

Cuestiones sobre Derecho internacional privado en el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de discapacidad y los Convenios de La Haya

Dámaso Javier VICENTE BLANCO

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Valladolid*

I. EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Como punto de partida para el análisis de la propuesta de reforma de la normativa española relativa a la discapacidad intelectual en los aspectos de Derecho internacional privado, lo primero que hay que resaltar es el fundamental cambio experimentado en los últimos tiempos en la concepción de la materia del tratamiento jurídico de los adultos, incluidas las personas mayores, y de la discapacidad intelectual (1), un cambio que tiene que ver con la incorporación de los derechos fundamentales y los derechos humanos también en el Derecho privado (2), la permeabilidad del sistema de Derecho privado a la inserción de estos derechos de la persona, con una nueva valoración que se relaciona con el papel que tienen los principios fundamentales desde la concepción del «Neoconstitucionalismo» (3). Un cambio que obliga a abandonar, como se ha dicho, la vieja lógica del despotismo ilustrado, «todo por el pueblo, pero sin el pueblo», que se aplicaba a los individuos singularmente considerados, el abandono de un paternalismo tradicional de las instituciones de protección hacia cualquier persona que tuviera una discapacidad (4).

La primera referencia que hay que hacer es a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (5), de la que se ha dicho que fue el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI (6). Este es el marco normativo que se superpone al ordenamiento civil español en materia de protección de adultos. España es miembro de la Convención (BOE de 21 de abril de 2008) y entró en vigor junto a su Protocolo Facultativo el 3 de mayo de 2008. Por su parte, una primera adaptación de la legislación española a la Convención se llevó a cabo a través de la [Ley 26/2011](#) de 11 de agosto, que establecía en su título precisamente esa función de adaptación (7), pero, sin embargo, quedó pendiente todo lo relativo a la discapacidad intelectual (8).

La Convención estableció un conjunto de normas uniformes en cincuenta artículos. En lo que a nosotros nos interesa, las normas fundamentales que enmarcan toda nuestro análisis y nuestra reflexión se encuentran en sus artículos 3 y 12. En el artículo 3 aparecen los principios generales de la Convención (9):

«Artículo 3. Principios generales.

Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;

- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.»

A estos principios debe sumarse otro principio fundamental, en nuestro interés, que no está en esta Convención, sino en la [Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989](#), también de las Naciones Unidas y que integra un elemento axiológico fundamental, que es el interés superior del niño, recogido en el apartado primero de su artículo tres (10) :

«Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Además, hay que considerar el artículo 12 de la Convención de 2006, que desarrolla algunos de los principios del artículo 3, en el siguiente sentido (11) :

«Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.»

Si examinamos brevemente todo el conjunto de principios y esta última norma del artículo 12, resulta que cabe hacer una diferenciación entre los menores y los adultos.

1. En lo que se refiere a los menores («niños y niñas»)

El eje está en el principio de la Convención de 1989, «el interés superior del menor», complementado con el principio recogido en la letra h) de la Convención de 2006, que exige el respeto de la evolución de sus facultades y el respeto «de su derecho a preservar su identidad» de origen. A esos principios se le añadirán los otros principios que son indistintamente aplicables a adultos y menores, recogidos en las letras a) a g), es decir, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual (hasta donde pueda llegar en el caso de los menores), la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad y la igualdad entre el hombre y la mujer.

2. En lo relativo a los adultos

Son de especial interés los principios recogidos en las letras a), c) y d) de la Convención de 2006, porque implican un cambio sustancial del tratamiento llevado hasta ahora en el Derecho español hacia los adultos con discapacidad, pues ponen el acento en «la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones», en la «participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad», así como en «respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas».

Tales principios se concretan en un desarrollo «sustancial» del principio de igualdad en el artículo 12 de la Convención de 2006, pues el llamado «Igual reconocimiento como persona ante la ley» de las personas con discapacidad, implica no sólo el reconocimiento por los Estados de «su personalidad jurídica», ni siquiera únicamente de una «capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», como reza literalmente, sino que en realidad, lo que se está queriendo decir, en términos de los Derechos de raíz romanogermánica, es que tienen «plena capacidad de obrar» (12) y de ahí que se exija a los Estados que adopten «las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad

jurídica» y «salvaguardias», como dice su apartado cuarto, para garantizar el ejercicio de esa capacidad de obrar, para que se «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» y no se obstaculice el ejercicio de su libertad, también en lo relativo a la gestión de sus bienes y de sus derechos económicos. Todo ello significa que una institución como la tutela, tal y como está configurada tradicionalmente en nuestro Derecho, choca frontalmente con la concepción de los derechos humanos de las personas con discapacidad establecida en la Convención, pues estos tienen una capacidad, sea cual sea, y una voluntad, que la figura de la tutela permite, aun cuando sólo fuera hipotéticamente, no tomar en consideración. Puesto que tiene la incapacidad de la persona como premisa de su constitución. En realidad, desde el punto de vista de la teoría del principio de igualdad del [artículo 14 de la Constitución Española](#), cabe interpretar que se produce un desplazamiento del principio de igualdad, un desplazamiento del llamado «principio de igualdad general» al principio de no discriminación (13). Mientras que el principio de igualdad general, o principio de igualdad ante la ley, se enuncia en términos de tratamiento igual a situaciones iguales y tratamiento desigual a situaciones desiguales (tanto en el contenido como en la aplicación de la ley), y era aquí donde se integraban hasta ahora los supuestos de personas con discapacidad, legitimando la incapacidad, las normas de la Convención de 2006 exigen la aplicación del principio de no discriminación y la imposibilidad de considerar a las personas con discapacidad como que justifiquen un tratamiento diferenciado.

Vista la diferenciación entre menores y adultos, se desprende como consecuencia, que la construcción convencional de los derechos del niño y la de los derechos de los adultos con discapacidad se basan en principios parcialmente comunes, pero que tienen una diferencia fundamental. A saber. En los menores, al no existir propiamente una voluntad o al estar la voluntad disminuida, se sustituye por la exigencia del «interés superior del menor», que establece un parámetro axiológico básico. Sin embargo, en los adultos, existe una capacidad y una voluntad, por condicionadas que estén, o incluso una voluntad que puede haber existido y que debe considerarse, de modo que la regla básica y fundamental está en el respeto de las capacidades existentes y de la voluntad manifestada por los sujetos. Diferencias que, como tendremos la oportunidad de examinar, se expresan con toda claridad en la regulación de los Convenios de La Haya de 1996 y 2000 sobre la protección de los niños y sobre la protección de los adultos.

