

Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado*

Resumen

La cooperación de autoridades y la ley aplicable a la protección de personas mayores, plantea complejos problemas que han merecido especial atención de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, la cual ha adoptado el Convenio de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos. Este tema exige también una especial atención desde el Derecho Internacional Privado autónomo. Así reclama un tratamiento particular a través de un precepto cuyo supuesto de hecho, permita acoger los supuestos de protección de mayores no incapaces. Aquel debería de partir de la asociación *forum-ius* y en casos de urgencia introducir la *lex fori*. Por otro lado, debería lograrse la unidad de la ley aplicable a la determinación de la incapacidad y su correspondiente institución de protección. Además, se hace innecesaria la actual referencia al incapaz abandonado. Se trata en definitiva, de buscar soluciones que hagan operativa la protección internacional de personas mayores.

Key words: adults, protection of adults, legal capacity, legal incapacity, law applicable, co-operation of authorities, International private law.

I. Introducción y justificación del tema

La protección de personas mayores no es un tema nuevo en Derecho Internacional Privado ⁽¹⁾, el interés social del mismo ha propiciado su análisis, si bien desde postulados diferentes a los actuales, pues es en este momento, cuando se plantea la necesidad su reformulación. Son muchos los factores que contribuyen a ello, pero es sin duda, la nueva estructura social formada por un importante contingente de personas mayores, la que aboca a un estudio actualizado del tema.

El espectacular aumento de la esperanza de vida, junto con los avances en la investigación médica y el descenso de la natalidad, han contribuido a que la conformación de la sociedad cambie. En la actualidad, existe un número elevado de personas mayores que se prevé, aumentará inexorablemente en el futuro. Estas personas alcanzan edades muy avanzadas y ello va aparejado frecuentemente, a la aparición de signos de senilidad que en ocasiones, perturban su capacidad. Por otro lado, la medicina ha logrado mantener con vida a personas que víctimas de traumatismos, no pueden manifestar su voluntad. Todo ello lleva al planteamiento de múltiples problemas con una dimensión nueva, a los que debe añadirse los derivados de la existencia de enfermedades o deficiencias, de carácter físico o síquico que pueden impedir a la persona gobernarse por sí misma.

Las situaciones descritas, no afectan exclusivamente a personas ancianas. Es obvio, que la capacidad de las personas no se ve afectada por el mero hecho de cumplir años, aunque sea un factor importante en el desarrollo de determinadas enfermedades, que inciden en la disminución de las facultades mentales. Serán estas las que provocan una merma de la capacidad y no la edad avanzada. No obstante, parece claro que este sector de población es más vulnerable al padecimiento de tales enfermedades.

Todas estas situaciones presentan una nota común: la necesidad de protección, que se concreta en dos ámbitos diferentes: la protección de las personas y de sus bienes. Así pues, tanto las personas de edad avanzada, como aquellas que por diversos motivos sufren una disminución de su capacidad ⁽²⁾, deben ser objeto de especial protección, pues la situación en la que se encuentran así lo requiere. Precisamente, la terminología empleada en esta materia: protección de adultos, protección de personas mayores, responde a la delimitación de los sujetos, esto es, personas mayores de edad que sufren una alteración o disminución de sus facultades, ya se trate de personas ancianas o de jóvenes.

La preocupación que los diferentes ordenamientos jurídicos manifiestan hacia este tema, cristaliza en la adopción de diferentes medidas de protección, de tipología muy variada y que en ocasiones son desconocidas en el Derecho español. Este es un factor que contribuye a aumentar la dificultad del tema, desde la perspectiva internacional privatista.

Al fenómeno descrito se debe añadir, la creciente internacionalización de las relaciones y la facilidad y frecuencia con que las personas cambian su residencia a otros Estados. De todos es conocido, el hecho de que un gran número de extranjeros de diversas nacionalidades, deciden establecer su residencia en España, al llegar la edad de su jubilación. Además, la dispersión frecuente de bienes muebles e inmuebles en diferentes países, otorga al tema un interés que reclama la atención directa de esta disciplina.

En efecto, cuando las personas mayores por diferentes motivos, ven disminuida sus capacidades o simplemente devienen incapaces para regir sus bienes y su vida, necesitan como ya se ha señalado, de medidas de protección; pero la intervención cada vez más frecuente de diferentes elementos de internacionalidad, sobremanera la residencia en Estado diferente del de su nacionalidad, la posesión de bienes inmuebles en Estados terceros... elevan la complejidad de esta cuestión.

La apreciación o no de la existencia de limitaciones de la capacidad, deberá hacerse conforme a una ley, así como se deberá de determinar la institución de protección del incapaz y las concretas medidas que se deberán tomar. Junto a ello se plantean problemas en otra dimensión diferente. Se trata de la competencia judicial. En este tema la declaración judicial juega un papel primordial, pues es exigida en el proceso de incapacitación, además los Juzgados y Tribunales serán competentes respecto de las medidas de protección de las personas y los bienes, ahora bien ¿qué tribunal será competente para ello, el de la nacionalidad del presunto incapaz o a caso el de su residencia o incluso el tribunal del lugar en que se hallare en ese momento?. Se suscitan también, problemas sobre el reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras.

