

La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales

The likening of adult children with mental disabilities to minor ones in potestate for the purpose of maintainance in matrimonial proceedings

Por

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

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

ABSTRACT: *The situation of an adult child's disability does not bring about by itself a termination of or change to the maintenance that the parents must provide him/her in matrimonial proceedings and such maintenance must be the equivalent to that which is given to minor children as long as the child resides at the family home and lacks resources.*

PALABRAS CLAVE: Hijo mayor de edad. Discapacidad. Extinción de la pensión alimenticia. Procesos matrimoniales.

KEY WORDS: *Adult child. Disability. Termination of maintenance. Matrimonial proceedings*

SUMARIO: I. MINORÍA DE EDAD Y DISCAPACIDAD PSÍQUICA: UN DESIGUAL E INJUSTIFICADO TRATAMIENTO JURÍDICO.—II. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DE DIVORCIO. EL DEBER DE ALIMENTOS DE UN HIJO CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN ONU: 1. LA PRETENSIÓN EXTINTIVA DE PENSIONES ALIMENTICIAS Y COMPENSATORIA EN LA SJPI NÚM. 17 DE SEVILLA DE 15 DE MARZO DE 2011 Y EN LA SAP DE SEVILLA DE 18 DE MAYO DE 2012. 2. LA STS DE 7 DE JULIO DE 2014: a) *Consideraciones acerca de los fallos de instancias inferiores y de la intervención del Ministerio Fiscal.* b) *El derecho a alimentos del hijo mayor de edad, con discapacidad psíquica, conviviente y sin recursos económicos aunque posible perceptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social.* c) *La situación del alimentado con discapacidad: su equiparación al hijo menor de edad in potestate.* d) *La doctrina jurisprudencial fijada por el Alto Tribunal.*—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. MINORÍA DE EDAD Y DISCAPACIDAD PSÍQUICA: UN DESIGUAL E INJUSTIFICADO TRATAMIENTO JURÍDICO

Por múltiples razones de índole profesional pero también personal (las segundas, tan o más importantes que las primeras pero aquí absolutamente irrelevantes) me produce una enorme satisfacción dedicar las próximas páginas a una cuestión que reviste enorme interés jurídico-práctico y que ha quedado definitivamente resuelta a partir de un reciente fallo de nuestro Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014, con el cual, en armonía con una norma que forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico, la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en el año 2006 (CDPD), pero rompiendo, con valentía, duros moldes, se ha fijado doctrina jurisprudencial acerca de aquella.

Desde siempre me ha llamado la atención el diferente trato que el legislador civil dispensa a la persona menor de edad no emancipada respecto al de la persona incapacitada judicialmente (mejor, con capacidad judicialmente modificada)¹, como ya tuve ocasión de destacar² al proponer, en una futura (antes, el adjetivo que utilizaba era «inminente» pero, como ahora se comprenderá, me he visto obligada a sustituirlo) reforma de nuestro sistema de protección de las personas no autónomas (prometida dos veces por el legislador³ pero, a día de hoy, inexplicablemente, aún incumplida)⁴, la necesaria asimilación de la normativa relativa a la persona con discapacidad psíquica (resulta, pues, excluida la física)⁵ a la reguladora de la situación jurídica del menor de edad. Precisamente es esta la línea que inicia, desde su reciente pronunciamiento, el Tribunal Supremo y que apunta a que la dinámica seguida hasta la fecha comienza, por fortuna, a cambiar.

Podría esgrimirse que estoy equivocada (y es muy probable que así sea), pues entre el menor de edad y la persona con discapacidad psíquica existen ya importantes conexiones legales, a saber: la ausencia (total o parcial) de la capacidad de querer y entender, así como la patria potestad prorrogada o rehabilitada o, en su caso, la tutela⁶.

Sin embargo, mi planteamiento es otro. No me estoy refiriendo a los sistemas de guarda sino a la consideración normativa como persona humana, al mayor o menor hincapié del legislador en su dignidad y libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere, a la configuración legal del estatuto jurídico existencial o personal (no del patrimonial) de uno y otra.

Basta realizar una mera lectura de algunos preceptos del Código Civil (CC) para darse cuenta del reconocimiento explícito de derechos al menor de edad en atención a su más que segura adquisición progresiva de madurez frente al llamativo silencio en relación a la persona con capacidad de obrar judicialmente modificada (a la que, suele privarse, incluso, con excesiva frecuencia y alegría en la práctica forense, de su derecho al sufragio activo⁷, si bien, por suerte, cada vez son más las excepciones⁸), como si el legislador tuviera la absoluta certeza de que no va a recuperar su plena capacidad (pese a estar expresamente prevista la revisión de la sentencia en el art. 761.1 LEC), posibilidad esta que parece *ab initio* descartada.

Ello, a mi modesto entender, no tiene, hoy día, sentido alguno. ¿Qué justificación existe para reconocer al menor, en exclusividad, el derecho a ser oído siempre antes de adoptar decisiones que le afecten establecido por el artículo 154 CC? ¿Por qué no existe una norma en nuestro Código Civil formulada en idénticos términos para la persona adulta frágil? ¿Y que los actos relativos a derechos de la personalidad del hijo menor no emancipado resulten explícitamente exceptuados de la representación legal de la patria potestad *ex* artículo 162.1 CC?⁹

¿Y qué decir del principio del interés superior del menor? ¿No debería, a estas alturas, tener reflejo en la legislación civil el igual de importante principio del interés superior de la persona con discapacidad?¹⁰

Lo cierto es que dicha marcada desigualdad normativa en cuanto al espacio jurídico vital de uno (el del menor de edad, en aumento) y otro (el de la persona incapacitada, nulo o casi) trasciende a todo el Ordenamiento jurídico.

Buena prueba de ello y, además, reciente (lo que, precisamente por ello, podría haber supuesto la superación de dicha clásica inercia), lo es, dentro del escenario regulador de la investigación biomédica (en el cual, a diferencia del CC, se manejan con nitidez las categorías de «menor de edad», «persona con discapacidad», «persona incapacitada judicialmente» y «persona incapaz de consentir a causa de una situación clínica»), el Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos¹¹.

Dicha norma omite por completo el tratamiento de las muestras biológicas procedentes de personas incapacitadas judicialmente, teniéndose en cuenta, exclusivamente, a los menores de edad en cuanto a la garantía para el acceso de la información relativa a la utilización de su muestra por parte de terceros cuando alcancen la mayoría de edad (arts. 23.n y 32.3). Sentado ello, surge, inevitablemente, un interrogante: ¿las personas con capacidad de obrar modificada judicialmente que posteriormente la recuperen no tienen reconocida tal garantía? Imposible, de modo que solo podemos pensar en un lamentable descuido por parte del legislador, para quien el menor de edad es tendencialmente capaz, de manera que su vulnerabilidad es solo temporal, no, en cambio, la persona incapacitada judicialmente, cuya situación parece ser, a sus ojos, permanente e irreversible, además de total, pues solo alude a la actuación, en el contexto bioinvestigador, de sus representantes legales. Curiosamente, el legislador sí ha previsto que la persona incapaz de consentir debido a su situación clínica pueda, con posterioridad, recuperar su autonomía y, por consiguiente, hallarse en condiciones de prestar el consentimiento (art. 21.4 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica)¹². Una vez más e injustificadamente, el menor, goza de condiciones legales notablemente mejores que la persona incapacitada judicialmente, suponiendo ello un inaceptable agravio comparativo para esta última, conducida a un estado de muerte civil. El libre desarrollo de la personalidad en uno y otro caso, pese a estar reconocidos por igual a ambos *ex* artículo 10 CE, son, en la práctica, muy diferentes.

Con obligada brevedad, apunto otro ejemplo de evidente e injustificado desequilibrio. En tanto que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo permite que las jóvenes de 16 y 17 años puedan interrumpir voluntariamente su embarazo sin consentimiento de sus padres, estableciéndose que al menos uno de los representantes legales (padre, madre o tutor) tiene que ser informado de la decisión de la mujer, salvo «cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo» (art. 13.4.º), a veces, a través de la incapacitación judicial, se ha buscado la esterilización forzosa de una mujer (p. ej. con Síndrome de Down), la cual, pese a ser regulada por el Código Penal¹³, compete al juez civil¹⁴.

Dicha diferente hipótesis legal entre minoría de edad y discapacidad en nuestro Derecho civil resulta aún si cabe más llamativa tras la CDPD, el primer gran Tratado del sistema universal de derechos humanos del siglo XXI, cuyos principios cardinales son, como es sabido, «*in dubio pro capacitas*» e «*intervención mínima*».

El marco legal establecido por el artículo 12 del citado Tratado, su brillante estrella polar, contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica (téngase en cuenta que la CDPD alude a nuestra clásica distinción entre capacidad jurídica y de obrar mediante la única expresión «capacidad jurídica»)¹⁵ de las personas con discapacidad, especialmente, en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros: mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de «*sustitución*» en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, sobre el cual gira la CDPD, aboga por un modelo de «*apoyo*» o asistencia en la toma de decisiones. Este fundamental cambio de paradigma en el diseño del sistema tuitivo fue destacado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de octubre de 2012 y está siendo recogido en la fundamentación jurídica por pronunciamientos judiciales ulteriores¹⁶. Como posteriormente se verá, el Tribunal Supremo, en su reciente fallo de julio de 2014, se ocupará especialmente de subrayarlo.

La CDPD hace hincapié en la enorme importancia que reviste para las personas con discapacidad el respeto a su autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones, su voluntad, sus preferencias (Preámbulo, letra n y arts. 3 y 12.4).

La especial trascendencia del Tratado Internacional no radica en su contenido innovador, que no lo es, sino en que, a diferencia de otras Declaraciones de derechos y principios generales de la ONU (como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y la Declaración de los derechos de los Impedidos o las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación), inspiradoras de leyes y políticas de muchos países pero carentes de fuerza normativa, la CDPD es un instrumento jurídico de carácter obligatorio o vinculante, como han recalcado recientemente, entre otras, las Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22.^a) de 10 de octubre de 2013 y de la AP de Valencia (Sección 10.^a) de 12 de mayo de 2014.

Ello implica, en primer lugar, que los Estados que la han ratificado o se han adherido a ella¹⁷ se comprometen a adoptar nuevas leyes nacionales, y derogar o modificar las ya existentes con el fin de promover la plena y efectiva integración de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de la sociedad, garantizando sus derechos y su plena ciudadanía.

En este sentido, la ratificación, por parte de España, de la CDPD¹⁸ y de su Protocolo Facultativo¹⁹ y su recepción por el Ordenamiento español, del cual ha pasado a formar parte en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil, obliga a proceder a una íntegra revisión legislativa que logre que nuestro Derecho interno se corresponda, exactamente, con los principios, valores y mandatos proclamados en dicho Tratado internacional, debiendo, por consiguiente, adaptar nuestra legislación al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, muy especialmente, el de igualdad.

