

Recibido: 26 julio 2021
Aceptado: 12 octubre 2021

El cambio de paradigma de la discapacidad: el modelo inclusivo en las relaciones transfronterizas

Carmen PARRA RODRÍGUEZ *

SUMARIO: 1. Introducción. II. La incorporación del art. 12 de la Convención de la Discapacidad en el Derecho español. 1. El cambio de paradigma en el Derecho español de la discapacidad: A) El respeto a la voluntad de la persona con discapacidad; B) El establecimiento de medidas de apoyo. III. La incidencia de la Ley 8/2021 en las relaciones transfronterizas de personas con discapacidad. 1. La competencia de autoridades en la regulación de la discapacidad con carácter transfronterizo: A) El foro de la residencia habitual; B) El foro de las medidas cautelares. 2. Las cuestiones relativas a la ley aplicable en las relaciones transfronterizas que afectan a la capacidad jurídica: A) Respeto a la calificación; B) Respeto a los puntos de conexión. 3. El reconocimiento y ejecución de decisiones emitidas por autoridades judiciales y administrativas en materia de discapacidad: A) Decisiones emitidas por autoridad judicial extranjera para su reconocimiento en España; B) Decisiones emitidas por autoridad administrativa extranjera para su reconocimiento en España; C) Eficacia extraterritorial de decisiones dictadas por autoridades españolas en el extranjero. IV. Conclusiones.

RESUMEN: El modelo inclusivo de discapacidad tiene como objetivo dar respuesta al actual marco jurídico establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El objetivo de ambos instrumentos internacionales ha consistido en hacer prevalecer la autonomía de la voluntad sobre la protección que tradicionalmente ha regido las relaciones de las personas con discapacidad. Esta circunstancia ha supuesto un cambio de paradigma con efectos en los ordenamientos legislativos, en concreto en el ordenamiento español, afectando tanto a las relaciones internas como a las relaciones transfronterizas que se generan por los procesos migratorios propios del siglo XXI. Aspectos relativos a la determinación de las autoridades competentes para tomar medidas de protección, figuras jurídicas validadas por la ley aplicable en procesos de diversidad funcional o reconocimiento de resoluciones dictadas por autoridades judiciales o administrativas en otros Estados, son algunas de las situaciones jurídicas que deberán ser resueltas desde la órbita del Derecho internacional privado. Para ello se deberá tener en cuenta el impacto de la globalización y su repercusión en las relaciones con elementos de extranjería que afectan a las personas que presentan capacidades diversas, sin que ello genere conflictos entre las diferentes autoridades y legislaciones que deben ocuparse de su protección.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Abat Oliba CEU.

PALABRAS CLAVE:, DISCAPACIDAD, MODELO INCLUSIVO, EFECTOS TRANSFRONTERIZOS, PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES, MEDIDAS DE APOYO.

The Disability Paradigm Shift: The Inclusive Model in Cross-Border Relationships

ABSTRACT: The disability inclusive model aims to respond to the current legal framework established by the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol adopted on 13 December 2006 by the General Assembly of the United Nations. The objective of both international instruments has been to make autonomy of will prevail over the protection that has traditionally governed the relations of persons with disabilities, which has meant a paradigm shift with effects on legislative systems. This change has led to a major change in Spanish law that will affect both internal and cross-border relations generated by the migration processes of the twenty-first Century. Aspects related to the determination of the competent authorities to take protection measures, legal figures validated by the applicable law in processes of functional diversity or recognition of resolutions issued by judicial or administrative authorities in other States, are some of the legal situations that must be resolved from the orbit of private international law. This should take into account the impact of globalization and its impact on relations with elements of foreigners that affect people with different abilities, without generating conflicts between the different authorities and laws that must deal with their protection.

KEYWORDS: DISABILITY, INCLUSIVE MODEL, CROSS-BORDER EFFECTS, PROTECTION OF VULNERABLE PERSONS, SUPPORT MEASURES.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo inclusivo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención de Discapacidad) y su Protocolo Facultativo aprobado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹ recogen los derechos de las personas con capacidades diversas, así como las obligaciones de los Estados de cara a su implementación. Su objetivo ha consistido en hacer prevalecer los derechos humanos sobre los criterios adoptados

¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ratificada por España y publicada en el BOE 21.4.2008. Vid. M.E. Torres Costas, *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Colección Derecho Privado, BOE, 2020; R. Kayess, P. French, "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights L. Rev.*, vol. 8, nº 1, 2008, pp. 1-34; A. Dhanda, "Legal capacity in the disability rights Convention: Stranglehold of the past or lodestar for the future?", *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, vol. 34, 2006-2007, pp. 429 ss; F. Mégret, "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, nº 2, 2008, pp. 494-516.

tradicionalmente por los Estados, lo que está dando lugar a un cambio de paradigma en relación a los derechos de las personas con discapacidad.

Para dar respuestas a los interrogantes que plantea esta nueva regulación es necesario conocer cuáles han sido los orígenes jurídicos que han inspirado a las legislaciones nacionales en la evolución normativa de la discapacidad. Se evaluarán así los pros y contras que dicha regulación puede suponer en la práctica tanto para los casos que deban ser resueltos ante los tribunales, como para la seguridad jurídica de las personas que tienen capacidades diversas.

Tradicionalmente, las personas con discapacidad han sido consideradas como personas con serias limitaciones, las cuales, de una u otra manera, han sido apartadas de la sociedad bien por considerarlas socialmente invisibles, o bien por estar imposibilitadas para celebrar actos jurídicos dada su falta de capacidad para regir sus vidas. Para asegurar su protección, era necesaria la intervención de un representante que aparentemente sería el encargado de velar por sus derechos en función de una serie de modelos basados en diferentes principios.

En un primer momento el modelo de la prescindencia consideraba que la discapacidad tenía origen religioso estableciendo que la persona no podía aportar nada a la sociedad, lo que hacía que fuera apartada prescindiéndose de cualquier actuación que supusiera un contacto social².

El segundo modelo dio un paso adelante en la consideración del individuo con discapacidad ofreciendo una solución con carácter rehabilitador. Este modelo se apartaba del origen religioso como causa de la discapacidad alegando un origen científico, por esta razón se rehabilitaba al sujeto para que pudiera ser incorporado dentro de la sociedad. Este modelo volvía a situar la solución fuera del ámbito de la persona ya que al considerar que los efectos producidos por la discapacidad eran el resultado de sus limitaciones, hacía necesario la calificación de un profesional de la salud a través de un diagnóstico médico que autorizara su reincorporación a la sociedad³.

Frente a estos dos modelos, surge el modelo social de discapacidad, según el cual, la discapacidad la crea las barreras que la sociedad construye en torno a los sujetos. Ya no se habla de personas que tienen mermadas sus capacidades si no que por el contrario se trata la diversidad de capacidades

² A. Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

³ M. De las Heras, "Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU. 2016, [<http://envejecimiento.esic.es/docuemtnos/heras-discapacidad-01.pdf>] (fecha de la última consulta: 5 de mayo de 2021), pp. 1-17.

desde un modelo abierto en el que todos pueden aportar valores a la sociedad en la medida que se promueva y se logre la inclusión y la aceptación de la diversidad⁴.