A la problemática descrita, se añade todas las repercusiones que la cuestión puede hacer derivar, hacia terceros de buena fe que, ignorantes de la existencia de alguna limitación de la capacidad, contratan o negocian con aquellos. Cuestión que enlaza con el tema de las anotaciones registrales y su posible eficacia en otros Estados.

Por último debe señalarse que en la actualidad, es frecuente la intervención cada vez mayor de autoridades públicas en esta materia, hasta el punto en que se puede hablar de un proceso de publicación de la protección de incapaces ⁽³⁾. El protagonismo creciente de las autoridades administrativas y judiciales, y la estrecha relación entre el Derecho público y el Derecho Privado, hace que nos encontremos ante una de las llamadas zonas grises del derecho ⁽⁴⁾. La utilización del método conflictual en este ámbito, va a verse complicada con la presencia de normas imperativas del foro de carácter público.

La dificultad que el tema presenta desde la perspectiva internacional privatista, junto al interés intrínseco del mismo, ha dado lugar a que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, elaborara un Convenio. Su título es *la protección internacional de adultos* y su objetivo fundamental, asegurar en las situaciones de carácter internacional, la protección de adultos que por una alteración o insuficiencia de sus facultades, no pueden proteger sus intereses ⁽⁶⁾.

La segunda parte de este trabajo, se dedica al análisis de las respuestas que el Derecho Internacional Privado español ofrece, con inclusión de las establecidas en otros sistemas jurídicos, así como las del Convenio. La primera parte, trata de acercarse a las reformas legislativas de derecho material, que la protección de incapaces ha provocado; estas distancian tanto los sistemas arbitrados en los diferentes ordenamientos jurídicos que, como se verá, generan graves dificultades para nuestra disciplina.

II. Análisis de las soluciones de Derecho comparado

1. Planteamiento general

Los fenómenos demográficos descritos y el constante envejecimiento de la población, hace que si en 1998 había 66 millones de personas que superan los 80 años, en el 2050 puedan llegar a ser 370 millones, de los cuales más de dos millones serían centenarios ⁽⁶⁾. Este hecho lleva aparejado el aumento de enfermedades, que conllevan una alteración de la memoria o de la conciencia, como ocurre en el caso de la demencia senil o mal de alzheimer. Junto a ello, debe apuntarse otro fenómeno, el aumento del número de adultos afectados por alguna toxicomanía, que afecta la capacidad de estas personas.

Si bien es cierto que este tipo de problemas ha existido en todas las épocas, también lo es el que el alarmante aumento de personas afectadas, imprime una nota de urgencia en la adopción de medidas, que tengan como finalidad su protección. Desde antiguo, los diferentes ordenamientos jurídicos arbitraban métodos de protección, que han ido variando en función de las costumbres e ideología del momento.

Hasta la actualidad y por lo que se refiere al Derecho material español, es el aspecto asistencial el que colma el contenido de las diferentes iniciativas legislativas. El artículo 50 de la Constitución, es el marco en el que se desarrollan, pues aquel garantiza una suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad y establece el compromiso de promover *un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*. Así por ejemplo, la ley andaluza de atención y protección a las personas mayores, *plantea una actuación integral para atender al bienestar de las personas mayores, como mejora de su calidad de vida* ⁽⁶⁾.

El protagonismo de la mencionada vertiente asistencial, tiene su explicación en la realidad de la vejez en España. Todavía no se ha logrado la suficiencia económica deseable de este sector de la población y por ello las medidas articuladas se encuadran en aquel ámbito ⁽⁶⁾. Ahora bien, la preocupación por los mayores va más allá y así, existen iniciativas doctrinales de alcance más general. Destaca en este punto la propuesta de GARCIA CANTERO, de configurar la senectud como un estatus de la persona, o la propuesta del mismo autor de elaboración de una Declaración Universal de los derechos de las personas mayores ⁽⁹⁾, lo que debe de ponerse en relación con la ya existente, Carta francesa de derechos y libertades de las personas mayores dependientes ⁽¹⁰⁾.

No es, no obstante aquel enfoque, el seguido en las reformas legislativas acaecidas en otros Estados y que aquí interesan. En realidad, lo que impulsa tales reformas es la necesidad de arbitrar una protección jurídica eficaz y adecuada a las situaciones que reclaman tal protección, esto es, se trata de proteger a aquellas personas que no pueden velar por sus intereses, al sufrir una disminución de sus capacidades y para ello, se crean nuevas modalidades de protección.

Como ya se ha señalado, una de las dificultades más importantes del tema, es la diferente regulación material que la protección de mayores, merece en los distintos ordenamientos jurídicos. Precisamente la flexibilización, introducida en las últimas reformas legislativas, de las estructuras tradicionales de cobertura de protección de adultos, encuadra la adopción de medidas particulares, que distancian definitivamente las soluciones ofrecidas por los diferentes ordenamientos. Es por ello, que resulta necesario un análisis de tales medidas.

2. Tendencia a la flexibilización de las estructuras tradicionales de protección de personas mayores

a) La no dependencia de las medidas de protección de la previa incapacitación

Las mencionadas reformas legislativas, introducen una modernización de las estructuras tradicionales de protección, a través de dos clases de medidas. Por un lado, no se va a hacer depender la protección del mayor, de la previa declaración de incapacitación y por otro lado, la autonomía de la voluntad va a penetrar, configurándose legalmente la posibilidad de autorregulación, en previsión de una futura merma de la capacidad del interesado.

