

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

(DIRECTORA)



# COMENTARIOS A LA LEY 8/2021 POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Serie Derecho de la Discapacidad

Volumen III

RAFAEL DE LORENZO GARCÍA

LUIS CAYO PÉREZ BUENO

(Directores de la Serie Derecho de la Discapacidad)

THOMSON REUTERS  
ARANZADI

## Modificación del Código Civil

---

### **UNO. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 9.6 PASA A TENER LA SIGUIENTE REDACCIÓN:**

*«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».*

### COMENTARIO

**CARMEN VAQUERO LÓPEZ**

**SUMARIO.**—I. INTRODUCCIÓN: HACIA UN SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. II. LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA CONVENCIONAL Y EUROPEA. 1. *Los principios de la convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad.* 2. *El convenio de la Haya sobre protección internacional de los adultos y la libre circulación de las personas con discapacidad en la UE.* III. EL ALCANCE DE LA REFORMA DEL CC INTRODUCIDA POR LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. IV. LA NUEVA NORMA DE CONFLICTO DE LEYES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: VALORACIÓN CRÍTICA.

### **I. INTRODUCCIÓN: HACIA UN SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Con la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en

el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>1</sup>, el legislador español pretende culminar su labor de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y del que nuestro país es parte desde el 3 de mayo de 2008 (en adelante, CDPD)<sup>2</sup>.

La finalidad última de esta reforma global de nuestro sistema civil y procesal es la de alcanzar la mejor protección de las personas vulnerables por razón de su discapacidad, a partir del pleno reconocimiento de su capacidad jurídica<sup>3</sup>; sin embargo, esta función tuitiva puede verse comprometida en la práctica, en aquellos supuestos en los que está presente un elemento de internacionalidad, una circunstancia cada vez más frecuente como consecuencia del incremento de la movilidad de las personas con discapacidad y que puede plantear importantes problemas de continuidad jurídica en el espacio de las medidas adoptadas para proteger a estas personas, teniendo en cuenta la diversidad de modelos de protección existentes en el Derecho comparado<sup>4</sup>. Lamentablemente, la reforma del CC operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, no tiene en cuenta estas circunstancias y pone en evidencia la escasa pericia del legislador español en la disciplina del Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.)<sup>5</sup>: por un lado, porque las nuevas soluciones continúan sin ofrecer una solución que garantice el reconocimiento en un Estado de las medidas adoptadas para la protección de las personas con discapacidad en otro Estado; por otro lado, porque con esta nueva reforma de nuestro CC se perpetúa la falta de correspondencia entre los principios que informan las normas de Derecho material en materia de protección de las personas con discapacidad y aquellos sobre los que se articulan las diferentes conexiones por las que se determina la ley reguladora del estatuto personal y de las medidas de apoyo a dichas personas, una falta de identidad que a su vez genera importantes problemas de adaptación o de coordinación entre ordenamientos jurídicos; finalmente, porque el legislador español parece desconocer las soluciones de DIPr. convencional en materia de protección de adultos, sobre la base de las cuales se está trabajando en el ámbito de la UE para alcanzar

1. BOE núm. 132 de 3.6.2021.

2. BOE núm. 20648 de 21 de abril de 2008.

3. Vid. CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., «Avances civiles en derechos humanos y libertades fundamentales para las personas con discapacidad en el Proyecto de Ley», *RGLJ*, núm. 3, 2020, p. 371.

4. Ampliamente, sobre los diferentes modelos de protección de las personas con discapacidad, de autodeterminación del adulto o de intervención de la autoridad pública, *vid.* CARO GÁNDARA, R., «La protección de los adultos discapaces en Derecho comparado. Sistemas más representativos», ECHEZARRETA FERRER, M. (Dir.), *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Comares, Granada, 2005, pp. 303-333.

5. Muy crítica también con la reforma se muestra DIAGO DIAGO, P., «La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas», *La Ley*, núm. 9779, 2020.

un sistema europeo de protección de las personas especialmente vulnerables por razón de su discapacidad física o psíquica<sup>6</sup>.

Todas estas circunstancias comprometen la finalidad tuitiva de la reforma y pueden privar de virtualidad jurídica a las nuevas medidas de apoyo, orientadas a garantizar la protección de la dignidad y la libertad individual de las personas con discapacidad, cuando está presente un elemento extranjero.

## II. LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA CONVENCIONAL Y EUROPEA

La articulación de un sistema de protección de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español está condicionada por los principios que emanan de la CDPD y se halla directamente condicionada por los principios de libertad de circulación sobre los que se construye la UE. En este último ámbito no existe, por el momento, un instrumento de armonización que favorezca el reconocimiento en un Estado miembro de las medidas adoptadas en otro Estado miembro para la protección de las personas con discapacidad. No obstante, la estrategia de la UE se orienta, tanto a invitar a los Estados miembros a ratificar el Convenio de La Haya sobre protección internacional de los adultos, de 13 de enero de 2000<sup>7</sup>, como a elaborar un nuevo reglamento europeo para la armonización de las normas sobre competencia judicial internacional, ley aplicable, y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de protección de las personas con discapacidad según el modelo de dicho Convenio.

### 1. LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El propósito de la CDPD es el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas que padecen una discapacidad física o psíquica, así como el de promover el respeto de su dignidad (*cf.* art. 1). A tales efectos, la CDPD introduce importantes novedades en el tratamiento jurídico de la discapacidad y exige a los Estados Parte que, en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos contra las personas con discapacidad, de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

6. Con carácter general, sobre el importante papel del DIPr. en la protección de la dignidad de los adultos, *vid.* ESPINOSA CALABUIG, R.: «Derecho internacional privado europeo y protección de grupos vulnerables», *RGDE*, núm. 54, 2021.

7. El texto del Convenio puede consultarse en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=71>

Se impone así el cambio de un sistema, como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Con esta finalidad el artículo 12 CDPD reconoce plena capacidad jurídica a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de la vida, sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias, puedan necesitar apoyo en el ejercicio de dicha capacidad<sup>8</sup>. Esta primacía del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito civil (material), que desarrolla con carácter general la Ley 8/2021, de 2 de junio, debe traducirse en el reconocimiento de una autonomía conflictual en las normas de DIPr. de nuestro ordenamiento jurídico, que permita a la persona con discapacidad la elección del Derecho aplicable a los mecanismos que deban adoptarse para garantizar su protección.

Del mismo modo, las soluciones de DIPr. español en materia de protección de las personas con discapacidad están condicionadas por el artículo 18 CDPD, que consagra el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento en igualdad de condiciones con las demás personas. Este derecho fundamental debe traducirse, para lograr su plena eficacia, en la continuidad jurídica en el espacio de las medidas de apoyo adoptadas para proteger a la persona con discapacidad en un Estado distinto de aquel donde se quieren hacer efectivas; una finalidad que obliga a una revisión de las normas vigentes con el fin de garantizar la circulación, el reconocimiento y la ejecución por parte de las autoridades de un Estado de las medidas de protección adoptadas a favor de una persona con discapacidad en otro Estado.

## 2. EL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS ADULTOS Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA UE

El Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos articula un sistema especial de DIPr. que aborda la tutela de los adultos vulnerables desde una dinámica conflictual, armonizando las normas sobre competencia judicial internacional, ley aplicable, y reconocimiento y ejecución de medidas de protección del adulto.

8. Muy crítico con este precepto se muestra ROGEL VIDE, C., «¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al Proyecto de Ley 121/27», *RGLJ*, núm. 1, 2021, pp. 9-13.

A pesar de su escaso éxito, pues el Convenio solo está vigente en diez Estados miembros UE<sup>9</sup>, sus disposiciones pueden servir de modelo y contribuir a alcanzar un espacio de libertad, seguridad y justicia que favorezca la libre circulación de personas con discapacidad dentro del territorio europeo<sup>10</sup>, permitiendo que las autoridades mejor situadas para proteger al adulto sean las que conozcan del supuesto litigioso (arts. 5 a 12); declarando la aplicación de la ley del Estado que mejor contribuya a la consecución de los intereses del adulto (arts. 13 a 21); facilitando el reconocimiento y la ejecución en un Estado de las decisiones y medidas de protección adoptadas en otro Estado (arts. 22 a 27); y favoreciendo la cooperación entre autoridades en este ámbito (arts. 28 a 52)<sup>11</sup>.

Con esta finalidad, la UE insta a los Estados miembros a ratificar el Convenio de La Haya y promover esta ratificación entre terceros Estados; con el mismo objetivo, el Instituto de Derecho Europeo (ELI) ha presentado una propuesta de Reglamento europeo para la protección de adultos en situaciones internacionales<sup>12</sup>, en el que se favorece la autonomía conflictual de las personas, a través del reconocimiento de la libertad de elección de tribunal para adoptar una decisión en previsión de una futura situación de vulnerabilidad, así como de la promoción de los mandatos de representación<sup>13</sup>.

9. Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Portugal y República Checa. El estado actual del Convenio puede consultarse en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=71>.
10. Vid. TONOLO, S., "The protection of persons with disabilities in private international law", *CDT*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 273-280. Son muchas las voces que se alzan a favor de la adhesión al Convenio; en el Derecho español, vid. ADROHER BIOSCA, S., «La ratificación del Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000 ante la reforma del Derecho español en materia de discapacidad», DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M. V. (Dir.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 445-465. También recientemente, en el Derecho italiano, vid. FRANZINA, P., «La disciplina internazionale privatistica italiana della protezione delli adulti alla luce di una recente pronuncia», *CDT*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 219-230.
11. Ampliamente, vid. VICENTE BLANCO, J.D.: «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, núm. 8, 2011, pp. 1-23.
12. El informe del ELI y el texto de la propuesta de Reglamento pueden encontrarse en este enlace: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Protection\\_of\\_Adults\\_in\\_International\\_Situations.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf). Sobre el alcance de esta propuesta, vid. MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., «Notas sobre el Informe del Instituto de Derecho Europeo acerca de la protección de adultos», *CDT*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 1099-1105. Con anterioridad, en su Resolución de 1 de junio de 2017 [2015/2085 (INL)], el Parlamento Europeo había pedido a la Comisión que presentase, antes del 31 de marzo de 2018 y sobre la base del artículo 81 TFUE, una propuesta de Reglamento destinada a reforzar la cooperación entre los Estados miembros y el reconocimiento y la ejecución de las decisiones sobre protección de adultos vulnerables y de los mandatos por incapacidad; el texto puede encontrarse en este enlace: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0235\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0235_ES.pdf).
13. Con esta misma finalidad, la doctrina internacional privatista ha propuesto la creación de un certificado europeo de poderes de representación similar al certificado sucesorio

En ausencia de un reglamento europeo de armonización y hasta tanto nuestro país no ratifique el Convenio de La Haya, la protección internacional de las personas con discapacidad deberá determinarse de conformidad con las soluciones de DIPr. español. Sin embargo, lejos de diseñar un sistema de protección inspirado en la normativa convencional, como el propuesto en el ámbito europeo, nuestro legislador ha procedido a una revisión excesivamente civilista de las soluciones conflictuales, que obvia la eventual heterogeneidad de las situaciones jurídicas en las que está implicada una persona con discapacidad. La nueva literalidad del artículo 9.6 CC y la falta de referencia a los poderes de representación de las personas con discapacidad nos dejan una reforma meramente estética, que puede vulnerar el derecho a la libertad de circulación de estas personas especialmente vulnerables<sup>14</sup>.