II. LAS NORMAS DEL ANTEPROYECTO EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SU CONTEXTO JURÍDICO

Hay que decir que, como veremos, la reforma recogida en el Anteproyecto en materia de Derecho internacional privado no es sustancialmente novedosa, sino más bien terminológica, pero con el trasfondo colocado precisamente en la protección de los derechos de las personas con discapacidad y en evitar expresiones que puedan responder a una concepción que vulnera esos derechos (14). Con todo, merece la pena hacer un breve análisis de la regulación del Derecho español en la materia, para contextualizar el alcance de la reforma, que pese a ser exclusivamente terminológica, no es baladí.

Para empezar, el apartado 6 del [artículo 9 del Código Civil](#), cuyo origen está en la reforma del Código Civil de la [Ley 26/2015 \(15\)](#), es el que recoge la regulación de las instituciones de protección, diferenciando entre menores y adultos en sus dos párrafos, como pasamos a ver a continuación (16).

1. La remisión del párrafo primero del artículo 9.6 del Código Civil al Convenio de La Haya de 1996 de protección de menores

El párrafo primero del [artículo 9.6 del Código Civil](#), en su redacción dada por la reforma de la [Ley 26/2015](#), hace recepción íntegra en materia de protección de menores del Convenio de La Haya 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, al decir:

«La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo».

Vamos a detenernos mínimamente en este precepto y en el Convenio de 1996. Lo primero que hay que decir es que la materia no está regulada exclusivamente por este texto normativo internacional, del que España es parte desde el 1 de enero de 2011 (17), sino que se aplica junto con el Reglamento de Bruselas II, en materia de competencia judicial (18), ya que no puede olvidarse que en el primero se establecen determinadas vinculaciones *forum / ius*, de modo que la ley aplicable sigue a la jurisdicción competente, como regla básica, y se juega con la determinación material de la jurisdicción competente, siendo la jurisdicción «normalmente competente» la de la residencia habitual del menor. No obstante, el juez de la residencia habitual, en virtud del Interés superior del menor (establecido también en este convenio como un parámetro axiológico) (19), puede considerar que existe otra jurisdicción de otro Estado miembro que se encuentra en mejor posición para juzgar el caso. En tal supuesto, se le faculta para suspender sus actuaciones, comunicárselo a la autoridad judicial extranjera correspondiente, y sólo cuando esa autoridad acepta la competencia que le propone el juez de la residencia habitual, este se inhibe y pasa a conocer el asunto el nuevo juez, que puede ser bien el del Estado nacional del menor, bien el juez del Estado donde se encuentren los bienes del menor, bien el juez del Estado que corresponda con el lugar donde se encuentra el menor en estancia temporal. El resultado, como digo, es la correlación entre ley aplicable y jurisdicción competente (*forum / ius*) y una determinación material de la jurisdicción competente, en aplicación del interés superior del menor (20).

2. La reforma del párrafo segundo del artículo 9.6 del Código Civil

La modificación que se establece en el Anteproyecto de Reforma para el párrafo segundo del [artículo 9.6 del Código Civil](#), consiste, como dijimos en un cambio terminológico, puede llamarse, si que quiere, conceptual, al plantear la sustitución de los términos utilizados para determinar el supuesto de hecho de la norma de conflicto recogida en ese precepto, así como el mandato de aplicación del ordenamiento jurídico (esto es, todo lo que no sean los puntos de conexión), sustituyendo la expresión «la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley» por una expresión diferente que dice (la ley aplicable) «las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual». Del siguiente modo:

La redacción actual del párrafo segundo del [artículo 9.6 del Código Civil](#) es como sigue:

«La ley aplicable a la **protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley** de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.»

La redacción propuesta queda así:

«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.»

Como ya se conoce, la norma de conflicto de leyes tiene una estructura tripartita, dividiéndose en tres elementos, a saber, el supuesto de hecho, el punto de conexión y la consecuencia jurídica (21). En realidad, lo que busca hacer la reforma es renombrar el supuesto de hecho y, en consecuencia, recalificarlo, con objeto de integrar en él las nuevas consideraciones materiales sobre la cuestión de los adultos con discapacidad (22). *A priori*, puede pensarse que el término «protección» queda fuera de lugar, a la luz de las consideraciones que hemos mostrado de la Convención de Naciones Unidas de 2006 sobre personas con discapacidad, pues ya no se trata de «proteger», sino de salvaguardar el ejercicio de su capacidad, y por ello debe considerarse que lo que se establecen son medidas de apoyo. El cambio de concepción de la institución jurídica o instituciones jurídicas donde se encuadra la relación jurídica que constituye el supuesto de hecho de la norma de conflicto de leyes exigiría o aconsejaría su modificación. Si el [artículo 12.1 del Código Civil](#) establece la calificación de las circunstancias de acuerdo con el Derecho español, una modificación sustancial de las situaciones reguladas por el Derecho sustantivo español, como establece la reforma que propone el Anteproyecto, parece que debe obligar a que las normas en la materia de Derecho Internacional privado deban seguir su suerte. En último término, venimos de la «incapacidad» y de las «incapacitaciones» y hay que ir hacia las «situaciones de discapacidad», con los apoyos necesarios para que quienes las padecen puedan tomar decisiones por sí mismos, utilizando la capacidad que efectivamente poseen (23). Eso también debería reflejarlo el supuesto de hecho de la norma de conflicto de leyes aplicable en la materia. Pero no todo es tan lineal, pues la norma de conflicto no sólo se va a aplicar a las leyes españolas, sino también a las extranjeras que mantengan concepciones más «antiguas», basadas en la restricción de la capacidad, de forma que se ha cuestionado esta modificación propuesta en el anteproyecto, porque puede dar lugar a un efecto no deseado, pues dado el mantenimiento del [art. 9.1 del CC](#) que determina la ley aplicable a la capacidad, «los jueces españoles deberían aplicar en algunos casos y respecto de extranjeros procedentes de determinados países, su ley nacional para modificar su capacidad y la española para adoptar la medida de apoyo», al aplicarse al primer caso la ley nacional y en este último caso la ley de la residencia habitual, como veremos a continuación (24). Tal vez, una posible solución que se puede utilizar, si se quiere evitar el término «protección» sería recurrir a la terminología recogida en la [Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria](#), que ya en su propio Preámbulo hace referencia tanto a las «personas con discapacidad», como a las «personas cuya capacidad está modificada judicialmente», de modo que esa solución podría ser válida, si no se quiere utilizar el término «protección» (25).