Solo ha de importar la persona, su personalidad, su voluntad, sus valores universales de dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad y participación. Nuestras leyes han de impregnarse, pues, del principio personalista, conforme al cual el rol de los derechos humanos es estratégico, de primera importancia. En

pocas palabras, la CDPD viene a decirnos que dejemos de una vez de adueñarnos de la vida de las personas con discapacidad y de tomar decisiones por su nombre y cuenta. Satisfacer sus necesidades vitales, conocer sus sentimientos, lograr su bienestar (no solo económico, sino físico y espiritual), promover su autoestima y, en definitiva, alcanzar su felicidad, poco o nada tiene que ver con su mayor o menor capacidad de entender y querer, sino con su condición de ser humano y, por consiguiente, con el máximo respeto a su yo.

Conforme a ello, el obligado proceso de reformulación y, en su caso, supresión de normas vigentes discriminatorias ha dado algunos frutos en estos últimos años.

Ejemplo de ello lo son la Ley 26/2011, de 1 de agosto y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Casi llegando a su término el año 2013 y coincidiendo (y ello no es casual) con la conmemoración del Día Internacional de las Personas con discapacidad, se publica el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²⁰, norma que aborda la tarea de regularización, aclaración y armonización del marco legislativo de los derechos de las personas con discapacidad, más concretamente, de tres leyes: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LISMID), las cuales, resultan derogadas por integrarse en el Texto Refundido.

Precisamente, el Decreto Legislativo no es más que el cumplimiento, por parte del Ejecutivo, del mandato de la Disposición Final 2.^a de la apenas citada Ley 26/2011, en la redacción dada por la Disposición final 5.^a de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que establecía como finales de diciembre 2013 el plazo de la delegación legislativa²¹.

Permítaseme destacar que el título de la norma es mucho más ambicioso que su contenido, puesto que denominándose «*Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*», lo primero que ha de advertirse es que no se trata de una norma «*General*», pues se limita a refundir las tres leyes antes reseñadas en un solo cuerpo jurídico, no abarcando, por consiguiente, todo el marco legislativo de la discapacidad. Dicho de otro modo, no unifica, ni mucho menos, toda la normativa existente en la materia.

Pese a ello y no resultando posible afrontar ahora el análisis de su contenido, sí quisiera manifestar que la norma ha de recibir, sin duda, una valoración positiva por el gran avance que implica. Durante estos años han coexistido tres Leyes reguladoras de distintos aspectos de la discapacidad, todas ellas de innegable relevancia pero muy dispares y pertenecientes a momentos históricos distintos, a lo que se suma la enorme evolución que ha experimentado la materia, muy especialmente, a partir del fuerte impulso dado a la misma por parte de la CDPD.

El enfoque de la discapacidad ha cambiado sustancialmente, lo cual ha hecho necesario un esfuerzo para armonizar, aclarar y actualizar la normativa existente en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, a lo que responde, en un contexto maduro como el actual, la Ley General (supuestamente lo es) de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. De este

modo, el Texto Refundido intenta aminorar y clarificar la dispersión normativa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, lo que permite disminuir las eventuales dudas interpretativas (solo en la aplicación de las tres normas objeto de refundición), revirtiendo, ello, en una mayor seguridad jurídica.

Siguiendo con las bondades de la norma, esta, además de abordar una necesaria renovación terminológica más adecuada a los postulados de la CDPD, subraya, siguiendo la estela del citado Tratado Internacional, que las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos y que los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de tales derechos sea pleno y efectivo, superándose, de este modo, el modelo asistencial conocido hasta épocas muy recientes. La norma, asimismo, reconoce explícitamente el principio de autonomía y libertad en la toma de decisiones.

Sin embargo, el nuevo texto legal resulta insatisfactorio, puesto que, de un lado, la Ley General no elimina, ni mucho menos, la dispersión normativa existente en materia de discapacidad, al haber refundido únicamente tres leyes, dejando atrás inaceptables ambigüedades y contradicciones de otros textos normativos que siguen chirriando en nuestro Ordenamiento jurídico.

A título de ejemplo, los conceptos de «discapacidad» y «persona con discapacidad» no parecen ser únicos, sino cambiantes en función de la norma que se trate de aplicar. Si es una de las tres refundidas en la Ley General, la discapacidad «es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 2.a), entendiendo por personas con discapacidad «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás», añadiendo que «además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad» (art. 4.2).

Como puede comprobarse, el concepto de discapacidad empleado por el Texto Refundido, incluido *ex novo* en él pese a ser desconocido en las Leyes fusionadas y tratarse de una delegación legislativa²², es acorde con los mandatos de la CDPD²³, destacándose la asimilación a todos los efectos del reconocimiento del grado de discapacidad con el de la pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, la pensión de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En cambio, si se trata de aplicar 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 tributaria, «a los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento», siempre y cuando el grado de discapacidad se acredite

«mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme» (art. 2.2.º y 3.º).

A lo anterior ha de añadirse que el concepto de «persona con discapacidad» es aún extraño al Código Civil, que solo contempla a la «persona incapacitada judicialmente» y esta descoordinación normativa no es, por su efecto perturbador, ni razonable ni conveniente que aún persista en nuestro Derecho.

De otro lado, si bien merece un sonoro y largo aplauso el reconocimiento expreso del principio de autonomía y libertad en la toma de decisiones, no alcanzamos a comprender cómo no se ha cumplido ya con la promesa de reformar el procedimiento de incapacitación judicial (el cual, a día de hoy, tan solo ha sufrido un mínimo retoque terminológico) y el sistema tuitivo español mediante la creación de mecanismos de protección de la persona ajustados al modelo social de discapacidad proclamado por la CDPD, los cuales, por su elasticidad y flexibilidad, han de poder amoldarse a todas y cada una de las situaciones de debilidad de una persona, intentando brindarle el apoyo más adecuado a su concreta necesidad y dando siempre espacio al desarrollo de su personalidad, lo que obliga a considerar a la tutela como remedio tuitivo extremo y a proteger a la persona desde una óptica humana y no, exclusivamente, patrimonial. Sin duda alguna, se trata esta de una reforma legislativa de mayor alcance y complejidad, pues afecta a la capacidad de la persona y, por tanto, a su libertad, pero si no se acomete (lo cual, a estas alturas, resulta de todo punto inexplicable), el reconocimiento expreso de la autonomía y libertad en la toma de decisiones no es más que un (bonito) papel mojado, si nuestros jueces y tribunales, aplicadores del Derecho vigente, continúan en sus fallos anulando a la persona al privarle de todos sus derechos (incluido, como ya se ha indicado antes, su derecho al voto). Ello provoca que el reconocimiento y la tutela de tales derechos y libertades sean meramente nominales.

En segundo lugar, el hecho de que la CDPD haya irrumpido en nuestro Ordenamiento con un amplio catálogo de derechos de las personas con discapacidad y de principios rectores, con carácter vinculante o preceptivo y no meramente programático, implica, a mi entender, que pese a que las normas estén aún pendientes de reformulación a fin de adaptarse al Tratado Internacional, este es Derecho interno vigente directamente aplicable, y es aquí donde los órganos judiciales juegan un papel primordial, como ha venido a demostrar la STS de 7 de julio de 2014 que, en materia de alimentos matrimoniales (llamados así para distinguirlos de los alimentos entre parientes contemplados en los arts. 142 y sigs. CC) y acogándose a los postulados de la CDPD, ha equiparado al hijo mayor de edad con discapacidad psíquica y sin recursos económicos al menor de edad no emancipado.

No puede dudarse que, en nuestra cultura jurídica reciente, la percepción de la infancia y la discapacidad ha cambiado considerablemente. Los menores de edad y las personas con discapacidad son ahora visibles, si bien, es innegable que la situación jurídica del menor de edad cuenta con un recorrido más largo e intenso. Basta con remontarnos a la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989²⁴, la cual próximamente cumple un cuarto de siglo. El aniversario es, claramente, lo de menos. Lo más importante es la promoción de los derechos del menor y la creación de un cuerpo normativo interno de protección jurídica de la infancia y la adolescencia en el que, dentro del Derecho civil, es crucial la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor. En este punto, no me resisto a hacer un mero apunte sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección a la infancia, aprobado por el Consejo de Ministros

el pasado mes de abril, el cual tiene como objeto, según expresa en su Exposición de Motivos, «introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, y de modo recíproco, esta Ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás».

La discapacidad, en cambio, es, desde una óptica normativa y de puesta en práctica, una materia muy joven, si bien ha de reconocerse que, por fortuna, está creciendo a pasos agigantados, gracias, sin duda, al impacto (normativo y social) de la CDPD en nuestro país. La gran preocupación reside ahora en comprobar si la garantía de los derechos de las personas con discapacidad legalmente reconocidos es verdaderamente eficaz o puramente nominal, pues todo ello resulta condicionado por la época de crisis en la que estamos inmersos, situación que está provocando la elaboración de normas y la adopción de soluciones y medidas al menor (o, si es posible, ninguno) coste económico posible. Baste pensar en la atención pública prestada en estos últimos años a la dependencia.

II. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DE DIVORCIO. EL DEBER DE ALIMENTOS DE UN HIJO CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN ONU

II.1. LA PRETENSIÓN EXTINTIVA DE PENSIONES ALIMENTICIAS Y COMPENSATORIA EN LA SJPI NÚM. 17 DE SEVILLA DE 15 DE MARZO DE 2011 Y EN LA SAP DE SEVILLA DE 18 DE MAYO DE 2012

Es una realidad que nuestros juzgados y tribunales están colapsados como consecuencia de la grave crisis económica que está castigando con extrema dureza a España estos últimos años. En la jurisdicción social se están señalando juicios para la segunda mitad del año 2017. Los Juzgados de lo Mercantil están saturados especialmente, entre las distintas materias que tienen atribuidas, con los procedimientos concursales (si bien se percibe, en los últimos meses, un leve descenso) y las reclamaciones por cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios. Los Juzgados de Primera Instancia (Familia) están desbordados por el incremento de las rupturas matrimoniales pero, sobre todo, por la solicitud de modificación de medidas adoptadas en las sentencias de separación o divorcio a causa del cambio de circunstancias económicas de los excónyuges. No obstante, no todo lo que sucede en el foro encuentra siempre necesaria justificación en el colapso judicial.

No siendo la actual coyuntura económica la concreta causa que condujo a acudir a la vía judicial (ojalá lo hubiera sido), en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de julio de 2014 el exmarido interpuso demanda en los Juzgados de Sevilla sobre modificación de medidas definitivas acordadas en la sentencia de divorcio de 7 de febrero de 2002 (precedida de la de separación de 9 de diciembre de 1998) contra su exesposa, solicitando la extinción, desde la interposición de aquella, de las pensiones alimenticias de sus dos hijos, una hija mayor de edad (30 años, al tiempo de la interposición de la demanda) y con formación universitaria y un hijo mayor de edad²⁵ (27 años en la misma fecha indicada) con una discapacidad²⁶ psíquica reconocida superior al 65%, así como de la pensión compensatoria que percibía la demandada.

Se trata, para situarnos adecuadamente, de un hijo mayor de edad (por tanto, con plena capacidad de obrar y sin sujeción a la patria potestad) con discapacidad psíquica pero no incapacitado judicialmente y, por consiguiente, la patria potestad no ha sido prorrogada ni rehabilitada, estando al cuidado y guarda de hecho de su madre²⁷, con quien convive. Por consiguiente, el hijo está protegido pese a no estar incapacitado judicialmente y no existir una medida de guarda judicialmente establecida, sino de naturaleza fáctica.

