen...», antes citado, en el que el autor hace unas interesantes aportaciones sobre el nuevo contenido del artículo 94. 4 y 5 CC, a las que me remito.

(50) Delitos cuyas presuntas víctimas pueden ser el otro cónyuge o sus hijos. Aunque el precepto no lo diga debe entenderse incluido también, junto al cónyuge, al ex cónyuge (supuesto que será normal en caso de divorcio) y a la persona ligada a la investigada por una relación de afectividad análoga a la conyugal. En cuanto a «sus hijos» habrán de entenderse incluidos tan solo los hijos comunes de la persona investigada que está incurso en el proceso penal y de su cónyuge, ex cónyuge o pareja de hecho (GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Examen de las reformas...», cit., p. 19).

advertidas por la doctrina<sup>(51)</sup>. Y además la dificultad de concluir cuándo existen indicios probados no está exenta de problemas de interpretación. En el caso en el que no es necesario un proceso penal será suficiente que en una demanda o una contestación a una demanda civil de nulidad, separación o divorcio o de medidas paterno filiales, se hagan alegaciones sobre la existencia de hechos que puedan ser constitutivos de un delito de violencia doméstica o de género y, a juicio de la autoridad, haya indicios suficientes sobre ello. Esto deja en manos del juez civil valorar si ha habido violencia (o más bien, si parece que la habido), con la grave consecuencia que ello tiene sobre el derecho de visitas, cuyo establecimiento quedará prohibido por la norma. Un simple indicio, aunque se «suficiente», pero sin las garantías de un proceso penal, ni siquiera iniciado, puede derivar en la negación de las visitas o la suspensión automática de las que ya existieran. Lo que a su vez puede provocar una ruptura, a veces irreparable, en las relaciones paterno filiales.

No hay duda de que evitar a los hijos el perjuicio o el riesgo de la violencia es lo fundamental, pero debe conciliarse con la presunción de inocencia del progenitor y la preservación de las relaciones familiares. Cuestión de especial complejidad y con múltiples aristas. La polémica está servida y las reacciones no se harán esperar, máxime en un tema particularmente sensible como la violencia intrafamiliar.

En todo caso, y al margen de toda controversia, lo cierto es que la norma contiene un mandato que prohíbe el establecimiento del régimen o la continuidad del que ya existiera, si se produce alguna de esas circunstancias previstas. Pero a pesar del carácter imperativo del mandato, la propia norma prevé que la autoridad judicial puede establecer o mantener estas medidas, motivando su decisión de acuerdo con los criterios fijados por el propio legislador. Así lo dispone el mismo artículo 94.4 CC, que, como una excepción a la regla imperativa, faculta a la autoridad judicial para establecer un régimen de visitas, estancia y comunicaciones «en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial».

(51) Sobre las contradicciones inherentes a las dos reglas y la necesidad de interpretarlas de forma sistemática y complementaria, vid. ORTEGA CALDERÓN, José Luis: «La suspensión...», cit. pp. 12 y 13.

La regla general será el no establecimiento o la suspensión de las visitas y, la excepción, su fijación o su mantenimiento a pesar de la concurrencia de alguna de las situaciones previstas.

De nuevo el legislador menciona la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad como criterios para que la autoridad judicial resuelva. Pero, en este caso, para que decida si, a pesar de la prohibición de carácter general, la relación paterno filial permite o aconseja el establecimiento o el mantenimiento de la relación y las visitas, siempre respetando la voluntad de aquél y su derecho a decidir.

Llama la atención que la norma general que prohíbe el establecimiento o la continuidad de las medidas sólo se refiere al «régimen de visita o estancia», pero nada dice del de comunicación con los hijos, por lo que cabría entender que la comunicación no queda afectada por la prohibición. Si es así, el proceso penal iniciado contra el progenitor o los indicios de violencia doméstica o de género no impedirían totalmente el mantenimiento de las relaciones paterno filiales, permitiendo que continúen entre ellos la comunicación. No obstante, la cuestión plantea algunas dudas, porque la misma norma, a continuación, cuando reconoce la excepción a la regla general que permite al juez establecer o mantener las medidas, incluye también el régimen de comunicaciones («la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada...»). Pudiéramos pensar entonces que, si se permite excepcionalmente que la autoridad judicial establezca el régimen de comunicación es porque previamente la norma general lo había prohibido, aun cuando no lo haya contemplado de forma expresa como el de visita y estancia. Aunque también cabe entender que el legislador lo excluyó intencionadamente para permitir, al menos, el mantenimiento de la relación con el hijo, y su inclusión en la excepción fue un mero descuido. La cuestión dista de ser clara.

Por otra parte, el párrafo 5 del artículo 94 CC, añadido también en la nueva redacción, establece una regla más taxativa que no admite excepción alguna. Frente al supuesto del párrafo anterior que permite a la autoridad judicial establecer un criterio diferente, en este caso, no cabe esa posibilidad. La literalidad de la norma lo deja claro cuando dispone que "no procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor que esté en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior".

El legislador da un paso más atendiendo a que el progenitor está privado de libertad, —bien cumpliendo una sentencia firme condenatoria, bien en prisión provisional—, por hacer cometido alguno de los delitos enumerados en el párrafo 4 del art. 94 CC: por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos y, en particular, por violencia doméstica o de género. En este caso, no se trata sólo de que exista un proceso penal abierto, o indicios fundados, sino de que el progenitor ya está en prisión por tales delitos. Aunque no es la situación de privación de libertad la que justifica la prohibición, sino el tipo de delito cometido por el progenitor.

La prisión, por sí misma, no excluirá el derecho de visitas<sup>(52)</sup>, salvo que concurran otras circunstancias relevantes que así lo aconsejen (art. 94.3 CC). Así pues, la norma no impide establecer un régimen de visitas en favor del progenitor que esté en prisión por otros delitos diferentes de los enumerados en el artículo 94.4 CC<sup>(53)</sup>. Sólo cuando sea por delitos de violencia intrafamiliar que son los que, por sí mismos, desaconsejan las visitas. La norma así lo reconoce y establece un mandato imperativo para la autoridad judicial que, en este caso, no admite excepción. El juez no tiene opción de establecer las visitas aun cuando, valorando la relación paterno filial, considere que será lo más adecuado para el interés del menor o, en el caso del mayor con discapacidad, cuando su voluntad, deseos y preferencias así lo aconsejaran<sup>(54)</sup>.

De la redacción de norma llaman la atención dos cuestiones: por un lado, la restricción sólo se refiere al régimen de visita, pero no menciona el de comunicación<sup>(55)</sup>; por otro, únicamente prohíbe el establecimiento de este régimen, pero nada dice acerca de la suspensión.

(52) No olvidemos que la posibilidad de visitas del menor en caso de privación de libertad de los progenitores está expresamente prevista en el artículo 160.1 CC.

(53) GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Examen de las reformas...», cit., p. 18.

(54) La doctrina ya se ha pronunciado sobre una medida tan radical. Entre otros, RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara («Las personas discapacitadas y el derecho de los progenitores a relacionarse con ellas», *Diario La Ley*, N° 9904, 2 de septiembre de 2021) considera que constituye una auténtica restricción de uno de los derechos del progenitor. Y defiende que en el Derecho de familia no cabe la regulación de tal cuestión de manera tan taxativa. Es necesario valorar caso por caso cada una de las circunstancias y ver si así procede o no un régimen de visitas, aun cuando el progenitor se encuentre en prisión. Por lo que parece más adecuado, que aun en los supuestos en que el progenitor esté en prisión, el juez pueda determinar un régimen de visitas atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias del hijo o hija discapacitada y previa evaluación de la situación paterno-filial, al igual que se establece en el precepto para los casos en que el progenitor no custodio se encuentre inmerso en un proceso penal.

(55) No se refiere al de estancia, por razones obvias, al estar el progenitor en prisión.

La no referencia expresa a la comunicación con los hijos nos permite pensar que no está prohibida imperativamente por la norma<sup>(56)</sup> y será la autoridad judicial la que valore la procedencia de su establecimiento teniendo como criterio decisorio el interés superior del menor, la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad y la propia relación paterno filial. En cuyo caso, también debe ser ésta la interpretación que podemos hacer del párrafo anterior (art. 94.4 CC) que, como ya expusimos, tampoco menciona la comunicación en la prohibición<sup>(57)</sup>. Si el legislador, a pesar de la privación de libertad del padre por alguno de los delitos previstos, permite el mantenimiento de las relaciones con el hijo, con mayor motivo lo hará cuando ni siquiera ha ingresado en prisión.