### III. EL ALCANCE DE LA REFORMA DEL CC INTRODUCIDA POR LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

En el mes de julio de 2015 el legislador español llevó a cabo una de las más ambiciosas reformas de nuestro sistema de DIPr., que afectó de manera particular a la protección de los adultos<sup>15</sup>. El nuevo sistema pretendía proteger a las personas mayores por su condición de «especial vulnerabilidad»<sup>16</sup>, en clara consonancia con las nuevas tendencias de Derecho comparado sobre medidas de protección de los mayores que no presuponen necesariamente la previa declaración de incapacidad del sujeto. El legislador español pretendía

- 
14. europeo; sobre esta cuestión, *vid.* ANTÓN JUÁREZ, I., «Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto: el certificado europeo de representación», *AEDIPr.*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 245-275.
15. En particular, sobre los problemas de protección transfronteriza de los bienes de un adulto declarado incapaz en un Estado miembro diferente del Estado de localización de dichos bienes, *vid.* MARCHAL ESCALONA, N., «Los límites de lo 'real' y de lo 'personal' en el sistema europeo de competencia judicial», *La Ley Unión Europea*, núm. 12, 2014. También sobre las consecuencias de la ausencia de normas uniformes en materia de libre circulación de medidas de protección de los adultos vulnerables, *vid.* PEREÑA VICENTE, M., «La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección», *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1287-1325.
16. Con carácter general, sobre esta reforma, *vid.* VAQUERO LÓPEZ, C., «Nuevas normas de derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015», *RAD*, núm. 9, 2015, pp. 197-222.
17. Ampliamente, *vid.* BORRÁS, A., «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes», en VV.AA., *Pacis Artes. Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1286-1308. También sobre la necesidad de dotar a los mayores de mecanismos de protección asistencial similares o análogos a los articulados para los menores de edad, *vid.* A. DURÁN AYAGO, A., «Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos» en VV.AA., *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 443-470.

flexibilizar nuestra tradicional concepción de la protección de adultos, vinculada a la falta de capacidad del sujeto, y dar cumplimiento al mandato de la CDPD cuyas disposiciones se articulan sobre la base del respeto del principio de mayor interés del adulto, directamente vinculado a la dignidad de la persona que se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad por su propia condición de discapacidad.

Con esta finalidad, el legislador español revisó los foros de competencia judicial internacional aplicables en materia de protección de personas mayores de edad y de sus bienes<sup>17</sup>, y promulgó una nueva norma de conflicto de leyes específicamente referida a las personas mayores de edad. Conforme a la nueva disposición, contenida en el párrafo segundo del artículo 9.6 CC, la protección de estas personas se somete a la ley de su residencia habitual, a salvo las medidas provisionales o urgentes para su protección, que se adoptarán conforme a lo establecido en la ley española<sup>18</sup>. Esta solución permitía alcanzar una perfecta identidad entre *forum* y *ius*, que no podía lograrse al amparo de lo dispuesto en el antiguo artículo 9.6 CC, referido a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz, que estaban sujetas a la ley nacional de la persona. Por otra parte, el precepto introducido con la reforma de 2015 solucionaba un eventual problema de conflicto móvil para el supuesto de cambio de residencia habitual del adulto, declarando aplicable, en estos casos, la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados<sup>19</sup>. Sin embargo, el precepto no permitía, ni siquiera de forma limitada, el ejercicio de la autonomía conflictual, impidiendo extender al ámbito del DIPr. la misma autonomía de

17. La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174 de 22.7.2015) introdujo un nuevo foro de competencia judicial internacional en el artículo 22 *quáter* b) de la LOPJ, que atribuye competencia judicial internacional a los tribunales españoles «(e)n 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». El nuevo precepto mantiene el mismo y razonable foro de competencia que el contenido en el antiguo artículo 22.3 LOPJ 1985, pero modifica el supuesto de hecho de la norma, que ya no se refiere a la *incapacitación* y conserva su formulación amplia, permitiendo subsumir en el ámbito de aplicación material de la norma todas las posibles formas de protección de los adultos que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

18. Ampliamente, sobre esta nueva solución, *vid.* VAQUERO LÓPEZ, C. «Nuevas normas de Derecho internacional privado en materia de protección de adultos y de menores», *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

19. Ténganse en cuenta, a los efectos de reconocimiento de las medidas de protección de las personas con discapacidad adoptadas en el extranjero, las soluciones generales de los artículos 41 y siguientes LCJIC y de los artículos 11 y 12 LJV. En general, sobre la adaptación como una forma de reconocimiento en el foro de instituciones jurídicas extranjeras, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación», *Revista Mexicana de Derecho Internacional privado y Comparado*, núm. 25, 2009, pp. 9-44.



la voluntad (material) que el artículo 234 CC reconocía a los adultos para adoptar cualquier disposición sobre su propia persona o sus bienes en previsión de su futura incapacidad<sup>20</sup>.

#### IV. LA NUEVA NORMA DE CONFLICTO DE LEYES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: VALORACIÓN CRÍTICA

La reforma del párrafo 2 del artículo 9.6 CC llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se enmarca en un (nuevo) sistema de protección de las personas con discapacidad basado en el respeto a su voluntad y a sus preferencias, que ya no pivota sobre la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni sobre la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. La idea central de este sistema es la de apoyo a la persona con discapacidad, un apoyo que engloba todo tipo de actuaciones, incluida la representación en la toma de decisiones (*cf.* art. 12 CDPD). Con esta finalidad, nuestro legislador da nueva redacción al supuesto de hecho de la norma de conflicto de leyes contenida en el apartado 2 del artículo 9.6 CC, antes referido a la protección de las personas mayores de edad, y ahora a «las medidas de apoyo de las personas con discapacidad».

La revisión del artículo 9.6 CC ha sido ya calificada por la mejor doctrina internacional privatista como meramente «estética»<sup>21</sup>, por cuanto se limita a la sustitución de la locución «protección de las personas mayores», por la expresión «medidas de apoyo para personas con discapacidad», provocando graves distorsiones en el sistema español de DIPr., que delatan el desconocimiento por parte de nuestro legislador de las técnicas conflictuales y revelan una visión estrictamente civilista de la materia, comprometiendo la eficacia de la reforma en el ámbito de las relaciones jurídicas afectadas por un elemento extranjero.

En efecto, por un lado, esta nueva redacción del precepto merece una valoración negativa porque permite incluir en el supuesto de hecho de la norma las medidas de protección de los menores de edad afectados por una discapacidad, lo cual resulta especialmente grave en la medida en que se rompe la coherencia de nuestro sistema de DIPr., en cuyo ámbito la protección de

20. Una posibilidad que sí reconoce en cambio el artículo 15 del Convenio de la Haya sobre protección internacional de adultos. En general, sobre estos «límites de proximidad a la autonomía conflictual», que operan reduciendo la elección de ley a «conexiones objetivas que presentan un grado de vinculación personal y social del individuo», *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, p. 217.

21. *Vid.* DIAGO DIAGO, P., «La nueva regulación...», *cit.*

menores tiene plena autonomía. De este modo, nuestro legislador retrocede a la situación anterior a la reforma de 2015, cuando el supuesto de hecho del artículo 9.6 CC se refería a «la tutela y demás protecciones del incapaz», planteando igualmente un problema de delimitación del ámbito de aplicación del precepto, que incluía tanto a mayores incapaces como a menores, con las normas de DIPr. específicamente referidas a la protección de menores<sup>22</sup>.

Por otro lado, al referirse a las «medidas de apoyo», el legislador impide definitivamente incluir en el supuesto de hecho del artículo 9.6 CC la determinación de la ley aplicable a la capacidad, que deberá realizarse conforme a la ley nacional de la persona con discapacidad *ex* artículo 9.1CC<sup>23</sup>, lo cual genera importantes problemas de desajuste o falta de coordinación entre el Derecho que rige el estatuto personal y el que determina las medidas de apoyo de las personas con discapacidad.

Desde otro punto de vista, debe lamentarse que el legislador no haya revisado el punto de conexión de la norma de conflicto que contiene el artículo 9.6 CC, introduciendo un principio de autonomía conflictual, aun limitada, que permitiera a la persona decidir cuál será la ley reguladora de las medidas de apoyo adoptadas en previsión de su futura discapacidad. Un reconocimiento que no es más que el trasunto de la autonomía material sobre la que se articulan figuras como la autotutela del artículo 234 CC y que debería estar presente en la regulación de los poderes de representación, sobre los que también guarda silencio la nueva norma en su redacción final<sup>24</sup>.

22. Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Com. CC Lex Nova*, p. 78.

23. En este sentido, señalando que la amplitud del supuesto de hecho del artículo 9.6 CC en su redacción de 2015 («la protección de las personas con discapacidad») permite incluir dentro del régimen de dicha ley la propia incapacidad, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 11.ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 391. En contra, considerando que la ley aplicable a la declaración de incapacidad es la ley personal del sujeto *ex* artículo 9.1 CC, *vid.* CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho internacional privado*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 1274-1275.

24. Las enmiendas 91 y 182, presentadas en el Senado, respectivamente, por los Grupos Parlamentarios Nacionalista y Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu, reproducen el artículo 15 del Convenio de La Haya sobre protección de adultos y añaden un nuevo párrafo al artículo 9.6 CC que recoge esta *professio iuris* del otorgante de medidas de apoyo voluntarias en los siguientes términos: «(L) a existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, en virtud de un acuerdo o por un acto unilateral, para ejercitarse cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a no ser que haya designado expresamente por escrito alguna de las siguientes leyes mencionadas en el apartado 4.

a) la de un Estado del que el adulto posea la nacionalidad;

b) la del Estado de la anterior residencia habitual del adulto;

c) la de un Estado en el que se encuentren situados bienes del adulto, con respecto a dichos bienes.

Del mismo modo, habría sido deseable una revisión del artículo 9.6 CC que permitiera adaptar la norma a las circunstancias del caso concreto, introduciendo un punto de conexión flexible en virtud del cual se pudiera descartar la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona con discapacidad para determinar el régimen de las medidas de apoyo, a favor de la aplicación de la ley de otro Estado con el que la situación presente los vínculos más estrechos, siempre en interés de la persona que se pretende proteger<sup>25</sup>.

## **DOS. EL APARTADO 8 DEL ARTÍCULO 10 QUEDA REDACTADO DE LA SIGUIENTE FORMA:**

«8. En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en España, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley española solo podrán invocar su discapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal discapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte».

### COMENTARIO

CARMEN VAQUERO LÓPEZ

**SUMARIO.**—I. INTRODUCCIÓN. II. LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. 1. La solución del artículo 9.1 CC. 2. La excepción de interés nacional. IV. EL ALCANCE DEL NUEVO APARTADO 8 DEL ARTÍCULO 10 CC. V. VALORACIÓN DE LA REFORMA.