La excónyuge y madre contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando un incremento de la pensión fijada en la sentencia de divorcio ascendente a 521,22 euros en 400,00 euros mensuales, resultando, la misma, en la cantidad total de 921,22 euros (actualizable anualmente conforme al IPC), así como el abono de la mitad de los gastos extras de enfermedad y de tratamiento del hijo, no cubiertos por la Seguridad Social.

Ante todo, es preciso tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en los artículos 91 y siguientes del Código Civil²⁸ y el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC), para que proceda una modificación de las medidas acordadas judicialmente es preciso que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación, siendo, por tanto, necesario que se acredite la sustancialidad de la alteración (art. 217 LEC), así como cierto grado de permanencia de la misma en aras de la seguridad de las relaciones jurídicas.

Así las cosas y a fin de delimitar, con la mayor nitidez posible, la cuestión controvertida, la guarda de hecho ejercida por la madre sobre el hijo no se cuestiona, ni en cuanto a la toma de decisiones en el ámbito personal ni tampoco en la esfera patrimonial (probablemente, por la inexistencia de un patrimonio significativo). Tampoco la validez o no de una actuación jurídica del hijo por haberse visto afectadas sus facultades cognitivas o volitivas. La discusión, en cambio, se centra en la supresión de la pensión alimenticia fijada en el procedimiento matrimonial a petición de su deudor, el padre del alimentista, así como de la pensión compensatoria a favor de su exesposa, sin que conste ninguna alteración sustancial de las circunstancias ni en relación a la posición económica del alimentante, ni la del alimentista ni de su situación de necesidad, ni tampoco de la de la beneficiaria de la pensión por desequilibrio patrimonial ocasionado por la ruptura del matrimonio, como iremos comprobando conforme vayamos desgranando más detalladamente el caso de autos.

Al respecto y con carácter previo, debemos recordar que la mayoría de edad (y la consiguiente salida del régimen de representación legal de la patria potestad) no comporta la extinción automática de la pensión alimenticia, pues la propia realidad social demuestra que los hijos, aun adquirida la mayoría de edad y extinguida la patria potestad, continúan bajo la dependencia económica de sus padres, habida cuenta de la especial dificultad que supone hoy día acceder al mercado de trabajo con objeto de obtener unos ingresos que le permitan llevar una vida independiente de sus progenitores, lo que es subrayado, en repetidas ocasiones, por nuestros jueces y tribunales. En este sentido, la STS (Sección 1.ª) de 5 de noviembre de 2008, en su FJ. 3.º, afirma que «los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo». Dicho de modo más directo, lo que no se permite son «situaciones de parasitismo», expresión utilizada por la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 4 de diciembre de 2013.

El artículo 39 de la Constitución Española (CE) establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos del matrimonio o fuera de

él, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, obligación que solo finaliza para el progenitor alimentante (aunque no ostentara la patria potestad por haber sido privada de ella, como establece el art. 110 CC²⁹) en los supuestos de hecho contemplados por los artículos 150 y 152 del Código Civil y, entre ellos, ciñéndonos al caso de autos objeto de análisis «cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia», según recoge el artículo 152.3.º del mismo texto legal, precepto que ha sido interpretado reiteradamente por el Tribunal Supremo en el sentido de que dicho deber alimenticio subsiste hasta que el alimentista alcance la posibilidad de proveer por sí mismo a sus necesidades, entendida, no como una mera capacidad subjetiva de ejercer profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes³⁰.

Como bien puede intuirse, en torno a la valoración de la posibilidad del alimentista de proveer por sí mismo a sus necesidades giran los diversos pronunciamientos judiciales en los cuales aquella es cuestionada.

Al respecto, la simple incorporación de un hijo mayor de edad al mercado laboral no es por sí misma causa de extinción de los alimentos, si aquella no le permite alcanzar independencia económica. Nuestros juzgados y tribunales reclaman que el hijo haya alcanzado, con continuidad³¹ o de manera consolidada, una independencia económica³², si bien es cierto que la «ausencia de independencia económica» es un concepto indeterminado que debe ser debidamente precisado atendiéndose a las circunstancias concurrentes (debidamente acreditadas) del caso concreto y, en el de autos, se trataba de determinar si el hijo con discapacidad, pese a no tener independencia económica, contaba con la posibilidad real y concreta de alcanzarla.

Dicho esto, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla de 15 de marzo de 2011 estimó parcialmente la demanda interpuesta por el padre, declarando extinguido el deber de abonar la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad con efectos desde la fecha del pronunciamiento judicial, considerando que la hija tenía capacidad real y objetiva de ejercer profesión u oficio y que el hijo reunía los requisitos específicos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez (los cuales se contienen en la propia resolución judicial, a saber: 1. Edad: Tener dieciocho o más años y menos de sesenta y cinco. 2. Residencia: Residir en territorio español y haberlo hecho durante un período de cinco años, de los cuales dos han de ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud. 3. Discapacidad: Grado de discapacidad igual o superior al 65%), prestación esta que permitía la posibilidad junto con las asistenciales de la Seguridad Social, de cubrir y satisfacer sus necesidades.

Al respecto, la madre alegó que dicha prestación no contributiva de invalidez ya fue en su día solicitada y denegada, a lo que la Juzgadora de Instancia respondió que muy probablemente ello se debió a los ingresos de la unidad familiar, que superarían el límite legalmente previsto, siendo precisamente por ello por lo que debía extinguirse la prestación por alimentos y que percibiese la prestación a la que tenía derecho.

La propia Sentencia del JPI entra a señalar, con sorprendente pormenor, los requisitos para la prestación no contributiva de invalidez: carecer de ingresos suficientes. Existe carencia cuando las rentas o ingresos de que se disponga, en cómputo anual para 2011, sean inferiores a 4.866,40 € anuales. No obstante, si son inferiores a 4.866,40 € anuales y se convive con familiares, únicamente se cumple el requisito cuando la suma de las rentas o ingresos anuales de todos

los miembros de su Unidad Económica de Convivencia, sean inferiores a las cuantías que se recogen a continuación: 1. Convivencia solo con su cónyuge y/o parientes consanguíneos de segundo grado: 2 convivientes, 8.272,88 euros/año; 3 convivientes, 11.679,36 euros/año y 4 convivientes 15.085,84 euros/año. 2. Si entre los parientes consanguíneos con los que convive se encuentra alguno de sus padres o hijos: 2 convivientes, 20.682,20 euros/año; 3 convivientes, 29.198,40 euros/año y 4 convivientes, 37.714,60 euros/año.

Declarada extinguida la pensión de alimentos, la Juzgadora *a quo* no entró a valorar la petición deducida en la demanda reconvencional relativa a la elevación de la misma, para terminar aseverando, con llamativa rotundidad, que «nuestro sistema público cubre, como pensionista, todas las necesidades sanitarias del hijo».

En relación a la pensión compensatoria, la Juzgadora de Primera Instancia estimó que la situación, valorada en sentencia de separación, seguía siendo la misma y que, difícilmente, dadas las circunstancias que concurrían cambiaría con el transcurso del tiempo, no resultando suficiente alegar el percibo de una prestación por cuidadora, ni el haber percibido una herencia de 30.000, que en ninguna medida podía considerarse una muy ventajosa situación económica, por lo que procedía mantener la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación.

La madre recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla basándose, esencialmente, en una errónea valoración o apreciación de la prueba practicada en relación a la supresión o extinción de las pensiones de alimentos fijadas en su día a los hijos mayores de edad habidos durante el matrimonio, interesando su revocación no solo con mantenimiento de las mismas sino con aumento de la alimenticia del hijo a la suma de 700 euros mensuales.

Por su parte, el padre se alzó contra la resolución de primera instancia en lo relativo al mantenimiento de la pensión compensatoria establecida en su día a favor de su exmujer, interesando su revocación con supresión o extinción de la misma o que, subsidiariamente, se rebajase a 100 euros con una limitación temporal de 5 años.

En relación a la pretensión revocatoria de la sentencia de instancia en cuanto a la supresión de las pensiones de alimentos de los hijos, la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 2.ª) de Sevilla de 18 de mayo de 2012 consideró que, ante todo, era preciso analizar en el caso de autos si realmente se había producido una alteración sustancial de las circunstancias que determinaron en su día la fijación de aquellas medidas, requiriéndose que «tal alteración además de sustancial fuera objetiva, permanente, imprevisible e involuntaria (no buscada de propósito por quien insta el cambio, al menos, en cuanto al aumento exceda del normal desarrollo y evolución de las circunstancias vitales de la persona)».

Así las cosas, el Tribunal de apelación, recordando el mandato constitucional recogido en el artículo 39.3 CE, afirmaba que «dicho precepto constitucional no deja resquicio a posibles abdicaciones del deber impuesto, pues en la propia disposición de la Carta Magna se observa su imperatividad. En aplicación de tales principios, nuestro Código Civil contiene normas generales que señalan la obligación de alimentar a los hijos (arts. 142, 154 y sigs.) así como normas específicas sobre esa obligación en los supuestos de procedimientos matrimoniales (arts. 90 a 93 y 103 del mismo Texto Legal), siendo pues, una obligación básica para los progenitores y un derecho esencial de los hijos, y su concreción vendrá determinada por la proporcionalidad que debe existir entre la prestación a satisfacer y el caudal económico y circunstancias del obligado en cumplirla. Específicamente el apartado 2.º del referenciado artículo 93 del Código Civil prevé el establecimiento

de pensiones alimenticias a favor de los hijos mayores de edad, que conviviendo con alguno de los progenitores carezcan de plena independencia económica»³³.

Centrándose en el caso de autos, tras el análisis de la prueba practicada y documental aportada, se deducía en lo que respecta a la hija, que esta última, de 31 años de edad en aquel entonces, licenciada en Arquitectura Superior, «no solo está plenamente capacitada para el ejercicio de su profesión u oficio, sino que se encuentra completamente formada para su acceso al mercado laboral, sin que la pensión alimenticia pueda degenerar en una cómoda postura de dependencia determinante de un derecho ilimitado e incondicional ante el progenitor obligado a dicha pretensión; es decir, la precitada hija se encuentra en una perfecta disposición, capacidad y titulación para acceder al mercado laboral y ejercer un oficio, profesión o industria, no pudiendo mantenerse la vigencia de tal derecho reconocido y fijado en su día con independencia de la acción que podría ejercitar en reclamación de alimentos entre parientes al amparo de lo expresamente establecido en el artículo 142 del Código Civil y a través del procedimiento correspondiente».

Por otro lado, en lo que respecta al hijo, de 28 años de edad en aquella fecha, «si bien es cierto que sufre una esquizofrenia paranoide determinante de una discapacidad reconocida superior del 65%, también lo es, que sin perjuicio de la prestación asistencial que percibe la madre por ayudar a su hijo ascendente a 339,70 euros, lo realmente trascendente radica en que el precitado hijo reúne los requisitos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez al no superar el máximo anual permitido una vez se suspenda la pensión alimenticia, asumiéndose el minucioso análisis valorativo llevado a cabo por la Juez 'a quo' en la resolución recurrida y ello sin perjuicio del derecho a solicitar y recibir alimentos al amparo de lo establecido en los artículos 142 y sigs. de nuestro Código Civil».

En cuanto a la revocación del pronunciamiento de primera instancia relativo al mantenimiento de la pensión compensatoria, se volvió a comprobar nuevamente si se había producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron en su día la fijación de la medida cuya modificación se pretendía.