El hecho de que la norma sólo prohíba el establecimiento de un régimen de visita, pero no obligue a la suspensión entendemos que no tiene explicación más allá de un descuido en la redacción. A pesar de la literalidad del precepto, también la suspensión de las visitas es preceptiva para el juez. Esta es la interpretación más acorde con la finalidad perseguida por el legislador de proteger a los hijos en situaciones de violencia intrafamiliar. Y también es la más coherente con el resto del precepto que sí alude expresamente a la suspensión de las visitas de las visitas como medida que el juez puede adoptar (art. 94.3 CC) o debe adoptar (art. 94.4 CC) si concurre los supuestos de hecho previstos.

A pesar de las deficiencias de la norma, algunas de ellas aquí apuntadas, del peligro que puede generar su uso abusivo o torticero dentro de la conflictividad de los procedimientos matrimoniales y de la polémica que suscita una medida tan radical, valoramos positivamente y en términos generales la reforma. La inclusión de estos nuevos párrafos en el artículo 94 CC son la repuesta a la necesidad de articular los instrumentos precisos para la protección de los hijos en situaciones de violencia intra-

(56) En contra de esta interpretación GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo («Examen de las reformas...», cit., p. 19) considera que, a pesar de que el legislador no mencione la comunicación, debe entenderse incluida en la prohibición de la norma porque eso lo más coherente con la interpretación finalista de la misma. Señala al respecto que «una interpretación finalista del precepto conduce a sostener que, comprendiendo el derecho de relación del progenitor con el menor tanto las visitas como las comunicaciones y estancias, si no proceden las visitas ni las estancias, tampoco han de permitirse las comunicaciones de ningún tipo con el o la menor, porque el fundamento o razón de ser de la negación del derecho a las visitas y las comunicaciones es el mismo: que un progenitor investigado o condenado por uno de los delitos del párrafo 4º del precepto no es un buen referente para el hijo, como modelo de conducta, valores ni convivencia, y debe mantenerse alejado del menor para la mejor protección de éste».

(57) Aunque sí lo hace en la excepción a la prohibición, lo que, como ya advertimos, genera ciertas dudas sobre la verdadera intención del legislador al respecto.

familiar. Tarea sumamente compleja que exige conciliar todos los intereses en conflicto con el respeto debido a los derechos de las personas involucradas.

La norma viene a satisfacer una de las aspiraciones marcadas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género (2019) que reconoce expresamente la necesidad de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores como medida de protección específica para intensificar su asistencia y protección como víctimas directas de la violencia de género. En particular incluye como medidas concretas el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia y la prohibición de las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género.

Propuestas que recoge el legislador e incorpora al artículo 94 del CC, sustrayendo a la autoridad judicial el poder de decisión sobre el establecimiento o la suspensión de estas medidas más allá de su limitada actuación en los casos en los que el progenitor no esté en prisión.

La incorporación de estas nuevas reglas en el artículo 94 del CC es coherente con su contenido. Su ubicación lógica es ésta puesto que es el precepto que regula el ejercicio de los derechos de visita, comunicación y estancia en las crisis de familia. Pero lo que no es tan lógico es que la reforma se haya hecho en una ley que, en principio, nada tiene que ver con ese contenido, como la Ley 8/2021. Poco o nada tiene que ver esta modificación del artículo 94 del CC con la discapacidad, por lo que no es extraño que su inclusión en esta Ley haya causado, cuanto menos, cierta perplejidad.

No creemos que haya sido la sede más conveniente para la reforma. Esta también parecía ser la opinión inicial del legislador, puesto que su incorporación al texto fue muy tardía. Ni en el Proyecto de Ley, ni en toda su tramitación parlamentaria en el Congreso, el texto del artículo 94 CC contiene estas previsiones<sup>(58)</sup>. Fue el Senado quien aprobó la propuesta de modifica-

(58) El texto del *Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOCG, de 17 de julio de 2020) no incluía mención alguna al respecto. Tampoco lo hacía el texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de marzo de 2021 de aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena.

ción para incorporar los nuevos párrafos 4 y 5<sup>(59)</sup>. Una incorporación improvisada, de última hora y no muy apropiada si tenemos en cuenta que, de forma paralela a la Ley 8/2021, se tramitó la Ley Orgánica 8/21 de 4 de junio de *protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, aprobada sólo dos días después de aquella. Y como ya se ha advertido<sup>(60)</sup>, esta simultaneidad normativa habría reclamado que, en buena técnica, fuera ésta la sede adecuada para una reforma tan relevante en el sistema de protección de los menores ante situaciones de violencia intrafamiliar.

#### 4.4. La atribución del uso de la vivienda familiar en el nuevo artículo 96 CC

La reforma del artículo 96 CC es una de las más importantes de entre todas las normas de Derecho de familia afectadas por la Ley 8/2021. El texto de la norma, que regula los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura matrimonial, ha experimentado significativos cambios. Las modificaciones afectan, como no podía ser menos, al uso de la vivienda cuando existen hijos en situación de discapacidad, pero no sólo. Un análisis completo de todas ellas, con sus importantes implicaciones excede de la finalidad de este trabajo, cuya pretensión, conforme a sus limitaciones espaciales y su ubicación en una obra colectiva, no es otra que ofrecer una panorámica global de las reformas del Código Civil en materia de Derecho de familia. Se trata sólo, como ya hemos explicado, de analizar sucintamente aquellos preceptos modificados por el legislador para adaptar su contenido a la nueva regulación de la discapacidad. Somos conscientes que la trascendencia de la reforma requiere un estudio más sosegado del nuevo artículo 96 CC. Nos remitimos para mayor detalle a los trabajos que ya existen sobre esta reforma<sup>(61)</sup> y dedicamos las páginas que siguen a hacer una breve exé-

(59) Como se ha apuntado GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo («Examen de las reformas...», cit., p. 10), llama poderosamente la atención que, en el trámite parlamentario del Senado, la única justificación de la incorporación de estos nuevos párrafos se limite a que se incorporan en coherencia con las previsiones del Proyecto de Ley Orgánica de protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Para un relato completo de toda la tramitación parlamentaria de la norma, vid. las páginas 11 a 17 del citado trabajo.

(60) ORTEGA CALDERÓN, José Luis: «La suspensión...», cit. p. 5

(61) Entre otros, pueden verse los trabajos de ORDÁS ALONSO, Marta: «Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de Ley por el que se

genesis del precepto que ayude al lector a conocer los aspectos más importantes de la misma.

La modificación del artículo 96 CC tiene como finalidad esencial dar relevancia jurídica a la situación de discapacidad de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar. El nuevo texto permite a los hijos mayores con discapacidad continuar en la vivienda como si fueran menores, pero sólo cuando esa situación de discapacidad lo hiciera conveniente. La modificación, por tanto, tiene que ver con la discapacidad del hijo, como parece lo procedente teniendo en cuenta que es la Ley 8/2021 la que la introduce.

Pero las novedades del precepto no sólo tienen relación con la discapacidad. Afectan también a otras cuestiones, controvertidas en la práctica, que requerían la intervención del legislador para clarificarlas. Así, por ejemplo, se incorpora en el nuevo texto la limitación del derecho de uso a los hijos hasta su mayoría de edad y la referencia expresa a la inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad. Cuestiones ya previstas jurisprudencialmente que ahora el legislador traslada a la norma para darles mayor certeza jurídica.

Sin embargo, hay otros que también requerían atención pero que quedaron fuera del nuevo texto. El legislador desaprovechó la oportunidad de incorporar algunas reglas sobre determinados temas, más o menos controvertidos. Cuestiones de gran transcendencia práctica que los Tribunales han ido resolviendo. Entre ellas: la atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida de los hijos<sup>(62)</sup>; las causas de extinción del uso de la

---

reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, junio 2019, pp. 32-63, GARCÍA MAYO, Manuel, «El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 CC», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3 (julio-septiembre, 2021) pp. 187-221; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «El vigente art. 96 CC, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio». *Instituto de Derecho Iberoamericano*. Tribuna, julio-septiembre 2021, <https://idibe.org/tribuna/vigente-art-96-cc-tras-la-reforma-llevada-cabo-la-ley-82021-2-junio/>

- (62) Este régimen de custodia compartida, reconocido legamente desde 2005 (art. 92 CC) y cada vez más generalizado y «normalizado» por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, requiere una regla sobre el uso de la vivienda ausente en el artículo 96 CC, que sólo contempla la custodia individual como criterio de atribución. La necesidad de reformar el artículo 96 CC para incluir la regulación del uso en supuestos la custodia compartida ha sido contantemente puesta de manifiesto por la doctrina. Por todos, vid. GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar las crisis matrimoniales*. Wolters Kluwer, 2020, pp. 103 y ss.

vivienda<sup>(63)</sup> (distintas a la mayoría de edad que sí se regula) y los problemas derivados de la vivienda cedida por un tercero para su uso como vivienda familiar<sup>(64)</sup>, entre otras. Aunque puede justificarse la omisión del legislador por tratarse de problemas que nada tienen que ver con la discapacidad, ya se han alzado muchas voces<sup>(65)</sup> lamentando que no hubiera aprovechado para regular también estas cuestiones. Algunas, como hemos dicho, ya resueltas en los Tribunales, pero que requerían una solución normativa.