3. Las soluciones del párrafo segundo del artículo 9.6 del Código Civil

Como hemos reproducido ya, la nueva redacción mantiene las soluciones establecidas en la regulación actualmente vigente en cuanto a los puntos de conexión seleccionados (26). Volvemos a recordarlo aquí:

«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.»

La primera solución que se mantiene en la regulación es la de establecer como punto de conexión principal la residencia habitual de la persona con discapacidad. El punto de conexión residencia habitual es expresión del principio de proximidad, la relación más próxima con la situación o relación jurídica. Se trata de la conexión sociológica, pues expresa el vínculo de la persona con la sociedad (27). Su elección supone el abandono de la vieja conexión ley nacional, vinculada con la idea de soberanía, aunque en las últimas décadas había pasado a ser considerada una conexión «cultural». Se ha dicho que la conexión residencia habitual es una conexión más sólida, más auténtica, que tiene mayor previsibilidad, con menos costes conflictuales en la búsqueda del Derecho aplicable y su determinación. Es la conexión que manifiesta la proximidad con el entorno, de forma más real y sustancial (28). En este sentido, permite la variación y la adaptación a los cambios de la persona, siguiendo su destino. Así, por ejemplo, en el caso de los desplazados

alemanes o británicos a España, las personas de edad que pasan a residir a la costa española, no será el Derecho alemán o el británico el que se aplique sino la ley española por residir en territorio español. Posee por tanto la virtud de la movilidad, particularmente en este caso, pues facilita la adaptación a las circunstancias, la flexibilidad, al tiempo que ofrece una estabilidad razonable. Se ha dicho que responde al efecto útil de la función ordenadora del Derecho sobre la sociedad, asimilando a los residentes con las gentes del lugar y aplicándoles la ley ordinaria del lugar, lo que da mayor facilidad para el aplicador del Derecho (29).

Frente a la residencia habitual, la vieja conexión de la nacionalidad expresa la idea de la ley soberana, no tiene capacidad de adaptación, y más que estabilidad, lo que ofrece es rigidez. Hoy aparece como una solución anticuada, declinónica, sometiendo una situación personal al Interés del Estado, cuando lo que está en juego es el Interés del individuo. Es además una conexión extremadamente formalista, que ofrece grandes costes conflictuales de aplicación, en la búsqueda del Derecho aplicable y su determinación.

El párrafo segundo del artículo 9.6 contempla también los efectos ante la posibilidad del conflicto móvil, por el cambio de la circunstancia del punto de conexión, de la residencia habitual, que, como hemos dicho, se considera hoy, precisamente por ello, una conexión más adecuada. En coherencia con ese juicio de valor, como conexión sociológica, se admite el cambio, pero se le pone límite en el principio de seguridad jurídica, con un principio de conservación, aceptando el reconocimiento en España de las medidas adoptadas por otros Estados.

En cuanto a las medidas de apoyo provisionales o urgentes que lleven a cabo las autoridades españolas en territorio español, se prevé la aplicación de la ley española. Se trata de una solución lógica, pragmática pero también Impuesta por el carácter Imperativo de las normas de protección por el juez o la autoridad estatal. Como no puede ser de otro modo, las normas imperativas tienen carácter territorial y se reconoce de este modo su aplicabilidad y eficacia.

4. El Convenio de La Haya de 2000 de protección de adultos y sus soluciones

Aunque España no es parte del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 (30), sobre la protección internacional de los adultos, analizarlo tiene el máximo Interés por dos razones, primera porque ayuda a contextualizar la regulación española en el entorno Internacional y da un parámetro de comparación adecuado con un espacio de codificación Internacional que es el nuestro y que responde a los valores de la Convención de 2006, aunque se redactara con anterioridad y, en segundo lugar, porque aporta en el tema fundamental que nos ocupa una respuesta singular al problema de establecer una denominación o de calificar la realidad regulada de acuerdo con los nuevos parámetros valorativos. Como decimos, el convenio comparte con la legislación proyectada la concepción axiológica, valorativa, en el sentido de que no deben establecerse medidas que supongan la incapacitación de la persona y que impidan su plena actuación y la toma de decisiones por ella. Frente a la privación del ejercicio de sus capacidades, se aplican los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Los mecanismos de salvaguarda del Convenio están más centrados en la persona que en el patrimonio o en los intereses de los familiares y herederos, que pasan a un segundo plano.

El convenio toma en consideración que los adultos poseen bienes y que pueden tener capacidades, por reducidas que sean, y no sólo que tienen voluntad, sino que, además, cuando la pierdan, han podido dejarla manifestada. Aún antes que el Convenio de las Naciones Unidas de 2006, este convenio ya había dado el vuelco axiológico en materia de adultos y discapacidad, pues recogía una nueva conceptualización, donde se primaba por encima de todas las cosas la preservación y la toma en consideración de las capacidades que aún pudiera tener el adulto. Su verdadero objetivo, desde la perspectiva de la técnica jurídica, está en evitar la concurrencia de autoridades que puedan resolver en la materia. El eje se coloca, como hace el Derecho español, en la residencia habitual, pero tendiendo a unificar, como en el Convenio de 1996 relativo a la protección de menores, el *forum* y el *ius*, es decir, que la competencia legislativa siga a la competencia judicial. En cuanto a su ámbito de aplicación material, entran dentro de él los adultos mayores de 18 años que no estén en condiciones de velar por sus intereses por una disminución o una insuficiencia de sus facultades personales. De este modo, evita el uso de conceptos jurídicos problemáticos como incapacidad, discapacidad, etc., ya que lo que busca en una descripción fáctica que integre cualquier supuesto y eso facilita la pervivencia del Convenio pues dificulta que la terminología pueda quedar obsoleta.