## I. INTRODUCCIÓN

El apartado dos del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, da nueva redacción a la denominada «excepción de interés nacional» recogida en el artículo 10.8 CC. Inicialmente, en el Proyecto de Ley presentado por el Congreso de los Diputados se mantenía la estructura y la casi literalidad del precepto, sustituyendo únicamente el término «extranjero incapaz» por la locución «extranjero que no pueda contratar según su ley nacional» y cambiando la referencia a la «causa de incapacidad», por la expresión «la causa de ello», sin aludir a la posible discapacidad del sujeto como fundamento de la falta de capacidad contractual<sup>26</sup>.

---

Las modalidades de ejercicio de dichos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en el que se ejerciten».

25. Vid. DIAGO DIAGO, Pilar, «La nueva regulación...», cit.

26. En el artículo segundo, apartado dos del Proyecto de Ley presentado en el Congreso de los Diputados (BOCCGG de 17.6.2020) se modificaba el apartado 8 del artículo 10 CC en

Esta propuesta de revisión (meramente) terminológica del artículo 10.8 CC vigente hasta el momento de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se mantuvo durante todo el proceso legislativo hasta la fase final de su tramitación ante el Senado, que admite la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, proponiendo una redacción del precepto que reproduce de forma casi literal la solución del artículo 13 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *Roma I* (en adelante, RRI)<sup>27</sup>.

Con este proceder, el legislador español parece olvidar el principio de primacía del Derecho europeo y el carácter universal o eficacia *erga omnes* de las disposiciones del RRI (*cf.* art. 2 RRI), y persiste en utilizar una técnica de política legislativa basada en la reproducción literal de la norma jerárquicamente superior, que priva de virtualidad jurídica a la solución de Derecho interno. Es cierto que la sustitución del término «incapacidad» del precepto europeo por el de «discapacidad» de la solución española modula el alcance de la disposición europea y la convierte (aparentemente) en compatible con los principios que informan la CDPD. Sin embargo, la reforma llevada a cabo no supone ninguna mejora para nuestro sistema de DIPr., pues esa mera revisión terminológica del precepto español introduce una ambigüedad en nuestro sistema que puede afectar a la validez del contrato y comprometer el alcance de la solución adoptada.

## II. LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En el marco de la CDPD, el principio de autonomía de la voluntad se presenta como «el nuevo paradigma de la discapacidad»<sup>28</sup>, sobre la base del cual el artículo 123 CDPD reconoce plena capacidad jurídica y de obrar a todas las personas con discapacidad, con independencia de que en el ejercicio de dicha capacidad estas personas, especialmente vulnerables, puedan necesitar de determinados apoyos<sup>29</sup>.

los siguientes términos: «8. 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».

27. DOUE L 177 de 4.7.2008.

28. Vid. ECHEZARRETA FERRER, M. T., «La contratación por los incapaces: nuevas tendencias», SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, T. I, 3.<sup>a</sup> Ed., Cizur Menor, Aranzadi, p. 1340.

29. Vid. VELASCO ORTEGA, I. C., «Del estado civil de incapacitado al de persona con capacidad modificada judicialmente: perspectivas de reforma jurídica para garantizar la autonomía de la voluntad», GARCÍA GARNICA, M. C. (Dir.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 166-167.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, desarrolla este principio, que afecta de manera particular al Derecho de los contratos, cuya celebración, validez y eficacia es tratada por el legislador español de conformidad con la nueva perspectiva que informa la tutela de las personas afectadas por una discapacidad (*cf.* arts. 199 y ss. CC). Esta dimensión material del Derecho contractual debe también trascender al ámbito del DIPr., cuyas soluciones han de orientarse hacia la consecución de la plena realización de las capacidades y potencialidades (dignidad) de la persona con discapacidad cuando está presente un elemento extranjero<sup>30</sup>.

El artículo 10.8 CC está llamado a cumplir esa función, favoreciendo la validez de los contratos celebrados en nuestro país por personas afectadas por una discapacidad a las que en su país de origen no se les reconoce capacidad contractual. Sin embargo, su deficiente redacción y el empeño de nuestro legislador por mantener la referencia a la nacionalidad del contratante para determinar la validez o nulidad del contrato por su falta de capacidad, comprometen la bondad de la reforma<sup>31</sup>.

### III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR

En el sistema español de DIPr., la ley aplicable a la capacidad de las personas físicas para celebrar un contrato y a las consecuencias derivadas de su eventual nulidad o invalidez como consecuencia de la falta de capacidad del contratante se someten a una regulación diferenciada de la establecida para determinar la *lex contractus*, determinada ésta por las soluciones del RRI, cuyo artículo 13 contiene un precepto específicamente referido a la «incapacidad».

En particular, la determinación de la ley aplicable a la capacidad contractual se realizará conforme a la solución general del artículo 9.1 CC en materia de estatuto personal, que puede venir corregida por la excepción de orden público del artículo 12.3 CC o, en su caso, por la cláusula o excepción de interés nacional que se contiene en el artículo 10.8 CC, cuya virtualidad jurídica ya venía siendo cuestionada en los foros internacional privatistas sobre la base de la primacía del artículo 13 RRI<sup>32</sup>.

30. Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Método y función del Derecho internacional privado: hacia la más plena realización de los derechos humanos», *REE*, núm. 40, 2020, pp. 29 y 57.

31. Más optimista se muestra CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., «Avances civiles en derechos humanos y libertades fundamentales para las personas con discapacidad», *RGLJ*, núm. 3, 2020, p. 382.

32. En un sentido, declarando que el artículo 13 RRI priva de toda virtualidad jurídica al artículo 10.8 CC en su redacción anterior a la reforma, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado ...*, cit., p. 386. En sentido contrario, considerando que la primacía del RRI no suponía la pérdida de vigencia del artículo 10.8 CC, *vid.* CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dirs.), *Tratado*

Nuestro legislador no solo no ha revisado la conexión nacionalidad del artículo 9.1 CC, generalmente criticada por la mejor doctrina<sup>33</sup>, sino que ha mantenido la solución del artículo 10.8 CC, reproduciendo de forma casi literal la solución de la norma jerárquicamente superior que se contiene en el artículo 13 RRI, mínimamente modificada para eludir toda referencia a la incapacidad de la persona para contratar.

## 1. LA SOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 9.1 CC

La adscripción de la capacidad para contratar al estatuto personal *ex* artículo 9.1 CC se corresponde con la solución comúnmente adoptada en los sistemas de Derecho comparado<sup>34</sup>, que utilizan, bien la conexión nacionalidad, como el precepto español, bien la conexión residencia habitual, más acorde con las necesidades del tráfico jurídico internacional.

Además de los problemas de calificación que puede presentar la aplicación de la ley nacional del sujeto para determinar su capacidad contractual<sup>35</sup>, el régimen de la capacidad de las partes para celebrar un contrato cuando está presente un elemento de internacionalidad plantea en muchas ocasiones un problema de orden público. En estos casos, cuando la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto de leyes del artículo 9.1 CC vulnera un principio esencial, de imperatividad reforzada, de nuestro ordenamiento jurídico, la excepción del artículo 12.3 CC permite al juez descartar la aplicación de dicha ley extranjera en favor de la aplicación de la ley del foro<sup>36</sup>. Dada la actual configuración de nuestro sistema de Derecho civil podríamos pensar en acudir a esta cláusula de orden público para descartar la aplicación de la ley extranjera que niegue dicha capacidad a la persona afectada por una discapacidad física o psíquica, por considerar que esa ley atenta contra la dignidad de la persona, principio sobre el que se articula el nuevo sistema español de protección de las personas con discapacidad y que desarrolla el mandato del artículo 12 CDPD.

---

*de Derecho internacional privado*, T. III, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, p. 371; y URREA SALAZAR, M. J., «La excepción del interés nacional en el Derecho internacional privado. ¿Una realidad extemporánea?», *La Ley*, núm. 9691, 2020.

33. Ampliamente, sobre esta cuestión, *vid.* RODRÍGUEZ BENOT, A., «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *CDT*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 186-202.
34. Para una visión de Derecho comparado *vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. y RUEDA VALDIVIA, R., «Ley aplicable a los contratos internacionales», SÁNCHEZ LORENZO, S. (Ed.), *Derecho contractual comparado...*, cit., pp. 605-609.
35. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado...*, cit., p. 384.
36. Sobre esta excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto de leyes, *vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Com. CC Edersa*, I, 2.º, pp. 907-916.

Por otra parte, la aplicación de la ley nacional del sujeto para determinar su capacidad para contratar puede ser excepcionada por mor de la cláusula de interés nacional que se contiene en el artículo 10.8 CC, cuya nueva redacción parte de la aplicación del artículo 13 RRI y fue presentada en el Senado como una forma de corregir la «incoherencia» del antiguo artículo 10.8 CC precepto revisado con el artículo 9.6 CC, olvidando que la excepción de interés nacional tiene por objeto descartar la aplicación de la ley nacional del sujeto (*ex* artículo 9.1 CC) en favor de la aplicación de la ley de celebración del contrato, no de la residencia de las partes<sup>37</sup>.

## 2. LA EXCEPCIÓN DE INTERÉS NACIONAL

Nuestro ordenamiento jurídico permite eludir la aplicación de la ley nacional del sujeto en materia de capacidad para contratar (*ex* artículo 9.1 CC) con la finalidad de corregir los problemas que puede plantear, en términos de ineficiencia económica (costes de información), la aplicación de una ley extranjera a la capacidad de las partes de un contrato celebrado en nuestro país. Ésta es la función de la denominada «excepción de interés nacional» que se contiene en el artículo 10.8 CC corregido por la reforma<sup>38</sup>.

En efecto, la validez del contrato puede depender de las condiciones de capacidad exigibles por la ley nacional de una de las partes que la otra parte desconoce, lo cual incrementa los costes de información y genera inseguridad jurídica para los contratantes, afectando a la fluidez del tráfico comercial internacional<sup>39</sup>. Para evitar esta ineficiencia económica de la ley nacional, la excepción de interés nacional, contenida en el artículo 10.8 CC, permite al juez descartar su aplicación en favor de la aplicación de la ley del lugar de celebración del contrato.

## IV. EL ALCANCE DEL NUEVO APARTADO 8 DEL ARTÍCULO 10 CC

Con la nueva redacción del artículo 10.8 CC el legislador español trata de adaptar el precepto a la terminología de la CDPD y de favorecer el reconocimiento de plena capacidad jurídica y de obrar de todas las personas con discapacidad. A tales efectos, olvidando que sobre esta disposición prima la solu-

---

37. Esta es la motivación de la enmienda 242 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista y finalmente aceptada para dar nueva redacción al artículo 10.8 CC. El documento puede consultarse en la dirección <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/enmiendas/index.html?id1=621&id2=000019&legis=14&codGrupo=800&codClase=e>.

38. Explica los orígenes de este correctivo, CALVO CARAVACA, A.-L., *Com. CC Edersa*, I, vol. 2, pp. 712-716.

39. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional...*, cit., pp. 384-385 y 663-664.

ción contenida en el artículo 13 RRI, el legislador ha reproducido literalmente la disposición europea con la sola sustitución de la palabra «incapacidad» por la de «discapacidad».