En este sentido, la Audiencia Provincial precisó que el presupuesto fáctico para el nacimiento de la pensión compensatoria *ex* artículo 97 Código Civil «es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede significar la separación o divorcio en relación a la posición de otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en cuanto que su fundamento descansa en el equilibrio que debe subsistir entre los cónyuges en los casos de ruptura matrimonial, de forma que ninguno de ellos se vea afectado, desde el punto de vista material, en el estatus que mantenía al tiempo de la convivencia; es decir, que dentro de lo posible cada uno de los cónyuges pueda seguir viviendo en un nivel equivalente al que tenía antes de la separación o divorcio, lo que conlleva la necesidad de compensar patrimonialmente la posición de los cónyuges a fin de evitar desequilibrios económicos. Para valorar ese posible desequilibrio habrá de sopesarse la posición del otro cónyuge, no solo en la faceta económica, sino teniendo en cuenta la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otra circunstancia de forma que la consecuencia sea el empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, lo que viene a corroborar que la enumeración que efectúa el artículo 97 del Código Civil no es exhaustiva pero sí de indudable importancia. Por tanto, la pensión compensatoria se determina sobre un doble elemento corporativo, por un lado de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al otro cónyuge), exigiéndose la combinación de estas condiciones comparativas para que pueda surgir o mantenerse con el consiguiente

reconocimiento judicial, debiendo tenerse en cuenta entre otros parámetros según la última doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, la dedicación a la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio».

Y continuaba: «en cuanto al alcance o contenido del derecho a la misma, se configura como un derecho relativo, condicional y sobre todo, limitado en el tiempo, relativo y circunstancial por cuanto depende de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; condicional, ya que una modificación de las concretas circunstancias concurrentes al momento de su concesión o mantenimiento puede determinar su modificación o suspensión (art. 100 y 101 CC); y además limitada en cuanto al tiempo de duración ya que su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la ruptura matrimonial, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, en virtud de la cual el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro».

Dicho esto y centrándose en el caso de autos y a resultas de la prueba practicada y documental aportada, la Audiencia Provincial dedujo que no solo en virtud de la sentencia de separación se fijó a favor de la esposa una pensión compensatoria que fue posteriormente mantenida en la sentencia de divorcio, ascendiendo en el momento de la resolución de apelación a la suma de 578 euros mensuales («no olvidemos, que la misma cuenta 56 años de edad, escasa cualificación profesional, estuvo dedicada básicamente al cuidado del marido, hijos y hogar durante los 18 años de matrimonio y continúa prestando atención y cuidados a su hijo de 28 años de edad diagnosticado de esquizofrenia paranoide»), sino que en ningún caso se apreciaba que se hubiera producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación y mantenimiento de la precitada pensión (el marido «si bien se ha prejubilado de forma voluntaria, se le ha garantizado el 95% de sus retribuciones, habiendo percibido una importante compensación económica por la extinción de la relación laboral manteniendo un nivel de ingresos similar al momento de establecerse aquella medida»), llegando, por consiguiente, a la misma conclusión que la juzgadora de instancia, cuyo pronunciamiento confirma íntegramente, «y ello sin perjuicio de la supresión o modificación de la precitada pensión si variasen las circunstancias o se produjese una alteración sustancial de la actual situación».

La Audiencia Provincial desestima, por tanto, ambos recursos de apelación.

II.2. LA STS DE 7 DE JULIO DE 2014

II.2.A) Consideraciones acerca de los fallos de instancias inferiores y de la intervención del Ministerio Fiscal

Confieso que, hasta este momento, he intentado (no sé si lo he logrado) ceñirme a describir lo acontecido en primera y segunda instancia, resistiéndome a expresar la enorme perplejidad que me han generado las consideraciones vertidas por los juzgadores de ambas instancias acerca de la extinción de la pensión alimenticia del hijo conviviente con la madre, mayor de edad y con discapacidad psíquica reconocida de un 65%. Quedémonos con la decisión de suprimir la pensión de alimentos para que, gracias a ella, desciendan los ingresos de la unidad

familiar y pueda solicitarse nuevamente la pensión no contributiva de invalidez del hijo, ya denegada con anterioridad. La Audiencia Provincial llega, incluso, a afirmar que «lo realmente trascendente radica en que el precitado hijo reúne los requisitos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez». Ha de reconocer el lector que no tiene desperdicio alguno.

Lo primero que podríamos achacar a los fallos coincidentes de ambas instancias es la enorme falta de sensibilidad que en ellos se denota hacia una persona con discapacidad psíquica sin patrimonio propio ni posibilidad, por el momento, de ejercer una actividad profesional. Sin embargo, desde la óptica estrictamente jurídica, debe irse más allá. Lo sucedido tiene una explicación mucho más sencilla, pero mucho más grave y, por tanto, altamente preocupante y censurable: el incumplimiento de una norma de carácter vinculante, la CDPD, en el que, por fortuna, no incurre, como se verá, el Tribunal Supremo.

Pese a no resultar acreditada una variación sustancial de las circunstancias que determinaron, en su día, la fijación de los alimentos en el proceso matrimonial, como reconoce, con absoluta claridad, la Audiencia Provincial, lo que, de entrada, hubiera justificado una desestimación de la pretensión contenida en la demanda (arts. 91 y sigs. CC y arts. 217 y 775 LEC), se procede a suprimir una pensión alimenticia, sencillamente, por considerarse que el hijo alimentista reúne los requisitos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez, la cual le fue denegada a consecuencia de los altos ingresos de la unidad familiar, de manera que se decide la bajada de estos a fin de que aumenten las posibilidades de concesión de aquella por parte de la Seguridad Social.

El exmarido-padre, en buena situación económica según nos relata la Audiencia Provincial («si bien se ha prejubilado de forma voluntaria, se le ha garantizado el 95% de sus retribuciones, habiendo percibido una importante compensación económica por la extinción de la relación laboral manteniendo un nivel de ingresos similar al momento de establecerse aquella medida») y aún mejor desde el momento en que se decide que deje de abonar la pensión alimenticia de la hija, ha hecho una simple operación aritmética consistente en sumar 578 euros mensuales que percibe la exesposa en concepto de pensión compensatoria, 339,70 euros que percibe en concepto de cuidadora del hijo con discapacidad y 521,22 euros de pensión alimenticia fijada a favor del hijo en la sentencia de divorcio (obviamos, ahora, la pensión a favor de la hija). La cuantía total asciende a 1438,92 euros, administrada por la exesposa-madre³⁴, siendo esta, tal vez, la circunstancia que provocó la reacción del exmarido-padre y siendo esta, tal vez, la circunstancia su pretensión de extinción no solo de la pensión alimenticia (a favor del hijo pero administrada por la madre), sino también de la compensatoria. Así las cosas, de haberse estimado íntegramente las pretensiones del actor, madre e hijo tendrían que haber subsistido con los 339,70 euros que aquella percibe en concepto de cuidadora del hijo con discapacidad o, como mucho, pero solo por 5 años, con 100 euros más, según era la petición subsidiaria del exmarido en caso de no estimarse su solicitud de extinción de la pensión por desequilibrio económico a causa de la ruptura matrimonial.

Por su parte, los juzgadores de ambas instancias también realizan cálculos numéricos pero, curiosamente, con la única finalidad de alcanzar una determinada cifra de ingresos de la unidad económica de convivencia a efectos de acreditar el requisito de carencia de rentas suficientes anuales y, en consecuencia, poder solicitar una prestación social, concluyendo que, para que salgan las cuentas y con la certeza del éxito de la solicitud administrativa, lo procedente es suprimir la pensión alimenticia del hijo.

Es preciso destacar que lo que está en juego son cuestiones económicas de Derecho privado, no de ayudas de naturaleza prestacional que forman parte del sistema de la Seguridad Social (de cuya solvencia y solidez, incluso, se ha dudado últimamente), y, al respecto, ha de concluirse que, en nuestro Ordenamiento, existen instrumentos jurídico-privados fundados en la ayuda y solidaridad recíproca entre las personas unidas por vínculos cercanos e íntimos y específicamente enmarcados en la institución familiar diseñados para atender las necesidades vitales de un descendiente con discapacidad, los cuales no son excluyentes de las prestaciones públicas, como, con mejor criterio a las que aquí son objeto de análisis, advierten algunas resoluciones judiciales.

De este modo, la SAP de Tenerife (Sección 1.ª) de 22 de octubre de 2012, ante la solicitud por parte del padre de extinción de la pensión alimenticia del hijo, afirma en su FJ. 3.º: «pero además debe decirse que incluso la alteración de circunstancias sería condición necesaria pero no siempre suficiente tratándose de la pensión alimenticia, por razón de que es primordial y decisiva la consideración de las necesidades del hijo en la medida de lo posible, para lo que además no puede reputarse excesiva precisamente la cantidad de 210 euros al mes, teniendo en cuenta muy particularmente en este caso que respecto de este hijo, Víctor, dadas las circunstancias, constituidas por la minusvalía congénita que padece (deficiencia mental severa), debe ceder cualquier otra consideración, incluso la de que se le haya asignado la prestación asistencial pública para dicho hijo, a la mejor subvención de las notorias y extraordinarias necesidades del hijo, pues sin duda debe valorarse especialmente que la minusvalía que padece precisa sin duda de la mayor atención por parte de su madre, quien tiene al hijo en su compañía en la vivienda familiar, lo que constituye la prestación natural de los alimentos, teniendo prorrogada la patria potestad». Repárese en la afirmación de que la discapacidad «debe ceder cualquier otra consideración».

Asimismo, la reciente SAP de Valencia (Sección 10.ª) de 15 de abril de 2014, dictada en un procedimiento de divorcio: «para decidir si procede o no fijar alimentos para los hijos de los litigantes de 27 y 21 años de edad, de acuerdo con el artículo 93 del Código Civil, se tiene en cuenta que estos no son independientes, porque no consta que desarrollen una actividad laboral remunerada, y padecen sendas minusvalías del 77% (folios 11 y 13), y las percepciones que reciben de 310,17 euros al mes en el caso de Eduardo, de 27 años, y de 474,37 euros al mes en el caso de Guillermo, de 21 años (folios 139 y 141, que son los oficios a los que se refiere el razonamiento jurídico anterior) en forma de pensiones no contributivas de invalidez, no eximen a la demandada de abonar la cuantía fijada por el Juzgado en concepto de alimentos, toda vez que esas pensiones públicas están destinadas a sufragar una parte de los cuantiosos gastos adicionales que la minusvalía acarrea para la persona que la sufre, quedando otras muchas atenciones ordinarias que deben ser satisfechas con la contribución alimenticia de ambos progenitores, la del conviviente mediante la asistencia diaria, y la de la no conviviente mediante el pago de las pensiones, que, por todo lo dicho, deben ser confirmadas».