Sin intención de detenernos en lo que pudo ser y no fue, procedemos a analizar lo que sí fue. Es decir, aquellos aspectos de la norma que sí se cambiaron o se incorporaron. La nueva redacción del artículo 96 CC regula el uso de la vivienda familiar en tres apartados distintos que el propio precepto enumera.

El primero de ellos, el artículo 96.1 CC, establece los criterios de atribución cuando hay hijos: hijos menores o mayores de edad, e hijos en situación de discapacidad (menores y mayores). Es este primer apartado el que incorpora las modificaciones más importantes y relacionadas con la discapacidad —aunque no todas—, en él vamos a centrar nuestro análisis.

El segundo apartado, el artículo 96.2 CC, regula el uso de la vivienda cuando no hay hijos, en un texto prácticamente idéntico al del artículo 96.3 CC previo a la reforma: «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»<sup>(66)</sup>.

(63) La doctrina ha puesto de manifiesto que es necesario regular estas causas, sobre todo, por la existencia de jurisprudencia «innovadora» sobre la materia. En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: («El vigente...», cit.) señala que la jurisprudencia más reciente, sin apoyo en ningún precepto legal expreso, considera que el derecho de uso se extingue también por la convivencia de hecho con un tercero en la vivienda familiar, por entender que, en tal caso, la vivienda pierde su originario carácter «familiar», desapareciendo su antigua naturaleza, al «servir en su uso a una familia distinta y diferente» a la formada por los cónyuges (STS 641/2018 de 20 noviembre y STS 568/ 2019 de 29 octubre).

(64) En particular, la posibilidad de oposición del derecho de uso atribuido en sentencia judicial frente a reclamación del tercero propietario. Resuelto por la jurisprudencia, para el caso de cesión de uso en precario, que permite al propietario el ejercicio de la acción de desahucio (STS 1022/2005 de 26 diciembre, entre otras).

(65) Entre otros, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «El vigente...», cit.; ORDÁS ALONSO, Marta: «Luces y sombras...», cit. pp. 36 y 37.

(66) Sólo se ha modificado gramaticalmente para corregir su redacción «...podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias...» (antiguo art. 96.3 CC).

A pesar de su literalidad, esta regla no se aplica sólo a los casos en los que no hay hijos, sino también a aquellos en los que sí los hay, pero, al tiempo de la nulidad, separación o divorcio, son mayores de edad, económicamente independientes y no están en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar. Así puede interpretarse *a sensu contrario* de las reglas del art. 961 CC.

El tercer apartado, el artículo 96.3 CC, se refiere a la facultad de disposición sobre la vivienda y sus limitaciones por derecho de uso:

«Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

La norma incorpora algunas novedades respecto a la anterior regulación<sup>(67)</sup> que ahora sólo señalamos: a) por un lado, puntualiza que el poder de disposición puede ser sobre «todo o parte» de la vivienda y bienes; b) por otro, no condiciona la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges al hecho de que el uso se haya atribuido al cónyuge no titular, sino que lo exige con independencia de quien tenga atribuido el uso («cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores»), que puede ser el propio titular de la vivienda<sup>(68)</sup>; c) en tercer lugar, reconoce legalmente<sup>(69)</sup> que este derecho de uso establecido en sentencia debe acceder al Registro de la Propiedad, o como señala la norma se hará constar en este Registro «la restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar»; d) por último, incorpora también al texto una mención expresa a la protección del tercer adquirente, en la misma línea que lo hace el artículo 1320.2 del CC cuando, en casos de normalidad matrimonial, exige el consentimiento del cónyuge no titular para

(67) Frente al derogado artículo 96.4 CC que rezaba: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

(68) Lo que, como acertadamente se ha dicho, refuerza la protección de los hijos menores o mayores con discapacidad a quienes se atribuya el uso puesto que ni siquiera el cónyuge titular que tenga atribuido el uso puede disponer de la vivienda o del mobiliario y ajuar sin consentimiento del otro cónyuge (GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Examen de las reformas...», cit. p. 30).

(69) Aunque, con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, el acceso de este derecho de uso era admitido por la doctrina de la DGRN, el nuevo precepto otorga certeza y seguridad jurídica a esta práctica anterior, ya que se venían produciendo disfunciones por la negativa a inscribir el uso de algunos registradores de la propiedad en base a defectos meramente formales (GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Examen de las reformas...», cit. p. 30).

disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia.

Apuntadas sólo las modificaciones de los apartados segundo y tercero, el contenido del apartado primero exige un comentario un poco más pausado. Como ya dijimos, el artículo 96.1 CC es el que establece los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar cuando hay hijos e incorpora el reconocimiento legal expreso del derecho al uso de la vivienda familiar de los hijos en situación de discapacidad.

Este primer apartado del artículo 96, tiene ahora cuatro párrafos que contienen reglas diferentes en relación a la atribución del uso: el primero, cuando hay hijos comunes menores, en situación o no de discapacidad; el segundo, cuando hay hijos en situación de discapacidad mayores de edad; el tercero, cuando hay hijos mayores económicamente dependientes; y el cuarto, cuando hay varios hijos menores y no se atribuye su custodia (individual) al mismo progenitor. Examinamos cada uno de los supuestos.

En relación a los *menores*, el primer párrafo del nuevo artículo 96.1 CC dispone:

«En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad...».

Como en la regulación anterior, la existencia de hijos menores y su custodia sigue siendo el criterio que decide *a priori* la atribución del uso de la vivienda y los objetos de uso ordinario. Si bien ahora, y no antes, la norma se refiere expresamente a los hijos *comunes*<sup>(70)</sup>, a los que corresponde ese uso y al progenitor en cuya compañía estén<sup>(71)</sup>. El legislador ha seguido vin-

(70) Como señala GARCÍA MAYO, Manuel («El uso de la vivienda...», p. 189) el texto anterior sólo mencionaba «los hijos», lo que generó dudas a la hora de interpretar si esos hijos a los que se refiere el artículo debían ser comunes o no a ambos cónyuges, algo que se salvó prácticamente de forma unánime en sentido afirmativo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. En el mismo sentido, GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena (*Controversias...*, cit. pp. 120 y 121) defiende que a los hijos a los que se refiere artículo 96.1 CC (antes de la reforma) son «los hijos comunes».

(71) El precepto parte de una custodia monoparental y se basa en la idea de procurar que los menores queden en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal junto con el progenitor al que se le atribuye la custodia de los mismos, presumiendo que esta solución es la más favorable para ellos (DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «El vigente...», cit.).

culando el uso a la atribución de la guarda y custodia<sup>(72)</sup>, pero ahora de manera más clara y tajante al señalar expresamente que ese uso se mantendrá hasta que todos los menores «alcancen la mayoría de edad». Regla que va a servir para resolver definitivamente los problemas que generó la imprecisión del texto anterior, que sólo se refería a «los hijos» y al cónyuge en cuya compañía queden, sin diferenciar entre hijos menores y mayores.

Lo cierto que esta falta de concreción sobre quiénes son los hijos que tienen un interés digno de protección en orden a la atribución del uso ha sido uno de los aspectos más controvertidos en la aplicación de la norma. Su literalidad no dejaba claro si era posible incluir a los mayores económicamente dependientes, o si, al cumplir la mayoría de edad, este derecho se extinguía. La norma no aludía a la duración, lo que plantaba serias dudas sobre su continuidad después de que el hijo cumpliera dieciocho años.

La jurisprudencia ha ido dando las respuestas. Durante un tiempo se entendió que el derecho de uso de la vivienda podía prolongarse después de la mayoría de edad del hijo dependiente económicamente de sus progenitores. Sin embargo, el criterio cambió a partir de la STS 624/2011, de 5 de septiembre en la que el Tribunal Supremo fijó como doctrina jurisprudencial que los hijos protegidos por la norma contenida en el artículo 96.1 CC son los hijos menores y su protección no debía extenderse allá de la mayoría de edad. Una vez alcanzada ésta, la necesidad de vivienda no es un factor determinante para atribuirle el uso. Doctrina, corroborada por otras sentencias posteriores<sup>(73)</sup>, de la que podemos extraer las siguientes conclusiones: que la mayoría de edad del hijo determina la extinción del derecho de uso atribuido, por aplicación del artículo 96.1 CC, al propio hijo y al progenitor con el que conviva; que a pesar de ello, pueden continuar en el uso si su interés es el más necesitado de protección, conforme al artículo 96.3 CC; que la necesidad de vivienda del hijo mayor, en su caso, puede y debe satisfacerse a través de la prestación de alimentos. Doctrina jurisprudencial que recoge el legislador para modificar el texto de la norma en este sentido.