Este modelo social ha sido el elegido por la Convención de Discapacidad, ensalzando los derechos humanos y anteponiendo el principio de igualdad frente a otros valores que han estado presentes en la regulación de los derechos de los individuos. Es el art. 12 de esta Convención el que protege los intereses de las personas con discapacidad estableciendo que tienen “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”⁵.

A partir de este mandato los Estados están obligados a adoptar medidas de apoyo y salvaguarda para las personas con discapacidad, de tal manera que les ayuden a expresar su voluntad en las actividades de su vida cotidiana o de carácter extraordinario.

Sin embargo, su aplicación práctica está generando numerosos interrogantes que han sido atribuidos a la falta de un análisis objetivo de la institución, así como a no haber consultado las necesidades tanto en el ámbito personal como profesional que envuelve a las personas que tienen limitada su capacidad. Además se le ha criticado la falta de modificaciones coherentes y ordenadas frente a las instituciones existentes ya reguladas, lo que en un futuro cercano puede dar lugar a nuevos problemas que perjudiquen a las personas que tienen una capacidad diversa⁶.

⁴ Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, 2014 [<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67059>] (fecha de última consulta: 10 de mayo de 2021).

⁵ Art. 12.2º del Convenio de Nueva York de 2006. La Convención de Discapacidad no separa la capacidad jurídica de la capacidad de obrar, distinción que sí recoge el ordenamiento español. El carácter innovador del artículo 12 no ha sido recibido pacíficamente, generando numerosas reservas y declaraciones interpretativas por parte de los Estados. *Vid.* en este sentido la web del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad [<https://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDIndex.aspx>] (fecha de la última consulta: 8 de abril de 2021). *Vid.* N. Pastor Palomar, “Reservas a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 37, junio 2019, pp. 1-34. Para ayudar en su implementación y aclarar el alcance de esta norma, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité), realizó una serie de Observaciones Generales, dedicando la primera de ellas a resolver las dudas que se habían generado para su implementación en los textos legislativos nacionales. *Vid.* Observación general nº 1 del Comité de la Convención de las personas con discapacidad de CRPD /CCG/1, 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

⁶ *Vid.* S. De Salas Murillo, “Significado jurídico del ‘apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica’ de las personas con discapacidad; presente tras diez años de convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, mayo, 2018, pp. 1-27.

Desde esta perspectiva, y sin entrar a valorar situaciones meramente internas, los supuestos con elementos transfronterizos también vislumbran cambios legislativos que supondrán la adaptación dentro del marco legal de los Estados tanto a nivel judicial como de ley aplicable, especialmente si se quiere proteger a nivel global los derechos de las personas con discapacidad.

I. LA INCORPORACIÓN DEL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

El art. 12 del Convenio de Discapacidad se ha incorporado en la legislación española a través de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁷ (en adelante la Ley 8/2021). Dicha norma ha nacido para alinear la normativa española con el art. 12 de la Convención de la Discapacidad⁸, erradicando así el régimen paternalista y de sustitución que tradicionalmente ha inspirado la legislación española en materia de discapacidad⁹.

⁷ 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 nº132, de 3 de junio de 2021. Esta ley modifica parcialmente el articulado de diferentes normas que afectan a la capacidad jurídica de las personas, así como a las medidas de apoyo que pudieran necesitar. Este tipo de "ley puzzle" dificulta su aplicación ya que la incorporación de modificaciones parciales deja lagunas e incoherencias dentro de los textos legislativos. Como técnica legislativa hubiera sido preferible crear una ley especial. *Vid.* A. Pau, "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 5-8.

⁸ A. García Pons, "El art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, y su impacto en el Derecho Civil de los Estados Signatarios: el caso de España", *ADC*, enero–marzo, 2013, pp. 59–148.

⁹ No obstante, la aplicación igualitaria de la capacidad de las personas ha estado presente en nuestro ordenamiento, siendo recogido expresamente en los art. 10, 14 y 49 de la Constitución española que consideran la discapacidad como una circunstancia personal protegida contra cualquier forma de discriminación. Esta misma interpretación se inició con la jurisprudencia española a partir de la STS 282/2009, 29 de abril de 2009 STS 2362/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2362 a la que han seguido otras sentencias. Sin embargo, a pesar de la interpretación jurisprudencial acorde al espíritu de la Convención, era necesaria una adaptación legislativa que favoreciera la seguridad jurídica estableciendo el nuevo paradigma que debe estar presente en la regulación de los derechos que amparan a las personas con discapacidad. Para ver un resumen de las principales normas que han sido modificadas en relación a la protección de las personas con discapacidad *vid.* M. Linacero de la Fuente, "El repte de la reforma de la legislación civil en materia de discapacitat", *La Notaría*, nº 1-2, 2020, pp. 78-97. Los déficits que presenta el Anteproyecto de ley han sido analizados en A.L. Martínez Pujalte, "Legal Capacity and supported Decision-Making lessons from recent legal reforms", *Laws*, nº 8, nº 1, 2019, pp. 1-21.

1. *El cambio de paradigma en el Derecho español de la discapacidad*

El cambio de modelo que ha establecido la Ley 8/2021 se desarrolla a través de dos ejes principales. Por un lado el respeto de la voluntad de la persona con discapacidad, y por otro lado el establecimiento de medidas de apoyo aplicables excepcionalmente en los casos en los que la persona no pueda tomar decisiones por ella misma.¹⁰

A) El respeto a la voluntad de la persona con discapacidad

El respeto a la voluntad de las personas con discapacidad se sustenta a través del principio de la autonomía de la voluntad, lo que se ha implementado por una doble vía.

Por un lado potenciando una intervención activa que favorezca el poder de elección autónoma de la persona a través del protagonismo de la autocuratela (arts. 271 a 273 Cc) que le permite a la persona con discapacidad nombrar a quien prefiera para ocupar el cargo de curador¹¹, permitiéndole cambios en el orden de prelación en función de a quien considere más idóneo para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

Junto a la autotutela, otro instrumento que potencia la autonomía de la voluntad son los poderes y mandatos preventivos (arts. 256 a 262 Cc) a través de los cuales se permite a la persona discapacitada establecer las medidas y órganos de control y las condiciones e instrucciones para el ejercicio de sus facultades¹².

Por otro lado la no intervención del Estado o de terceros en el poder de elección de la persona con discapacidad le da la oportunidad de tomar decisiones sin la intervención de las autoridades judiciales o administrativas¹³. A modo de ejemplo la nueva "guarda de hecho" le permite a la persona con discapacidad el apoyo en su círculo familiar sin necesidad de acudir a los tribunales (art. 263).

¹⁰ R. Barreto Souza, "Capacidad Jurídica: un Nuevo Paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad," *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, vol. 3, nº 2, Washington, 2015.

¹¹ *Vid.* M. Petit Sánchez, "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, nº 5, octubre-diciembre, 2020. pp. 265-313.

¹² M.P. García Rubio, "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, nº 5 (3), 2018, pp. 29-60.