Claro lo anterior, si en el caso de autos hubiera sido discutible la percepción de los alimentos matrimoniales por parte del descendiente mayor de edad con discapacidad psíquica, la respuesta judicial podría haber sido la declaración de la extinción de la pensión, sugiriendo la cobertura de las necesidades vitales del hijo a través del cauce de los alimentos entre parientes *ex* artículos 142 y sigs. del Código Civil, recurso este último muy utilizado por nuestros jueces y tribunales, aunque en relación a supuestos de hijos mayores sin discapacidad (de todos

modos, todo apunta a que de quedar el supuesto subsumido en los alimentos legales, ello hubiera conducido nuevamente al padre como deudor de los mismos). Así las cosas, la línea doctrinal seguida, recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993³⁵, 16 de julio de 2002³⁶ y de 24 de octubre de 2008³⁷, consiste en entender que el origen de la obligación de alimentos a los hijos menores no emancipados deriva de los artículos 39.3 CE y 154 del Código Civil, en tanto que la obligación de alimentos de los hijos mayores deriva de la obligación genérica de alimentos entre parientes contemplada en los artículos 142 y sigs., de carácter más limitado que la anterior (el art. 142 alude solo a «lo que es indispensable»). Esta posibilidad no me resulta satisfactoria (y, por suerte, no fue la seguida por el Tribunal Supremo, acerca de la cual se pronuncia expresamente, descartándola por no considerarla adecuada a la CDPD ni dar respuesta inmediata a la situación planteada), puesto que origina una reclamación judicial y, mientras tanto, deja al hijo con discapacidad desprotegido, pero, al menos, seguimos en el terreno del Derecho privado y de las relaciones familiares.

Mejor aún hubiera sido que los juzgadores de primera y segunda instancia hubieran desestimado la pretensión del actor, quien, tras el posterior reconocimiento de la pensión de invalidez al hijo, podría haber solicitado la modificación (rebaja o, en su caso, supresión de los alimentos) de las medidas definitivas adoptadas en el pleito matrimonial. Este orden, justamente el inverso al seguido, hubiera asegurado al hijo la cobertura de sus necesidades básicas (materiales y espirituales) y, llegado el caso, no es claro que debiera eximirse al padre del pago de la pensión, tal y como sucedió en las citadas sentencias tinerfeña y valenciana, salvo que variasen sustancialmente las circunstancias y así fuera debidamente acreditado.

Sin embargo, tanto la juzgadora de instancia como el tribunal de apelación, sin valorar las consecuencias negativas de sus decisiones, optan por sustituir un instrumento jurídico privado como es la pensión alimenticia por la eventual posibilidad de solicitud de una ayuda pública, paralizando la situación económica de un hijo con un 65% de discapacidad psíquica a la espera de que en el futuro le sea concedida dicha ayuda y sin reparar en que la tramitación administrativa del reconocimiento de las prestaciones públicas dejaría, durante cierto tiempo, desprotegido al hijo. Además, partiéndose de que la prestación no contributiva de invalidez le sería concedida, esta podría ser de menor importe que la pensión alimenticia (para el año 2014, el mínimo de la pensión es de 91,48 y el máximo de 365,90 por 14 mensualidades al año), cuando la madre, a la vista de las necesidades del hijo, lo que solicita es un incremento de la cuantía. Y en caso de denegación de la prestación social o bien de reconocimiento de una cuantía inferior a la que debiera corresponder en atención a los recursos de la unidad de convivencia, competente para conocer del litigio sería la jurisdicción social, nunca la civil.

Apuntadas algunas posibles alternativas por las que, en mi opinión, podía haberse judicialmente optado antes de aquella por la que, asombrosamente, se inclinaron ambas instancias, continuamos con el *iter* procesal del caso de autos.

Contra la sentencia de apelación interpuso la exesposa y madre demandada-reconviniente-apelante dos recursos: uno, extraordinario por infracción procesal con apoyo en la infracción del artículo 218 LEC, en relación con la apreciación conjunta de la prueba puesto que la sentencia no se somete a las reglas básicas de la motivación, en especial, respecto a la supresión de la pensión de alimentos a favor de un hijo discapacitado, así como la infracción de los artículos 24 CE y artículos 326 y 317.5 LEC por incurrir en una indebida, arbitraria y ma-

nifiestamente errónea apreciación de hechos por parte del Tribunal; y otro, de casación, en el cual se alega infracción de los artículos 39.2 CE y artículos 110, 154 y 142 CC, en relación con el artículo 30 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, y las sentencias que cita.

Admitido el recurso, el exmarido presentó escrito de impugnación al mismo.

Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó escrito apoyando el segundo de los recursos interpuesto, el de casación, en el cual considera, por un lado, que existe interés casacional pues el hijo de 27 años, pero con una discapacidad mayor al 65%, no puede llevar una vida independiente, al estar necesitado de apoyo para realizar sus actividades ordinarias, no pudiendo entenderse que estamos ante un hijo mayor o emancipado, al que le es aplicable el régimen de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, puesto que los alimentos de un hijo de estas características, no pueden verse afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes, no pudiendo tener el mismo régimen que los alimentos a otro hijo mayor de edad o emancipado.

Por otro lado, dice en su informe el Ministerio Fiscal, se acredita la situación de discapacidad del hijo, «que le limita de manera importante y grave; y no constando la incapacitación del mismo, ni la prórroga de la patria potestad a favor de la madre, entendemos que los derechos del mismo están afectados y mermados por las resoluciones dictadas, no siendo respetado su derecho de «igualdad ante la ley», reconocido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del 13 de diciembre de 2006, vigente en España desde el 3 de mayo de 2008, al señalar en su artículo 12, que «los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos...» .

Pese a que la argumentación jurídica contenida en el escrito del Ministerio Fiscal resulta absolutamente impecable y no puede dudarse del enorme compromiso asumido por la institución con la protección de las personas con discapacidad y su magnífica aportación en esta materia³⁸, es inevitable que surja un interrogante: si en el recurso de casación es parte el Ministerio Fiscal, ¿qué motivó su falta de intervención en las instancias inferiores, preceptiva *ex* artículo 124 CE, artículo 3 del Estatuto del Ministerio Fiscal³⁹ y artículo 8.2 LEC?

Precisamente, tras la entrada en vigor de la CDPD, la actividad del Ministerio Fiscal en su cometido constitucional como defensor en los procedimientos relativos a la protección de los derechos humanos de las personas más vulnerables ha cobrado una nueva dimensión, siendo su intervención en esta materia sumamente relevante, pues es el garante de la efectiva aplicación del Tratado Internacional. Siendo este el rol constitucional y estatutariamente encomendado al Ministerio Fiscal, alcanzando especial trascendencia su intervención en el orden civil para proteger a las personas en situación de vulnerabilidad, ha de concluirse que, en las instancias inferiores del litigio que nos ocupa, no veló por el respeto de los derechos de una persona con discapacidad psíquica y por la igualdad de trato, disfuncionalidad esta que desconocemos a qué fue debida, contándose con su intervención solo en la fase final del procedimiento, circunstancia que es subrayada por el propio Tribunal Supremo.

Puesta sobre la mesa la cuestión, toca ya conocer el importante pronunciamiento del Tribunal Supremo, el cual solo entra a analizar el recurso de casación, «dado que sin alterar los hechos de la sentencia, la Sala entiende que procede una calificación jurídica distinta que hace innecesario pronunciarse sobre el

recurso extraordinario por infracción procesal en el que la crítica a la falta de motivación y de valoración arbitraria de la prueba no resulta trascendente, visto el desarrollo del pleito, para profundizar en la situación personal del hijo y llegar a la conclusión que se interesa en el recurso de casación».

Para el Alto Tribunal, el interés casacional que ampara el recurso exige analizarlo desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde la consideración que merece la privación de los alimentos por el simple hecho de haber alcanzado el hijo la mayoría de edad y ser posible perceptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social, equiparando este derecho a la real y efectiva existencia de recursos económicos del apartado segundo del artículo 93 del Código Civil. En segundo lugar, desde la situación personal del alimentado afectado por una grave situación de discapacidad.

II.2.B) El derecho a alimentos del hijo mayor de edad, con discapacidad psíquica, conviviente y sin recursos económicos aunque posible perceptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social

Como señala el Tribunal Supremo, la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la Administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor.

Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS de 5 de noviembre de 2008), lo que no es del caso.

El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 CE (STS de 8 de noviembre de 2008).

Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado (*rectius*: hijo con discapacidad, en cumplimiento del mandato de la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006) sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente.

II.2.C) La situación del alimentado con discapacidad: su equiparación al hijo menor de edad in potestate

En palabras del Supremo, la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con

diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

«Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico».

En los términos expuestos, el Tribunal Supremo destaca la vulnerabilidad o fragilidad del hijo mayor de edad con discapacidad, pese a no estar incapacitado judicialmente («con o sin expediente formalizado»), equiparándola a la del menor de edad, a efectos de la continuidad de la obligación alimenticia fijada en el seno de un procedimiento matrimonial con base en el artículo 93 del Código Civil (recuérdese que dicho precepto requiere una doble exigencia: mantener la convivencia del hijo en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios), descartando, por tanto, el régimen alimenticio propio de los artículos 142 y sigs. del mismo Texto legal.

Como es sabido, nuestros jueces y tribunales vienen entendiendo que el origen de la obligación de alimentos a los hijos menores no emancipados deriva de los artículos 39.3 CE y 154 del Código Civil, en tanto que la obligación de alimentos de los hijos mayores deriva de la obligación genérica de alimentos entre parientes contemplada en los artículos 142 y sigs., de contenido más limitado que la anterior. Precisamente, lo que el Tribunal Supremo determina ahora es que, en relación con los alimentos de un hijo con discapacidad psíquica, habida cuenta de la filiación pero especialmente de su discapacidad, es crucial dispensarle protección a través de los alimentos matrimoniales, de pautas más flexibles y elásticas que la de los legales, y ello, ha de entenderse, siempre que se den los dos requisitos exigidos por el artículo 93.2 del Código Civil: convivencia en el domicilio familiar y carencia de ingresos propios.

II.2.D) La doctrina jurisprudencial fijada por el Alto Tribunal

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y, en funciones de instancia, casa y anula la sentencia recurrida, acordando, conforme se interesa en el

recurso, mantener la pensión alimenticia vigente hasta este momento en favor del hijo, debiendo el padre afrontar asimismo el 50% de los gastos extras de sanidad y formación no cubiertos por la Seguridad Social, previa justificación, estableciendo como doctrina jurisprudencial la siguiente: «la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos».

Creo que merece la pena destacar, en relación a esta novedosa e importante doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, que, además de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en la CDPD, el Alto Tribunal da claras muestras de una gran humanización, pues su resolución se encuentra en perfecta sintonía con el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, sobre el cual gira el citado Tratado. Conforme a ello, la Sentencia contribuye a promover la idea de la tutela de la persona con discapacidad como portadora de derechos humanos.

El Tribunal Supremo, en línea con lo que indicábamos al inicio de estas páginas, ha establecido un paralelismo entre el menor de edad *in potestate* y la persona mayor de edad con discapacidad psíquica no incapacitada judicialmente, dejando claro, a través de la equiparación (la cual compensa el desequilibrio normativo ya reseñado), que es preciso dispensarle a esta el mismo trato legal que a aquel en cuanto a la obligación de alimentos derivada de un proceso matrimonial: «los derechos del discapacitado son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores», afirma.