En efecto, aunque el RRI excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la capacidad de la persona para contratar [art. 1.2.a)], bajo la rúbrica «incapacidad», su artículo 13 RRI dispone que «(e)n los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte».

Paralelamente a este precepto, el legislador español ha dado nueva redacción al artículo 10.8 CC, sin limitar su efecto a los contratos onerosos ni excluir los relativos a los bienes inmuebles situados fuera de España y considerando la buena fe o la diligencia del otro contratante. El precepto mantiene su anterior formulación unilateral, declarando aplicable la ley española a los contratos celebrados en nuestro país, supuestamente cuando la ley extranjera impida a una de las partes celebrar un contrato. Sin embargo, lo cierto es que esta extensión del ámbito de aplicación espacial de nuestra ley solo procede si la discapacidad invocada lleva aparejada una incapacidad para contratar, una circunstancia que lamentablemente no menciona nuestro legislador, preocupado tan solo por eliminar el término «incapacidad» del texto del nuevo precepto.

## V. VALORACIÓN DE LA REFORMA

La revisión del artículo 10.8 CC para actualizar la cláusula interna de interés nacional que en él se contiene y armonizarla con la solución del artículo 13 RRI venía ya siendo reclamada por la doctrina internacional privatista española<sup>40</sup>. Sin embargo, lejos de mejorar la regla de interés nacional que se contiene en el precepto europeo, especificando la presunción de buena fe o diligencia razonable del otro contratante o extendiendo su aplicación a los contratos entre ausentes, la solución española introduce una importante ambigüedad que compromete su eficacia.

Es cierto que con la actual redacción del artículo 10.8 CC se evita que la cláusula de interés nacional se presente como una manifestación de la excepción de orden público del artículo 12.3 CC, una confusión que sí generaba la

40. Vid. DIAGO DIAGO, P., «La nueva regulación...», *loc. cit.* En el mismo sentido, vid. FOTINOPOULOU BASURKO, O., «La ley aplicable a la capacidad de las personas para contratar y su limitación mediante la cláusula de 'excepción nacional'», CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dir.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 378.



redacción propuesta en los primeros momentos de tramitación de la Ley. Efectivamente, del tenor literal del nuevo artículo 10.8 CC no se deduce que toda incapacidad establecida por una ley extranjera sea contraria al orden público del foro, ni se infiere que el interés nacional consista en la aplicación indiscriminada de la *lex fori* a la capacidad del extranjero que contrata en nuestro país, tal y como sucedía al amparo del precepto redactado en el Proyecto de Ley. Sin embargo, no está claro es que el «interés nacional» que subyace al nuevo artículo 10.8 CC sea el de establecer que el extranjero es capaz para celebrar un contrato en nuestro país pese a que, con arreglo a su ley personal, carezca de tal capacidad<sup>41</sup>, pues lo que de su tenor literal se deriva es que la discapacidad en sí misma puede ser causa directa de una incapacidad para contratar.

Frente a este malapropismo de nuestro legislador, quizás la mejor solución habría sido la de eliminar el precepto y abordar la revisión de la conexión del artículo 9.1 CC, introduciendo criterios de conexión alternativos para la determinación de la ley aplicable a la capacidad de las personas y sometiendo dicha capacidad a la ley de la residencia habitual o la de *la lex causae (lex contractus)*<sup>42</sup>. Desde otro punto de vista, una solución en este sentido se compara mejor con el Derecho europeo, pues la aplicación de la ley nacional para contratar puede implicar un régimen de validez del contrato diferente dependiente exclusivamente de la nacionalidad de las partes y, por ende, contrario al principio de no discriminación del artículo 18 TUE.

### **TRES. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 15.1 QUEDA REDACTADO EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:**

*«Esta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que la persona con discapacidad, en su caso, precise, o por su representante legal. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar».*

#### COMENTARIO

CARMEN VAQUERO LÓPEZ

SUMARIO.—I. INTRODUCCIÓN: LA VECINDAD CIVIL COMO CRITERIO DE CONEXIÓN DEL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL. II. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCIÓN A LA VECINDAD CIVIL POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. III. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA.

41. Vid. CALVO CARAVACA, A.-L., *Com. CC Edersa*, I, 2.º, pp. 716-717 y 722-723.

42. En este sentido, vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. y RUEDA VALDIVIA, R., «Ley aplicable...», cit., p. 609.

## I. INTRODUCCIÓN: LA VECINDAD CIVIL COMO CRITERIO DE CONEXIÓN DEL DERECHO INTERREGIONAL

El artículo 15 CC establece el régimen de adquisición de la vecindad civil para el extranjero que adquiere la nacionalidad española, permitiéndole elegir entre diversas opciones a través de una declaración de opción en los términos indicados en el párrafo segundo del apartado 1 del precepto, que ha sido objeto de modificación por el apartado tres del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio<sup>43</sup>.

La vecindad civil es una institución básica de nuestro Derecho interregional, que se configura como un criterio alternativo a la nacionalidad por el que se determina la sujeción de una persona al Derecho civil común, especial o foral (art. 14.1.º CC)<sup>44</sup>. Sin embargo, el proceso de europeización del Derecho privado y su incidencia en los Derechos civiles especiales y en los conflictos de leyes internos ha hecho que la doctrina internacional privatista haya puesto en causa el alcance de esta conexión en el siglo XXI<sup>45</sup>, planteando su sustitución por el criterio de la residencia habitual, e incluso sugiriendo un reconocimiento, siquiera limitado, de la autonomía conflictual en este ámbito; en definitiva, se ha propuesto sustituir esta conexión por otros criterios, predominantes en el DIPr. europeo<sup>46</sup>, que se compadecen mejor con el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad articulado por la Ley 8/2021, de 8 de junio.

Sin embargo, el legislador ha limitado su reforma a una revisión meramente terminológica del párrafo segundo del artículo 15.1 CC, referido al

43. Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Com. CC Lex Nova*, p. 104.

44. Con carácter general, *vid.* ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «Derecho interregional, conflictos internos y Derecho Comunitario Privado», ESPLUGUES MOTA, G. (Coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 41-55.

45. Ampliamente, sobre la necesidad de esta reforma, *vid.* ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «Derecho interregional español: una urgente y necesaria reforma», ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. *et al.* (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 111-127; *id.*, «La compleja interacción entre la dimensión transfronteriza y los conflictos internos, especial referencia a la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco», DOMÍNGUEZ LOZANO, P. (Dir.), *Derecho internacional privado europeo. Diálogos con la práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 297-312. Se refiere también a la necesidad de actualizar la conexión vecindad civil, FONT I SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, p. 242.

46. *Vid.* BORRÁS, A., «Quin hauria de ser el paper del veïntage civil en el dret interregional del futur», *RJC*, núm. 4, 2010, pp. 995-1020. También sobre la necesidad de adaptación de esta conexión al Derecho europeo, en aras de evitar la vulneración del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que consagra el artículo 18 TFUE, *vid.* PÉREZ MILLÁ, J. J., «Punto de conexión con el Derecho de la Unión, libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho interregional español», *La Ley Unión Europea*, núm. 88, 2021.

ejercicio del derecho de opción por la vecindad civil de un extranjero, para evitar toda referencia a la capacidad de obrar, que se presume, de las personas con discapacidad. El precepto también guarda silencio sobre la forma en la que, en su caso, debe intervenir el representante legal de la persona con discapacidad, a quien se le requiere «la autorización necesaria», pero de la que no se exige que actúe en interés de dicha persona para el ejercicio de un derecho que es personalísimo.

## II. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCIÓN A LA VECINDAD CIVIL POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El extranjero afectado por una discapacidad física o psíquica que adquiriera la nacionalidad española deberá optar, en el momento de inscribir la adquisición de su nacionalidad en el Registro Civil español<sup>47</sup>, por la vecindad civil del lugar de residencia o del lugar de nacimiento, o por la última vecindad civil de cualquiera de sus progenitores, adoptantes o cónyuge (*cf.* párrafo primero del artículo 15.1 CC).

En su redacción anterior a la reforma, el párrafo segundo del artículo 15.1 CC exigía que la declaración de opción se formulara «atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad», pues el precepto respondía a un modelo de intervención para la protección de las personas con discapacidad en el que éstas podían verse privadas de su capacidad de obrar.

La nueva redacción del precepto suprime esta locución e introduce una referencia expresa a las personas con discapacidad como eventuales titulares de este derecho de opción, de forma paralela a la nueva regulación del derecho de opción por la nacionalidad española (art. 20.2 CC). De este modo, el legislador da cumplimiento al mandato del artículo 12 CDPD, por cuya virtud las personas afectadas por una discapacidad tienen plena capacidad jurídica, sin perjuicio de que en el ejercicio de este derecho puedan necesitar apoyos, tal y como expresamente reconoce el nuevo precepto, al permitir que la opción por una concreta vecindad civil se lleve a cabo a través del representante de

---

47. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Com. CC Edersa*, I, 2.º, p. 1250. En el sistema español, el notario es el funcionario más indicado para recibir las declaraciones de opción de vecindad civil, más aún cuando se trata de una persona con discapacidad. Realizada ante notario esta declaración, corresponderá al Encargado del Registro Civil la comprobación de que en el documento notarial ha quedado ha quedado debidamente acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 15 CC y, en particular, la concurrencia de los medios de apoyo que, en su caso, fueran necesarios para el ejercicio de este derecho por la persona con discapacidad; *vid.* OÑATE CUADROS, F. J., «El notario y la vecindad civil», *El Notario del siglo XXI*, núm. 94, 2020. En general, sobre las dificultades de prueba de la vecindad civil, *vid.* DIAGO, P., «La prueba de la nacionalidad española y de la vecindad civil: dificultades en la determinación del régimen económico matrimonial legal», *REEI*, núm. 36, 218.

la persona con discapacidad, que deberá contar con la necesaria autorización por el Encargado del Registro Civil.

### III. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA

La nueva redacción del párrafo segundo del artículo 15.1 CC se corresponde con las reformas introducidas en materia de nacionalidad, particularmente, con aquellas que afectan a las formas de adquisición de la nacionalidad española en las que es necesaria una declaración de voluntad del sujeto.

Nuestro legislador insiste en una revisión meramente terminológica, empeñado en suprimir todas las referencias a los términos «incapaz» o «incapacitación», pero no tiene en cuenta la eventual aplicación de un Derecho extranjero en el que no se tutele a la persona con discapacidad del mismo modo en el que se protege en nuestro sistema. Efectivamente, la determinación de los medios de apoyo necesarios para que la persona con discapacidad ejerce, en su caso, el derecho de opción por una determinada vecindad civil, así como el régimen de representación legal de dicha persona, deberán realizarse de conformidad con lo dispuesto en la ley de su residencia habitual, *ex* artículo 9.6 CC. En consecuencia, si dicha persona reside en España, serán de aplicación los artículos 268 y siguientes CC, que obligan al representante legal de la persona con discapacidad a respetar su voluntad, deseos y preferencias, sin que su intervención altere, ni la titularidad del derecho, ni los intereses protegidos por el artículo 15.1 CC<sup>48</sup>. Sin embargo, si la persona con discapacidad reside fuera de nuestro país, este precepto no garantiza suficientemente el respeto de su voluntad o de su mejor interés, pues el ejercicio de esa representación depende de lo dispuesto en la ley extranjera. De este modo, nuestro legislador no atiende debidamente a la necesidad de proteger a la persona con discapacidad frente a la posible influencia indebida o manipulación de los terceros que se relacionan con ella<sup>49</sup>.