La motivación general de la primera suerte de medidas, se encuentra en la constatación de que el sistema anterior, no daba respuesta eficaz a la problemática que trataba de resolver. La incapacitación era utilizada en muy pocas ocasiones, no sólo por los rigurosos efectos que producía en el incapacitado, sino porque socialmente era considerada como humillante e incluso infame ⁽¹¹⁾.

Así pues, sistemas como el francés o el alemán tratan de buscar soluciones y para ello introducen regímenes de protección nuevos, en concreto la salvaguardia de justicia y el *Betreuung* Alemán. Todo ello se enmarca en una corriente de sensibilización social por el tema, que impulsa la reforma. Cuestiones como la utilización de una terminología adecuada son cuidadas y trata de evitarse cualquier denominación discriminatoria, así se crea en Quebec un Comité sobre la clasificación internacional de deficiencias ⁽¹²⁾. No obstante, lo que merece nuestra atención, es la configuración de las nuevas medidas, que presentan como característica común, la de no exigir la previa incapacitación del afectado.

La ley francesa de 3 de enero de 1968 ⁽¹³⁾, introduce un régimen de protección original, sin parangón en la legislación anterior ni en otros sistemas extranjeros del momento. Uno de sus elementos caracterizadores es que la persona a proteger no tiene necesidad de ser asistida, como ocurre en la curatela, ni representada como ocurre en la tutela. En realidad, el mayor sometido a salvaguardia de justicia, conserva el ejercicio de sus derechos, y por tanto, no es un incapaz y puede realizar actos jurídicos válidamente. Lo que ocurre, es que necesita ser protegido en los actos de la vida civil ⁽¹⁴⁾.

Este será el caso de personas que sufren enfermedades mentales poco importantes o aquellas que sufren alteraciones limitadas o periódicas de sus facultades mentales, por los efectos de la edad ⁽¹⁵⁾. También estaría llamada a cubrir situaciones de crisis pasajeras, como ocurre en casos de comas post-traumáticos ocasionados por accidentes de circulación.

El mecanismo se activa bien por iniciativa médica, en este supuesto será el médico el que tenga que hacer una declaración, en la que constate que la persona reúne las condiciones para ser sometida a la salvaguarda, o la decisión es adoptada por el *juge des tutelles*. Se trata de dar una respuesta rápida, a casos en los que procede la tutela o la curatela, evitando que la persona se encuentre sin protección, durante la duración de tales procedimientos.

La ley organiza la protección de dos maneras diferentes: a posteriori mediante la reducción o rescisión de los actos considerados lesivos o excesivos y a priori en el caso en que la administración de bienes del mayor, se acometa a través de una tercera persona. En el primer supuesto, se trata de restablecer el equilibrio alterado por ciertos actos jurídicos ⁽¹⁶⁾. Así, en el caso en que se haya producido una lesión cuando por ejemplo, el precio de un bien o de un servicio fijado en un contrato, es superior al valor venal, corresponderá la rescisión, de forma que todo devendrá igual que si el contrato no se hubiera celebrado. En cambio, cuando se han asumido compromisos considerados excesivos, bien por desproporcionados o inútiles a las necesidades o recursos de la persona, corresponderá la reducción esto es, una disminución de tales compromisos, a un nivel que pueda ser asumidos por el patrimonio del incapaz. En ocasiones la reducción será total, produciéndose entonces, los mismos efectos de una anulación.

Se prevé también, que la persona sometida a salvaguarda, puede nombrar a un mandatario para la administración de sus bienes, en cuyo caso se establecen ciertas medidas de control. En ausencia de esta previsión, se recurre a la *gestion d'affaires* y aún existe la posibilidad de que el juez designe un mandatario especial. En todos estos casos, la protección se aleja de la tutela o curatela ⁽¹⁷⁾.

Según los modelos de establecimiento de la salvaguarda de justicia, se establecen unos plazos de duración, que en todo caso cesaran por cuatro motivos (491-6): nueva declaración que atestigüe que la anterior situación ha cesado, prescripción de la declaración médica, supresión de la declaración o apertura de tutela o curatela, a partir del día en que produce efectos el nuevo régimen de protección. La práctica demuestra, que esta medida se convierte con frecuencia, en un régimen duradero de protección elemental, para aquellas personas que viven situaciones que no exigen otras medidas más complejas ⁽¹⁸⁾.

Por lo que respecta a la legislación alemana sobre protección de personas mayores, es muy significativa la reforma que en los últimos años y en dos ocasiones ha experimentado ⁽¹⁹⁾. La medida protagonista de aquella, es la creación del llamado *Betreuung* o asistencia.

El objetivo fundamental que persigue la nueva regulación, es el máximo respeto al ámbito de libre determinación del asistido, es por ello que el nombramiento del asistente no afecta a la capacidad de libre actuación del asistido, lo que justifica que la actuación de aquel no se condicione a la previa incapacitación de este ⁽²⁰⁾. Ahora bien, en casos excepcionales se prevé la reserva de asentimiento o conformidad, en la medida en que sea necesario para evitar un peligro grave para la persona o para el patrimonio del asistido. En estos supuestos el Tribunal de Tutela, establece la necesidad del asentimiento previo del asistente, para una declaración de voluntad relativa al ámbito de funciones de aquel (1903 BGB).

