

REFLEXIONES ACERCA DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA
DISCAPACIDAD EN SUPUESTOS INTERNACIONALES EN
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL*

*REFLECTIONS ABOUT THE NEW REGULATION OF DISABILITY IN
INTERNATIONAL CASES IN SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL
LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 614-631

* Este trabajo tiene como antecedente la investigación presentada en el Congreso Internacional "Familia y sistema de justicia civil", organizado por la Universidad de Santiago de Compostela, 23-24 de noviembre de 2021, que se ha actualizado de acuerdo con las modificaciones y la jurisprudencia generada durante este período.

Lerdys Saray
HEREDIA
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de junio de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: La actualidad del tema se deriva de la reciente aprobación de la normativa por la que se modifica la legislación civil y procesal española, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica la que, además de hacerlo con retraso, mantiene la contradicción existente en nuestro ordenamiento jurídico entre los criterios para determinar la ley aplicable a la capacidad, por un lado; y por otro, para la determinación de ley aplicable a las medidas de protección de la persona con discapacidad en supuestos internacionales. El objetivo de este estudio es poner de manifiesto las carencias y contradicciones aún presentes, en el sistema de protección jurídica dispensado por el Derecho internacional privado español a las personas con discapacidad, en supuestos internacionales.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; incapacitación; protección; ley aplicable; Derecho Internacional Privado.

ABSTRACT: *The currentness of this subject derives from the recent approval of the regulations by which the Spanish civil and procedural legislation is modified, for the support of people with disabilities in the exercise of their legal capacity which, in addition to doing it with delay, maintains the existing contradiction in our legal system between the criteria to determine the law applicable to capacity, on the one hand; and on the other, to determine the law applicable to protection measures for persons with disabilities in international cases. The objective of this study is to highlight the shortcomings and contradictions still present in the legal protection system provided by Spanish private international law to people with disabilities, in international cases.*

KEY WORDS: *Disability; incapacitation; protection; applicable law; Private International Law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. COMENTARIO CRÍTICO A LA MODIFICACIÓN EXPERIMENTADA POR LA NORMA DE CONFLICTO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.- III. IDEAS FINALES A MODO DE CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad se ha producido un cambio sustancial en el modo de entender la discapacidad y, en consecuencia, el sistema legal de protección a las personas con discapacidad. En el seno de Naciones Unidas se diseñó y se promulgó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, año 2006¹, que contiene un modelo social de regulación de la discapacidad, muy diferente al modelo asistencial adoptado hasta hace muy poco tiempo, y en este sentido, la norma internacional aborda las cuestiones relacionadas con la discapacidad desde el prisma de la protección de los derechos humanos.

Esta norma convencional ha tenido relevantes repercusiones en los Estados partes, los cuales, progresivamente, la han ido incorporado a sus ordenamientos jurídicos internos, avanzando con ello hacia una concepción de la discapacidad fundamentada desde la perspectiva de los derechos humanos y de la implementación de un régimen de apoyos que permita a las personas con discapacidad ejercer los derechos y deberes reconocidos por el conjunto del ordenamiento jurídico, evitando la figura de la incapacidad jurídica y el nombramiento de tutor o representante legal.

En este contexto, hay que tener en cuenta a las “personas mayores” que, en Europa, y en concreto en España, representan un alto porcentaje de población y cuyos desplazamientos en el territorio de los Estados miembros ha provocado un fenómeno que se ha denominado “gerontoinmigración” de necesaria regulación internacional².

La norma de conflicto del sistema español de Derecho internacional privado recientemente modificada, sigue careciendo de una correcta formulación legal, a pesar de la reciente aprobación de la Ley 8/2021 por la que se modifica la legislación civil y procesal española para el apoyo a las personas con discapacidad en

1 Disponible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>, consultado el 12/05/2022.

2 Así lo expone ADROHER BIOSCA, “el impacto sociológico de este tema en nuestro país es indudable. Si bien no existen estadísticas oficiales en España sobre el número de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, se barajan datos de entre 250.000 a 400.000 personas sometidas a sentencias de incapacitación judicial y entre ellos cada vez más destacable, el número de extranjeros”, *Vid.* ADROHER BIOSCA, S.: “La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos”, *REDI*, Vol 71/1, enero-junio 2019, Madrid, p. 164.

• **Lerdys Saray Heredia Sánchez**

Profesora Ayudante de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (España). Abogada ICALI. Máster por la Universidad de Alicante. Doctoranda de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: lheredia@umh.es.

el ejercicio de su capacidad jurídica³, que además de hacerlo con retraso, perpetúa la contradicción existente entre las normas de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los criterios para determinar la ley aplicable a la capacidad -por un lado- y el criterio que se aplica para la determinación de ley aplicable a las medidas de protección del adulto incapaz en supuestos internacionales -por el otro. El reto aún sigue pendiente para el legislador español a fin de dotar de suficiente seguridad jurídica a la protección de adultos en supuestos internacionales⁴.