La Sentencia, que se detiene en subrayar que el contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil alcanzando rango constitucional, se aleja completamente del tradicional entendimiento de que la persona con discapacidad deba ser considerada, de por vida, una persona anulada y marginada socialmente, puesto que considera que el hijo requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva, «mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención», por lo que, persistiendo tales circunstancias, aboga por una forma de capacitación o apoyo para la integración laboral, social y económica del hijo con discapacidad psíquica, lo cual encaja a la perfección en los mandatos de la CDPD.

III. CONCLUSIONES

I. La configuración legal del estatuto jurídico existencial o personal del menor de edad no emancipado y de la persona con discapacidad psíquica difieren en uno y otro caso de manera injustificada, siendo aconsejable realizar una asimilación normativa entre ambos.

II. La especial trascendencia de la CDPD no radica en su contenido innovador, sino en ser un instrumento jurídico de carácter obligatorio o vinculante.

III. La ratificación por parte de España de la CDPD comporta, de un lado, la obligación de adecuar sus normas a los principios, valores y mandatos proclamados en dicho Tratado internacional y, de otro, que, con independencia de que se proceda o no a dicha adaptación, la CDPD es Derecho interno vigente directamente aplicable.

IV. La intervención del Ministerio Fiscal en virtud de lo que determina el artículo 3 de su Estatuto Orgánico en cumplimiento de la misión constitucional

que le atribuye el artículo 124 CE adquiere especial relevancia cuando se trata de la defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables, categoría que incluye, no solo a aquellas personas incapacitadas judicialmente sino, también, a quienes ostenten la condición de «persona con discapacidad», según la definición contenida en el artículo 1 de la CDPD.

V. Ante el reconocimiento por parte de la CDPD del derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, es evidente que aun cuando un hijo mayor de edad con discapacidad psíquica puede recibir ayudas de la Administración pero no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dada la dificultad para acceder al mundo laboral, no es posible, en tales circunstancias, desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor alimentante.

VI. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo.

VII. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 CE.

VIII. La obligación de alimentos se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos en los que un hijo con discapacidad sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que, en su caso, acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con uno de ellos y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente.

IX. Decir que el hijo mayor de edad con discapacidad psíquica conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, no solo no responde a la finalidad de lograr que los objetivos de la CDPD se conviertan en realidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos

momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.

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

IV. INDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

Juzgados de Primera Instancia

S. núm. 17 de Sevilla de 15 de marzo de 2011

Audiencias Provinciales

- SAP de Sevilla (Sección 2.^a) de 18 de mayo de 2012
- SAP de Cuenca (Sección 1.^a) de 28 de septiembre de 2012
- SAP de Tenerife (Sección 1.^a) de 22 de octubre de 2012
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 12 de mayo de 2013
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 16 de mayo de 2013
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 23 de mayo de 2013
- SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 10 de octubre de 2013
- SAP de León (Sección 2.^a) de 6 de noviembre de 2013
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 12 de noviembre de 2013
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 4 de diciembre de 2013
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 13 de marzo de 2014
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 15 de abril de 2014

Tribunal Supremo (Sala 1.^a)

- STS de 5 de octubre de 1993
- STS de 16 de julio de 2002
- STS de 24 de octubre de 2008
- STS de 5 de noviembre de 2008
- STS de 29 de abril de 2009
- STS de 11 de octubre de 2012
- STS de 24 de junio de 2013
- STS de 7 de julio de 2014

Tribunal Constitucional

- STC 13/1992, de 6 de febrero
- STC 205/1993, de 17 de junio
- STC 166/2007, de 4 de julio
- STC 208/2013, de 16 de diciembre

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2012). «Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados a propósito del artículo 93.2 del Código Civil». *RCDI*, núm. 731, págs. 1568-1612.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. (2010). *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC)*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I. (2010). «Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad». *RCDI*, núm. 718, págs. 767-771.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). «Sub artículo 152 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 540-542.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- McSHERRY, B. (2012). «Legal capacity under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities». *Journal of Law and Medicine*, 20(1), págs. 22-27.
- MORANI, G. (2009). «La tutela della prole nelle crisi familiari: soluzioni e rimedi dei patti internazionali e del sistema normativo interno». *Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 38, núm. 4, págs. 1984-2003.
- MORENO VELASCO, V. (2010). «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio». *Diario La Ley*, núm. 7433, Sección Tribuna, 28 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-212.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993). «Sub artículo 110 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 432-434.
- ROCA TRÍAS, E. (1993). «Sub artículo 93 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 391-394.
- VIVAS TESÓN, I. (2010). *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión jurídica.
- (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Olivenza (Badajoz): Futuex.
- (2012). «Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar». *RDP*, núm. 5, septiembre-octubre, págs. 3-40.
- (2013). «Discapacidad y consentimiento (o disenso) informado: el derecho de la persona a ser dueña de su propia vida». *RJN*, núm. 82 abril-junio, págs. 483-516.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2014). «Algunas cuestiones polémicas en la pensión de alimentos». *El Derecho* (http://www.elderecho.com/tribuna/civil/pension_de_alimentos-pension_alimenticia_11_703555002.html).

NOTAS

¹ Dicha terminología, anunciada por la Disposición Final 1^a de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, ya es utilizada por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (norma que, con alguna excepción, aún no ha entrado en vigor), incluyéndose, asimismo, en

el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, recién aprobada su remisión a las Cortes Generales por el Consejo de Ministros el pasado 1 de agosto y que, esperemos, pueda ver, por fin, muy pronto la luz.

De todos modos, quisiera advertir que cuando en el texto utilice, bien reproduciendo casos judiciales, bien alguna norma vigente que hasta la fecha sigue conservando dicha nomenclatura, la expresión «incapacitado judicialmente» o «procedimiento de incapacitación judicial», queda excluida cualquier connotación peyorativa del término.

² En nuestro trabajo (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Olivenza (Badajoz): Futuex, págs. 85-86, realizábamos unas propuestas que rubricábamos «Atrevidas consideraciones de *lege ferenda* para una reforma de nuestro sistema de protección de las personas no autónomas», entre las cuales, la séptima (7.^a) se planteaba en los siguientes términos: «si no se considerara oportuna la introducción *ex novo* en el Ordenamiento español de instrumentos de protección similares a la administración de apoyo italiana o a la reciente asistencia catalana, sería aconsejable, al menos, asimilar, en lo posible, la normativa de la persona incapacitada judicialmente (actualmente, en período de reforma, de la cual estamos a la espera) a la de la de menor de edad, en la cual se encuentran disposiciones que obligan al respeto de su personalidad, a ser oída antes de adoptar decisiones que le afecten, a educarla y procurar una formación integral, a respetar su integridad física y psicológica, etc. El menor, con una capacidad en vías de madurez pero no plena, goza de condiciones legales notablemente mejores que el incapacitado judicialmente».

³ Al respecto, es preciso recordar que la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, establece, en su Disposición final 1.^a, que «el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley—, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial», promesa esta incumplida.

Por su parte, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Disposición adicional 7.^a, rubricada «Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones», contempla que «el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen», compromiso, asimismo, incumplido.

⁴ El documento de trabajo sobre la posible reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente (2010) puede consultarse en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia_y_Discapacidad/Documentos_de_interes/Informes/Documento_de_trabajo_sobre_la_posible_reforma_del_Codigo_civil_del_Estatuto_Organico_del_Ministerio_Fiscal_y_de_la_Ley_1_2000_de_Enjuiciamiento_Civil_en_materia_de_modificacion_judicial_de_la_capacidad_y_de_las_medidas_de_proteccion_y_apoyo_de_menores_y_de_personas_con_capacidad_modificada_judicialmente_2010_y_una_Propuesta_articulada_de_reforma_del_Codigo_civil_y_de_la_Ley_de_Enjuiciamiento_Civil_para_su_adequacion_al_articulo_12_de_la_Convencion_Internacional_de_los_Derechos_de_las_Personas_con_Discapacidad_elaborada_por_la_Subcomision_de_Expertos_sobre_el_Procedimiento_de_Modificacion_de_la_Capacidad_de_Obrar_del_Real_Patronato_sobre_Discapacidad_de_13_de_junio_de_2012_esta_disponible_en_http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ad9a08fd-4a33-49e5-b3de-5ed711e787c3&groupId=10228.

⁵ Considero muy acertado el tratamiento jurídico separado entre personas con discapacidad física o sensorial y personas con discapacidad psíquica que realiza MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, entre otras en págs. 42, 44, 45 lo que le lleva a afirmar que dicha diferenciación «hace que la pretensión de dar un tratamiento conjunto a estos distintos tipos de discapacidad, si bien es acertada en sus aspectos fundamentales (igual dignidad, iguales derechos básicos), puede ser contraproducente cuando se trata de establecer las medidas u objetivos concretos», lo cual «tiene consecuencias relevantes, por ejemplo, a la hora de interpretar las previsiones de la CDPD, que en cierta medida incurre en el defecto denunciado —previsiones generales, que no diferencian entre los distintos tipos de discapacidad—, lo que aconseja ‘releer’ toda la Convención desde la perspectiva de la discapacidad psíquica, para adaptar sus previsiones a las características de dicha discapacidad».

El propio autor reconoce que «el paralelismo inicial entre las figuras de guarda de menores y de discapacitados se rompen en 1987, cuando mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se introduce en nuestro Ordenamiento civil un nuevo modelo de protección de menores, que he denominado funcional o asistencial, frente al modelo institucional (patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial)», pág. 64.

⁶ En relación a la asimilación recíproca entre el menor de edad y la persona con discapacidad psíquica operada por las Leyes 11/1981 y 13/1983, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, cit., págs. 55-56, para quien «parece claro que se ha producido un más que notable acercamiento entre las figuras previstas para sustituir o complementar la incapacidad (o capacidad limitada), y, en su caso, atender al cuidado de la persona y bienes de los menores, y las dispuestas con las mismas finalidades respecto a los incapaces». Dicho autor, en la pág. 58 de su trabajo, realiza la siguiente afirmación: «desde la Ley 13/1983, ha comenzado lo que cabría denominar un giro personalista en las instituciones de guarda, que comienzan a preocuparse, aunque sea mínimamente y sin excesiva eficacia, de los aspectos más personales: es lo que hace, por ejemplo, el vigente artículo 269 CC, que obliga al tutor a procurar alimentos al incapacitado (pero sin que esté claro si esa obligación incluye la de prestar alimentos a costa de su propio patrimonio), así como a promover la adquisición o recuperación de su capacidad, y su mejor inserción en la sociedad». Considero, muy al contrario (si bien creo que el propio autor viene, en el fondo, a reconocerlo), como puse de relieve en mi trabajo *Más allá de la capacidad de entender y querer...*, pág. 26, que «la discapacidad, en nuestro Código Civil, está, por tanto, esencialmente patrimonializada, pues no importa tanto la persona, sus necesidades, sus sentimientos y aspiraciones ni el ejercicio de sus derechos fundamentales (dignidad, igualdad, derecho a la salud...), como la tutela y conservación (a veces, expoliación) del patrimonio del enfermo y, a partir de la declaración judicial de incapacitación, la fácil obtención de la prueba para impugnar la validez de los actos patrimoniales realizados por el incapacitado en su perjuicio».

Cierto es que esta visión acentuadamente patrimonialista no debe extrañarnos demasiado, si tenemos en cuenta que se trata de un Código dirigido, primordialmente, a la salvaguardia de la producción y circulación de la riqueza, siendo la propiedad privada el pilar fundamental sobre el cual se sustentan, sustancialmente, sus normas. Conforme a ello, la capacidad de obrar de la persona resulta subordinada a las exigencias del tráfico jurídico-económico».