¹³ *Vid.* en este sentido el Preámbulo de la Ley 8/2021 así como los precedentes existentes en otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa en la materia.

Ambas visiones se complementan de tal manera que no sería posible el desarrollo de la autonomía personal de un individuo con discapacidad si no se respetase su libre elección para programar su vida con las mismas garantías y en igualdad de condiciones que las demás personas.

B) El establecimiento de medidas de apoyo

Tanto el Convenio de Discapacidad como la Ley 8/2021 son conscientes de la existencia de situaciones difíciles en las que las personas con discapacidad muestren dificultades para proyectar y desarrollar su vida. En estos casos se deberán adoptar medidas de apoyo que les permitan reducir o eliminar los obstáculos que puedan aparecer en su día a día, siendo esta intervención considerada como excepcional por el legislador español.

Este cambio en la visión de la discapacidad ha comenzado por eliminar las figuras de protección (tutela, patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitadora), sustituyéndolas por la implantación de un modelo de apoyo (la guarda de hecho, la curatela, el defensor judicial), que le da protagonismo a la persona con discapacidad garantizando su voluntad y preferencias en las decisiones que afectan a su vida.

Así por ejemplo se distinguen diferentes grados de actuación: El primero sería el caso aplicable a aquellas personas que no son capaces de expresar su voluntad o preferencias (una persona con un estado de Alzheimer avanzado). En estos casos es necesario analizar en un primer momento si el origen de dicha situación se debe a un problema individual o si es fruto del aislamiento social de la persona. A partir de este razonamiento se intentará buscar la verdadera voluntad de la persona a través de formas alternativas de comunicación¹⁴. En segundo lugar estarían las situaciones en las que este contacto sea imposible en cuyo caso las soluciones propuestas por terceros deben inspirarse en el principio “interés superior de la persona”, que para casos como éstos, se sustituirá por “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona”, teniendo en cuenta tanto su historia como su trayectoria en la vida. En cualquier caso estas situaciones de “pseudosustitución” deberían ser excepcionales siguiendo la regla general defendida por la Convención de la Discapacidad que es el respeto de la voluntad de la persona con discapacidad¹⁵.

¹⁴ Se introduce el art. 7 bis tanto en la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) como en la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV) en el que las comunicaciones con las personas con discapacidad se deben hacer en un lenguaje claro, sencillo y accesible teniendo en cuenta las características personales y las necesidades de las personas con discapacidad.

¹⁵ Vid. M. Petit Sánchez, “La adopción de medidas...” *loc. cit.*, pp. 285.

Por último, estaríamos ante situaciones en las que la persona es capaz de expresar su voluntad y sus preferencias a pesar de que éstas puedan suponer la producción de un daño para ellas mismas. En estos casos Cuenca Gómez propone aplicar el principio de proporcionalidad ponderando el derecho de la capacidad jurídica con los principios de protección y de autonomía. Con este razonamiento se conseguiría actuar en contra de la voluntad de la persona para los casos en los que el respeto de su deseo supusiera un riesgo grave e inminente para su vida o para la salvaguarda de los derechos humanos. Esta solución ha dado lugar a la contraposición de dos principios, por un lado el que afecta al “interés de la persona” y el que “manifiesta su voluntad o deseo”¹⁶.

En definitiva, el legislador español ha tratado de crear mecanismos que le permitan individualizar cada caso evitando aplicar soluciones generalistas en la que la persona con discapacidad sea víctima del entorno que la rodea. Sin embargo, el aplicador del derecho se puede encontrar con numerosos obstáculos, ya que, en primer lugar, este sistema supone un cambio en la mentalidad de la sociedad española que está acostumbrada a proteger/asistir a las personas con discapacidad, siendo difícil darles absoluta autonomía para que tomen sus decisiones. En segundo lugar, se debe dotar a los tribunales y a la administración pública de servicios e instrumentos que les permitan identificar los peligros inherentes en torno a las personas con discapacidad, lo que significa dotar de medios económicos y técnicos al entorno de la discapacidad.

Otra de las críticas presentes en la Ley 8/2021 se refiere al tratamiento que se les ha dado a las medidas de apoyo. Por un lado, se ha considerado negativo el hecho de que se reserven sólo estas medidas a las personas con discapacidad cuando se podría haber aprovechado para extenderlas a toda persona con necesidad de asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por otro lado, el modelo de apoyo contenido en la Ley 8/2021 se ha limitado a reproducir las figuras que tradicionalmente existían en el Código civil español, en concreto la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, (eliminando la tutela), lo que supone una solución continuista poco innovadora que puede llevar a una interpretación asistencialista frente a la promoción de la autonomía que defiende la Convención de Discapacidad.

A ello se une la excesiva presencia del juez así como del Ministerio Fiscal en los procesos especiales que amparan la discapacidad, siendo éste otro

¹⁶ P. Cuenca Gómez, “De objeto a sujetos de Derechos. Reflexiones filosóficas sobre el artº 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la políticas* (P.A. Munar Bernat), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 47-76.

factor que la reforma no ha corregido, de tal manera que seguirán siendo los tribunales los que decidirán sobre la designación del curador así como del diseño y alcance de las medidas aplicables, mientras que el Ministerio Fiscal seguirá ejerciendo un papel protector en torno a los intereses de las personas con discapacidad¹⁷. Dentro de este sistema de autoridades, los notarios y el resto de los funcionarios públicos (servicios sociales y sanitarios) ocupan un papel muy residual de difícil encaje dentro del espíritu del Convenio de Discapacidad¹⁸.

III. LA INCIDENCIA DE LA LEY 8/2021 EN LAS RELACIONES TRANSFRONTERIZAS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley 8/2021 no solamente se ha ocupado de modificar las figuras de protección presentes en la legislación española, sino que también ha tenido que adaptar las normas con implicaciones transfronterizas ya sea en el ámbito sustantivo (normas de conflicto) como en el ámbito procesal (competencia judicial y reconocimiento de resoluciones judiciales). No obstante, tal como vamos a analizar a continuación, solamente el primer bloque normativo relativo a la competencia legislativa ha sido parcialmente revisado por la reforma, abriéndose numerosos interrogantes en relación al efecto que dicho cambio producirá en aquellas personas con discapacidad que lleven a cabo desplazamientos en el plano internacional, en los que se tengan que reconocer resoluciones judiciales en otros países o aplicar medidas dictadas por autoridades extranjeras.

La realidad es que España es un país que sufre un envejecimiento progresivo de la población a lo que hay que unir la presencia de extranjeros adultos, principalmente de la Unión Europea que eligen España como destino de su jubilación atraídos por el buen tiempo y el bajo coste de la vida. El aumento de esta población, que potencialmente puede ser vulnerable a causa del alargamiento de la vida, va acompañado en numerosos casos del aumento de enfermedades tanto físicas como mentales que limitan la capacidad de las personas, siendo necesario establecer mecanismos que las protejan para el caso de que se reduzcan sus capacidades físicas o mentales. Ello supone tener en cuenta la presencia de diferentes ordenamientos que

¹⁷ *Vid.* en este sentido C.F. Fábrega Ruiz, "Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad...*, *op. cit.*, p. 322.