Con este trabajo se pretende analizar desde una perspectiva crítica el sistema de protección jurídica dispensado por el Derecho internacional privado español al adulto incapaz. Para ello, tras la presente introducción, se analiza la reciente modificación normativa experimentada por el Código Civil en esta materia, a fin de demostrar que en la nueva redacción persiste la “vieja” contradicción existente en nuestro ordenamiento jurídico entre las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a la capacidad y el criterio que se aplica para la determinación de las medidas de protección del adulto incapaz en supuestos internacionales, generando así grandes contradicciones; y, por último, se plantearán unas ideas finales a modo de conclusiones.

II. COMENTARIO CRÍTICO A LA MODIFICACIÓN EXPERIMENTADA POR LA NORMA DE CONFLICTO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.

El sistema de Derecho internacional privado español protege a las personas mayores por su condición de especial vulnerabilidad, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad del sujeto. En este aspecto, el legislador español ha seguido la línea del Convenio de La Haya de 13 de enero 2000, sobre protección internacional de adultos, que se aplica respecto a todos aquellos adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses⁵.

La antigua concepción por la cual las personas hacían todo su recorrido vital en el mismo país se ha visto modificado por la movilidad internacional impuesta por

3 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE N° 132, de 3 de junio de 2021 (entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021).

4 Vid. ECHEZARRETA FERRER, M.: “La gerontomigración: una propuesta de investigación global para abordar el fenómeno complejo de la movilidad transfronteriza de personas mayores. Dimensión jurídica de las relaciones transfronterizas derivadas de la gerontoimigración”, *REDI*, vol. 70-2, julio-diciembre 2018, pp. 223-229; ECHEZARRETA FERRER, M. (dir.): *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005.

5 Téngase en cuenta que el término “subnormal”, discapaces”, “incapaces”, “limitados”, o cualquier otro considerado despectivo -y por tanto, políticamente incorrecto- ha sido sustituido por el de “persona con discapacidad”, generalmente aceptado por su carácter neutro. Cualquier terminología que aparezca en este trabajo, distinta de la mencionada, obedece a la transcripción textual o literal de la obra citada o referida

los tiempos actuales, de manera que es habitual que un adulto cambie de lugar de residencia hacia nuestro país. Pensemos en casos como el de una mujer nacional Belga que traslada su residencia a España porque su hija y nietos se mudan a Madrid y dicha ostenta poderes de representación otorgados por su madre en Bélgica y tiene dudas de si aquellos serán válidos y ejecutables en España; o bien el caso de un matrimonio alemán con un amplio patrimonio en Alemania, y ambos son residentes en Alicante, los cuales requieren medidas de apoyo ante la enfermedad mental recientemente diagnosticada; y así podríamos citar varios ejemplos más que por razones de espacio no es posible, pero que nos dejan de manifiesto el lazo de unión que presentan: la existencia de conflictos de leyes internacionales en su solución, la cual sólo es posible desde el Derecho Internacional Privado.

Estos y otros casos similares, ponen en un mismo plano a sistemas jurídicos estatales que el Derecho comparado nos presenta cargado de importantes diferencias, ya que los ordenamientos materiales de cada país no coinciden en el tratamiento de las figuras relativas a la capacidad jurídica y a la protección de las personas con discapacidad. En este sentido, vemos que la calificación depende de término tan variados como “demente”, “incapaz”, o “discapaz” y a su vez, puede responder a realidades diferentes en relación con su delimitación, la cuanto a la forma de determinación de las discapacidad y en la tipología de medidas jurídicas a aplicar, a lo que se suman las grandes diferencias desde el punto de vista del Derecho Procesal y el Derecho internacional estatal de los distintos países, lo que da lugar a una gran inseguridad jurídica, que incide negativamente en la protección de las personas vulnerables, cuando traspasan las fronteras españolas⁶.

No obstante, y a pesar de que la protección de adultos es un tema clave para el Derecho internacional privado, siendo objeto de regulación internacional como se acaba de señalar, su tratamiento legal no ha sido coherente por parte del legislador español⁷.

En España, si bien no contamos con cifras estadísticas fiables para dar cuenta del número de expedientes sobre capacidad que se resuelven por

6 Siguiendo en este razonamiento a DIAGO DIAGO, P.: “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas (I)”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 15345/2020, 27-01-2021.