Como en el caso del Convenio de 1996 de protección de menores, el eje de la regulación se coloca en el país de la residencia habitual de la persona que se busca «proteger», y a cuyos jueces y autoridades se les va a atribuir la competencia para conocer el caso y establecer las medidas que se requieran. El Estado nacional de la persona no tiene más que un papel subsidiario, pues prima el principio de proximidad sobre cualquier consideración de soberanía. De igual modo, el Convenio de La Haya de 2000 establece, como el ya comentado Convenio de 1996, un sistema de determinación material de la jurisdicción competente (lo que arriba denominamos un falso *Forum Non Conveniens*), pues el juez inicialmente competente del Estado de la residencia habitual del adulto puede suspender las actuaciones y comunicarse con la jurisdicción de otro Estado que considere que está en mejor posición para conocer el litigio en Interés del adulto. Ese Estado no puede ser cualquiera que el juez inicialmente competente considere, sino que debe ser bien el Estado de la nacionalidad de la persona, bien donde ésta tuvo previamente la residencia habitual, bien el Estado donde se encuentran los bienes, bien el Estado cuyas autoridades hayan acogido previamente a la persona o bien la residencia habitual de la persona próxima al adulto que se hará cargo de él. La regla general es que cada autoridad aplica su propia ley. Sin embargo, excepcionalmente, si la protección de la persona o de los bienes del adulto lo requiere, podrá aplicarse o tomarse en consideración la ley de otro Estado con la que la situación presente un vínculo estrecho. En consecuencia, se produce una flexibilización de la ley aplicable, a través de una cláusula de escape limitada y dirigida por el criterio material de favorecer al adulto o proteger a sus bienes. Así, por ejemplo, en el caso de medidas que deban surtir efectos

en otro Estado, se podrá tomar en consideración la ley del otro Estado, lo que permite dar eficacia y coherencia al sistema del convenio.

En la comparación del sistema español con el sistema del Convenio de 2000, lo relativo a la ley aplicable resulta semejante en ambos casos, con la apertura del sistema español, en un sentido muy similar al Convenio, pero de forma unilateral, a dar aplicación a leyes extranjeras, a través del mencionado principio de conservación, aceptando el reconocimiento en España de las medidas adoptadas por otros Estados. No obstante, convendría que España se adhiriera al Convenio, por distintas razones, como se ha dicho, en especial, porque supone «un marco legal homogéneo y *erga omnes* tanto respecto de las normas de competencia judicial internacional (con excepciones) como respecto de las de Derecho aplicable» y también porque tendríamos un mecanismo que permitiría «el reconocimiento extraterritorial de decisiones así como la cooperación de autoridades respecto de los otros Estados parte, que son precisamente los países de origen de la gerontoinmigración presente en España (31)».

5. La reforma de la regulación de la excepción de interés nacional en el art. 10.8 del Código Civil

El Anteproyecto también incorpora la reforma del [artículo 10.8 del Código Civil](#), que recoge la llamada excepción de interés nacional, al eliminar la expresión «extranjero incapaz» y sustituirla por «extranjero que no pueda contratar», como puede verse en la comparación que sigue, primero con la redacción actual:

«Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por **extranjero incapaz** según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero».

Y aquí con la redacción de la propuesta recogida en el Anteproyecto:

«Serán válidos a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por **extranjero que no pueda contratar** según su ley nacional, si la causa de ello no estuviera reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero».

La llamada excepción de interés nacional es un mecanismo corrector, en beneficio de la seguridad del tráfico, que busca otorgar validez a los actos o negocios jurídicos realizados por una persona que de acuerdo con la ley extranjera que le resulta aplicable «no puede contratar», siempre que fuesen válidos de acuerdo con la ley del lugar donde se realicen esos actos, y que existiera buena fe y no se pudiera conocer la imposibilidad de contratar (32). De lo que se trata en la reforma planteada por el Anteproyecto es precisamente de eliminar cualquier referencia a la incapacidad y acotar el supuesto a la imposibilidad de contratar de la persona.

No obstante, la expresión utilizada en la propuesta del Anteproyecto «extranjero que no pueda contratar» puede ser muy poco afortunada, pues cabe que se interprete en el sentido de que el extranjero tiene una prohibición para contratar y no que esté incapacitado, lo que nos traslada a una situación diferente. Quizás fuera mucho más claro y preciso el uso de una expresión del tipo como la utilizada por la [Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria](#), que ya hemos mencionado, y que hace referencia a «las personas cuya capacidad está modificada judicialmente», añadiéndole a continuación, por ejemplo, «a efectos contractuales», o una fórmula similar más precisa que no permita una confusión de esa naturaleza.

III. EL OLVIDO POR EL ANTEPROYECTO DE LAS NORMAS EN MATERIA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Hay que resaltar que tan importante es lo que se dice como lo que se silencia y que el Anteproyecto se olvidó de adecuar las normas de competencia judicial internacional en la materia a los nuevos parámetros axiológicos derivados de la Convención de 2006. La norma se recoge en el [artículo 22 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial](#), en su letra b), consecuencia de la reforma efectuada por la [Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio](#) (artículo único, punto 8), por la que se modifica la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#). (33) Y dice así:

«Artículo 22 quáter. En defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes:

b) 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.»

Si se propone la modificación del párrafo segundo del [artículo 9.6 del Código Civil](#), como hace el Anteproyecto, que habla de «la protección de las personas mayores de edad», en buena lógica, la redacción de la letra b) del artículo 22, quáter debería modificarse en el mismo sentido para mantener una coherencia normativa entre las disposiciones relativas a la ley aplicable y las relativas a la jurisdicción competente. Además, en este caso no se produce ningún efecto similar al efecto no deseado que veíamos más arriba. Es probable que no haya sido más que un olvido de quienes redactaron la propuesta, que aún se está en momento de solventar, para hacer una redacción que pueda ser similar a la propuesta en materia de ley aplicable, por ejemplo, en el siguiente sentido, tomando en consideración la necesidad de corregir la falta de concordancia de género que existe en la redacción actual de la norma, al referirse a las «personas» y utilizar el pronombre «estos» en masculino: b) *En materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de apoyo para personas con discapacidad, en relación con ellas mismas o sus bienes, cuando éstas tuviesen su residencia habitual en España.*

En cualquier caso, debe resaltarse, comparando estas soluciones con las del ya referido Convenio de la Haya de 2000, la mayor flexibilidad de las soluciones de este, frente a la rigidez de las establecidas en nuestra legislación, al permitir el Convenio la determinación material de la jurisdicción competente, tal y como referimos, razón que también fundamenta la conveniencia de la adhesión de nuestro país al mismo (34).

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, el cambio de los términos empleados evidencia una modificación conceptual que expresa la necesidad de respetar plenamente los derechos humanos de las personas con discapacidad, eliminando cualquier figura jurídica susceptible de permitir desconocer las capacidades de estas personas, cuyo ejercicio pueda llegar a implicar, aun hipotéticamente, que no se tome en consideración la voluntad de la persona con discapacidad y que otro u otros sujetos adopten decisiones en su nombre. En último término, el Derecho internacional privado ya no es una técnica neutra que obvie los intereses en juego en las relaciones de tráfico externo, sino que debe acompañar los cambios valorativos de la realidad que hace el Derecho sustantivo. Esta coherencia resulta en el presente imprescindible en el Derecho Internacional privado actual.