El ámbito de actuación de la asistencia, queda específicamente circunscrito a la asistencia jurídica, no incluyéndose por tanto, el cuidado material de la persona, que no obstante podrá ser realizado por el asistente, pero no pertenecerá a la estricta extensión de la asistencia jurídica ⁽²¹⁾. Se debe indicar que esta delimitación, es introducida por la Ley de modificación del Derecho de asistencia,

Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado*
M^a del Pilar Diago Diago

que entró en vigor el uno de enero de mil novecientos noventa y nueve. En realidad, el motivo que anima esta medida, es tratar de reducir los costes que supone el pago de los asistentes profesionales y que había aumentado mucho a raíz a de la reforma de la Ley de 1990 ⁽²²⁾.

Existen dos grupos de causas que dan lugar de la asistencia (1896 BGB): la enfermedad psíquica o deficiencia mental o del espíritu y la deficiencia corporal, bien entendido que estas circunstancias impiden a la persona cuidar de sus asuntos total o parcialmente. El afectado puede instar al Tribunal de Tutela, el nombramiento del asistente o bien este puede realizarse de oficio. Aquel deberá cuidar de los asuntos como corresponde al bienestar del asistido (1901 BGB), además de convertirse en su representante legal (1902 BGB).

La extinción de la asistencia, se produce cuando cesan los motivos que la ocasionaron (1908 d) y el propio asistido puede solicitar la revisión, aun en el supuesto en el que fuera incapaz. La asistencia pueda también cesar, a petición del afectado si este fue el que la promovió. Es interesante señalar además, que en el periodo en el que la asistencia esta activa, se va a producir un control judicial sobre su desarrollo, así como sobre la actividad del propio asistente ⁽²³⁾.

Es también, el derecho al respeto y a la autonomía de la persona protegida, uno de los principios que animan la reforma de la protección del mayor no apto, acaecida en la legislación de Quebec ⁽²⁴⁾. El Código Civil prevé tres regímenes diferentes de protección de mayores, que se corresponden a las diferentes situaciones de debilidad o incapacitación mental, que pueden afectar a una persona ⁽²⁵⁾.

El que aquí interesa se denomina le *Conseil au majeur* ⁽²⁶⁾ y esta dirigido a aquellas personas que si bien, son general y habitualmente aptas, esto es, capaces sin embargo, para ciertos actos o de forma puramente temporal, tienen necesidad de consejo o asistencia en la gestión de su patrimonio. Puede tratarse por tanto, de personas con una ligera debilitación de sus aptitudes, debido a la avanzada edad o bien por determinadas enfermedades temporales.

De nuevo, destaca en esta regulación el que mayor protegido, sea en principio capaz y por tanto, el consejero no tendrá la administración de sus bienes (como ocurriría en la tutela o la curatela), pero si intervendrá en los actos en los que debe de prestar su asistencia. Si el Tribunal no da ninguna indicación acerca de estos actos, se entenderá que el mayor deberá ser asistido, en todos los actos que excedan la capacidad del menor emancipado (art. 292 y 293).

Precisamente, una consecuencia derivada del mantenimiento de la capacidad del mayor protegido, es que los actos celebrados por este, cuando era necesaria la intervención del consejero, no podrán ser anulados o las obligaciones reducidas, más que en el supuesto que se derive una lesión o perjuicio para el mayor (art. 294). Este régimen de protección cesa con la muerte del mayor, por efecto de un *jugement de mainlevée* o por expiración del plazo para responder al informe que atestigua la cesación de la inaptitud (art. 295).

B) Penetración de la autonomía de la voluntad: la autotutela

La segunda tendencia flexibilizadora de la estructura tradicional de protección de adultos, esta protagonizada, como se ha indicado anteriormente por la penetración de la autonomía de la voluntad. En efecto, diferentes ordenamientos, han introducido la posibilidad de que sean los propios sujetos, los que organicen su protección, en previsión de una situación futura en el que esta puede hacerse necesaria. No se trata sin embargo, de algo nuevo para el sistema anglosajón, en el que el *trust* permitía tal previsión, que se ha ampliado con las figuras de *los durable, enduring or continuing powers of attorney* ⁽²⁷⁾.

La legislación de Quebec es un ejemplo de esta tendencia. Es posible que una persona mayor constituya un mandato, en previsión de su inaptitud, sobre el cuidado de él mismo o la administración de sus bienes ⁽²⁸⁾. Así, se establecen unas reglas particulares que regulan este especial mandato ⁽²⁹⁾.

Se exige, como no podía ser de otra forma, que el mandante tenga capacidad para poder contratar y por ello, se prevé el cumplimiento de ciertas formalidades: deberá de realizarse en acta notarial o ante testigos. La finalidad no es otra, que asegurar que en el momento en el que se da el mandato, el mandante tenía capacidad, era apto. Esto es importante, si se piensa que cuando el mandato tenga efectos, aquel que lo otorgó, no estará en condiciones de confirmar nada.