7 La doctrina ius privatista sobre la protección internacional de las personas con discapacidad es amplia, de la que destacan por su carácter crítico: FRANZINA, P.: “The Relevance of Private International Law to the Effective Realisation of the Fundamental Rights of Vulnerable Adults in Cross-Border Situations”, en AA.VV.: *La voluntad de la persona en la protección jurídica de adultos. Oportunidades, riesgos y salvaguardia* (dir. por M. PEREÑA VICENTE), Madrid, Dykinson, 2019, pp. 53-61; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La protección de adultos en derecho internacional privado”, en AA.VV.: *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid (edit. por A. CALVO CARAVA y J. L. IRIARTE ÁNGEL), Colex, 2000, pp. 85-102; ALVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Comentario al artículo 9, apartado 6” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (edit. por M. ALBADALEJO y S. DIEZ ALABART), tomo I, vol. 2, Aranzadi, Navarra, EDESA, Madrid, 1995, pp. 259-295; HEREDIA CERVANTES, I., “Artículo 9.6”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 211-215.

nuestras autoridades⁸, la solicitud de medidas de protección respecto a personas vinculadas a distintos ordenamientos jurídicos por su nacionalidad, así como la jurisprudencia de nuestros tribunales, permite apreciar otra fuente de problemas vinculados con la necesidad de acudir a una de las leyes personales que ostenta la persona plurinacional para determinar el Derecho aplicable al fondo del asunto.

La Ley 8/2021, antes citada, tiene como principal objetivo adecuar la legislación sustantiva y procesal civil española a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006⁹ (CIDPD), de acuerdo con el avance en la lucha por potenciar la autonomía y el desarrollo de las personas con discapacidad intelectual¹⁰.

Por esta nueva normativa quedan modificadas: la Ley del Notariado, el Código Civil; la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; la Ley del Registro Civil, y en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y todo ello para adaptar la normativa española al artículo 12 de la CIDPD, que es el que dispone que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"¹¹.

Una de las modificaciones más destacadas es la eliminación de la tutela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada en el ámbito de la discapacidad, que se mantendrán exclusivamente como instituciones propias de la minoría de edad. La principal medida de apoyo pasa a ser la curatela, una figura con carácter asistencial que sólo tendrá carácter representativo en los casos especialmente graves¹². Bajo esta fórmula legal, la protección de las personas con discapacidad implica la restricción total o parcial de su capacidad de obrar, acompañada del

8 Así lo expresa ADROHER BIOSCA, "el impacto sociológico de este tema en nuestro país es indudable. Si bien no existen estadísticas oficiales en España sobre el número de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, se barajan datos de entre 250.000 a 400.000 personas sometidas a sentencias de incapacitación judicial y entre ellos cada vez más destacable, el número de extranjeros", *Vid* ADROHER BIOSCA, S.: "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, Vol 71/1, enero-junio 2019, Madrid, p. 164.

9 Ratificada en 2008 por España, *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008.

10 Sobre ello es muy interesante el estudio realizado por BLÁZQUEZ, D.: *Los derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*. Madrid, Dykinson, 2006.

11 Sobre esta reforma resultan muy oportunas las consideraciones realizadas en esta misma revista por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "Aspectos generales de la reforma del código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, pp. 14-51.

12 *Vid.* sobre la reforma de LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (dirs.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Serie Derecho de la discapacidad, Aranzadi, Navarra, Vol. III, 2021; GOÑI HUARTE, E.: "La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el Siglo. XXI. Una visión desde el Derecho* (dir por A. ROLDÁN MARTÍNEZ), Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 191-239.

nombramiento judicial de un tutor, representante legal o -en su caso- de un curador, nombramiento que deberá determinar los actos para los que resulte preceptiva su intervención o autorización¹³.

Las situaciones transfronterizas relativas a la protección internacional de adultos plantean cuestiones que son desconocidas para los casos "puramente nacionales". En particular, las situaciones internacionales traen consigo la necesidad práctica de identificar el Estado cuyas autoridades tienen competencia sobre el asunto; determinar la ley aplicable a la determinación de la protección; al mismo tiempo, evaluar si corresponde aplicar una medida de protección no voluntaria al sujeto, bajo el mandato de las autoridades de un Estado, y es más, si el mandato dictado de conformidad con la ley de dicho Estado puede tener efecto a en otro; también traen consigo la necesidad de determinar si, y por qué medios, las autoridades de un Estado puede ser llamadas para ayudar a las autoridades de otro Estado a proporcionar a un adulto la protección que pueda necesitar (por ejemplo, con el fin de determinar el paradero del adulto en cuestión).