La solución «nacional», del párrafo segundo del artículo 9.6 comparte en lo sustancial las soluciones del Convenio de La Haya de 2000, pero cabría preguntarse si la incorporación de un tratado internacional de carácter multilateral, como el Convenio de La Haya de 2000, no resultaría mucho más adecuada, en especial ante la realidad social española, como país de acogida de personas extranjeras que vienen a disfrutar del final de sus días, concluida su vida laboral, a las zonas de clima más benigno junto al mar.

Al mismo tiempo, las locuciones empleadas, la opción terminológica por la «discapacidad», tiene determinados riesgos, pues el desplazamiento de los «eufemismos» en la realidad social, la búsqueda permanente de expresiones menos hirientes como calificativos de una determinada situación, lleva a una sucesión continua de términos (ahora aparece un nuevo eufemismo, por decirlo así, que habla de «personas de capacidades diferentes» (35)), por lo que tal vez, la opción del Convenio de La Haya de 2000 por una solución descriptiva sea mucho más adecuada para evitar la continua obsolescencia de los términos, exigida por la búsqueda de un lenguaje «correcto», que no incomode a las personas afectadas. En último término —permítaseme dar una opinión subjetiva que excede los elementos jurídicos—, también los eufemismos ofenden, pues no dejan de ocultar algo que evitan nombrar. Pero quizás esto sea más cuestión de filólogos y psicólogos y los juristas debemos simplemente proponer soluciones, de modo que nuestra propuesta es la opción por la solución descriptiva del Convenio de 2000 que habla de «adultos que no estén en condiciones de velar por sus intereses por una disminución o una insuficiencia de sus facultades personales», junto con la expresión ya planteada con anterioridad de la [Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria](#), que habla de las «personas cuya capacidad está modificada judicialmente». Ambas expresiones conjuntamente acogen todos los supuestos y evitan los efectos indeseados del fraccionamiento legislativo que arriba mencionamos. Aunque quizás, puede que ninguna terminología esté exenta de controversia.

V. BIBLIOGRAFÍA

ADÍA, J., «Persona con discapacidad», no «minusválido»», en *Lenguaje administrativo*, 4 de diciembre de 2012, en <https://lenguajeadministrativo.com/category/uso-respetuoso-del-lenguaje-administrativo/capacidades-diferentes/>.

ADROHER BIOSCA, S., «La protección de adultos en el Derecho Internacional Privado español: novedades y retos», *Revista Española de Derecho internacional*, vol. 71/1, enero-junio 2019, págs. 163-185

ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. (dirs) / GONZÁLEZ BOU, E. y GONZÁLEZ VIADA, N. (coords.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*. Marcial Pons, Madrid, 2010:

ÁLVAREZ TORNÉ, M., «Current Issues In the protection of adults from the perspective of private International law», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2016, núm. 32.

ANDERSON, J. y RUCK KEENE, A., «The 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults: five years on», *International Family Law*, vol. 2, 2014, págs. 91-95;

ASÍS ROIG, R. F.; BARRANCO AVILÉS, M.C.; CUENCA GÓMEZ, P.; RAMIRO AVILÉS, M.Á., «La situación de los derechos de las personas con discapacidad en España», en *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, Fernando Rey Martínez (Dir.), Universitat de València, Servei de Publicacions/Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BAKER, K., «Hague Convention on the International Protection of Adults». *Estate Planning*, septiembre de 2000, págs. 4 y ss.;

BORRÁS, A., «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: similitudes y contrastes», en *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor julio D. González Campos*. Tomo II, Eurolex, Madrid, 2005, págs. 1287-1308.

BUCHER, A., «La Convention de La Haye sur la protection Internationale des adultes», *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, vol. 10, 2000, págs. 37-59;

CABRA DE LUNA, M.A.; BARIFFI, F.; PALACIOS, A., *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la convención Internacional de las Naciones Unidas*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, 4 dic. 2009.

CALVO CARAVACA, A.L., «La doctrina de Interés nacional y su ámbito espacial de aplicación», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 34, n.º 1, 1981, págs. 85-108.

— «Comentario al Código Civil ya las Compilaciones forales», Tomo I, vol. II, 2ª ed. *Revista de Derecho Privado*, 1995. 712-716.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, págs. 34-35.

CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005.

— Teoría del neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2007.

CARMONA LUQUE M.R., La [convención sobre los derechos del niño](#): Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2010.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, n.º 2, 2016, págs. 157-182.

CARO GÁNDARA, R., «La protección de los adultos discapaces en Derecho comparado. Sistemas más representativos», en Echezarreta Ferrer, M., *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005, págs. 303-333.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, J.L., El artículo 12 de la convención de los derechos de las personas con discapacidad, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018.

CLAPHAM, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press/Oxford University Press, Oxford/ New York, 1993.

CLIVE, E., 2000. «The New Hague Convention on the Protection of Adults», *Yearbook of Private International Law*, II, 1-24;

DABOVE, M.I., *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires/Madrid, 2002; *idem*, «Los derechos humanos en el Derecho de la vejez», *Cartapacio de Derecho*, vol. 28, 2015, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1486/>;

DABOVE, M.I., *Derecho de la vejez. Fundamentación y alcance*, Astrea, Buenos Aires, 2018.

DEHART, G.F., «Introductory Note to the draft Hague Convention on the International Protection of Adults», *International Legal Materials*, vol. 39 2000, págs. 4-6.

FAGAN, A.R., 2002. An Analysis of the Convention on the International Protection of Adults. *Elder Law Journal*, 10, 329-360;

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 23, 2011, págs. 53-81.

FERNANDEZ OLIVA, M., «La tutela de la vejez en el marco del Derecho Internacional Privado», *Investigación y Docencia*, n.º 50, 2015, en <http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD%20506.pdf>;

FERRER RIBA, J., «Tutela I Incapacitació: Noves tendències en el Dret comparat». En: *Congrés sobre Tutela I Incapacitació*, Barcelona: Diputación Provincial de Barcelona, 1999, págs. 107-126;

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

— La democracia a través de los derechos, Trotta, Madrid, 2014.