⁷ Destacamos, entre otras muchas y como botón de muestra de la realidad forense en esta materia, la SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 29 de noviembre de 2010, de la que queremos destacar dos cuestiones: una positiva, su sensibilidad a la hora de utilizar la apropiada terminología «modificar la capacidad de obrar»; una negativa, el quedar muy lejos de ser un «traje a medida» y, si se nos permite añadir, «sin la más mínima arruga» para el demandado, pues, confirmando la sentencia de primera instancia, le priva prácticamente de todos sus derechos (incluido, el de sufragio activo) anulando a la persona, al declarar que aquel «no tiene capacidad de obrar y habilidades necesarias para actuar, por sí solo, y prestar consentimiento válido en relación a:

1) Decidir el lugar donde residirá.

2) Tomar decisiones y otorgar consentimiento válido e informado sobre pautas alimenticias, higiénicas y demás actuaciones de la vida personal.

3) Tomar decisiones y otorgar consentimiento válido informando para cualquier intervención o tratamiento médico.

4) Para realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio.

5) No puede otorgar testamento.

6) No puede otorgar poderes.

7) No puede entablar acciones judiciales.

8) No puede otorgar, por sí solo, consentimiento válido en contratos o negociaciones jurídicas que afecten a su persona o a su patrimonio.

9) Carece de capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo».

⁸ La SAP de Cuenca (Sección 1.ª) de 28 de septiembre de 2012 conoce en apelación el recurso contra la Sentencia del JPI que declaraba la incapacitación judicial total de una persona para el gobierno de su persona y bienes que se extendía, además, a la imposibilidad de ejercitar el derecho de sufragio, con el consiguiente nombramiento de tutor. La AP, al conocer el recurso de apelación y siguiendo las directrices marcadas por la CDPD, revoca la sentencia de instancia y considera que el sistema de protección debe ser la curatela «pues hemos de partir del hecho de que la situación de inidoneidad de una persona debe quedar claramente acreditada y concretamente valorada y en su extensión y límites no debe extenderse más allá de lo necesario; sin que se pueda olvidar que aunque la incapacitación desde un punto de vista jurídico constituye un mecanismo de protección de las personas cuyas facultades se hayan limitadas, desde una perspectiva personal puede ser vivida de forma muy negativa, y producir unos efectos anímicos demoledores» (FJ. 3.º). En este sentido, considera que la incapacitación debe ser parcial, revocando la privación del derecho a otorgar testamento y privación del derecho de sufragio activo, a la vista de las pruebas obrantes en las actuaciones, pues no hay ningún motivo para afirmar que la demandada carece de aptitudes para manejar su libertad de voto una vez se le procure información asimilable y manejable, y su capacidad, aunque limitada, pueda procesarla y actuar en consecuencia.

En la STS (Sala de lo Civil) de 24 de junio de 2013, se conoce de la incapacitación judicial total de una persona (que incluía la privación del derecho al sufragio activo) declarada en primera instancia y confirmada en segunda. El TS estima los recursos de casación interpuesto por el demandado y por el Ministerio Fiscal, declarando, en aplicación de lo dispuesto en la CDPD, la incapacitación parcial con nombramiento de un curador. En el FJ. 2.º de su Sentencia, afirma respecto al derecho al voto: «En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado».

La SAP de Valencia (Sección 10.ª) de 23 de mayo de 2013 y la SAP de Barcelona (Sección 18.ª) de 12 de noviembre de 2013 cambian la incapacitación total declarada en primera instancia por la parcial, devolviéndole a la persona el derecho de sufragio.

Sumamente interesante resulta la detenida lectura de la reciente Sentencia de la misma Audiencia Provincial y Sección de 13 de marzo de 2014, en la que se revoca el fallo de primera instancia, en el único sentido de dejar sin efecto la extensión de la declaración de incapacidad al derecho de sufragio activo, del que realiza una pormenorizada exposición de su regulación tanto por los instrumentos internacionales como por la legislación estatal: «el informe psicosocial recoge que Jesús es autosuficiente en cuanto a actividades de la vida diaria y capaz de tomar decisiones sencillas, que es aficionado a la lectura, en especial sobre temas políticos, y ejerce habitualmente el derecho de voto. El Departament de Benestar le reconoce un grado de invalidez del 77%, pero esa calificación administrativa no especifica que sea incapaz para elegir opción y votar. En la exploración judicial Jesús demuestra conocer los nombres de los principales políticos y dice que va a votar habitualmente y lo ratifica el informe médico forense, aunque recoja que no conoce los partidos. No se ha practicado prueba específica sobre la incapacidad del demandado para conformarse un juicio contrario a su capacidad respecto a opciones electorales, ni el hecho de ir a votar le ha de perjudicar, ni ha de afectar al orden público» (FJ. 3.º).

Acerca de la privación del derecho de sufragio activo de las personas sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, tras subrayar que se trata de un derecho fundamental y que únicamente en casos excepcionales los jueces podrán privar del derecho de sufragio mediante sentencia en la que se exprese el análisis de los correspondientes elementos probatorios sobre las facultades para hacer uso del derecho al sufragio de la persona con discapacidad, sin que sea posible considerar que su pérdida es una consecuencia necesaria de la declaración de incapacidad de una persona, de suerte que aun cuando haya sido modificada la capacidad, el afectado puede conservar su derecho de sufragio, salvo que se le prive motivada y expresamente de este derecho, se afirma que «el derecho de sufragio es personalísimo e intransmisible, no contemplándose en la legislación vigente otra forma de votación que la personal y directa o por correo, no resulta admisible el voto por sustitución o por poder. Es decir, la manifestación de voluntad ha de ser ejercitada por la persona con discapacidad, sin que pueda ser suplantada por la de otra persona. Cuestión diferente es que al discapacitado se le provean todos los medios y apoyos precisos para que la discapacidad no suponga un límite para el ejercicio del derecho de sufragio, lo cual constituye la garantía a la que se refiere el apartado iii) del artículo 29 a) de la Convención, cuando hace referencia a que otra persona de su elección les preste asistencia para votar».

⁹ La STS (Sala 1.ª) de 29 de abril de 2009, la cual considera que la incapacitación judicial no es contraria a los principios establecidos en la CDPD, reconoce: «todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el artículo 162 CC exceptúa de la representación de los padres «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo» (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio (sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el artículo 162 CC aparece referido solo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el artículo 760.1 LEC y se establecía en el ahora derogado artículo 210 CC después de la reforma de 1983; también el artículo 209 del Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 julio excluye de la representación los actos «relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo» y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces».

En relación a una persona con discapacidad pero no con capacidad judicialmente modificada, me permito recomendar la lectura de la STC 208/2013, de 16 de diciembre, que declara vulnerados los derechos al honor y a la propia imagen de una persona con discapacidad no incapacitada judicialmente como consecuencia de la entrevista realizada

y emitida en un programa televisivo, así como por la difusión de su imagen en la página web del programa.

¹⁰ La propia CDPD, en su artículo 7.2 dispone: «2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño».

¹¹ BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2011.

¹² Vid. la interesante Circular 1/2012, de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

¹³ Concretamente, el Código Penal de 1995, al tipificar las lesiones, dispone en su artículo 156.2: «sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz». En el proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal (puede consultarse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF) se contempla una reforma del citado precepto para, según expresa en su Exposición de Motivos, dar «mejor tratamiento a la esterilización acordada por órgano judicial, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código».

¹⁴ Al respecto, es preciso señalar que si bien la Convención de la ONU no hace expresa alusión a la esterilización, sí insta a los Estados partes a introducir reformas que garanticen a las personas con discapacidad el goce efectivo de sus derechos a la vida, la integridad y el derecho a fundar una familia (en concordancia con el artículo 12 del Convenio Europeo para la de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950), lo que determina, sin duda alguna, un nuevo horizonte para la maternidad de la mujer con discapacidad y la necesidad de valorar su consentimiento.

Recientemente España ha ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014), el cual, en su artículo 39, condena expresamente las prácticas de esterilizaciones forzadas y los abortos coercitivos a mujeres sin su conocimiento.

¹⁵ Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, cit., págs. 69-76, la expresión «capacidad jurídica» empleada por la CDPD ha de entenderse como capacidad legal (*legal capacity*), la cual abarca tanto la dimensión estática como la dinámica, es decir, la capacidad jurídica en sentido técnico restringido y la capacidad de obrar. «Por tanto, no es correcto concluir que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar ha desaparecido, y que ambos conceptos se han unificado en uno solo —el de capacidad jurídica—; ello, ni en general, ni tratándose de personas con discapacidad. Las dos dimensiones (estática y dinámica) de la capacidad legal están claramente presentes en el artículo 12 de la Convención, y su diferenciación sigue siendo una herramienta conceptual útil para la comprensión de las líneas básicas del Derecho de la Persona, y en particular de las reglas relativas a la discapacidad intelectual o mental» (pág. 76).

Acerca del significado de «legal capacity», vid. MCSHERRY, B. (2012). «Legal capacity under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities». *Journal of Law and Medicine*, 20(1), págs. 22-27.

¹⁶ A título de ejemplo, la SAP (Sección 10ª) de 12 de mayo de 2014, para la que, tras reproducir la definición de «discapacidad» que proporciona la CDPD, considera: «hay que significar, a la vista de este primer acercamiento a la presente regulación, que, dejando atrás viejos modelos médicos, parece desprenderse de su articulado por un lado la asunción del

modelo social de la discapacidad al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno. Y por otro, que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados». Destacan, asimismo, el modelo de apoyo o asistencia de la CDPD, la SAP de Valencia (Sección 10.^a) de 16 de mayo de 2013 o la SAP de León (Sección 2.^a) de 6 de noviembre de 2013.

¹⁷ Los signatarios y ratificaciones de la Convención y Protocolo Facultativo pueden consultarse en <http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?id=578>.

¹⁸ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.

¹⁹ BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.

²⁰ BOE núm. 289, de 3 de diciembre (con entrada en vigor al día siguiente de su publicación).

²¹ La redacción recibida por la Ley 12/2012 es, en concreto, la siguiente: «El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad».

²² La cuestión de los límites de la delegación legislativa y del eventual exceso en la actividad refundidora derivada de una delegación legislativa (*ultra vires*) por parte del Gobierno reviste sumo interés y el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de tratarla en diversas ocasiones. Conforme a la doctrina constitucional sobre los límites al ejercicio por parte del Gobierno de la delegación legislativa (entre otras, la STC 13/1992, de 6 de febrero, la STC 205/1993, de 17 de junio y STC 166/2007, de 4 de julio), en el caso de refundición de varios textos legales la capacidad de innovación del Gobierno se limita a la labor de regularización, aclaración y armonización de textos legales. Dicha labor refundidora permite, incluso, «introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de la refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido», como señala el Tribunal Constitucional en su ya citada STC 13/1992, de 6 de febrero (FJ 16) y en la STC 166/2007, de 4 de julio, según la cual se entiende que la facultad añadida en la autorización para refundir «permite la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición, con el fin de colmar lagunas y, en todo caso, habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático» (FJ 8).