En efecto, en nuevo precepto señala de forma expresa que el uso de la vivienda se mantendrá hasta que todos los menores «alcancen la mayoría de

(72) Lo que ha llevado a alguna autora a calificar de modesta la modificación en cuanto al fondo, «en la medida en que continúa vinculando la atribución de la guarda y custodia con el uso de la vivienda familiar obviando la existencia de otros intereses en litigio dignos de tener en consideración» ORDÁS ALONSO, Marta: «Luces y sombras...», cit. p. 60.

(73) Entre otras, las SSTs 11 de noviembre de 2013; 12 de febrero de 2014; 6 octubre de 2016.

edad», disipando las posibles dudas que aún pudieran existir<sup>(74)</sup>. El legislador vincula el derecho de uso a la minoría de edad, confirmando legal y definitivamente que el interés superior del menor y su especial protección es el verdadero fundamento del art. 96.1 CC. Y establece claramente un límite temporal del derecho de uso del menor (y del cónyuge en cuya compañía quede) que dura hasta que sea mayor, momento en el que se extingue.

Partiendo de ese límite temporal, la vigente norma también da respuesta a otra de las cuestiones controvertidas derivadas de esa limitación: la necesidad de vivienda del *hijo mayor* sin recursos. En este sentido, incorpora una nueva regla que dispone: «Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes» (art. 96.1.3 CC). El precepto deja patente que las necesidades habitacionales de los hijos mayores no independientes económicamente, deben de cubrirse a través de la prestación de alimentos. El progenitor deudor puede satisfacer esas necesidades con la pensión de alimentos (en su caso, con un incremento de la cuantía) o con el mantenimiento en su propia casa (art. 149 CC). Solución que permite conciliar los distintos intereses en conflicto al evitar que el titular de la vivienda vea limitados sus derechos sobre ella de forma indefinida, a la espera de que el hijo mayor consiga su independencia económica.

Aunque el precepto se refiere sólo al supuesto en el que se extinga el derecho de uso por la mayoría de edad, entendemos que este es el criterio aplicable también cuando el hijo sea ya mayor en el momento de la atribución del uso de la vivienda. En este caso, si no tiene recursos, la cobertura de la necesidad de vivienda se hará a través de los alimentos debidos.

Por otra parte, la Ley 8/2021 introduce en el artículo 96 una importante novedad al incluir una referencia expresa a los *hijos en situación de discapacidad*. Siendo ésta la principal reforma del precepto y su razón de ser, como no podía ser menos teniendo en cuenta el objeto de la Ley que la incorpora.

(74) En general, el legislador ha incluido en el nuevo texto de artículo 96 CC normas que aclaran algunos de los puntos más controvertidos en la práctica y vienen a consagrar una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y a aportar certeza y seguridad jurídica (GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Examen de las reformas...», cit. p. 29). En este punto, la reforma ha tenido una acogida favorable en la doctrina. Por todos, ORDÁS ALONSO, Marta («Luces y sombras...», cit. p. 60), para quien esta reforma viene a dar respuesta «a algunos de los debates más encarnizados que el entendimiento del artículo 96 CC plantea». Sin perjuicio, como ya explicamos, de todas aquellas cuestiones que requerían atención y el legislador ha ignorado.

La redacción anterior no contenía referencia alguna a los hijos con discapacidad y la relevancia de los mismos en la atribución del uso de la vivienda también era decidida por los Tribunales. Ante la ausencia de indicación legal, el tratamiento de la discapacidad en esta materia había sido, hasta ahora, de creación jurisprudencial. En varias ocasiones el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema. De particular importancia es la STS 325/2012, de 30 de mayo, que mantuvo en el uso de la vivienda al hijo mayor «incapacitado», que debe ser equiparado al menor<sup>(75)</sup>. Su interés también resulta el más necesitado de protección y está incluido en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A juicio del Tribunal es esta la interpretación más acorde con la Convención de Nueva York. No menos importante es la STS 31/2017 de 19 de enero que se aleja de la equiparación entre hijos con discapacidad y menores y reconoce el derecho de uso del hijo mayor con discapacidad con carácter temporal. Frente pronunciamientos anteriores, como el de la sentencia de 2012 a la que nos hemos referido<sup>(76)</sup>, el Tribunal ahora considera la necesidad de fijar un plazo al uso de la vivienda familiar, porque el uso indefinido conlleva una limitación injustificada al derecho de propiedad de su titular.

Las dos sentencias resuelven cuestiones esenciales en esta materia que la norma no había previsto: la extensión del uso de la vivienda a los hijos mayores con discapacidad y la temporalidad de ese uso. Ambas están ya previstas en el vigente artículo 96 del CC, que ahora regula la cuestión en dos reglas diferentes, distinguiendo si los hijos en situación de discapacidad son menores o mayores de edad en el momento de la atribución del uso.

Si los *hijos son menores*, la norma prevé la posibilidad de acordar la continuación del uso más allá de su mayoría de edad, si fuera conveniente y de forma temporal. El artículo 96.1. CC, en su primer párrafo dedicado a los menores, dispone:

(75) Si bien, el Tribunal Supremo negó en sentencias posteriores esta equiparación entre menores y mayores discapacitados. Así, en la STS 181/2018, de 4 de abril resuelve: «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 vivir mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad». Esa había sido ya la línea seguida en la STS 31/2017, de 19 de enero, a la que nos referimos en el texto.

(76) Hay que advertir, sin embargo, que entre los casos de una y otra sentencia hay significativas diferencias. Mientras que en la STS 325/2012, de 30 de mayo, la capacidad del hijo había sido modificada judicialmente y seguía bajo la patria potestad de su madre, en el caso de la STS 31/2017 de 19 de enero, la discapacidad de la hija no había sido reconocida judicialmente.

«Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes».

Si los hijos son *mayores*, también es posible acordar la atribución del uso, con los mismos requisitos que si fuera menor: la conveniencia y el límite temporal. El párrafo segundo del artículo 96.1 CC reza en este sentido:

«A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación<sup>(77)</sup> en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación».

Como ya dijimos, la norma resuelve algunas cuestiones planteadas y resueltas por la jurisprudencia:

— Por un lado, el *reconocimiento del derecho de los hijos con discapacidad* al uso de la vivienda. Ante la ausencia de referencia, el Tribunal Supremo había equiparado el hijo mayor «incapacitado» al menor de edad, ambos incluidos en la protección que les dispensa el artículo 96.1 CC (STS 325/2012, de 30 de mayo). Tras la reforma, el precepto ya distingue entre menores, mayores e hijos con discapacidad; ya no hay razón que justifique la equiparación.

Ahora el legislador reconoce expresamente el derecho de uso de los mayores con discapacidad, por lo que se abandona definitivamente la equiparación de los hijos con discapacidad y los hijos menores de edad<sup>(78)</sup>. Si es menor, le «corresponderá» en todo caso el derecho de uso, porque se presume que es lo más favorable para él y, por ende, la mejor forma de proteger su interés. Derecho que va a durar hasta que cumpla los dieciocho años<sup>(79)</sup>, salvo que se mantenga después porque su situación de discapacidad hiciese conveniente su continuación en la vivienda.

(77) También en este caso la norma hace referencia a la «continuación» de uso, por lo que parece que es necesario que el hijo mayor debe estar conviviendo en la vivienda familiar en el momento de producirse la nulidad, separación o divorcio de sus progenitores.

(78) En el mismo sentido, ORDÁS ALONSO, Marta: «Luces y sombras...», cit. p. 56.

(79) En el caso de los menores no es posible limitar la atribución del uso de la vivienda por un periodo inferior al que reste para que el hijo alcance la mayoría de edad. El Tribunal Supremo ha reconocido que el propio interés del menor, protegido por el artículo 96.1 CC, impide limitar temporalmente el uso mientras el hijo sea menor (STS 241/2020, de 2 de junio, entre otras).