FRIEDMANN, D., y, BARAK-EREZ, D., *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., «La ley aplicable a la capacidad de las personas físicas para contratar y su limitación mediante la cláusula de excepción de interés nacional». En: Jaime Cabeza Pereiro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto, dirs. *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 371-380.

GARCÍA PONS, A., «El artículo 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*, 2013, Fascículo 1, págs. 59-148.

HERRANZ BALLESTEROS, M., El Interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho

internacional privado, Lex Nova, Valladolid, 2004.

LAGARDE, P., «La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes». *Revue Critique de Droit International Privé*, 89 (2), 2000, págs. 159-179.

— Convenio de La Haya 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. Informe explicativo (traducción española). Oficina Permanente de la Conferencia, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, 1998.

LÓPEZ MELERO, M., «Este niño es de necesidades educativas especiales, aunque ahora se dice de inclusión» ¡Cuidado! El lenguaje configura el pensamiento», *Hachetetepe*, n.º 10, mayo de 2015, págs. 13-31.

LORTIE, Ph., «La Convention de La Haye du 2 octobre 1999 sur la protection internationale des adultes. International», *Law Forum du droit international*, Vol. 2 (1), 2000, 14-17.

MCELEAVY, P., y HILL, D., «The Hague Convention on the International Protection of Adults», *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 58 (2), 2009, págs. 469-475;

MOSTERMANS, P.M.M., «A New Hague Convention on the International Protection of Adults», *International Law Forum du droit international*, 2 (1), 2000, págs. 10-13;

MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *La Protección del Adulto en el Derecho Internacional Privado*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «Normas de Derecho Internacional privado», en: J. Rams Albesa y R.M. Moreno Flórez, coords. *Comentarios al Código civil I*, Título Preliminar. Bosch, Barcelona: 2000. 327-330.

OVERBECK, A.E. von, «De quelques règles générales de conflits de lois dans les codifications récentes», en Jurgen Basedow et al. *Private law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification: liber amicorum Kurt Siehr*. T.M.C. La Haya: Asser Press, 2000, 545-556.

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

PAPAUX A., *Essai philosophique sur la qualification juridique: De la subsumption à l'abduction: L'exemple du droit international privé*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, Bruselas, 2003.

PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 5-28.

PÉREZ BUENO, L.C.; LORENZO GARCÍA, R.; y MIGUEL VIJANDI, B. (coords.), *La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006-2016. Una década de vigencia*, CERMI/Cinca, Madrid, 2016.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ J.; PEREÑA VICENTE, M. (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011.

PÉREZ VERA, E., *La protección de los mayores de edad en el Umbral del Siglo XXI (Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional privado. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, 2000.

REVILLARD, M., «La convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'inaptitude», en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris: Dalloz, 2005, págs. 725-735.

— «Protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés (Convention de La Haye du 13 janvier 2000)», *Répertoire du Notariat Deffrénois*, vol. 1, 15 de enero de 2009, págs. 35-56.

RIGAUX, F., *La théorie des qualifications en droit international privé*, Larcier, París, 1956.

RIGAUX, F. y FALLON, M., *Droit International Privé*, 3ª ed., Bruselas, 2005, págs. 572-578.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley» (Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde, dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs. 334-352.

ROVIRA-SUEIRO, M.E.; y LEGERÉN-MOLINA, A. (coords.), *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2015.

SALAS MURILLO, Sofía (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2015.

SANJOSÉ GIL, A., «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 13, 2007.

SANCHO, B., «Las personas con enfermedad mental tienen que saltar al ruedo y ser ellos los protagonistas. Nel González Zapico, nuevo presidente de la Confederación de Salud Mental de España. Entrevista», *Cermi Semanal*, 6 de diciembre de 2005, en <http://semanal.cermi.es/noticia/entrevista-nel-gonzalez-zapico-las-personas-con-enfermedad-mental-tienen-que-saltar-al-ruedo-y-ser-ellos-los-protagonistas.aspx>.

STARCK CH., «Derechos fundamentales y Derecho Privado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 22, n.º 66, 2002, págs. 65-90.

VALLINDAS, P., «La structure de la règle de conflit», *RCADI*, vol. 101, 1960-III, Sijthoff, Leiden, 1961.

VAQUERO LÓPEZ, C., «Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, octubre de 2015, págs. 197-222.

VICENTE BLANCO, D.J., «La protección de los adultos en el Derecho Internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones», *Oñati socio-legal series*, vol. 1, n.º 8, 2011, págs. 11-12.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho ductil*. Ley, derechos, justicia, Trotta, Madrid, 1995.

ZIEGLER, K.S., *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, Hart Publishing, Oregón, 2007.

-
- (1) Pueden verse, por ejemplo, los trabajos de María Isolina Dabove, verdadera pionera en materia de vejez y discapacidad con su tesis doctoral de 1998, publicada en 2002 y que ha mantenido una investigación constante desde entonces, ver Dabove, M. I., *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires/Madrid, 2002; *idem*, «Los derechos humanos en el Derecho de la vejez», *Cartapacio de Derecho*, vol. 28, 2015, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1486/>; *idem*, *Derecho de la vejez. Fundamentación y alcance*, Astrea, Buenos Aires, 2018. También, entre nosotros, pueden verse, Álvarez Torné, M., «Current Issues In the protection of adults from the perspective of Private International Law», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 32, 2016; Asís Roig, R. F.; Barranco Avilés, M.C.; Cuenca Gómez, P.; Ramiro Avilés, M.Á., «La situación de los derechos de las personas con discapacidad en España», en *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, Fernando Rey Martínez (Dir.), Universitat de València, Servei de Publicacions/Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; Caro Gándara, R., «La protección de los adultos discapacitados en Derecho comparado. Sistemas más representativos», en Echezarreta Ferrer, M., *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005, págs. 303-333; PAU, A., «De la Incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 5-28; Pérez de Vargas Muñoz J.; Pereña Vicente, M. (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011; y Rovira-Suelro, M.E.; y Legerén-Molina, A. (coords.), *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2015.
- [Ver Texto](#)
- (2) Ver, por ejemplo, Clapham, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press/Oxford University Press, Oxford/ New York, 1993; Friedmann, D., y Barak-Erez, D., *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2003; Starck Ch., «Derechos fundamentales y Derecho Privado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 22, n.º 66, 2002, págs. 65-90; y Ziegler, K.S., *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, Hart Publishing, Oregón, 2007.
- [Ver Texto](#)
- (3) Ver, por ejemplo, CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005; *idem*, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007; FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2014; *idem*, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999; y ZAGREBELSKY, G., *El derecho ductil*. Ley, derechos, justicia, Trotta, Madrid, 1995.
- [Ver Texto](#)
- (4) SANCHO, B., «Las personas con enfermedad mental tienen que saltar al ruedo y ser ellos los protagonistas. Nel González Zapico, nuevo presidente de la Confederación de Salud Mental de España. Entrevista», *Cermi Semanal*, 6 de diciembre de 2005, en <http://semanal.cermi.es/noticia/entrevista-nel-gonzalez-zapico-las-personas-con-enfermedad-mental-tienen-que-saltar-al-ruedo-y-ser-ellos-los-protagonistas.aspx>.
- [Ver Texto](#)
- (5) Publicada en «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, págs. 20648-20659. Sobre la Convención, pueden verse Cabra De Luna, M.A.; Barriñi, F.; Palacios, A., *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la convención internacional de las Naciones Unidas*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, 4 dic. 2009; Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI/Cinca, Madrid, 2008; Pérez Bueno, L.C.; Lorenzo García, R.; y Miguel Vljandl, B. (coords.), *La*

convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006-2016. Una década de vigencia, CERMI/Cinca, Madrid, 2016; Salas Murillo, Soffa (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2015.

[Ver Texto](#)

- (6) Ver Sanjosé Gil, A., «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº. 13, 2007.

[Ver Texto](#)

- (7) [Ley 26/2011, de 1 de agosto](#), de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Publicada en «BOE» núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

[Ver Texto](#)

- (8) Ver PAU, A., «De la incapacitación al apoyo...», *op. cit.*, pág. 6.

[Ver Texto](#)

- (9) Ver, por ejemplo, sobre los principios, Cabra De Luna, M.A.; Bariffi, F.; Palacios, A., *Derechos humanos de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, págs. 65 y ss.; Palacios, A., *El modelo social de discapacidad...*, *op. cit.*, págs. 274 y ss.; y Sanjosé Gil, A., «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI...», *op. cit.*, págs. 11 y ss.

[Ver Texto](#)

- (10) Sobre el Interés superior del menor y su plasmación en la Convención y en los convenios de la Conferencia de La Haya, pueden verse, por ejemplo, Carmona Luque, M.R., La [convención sobre los derechos del niño: Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos](#), Dykinson, Madrid, 2010; Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004; y Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

[Ver Texto](#)

- (11) Sobre el artículo 12, verdadero pilar de la Convención, pueden verse, por ejemplo, Castro-Girona Martínez, J.L., *El Artículo 12 de la convención de los derechos de las personas con discapacidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2018; y García Pons, A., «El artículo 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*, 2013, Fascículo 1, págs. 59-148.

[Ver Texto](#)

- (12) Ver, por ejemplo, Fernández de Buján, A., «Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 23, 2011, págs. 53-81.

[Ver Texto](#)

- (13) Ver, por ejemplo, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Fernández López, M.F., «La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley» (Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde, dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs. 334-352.

[Ver Texto](#)

- (14) El Anteproyecto, puede verse en «Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, julio-septiembre, 2018, Documenta, págs. 247-310, en <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/375>.

[Ver Texto](#)

- (15) [Ley 26/2015, de 28 de julio](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» de 29 julio). En vigor desde el 18 de agosto de 2015.

[Ver Texto](#)

- (16) Una visión general sobre la regulación en las reformas legislativas de julio de 2015, puede verse en Vaquero López, C., «Nuevas normas de Derecho Internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, octubre de 2015, págs. 197-222.

[Ver Texto](#)

- (17) España lo firmó el 1 de junio de 2003, lo ratificó el 6 de noviembre de 2010 y entró en vigor dos meses después, el 1 de enero de 2011. Sobre el Convenio, pueden verse, por ejemplo, ALDECOA LUZARRAGA, F. Y FORNER DELAYGUA, J. (Dir.) / GONZÁLEZ BOU, E. y GONZÁLEZ VIADA, N. (Coords.), *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales*. Marcial Pons, Madrid, 2010; BORRÁS, A., 2005. «La protección Internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: similitudes y contrastes», en *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Tomo II Madrid: Eurolex, 1287-1308; Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004; y Lagarde, P., 1998. *Convenio de La Haya 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. Informe explicativo* (traducción española). Oficina Permanente de la Conferencia, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

[Ver Texto](#)

- (18) El [Reglamento \(CE\) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003](#), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el [Reglamento \(CE\) nº 1347/2000](#), modificado en 2019 por el nuevo [Reglamento \(UE\) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019](#), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (que entrará en vigor el 1 de agosto de 2022).

[Ver Texto](#)

- (19) Ver nota 16.

[Ver Texto](#)