Como se ha señalado, el sistema jurídico español se encuentra inmerso en una profunda transformación de la normativa vigente, de acuerdo con los compromisos adoptados al firmar la CIDPD, así como los derivados de la protección de los derechos humanos¹⁴ todo lo cual incidido necesariamente en el ámbito del Derecho internacional privado dado que para determinar el Derecho aplicable a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad deben ser tenidos en cuenta dos momentos claves: las medidas ex ante y las medidas ex post¹⁵.

Entre las medidas a tomar con carácter previo debemos distinguir entre las que se aplicarán desde un punto de vista procesal con carácter previo al desarrollo del procedimiento principal de incapacidad, las cuales son habituales en este tipo de procesos, y las que refuerzan la autonomía de la persona para decidir su modelo de protección, antes de que se produzca el menoscabo en sus capacidades, y

13 Polonia, Hungría, Grecia y Luxemburgo representan este modelo de regulación. Legislación disponible en la página web de la Comisión Internacional del Estado Civil, http://www.cieci.org/SITECIEC/PAGE_Droit/4A8AAIEBTI13S2xHTmRWT0dTGQA?WD_ACTION_=MENU&ID=A59&WWWREFERER_=http%3A%2F%2Fwww.cieci.org%2F%2F_VVWVWATION_=5, consultada el 29/03/2022.

14 Vid MARTÍNEZ QUES, Á.: "La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 1067-1102

15 Vid en este mismo sentido crítico, las aportaciones realizadas por HEREDIA SÁNCHEZ L. S. "La responsabilidad del Estado español de la adecuada protección de la persona adulta en España en casos internacionales: un reto pendiente", en AA. VV.: *Responsabilidad social y transparencia. Una lectura desde el Derecho internacional privado* (dir. por A. ORTEGA GIMÉNEZ y coord. por L. HEREDIA SÁNCHEZ), Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 131-156. También sobre este tema: ADROHER BIOSCA, S.: "Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 446-463; ADROHER BIOSCA, S.: "La protección de los mayores vulnerables. Una cuestión pendiente", en AA.VV.: *Nuevos conflictos del Derecho de Familia* (dir. por E. LLAMAS POMBO), Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 719-757.

tienen cierta independencia respecto de las medidas adoptadas por autoridades administrativas o judiciales las cuales han sido objeto de olvido por parte del legislador español en sede internacional, a pesar del protagonismo de la autonomía de la voluntad del que hace la gala la reforma jurídica llevada a cabo por el estado español.

El Derecho aplicable a estas medidas cautelares o urgentes en Derecho español tienen respaldo en la *lex fori* y es necesario decretarlas antes de que el problema de salud se haya presentado o la situación de generadora de la incapacidad, haya desplegado sus efectos¹⁶.

En cuanto a las medidas provisionales -o urgentes- de protección, se prevé la aplicación de la ley española, por lo que el CC hace directamente aplicable el Derecho material español. En nuestra opinión, la introducción de este precepto es conveniente, para favorecer la pronta adopción de medidas de protección de los mayores que, por su carácter urgente, deban de ser tomadas lo antes posible. Sin embargo, no encontramos una norma que determine el Derecho aplicable a las medidas voluntarias de apoyo cuando se trata de dar poderes ante autoridad española o bien de hacer valer los que se dispongan ante autoridad extranjera. Ante la disfunción que presenta la norma, y calificando como "representación voluntaria" a estas medidas, se daría el doble o triple supuesto de aplicación de varias normas, visto así: si las medidas son conferidas en España se aplicará Derecho español, pero si se trata, de facultades a ejercer en el extranjero, se aplicará el Derecho de tal país¹⁷.

Para la determinación de la ley aplicable en materia de protección de los mayores de edad, el CC español contiene la norma de conflicto, recogida en el artículo 9.6, tras sucesivas reformas *legales*: "La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes".

16 Vid ADROHER BIOSCA, S.: "La ratificación del Convenio de la Haya sobre protección de adultos del 2000 ante la reforma del Derecho español de discapacidad", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. DE SALAS MURILLO y M^a. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 445-466; DURÁN AYAGO, A.: "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en AA.VV.: *Protección jurídica de los mayores* (dir. por A. ALONSO PÉREZ, E. MARTÍNEZ GALLEGUO y J. REGUERO CELADA), Editorial La Ley, Madrid, pp. 443-470.

17 Sobre esta cuestión ya tuve oportunidad de analizar los distintos mecanismos de protección en HEREDIA SÁNCHEZ, L. S.: "La adecuada protección internacional de la persona adulta en España. Un reto pendiente", en AA.VV.: *Sistemas Jurídicos de Europa y Latinoamérica. Tendencias Actuales* (dir. por N. FEBLES POZO y S. PEREIRA PUIGVER), Editorial Diké, Colombia, 2022, pp. 501-526.