Se prevé además, dos situaciones que podrían complicar las tareas del mandatario. El mandato puede tener un contenido muy variado y quizás, alguna de sus disposiciones sea dudosa o difícil de interpretar, ello podría ocasionar que se revocará el mandato y se abriera un régimen de protección. Para evitar esto, se establece que el mandatario haga una interpretación acorde a las reglas relativas a la tutela del mayor (art. 2168).

Puede ocurrir también, que el mandato no permita asegurar plenamente los cuidados o la administración de los bienes del mandante. En este caso, se podrá establecer un régimen de protección que lo complemente, si bien el mandato parcial deberá ser ejecutado. Puede observarse, como todas estas disposiciones tratan de respetar al máximo, la voluntad de la persona manifestada en el mandato.

En el momento en que el Tribunal constata, que el mandante ha recuperado sus aptitudes, el mandato deja de producir efectos. Pero ello, no conlleva la revocación automática del mandato, puesto que el mandante puede hacer que se mantenga, para el supuesto en que pudiera volver a perder sus capacidades. Por lo demás, el fin del mandato se produce por las causas de extinción común de las obligaciones: revocación del mandato, renuncia del mandatario, muerte de uno u otro...(art. 2175).

La modificación que en Derecho alemán ha protagonizado este tema, presta especial atención a la figura del apoderado. Se considera importante que las personas de determinada edad, otorguen un poder para el caso en que se produzca un deterioro de sus facultades, que conlleve una posible incapacidad (*vorsorgevollmacht*). Ello haría en principio, innecesaria la constitución de la asistencia, lo que repercutiría en la reducción de los costes que este régimen ocasiona al Estado.

El sistema alemán permite la configuración de este poder de previsión, en cuanto que aquel no se extingue por sobrevenir una incapacidad de obrar y esta tampoco es causa de la extinción del contrato de mandato ⁽³⁰⁾. No obstante, esta solución plantea muchos problemas, como es la no

exigencia de forma especial para su eficacia, lo que podría ocasionar ciertos abusos de los apoderados para con sus poderdantes. Para evitar esto, se ha previsto el nombramiento de un Asistente que deberá de controlar al apoderado ⁽³¹⁾.

Por otra parte, el mayor puede proponer la elección de un determinado asistente, y manifestar sus deseos sobre el funcionamiento de la asistencia, antes de que esta se constituya (1897-1901BGB). La persona que estuviera en posesión de un documento en el que se expresarán los deseos de otra, en el sentido mencionado, lo deberá de remitir al Tribunal en cuanto tenga conocimiento del inicio de un proceso de asistencia (1901BGB). Deberá respetarse su voluntad, siempre que sea posible esto es, cuando no sea contraria a sus propios intereses ⁽³²⁾.

La posibilidad de arbitrar mandatos de las características citadas, no es acogida sin embargo, por otros ordenamiento jurídicos. El principal problema que impide la celebración de estos mandatos, es que la incapacidad del mandante supone la extinción del mandato, así que no podrá hacerse efectivo, en las circunstancias para las que precisamente, se crea.

Esto es lo que ocurre en el Derecho francés. El artículo 2003 de su Código Civil, señala como causa que pone fin al mandato, la tutela de mayores. La referencia específica a ella, parece no dejar duda sobre la falta de validez del mandato, en el supuesto de que la persona necesite tal protección y por tanto, se impide que tenga efecto la voluntad del mismo, en caso de una posible futura tutela ⁽³³⁾. El motivo de esta medida esta en que la apertura de la tutela, trae causa de la incapacidad ⁽³⁴⁾ de la persona protegida, que a partir de ese momento, deberá de ser representada en los actos de la vida civil, y aquella pone fin al mandato.

Ahora bien, en el supuesto de la salvaguardia de justicia, como la persona conserva el ejercicio de sus derechos, es normal que pueda designar a un mandatario o incluso, en el caso en que lo haya designado antes de ser objeto de la salvaguardia, el mandato recibirá normal ejecución. Por otro lado, el juez puede revocar el mandato, siempre en interés de la protección de esta persona ⁽³⁵⁾.

Por lo que se refiere al sistema suizo, se planta una polémica parecida. El Código de obligaciones establece que "*le mandat finit par la mort, l'incapacité ou la faillite soit du mandant, soit du mandataire, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire*". A falta de previsión, la interdicción, que supone la pérdida del ejercicio de los derechos civiles, y la institución del consejo legal suizo ⁽³⁶⁾, que supone la privación parcial de aquellos, llevarán a poner fin al mandato. No obstante, la segunda parte del precepto, parece abrir una puerta a la representación directa, en el caso de los llamados testamentos vitales ⁽³⁷⁾.

Respecto a nuestro sistema jurídico, parece que un mandato que surtiera efectos en el supuesto de incapacidad futura del mandante, no sería posible; la reforma introducida por la Ley de protección jurídica del menor ⁽³⁸⁾, produjo la inclusión de una nueva causa de extinción del mandato ⁽³⁹⁾, en concreto, la incapacidad del mandante o del mandatario. Así pues, cabe reformular la cuestión que se planteaba anteriormente, ¿producirá efectos un mandato que trata de organizar la protección del mandante, para el caso en que este devenga incapaz? Si atendemos a esta disposición habrá que entender que no, pues el mandato se acaba con la incapacidad del mandante.