En el caso de los menores, la atribución es automática<sup>(80)</sup>, en el de los mayores con discapacidad, la continuación del uso de la vivienda no procede en todo caso, sino sólo cuando sea conveniente. Esa conveniencia es la derivada de la propia situación de discapacidad, que entendemos que debe probarse, en cuanto justifica la no extinción del uso por la mayoría de edad. De todo ello se deriva una importante consecuencia: la situación de discapacidad no es por sí misma la causa de la atribución del uso. No hay que olvidar que la discapacidad admite grados y que las circunstancias que rodean cada caso son diferentes, por lo que no siempre llevará aparejada el derecho de uso<sup>(81)</sup>. Sólo lo hará si, como exige la norma, es conveniente, lo que deberá decidir, en su caso, la autoridad judicial, que tiene un amplio margen de actuación a la hora de considerar y valorar esa conveniencia.

— Por otro lado, el *carácter temporal de la atribución del derecho de uso*. El legislador hace suya la doctrina del Tribunal Supremo (STS 31/2017 de 19 de enero) sobre la limitación del uso de la vivienda, que necesariamente ha de ser temporal. Así se desprende de la norma que dispone que la autoridad judicial «determinará el plazo de duración» de ese derecho, eliminado definitivamente las dudas que se plantearon en su momento acerca del carácter indefinido o temporal del uso atribuido en la sentencia matrimonial. Solución más acorde, como ya había reconocido la jurisprudencia, con el respeto a otros intereses en juego, como el derecho de propiedad del titular de la vivienda, que no puede limitarse *sine die*, con el riesgo a dejarlo vacío de contenido<sup>(82)</sup>. No hay que olvidar que la atribución de ese uso implica privarle de las facultades de uso y disposición consustanciales a su derecho de propiedad, limitaciones que, como tal, debe ser objeto de interpretación restrictiva<sup>(83)</sup>. En este sentido, parece razonable la opción del legislador de limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar en el caso de hijos mayores de edad incapacitados, como forma de poder conciliar todos los intereses que confluyen.

(80) Lo que no quiere decir que siempre y en todo caso se atribuya el uso al menor y al progenitor con el que conviva. La jurisprudencia ha venido matizando el rigor de la norma permitiendo otras alternativas menos gravosas para el propietario de la vivienda, siempre que el menor tenga cubierta su necesidad de vivienda (STS 5/2015 de 16 enero, entre otras).

(81) En sentido parecido ORDÁS ALONSO, Marta: «Luces y sombras...», cit. pp. 56 y 57.

(82) La necesidad de limitar temporalmente el uso de la vivienda para conciliar mejor todos los intereses en juego, también ha sido puesta de relieve por la mayoría de la doctrina. Por todos, CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 45, 2018.

(83) ORDÁS ALONSO, Marta: «Luces y sombras...», cit. p. 57.

En cuanto al tiempo de duración, el precepto se limita únicamente a decir que se determinará «en función de las circunstancias concurrentes», sin mayor concreción. Entre esas circunstancias, el juez debe valorar especialmente el grado, alcance e intensidad de la discapacidad del hijo mayor, factores también decisivos para apreciar la conveniencia o no de su continuidad en el uso de la vivienda. Será conveniente que la autoridad judicial valore también los perjuicios que pudieran irrogarse para el hijo mayor con discapacidad cuando deba abandonar la vivienda familiar, tratando, con esa medida de atribución del uso, de propiciar el tránsito del hijo a una vida autónoma, fuera de la vivienda familiar, en la que se minimicen los daños colaterales inherentes a la salida de la vivienda<sup>(84)</sup>.

En cualquier caso, la decisión que se tome, tanto sobre la conveniencia del uso, como sobre su duración, debe hacerse siempre teniendo en cuenta la voluntad del hijo con discapacidad. El respeto a su voluntad, deseos y preferencias es el criterio fundamental a la hora de decidir cualquier medida que le afecte. Entendemos que, por supuesto, también en esta materia, pese a que el artículo 96 CC no dice nada al respecto. La autoridad judicial deberá resolver teniendo siempre presente esa voluntad y en particular sus preferencias por convivir con uno u otro progenitor o vivir de forma independiente.

No podemos concluir este tema sin advertir que el término «discapacidad» que utiliza el legislador en el artículo 96 CC es diferente al empleado en el resto de los preceptos que, en el Derecho de familia, tienen alguna mención a la discapacidad. En todas las referencias a la discapacidad contenidas en las normas que hemos analizado, la referencia a la discapacidad, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, «habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica». Así lo señala la nueva Disposición Adicional 4ª del Código Civil, también modificada por la Ley 8/2021.

La misma Disposición contiene también la especialidad del artículo 96 CC en relación al significado del término discapacidad que en él aparece. A tal efecto señala que la referencia a la discapacidad que allí se realiza<sup>(85)</sup>, «se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa

(84) GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Examen de las reformas...», cit. p. 32.

(85) También la que se realiza en los artículos 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041 del CC.

Tributaria con esta finalidad<sup>(86)</sup>, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia»<sup>(87)</sup>.

Lo cierto es que el legislador no precisa qué debemos entender por discapacidad a los efectos de la Ley 8/2021. No encontramos ninguna definición más allá de esa referencia genérica a la discapacidad como situación que haga precisa la provisión de medidas de apoyo. Pero frente a la inicial indeterminación del término, que se concretará en cada caso y que se aplica prácticamente todos los artículos del Código civil, la discapacidad a la que se refiere el art. 96 CC debe reunir los requisitos previstos en las normas mencionadas. Sólo la situación de discapacidad derivada de las minusvalías y los grados reconocidos tienen efectos en la atribución del uso de la vivienda. El derecho del hijo (y del progenitor con el conviviente) a continuar en su uso exigirá, en su caso, la prueba de que la discapacidad alegada reúne los requisitos legamente exigidos<sup>(88)</sup>.

#### **4.5. Extinción de los poderes entre cónyuges como consecuencia de la crisis matrimonial**

Para concluir con las reformas atinentes a las crisis matrimoniales hemos de hacer referencia a la modificación de una norma no prevista en sede de efectos comunes a la crisis, como hemos hecho hasta ahora, sino en sede de medidas de apoyo, en particular en los artículos que regulan los poderes y mandatos preventivos. A pesar de lo cual, tiene estrecha relación con la crisis de pareja por lo que creemos conveniente hacer un mínimo apunte al respecto.

(86) Según el artículo 2.2 de la Ley 41/2003: «A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento».

(87) Según el artículo 26 de la Ley 39/2006, está en situación de dependencia en grado II (dependencia severa) la persona que necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal; está en situación de dependencia en grado III (gran dependencia) la persona que necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

(88) Conforme al apartado 3 del artículo 2 de la Ley 41/2003, el grado de discapacidad «se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

En concreto, se trata del artículo 258.2 CC que prevé el cese de la convivencia matrimonial (también de pareja) como causa de extinción automática de los poderes preventivos otorgados en favor del cónyuge o del conviviente. El nuevo precepto dispone:

«Cuando se hubieren otorgado (los poderes) a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este».

Lo importancia de la norma, a nuestro juicio, radica en la especialidad que introduce respecto a la norma general sobre la extinción de poderes como consecuencia de la crisis matrimonial. Como sabemos, los consentimientos y poderes a favor del cónyuge se extinguen, con carácter general, por la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación y divorcio. En efecto, en sede de medidas provisionales, el art. 102.1. CC reconoce que, admitida la demanda, quedan revocados, *ope legis*, «los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro». La nueva redacción del artículo 258.2 CC contiene una regla especial cuando se trata de poderes preventivos, que se extinguirán automáticamente por el mero cese de la convivencia. La norma extiende también los efectos de ese cese de la convivencia para extinguir estos poderes otorgados no sólo en favor del cónyuge, sino también de la pareja de hecho. Cese de la convivencia que hay que entenderlo como cese provocado por la ruptura de la relación conyugal o de pareja y no por otro tipo de coyuntura que exija su separación temporal.

Puede plantearse la duda acerca de si la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio extingue también los poderes preventivos de forma automática, aunque los cónyuges sigan conviviendo. A nuestro juicio, aunque de la literalidad de la norma parece preceptivo el cese de la convivencia, entendemos que la mera admisión a trámite de la demanda (aun sin cese efectivo de convivencia) provocará también la revocación de los poderes preventivos por aplicación de la norma general del artículo 102.1 CC.

## 5. FILIACIÓN Y RELACIONES PATERNOFILIALES

Las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 en materia de filiación atañen a las normas que regulan su establecimiento cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad. Por un lado, se introducen nuevas reglas en relación al reconocimiento como acto voluntario de determinación

de la filiación, cuando la discapacidad afecta tanto al progenitor que lo otorga, como al hijo reconocido. Por otro lado, la reforma modifica también el ejercicio de las acciones de filiación, tanto de determinación como de impugnación y, en particular, la legitimación de la persona con discapacidad para ejercitarlas.