El supuesto de hecho recogido en esta norma cambia la denominación de la protección de las personas mayores de edad, por medidas de apoyo, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina, al considerar que el legislador ha hecho un “cambio estético”¹⁸. Del mismo destacan dos aspectos: el primero, es que este precepto no habla de personas incapaces, tampoco de “personas con la capacidad modificada judicialmente”, de manera que hace referencia a las medidas que sea necesario adoptar para proteger a las personas mayores, por su condición de especial vulnerabilidad, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad del sujeto. Y el segundo, que el artículo 9.6 CC, al no seguir lo dispuesto en la CHPA, contiene una norma poco flexible dejando fuera el interés del adulto, previsto en el artículo 13 de dicho convenio.

A la vista de lo expuesto, y desde una postura crítica, es necesario tener en cuenta que dado que existen sistemas jurídicos en el mundo que se adscriben al modelo tradicional, que se basa en la modificación de la capacidad primero y en la adopción de una medida de *protección a posteriori*, y dada la pervivencia del art. 9.1 del CC, que determina la ley aplicable a la capacidad, esta reforma podría generar un efecto contradictorio y no deseado, pues los jueces españoles deberán aplicar en algunos casos -y respecto de extranjeros procedentes de determinados países- su ley nacional para modificar su capacidad y a la vez -por otro lado- la ley española para adoptar la medida de apoyo, lo que puede dar lugar a situaciones contradictorias¹⁹.

En relación con las medidas de carácter posterior, *ex post*, partiendo del hecho procesal que supone que un tribunal español se ha declarado competente para conocer de una petición de modificación de la capacidad de una persona, y en su caso, de la disposición de medidas de protección, la determinación del Derecho aplicable (recordemos el caso consultado por los Servicios Sociales de un Ayuntamiento de Alicante, en cuanto a una ciudadana alemana con residencia habitual en España) abre dos cauces: primero, el de la determinación de las cuestiones relativas a la capacidad y segundo, el de las medidas de protección respecto a la persona y sus bienes.

Si analizamos la conexión de este apartado con el art. 9.1 del propio CC, puede afirmarse que esta interpretación extensiva plantearía problemas de coordinación en el sistema de Derecho internacional privado español, que tal

18 ADROHER BIOSCA, S.: “Derecho aplicable”, cit., pp.455-456.

19 Para comprender la génesis de este artículo, así como las distintas modificaciones sufridas a los largo de estos años, además de los comentarios realizado por el profesor SANTIAGO ÁLVAREZ, citados *supra*, conviene tener en cuenta los realizados por FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Artículo 9.6”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 90 y ss.; CARRASCOA GONZÁLEZ, J.: “Artículo 9.6”, en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir por M. PASQUAU LIAÑO), Comares Granada, 2000, Tomo I, pp. 169 y ss.; IRIARTE ÁNGEL, J. L.: “Artículo 9.6”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), tomo I, Bosch, 2ª ed., Madrid, 2006, pp. 130 y ss.

y como ya se ha apuntado, mantiene como regla básica lo dispuesto en dicho artículo 9.1 CC al establecer que la capacidad y el estado civil de las personas físicas, se regirán por la ley de su nacionalidad.

A la vista de este precepto, parece claro que es más apropiado entender que el ámbito de aplicación del art. 9.6 CC se refiere a la organización, terminación y control de las instituciones de protección de la persona mayor de edad; y todo lo relacionado con la extensión y límites de la incapacitación, quedaría comprendido en el ámbito de aplicación del 9.1 CC como ya se analizó en el capítulo anterior. En la práctica, el hecho de que ambos preceptos empleen puntos de conexión diferentes, puede dar lugar a que, para la determinación de la incapacitación de una persona, resulte aplicable una ley, su ley personal, pero para la determinación de las medidas de protección de esa misma persona, se aplique otra ley distinta, la que coincide con su residencia habitual.

En lo relativo a la concreción de la residencia habitual, ésta se ha de acreditar en el momento de presentación de la solicitud de tales medidas de protección. El punto de conexión de la residencia habitual, con la finalidad de evitar la problemática del conflicto móvil²⁰ y a pesar de que puede sufrir alteraciones con cierta facilidad, merece una valoración positiva, ya que, si se produce un cambio en la residencia habitual de la persona mayor de edad, la ley aplicable será la de la nueva residencia habitual.²¹ Sin embargo, se ha perpetuado la fractura dentro del sector del Derecho aplicable, en relación con lo establecido en el art. 9.1 CC donde la aplicación de la ley nacional a las cuestiones de capacidad, se ha mantenido inalterable²².