Una vez que se produce la incapacitación de una persona y se instaura un sistema de protección como la tutela o la curatela, se nombrará también a una persona que gestione los asuntos del incapaz y que será el tutor. Parece ser que el deseo de que su gestión no se vea interferida por otra persona (mandatario), explicaría la extinción del mandato. No obstante, ¿existirá otra vía que permita esta autorregulación?

Lo cierto es que la autotutela como tal no está regulada en el Código Civil, sin embargo si que los padres pueden organizar la tutela de hijos menores o incapacitados. En concreto el artículo 223 establece que *los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados*. Si esto es posible para los padres parece que también, debería de serlo para la misma persona de cara a una futura incapacitación.

Esta idea estuvo presente en la tramitación parlamentaria y la Enmienda 50 ⁽⁴⁰⁾ proponía precisamente, añadir un segundo párrafo con el siguiente contenido "Cualquier persona, en documento público notarial, podrá adoptar, respecto de sí misma, las medidas prevenidas en el párrafo anterior". No obstante, fue rechazada pues se consideró que sería difícil determinar la validez de una disposición de estas características, teniendo en cuenta la dificultad misma de concretar las secuencias de generación de la enfermedad. Por otro lado, se aludió a la no existencia de una auténtica necesidad social que justificará su regulación ⁽⁴¹⁾, (ciertamente se obvio, cualquier acercamiento a sistemas que recogen esta posibilidad y al análisis de las necesidades sociales que en ellos aconsejaron su inclusión, que por lo demás no debían ser muy diferentes a las nuestras).

Sin embargo, la misma articulación de la tutela, da esperanzas sobre la aceptación de esta posibilidad. Una persona podrá en documento público prever su tutela. Ello no significará que en caso de incapacitación, se den plenos efectos a lo que en su día estableció, pero si que tal previsión podría ser tenida en cuenta por el juez y este podría designar como tutor a la persona deseada por vía del art. 234 y 235 ⁽⁴²⁾. Se respetaría así, la libertad de la persona al hacer cumplir su voluntad.

El Código de familia catalán si que regula la autotutela. En concreto establece con la denominación de delaciones hechas por uno mismo ⁽⁴³⁾, la posibilidad de que cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, pueda nombrar a aquellos que desea que ejerzan algún cargo tutelar, a sustitutos, incluso puede excluir a determinadas personas; además, de poder establecer la regulación de su funcionamiento (contenido, remuneración...). De esta forma, se da una regulación específica, que ejemplifica la segunda tendencia flexibilizadora, protagonizada por la consagración de la autonomía de la voluntad, en la regulación de futuras situaciones de incapacidad, que podrían dar lugar a un proceso de incapacitación. Algo que como se ha visto, no se regula en el Código Civil ⁽⁴⁴⁾.

III. Soluciones de Derecho Internacional privado

1. Independencia o no de la cuestión de protección de mayores respecto al régimen de protección de menores

Una de las primeras cuestiones que debe de abordarse, es el tratamiento que debe recibir la protección de mayores, puesto que de ello dependerá la configuración de las soluciones ofrecidas, por los distintos sistemas de Derecho Internacional Privado. La cuestión se concreta, en si procede o no un tratamiento separado del otorgado a la protección de menores. Así, puede señalarse la existencia de dos posturas separadas; frente a los que sostienen que la protección de mayores no

requiere de soluciones específicas y preconizan por tanto, la extensión de las soluciones dadas a la protección de menores, se encuentran quienes consideran que presenta unas características, que le hace merecedora de un tratamiento autónomo.

La primera postura es adoptada por la legislación suiza ⁽⁴⁵⁾, que establece la aplicación analógica a las personas mayores, del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 ⁽⁴⁶⁾, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable a la protección de menores. En esta línea y en el marco de la creación del Convenio de La Haya de protección de adultos, la delegación suiza, propuso examinar la posible extensión del mecanismo del Convenio de menores, a esta problemática ⁽⁴⁷⁾. No obstante, el método de extensión adoptado, no deja de plantear problemas, apuntados por la propia doctrina suiza.

Cuando se trate de medidas de protección tomadas en Suiza, se requerirá la colaboración de autoridades de otros Estados contratantes para su reconocimiento, pero aquellas autoridades no tendrán la obligación de reconocer tales medidas, que siguen la aplicación analógica del Convenio. Por otro lado, Suiza se vería obligada a aceptar unilateralmente, el reconocimiento de medidas tomadas en los Estados extranjeros (de origen o de la residencia habitual), en las condiciones previstas en el Convenio, lo que podría plantear problema en este ámbito ⁽⁴⁸⁾.

La segunda posición es la que finalmente adopta la Conferencia de La Haya, dando por resultado la elaboración de un Convenio específico de protección de adultos. En él se acogen soluciones concretas, algunas de las que como se verá, difieren de las acogidas en los Convenios dedicados a menores.

Es preciso reconocer que la protección de menores y mayores, presenta numerosos puntos de contacto, sin embargo hay una cuestión que confiere a la segunda un carácter especial. En esta, la protección de bienes ocupa un lugar primordial y sin duda más relevante que en la protección de menores, a ello debe añadirse complicaciones que derivan del propio estado civil del mayor casado, así como la propia duración de la protección.