¹⁸ Art. 42 bis b) incorporado por la Ley 8/2021 en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. *Vid.* también la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/2021 en relación a las Entidades del Tercer Sector de Acción Social.

ofrezcan protección, lo que genera por un lado conflictos positivos ante la presencia de dos o más leyes aplicables, o negativos que dejarían a la persona enfrentada a un vacío legal. Así por ejemplo, la persona a la que se le apliquen unas medidas de apoyo según su ley nacional y que tenga residencia habitual en España, crearía un solapamiento en el caso de que los criterios de asignación de la ley extranjera no fueran considerados suficiente por la ley española o viceversa.

Para dar respuesta a estas situaciones la Conferencia de La Haya redactó el Convenio de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de adultos¹⁹ (en adelante Convenio de Adultos) cuyo objetivo era dar respuesta entre los Estados contratantes a sistemas que permitieran determinar las autoridades competentes para tomar medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto, determinar la ley aplicable, asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección y establecer entre las autoridades la cooperación necesaria para proteger a las personas mayores de edad²⁰.

Lamentablemente el Convenio no ha entrado en vigor en España²¹ y el legislador no ha resuelto las lagunas existentes en el ordenamiento español para adaptar las normas de Derecho internacional privado a los problemas prácticos que las situaciones de desprotección están generando en estos colectivos.

Vamos a analizar a continuación cuales son los aspectos que afectan al ámbito privado con elementos transfronterizos desde la perspectiva de la competencia judicial, la ley aplicable, la cooperación de autoridades y el reconocimiento de sentencias en base a la reforma propuesta por el

¹⁹ Convenio de la Haya de 13 de enero de 2000 citado en nota 27. *Vid.* J. Anderson y A. Ruck Keene, "The 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults: five years", *International Family Law*, 2014; S. Adroher Biosca, "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, vol. LXXI, nº 1, 2019, pp.163-185; K., Karjalainen, "Fragility of Cross-Border Adult Protection: The Difficult Interplay of Private International Law With Substantive Law", *Yearb. Priv. In'l L.*, vol. 20, 2018/2019, 2018, pp. 439-465; P. Lortie, "Towards the Global Implementation of the 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults", *ELI Newsletter*, 2019, pp. 34-79.

²⁰ *Vid.* en este sentido, M.P. Diago Diago, "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *Diario La Ley*, nº 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021, pp. 1-22.

²¹ En este sentido el Parlamento Europeo en Resolución de 3 de abril de 2017 sobre la protección de adultos vulnerables ha solicitado a la Comisión que legisle esta materia a través de un Reglamento. El *European Law Institute* también ha realizado una propuesta en la materia. Por su parte la Comisión está intentando que los estados ratifiquen el Convenio utilizando su competencia en materias externas. *Vid.* A. Muñoz Fernández, "Notas sobre el informe del instituto de derecho europeo acerca de la protección de adultos en situaciones internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 1099-1105.

legislador en la Ley 8/2021, así como los posibles beneficios que la entrada del Convenio de Adultos podría aportar en la protección de las personas mayores.

1. La competencia de autoridades en la regulación de la discapacidad con carácter transfronterizo

A la competencia judicial internacional en materia de capacidad no hace referencia la Ley 8/2021 quedando cubierta su regulación por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

No obstante, la Ley 8/2021 da protagonismo a la Ley de Jurisdicción Voluntaria para los casos en los que se deban resolver expedientes de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, dejando el procedimiento contencioso solo para los casos en los que exista oposición por parte de la persona con discapacidad o las personas legitimadas para abrir dicho procedimiento²².

A) El foro de la residencia habitual

Se mantiene en este sentido el art. 22 quárter b) según el cual los Tribunales españoles serán competentes “en materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España”. Esta solución está alineada con el Convenio de Adultos (arts. 5 a 12) ya que da competencia a las autoridades de la residencia habitual de las personas mayores, si bien el Convenio de Adultos ofrece otras alternativas en su articulado²³.

La jurisprudencia española nos muestra que en su papel protector se ha optado tradicionalmente por la *perpetuatio iurisdictionis* ya que, aunque la ley determina que cuando se cambia la residencia habitual cambia el juez competente (si este cambio se produce antes de la comparecencia), en la práctica la competencia continua hasta que no se resuelve el asunto²⁴. A

²² *Vid.* art. 42 bis incorporado por la Ley 8/2021 en el Capítulo III bis, Título II.

²³ El Convenio de adultos les otorga también competencia a las autoridades de la nacionalidad, de la anterior residencia habitual, del lugar donde se encuentren situados los bienes del adulto, de las autoridades elegidas por escrito por el adulto, las autoridades de la residencia habitual de la persona que se haga cargo del adulto, así como del Estado donde se halle el adulto.

²⁴ Art. 42 bis a) 2. “.... Si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a la que se refiere el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.”

modo de ejemplo, estas situaciones se plantean cuando una persona sufre algún tipo de trastorno grave transitorio en su enfermedad que obliga a su internamiento por algunos meses fuera de su domicilio. Cabe preguntarse en estos casos si se debe o no considerar un cambio de la competencia judicial en relación a las medidas de apoyo que deba recibir la persona con discapacidad durante el tiempo que permanezca internada. Si a ello le sumamos el factor transfronterizo, la cuestión que se plantea es como resolverá el expediente la autoridad del nuevo Estado en el que se localice temporalmente a la persona con discapacidad, que posteriormente retornará a su domicilio²⁵. Está claro que la práctica deberá flexibilizar las soluciones dependiendo en cada caso del grado de discapacidad de la persona y de la medida temporal aplicable.

El análisis de esta norma muestra por tanto una regulación insuficiente en dos aspectos. Por un lado, en relación con su enunciado, ya que la LOPJ se refiere a los tribunales que deben tomar “medidas de protección” cuando el modelo social sigue un sistema de igualdad que se aleja del asistencialismo. Por otro lado como en relación al protagonismo que da a los tribunales en lo referente a las medidas de apoyo obligatorias²⁶.

Por otro lado, la presencia del notario, como autoridad administrativa, es mínima, ya que se limita a actuar en los acuerdos voluntarios solicitados *ex ante* por la persona cuando aún pueda controlar su voluntad y preferencias²⁷, no planteando esta posibilidad para aquellas personas que necesiten de forma inmediata decidir sobre las medidas de protección que les serían aplicables.

En este sentido, la Ley 8/2021 debería haber ampliado el marco de actuación ofreciendo un abanico más extenso de competencias, reservando para las autoridades judiciales aquellos casos complejos en los que fuera necesaria una intervención jurídica más especializada, y dejando para las autoridades administrativas los casos de supervisión o control de aquellas

²⁵ En este sentido *vid. el* nuevo art. 756 LEC en relación al cambio de procedimiento de jurisdicción voluntaria al procedimiento contencioso, considerando en estos casos el cambio de Juzgado si se da un cambio en la residencia de la persona con discapacidad. A sensu contrario la sentencia de 31 de enero de 2017 en relación al cambio de residencia de la persona con discapacidad a Perú, siguiendo como competente el tribunal español que nombró un tutor. SAP B 12839/2017 – ECLI:ES:APB:2017:12839.