Coincidiendo con la doctrina antes citada carece de sentido considerar que la ley que regule la modificación de la capacidad siga siendo la ley personal -nacional en virtud del art. 9.1 del CC- y sin embargo, la de la residencia habitual sea la que regule las medidas concretas de protección en aplicación del art. 9.6 CC. Esta “bicefalia jurídica” puede generar problemas de interpretación, de armonización

20 El conflicto móvil se presenta cuando, debido a un cambio en las circunstancias que sirven para determinar el punto de conexión de la norma de conflicto, se produce a su vez un cambio en la ley aplicable a la situación privada internacional. Ello puede deberse a un cambio en el tiempo, un cambio de Estado, desaparición de éste, adquisición de una nueva nacionalidad, o incluso pérdida de la nacionalidad, un cambio de sexo, entre otras causas. Sobre las características y valoraciones que tiene en el Derecho internacional privado español este problema de aplicación de la norma de conflicto, Vid. CALVO CARAVACA, J. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tratado de Derecho internacional Privado*, Parte I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 228.

21 Sobre las ventajas del criterio de la residencia habitual para determinar el Derecho aplicable a estos supuestos, resulta muy interesante el trabajo realizado por el profesor de la Universidad de Liège, desde la perspectiva del Derecho belga, y que puede ser consultado en WAUTELET, P.: “La gestion du patrimoine de l’incapable délocalisé-quelques leçons à l’attention de la pratique”, *Chroniques Notariales*, vol. 53, pp. 150-198, disponible en <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/88332/1/2-Gestion%20du%20patrimoine.pdf>, consultado el 15/05/2022.

22 Sobre este asunto es muy crítica VAQUERO LÓPEZ, M. C.: “Nuevas normas de Derecho Internacional Privado estatal en materia de protección de adultos”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, T. XVI, 2016, p. 401.

y de adaptación de la normativa a casos internacionales, pero, sobre todo, es una situación que no está alineada con las tendencias modernas en materia de protección de las personas, que se dirigen a la identificación entre *forum* y *ius*, basados en el principio de proximidad que representa el foro y la ley de la residencia habitual²³.

Como se ha señalado, con respecto a las medidas provisionales o urgentes de protección, tenemos en el CC una disposición clara a favor de la *lex fori*, lo que parece lógico si tenemos en cuenta que las medidas definitivas dependen de la ley correspondiente con la residencia habitual, en el intento del legislador de hacer coincidir foro y *ius*, en definitiva, una justificación práctica evidente en relación con todas las medidas en las que las autoridades judiciales o administrativas cumplan funciones de supervisión, control, representación o efectiva guarda, en estos casos va a resultar más fácil aplicar la medida prevista por nuestra legislación, que proceder a una adaptación entre la medida prevista por la ley extranjera en función de una institución de protección también extranjera, procediendo a no siempre fáciles juicios de equivalencia de garantías y de autoridades.

Este eventual desajuste entre la institución o régimen de protección extranjeros y la medida urgente y, sobre todo, provisional conforme a la ley (española) de la residencia habitual es un precio que no ha de juzgarse demasiado alto, teniendo en cuenta que en última instancia el interés de proteger a la persona con discapacidad es el fin de toda medida.

A la vista de lo expuesto, se constata que con el punto conexión empleado hacia el de la residencia habitual se logra una armonización entre el sector de la competencia judicial internacional y el del Derecho aplicable, de forma tal que los tribunales españoles serán competentes si coinciden con la residencia habitual del sujeto, y aplicarán su propia ley, el Derecho español, si es el de la residencia habitual²⁴.

Así, se evitan problemas de aplicación frecuentes en Derecho internacional privado como la aplicación de la cláusula de orden público, el reenvío o los derivados de la prueba del Derecho extranjero²⁵ y merece destacar que con

23 En este mismo sentido, Vid BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho Internacional Privado: similitudes y contrastes", en AA.VV.: *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzalez Campos*, vol. 2, Editer, Madrid, 2005, pp. 1287-1308.

24 Sobre esta dicotomía y sus negativas consecuencias Vid MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: "Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces", *Persona y Derecho*, núm. 72, 2015/I, pp. 293-294.

25 Sobre el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en Derecho internacional privado español, por todas Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, A.: "La alegación y prueba del Derecho extranjeros tras la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXXII, núm. 2, 2020, pp. 273-288; ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Teoría y práctica del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2020.

la inclusión de esta regla se resuelve el eventual conflicto móvil que puede plantearse, cuando se producen traslados posteriores al país de origen o bien a otros estados. No obstante, subsiste la diferencia entre las medidas protectoras y las medidas urgentes, e incluso podrían plantearse dificultades de calificación, ya que una misma medida puede tener a la vez carácter urgente, carácter provisional y carácter protector respecto al adulto sujeto de protección.