En efecto, son varias las notas que distancias estos dos tipos de protecciones ⁽⁴⁸⁾. En principio, puede señalarse que la protección de mayores puede ser más larga que la de menores y por supuesto más imprevisible. La gestión y administración de los bienes será distinta, pues las situaciones también lo son, no es lo mismo el caso de un adolescente, que el de un joven enfermo mental, que el de una persona muy mayor, sin contar que la protección debe adecuarse a la forma de vida del mayor. Por otro lado, el que el mayor protegido este casado, introduce una dimensión nueva al problema. Puede ocurrir que los dos cónyuges merezcan protección o que el capaz sea encargado de la protección de su pareja, o bien puede encomendarse esa función a un tercero, pudiendo plantearse en ese caso conflictos con el cónyuge capaz. A ello se añade la propia articulación del régimen de protección y la posible perturbación, que aquel puede ocasionar en el régimen matrimonial ⁽⁵⁰⁾.

Estas peculiaridades justificarían un tratamiento separado, en la reglamentación internacional privatista. Pese a ello, la tendencia de los diferentes ordenamientos jurídicos, es la de dar una respuesta unitaria al tema de los incapaces y su protección, no articulando un régimen específico para la protección de mayores necesitados de aquella. Es lo que ocurre en el sistema español con el artículo 9.6 del Código Civil (en adelante CC), único dedicado a esta problemática. Por ello, es frecuente que los diferentes análisis doctrinales partan de un tratamiento conjunto.

2. Competencia judicial internacional

Esta materia se regula específicamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), y queda excluida expresamente, del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, relativo a la competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil ⁽⁵¹⁾. Este opera tal exclusión a través del artículo 1º párrafo 2, haciendo especial referencia al estado y capacidad de las personas físicas ⁽⁵²⁾.

Dentro del ámbito de la persona, la LOPJ configura un foro especial, según el cual los Tribunales españoles serán competentes *en materia de incapacitación y medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, cuando estos tuvieran su residencia habitual en España* (art. 22.3). Además, esta misma norma incorpora una solución diferente, para el supuesto que *se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento, respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban de cumplirse en España*, estableciendo en estos casos la competencia de los Tribunales españoles al margen de la residencia (art. 22.5).

La atribución de la competencia a los Juzgados y Tribunales españoles a través de la residencia habitual, tiene su explicación directa en el principio de proximidad. No cabe duda de que los Tribunales más cercanos a la persona que necesita de protección, son los del lugar donde tiene su centro de vida, por ello resulta adecuado que estos tomen las medidas necesarias para su protección. Este también, es el criterio elegido en el Convenio sobre protección internacional de adultos (art.5).

Esta explicación sirve igualmente, para justificar que estos mismos Tribunales sean competentes en materia de incapacitación. Esto da idea de lo cercanas que son estas materias, si bien debe señalarse que la instauración de medidas de protección, no requerirá siempre una previa incapacitación de la persona, en especial en las instituciones recogidas en otros ordenamientos y que se han estudiado en la primera parte de este trabajo.

Ahora bien, en este tema se va a producir una disociación entre ley aplicable y competencia judicial. Como se verá en el apartado correspondiente, el artículo 9.6 establece la aplicación de la ley nacional a las instituciones de protección del incapaz, por tanto, si se trata de una persona de nacionalidad extranjera, que reside en España y respecto de la cual debe establecerse una protección, el juego conjunto del art. 22.3 LOPJ y 9.6 CC, hará que los Tribunales españoles competentes, apliquen una ley extranjera. Al margen de los problemas que esto puede ocasionar y que se examinarán más tarde, se derivan otras dificultades para el propio órgano judicial.

En primer lugar, el tener que aplicar una ley extranjera que a veces puede ser difícil de conocer. Pero además, esta ley puede imponer al Tribunal un comportamiento que exceda sus propios poderes. Las diferencias que esta materia presenta en su regulación por los sistemas jurídicos, bien puede llevar a que se plantee esta cuestión. Así por ejemplo, el juez no desempeñará la función de tutor, pero la ley extranjera aplicable puede prever que sea así. Esta disposición no podrá ser aplicada, con lo que se planteará que hacer en esta situación. La práctica jurídica francesa determina que en estos casos, debe producirse una sustitución de la ley extranjera por la ley del foro y si la actividad que debería desempeñar el juez, podría ser acometida por otro órgano tutelar, bastaría una simple transferencia de competencias del juez a ese órgano, para resolver la cuestión ⁽⁵³⁾.

La utilización del criterio de la residencia habitual puede llevar también, al planteamiento de eventuales conflictos móviles. La persona respecto de la cual se adoptaban determinadas medidas de protección, puede decidir cambiar su residencia o puede ocurrir que sea trasladada a otro lugar. En estos supuestos lo que se produce es un cambio en los hechos que constituyen los foros de competencia judicial internacional, lo cual se integraría en la llamada *perpetuatio iurisdictionis*.⁽⁵⁴⁾

Desde este planteamiento, cabría aceptar que a partir de un momento determinado, la competencia de los Tribunales debería extenderse en el tiempo hasta que finalice el procedimiento. No obstante, las especiales características de los actos de jurisdicción voluntaria pueden aconsejar la corrección de aquel principio⁽⁵⁵⁾. El Convenio de La Haya prevé una solución idónea para esta situación.