²⁶ Por el contrario, el Convenio de Adultos se refiere a las autoridades “judiciales y administrativas”

²⁷ Resultan modificados por la reforma de la Ley 8/2021 los arts. 23, 57-3 y 62 –3 de la Ley del Notariado. *Vid. art. 257 Cc* “el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido”.

personas cuya discapacidad así lo exigiese. Esta solución tendría un doble efecto: por un lado, ayudar a aliviar en los juzgados la acumulación de expedientes, y por otra alinear con el Derecho internacional la competencia de las autoridades administrativas en situaciones transfronterizas²⁸.

Otro supuesto sin resolver por la Ley 8/2021 es el relativo a la elección del tribunal competente ya que la actual regulación de la competencia judicial internacional no reconoce la autonomía de la voluntad en los casos que afectan a la capacidad jurídica de las personas²⁹, cuestión que sí está resuelta en el art. 8 del Convenio de Adultos. Según Androher Biosca, esta limitación por parte del legislador español no está alineada con el papel relevante que la Convención de Discapacidad otorga a la autonomía de la voluntad³⁰ y que de nuevo se contrapone con el protagonismo que el nuevo paradigma quiere dar a las personas con discapacidad.

B) El foro de las medidas cautelares

También es aplicable el foro cautelar del art. 22 *sexies* que otorga competencia a los Tribunales españoles cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España, siendo también competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal³¹.

De nuevo se plantean diferentes interrogantes en relación a cómo se aplicarán dichas medidas en el caso de expedientes para establecer medidas de apoyo, teniendo en cuenta que el mecanismo debe dirigirse a apoyar a las personas con discapacidad cubriendo sus necesidades personales y materiales, más allá del mero aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley. Sería por ejemplo el caso de un ingreso involuntario urgente de una persona adulta por razón de un trastorno

²⁸ En este sentido, la sensibilización y formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica que establece la Disposición Adicional Segunda de la Ley 8/2021 será crucial para que esta regulación sea correctamente aplicada.

²⁹ *Vid.* art. 22 bis. "... No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los arts. 22 quáter."

³⁰ S. Androher Biosca, "La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el derecho internacional privado", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad...*, *op. cit.*, pp.157-173.

³¹ En este sentido el nuevo art. 762 prevé que estas medidas las inste el Ministerio Fiscal estando prevista la audiencia previa de las personas con discapacidad. *Vid.* para el conjunto de normas de competencia judicial internacional para la protección de personas C. Vaquero López, "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y menores", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

psíquico. En este caso la actuación judicial podría realizarse de oficio con el único límite de ajustarse a las necesidades de la persona con discapacidad. Esta actuación se asemeja más a una medida provisional de protección que a una medida cautelar, ya que mientras las medidas cautelares buscan la efectividad de la futura sentencia, en estos casos lo que se intenta es dar una protección actual a la persona, evitando los peligros que un alargamiento del procedimiento pudieran producir³². Estas peculiaridades harán que la persona con discapacidad deba ser escuchada, si está en condiciones para ello, así como a las personas legitimadas, no siendo necesario presentar demanda (obligatoria para que las medidas cautelares generales sean efectivas) en el caso de que la medida cautelar de lugar a la recuperación de la capacidad.

2. Las cuestiones relativas a la ley aplicable en las relaciones transfronterizas que afectan a la capacidad jurídica

La regulación de las figuras de protección de la persona dentro del Derecho internacional privado español se encuentran dispersas en diferentes fuentes normativas.

En este sentido la protección de los menores, en cuanto que tienen limitada su capacidad, se encuentra regulada en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores³³, quedando fuera de la órbita de protección que se les ofrece al cumplir los 18 años, momento en el cual quedan bajo la normativa que se ocupa de la protección de mayores. En estos casos y teniendo en cuenta que aún no ha entrado en vigor el Convenio de Adultos, es de aplicación para los mayores el Código civil español en el cual la Ley 8/2021 sólo ha modificado los arts. 9.6 y 10.8º del citado texto legislativo, si bien está limitada reforma deja numerosas interrogantes abiertas en relación a la ley aplicable en supuestos transfronterizos de discapacidad³⁴.

A) Respecto a la calificación

Uno de los problemas que presenta la Ley 8/2021 se refiere a la calificación tanto del término “incapaz” como “incapacitado”, cuyo contenido jurídico varía en los diferentes ordenamientos jurídicos

³² Vid. C.F. Fábregas, “Breves notas...” *loc. cit.*, pp. 319.

³³ Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. www.hcch.net.

³⁴ La nueva regulación afectará a los aspectos contractuales y extracontractuales en los que intervengan personas con discapacidad.

relacionados con la situación transfronteriza³⁵, del mismo modo que sucede con la extensión de las medidas de apoyo a las que se refieren los artículos introducidos por la Ley 8/2021³⁶. En este sentido puede haber conflicto en cuanto a la existencia de medidas desconocidas por el ordenamiento español que no se ajusten a los principios establecidos en la ley. Sería el caso por ejemplo de la figura de la asistencia, presente en los ordenamientos alemán³⁷ y canadiense así como en el art. 226-1 CCCat³⁸. La incorporación de la asistencia dentro del sistema de medidas de apoyo español resolvería el vacío legal existente en la Ley 8/2021 por el cual las medidas de apoyo que la persona con discapacidad puede pactar, solo las podrá tomar en “previsión a una futura necesidad de apoyo” (art. 257), es decir, cuando aún tenga plenas facultades para adelantar la eventualidad de un posible apoyo. La Ley 8/2021 deja por tanto desprotegidas a aquellas personas que estén en situación de vulnerabilidad por estar sufriendo un deterioro de sus facultades físicas o psíquicas, que no resulten incapacitantes, y que le lleven a solicitar judicialmente un asistente ocasional. Para estos casos, la asistencia es una medida de apoyo acorde con la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, siendo ella misma la que a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, podrá proponer la designación de un asistente cuyas funciones quedarán especificadas en la resolución judicial³⁹.

B) Respecto a los puntos de conexión

Tal como ha quedado redactada la actual versión del Código civil, la regulación respecto de las personas adultas se encuentra contenida en el

³⁵ M.P. Diago Diago, “La nueva regulación...”, *loc. cit.*, pp. 6. Esta autora ve puntos de distorsión en este articulado. En primer lugar, al referirse en el supuesto de hecho a “personas mayores de edad”, así como a la formulación de “medidas de apoyo para personas con discapacidad” considerando que esta formulación ha supuesto un retroceso en relación a las últimas reformas legislativas. En segundo lugar, al introducir el término discapacidad, excluye a personas mayores no incapacitadas pero que necesitan algún tipo de asistencia.

³⁶ Por ejemplo, el carácter representativo o asistencial que en la práctica el aplicador del derecho le dé a la curatela.

³⁷ C. Riveros Ferrada, “La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán”, *La Ley: Derecho de familia*, nº 31, julio-septiembre de 2021.