Las modificaciones consisten básicamente en dejar de considerar al mayor con discapacidad como si fuera un menor de edad. Frente a la regulación hasta ahora vigente que situaba a uno y otro en el mismo plano, ahora se impone un tratamiento diferente en cuanto a la exigencia de los requisitos del reconocimiento y del ejercicio de las acciones.

### **5.1. El reconocimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad**

En relación a la participación de una persona con discapacidad en el reconocimiento, como manifestación de voluntad dirigida a crear un vínculo de filiación, hay que analizar dos supuestos diferentes: por un lado, aquel en el que es ella quien reconoce a un hijo, por otro, aquel en el que se la reconoce a ella como hijo. Al primero de los casos se refiere el artículo 121 del CC y al segundo, los artículos 123 y 124 del CC. Todos ellos modificados por la Ley 8/2021.

#### *5.1.1. Reconocimiento de un hijo por una persona con discapacidad*

La posibilidad de que una persona con discapacidad reconozca a un hijo está expresamente prevista en el Código Civil desde 1981. El artículo 121 CC, en la redacción hasta ahora vigente, regulaba esa posibilidad y establecía los requisitos para ese reconocimiento, si bien lo hacía con mención expresa a los «incapaces», a los que equipara a estos efectos, con los menores o, como decía la norma, con «quienes no pueden contraer matrimonio por razón de la edad». En ambos casos, este reconocimiento requería aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Incapaces y menores estaban sujetos al mismo régimen. Al ser el reconocimiento un acto personalísimo, no cabe representación y en uno y otro supuesto el legislador exigía la intervención del juez.

La Ley 8/2021 reforma el citado artículo 121 CC e incorpora un nuevo párrafo para regular de forma separada el reconocimiento hecho por personas con discapacidad. Frente a la anterior regulación, ahora la norma dife-

rencia entre los menores y las personas con discapacidad y establece distintos requisitos para unos y otros.

El primer párrafo dispone:

«El reconocimiento otorgado por menores no emancipados necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal».

Con una redacción parecida a la anterior a la reforma, se elimina ahora la referencia a «los incapacitados» y se menciona sólo a los menores no emancipados, cuyo reconocimiento necesitará la aprobación del juez para ser válido. Se suprime también la expresión «quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad» y se sustituye por «menor no emancipado». Lo que parece coherente con la actual regulación de la capacidad para contraer matrimonio. Tras reforma del artículo 48 CC por Ley 15/2015, sólo pueden contraer matrimonio los mayores o menores emancipados. Por lo que los menores que no podían contraerlo, que según el texto del artículo 121 CC eran los que necesitaban aprobación judicial, son ahora claramente los menores no emancipados. No tenía sentido seguir manteniendo el texto anterior que, por otra parte, vinculaba, de forma artificial y totalmente anacrónica, dos instituciones independientes: la filiación y el matrimonio.

Al ser el reconocimiento un acto personalísimo no cabe la actuación del representante legal para sustituir la voluntad del menor. Pero por la trascendencia del acto, la norma exige la aprobación judicial como requisito de validez, a cuyo cumplimiento se subordina la misma existencia jurídica del reconocimiento como título de determinación de la filiación. Aprobación que, hasta la actual reforma del artículo, era exigida también para el reconocimiento hecho por «incapacitados», y que ahora sólo es preceptiva en el caso de los menores no emancipados. Siendo esta la principal novedad del nuevo texto.

El segundo párrafo del artículo 121 CC, añadido por la Ley 3/2021, regula el reconocimiento hecho por la persona con discapacidad con unos requisitos ya diferentes de los exigidos para los menores. Dispone el precepto:

«Para la validez del reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se estará a lo que resulte de la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido. Si nada se hubiese dispuesto y no hubiera medidas voluntarias de apoyo, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin».

La norma se refiere a las «personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo». Y a esas medidas reenvía el legislador la cuestión del reconocimiento y su validez. En concreto, habrá que examinar lo dispuesto en la resolución judicial o la escritura para ver si contiene alguna previsión sobre si la persona que recibe apoyos los precisa también para este acto. Y, en su caso, qué tipo de apoyo necesita, por ejemplo, un complemento de capacidad o un mero acompañamiento al acto. Pueden plantearse dudas si la medida prevista es una curatela representativa, aunque entiendo la actuación del curador no cabe en este ámbito: no se le pueden atribuir judicial o notarialmente facultades representativas para este acto, pues iría en contra del carácter personalísimo del acto de reconocer.

De la letra de la norma parece interpretarse que sólo será posible el reconocimiento si el acto de reconocer una filiación esté contemplado expresamente en las medidas de apoyo, es decir cuando la medida (la resolución judicial o escritura pública que la haya establecido) haya previsto la propia actuación del interesado con el apoyo que precise para ello. De hecho, si en las medidas no se hubiera dispuesto nada (que será lo más habitual), deben ser revisadas (aunque sólo las judiciales) para que incluya alguna previsión al respecto. El propio precepto insta a su revisión para completarlas a este fin y siempre que no hubiera medidas voluntarias de apoyo.

#### *5.1.2. Reconocimiento a un hijo mayor con discapacidad*

El reconocimiento de un hijo mayor de edad exige que éste lo consienta (art. 123 CC). Su eficacia queda subordinada a la prestación de su consentimiento, que no requerirá ninguna forma especial pudiendo realizarse incluso de forma tácita a través de hechos concluyentes que denoten su conformidad. Se trata de un requisito de eficacia que no afecta a la validez del acto realizado por el progenitor reconocedor, a diferencia de la aprobación judicial exigida en el artículo 121 CC, que acabamos de ver.

A este consentimiento del hijo mayor se refería el artículo 123 de CC: «El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito», cuyo texto se mantiene después de la reforma, como párrafo 1º del art. 123 CC.

Por el contrario, cuando se trataba de un hijo menor o «incapaz», el consentimiento que otorgaba eficacia al acto era el de su representante legal. El artículo 124.1 del CC disponía en este sentido:

«La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor, legalmente conocido».

La Ley 8/2021 ha modificado el texto de ambos artículos en el siguiente sentido:

— Por un lado, ha eliminado del artículo 124.1 CC la referencia al «incapaz», de manera que el texto vigente de esta norma sólo vincula la necesidad de consentimiento del representante legal o de autorización judicial con el reconocimiento del hijo menor. Requisitos que, al igual que en el caso del mayor, son de eficacia del reconocimiento sin llegar a afectar a su validez.

— Por otro lado, ha añadido un nuevo párrafo al artículo 123 CC, precisamente para regular el reconocimiento del hijo mayor con discapacidad. El cambio de precepto no es baladí y obedece a esa intención del legislador de separar la situación de discapacidad de la minoría de edad. La persona mayor con discapacidad es mayor de edad, pero el artículo 124 CC lo situaba en el mismo plano que el menor. La nueva ubicación en el artículo 123 del CC aleja su tratamiento del de la minoría de edad para situarlo donde le corresponde: como mayor de edad.

En consecuencia, el nuevo artículo 123 CC contiene ahora dos normas en relación al hijo mayor: la primera, establece, como regla general la necesidad de que el propio hijo consienta el reconocimiento, manteniendo el texto anterior a la reforma; la segunda, contiene una regla especial respecto a los requisitos de ese consentimiento cuando ese hijo mayor está en situación de discapacidad. Esta segunda regla contenida en el artículo 123.2 CC, añadido por la reforma, dispone:

«El consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona mayor de edad con discapacidad se prestará por esta, de manera expresa o tácita, con los apoyos que requiera para ello. En caso de que exista resolución judicial o escritura pública que haya establecido medidas de apoyo, se estará a lo allí dispuesto».

Sin duda, la novedad más importante es que la propia persona con discapacidad es quien debe prestar el consentimiento para que el reconocimiento sea eficaz, sin necesidad de que lo haga un representante o sin necesidad de que tal reconocimiento sea aprobado judicialmente. Ahora bien, su situación de discapacidad exige que ese consentimiento deba prestarse con los apoyos que requiera para ello. Y, como en el caso del artículo 121 CC (apoyos para el reconocimiento de un hijo), también aquí el legislador remite

para su concreción a lo dispuesto en la resolución judicial o la escritura pública que haya establecido los apoyos. Aunque, a diferencia de aquél, el legislador ahora no ordena la revisión de las medidas judiciales para completarlas cuando éstas no contengan previsión alguna sobre el acto de consentir el reconocimiento. Por ello, si no hay previsión expresa en las medidas de apoyo judiciales o notariales, la solución podría resolverse otorgando el reconocimiento ante notario y que sea éste quien valore la capacidad de la persona cuya filiación se reconoce y decida si puede expresar su consentimiento al reconocimiento sin medida de apoyo o si necesita alguna concreta para ello.