III. IDEAS FINALES A MODO DE CONCLUSIONES.

Tras analizar las modificaciones realizadas con la entrada en vigor de la nueva normativa sobre protección de las personas con discapacidad, que afectan a la norma de conflicto del CC, art.9.6 podemos concluir lo siguiente:

Primero: El sistema jurídico español sobre protección de adultos ha sufrido varias modificaciones, tanto de fondo como de forma, y “la gran reforma civil de la materia”, de la mano de la necesaria incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención de las Naciones Unidas sobre protección a las personas con discapacidad, debe ir acompañada de la ratificación por España de los instrumentos internacionales que regulan los aspectos transfronterizos de la protección de adultos, como es el caso de la Convención de la Haya del 2000.

Resulta llamativo que dentro del ámbito de aplicación del Convenio se incluye también la determinación de la incapacidad. Por lo tanto, en los casos en que resulte de aplicación dicho instrumento, la ley aplicable para la determinación de la incapacidad de un adulto, va a coincidir con la ley aplicable para determinar las medidas de protección a adoptar (salvo las urgentes). Ello difiere con nuestro sistema de Derecho internacional privado en el que -como se ha dicho- tenemos una norma de conflicto para la determinación de la incapacidad, y otra para la adopción de las medidas de protección (arts. 9.1 y 9.6 CC respectivamente) que emplean puntos de conexión diferentes: ley personal (con todo lo que ello supone desde el punto de vista de la plurinacionalidad) y ley de la residencia habitual.

Segundo: Si bien el cambio del punto de conexión de la nacionalidad a la residencia habitual introducido en 2015 y reforzado en 2021, es positivo, puede plantear dificultades en la medida en que este concepto jurídico se entiende de forma desigual por las leyes estatales, e incluso en la aplicación de los instrumentos europeos que utilizan este criterio de conexión para la determinación de la ley aplicable. De manera que a falta de un instrumento que, al menos en el ámbito de la UE permita unificar estos criterios respecto a la protección internacional de adultos, resultan totalmente adecuadas las consideraciones realizadas por Carrascosa González, en cuanto a las sucesiones internacionales por la estrecha relación que guarda con este tema, como ya se ha apuntado.

Tercero: El criterio de la residencia habitual para la determinación del Derecho aplicable a la protección del adulto, se ha producido con la intención de alcanzar una reglamentación completa y satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas internacionales de nuestro tiempo y por ser la fórmula predominante en el Derecho internacional privado convencional nacido de los tratados internacionales suscritos por España, con clara referencia a los elaborados en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Esta conexión ha ido adquiriendo una importancia creciente en el plano conflictual respecto al estatuto personal en el que determinados aspectos se rigen por la ley personal y otros por los derivados de la residencia habitual de la persona.

Así, cuando la capacidad y la protección de las personas con discapacidad se rigen por leyes distintas (tal y como sucede en Derecho internacional privado español), este “reparto” puede dar lugar a importantes problemas: puede ocurrir que una persona sea capaz según su ley personal -o una de ellas- pero al mismo tiempo, ser declarada incapaz conforme el Derecho español por coincidir con el de su residencia habitual, o por cualquier otro Derecho de otro estado en el que tenga dicha residencia fijada, con nombramiento de tutor incluido y el acto jurídico a realizar por la persona -p.ej. compra de un bien inmueble- debe ser realizado por la persona que tenga la tutela del incapaz. ¿Qué ley rige esta cuestión? En estos casos “primará” la ley que rige la capacidad del sujeto, ya que la protección es un remedio legal a la posible incapacidad.

Cuarto: La descoordinación descrita, puede tener su origen en que la ley que rige la capacidad determine que la persona es incapaz, y sin embargo, que la ley aplicada a la protección de la persona no establezca medidas de protección respecto a ésta, ante esta situación nos preguntamos: ¿Cómo se resuelve esta cuestión? La respuesta está clara siempre que la ley personal y la aplicada a la protección coincidan, pero si no es así, como suele suceder en los supuestos de plurinacionalidad, y la causa como la sordera o la ceguera es tratada de forma diferente a efectos de que sea considerada causa de incapacidad, el problema persiste.

Quinto: Ante la necesidad de garantizar una protección sin fisuras en estos casos, conviene delimitar la ley aplicable a la capacidad y a la protección del incapaz, así cuando la ley que rige la protección no coincide con la ley personal del sujeto, es preferible que la ley que rige la protección sea también la ley que determine la extensión de la capacidad.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, A.: *Introducción al Derecho Privado y Derecho de la Persona*, Dykinson, Madrid, 2019, 3ª edición.