³⁸ *Vid.* en este sentido M.P. Diago Diago, “Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado”, *geriatricanet.com*, vol. 3, nº 1, 2001. *Vid.* también para conocer el derecho comparado G. García Cantero, “Persons with disability v. Personas incapacitadas...o viceversa?. Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006 en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 4, 2014, pp. 81-86

³⁹ *Vid.* en este sentido J. Ruf i Aixàs y J. Tresserras Basela, “Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia”, *Revista Española de Discapacidad*, vol.3, nº 1, 2015, pp. 193-209; R. Follia, “La defensa de la dignidad de la persona en el libro II del Código Civil de Cataluña. Medios para su protección”, *La Notaría*, vol. 2, 2012, pp. 36-43.

Código civil existiendo una dicotomía, ya que los aspectos relativos a la capacidad y al estado civil se determinan en el art. 9.1º Cc según la ley de la nacionalidad de la persona. Sin embargo, tras la reforma llevada a cabo en la ley 26/2015⁴⁰ las medidas de protección contenidas en el art. 9.6º Cc. respecto a la protección de las personas mayores de edad ha quedado determinada por la ley de su residencia habitual. Esta dualidad genera un problema jurídico para aquellos casos en los que la ley de la nacionalidad de la persona pueda considerar que el tipo de discapacidad requiera una medida de protección, mientras que la ley de la residencia habitual no considere necesaria dicha intervención siguiendo el modelo social que establece el Convenio de Discapacidad⁴¹.

Habría por tanto, una exigencia por parte del Estado del que es nacional la persona con discapacidad de aplicar dichas medidas desplazando las que establece la ley de la residencia habitual. Esta situación daría lugar a un enfrentamiento entre dos ordenamientos con los que la persona tendría una vinculación estrecha. Sería, por ejemplo, el caso de un ciudadano canadiense con residencia habitual en España cuya ley nacional considerase necesaria una medida de incapacitación, mientras que la ley española, aplicable por ser la ley de su residencia habitual, no pudiera llevarla a cabo ya que la Ley 8/2021 se aleja de este tipo de solución por considerarla asistencialista⁴².

Otra distorsión a tener en cuenta en relación a las medidas aplicables se encuentra en el ámbito de aplicación del Convenio de Adultos, del que tal como se ha indicado, en un futuro próximo España será parte. Así en concreto, su art. 3 a) se refiere a que la ley considerada aplicable servirá para "la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección". Queda por tanto de nuevo en entredicho el objeto de la Convención de Discapacidad, ya que dicho convenio exige eliminar las medidas protecciónistas a las que se refiere el Convenio de Adultos.

Por otro lado, el legislador español se ha limitado a establecer la aplicación de la ley de la residencia habitual dejando de lado otras leyes relacionadas con la persona como son las de la nacionalidad, la de la anterior residencia habitual, aquella en la que se encuentren los bienes o con los que

⁴⁰ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015). Dicho cambio en la norma conflictual fue en su momento muy bien recibido por la doctrina. *Vid.* en este sentido M. Alvarez Torné, "Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 32, 2016, pp. 1-18; A. Muñoz Fernández, "Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de incapaces", *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, pp. 1-14.

⁴¹ *Vid.*, en este sentido, P. Diago Diago, "La nueva regulación...", *loc. cit.*, pp. 6 ss.

⁴² *Vid.* Ley 8/2021 que elimina la figura de la incapacitación.

la persona tenga vínculos estrechos (art. 15 del Convenio de adultos)⁴³. No obstante, esta laguna legislativa será cubierta cuando España firme el citado Convenio, ya que dado su efecto *erga omnes* el art. 96º Cc será desplazado por la regulación establecida por este instrumento internacional.

La otra norma modificada por la Ley 8/2021 ha sido el art. 10.8º Cc que regula la denominada “excepción de interés nacional”, en la cual el legislador español se ha limitado a sustituir los términos prohibidos por el Convenio de Discapacidad (“incapaz” e “incapacidad”) perdiendo así una oportunidad de oro para alinearla con el art. 13 del Reglamento Roma I⁴⁴, cuyo carácter de norma *erga omnes* le concede una posición predominante frente al residual art. 10.8º Cc⁴⁵. En definitiva, la redacción incorporada por la Ley 8/2021 no se aleja de la actual, manteniendo en forma de norma autolimitada la posibilidad de que un extranjero pueda contratar en España siempre que no exista en el ordenamiento español algún tipo de limitación relacionada con su capacidad que sea objeto de una medida de apoyo. En el caso de que se dé esta limitación habrá que estar a la nueva normativa sobre capacidad jurídica incorporada al respecto en el Código civil por la Ley 8/2021.

3. El reconocimiento y ejecución de decisiones emitidas por autoridades judiciales y administrativas en materia de discapacidad

Otra cuestión propia del Derecho internacional privado que tampoco ha sido modificada por la Ley 8/2021, se refiere a las decisiones respecto a personas con discapacidad dictadas por una autoridad competente para su reconocimiento y ejecución en otro Estado. En este caso son varios los aspectos que deben ser analizados.

A) Decisiones emitidas por autoridad judicial extranjera para su reconocimiento en España

En primer lugar, hay que determinar el carácter de la decisión adoptada, ya que, tal como se ha indicado, el sistema general es el de la jurisdicción

⁴³ *Vid.* para la determinación de la ley aplicable los arts. 13 a 21 del Convenio de protección de adultos.

⁴⁴ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁴⁵ *Vid.* M.P. Diago Diago, “La nueva regulación...”, *loc. cit.*, pp. 7-8 donde la autora entiende que las autoridades administrativas deberán actuar, una vez entre en vigor el Convenio de Adultos en aplicación de su art. 17, respetando la buena fe registral. Para ello los notarios deberían incorporar una cláusula en las escrituras en la que las partes declarasen ser capaces para celebrar contratos en base a los arts. 13 del Reglamento Roma I, art. 10.8º Cc y del art. 168 RN.

voluntaria, quedando los procedimientos contenciosos solo para los casos en los que las partes legitimadas se opongan por entender que no se respeta la voluntad de la persona con discapacidad. Por tanto, la mayor parte de las resoluciones que se reconocerán en España establecerán medidas de apoyo para la persona con discapacidad, sin existir un litigio entre las partes. En estos casos el reconocimiento tiene un efecto registral (art. 11) regulado en la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁴⁶ que asimila el procedimiento al del *exequatur* contenido en los procedimientos contenciosos (art. 12).

Respecto a estos últimos, la LCJIMC⁴⁷ establece un sistema de reconocimiento y ejecución en el que, una vez comprobados una serie de requisitos que debe cumplir la resolución judicial extranjera (art. 46), es aceptada para su ejecución dentro del territorio español, bien sea para su inscripción en el Registro Civil español, como para ejecutar bienes o medidas personales establecidas en la sentencia extranjera.