El legislador español tampoco tiene en cuenta que la regulación de la vecindad civil tiene también un aspecto dinámico y guarda silencio sobre las consecuencias aparejadas a un cambio de vecindad de las personas con disca-

48. Con carácter general, *vid.* PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *RDP*, núm. 4, 2016, pp. 10-11. Sobre el papel de la voluntad del sujeto en la determinación de su vecindad civil, *vid.* PARRA LUCÁN, M. Á., *Com. CC Thomson*, p. 185.

49. En este sentido, referido a la necesidad de incluir salvaguardas en el ejercicio de las medidas de apoyo para asegurar que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad en el ámbito contractual, *vid.* DE SALAS MURILLO, S., «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones contractuales», *La Ley*, núm. 9841, 2021.

pacidad<sup>50</sup>. Ciertamente, el cambio de vecindad provoca un conflicto móvil o, en su caso, un fraude de ley, que afecta de manera particular a las materias en las que la vecindad civil opera como conexión única o principal de la norma de conflicto de leyes en sustitución de la nacionalidad, básicamente en los ámbitos familiar y sucesorio (*cf.* art. 16 CC). Sin embargo, en la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, no se ha tenido en cuenta el alcance de las nuevas soluciones para los conflictos de leyes interregionales<sup>51</sup>, olvidando que la movilidad dentro del territorio español de las personas con discapacidad puede afectar a las medidas de apoyo que esta persona requiere, pues en el cambio de residencia habitual pueden aparecer implicadas Comunidades con un sistema de Derecho civil propio<sup>52</sup>.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1 CC los conflictos de leyes interregionales se resolverán de conformidad con lo establecido en las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar CC, de manera que para determinar la ley aplicable a las medidas de protección de la persona con discapacidad deberá tenerse en cuenta la solución del artículo 9.6 CC. Este precepto se construye sobre la conexión residencial habitual que, en el ámbito interno, «destrona» a la conexión vecindad civil, lo que lleva a soluciones ineficientes: el cambio de residencia de la persona con discapacidad tendría como consecuencia la aplicación del Derecho civil de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento de las medidas de protección adoptadas conforme a la ley de la anterior residencia. A este respecto se ha señalado que utilizar la vecindad civil como punto de conexión para resolver estos conflictos internos permitiría una mayor estabilidad en la protección de la persona con discapacidad, garantizando que las medidas adoptadas conforme al Derecho de su vecindad civil foral se mantengan con independencia del traslado de la residencia habitual de la persona con discapacidad a otro lugar de España<sup>53</sup>.

En las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley, se propuso la modificación del artículo 16 CC precisamente para superar estos inconvenientes, derivados de la aplicación del artículo 9.6 CC a las situaciones

50. *Vid.* ZABALO ESCUDERO, E., «Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos», *La Ley*, núm. 7847, 2012.

51. En general, sobre la necesidad de coherencia entre la reforma del sistema español de conflicto de leyes y la revisión de la conexión vecindad civil, *vid.* ZABALO ESCUDERO, E., «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Milenium DIPr*, núm. 3, 2016.

52. *Vid.* DIAGO DIAGO, P., «La nueva regulación ...», *cit.* Téngase también en cuenta que es necesario revisar los Derechos territoriales para adaptarlos al CDPD, siguiendo los principios que informan la Ley 8/2021, de 2 de junio sobre esta cuestión, *vid.* MAYOR DEL HOYO, M. V., «La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales», *La Ley*, núm. 9859, 2021.

53. *Ibidem.*

internas<sup>54</sup>. Lamentablemente, la reforma del legislador en materia de vecindad civil se limita a la revisión del ejercicio del derecho de opción por una concreta vecindad civil por parte de las personas con discapacidad extranjeras, sin adentrarse en la (necesaria) revisión del régimen aplicable a los conflictos de leyes internos.

**CUATRO. EL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 20 SE REDACTA DEL SIGUIENTE MODO:**

«2. *La declaración de opción se formulará:*

a) *Por el representante legal del optante menor de catorce años. En caso de discrepancia entre los representantes legales del menor de catorce años sobre la tramitación de la declaración de opción, se tramitará el expediente de jurisdicción voluntaria previsto al efecto.*

b) *Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años.*

c) *Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.*

d) *Por el interesado con discapacidad con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise.*

e) *Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieran impedido ejercitarla con anterioridad».*

54. Cfr. Enmienda 91 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Nacionalista (<https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/enmiendas/index.html?id1=621&id2=000019&legis=14&codGrupo=807&codClase=e>). Paralelamente, considerando que la referencia de artículo 9.6 CC a la ley española para adoptar medidas de protección provisionales respecto de las personas con discapacidad «es vacua dada la pluralidad normativa del ordenamiento español en materia civil», se proponía que en el artículo 16 CC se estableciera expresamente que «la referencia a la ley española, a la ley del foro, a la propia ley o a la ley de la autoridad competente se entenderá hecha a la ley española del territorio en el que tenga la sede la autoridad competente, salvo que haya otra ley española más estrechamente vinculada, en cuyo caso será de aplicación esta última». Sobre la necesidad de tener en cuenta esta dimensión interna del DIPr, recordando que todas las leyes que coexisten en nuestro país son españolas, *vid.* ZABALO ESCUDERO, E., «Los conflictos de leyes internos: una perspectiva actual del panorama interregional español», CORNAGO-PRIETO, N., CASTRO MONTERO, J. L. y MOURE PEÑÍN, L. (Eds.), *Repensar la Unión Europea. Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 341-346. En el mismo sentido *vid.* FONT I SEGURA, A., «Comentario a la STS Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 588/2009, de 14 de septiembre», *REDI*, LXI, núm. 2, 2009, p. 531.

## COMENTARIO

CARMEN VAQUERO LÓPEZ

**SUMARIO.**—I. INTRODUCCIÓN. II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. III. EL EJERCICIO DEL DERECHO SUBJETIVO DE OPCIÓN POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. VALORACIÓN DE LA REFORMA. 1. *El alcance del reconocimiento del derecho de opción para las personas con discapacidad psíquica.* 2. *Problemas de adaptación entre nacionalidad y conflictos de leyes.*

### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 20 CC regula una de las formas de adquisición no automática de la nacionalidad española, la opción, que consiste fundamentalmente en la declaración, por parte de la persona interesada, de su voluntad de adquirir la nacionalidad española, siempre que exista una especial vinculación del optante con el territorio español y concurren los requisitos establecidos en la ley<sup>55</sup>.

En el apartado 2 de este precepto se determinan las personas que pueden formular la declaración de opción y los plazos para el ejercicio de este derecho subjetivo. La reforma de este precepto está directamente vinculada con el artículo 18 CDPD, que recoge expresamente el derecho de las personas con discapacidad a una nacionalidad en condiciones de igualdad con las demás, y viene determinada por el reconocimiento en el artículo 12 CDPD de plena capacidad jurídica y de obrar a todas las personas afectadas por una discapacidad física o psíquica. Sobre esta base, en el nuevo precepto del CC se suprime toda referencia a la falta de capacidad del sujeto y se permite expresamente que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho de opción por la nacionalidad española, por sí mismas o con las medidas de apoyo necesarias<sup>56</sup>.

Las nuevas soluciones deberán a su vez interpretarse partiendo del principio de *favor nationalitatis*, en un intento de evitar la nada deseable situación de apatridia de quienes padecen una discapacidad física o psíquica, de manera que cada persona disfrute de una nacionalidad determinada, que la identifique como miembro del Estado respecto del que ostenta derechos y tiene

55. Vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (Dir.), *Nacionalidad y extranjería*, 3.ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 42-44. Sobre el papel de la voluntad de la persona en la adquisición de la nacionalidad española, vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Ser o no ser español: esa es la cuestión: criterios de interpretación, e integración, en materia de nacionalidad y extranjería», *ADC*, LXX, 2017, pp. 197-200.

56. Sobre la posibilidad de ejercer el derecho de opción por medio de representante o con la intervención de curador, peses al carácter personal e intransferible de las facultades relacionadas con la nacionalidad, vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «La reforma del Derecho español de la nacionalidad», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 1983, p. 151.

obligaciones<sup>57</sup>, en la que se le reconozca la plena participación política y se le permita identificarse con la cultura, el idioma, la tradición y las singularidades de un país<sup>58</sup>. Por otra parte, la adquisición de la nacionalidad española por parte de las personas con discapacidad puede favorecer su inserción en el mercado laboral español y ayudar a corregir la doble discriminación que, en general, sufren estas personas en este ámbito, por su condición de persona extranjera y por su discapacidad<sup>59</sup>.

Desde otro punto de vista, la adquisición de la nacionalidad española tiene como consecuencia el reconocimiento de la condición de ciudadano europeo y de los derechos vinculados a la ciudadanía de la UE<sup>60</sup>, en cuyo seno se ha superado la visión reduccionista de la discapacidad, antes circunscrita a políticas sectoriales en materia de accesibilidad, empleo y sanidad, y se han adoptado políticas de protección que ratifican el planteamiento de la discapacidad desde el enfoque de los derechos fundamentales<sup>61</sup>, tal y como se lleva a cabo por el legislador español con la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Finalmente, desde el punto de vista del Derecho privado, la nacionalidad afecta particularmente al estado civil de la persona, que influye en su capacidad para realizar actos válidos y eficaces por sí mismo o con los apoyos necesarios. Siendo que la capacidad del sujeto se determina por la conexión nacionalidad por mor de lo dispuesto en el artículo 9.1 CC, y puesto que en el Derecho español se desarrolla el principio de plena capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad, interesa especialmente que se facilite el acceso a la condición de ciudadano español a todas las personas especialmente vulnerables por razón de su discapacidad.

57. Defiende la configuración de la nacionalidad como un derecho fundamental, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la Dirección General de Registros y del Notariado, sobre nacionalidad española», *ADC*, vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1301-1303.

58. *Vid.* MILANS DEL BOSCH PORTOLES, I.: «La adquisición de la nacionalidad española por los incapacitados (Reflexiones en torno a un vacío legal)», *RGD*, núm. 552, 1990, pp. 6353-6374.

59. *Vid.* HEREDIA SÁNCHEZ, L., «Barreras legales al acceso del inmigrante con discapacidad al mercado laboral en España. Para cuándo su eliminación», MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. y MIRANDA ERRO, J. (Dirs.), *Avanzando en la inclusión, balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 381-398.

60. *Vid.* MOLINA DEL POZO, C. F., «Ciudadanía, principios democráticos y regulación de los derechos fundamentales en la Unión Europea», PÉREZ VERA, E. (Dir.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 465-476.

61. *Vid.* MORETÓN SANZ, M. F., «Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad», *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 247-272. En particular, sobre el Derecho de la UE como sistema generador de normas aplicables en materia de discapacidad, *vid.* DE LORENZO GARCÍA, R. y LOYA DEL RÍO, M., «Concepto y sistema de fuentes», DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, C. (Dirs.), *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 217-219.