²³ Según el Dictamen 1183/2013 del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, el cual puede consultarse en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1183>, «entrando en el examen del texto proyectado, por lo que se refiere al concepto de «discapacidad», no se recoge expresamente en ninguno de los textos refundidos, sino que, como se ha indicado, se encuentra en el artículo 1 de la Convención. Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado no resulta inadecuada la inclusión de esta definición («discapacidad») pues, además de resultar de los propios principios y garantías recogidos en las normas objeto de refundición, en el propio Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, que aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, se aclara que (...) «Los principios de la Convención y los derechos que en ella se reconocen no difieren en esencia de los recogidos en nuestra LIONDAU (norma que ahora se refunde). Sin embargo, comportan un cambio en el concepto de discapacidad, que supone pasar de considerar a la discapacidad como una preocupación en materia de bienestar social, a conceptuarla como una cuestión de derechos humanos; lo que obliga a modificar el enfoque de nuestra normativa interna».

²⁴ En este sentido se pronuncia, en la doctrina italiana, MORANI, G. (2009). «La tutela della prole nelle crisi familiari: soluzioni e rimedi dei patti internazionali e del sistema nor-

mativo interno». *Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 38, núm. 4, pág. 1984: «Da tempo ed ancora più di recente negli ultimi anni dello scorcio finale del secolo XX ed alle soglie del terzo Millennio, la condizione e le situazioni soggettive del minore, gli aspetti salienti della sua personalità hanno avuto un'ampia considerazione negli ordinamenti interni e nelle convenzioni internazionali sotto la spinta di un'approfondita analisi da parte delle scienze umane e della scienza giuridica che — sensibili ai mutamenti culturali e sociali — li hanno posti al centro della loro attenzione.

È accaduto — così — che atti fondamentali di normativa interna (come la Costituzione della Repubblica italiana in vigore dal 1° gennaio 1948) e, soprattutto, gli accordi internazionali come la Dichiarazione dell'ONU dei diritti del fanciullo 20 maggio 1959, la Convenzione di New York 20 novembre 1989 e la Convenzione europea di Strasburgo 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli hanno provveduto ad enunciare alcuni diritti essenziali di cui il minore diviene titolare e portatore. Deve — anzitutto — farsi menzione del rilievo significativo che la nostra Costituzione ha dato alla figura del minore, al quale un complesso di norme — per la prima volta — attribuisce specifici diritti».

²⁵ El demandante afirmaba en su demanda, en relación a su hijo, que «finalizó los estudios de BUP hace más de diez años, sin que haya realizado especialización alguna, encontrándose inscrito como demandante de empleo». Y en el escrito de contestación a la demanda su madre indicaba que su hijo padecía «trastorno esquizofrénico paranoide que le incapacita para cualquier tipo de trabajo, y que le hace absolutamente dependiente de su madre», razón por la cual solicitaba un incremento de la pensión alimenticia, además de la mitad de los gastos extras de enfermedad y tratamiento del hijo no cubiertos por la Seguridad Social.

²⁶ Recuérdesse que, según la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, determina que las referencias en los textos normativos preexistentes a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad», respectivamente, siendo estos términos los que deben utilizar a partir de la entrada en vigor a la norma las Administraciones Públicas para denominar a estas personas. Conforme al mandato de la citada Disposición Adicional 8.ª y a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) de la OMS, el RD 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, sustituye el término «minusvalía» por el de «discapacidad», y las referencias que en el RD 1971/1999 se realizaban hasta ahora a «grado de discapacidad» se sustituyen por «grado de las limitaciones en la actividad».

²⁷ A título de curiosidad, se quisiera destacar que, según la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) del Instituto nacional de Estadística de noviembre de 2008 (puede consultarse en www.ine.es/prensa/np524.pdf) las mujeres cuidadoras encargadas de atender a las personas en situación de dependencia representan un 76,3%, esto es, 3 de cada 4 cuidadores principales son mujeres, con un perfil de una mujer de entre 45 y 64 años, que reside en el mismo hogar que la persona a la que presta cuidados. Tal situación repercute, sin lugar a dudas, en su vida económica, laboral, social y emocional, en su calidad de vida y, por consiguiente, en su salud («síndrome del cuidador»).

²⁸ Vid. el comentario, en concreto, al artículo 93 CC de Roca Trías, E. (1993). «Sub artículo 93 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 391-394.

²⁹ Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993). «Sub artículo 110 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 432-433, dicho precepto, importante novedad de la Ley 11/1981, es consecuencia y desarrollo del artículo 39, apartado segundo y tercero CE, de modo que las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos son manifestación y consecuencia directa de la mera relación paterno-filial, antes, por encima y al margen de la patria potestad. En su opinión «la prestación de alimentos del artículo 110 es más amplia que la de los conceptos del artículo 142 e incluye también todos los que comporta la protección que necesite el hijo (p. ej. la defensa de su persona o de sus derechos de la personalidad), y aún otros menos necesarios materialmente pero adecuados a su formación y equilibrio espiritual (recreo, relaciones con terceros)» añadiendo que la

prestación de alimentos prevista en dicho precepto solo alcanza a los menores, terminando por las mismas causas que se extingue por la patria potestad, debiendo el hijo después, en su caso, reclamarlos por la vía de los artículos 142 y sigs. CC (pág. 434).

³⁰ Acerca del artículo 152.3º, *vid.* el comentario al mismo de DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). «Sub artículo 152». *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, págs. 541-542.

³¹ En el caso enjuiciado por el Auto de la AP de A Coruña (Sección 4.ª) de 24 de febrero de 2014, la demanda se había presentado el día 30 de enero de 2013 y del informe de vida laboral emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social y demás documental aportada a los autos, el hijo, nacido en 1989, si bien se encontraba en dicho momento en situación legal de desempleo, había accedido al mercado laboral, dado que vino trabajando desde el 3 de octubre de 2011 hasta el 1 de junio de 2012 en una empresa de trabajo temporal, y del 11 de junio de 2012 en un Banco, en el que causa baja el 15 de abril de 2013 y le había sido reconocida prestación por desempleo el 23 de abril de 2013, de modo que la AP consideró que el hijo se había incorporado al mundo laboral con continuidad y declara extinguida la pensión alimenticia establecida en el seno del proceso matrimonial, sin perjuicio, del ejercicio de las acciones que al hijo personalmente le pudieran corresponder por alimentos entre parientes (arts. 142 y sigs. del CC).

³² En el Auto del TSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 26 de mayo de 2011 se declaró extinguida la pensión de alimentos en el proceso matrimonial un hijo mayor de edad que accedió al mercado laboral hace 10 años pero que se encontraba en situación de desempleo coyuntural al haberse consolidado desde hace tiempo el acceso laboral con la independencia económica. El TSJ considera que en el supuesto de precisar que se cubran sus necesidades alimenticias, en el caso de mantenerse en el tiempo la situación de desempleo, habrá de ser el descendiente quien inste proceso declarativo verbal de alimentos frente a ambos progenitores mancomunadamente obligados a la prestación alimenticia a tenor de las posibilidades económicas. De este modo, se establece que la situación de paro coyuntural no es suficiente para establecer que el hijo carece de ingresos o que éstos, siendo insuficientes, deban fijarse en el proceso matrimonial pues su vía procesal adecuada, como señala la sentencia recurrida, son los de los artículos 259 sigs. CF (los cuales se corresponden con los arts. 142 y sigs. CC). Y afirma: «para el supuesto de que en todos los casos de hijos mayores de edad que convivieran con uno de los progenitores se debiera entender que ha de ser el proceso matrimonial el cauce pertinente para su reclamación cuando carecieran de ingresos o fueran insuficientes, nos encontraríamos con conclusiones ilógicas que alcanzarían supuestos ni queridos ni contemplados en el artículo 76.2 CF ni declarados por la jurisprudencia de este TSJC que si bien en determinados casos como sucede cuando el hijo mayor de edad se encuentra en situación de demandante de empleo, sin haber accedido al mundo laboral (STSJC 16/2002, de 3 de junio) o cuando el tiempo de acceso al mundo laboral ha sido escaso, como los contemplados en la SSTSJC 39/2003, de 3 de noviembre y 12/2006, de 16 de marzo, ha posibilitado la declaración de alimentos institucionales en el proceso matrimonial, no lo en el supuesto examinado en que se ha probado una situación de diez años de acceso al mundo laboral y una situación coyuntural de paro» (FJ 4.º).

³³ Para un estudio de ambos requisitos, convivencia en el domicilio familiar y carencia de ingresos propios. *vid.* MORENO VELASCO, V. (2010). «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio». *Diario La Ley*, núm. 7433, Sección Tribuna, 28 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-212.

³⁴ Para ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2014). «Algunas cuestiones polémicas en la pensión de alimentos». *El Derecho* (http://www.elderecho.com/tribuna/civil/pension_de_alimentos-pension_alimenticia_11_703555002.html), «aunque la inmensa mayor parte de las pensiones alimenticias tienen como beneficiarios a los hijos, no hay que olvidar que casi son administradas por el progenitor custodio y esta característica agrava la alergia al pago que suele sufrir el alimentante. Aunque se trate en ocasiones de cifras ridículas, oímos constantemente a los obligados en términos como el siguiente: «Yo para mi hijo... lo que sea. Sin límite. Estaría bueno. Por mi hijo cualquier cosa... Pero hay un problema... Si yo tuviera la seguridad que es para el niño... que se gasta en él. Pero si luego va hecho un asco... A saber en qué se gasta xxx el dinero que yo pago». Parece como si sospechara el alimentante que

el/la custodio se iba a viajar a Bora Bora con su amante pagado todo con el dinero de la pensión... con los míseros 200 € mensuales de los dichos alimentos...

³⁵ Para la STS de 5 de octubre de 1993, «a) La norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» ; b) Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1.º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3.º— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados» (FJ. 2º).

³⁶ La STS de 16 de julio de 2002 señala: «la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (artículos 39.3 de la Constitución Española, 110 y 154.1º del Código Civil) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática Sentencia de 5 de octubre de 1993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil solo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (artículo 154.1º del Código Civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad» (FJ 3.º).

³⁷ Como afirma la STS de 24 de octubre de 2008 en su FJ 2.º, «ciertamente esta Sala, a raíz de la Sentencia de 5 de octubre de 1993, partiendo de que la propia norma constitucional (artículo 39.2) «distingue entre la asistencia debida a los hijos “durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda”», ha seguido el criterio de considerar que el tratamiento jurídico de los alimentos del hijo menor de edad «presenta una marcada preferencia» respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes (Título VI del Libro Primero del Código Civil) aunque también ha dicho que ello no conlleva que se tenga que descartar de modo absoluto la aplicación de las normas de este último a los menores. Tal preferencia encuentra justificación en que la obligación de dar sustento a los hijos menores es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial (artículo 110 CC), resultando de ello que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada «por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados». La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes —entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el artículo 152 CC— sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación».

³⁸ Basta, para darse cuenta, una lectura de la Instrucción 4/2008 «Sobre control y vigilancia de las tutelas de personas con discapacidad», la Instrucción 4/2009 «Sobre la organización de las Secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad» y la Instrucción 3/2010, «Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas».

³⁹ En desarrollo de sus funciones constitucionales, el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 24/2007, de 9 de octubre por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, atribuye al Ministerio Fiscal la de Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.