ADROHER BIOSCA, S.:

- "Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. Por M. PEREÑA VICENTE, y M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, Vol 71/1, enero-junio 2019, Madrid.
- "La protección de los mayores vulnerables. Una cuestión pendiente, en AA.VV.: *Nuevos conflictos del Derecho de Familia* (Coord. por E. LLAMAS POMBO), Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- "La ratificación del Convenio de la Haya sobre protección de adultos del 2000 ante la reforma del Derecho español de discapacidad", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. por S. DE SALAS MURILLO y M^a. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Comentario al artículo 9, apartado 6", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (edit. por M. ALBADALEJO y S. DÍEZ ALABART), Aranzadi, Navarra, Tomo I, Vol 2, EDESA, Madrid, 1995.

BLÁZQUEZ, D.: *Los derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2006.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho Internacional Privado: similitudes y contrastes", en AA.VV.: *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzalez Campos*, vol. 2, Editer, Madrid, 2005.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tratado de Derecho internacional Privado*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir. por M. PASQUAU LIAÑO), tomo I, Comares, Granada, 2000.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Discapacidad y Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid, 2019.

DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. (dirs.): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Serie Derecho de la discapacidad, Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, vol. III, 2021.

DIAGO DIAGO, P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas (I)", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 15345/2020, 27/01/2021.

DURÁN AYAGO, A.: "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en AA.VV.: *Protección jurídica de los mayores* (edit. Por M. ALONSO PÉREZ, E. M., MARTÍNEZ GALLEGO y J. REGUERO CELADA), Editorial La Ley, Madrid.

ECHÉZARRETA FERRER, M.: "La gerontomigración: una propuesta de investigación global para abordar el fenómeno complejo de la movilidad transfronteriza de personas mayores. Dimensión jurídica de las relaciones transfronterizas derivadas de la gerontoimigración", *REDI*, vol. 70-2, julio-diciembre 2018.

ECHÉZARRETA FERRER, M. (dir): *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

FRANZINA, P.: "The Relevance of Private International Law to the Effective Realisation of the Fundamental Rights of Vulnerable Adults in Cross-Border Situations", en AA.VV.: *La voluntad de la persona en la protección jurídica de adultos. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. PEREÑA VICENTE), Madrid, Dykinson, 2019.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La protección de adultos en derecho internacional privado", en AA.VV.: *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (edit. por A. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL), Madrid, Colex, 2000.

GOÑI HUARTE, E.: "La necesaria reforma del Código Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *La persona en el S.XXI. Una visión desde el Derecho* (dir. por A. ROLDÁN MARTÍNEZ), Aranzadi, Navarra, 2019.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir): *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Aranzadi, Navarra, 2021.

HEREDIA CERVANTES, I.: "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 2013.

HEREDIA SÁNCHEZ L. S.:

- "La adecuada protección internacional de la persona adulta en España. Un reto pendiente", en AA.VV.: *Sistemas Jurídicos de Europa y Latinoamérica. Tendencias Actuales* (dir. por N. FEBLES POZO y S. PEREIRA PUIGVER), Editorial Diké, Colombia, 2022.
- "La responsabilidad del Estado español de la adecuada protección de la persona adulta en España en casos internacionales: un reto pendiente", en AA. VV.: *Responsabilidad social y transparencia. Una lectura desde el Derecho internacional privado* (dir. por A. ORTEGA GIMÉNEZ y coord. por L. HEREDIA SÁNCHEZ), Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022.

IRIARTE ÁNGEL, J. L.: "Artículo 9.6", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), tomo I, Bosch, 2ª ed., Madrid, 2006.

MARTÍNEZ QUES, Á.: "La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015.

MORCILLO MORENO, J. (dir.): *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: "Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces", *Persona y Derecho*, núm. 72, 2015/1.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.:

- "La alegación y prueba del Derecho extranjero tras la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXXII, núm. 2, 2020.
- *Teoría y práctica del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 2020.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "Aspectos generales de la reforma del código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm, 33, enero 2022.

TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal BOE, Madrid (Colección Derecho Privado), 2020.

VAQUERO LÓPEZ, M. C.: "Nuevas normas de Derecho Internacional Privado estatal en materia de protección de adultos", *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, T. XVI, 2016.

WAUTELET, P.: "La gestion du patrimoine de l'incapable délocalisé-quelques leçons à l'attention de la pratique", *Chroniques Notariales*, vol. 53, disponible en <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/88332/1/2-Gestion%20du%20patrimoine.pdf>, consultado el 15/05/2022.