## II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

En materia de nacionalidad, por ser ésta de orden público, prima la voluntad imperativa del legislador; ahora bien, una vez fijado por éste los parámetros en que aquélla queda regulada, también se atiende, para determinados casos, a la voluntad manifiesta de cada persona, según ésta considere que la condición de nacional español es, o no, un beneficio para ella.

El ejercicio de esta forma de autonomía de la voluntad en el ámbito de la nacionalidad está condicionado por lo dispuesto en el artículo 12 CDPD, en cuya virtud se reconoce plena capacidad jurídica y de obrar a las personas con discapacidad. En nuestro sistema de Derecho civil, este reconocimiento de la autonomía de la voluntad subyace a los mecanismos adquisitivos derivativos, o no originarios, de la nacionalidad, tales como la opción, la residencia, o la carta de naturaleza, que no operan por efecto inmediato o automático de la ley (como los del art. 17 CC), sino por solicitud o por declaración de la voluntad de la persona<sup>62</sup>.

Desde otro punto de vista es necesario tener en cuenta que, aunque el Derecho de la nacionalidad se diseña discrecionalmente por cada Estado, el legislador estatal está condicionado, en su configuración, por la incidencia de la normativa convencional. En este sentido, debe considerarse el mandato impuesto por el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que consagra el derecho de toda persona a la nacionalidad, y los condicionantes derivados de lo establecido por el artículo 18 de la CDPD<sup>63</sup>, que expresamente se refiere a la necesidad de que los Estados parte reconozcan el derecho de las personas con discapacidad a una nacionalidad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre esta base, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 14 CE, no podrá establecerse discriminación alguna por causa de una determinada condición o circunstancia personal en la adquisición de la nacionalidad española<sup>64</sup>.

---

62. Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Ser o no ser español: esa es la cuestión. Criterios de interpretación, e integración, en materia de nacionalidad y extranjería», *ADC*, LXX, 2017, p. 197.

63. Vid. SAN JOSÉ GIL, A., «El primer Tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *REEI*, núm. 13, 2007, p. 17. También sobre el alcance del derecho a una nacionalidad, que no admite suspensión bajo ninguna circunstancia, *vid.* PASTOR PALOMAR, N., «Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *REEI*, núm. 37, 2019, p. 23.

64. STS 9.10.2015 (RJ 2015, 4543). En este sentido se ha señalado que el mandato del artículo 12 CDPD no se agota en afirmar que la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad son el principio rector de la toma de decisiones, sino que es también un «mandato de no discriminación que exige a los Estados ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás»; *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protec-

En este contexto se enmarca la reforma del artículo 20.2 CC, con la que se pretende favorecer el ejercicio del derecho de opción por la nacionalidad española a las personas especialmente vulnerables por su situación de discapacidad física o psíquica, en condiciones de igualdad con las demás personas.

### III. EL EJERCICIO DEL DERECHO SUBJETIVO DE OPCIÓN POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La nueva redacción del apartado 2 del artículo 20 CC modifica las condiciones que deben concurrir en las personas que pueden optar a la adquisición de la nacionalidad española. La principal novedad introducida por la reforma se resume en la supresión de toda referencia a la incapacidad del sujeto o a una eventual sentencia de incapacitación que impida el ejercicio de su derecho de opción por falta de capacidad. La adecuación a los principios de la CDPD, y en particular a su artículo 12, obliga también a sustituir el término incapaz por el de persona con discapacidad, a la que se reconoce plena capacidad jurídica, sin perjuicio de que pueda contar con los medios de apoyo necesarios para su ejercicio.

En particular, la reforma del artículo 20.2 CC se concreta en una nueva redacción de los apartados a), b) y d) y en la introducción de un nuevo apartado e) en el que se establece un plazo de caducidad de la declaración de opción por el propio interesado, de dos años, que deberán contarse a partir de la recuperación de la plena autonomía de la persona con discapacidad cuando se hubieren extinguido las medidas de apoyo, debiendo entender que el precepto se refiere a las medidas judicialmente adoptadas<sup>65</sup>.

En el nuevo supuesto de hecho de la letra a) del artículo 20.2 CC se suprime la referencia a los incapacitados y se alude, exclusivamente, a los menores de 14 años. Se elimina también el requisito de autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal, que debía otorgarse en interés del menor, cuando la opción fuera ejercitada por su representante legal, conforme a la redacción anterior del precepto<sup>66</sup>; en estos supuestos, las eventuales discrepancias entre los repre-

---

ción previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018», DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M. V. (Dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 362-363.

65. Vid. CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., «Avances civiles en derechos humanos y libertades fundamentales para las personas con discapacidad», *RGLJ*, núm. 3, 2020, p. 385.

66. Sobre la autorización previa del encargado del Registro Civil exigida conforme a la redacción anterior del artículo 20.1 CC y sobre las normas aplicables a la actuación del representante legal en este ámbito, *vid.* PEÑA BERNALDO, M., *Com. CC Edersa*, pp. 284 y 286. Tam-

sentantes legales del menor deberán resolverse conforme al correspondiente procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Se suprime también la mención a los incapacitados de la letra b), ahora únicamente referida a los mayores de 14 años que ejerzan su derecho de opción por la nacionalidad española a través de representante legal. Finalmente, se da nueva redacción a la letra d) reconociendo el ejercicio del derecho de opción a las personas con discapacidad, que podrán actuar por sí mismas o con los medios de apoyo que en su caso precisen.

#### IV. VALORACIÓN DE LA REFORMA

##### 1. EL ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

La maximización en el ejercicio de los derechos fundamentales, unido a la evolución de la perspectiva proteccionista de las personas con alguna discapacidad, se corresponde con la idea de que no puede privarse a estas personas de ningún derecho fundamental o libertad pública. En el nuevo sistema introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que se construye sobre una concepción progresiva y garantista de la discapacidad, se presume la universalidad del derecho (fundamental) a la nacionalidad a través de un reconocimiento expreso del derecho de opción a todas las personas con discapacidad.

Ciertamente, la reforma del artículo 20.2 CC resuelve el problema de la titularidad del derecho de opción por la nacionalidad española para las personas que padecen una discapacidad física o psíquica, pero será necesario concretar la fórmula para garantizar el adecuado ejercicio del mismo, particularmente controvertido cuando se trata de personas que se encuentren en la tesitura de no poder ejercer su derecho de opción de manera consciente, libre y voluntaria<sup>67</sup>.

En la doctrina española se ha discutido que cuando una persona carece de la necesaria capacidad natural de querer y entender para formar su voluntad y prestar su consentimiento, pueda ejercitar por sí sola sus derechos, ni siquiera con el apoyo o asistencia de persona alguna. Ciertamente, cuando se trata de

---

bien sobre esta cuestión, *vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nacionalidad española. Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 65.

67. Referido al derecho de sufragio reconocido a las personas con discapacidad por la LO 2/2018, de 5 de diciembre para la modificación de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE núm. 294 de 6.12.2018), *vid.* ANGUITA SUSI, A., «Realidad y perspectiva del derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, pp. 431-432. Para el autor «(l)a vertiente objetiva de los derechos fundamentales y su efectivo ejercicio irradian un efecto institucional y social que trasciende las circunstancias personales de los sujetos afectados y el ejercicio individualizado de las facultades inherentes».

derechos personalísimos que no puede ejercitar más que su titular (o excepcionalmente su representante legal)<sup>68</sup>, como es el caso del derecho de opción por la nacionalidad española, cualquiera que sea el modelo, médico o social, que se siga o las instituciones o mecanismos de asistencia o apoyo que se arbitren, debe entenderse que si la persona con discapacidad no puede formar ni expresar su voluntad de manera personal y libre, en modo alguno podrá ejercitar este derecho de opción, en el que esa capacidad mínima es imprescindible<sup>69</sup>.

Desde este punto de vista, junto a este precepto, que se refiere a la titularidad del derecho de opción, será necesario concretar la fórmula para garantizar el adecuado ejercicio del mismo<sup>70</sup>. Es preciso desarrollar la previsión legal referida al ejercicio del derecho de opción con los medios de apoyo necesarios, particularmente cuando se trate de personas con discapacidad intelectual o deterioro cognitivo severo, en los que existe un mayor riesgo de que la voluntad de la persona pueda verse comprometida o incluso suplantada<sup>71</sup>. No puede dejarse en manos de la autoridad registral la determinación de los apoyos necesarios para el ejercicio de este derecho: es necesario proporcionar instrumentos y criterios que permitan garantizar que el derecho de opción por la nacionalidad española se ejerce de forma consciente, libre y voluntariamente y ello con independencia de cuál sea la ley reguladora de las medidas de protección de las personas con discapacidad. En todo caso, debe lamentarse, como hemos comentado a propósito del nuevo artículo 15.1 CC, la omisión de toda referencia a la voluntad y los deseos de la persona con discapacidad como límite de la representación legal para el ejercicio de un derecho personalísimo.

## 2. PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN ENTRE NACIONALIDAD Y CONFLICTOS DE LEYES

La finalidad perseguida con la reforma puede también verse comprometida en la práctica, en aquellos supuestos afectados por un elemento extran-

68. Vid. PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Com. CC Edersa*, T. I, vol. 3.º, p. 276.

69. En este mismo sentido, referido al derecho de sufragio de las personas con discapacidad, vid. GÓMEZ-RIESGO TABERNERO DE PAZ, J., «La privación del ejercicio del derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 262-263. También sobre esta cuestión, vid. CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 42-43 y 66.

70. Vid. SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «Cuestiones no resueltas sobre el derecho de voto de las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Político*, núm. 109, 2020, p. 64.

71. Una solución a la que ya se adelantaron los magistrados de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que formularon un voto particular en contra de la decisión de la Sala de denegar la nacionalidad española a extranjero con discapacidad psíquica; vid. VARELA AUTRÁN, B., «Denegación de la nacionalidad española a un ciudadano ecuatoriano que sufre una discapacidad intelectual del 67% por padecer un trastorno esquizoide de la personalidad», *La Ley*, núm. 1174, 2014.

jero, pues mientras la capacidad de la persona con discapacidad para ejercer este derecho viene determinada por la ley de su nacionalidad, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 9.1 CC<sup>72</sup>, los apoyos necesarios para el ejercicio de esa capacidad se someten a la ley de su residencia habitual *ex* artículo 9.6 CC<sup>73</sup>. De este modo podríamos encontrarnos ante el supuesto de un extranjero residente en España afectado por una discapacidad física o psíquica que desee optar por la nacionalidad española, pero a quien su ley nacional no reconozca plena capacidad de obrar, a pesar de que los artículos 248 y siguientes CC, aplicables por mandato de lo establecido en el artículo 9.6 CC, permitan adoptar las medidas de apoyo necesarias para que esa persona pueda ejercer este derecho si reside en nuestro país.