Por otra parte, los cambios en la regulación del reconocimiento de la filiación, introducidos por la Ley 8/2021 han afectado también a la Ley 20/2011 de Registro Civil, en particular al artículo 44.7 que contiene las reglas sobre el reconocimiento de la filiación no matrimonial del padre ante el encargado del Registro civil. En relación al consentimiento necesario para su eficacia, este nuevo precepto reconoce, en la misma línea que el artículo 123 del CC, que cuando se trate de personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido o del documento notarial en el que se hayan previsto o acordado<sup>(89)</sup>.

## 5.2. La determinación de la filiación de los hijos incestuosos

La Ley 8/2012 ha reformado también el artículo 125 CC que contiene una regla especial en la determinación de la filiación para el caso de hijos incestuosos. En el nuevo texto se ha suprimido la referencia al incapaz.

Antes de la reforma el precepto daba el mismo tratamiento a los menores que a los incapaces en cuanto a la necesaria protección de ambos en este tipo de situaciones. Señalaba en este sentido que:

«Cuando los progenitores del menor o *incapaz* fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o *incapaz*» (cursiva nuestra).

(89) Frente a la norma anterior a la reforma que disponía: «Si se realizare mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este si fuera mayor. Si tuviera la *capacidad modificada judicialmente* se precisará, según la sentencia, el consentimiento de su representante legal, el asentimiento de su curador o el consentimiento del hijo» (art. 44.7 LRC).

En la actualidad, el contenido de la norma se mantiene, pero sólo para los menores. El legislador de nuevo ha querido alejar a la persona mayor con discapacidad de la condición de menor y de los mecanismos garantistas previstos para ellos por su especial vulnerabilidad. La protección que el artículo 125 CC queda restringida al menor de edad. Con el precepto, los límites allí previstos para la determinación de la filiación incestuosa, ya no puede aplicarse al mayor de edad con discapacidad.

### **5.3. El ejercicio de las acciones de filiación por la persona con discapacidad**

Los cambios que afectan a la regulación de las acciones de filiación van en la misma línea que los hasta ahora expuestos: separar la regulación que afecta a los mayores con discapacidad de la de los menores. En este sentido, la principal modificación tiene que ver con la legitimación para el ejercicio de las acciones de los mayores con discapacidad, cuyos requisitos son ahora diferentes de los del menor.

Con carácter general, la legitimación para el ejercicio de las acciones, tanto de determinación como de impugnación de la filiación, se reconoce en el artículo 765 de la LEC. La Ley 8/2021 da una nueva redacción a este precepto. Frente a la norma ya derogada que exigía la intervención del representante legal o el Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones que correspondan tanto al hijo menor de edad como al «incapacitado»<sup>(90)</sup>, la actual regula de forma separada ambos supuestos:

En relación a los hijos menores, el nuevo artículo 765.1 LEC dispone: «Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad, podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente». El contenido de la norma no ha cambiado respecto del anterior.

Sin embargo, cuando se trata de mayores con discapacidad, las reglas son ahora diferentes:

«Si fuere persona con discapacidad con medidas de apoyo para su ejercicio, dichas acciones podrán ser ejercitadas por ella, por quien preste el apoyo y se

(90) Artículo 765 previo a la reforma. Ejercicio de las acciones que correspondan al hijo menor o incapacitado y sucesión procesal: «1. Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente».

encuentre expresamente facultado para ello o, en su defecto, por el Ministerio Fiscal».

La novedad más importante es, sin duda, la posibilidad de que sea la propia persona la que pueda interponer una acción de reclamación o de impugnación a pesar de su discapacidad. La ley le reconoce legitimación activa propia, además de la que pudiera tener la persona que le preste el apoyo, siempre que tenga habilitación expresa para ello. A diferencia del régimen anterior a la reforma en el que el ejercicio solo cabía por sustitución a través de su representante o del Ministerio Fiscal, ahora la norma prevé que, a pesar de existir medidas de apoyo, pueda ser el mismo interesado quien ejercite la acción.

No tenemos claro si como regla general podrá hacerlo siempre que en las medidas de apoyo no se establezca lo contrario, o sólo si se reconoce que puede hacerlo. La literalidad de la norma nos inclina a considerar más acertada la primera opción. Si por la gravedad de su discapacidad no puede hacerlo, podrá ejercitar la acción quien preste el apoyo, pero únicamente si está expresamente facultado para ello. No parece que esta intervención de quien ejerce el apoyo sea subsidiaria de la de la persona con discapacidad, del propio artículo se infiere que ambos pueden ejercer la acción de forma indistinta. Y será, en defecto de uno y otro, cuando la acción puede ser ejercida por el Ministerio Fiscal. Tanto el ejercicio de la acción por parte quien preste el apoyo como por el Ministerio Fiscal deberá respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Entendemos por ello, que no cabrá impugnar una filiación ya establecida ni interponer una acción para reclamar la filiación del progenitor biológico si eso contrario a la voluntad de la persona con discapacidad.

Por otra parte, la misma regla se repite en el Código Civil en relación a la acción de impugnación. El vigente artículo 137.1 CC, también modificado por la Ley 8/2021, regula la acción de impugnación de la paternidad por el hijo y establece, con carácter general, el plazo de un año desde la inscripción de la filiación. La norma establece el *dies a quo* para el cómputo de ese plazo y contiene dos reglas para la impugnación de la filiación de una persona con discapacidad.

Por un lado, tanto la persona con discapacidad, como quien preste el apoyo y se encuentre expresamente facultado para ello como, en su defecto, el Ministerio Fiscal, podrán «ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación» (art. 137.1, párrafo 4 CC).

Por otro, la persona con discapacidad con medidas de apoyo, puede ejercitar también la impugnación por sí misma cuando se extingan tales medidas de apoyo, y durante el año siguiente a esa extinción (art. 137.1, párrafo 2 CC).

#### **5.4. Relaciones paterno filiales. La supresión de la prórroga de la patria potestad**

El cambio más importante introducido por la nueva regulación de la discapacidad en materia de relaciones paterno filiales es, sin duda, la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada<sup>(91)</sup> que, hasta la reforma, regulaba el ya derogado artículo 171 del CC.

Estas figuras permitían el mantenimiento de la patria potestad después de la mayoría de edad del hijo que hubiera sido «incapacitado». Si se modifica judicialmente su capacidad siendo menor, la patria potestad se prorrogaba, *ope legis*, al llegar a la mayoría de edad. Se producía una prórroga automática que permitía a los progenitores seguir siendo los representantes legales del hijo mayor incapacitado, sin necesidad de establecer para él otro sistema de protección como la tutela o la curatela. Si la modificación de la capacidad tenía lugar después de los dieciocho años, la patria potestad, ya extinguida, podía rehabilitarse siempre que el hijo estuviera soltero y viviera con sus progenitores o con uno de ellos. En ambos casos la patria potestad se extiende más allá de la mayoría de edad, pero mientras en el primero es una prórroga en sentido estricto porque se mantiene desde la minoría de edad sin interrupción; en el segundo, se rehabilita la patria potestad —que se había extinguido por la mayoría de edad (art. 169.2 CC)— que será ejercida por el progenitor o progenitores convivientes. Los progenitores continúan desempeñando funciones de representación respecto de los hijos mayores, que siguen comportándose en el tráfico jurídico como menores de edad, pese a no serlo.

Esta función representativa de la patria potestad la hace incompatible con el actual tratamiento de la discapacidad basado en un sistema de apoyos. Cualquier mecanismo sustitutivo de la voluntad no es coherente con los pos-

(91) Para un estudio más detallado sobre la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada nos remitimos al interesante trabajo del HERAS FERNÁNDEZ, María del Mar: «Patria potestad y discapacidad: apoyo a la parentalidad responsable y protección del menor. La imprescindible supresión legal de la patria potestad prorrogada y rehabilitada», *Revista de Derecho Privado*, nº 4, julio-agosto 2021, pp. 77-114.

tulados de la Convención<sup>(92)</sup>. Esta falta de coherencia ya había sido cuestionada por la jurisprudencia<sup>(93)</sup> y ahora el legislador deja patente al suprimir del Código Civil la patria potestad prorrogada y rehabilitada. No es posible mantener esta institución de protección más allá de la minoría de edad. El interés y su necesidad de protección que justifican el establecimiento de mecanismos de sustitución como la patria potestad o la tutela en los menores, ya no sirven en el caso del mayor. El mejor interés ya no es la razón de las medidas cuando el menor se hace mayor, aunque esté en situación de discapacidad. Como ya hemos explicado, las labores de protección propias de un modelo paternalista han dejado paso a funciones de apoyo para la integración de su capacidad jurídica, apoyo que les ayuden en la medida de lo posible, a vivir de forma independiente y a tomar sus propias decisiones en el ejercicio de su autonomía. Bajo estos nuevos parámetros no tiene cabida la patria potestad de los hijos mayores de edad, como tampoco la tiene la tutela que también queda restringida a los menores.