No cabe el reconocimiento automático que establecen los Reglamentos comunitarios, sin embargo, una vez entre en vigor el Convenio de Adultos, en base a los arts. 22 a 27 de dicho texto, las sentencias dictadas entre Estados contratantes gozarán de un sistema de reconocimiento de pleno derecho (art. 22 del Convenio de Adultos). Ahora bien, la pregunta surge ante la nueva regulación que propone la Ley 8/2021 al considerar la eliminación de las medidas de incapacitación de las personas con discapacidad planteándose dos cuestiones a resolver:

Habrá que esperar para saber si la autoridad judicial española considerará las medidas que incapaciten en otros ordenamientos como contrarias al orden público español y por tanto se eliminará la posibilidad de ser reconocidas en España⁴⁸.

Respecto al carácter de cosa juzgada que ha de tener la sentencia para su inscripción o anotación en el Registro Civil en el caso de que dicha resolución tenga efectos frente a terceros⁴⁹, también debe ser objeto de

⁴⁶ Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria (BOE 3.7.2015). *Vid.* A. Fernández de Buján (dir.) y A. Serrano de Nicolás (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016.

F.J., Vieira Morante, "Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad", *Derecho privado y Constitución*, 2016, pp.371-385.

⁴⁷ Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE 31.7.2015). *Vid.* F. Méndez González; G. Palao Moreno (dir.), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017

⁴⁸ *Vid.* en este sentido la SAP Barcelona de 2 de noviembre de 2016 en la que se rechaza por orden público la aplicación del nombramiento de tutor en base a la ley marroquí por ser la ley nacional (antiguo art. 9.6º Cc) que designa primero al padre y luego a la madre en contra del principio de igualdad. SAP B 14068/2016 – ECLI:ES:APB:2016:14068

⁴⁹ Nuevo art. 222.3º LEC.

interpretación, al encontrarse dentro de un proceso especial. En este sentido, las modificaciones y revisiones en las medidas de apoyo que el legislador le ofrece a la persona con discapacidad, que están presente a lo largo de la Ley 8/2021, deberán de ser tomadas en cuenta por la autoridad española, pudiendo ser objeto de inscripción los cambios que se vayan en función de la discapacidad de la persona.

B) Decisiones emitidas por autoridad administrativa extranjera para su reconocimiento en España

Cabe plantearse la cuestión de las resoluciones que pudieran ser emitidas por autoridades administrativas extranjeras autorizadas por su ley para llevar a cabo actuaciones en materia de capacidad. En este caso los arts. 56 y 57 LCJIMC aceptan su ejecutabilidad en España siempre que lo sean en su país de origen y no resulten contrarios al orden público, aplicando la teoría de la equivalencia en relación al contenido del documento sujeto a ejecución. Esto supone que notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares⁵⁰.

Otra cuestión que se plantea en relación al reconocimiento de documentos extranjeros está relacionada con la inscripción de éstos en los registros españoles. A ello se refiere el art. 60 LCJIMC de modo general y los arts. 97 LRC y 98 RRC en relación a los requisitos necesarios para que un documento extranjero extrajudicial tenga efectos registrales en España, así como el acceso al Registro Civil de certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeros. En ese sentido la Ley 8/2021 no ha modificado las condiciones para su inscripción adaptando solamente la terminología al nuevo modelo social refiriéndose en este sentido en su art. 77 a la inscripción de medidas de apoyo voluntario (autocuratela y poderes preventivos).

En este sentido las autoridades administrativas españolas deberán tener en cuenta la exigencia que ha establecido la Ley 8/2021 en el art. 260 Cc respecto al otorgamiento de los poderes preventivos en escritura pública. Esta exigencia obligará a protocolizar los poderes emitidos por autoridades extranjeras para poder ser inscritos en los Registros españoles.

⁵⁰ En este sentido de nuevo se puede plantear la cuestión relativa al orden público en el caso de que se trate de instituciones que no se adapten al nuevo modelo social incorporado en la Ley 8/2021 atentando contra el principio de igualdad defendido por este cuerpo normativo.

C) Eficacia extraterritorial de decisiones dictadas por autoridades españolas en el extranjero

Del mismo modo que pueden ser reconocidas en España las decisiones emitidas por autoridades extranjeras, se plantea la eficacia extraterritorial de las sentencias españolas en otros Estados dada la posibilidad de que la persona con discapacidad cambie su residencia. En estos casos se deberán cumplir los requisitos establecidos por los diferentes sistemas jurídicos, siendo difícil que el juez español pueda controlar las medidas establecidas en torno a la persona objeto de protección respecto a los bienes o el cuidado de su persona en el Estado donde la persona instale su nueva residencia habitual. De ahí la necesidad de crear mecanismos de control a través del sistema de cooperación de autoridades que aseguren la protección de la persona que haya sido objeto de un desplazamiento transfronterizo.

Por el momento la base jurídica para estas actuaciones se encuentra en el art. 12 LCJIMC en el que se establece el envío de oficio bien por las autoridades competentes o por la autoridad central española a las autoridades competentes del Estado donde deban cumplirse dichas medidas⁵¹. El sistema de envío puede ser la vía diplomática o consular, o bien a través de la autoridad central de dicho Estado. Podrán asimismo remitirse directamente por las autoridades españolas a las autoridades competentes del Estado requerido, de acuerdo con lo previsto en el art. 9, si ello estuviere previsto en su legislación, incluyéndose en este caso también la vía notarial. Todo ello estará sujeto a la aceptación de las medidas por parte del Estado donde deban ser registradas o ejecutadas las medidas de apoyo⁵², y la tramitación deberá garantizar la seguridad y confidencialidad de los documentos auténticos y legibles.

IV. CONCLUSIONES

El compromiso legislativo español no deja de ser importante, ya que supone abandonar el modelo rehabilitador o asistencial que estableció en su día el legislador español a favor de un modelo basado en la igualdad de trato de las personas con discapacidad. Sin embargo, desde mi punto de

⁵¹ Para notificación de documentos judiciales *vid.* también art. 21 LCJI.

⁵² Este caso se planteó en la SAP Barcelona 18^a 18 de febrero de 2014. En este caso al demandado colombiano había que aplicarle la ley de su nacionalidad según la cual no se debía limitar su capacidad. Para ello el Tribunal le nombró un asistente tomando como base el art. 2261º Código de familia catalán. Sin embargo, esta figura no fue aceptada en Colombia por no existir la figura de la asistencia en el derecho colombiano. SAP B 3465/2014 – ECLI:ES:APB:2014:3465.

vista esta reforma se ha realizado de forma parcial. A modo de ejemplo cabe destacar que no se han diferenciado las capacidades diversas, siendo muy diferentes las necesidades de las personas con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales. Esta diferenciación podría actuar como criterio delimitador para detectar las necesidades y las preferencias de las personas con discapacidad facilitando la labor de las autoridades judiciales y administrativas.

En este sentido habría que preguntarse si el sistema judicial español está preparado para asumir el “traje a medida”⁵³ que la Convención de Discapacidad espera para cada persona. Tampoco es fácil saber cómo se deberá proceder para constituir una curatela en los casos en los que no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, lo que trasladado a la realidad puede provocar una mala praxis por la falta de procedimientos personalizados.

Otra incógnita es saber si el hecho de que la intervención judicial sea el único modo de determinar las medidas de protección de la persona con discapacidad, dará lugar en muchas ocasiones a retrasos y aplazamientos en las resoluciones, provocando la consiguiente desprotección de los intereses personales o económicos de personas que tienen limitadas sus capacidades.