- (20)** En realidad, a nuestro juicio, pese a lo que defiende la doctrina mayoritaria, se trata de un falso *Forum Non Conveniens*, puesto que en el supuesto que nos ocupa, a diferencia de lo que sucede en la aplicación de la doctrina anglosajona, los jueces que pueden hipotéticamente considerarse competentes alternativamente se recogen en una lista cerrada (un *numerus clausus*); los motivos para intentar transferir la competencia están tasados y predeterminados (aun cuando se trate de un concepto jurídico indeterminado: el interés superior del menor); el juez inicialmente competente está obligado a ponerse en contacto con el juez al que considera mejor competente y a instarle a que acepte la competencia; y sólo en el caso de que se produzca esa aceptación (podemos decir que hasta hay una verdadera transferencia de la competencia), puede inhibirse en favor de ese otro juez. Aunque nuestro análisis se refiera al Convenio de 2000, las consideraciones son extrapolables, puede verse nuestro «La protección de los adultos en el Derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones», *Ofatí socio-legal series*, vol. 1, nº. 8, 2011, págs. 11-12.
- [Ver Texto](#)
- (21)** Ver, por ejemplo, un clásico como Vallindas, P., «La structure de la règle de conflit», *RCADI*, vol. 101, 1960-III, Sijthoff, Leiden, 1961.
- [Ver Texto](#)
- (22)** Sobre la calificación, puede verse Rigaux, F., *La théorie des qualifications en droit international privé*, Larcier, París, 1956. En un sentido más amplio, un estudio más próximo en el tiempo, puede verse Papaux A., *Essai philosophique sur la qualification juridique: De la subsumption à l'abduction: L'exemple du droit international privé*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, Bruselas, 2003.
- [Ver Texto](#)
- (23)** Puede verse la bibliografía de la nota 1.
- [Ver Texto](#)
- (24)** Ver Adroher Blosca, S., «La protección de adultos en el Derecho Internacional Privado español: novedades y retos», *Revista Española de Derecho internacional*, vol. 71/1, enero-junio 2019, págs. 163-185
- [Ver Texto](#)
- (25)** Publicada en «BOE» núm. 158, de 3 de marzo de 2015.
- [Ver Texto](#)
- (26)** Ver *idem*. También pueden verse, Álvarez Torné, M., «Current Issues in the protection of adults from the perspective of private international law», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2016, núm. 32.
- [Ver Texto](#)
- (27)** Ver, por ejemplo, Rigaux, F. y Fallon, M., *Droit International Privé*, 3ª ed., Bruselas, 2005, págs. 572-578.
- [Ver Texto](#)
- (28)** Ver, por ejemplo, Calvo Caravaca, A.L.; y Carrascosa González, J., *Derecho Internacional privado*, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, págs. 34-35.
- [Ver Texto](#)
- (29)** Puede verse también una amplia exposición de las consideraciones y juicios de valor sobre la ley de la residencia habitual y sobre la ley nacional en Carrascosa González, J., «Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 2, 2016, págs. 157-182 (ver págs. 162-168).
- [Ver Texto](#)
- (30)** Sobre el Convenio pueden examinarse Álvarez Torné, M., «Current Issues in the protection...», *op. cit.*; Adroher Blosca, S., *op. cit.*; Anderson, J. y Ruck Keene, A., «The 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults: five years on», *International Family Law*, vol. 2, 2014, págs. 91-95; Baker, K., 2000. «Hague Convention on the International Protection of Adults». *Estate Planning*, septiembre, 4 y ss.; Bucher, A., 2000. La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes. *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 10, 37-59; Clive, E., 2000. The New Hague Convention on the Protection of Adults. *Yearbook of Private International Law*, II, 1-24; Dehart, G.F., 2000. Introductory Note to the draft Hague Convention on the International Protection of Adults. *International Legal Materials*, 39, 4-6; Fagan, A.R., 2002. An Analysis of the Convention on the International Protection of Adults. *Elder Law Journal*, 10, 329-360; Fernández Oliva, M., «La tutela de la vejez en el marco del Derecho Internacional Privado», *Investigación y Docencia*, nº 50, 2015, en <http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD%20506.pdf>; Ferrer Riba, J., 1999. Tutela I incapacitació: Noves tendències en el Dret comparat. En: Congrés sobre Tutela I incapacitació. Barcelona: Diputació Provincial de Barcelona, 107-126; Lagarde, P., 2000. La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. *Revue Critique de Droit International Privé*, 89 (2), 159-179; Lagarde, P., 2003. Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes / Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults. *Convention et Recommandation adoptées par la Commission spéciale à caractère diplomatique / Convention and Recommendation adopted by the Special Commission of a diplomatic character. Rapports explicatifs / Explanatory Report*. La Haya: Bureau Permanent de la Conférence / Permanent Bureau of the Conference, Conférence de La Haye de droit international privé / Hague Conference on private international law; Lortie, Ph., 2000. La Convention de La Haye du 2 octobre 1999 sur la protection internationale des adultes. *International Law Forum du droit international* Vol. 2 (1), 14-17; Moeleavy, P., y Hill, D., 2009. The Hague Convention on the International Protection of Adults. *International and Comparative Law Quarterly*, 58 (2), 469-475; Mostermans, P.M.M., 2000. A New Hague Convention on the International Protection of Adults. *International Law FORUM du droit international*, 2 (1), 10-13; Muñoz Fernández, A., 2009. La Protección del Adulto en el Derecho Internacional Privado. Navarra: Thomson Aranzadi; Pérez Vera, E., 2000. La protección de los Mayores de edad en el Umbral del Siglo XXI (Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional privado. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Granada: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Revillard, M., 2009. *Protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés (Convention de La Haye du 13 janvier 2000)*. *Répertoire du Notariat Defrénois*, 1, 15 de enero, 35-56; Revillard, M., 2005. La convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat inaptitude. En: *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris: Dalloz, 725-735; Overbeck, A.E. von, 2000. De quelques règles générales de conflits de lois dans les codifications récentes. En: Jürgen Basedow et al. *Private law in the international arena: from national conflict*

rules towards harmonization and unification : *Ilber amicorum Kurt Siehr*. T.M.C. La Haya: Asser Press, 545-556; y nuestro Vicente Blanco, D.J., «La protección de los adultos en el Derecho Internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones», *Oñati socio-legal series*, vol. 1, nº. 8, 2011, págs. 11-12.

[Ver Texto](#)

(31) Ver Adroher Blosca, S., *op. cit.*, pág. 169.

[Ver Texto](#)

(32) Sobre la «excepción de interés nacional» pueden verse Calvo Caravaca, A.L., «La doctrina de interés nacional y su ámbito espacial de aplicación», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 34, nº 1, 1981, págs. 85-108; Calvo Caravaca, A.L., «Comentario al Código Civil ya las Compilaciones forales», Tomo I, vol. II, 2ª ed. *Revista de Derecho Privado*, 1995. 712-716; Fotinopoulou Basurko, O., «La ley aplicable a la capacidad de las personas físicas para contratar y su limitación mediante la cláusula de excepción de interés nacional». En: Jalme Cabeza Perelro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto, dirs. *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 371-380; y Ortiz-Arce De La Fuente, A., «Normas de Derecho internacional privado», en: J. Rams Albesa y R.M. Moreno Flórez, coords. *Comentarios al Código civil I*, Título Preliminar. Bosch, Barcelona: 2000. 327-330.

[Ver Texto](#)

(33) Publicado en «BOE» núm. 174, de 22 de julio de 2015.

[Ver Texto](#)

(34) Ver Adroher Blosca, S., *op. cit.*, p. 172-173.

[Ver Texto](#)

(35) Ver, por ejemplo, Badía, J., «"Persona con discapacidad", no "minusválido"», *Lenguaje administrativo*, 4 de diciembre de 2012, en <https://lenguajeadministrativo.com/category/uso-respetuoso-del-lenguaje-administrativo/capacidades-diferentes/>; y López Melero, M., «Este niño es de necesidades educativas especiales, aunque ahora se dice de inclusión». ¡Cuidado! El lenguaje configura el pensamiento», *Hachetepepe*, nº 10, mayo de 2015, págs. 13-31.

[Ver Texto](#)