El legislador introduce este importante cambio con la simple eliminación de la norma que regulaba la patria potestad prorrogada: el artículo 171 del CC. En efecto, la Ley 8/2021 deja sin contenido este precepto de conformidad con toda la política legislativa destinada a la supresión de medidas de representación y a la promoción de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad. Con esta supresión se consolida también la ruptura de la equiparación jurídica de los adultos con discapacidad y los menores de edad, totalmente discriminatoria. Y se da por terminado un régimen de protección excepcional que deja paso a la articulación de los apoyos<sup>(94)</sup>.

En la propia Exposición de motivos de la Ley 8/2021 el legislador explica las razones por las que se elimina del ámbito de la discapacidad la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Por un lado, apela a su carácter rígido y a su difícil encaje en el sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad. En efecto, es una institución

(92) En contra, PEREÑA VICENTE, Montserrat («El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil», en MUNAR BERNAT, Pedro (dir.) *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*. Marcial Pons, 2021, p. 198) que no cree que del artículo 12 de la Convención se derive que haya que «eliminar los mecanismos sustitutivos que permiten negar o restringir la capacidad».

(93) En este sentido, la STS 544/2014, de 20 de octubre, que rechaza la rehabilitación de la patria potestad por entender que contraviene las medidas de apoyo que propugna la Convención de Nueva York. En parecido sentido, la STS 600/2015 de 4 de noviembre, reitera esta incompatibilidad declarando que se trata de una medida de mayor contenido y alcance jurídico, «en cuanto que se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención».

(94) HERAS FERNÁNDEZ, María del Mar: «Patria potestad...», cit. p. 112.

poco flexible de difícil adaptación a las concretas circunstancias de discapacidad de la persona, que se aleja de la idea de «traje a medida» que requiere cada persona. Implica una facultad representativa total, con la consiguiente privación absoluta de una posible actuación jurídica del hijo, cualquiera que sea el grado de su discapacidad. No hay razón para que sea así. El hijo debe recibir los apoyos que necesite, según el grado de su discapacidad, a través de la institución ordinaria de apoyo —la curatela—, y atendiendo exactamente a sus necesidades en cada caso en concreto<sup>(95)</sup>.

Por otro lado, reconoce también el legislador que el mantenimiento de la patria potestad no es la medida más adecuada para favorecer la autonomía de las personas con discapacidad. Pone en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible<sup>(96)</sup>. Lo cierto es que para lograr ese máximo nivel de autonomía personal no parece lo más indicado que los padres sigan manteniendo, respecto de los mayores con discapacidad, una facultad de representación total como si fuesen menores. Ni tampoco que esa situación se prolongue de forma indefinida en el tiempo.

En consecuencia, se propone la supresión de la patria potestad prorrogada para que cuando el menor con discapacidad alcance la mayoría de edad se le presten los apoyos que necesite «del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto». Apoyos que le permitan vivir y decidir de forma independiente de acuerdo con al sistema de promoción de la autonomía de la voluntad.

Tras la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, ésta queda ya reservada únicamente para los menores. Es una institución de protección de los menores derivada de la relación filial y que se va a extinguir, siempre y en todo caso cuando el menor cumpla dieciocho años —o se emancipe a partir de dieciséis—. Así lo dispone el artículo 169.2 CC, que mantiene el mismo texto pero que en la actualidad, y después de la reforma,

(95) En el mismo sentido, PAU, Antonio: «De la incapacitación...», cit. p. 24.

(96) No comparte esta justificación VIVAS TESÓN, Inmaculada («Curatela y asistencia», en MUNAR BERNAT, Pedro (dir.) *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*. Marcial Pons, 2021, p. 278), para quien, además, contradice lo afirmado previamente en la misma Exposición de motivos para justificar la nueva regulación de la guarda de hecho: «La familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables».

ya no admite excepción por la aplicación del artículo 171 CC, ahora suprimido.

No podemos concluir este tema sin apuntar al menos dos *problemas* que, en la práctica, puede plantear la supresión de la patria potestad prorrogada.

— El primero de ellos, la ruptura de la continuidad en la protección de los hijos con discapacidad. No hay que olvidar que la prórroga de la patria potestad alarga, de forma automática, la protección de los hijos incapacitados más allá de su mayoría de edad, de forma interrumpida y sin necesidad de un nuevo pronunciamiento. Al extinguirse la patria potestad cuando el hijo cumple dieciocho, sin posibilidad de prórroga, esa continuidad se rompe, porque, en principio, las medidas de apoyo sólo se adoptan cuando se necesitan y si se necesitan, y eso será únicamente cuando el hijo con discapacidad sea mayor.

Para solucionar este problema y dar continuidad a la protección evitando intervalos de desprotección, la propia Ley 8/2021 contiene algunas reglas concretas que permiten anticipar la adopción de las medidas de apoyo que el hijo va a necesitar cuando alcance la mayoría de edad. Estas medidas pueden adoptarse a partir de los dieciséis años, aunque entrarán en vigor después de los dieciocho, siempre que efectivamente las necesite. La adopción anticipada y preventiva de esas medidas puede acordarse por la autoridad judicial, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, cuando se prevea, en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que el menor va a seguir precisando apoyos después de ésta. Así lo establece con carácter general el vigente artículo 254 CC. Pero también pueden adoptarse en el proceso matrimonial de los progenitores, como prevé el artículo 91.2 CC. Preceptos cuyo contenido ya analizamos con cierto detalle en páginas anteriores. A lo allí expuesto nos remitimos.

— El segundo lugar, la supresión de la patria potestad prorrogada plantea también el problema de su transitoriedad. Transitoriedad que, lógicamente afecta a todas las situaciones, pero que, en este tema en particular, está generando cierta inquietud a los padres con hijos mayores sometidos a la patria potestad.

De nuevo la solución viene de la mano del legislador. Para conocer qué va a pasar con las actuales situaciones de patria potestad prorrogada o rehabilitada y cómo van a adaptarse a la nueva regulación hemos de recurrir a las disposiciones transitorias de la Ley 8/2021.

El legislador ha optado por un régimen transitorio flexible según el cual y, como regla general, las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la nueva Ley desde su entrada en vigor y la autoridad judicial, a solicitud de los interesados o de oficio, revisará las medidas establecidas en el régimen anterior para adaptarlas al nuevo.

En particular, se regula esta cuestión la Disposición transitoria segunda que prevé la continuación de la patria potestad hasta que se proceda a su revisión para adaptarla a las nuevas figuras. Señala la norma:

«Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta».

La Disposición transitoria quinta, a la que reenvía la segunda, establece los criterios de revisión de todas las medidas ya acordadas que tienen que adaptarse a las nuevas. Entre ellas, aunque no sólo, se refiere a la revisión de la patria potestad que se debe hacerse por la autoridad judicial a petición de los interesados. Es decir, tal y como establece el texto, a petición de las personas con capacidad modificada judicialmente y de los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada que «podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud».

De acuerdo con la norma, la solicitud de revisión es potestativa para los interesados, que «podrán» solicitarla o no. En el caso de que lo hagan, pueden presentar la solicitud en cualquier momento y a partir de esa solicitud comienza el plazo para que la autoridad judicial haga la revisión, que no podrá exceder de un año.

Si los interesados no solicitan la revisión, la autoridad judicial deberá hacerla «de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años», como se señala también en la Disposición transitoria quinta.

Esta revisión judicial es, por tanto, imperativa para adaptar las medidas previas a la reforma al contenido de la nueva Ley. Con el objeto de evitar que esa adaptación se posponga indefinidamente, se establecen unos plazos que varían según la forma en la que se proceda a la revisión. Si es a instancia de los interesados: un año desde la solicitud; si es de oficio: tres años máximo, entendemos que desde la entrada en vigor de la Ley. Estos tres años serán

también el plazo máximo para que los interesados puedan solicitar la revisión, aunque la norma disponga que pueden hacerlo en cualquier momento.

Hasta que se lleve a cabo la revisión los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola ¿Lo seguirán haciendo con todas las facultades de representación que le son propias? ¿No implicará eso una limitación injustificada de los derechos de los hijos mayores con discapacidad? En este caso, la continuación de la medida hasta la revisión tiene difícil encaje en el texto de la Disposición transitoria primera según la cual: «A partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto». La duda queda planteada.