Por otro lado, esta reforma adolece en su regulación de soluciones que se adapten en su totalidad al principio de igualdad y de autonomía presentes en las normas internacionales. En este sentido, figuras adaptables según las circunstancias, sentencias a medida, presencia de autoridades administrativas con la incorporación de flexibilidad dentro de los procedimientos, la especialización dentro del sector y la incorporación de figuras de protección novedosas, son algunas de las soluciones que propone la nueva regulación pero que a mi modo de ver van a ser difícil de llevar a la práctica al menos en los próximos años dado el importante cambio que supone para el modo de concebirse la discapacidad en el modelo español.

En cuanto a los efectos que presenta la internacionalización, el legislador no parece haber tenido en cuenta la presencia cada vez mayor de extranjeros que tienen su residencia habitual en España. Esto supondrá en su momento un aumento de la litigiosidad ante los tribunales españoles, por ser el de la residencia habitual, así como de la aplicación de la ley española

⁵³ El TS ha calificado de “traje a medida” el soporte personalizado y adaptado a las necesidades concretas de protección de las personas con discapacidad en las STS 20 de abril de 2009; 341/2014 de 1 de julio; 552/2017 y 11 de octubre de 2017; 124/2018 de 7 de marzo; 118/2018, de 6 de marzo; 458/2018 de 18 de julio. La denominación “traje a medida” es una definición poco rigurosa que debería ser sustituida por “medidas personalizadas y revisadas periódicamente”.

a los casos de personas mayores de edad extranjeras que residan dentro de nuestras fronteras. Esta situación debería haber sido resuelta con una mayor presencia de autoridades administrativas tanto en la fase de resolución, a través de la incorporación de los notarios en el establecimiento de medidas de apoyo, como en la fase de detección y control por parte de entidades acreditadas que permitieran aligerar el trabajo que en estos momentos recae sobre los tribunales.

Por otro lado, se debe evitar una discriminación a la inversa por la cual se pueda proteger a una persona mayor extranjera con discapacidad aplicando una medida de apoyo determinada por el Estado de su nacionalidad frente a la inaplicación de la misma medida a un nacional español con residencia habitual dentro de su territorio.

Es por ello que el legislador debería haber aprovechado la reforma para incorporar figuras jurídicas ya existentes en el Convenio de Adultos, como la denominada asistencia. Esta figura permite proteger a la persona sin incapacitarla, ofreciéndole una medida de aseguramiento para preservar sus intereses en los casos en los que se considere que necesita dicha medida de apoyo.

Solo cabe esperar para ver cómo se resolverán en el futuro todos los interrogantes planteados ante la entrada en vigor de la Ley 8/2021 así como la futura regulación que afecte a las personas vulnerables en situaciones transfronterizas. Lo que es seguro es que bien el Convenio de Adultos, u otros instrumentos en el ámbito del derecho de la Unión Europea, servirán para alinear el ordenamiento español a las tendencias marcadas por el Derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Adroher Biosca, S.: "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXXI, nº 1, 2019, pp. 163-185.
- Adroher Biosca, S.: "La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el derecho internacional privado", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (P.A. Munar Bernat), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp.157-173.
- Alvarez Torné, M.: "Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law", *Revista Electrónica de estudios Internacionales*, nº 32, 2016, pp. 1-18.
- Anderson, J. & Ruck K. A.: "The 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults: five years" *International Family Law*, 2014.

- Barreto Souza, R.: "Capacidad Jurídica: un Nuevo Paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad", *American University International Law Review*, vol. 3, nº2, Washington, 2015
- Cuenca Gómez, P.: "De objeto a sujetos de Derechos. Reflexiones filosóficas sobre el artº 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (P.A. Munar Bernat), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 47-76.
- De las Heras, M. A.: "Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU", 2016 [<http://envejecimiento.esic.es/docuemtnos/heras-discapacidad-01.pdf>].
- De Salas Murillo, S., "Significado jurídico del "apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad; presente tras diez años de convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, mayo, 2018, pp. 1-27.
- Dhanda, A.: "Legal capacity in the disability rights Convention: Stranglehold of the past or lodestar for the future?", *Syracuse J. Int'l L. & Com.* vol. 24, 2006-2007, pp. 429 ss.
- Diago Diago, M. P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *Diario La Ley*, nº 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021, pp. 1-22.
- Diago Diago, M.P.: "Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado", *geriatricianet.com*, vol. 3, nº 1 2001.
- Fábrega Ruiz, C.F.: "Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (P.A. Munar Bernat), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 322.
- Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás A. (coord.): *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016.
- Follia, R.: "La defensa de la dignidad de la persona en el libro II del Código Civil de Cataluña. Medios para su protección", *La Notaría*, vol. 2, 2012, pp. 36-43.
- García Cantero, G.: "¿Persons with disability v. Personas incapacitadas...o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006 en el ordenamiento español", *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 4, 2014, pp. 81-86
- García Pons, A.: "El art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, y su impacto en el Derecho Civil de los Estados Signatarios: el caso de España", *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 2013, pp. 59-148.
- García Rubio, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, nº 5, nº3, 2018, pp. 29-60.
- Karjalainen, K.: "Fragility of Cross-Border Adult Protection : The Difficult Interplay of Private International Law With Substantive Law", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 20, 2018/2019, 2018, pp. 439-465.
- Kayess, R, French, P.: "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights L. Rev.*, vol. 8, nº 1, 2008, pp. 1-34.
- Linacero de la Fuente, M.: "El repte de la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *La Notaría*, nº 1-2, 2020, pp. 78-97.
- Lortie, P.: "Towards the Global Implementation of the 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults", *ELI Newsletter*, 2019, pp. 34-79.

- Martinez Pujalte, A.L.: "Legal Capacity and supported Decision-Making lessons from som recent legal reforms", *Laws*, nº 8, 2019, pp. 1-21.
- Mégrét, F.: "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, nº 2, 2008, pp. 494-516.
- Méndez González, F. y Palao Moreno, G.: *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Muñoz Fernández, A.: "Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de incapaces", *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, pp. 1-14.
- Muñoz Fernández, A.: "Notas sobre el informe del instituto de derecho europeo acerca de la protección de adultos en situaciones internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020. pp. 1099-1105.
- Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.
- Pastor Palomar, N.: "Reservas a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 37, junio 2019.
- Pau, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3 julio-septiembre 2018, pp. 5-8.
- Petit Sánchez, S.: "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, nº 5, octubre-diciembre, 2020. Pp. 265-313.
- Riveros Ferrada, C.: "La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán", *La ley Derecho de familia*, nº 31, julio-septiembre de 2021.
- Ruf i Aixàs, J. y Tresserras Basela, J.: "Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia", *Revista Española de Discapacidad*, vol. 3, nº 1, 2015, pp. 193-209.
- Torres Costas, M.E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, BOE, Colección de Derecho Privado, 2020.
- Vaquero López, C.: "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y menores", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 395-414.
- Vieira Morante, F.J.: "Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad", *Derecho privado y Constitución*, 2016, pp. 371-385.