Un problema similar se había planteado ya en nuestro ordenamiento jurídico con motivo de la reforma del CC por la Ley 51/1982 de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 a 26<sup>74</sup>. La nueva configuración del ámbito de los beneficiarios del derecho de opción puso de manifiesto las controvertidas relaciones estructurales entre dos sectores del DIPR., la nacionalidad y el conflicto de leyes. De esta cuestión conoció la DGRN que, en su Instrucción de 16 de mayo de 1983 sobre nacionalidad española, señalaba que, por tratarse de un derecho concedido por la ley española con base en unos presupuestos de hecho establecidos por esta misma legislación, es exclusivamente a éstos a los que hay que atenerse para no romper la armonía de la previsión legislativa<sup>75</sup>. Sin embargo, la doctrina internacional privatista rechazó esta solución material, que ignoraba el Derecho extranjero aplicable a la capacidad para el ejercicio del derecho de opción por mandato de lo dispuesto en el artículo 9.1 CC<sup>76</sup>.

Con el fin de evitar esta disfunción, sin duda la solución más razonable habría sido la de revisar la norma de conflicto de leyes que se contiene en el artículo 9.1 CC, y sustituir la conexión nacionalidad por la de residencia habitual en materia de estatuto personal, una conexión sobre la que se define la situación administrativa de la persona con discapacidad y que también es la aplicable a los mecanismos de protección de estas personas especialmente vulnerables *ex* artículo 9.6 CC.

---

72. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., DURÁN AYAGO, A. y CARRILLO CARRILLO, B., *Curso de nacionalidad y extranjería*, 2.ª Ed., Colex, Madrid, 2008, p. 96. También sobre esta cuestión, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Com. CC Edersa*, t. I, vol. 3.º, p. 287.

73. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 9 apartado 6 CC», PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Comares, Granada, 2000, p. 169.

74. BOE núm. 181 de 30.7.1982.

75. BOE núm. 120 de 20.5.1983.

76. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Anotaciones a la Instrucción...», *cit.*, pp. 1308-1309.

**CINCO. SE MODIFICAN LAS LETRAS C) Y D) DEL ARTÍCULO 21.3 CON EL SIGUIENTE TEXTO:**

«c) *El representante legal del menor de catorce años. En caso de discrepancia entre los representantes legales sobre la solicitud de nacionalidad por residencia, se tramitará el expediente de jurisdicción voluntaria previsto al efecto.*

d) *El interesado con discapacidad con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso, precise».*

**COMENTARIO**

**CARMEN VAQUERO LÓPEZ**

**SUMARIO.**—I. INTRODUCCIÓN. II. LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON INTERVENCIÓN DEL INTERESADO CON DISCAPACIDAD. 1. *Adquisición por carta de naturaleza.* 2. *Adquisición por residencia.* III. ALCANCE DE LA REFORMA. IV. VALORACIÓN CRÍTICA.

**I. INTRODUCCIÓN**

El artículo 21 CC regula la adquisición de la nacionalidad española mediante carta de naturaleza o por residencia en España. En ambos casos se requiere, además de la concesión por parte de la autoridad competente de la posibilidad de adquirir la nacionalidad española, la declaración del interesado, en el plazo previsto por la ley, manifestando su voluntad de adquirir dicha nacionalidad.

Es precisamente este segundo requisito el que se ve afectado por el apartado cinco del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que modifica los apartados c) y d) del artículo 21.3 CC, respectivamente referidos a las declaraciones de los menores de catorce años y a las realizadas por las personas con discapacidad.

**II. LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD CON INTERVENCIÓN DEL INTERESADO CON DISCAPACIDAD**

**1. ADQUISICIÓN POR CARTA DE NATURALEZA**

El artículo 21 CC incorpora en el ordenamiento jurídico español la posibilidad discrecional y soberana con que cuenta el Estado (Consejo de Ministros) de poder atribuir la nacionalidad española, mediante Real Decreto, a determinadas personas en atención a sus circunstancias excepcionales. Se trata, señala la doctrina, de una «discrecionalidad vinculada», pues la auto-

ridad es libre para denegar su concesión y puede ser posteriormente objeto de control judicial<sup>77</sup>.

El Gobierno español ha determinado, en distintos momentos, de forma explícita, cuáles son esas circunstancias excepcionales que permiten a una persona la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza. Algunas de estas circunstancias pueden favorecer especialmente a las personas afectadas por una discapacidad física o psíquica, como por ejemplo el haber sido víctima de los atentados de Madrid en marzo de 2004<sup>78</sup>: tanto la magnitud de damnificados por al atentado cometido, como la variedad de nacionalidades de las personas que perdieron a sus seres queridos o vieron disminuidas, temporal o definitivamente, sus facultades físicas o psíquicas, justificaba la calificación de estas circunstancias como excepcionales a los efectos de adquirir la nacionalidad española por carta de naturaleza. Sobre esta misma base, nuestra doctrina civilista ha planteado la posibilidad de conceder la nacionalidad española por naturaleza a los extranjeros víctimas de la COVID-19 que hayan sufrido una discapacidad en nuestro país como consecuencia de la pandemia<sup>79</sup>. Desde este punto de vista, aunque un importante sector de la doctrina privatista española ha cuestionado la legalidad e incluso la constitucionalidad de las naturalizaciones colectivas y de la carta de naturaleza en general<sup>80</sup>, la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza podría concebirse como una forma de integración excepcional de las personas con discapacidad en nuestra sociedad, favoreciendo el reconocimiento de su plena capacidad jurídica y de obrar al amparo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

## 2. ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA

El artículo 21.3 CC es igualmente aplicable a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, que exige también una declaración de voluntad de la persona ante el Encargado del Registro Civil, sin la cual no se adquiere

77. Vid. FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., (Dir.), *Nacionalidad y extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 45.

78. Cfr. Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, sobre concesión de la nacionalidad española a las víctimas de los atentados terroristas de 11 de marzo de 2008 (BOE núm. 70 de 22.3.2004). Sobre la bondad de esta forma de adquisición de la nacionalidad española, vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Nacionalidad por carta de naturaleza: un ejemplo de equidad», *ADC*, vol. 2010, pp. 1219-1244.

79. En este sentido, vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «¿Nacionalidad para las víctimas extranjeras del COVID-19?», *La Ley*, núm. 4781, 2020.

80. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, 1987, pp. 181-184; PANTALEÓN PRIETO, A. F. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: Ley 51/1982, de 13 de julio de 1982, y Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 76, 83, 84 y 91; y SANTOS ARNAU, L. y VILÀ COSTA, B., «Comentario a la Ley 51/1982 de 13 de julio de modificación de los arts. 17 de 26 del Código Civil en materia de nacionalidad», *RJC*, vol. 82, núm. 4, 1983, pp. 863-864.

la nacionalidad de nuestro país, con independencia del tiempo que el sujeto haya residido en España.

La persona con discapacidad que reside en territorio español no tiene un derecho subjetivo a adquirir la nacionalidad española por residencia, que solo se adquiere cuando concurren los requisitos legales del artículo 22 CC<sup>81</sup>. No obstante, la denegación por el Ministerio de Justicia de la petición del interesado es susceptible de revisión por nuestros tribunales.

### III. ALCANCE DE LA REFORMA

El nuevo apartado c) del artículo 21.3 CC, de forma paralela a la nueva redacción del artículo 20.2 a) CC, introduce una referencia a la eventual discrepancia entre los representantes legales del menor de catorce años que solicita la nacionalidad española por residencia, señalando que estas diferencias deberán tramitarse a través del expediente de jurisdicción voluntaria previsto al efecto. Hemos de entender que tal expediente es el regulado en el capítulo III *bis* LJV, como también hemos de suponer que queda suprimido el último párrafo del artículo 21.3 CC, referido al requisito de autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante menor de catorce años, que debía otorgarse previo dictamen del Ministerio Fiscal conforme a la redacción anterior del precepto, que se mantuvo durante la fase de tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, de 3 de junio.

También de forma paralela a la nueva regulación del ejercicio del derecho de opción por la nacionalidad española, en el apartado d) del artículo 21.3 CC se suprimen los términos «incapacitado» y «sentencia de incapacitación», reconociendo a la persona con discapacidad plena capacidad jurídica para emitir su declaración de voluntad en orden a la adquisición de la nacionalidad española con los apoyos y ajustes de procedimiento que, en su caso precise.

### IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA

Una vez más, nuestro legislador prescinde de un control sobre el ejercicio de un derecho por parte del representante legal del interesado que se ejercía en interés superior del menor, un principio que informa nuestro ordenamiento jurídico<sup>82</sup>, y que se corresponde con el de (mejor) interés de

81. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 12.12.2007 (RJ 2008, 359) y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 27.12.2006 (RJ 2006, 9863).

82. Ampliamente, *vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «El interés superior del menor: derecho fundamental y/o principio rector del Derecho internacional privado», VELASCO RETA-MOSA, J. M. (Dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 13-51.



la persona con discapacidad, al que tampoco se refiere en ningún momento la reforma<sup>83</sup>. Es verdad que esta falta de consideración del interés superior o mejor interés de la persona con discapacidad se corresponde con la ausencia de una referencia expresa a este interés en las disposiciones de la CDPD y en la Observación General del Comité de Naciones Unidas de 2014 sobre el artículo 12 de la Convención<sup>84</sup>, en la que este concepto jurídico indeterminado se sustituye por el de «la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias» de la persona. Sin embargo, no es menos cierto que una referencia al interés de la persona con discapacidad se condice mejor con la normativa convencional y europea para la protección de adultos, y se compadece con las reformas introducidas en nuestro propio sistema de Derecho internacional privado en el año 2015.

Por otra parte, el hecho de no exigir ningún control en el ejercicio de la representación legal de la persona con discapacidad puede plantear un problema de adaptación o ajuste entre la ley aplicable a la capacidad y la ley reguladora de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad semejante al que suscita el ejercicio del derecho de opción por la nacionalidad española conforme al nuevo artículo 20.2 CC<sup>85</sup>. Efectivamente, el legislador español reconoce a la persona con discapacidad la posibilidad de solicitar la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza con los medios de apoyo que necesite, suprimiendo toda referencia a la eventual condición de incapacitado del solicitante y a la sentencia de incapacitación en la que, en su caso, se debía contemplar la limitación de la capacidad del interesado para formular la solicitud de la nacionalidad española por carta de naturaleza. Sin embargo, nuestro legislador parece olvidar que los medios de apoyo, incluido el régimen de la representación legal de la persona con discapacidad, se determinan conforme a la ley de su residencia habitual por mandato de lo dispuesto en el artículo 9.6 CC, mientras que la capacidad del sujeto depende de lo dispuesto en la ley nacional de la persona, por mor de lo establecido en el artículo 9.1 CC, que puede no reconocer a dicha persona plena capacidad jurídica para emitir por sí sola la declaración de voluntad exigida por el artículo 21 CC.

En todo caso, es necesario que nuestro legislador garantice que la declaración de voluntad del sujeto en orden a la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza o por residencia se lleva a cabo por el repre-

---

83. Muy crítico con esta falta de referencia al interés de la persona con discapacidad, CUADRADO PÉREZ, C., «Modernas perspectivas...», cit., pp. 42-43 y 66. En el mismo sentido *vid.* DIAGO DIAGO, P., «La nueva regulación...», cit.

84. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observación-I-Art%C3%A1culo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

85. Con carácter general, sobre este problema de aplicación de las normas de conflicto de leyes, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Coordinación de ordenamientos...», cit., pp. 9-44.

sentante legal de la persona con discapacidad en el marco del respeto de su voluntad y sus preferencias de la persona, adoptando las salvaguardas adecuadas, de las que ahora mismo carece la legislación española, para evitar que haya conflicto de intereses o influencia indebida por quien representa legalmente a la persona con discapacidad en el ejercicio de este derecho personalísimo<sup>86</sup>.

**SEIS. LA LETRA C) DEL ARTÍCULO 22.2 SE REDACTA DEL SIGUIENTE MODO:**

*«c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, curatela con facultades de representación plena, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud».*

**COMENTARIO**

**CARMEN VAQUERO LÓPEZ**

**SUMARIO.**—I. INTRODUCCIÓN; LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA. II. LA REDUCCIÓN DEL PLAZO DE RESIDENCIA EN ESPAÑA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SUJETAS A CURATELA. III. VALORACIÓN DE LA REFORMA.

**I. INTRODUCCIÓN**

El artículo 22 CC establece los requisitos que deben concurrir para que un extranjero adquiera la nacionalidad española por residencia. Esta forma de adquisición de la nacionalidad española requiere la residencia legal y continuada del interesado en España durante un cierto tiempo, el reconocimiento por el Ministerio de Justicia de la posibilidad de adquirir la nacionalidad de nuestro país y la declaración de voluntad del sujeto en este sentido<sup>87</sup>.

El fundamento de este mecanismo de adquisición de la nacionalidad española se halla tanto en la integración del sujeto en nuestro país con motivo de su residencia continuada, que acredita una fuerte vinculación y arraigo con el territorio español<sup>88</sup>, como en su propia voluntad de ser español, que habrá

86. Vid. BARRANCO, M. C., CUENCA, P. y RAMIRO, M. A., «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad», *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, núm. 5, 2012, pp. 67-69.

87. Vid. Instrucción DGRN de 26.6.2007 (JUR 2007, 236317).

88. En todos los casos el interesado debe acreditar que presenta un suficiente grado de integración en la sociedad española (*cf.* art. 22.4 CC), en cuya valoración deberá hacerse

de ser respetada por quien ejerza, en su caso, su representación legal (*cf.* art. 21.3 CC)<sup>89</sup>.

En el apartado 2 del artículo 22 CC se determinan los plazos de residencia legal, continuada y efectiva en España requeridos al extranjero para que pueda adquirir la nacionalidad española cuando concurren las circunstancias anteriormente descritas. La reforma operada por la Ley 8/2021, de 3 de junio, únicamente afecta a la letra c) de dicho precepto, por el que se exceptiona el plazo general de diez años de residencia y se prevé una reducción de ese plazo a tan solo un año para determinados extranjeros especialmente vinculados con España, debiendo acreditarse por el interesado la concurrencia de ese especial vínculo con nuestro país.

## II. LA REDUCCIÓN DEL PLAZO DE RESIDENCIA EN ESPAÑA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SUJETAS A CURATELA

En su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 8/2021, de 3 de junio, el apartado c) del artículo 22.2 CC limitaba el plazo de residencia en nuestro país a un año para las personas que hubieran estado sujetas legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuaren en esta situación en el momento de la solicitud<sup>90</sup>. El precepto cubría todo tipo de formas legales establecidas en el ordenamiento jurídico español para la protección de menores e incapaces, que podían obtener la nacionalidad española acreditando su residencia legal y continuada en nuestro país durante al menos un año.

Con la nueva redacción del precepto, el legislador español continúa la labor iniciada con la reforma del CC operada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, en materia de nacionalidad<sup>91</sup>. En aquel momento se incremen-

---

tenerse en cuenta la situación de discapacidad de la persona. Analiza esta cuestión VARELA AUTRÁN, B., «Denegación de la nacionalidad española a un ciudadano ecuatoriano que sufre una discapacidad intelectual del 67% por padecer un trastorno esquizoide de la personalidad. Comentario a la SAN de 12 de noviembre de 2013», *La Ley*, núm. 1174, 2014.

89. *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., DURÁN AYAGO, A. y CARRILLO CARRILLO, B., *Curso de nacionalidad y extranjería*, 2.<sup>a</sup> Ed., Colex, Madrid, 2008, p. 102. Téngase en cuenta que el ejercicio del derecho de opción es personalísimo y que, en consecuencia, se excluye el ejercicio de la representación voluntaria para realizar esta declaración en beneficio de la persona con discapacidad; en general, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 9 apartado 6 CC», PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Comares, Granada, 2000, p. 450.

90. Ampliamente, sobre la adquisición de la nacionalidad por residencia en España y los plazos exigidos por el artículo 22 CC, *vid.* MOYA ESCUDERO, M. y RUBIO CASTRO, A., «Nacionalidad y ciudadanía una relación a debate», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, pp. 136-145.

91. BOE núm. 302 de 18.12.1990.

taron los grupos de personas que pueden beneficiarse de una reducción del plazo general de residencia en nuestro país (10 años), incorporando al texto del artículo 22.2 c) CC dos nuevos grupos de personas que pueden beneficiarse de un plazo de residencia reducido de un año. Uno de estos grupos de personas se refería a los «extranjeros que hayan estado sujetos a tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud». Con esta excepción se hacía posible que quienes forman parte de un mismo núcleo familiar, ostenten la misma nacionalidad<sup>92</sup>, lo que en el actual sistema español de DIPr. supone la aplicación de la misma ley para las cuestiones atinentes al estatuto personal<sup>93</sup>.

La nueva configuración de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en la Ley ... justifica una reforma del artículo 22.2 c) CC que contenga una referencia expresa a las personas sujetas a curatela con facultades de representación plena, de acuerdo con las nuevas soluciones de los artículos 268 a 270 CC). De este modo, la curatela sirve de título de adquisición de la nacionalidad en virtud de un tiempo de residencia de un solo año; dicho en otros términos, el nuevo precepto favorece que las personas con discapacidad que residen en España ostenten la misma nacionalidad que su curador, quien deberá ejercer su función de representación legal teniendo en cuenta la voluntad y los intereses de dichas personas (*cf.* art. 282 CC), pues, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.6 CC, estas medidas deben determinarse conforme a lo dispuesto en la ley de la residencia habitual de la persona con discapacidad.

### III. VALORACIÓN DE LA REFORMA

La nueva redacción del artículo 22.2 c) CC se corresponde con la revisión del sistema de protección de las personas con discapacidad operada por los artículos 249 y siguientes CC que atribuyen un papel fundamental al curador.

Sin embargo, el legislador no ha tenido en cuenta que los extranjeros sujetos a tutela, curatela, guarda o acogimiento que desean adquirir la nacionalidad española se encuentran en una «posición de perjuicio», que tiene su origen en la reforma introducida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre. Efectivamente, en su redacción dada por la Ley 51/1982, de 13 de julio<sup>94</sup>,

92. Vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Nacionalidad y extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 48. También sobre este reflejo, atenuado, del principio de unidad jurídica de la familia, vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 9 apartado 6 CC», PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Comares, Granada, 2000, p. 457.

93. Vid. DIEZ-PICAZO, L., «El principio de unidad jurídica de la familia y la nacionalidad», *ADC*, vol. 36, núm. 3, 1983, p. 693.

94. BOE núm. 181 de 30.7.1982.

el artículo 19 CC permitía que los extranjeros sujetos a la patria potestad o a la tutela de un español pudieran optar por la nacionalidad española; sin embargo, con la reforma de 1990 estas personas vieron mermados sus derechos desde el momento en que el ámbito de destinatarios de la opción se redujo en el artículo 20 CC a las «personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español»<sup>95</sup>. Esta situación no ha sido corregida por la Ley 8/2021, de 3 de junio, pese al nuevo tenor literal del artículo 22.2 c) CC, provocando una diferencia de trato entre las personas con discapacidad que, de nuevo, compromete el alcance de la reforma<sup>96</sup>.

### **SIETE. SE MODIFICA EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 81, QUE QUEDA REDACTADO ASÍ:**

*«Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:»*

### **OCHO. EL ARTÍCULO 82 QUEDA REDACTADO CON EL SIGUIENTE TENOR:**

*«1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.*

*Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario. Igualmente, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Admi-*

95. Vid. ABARCA JUNCO, P., «La reforma del derecho de la nacionalidad», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 1992, p. 75, y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nacionalidad española. Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 91. Sobre el alcance de esta reforma, vid. REGLERO CAMPOS, L. F., «La adquisición de la nacionalidad española por residencia en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12, 1991, p. 328

96. Nuestro legislador tampoco consideró necesaria esta revisión con su anterior reforma en materia de nacionalidad por Ley 36/2002, 8 de octubre (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002). Sobre el alcance de esta reforma, vid. SAGARRA TRÍAS, E., «Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código Civil (Ley 36/2002, de 8 de octubre BOE 9 de octubre de 2002, n.º 242)», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2003, pp. 63-82.

nistración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos en la situación a la que se refiere el artículo anterior».

## COMENTARIO

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

**SUMARIO.**—I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. 1. *Divorcio judicial y notarial.* 2. *La regla general de la mayor edad: el igual reconocimiento ante la ley del art. 12 CNY.* 3. *Los cambios introducidos en la norma: la sensibilidad del legislador.* II. IDENTIFICACIÓN DEL SUPUESTO PREVISTO EN LA NORMA: CURATELA CON FACULTAD DE REPRESENTACIÓN Y GUARDA DE HECHO.

### I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Para determinar la incidencia de la reforma en las normas reguladores de la nulidad, separación, divorcio y poder hacer así una valoración ponderada de su acierto, deben tenerse muy claros los fundamentos de cada una de las normas retocadas: cauces para la obtención de la separación y el divorcio (art. 81 y 82), derecho de comunicación y estancia (art. 94) y vivienda familiar (art. 96) así como el fundamento de los nuevos aspectos regulados en la materia (art. 91 CC). Pues bien, en este caso, es conveniente tener una idea clara, por una parte, del sistema introducido en 2015 en los artículos 81 y 82 del CC y, por otra, de los principios rectores de la CNY en una materia en la que se combinan los artículos 12 y 23 del citado texto internacional, porque, a mi juicio, la previsión introducida en estos preceptos responde a la obligación que la CNY impone al Estado parte de procurar apoyos a la persona que los precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica; se trata, pues, de una cuestión de apoyos y en ese contexto deben ser resueltas las dudas interpretativas que suscita el precepto.

#### 1. SEPARACIÓN Y DIVORCIO NOTARIAL Y SEPARACIÓN Y DIVORCIO JUDICIAL

Tras la Reforma de 2015, el régimen de la separación y el divorcio mantiene sus grandes líneas, un régimen de mutuo acuerdo y un régimen contencioso, pero introduce una auténtica novedad cual es dar entrada al Notario (art. 54 LN) y al hoy Letrado de la Administración de Justicia (art. 777 LEC) para decretar la separación o el divorcio en los casos de mutuo acuerdo en los que no hay hijos menores de edad no emancipados *o con la capacidad modificada judicialmente que dependen de sus padres*; si hay hijos mayores de edad o