Determina que en caso de cambio de la residencia habitual del adulto, serán competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual (art. 5.2); sin embargo asegura también una cierta permanencia y continuidad, por otro lado necesaria, de la protección de adultos. Así el artículo 12 permite que las medidas tomadas antes del cambio de residencia queden en vigor *même lorsqu'un changement des circonstances a fait disparaître l'élément sur lequel était fondée la compétence, tant que les autorités compétentes en vertu de la Convention ne les ont pas modifiées, remplacées ou levées*⁽⁵⁶⁾.

El precepto de la LOPJ incluye no sólo las medidas de protección de la persona, sino también de los bienes del incapaz, con tal de que este resida habitualmente en España. Esta disposición puede llegar a plantear algunos problemas. Por un lado, se hace una mención expresa al "incapaz". Con independencia de la falta de adaptación a las nuevas tendencias legislativas, que se caracterizan en este punto, por no utilizar este término (El Convenio de La Haya opta por definir las características de las personas a las que va dirigido), no resulta adecuada tal especificación. En efecto, si los bienes tienen que pertenecer a un incapaz, ¿qué pasará respecto de bienes de personas que necesitan protección, pero que no son incapaces? ¿Será aplicable la misma regla para determinar la competencia de los tribunales españoles?. Se puede observar como la norma no esta preparada para dar respuesta a los conflictos que pueden surgir, del contacto con ordenamientos que han acogido figuras de protección, que no exigen previa incapacitación. Una formulación más abierta del precepto, evitaría este problema.

Si los bienes del incapaz residente en España se encuentran en nuestro territorio, no parece que deba existir ninguna dificultad en la atribución de la competencia a los Tribunales españoles. Pero bien podría ocurrir, que aquella persona tuviera bienes en otros países. Ello podría llevar a que también, los tribunales del lugar de situación de los bienes fueran competentes sobre aquellos, e incluso pudieran tomar medidas de protección que serían diferentes a las tomadas por los nuestros. En este caso sería necesario que las medidas de protección fueran compatibles, a salvo del eventual reconocimiento y ejecución de decisiones.

Lo cierto es que la adopción de foro del lugar de situación de los bienes, puede ser muy interesante a efectos de garantizar la efectividad de tales medidas. Pero de incluirse, debería hacerse con alcance limitado. El convenio da entrada a aquel y así, establece que las autoridades del Estado contratante en el cual se encuentran los bienes del adulto, son competentes para tomar las medidas de protección respecto a los bienes, pero tales medidas deben ser compatibles con las adoptadas por las autoridades competentes en virtud de lo establecido en el Convenio (art. 9). Con ello se trata de evitar toda incoherencia entre las medidas de protección tomadas por autoridades locales y las tomadas por autoridades que tienen una competencia general para organizar la protección.⁽⁵⁷⁾

El foro del lugar de situación es introducido en nuestro sistema, pero cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento ⁽⁵⁸⁾; bastará con que las personas o los bienes se hallen en territorio español y deban cumplirse en España, para que sean competentes los Tribunales españoles. La premura de estas medidas viene a justificar sobradamente su adopción. No obstante, sería interesante que existiera una comunicación entre autoridades, que diera lugar a que se conocieran las medidas tomadas por los Tribunales del lugar de situación. Piénsese por ejemplo, en la adopción de una medida de internamiento ⁽⁵⁹⁾.

Esta concreta solución es también acogida en otros sistemas, así el Derecho italiano establece como la jurisdicción italiana en materia de medidas de protección de los incapaces mayores de edad existe, cuando se haga necesaria para proteger, por vía provisoria y urgente, la persona o bienes del incapaz que se encuentre en Italia ⁽⁶⁰⁾ y también, el Derecho francés lo acepta ⁽⁶¹⁾.

3. Ley aplicable

a) Dificultades en la calificación

Como no podía ser de otra forma, la incapacidad aparece inevitablemente unida a la protección del incapaz, esta parte de las características de aquella y conforme a ellas se desarrolla ⁽⁶²⁾. Precisamente el defecto de capacidad constituye en principio, la razón de ser y el límite de cualquier régimen de protección. Sin embargo, esta afirmación no tiene valor absoluto. La existencia de instituciones nuevas, que articulan medidas de protección sin requerir un proceso de incapacitación, y que van dirigidas a personas capaces, van a plantear problemas de calificación.

El precepto nuclear regulador de la cuestión objeto de examen, es el ya mencionado artículo 9.6. En él se utiliza una formula general, que permite incluir formas de protección del incapaz desconocidas en nuestro sistema: *La tutela y demás instituciones de protección del incapaz*. Desde este punto de vista el precepto es bien acogido, pues resuelve el problema que en este punto podía generar un eventual conflicto de calificaciones. Sin embargo, deja abierto el problema respecto de aquellas figuras nuevas, que tienen por finalidad la protección de un mayor que no es incapaz.

Bien es cierto que el precepto parte de una distinción base entre instituciones y medidas de protección y que estas últimas no parece que tengan que referirse necesariamente a un incapaz, aún cuando sólo sea porque no van acompañadas de la especificación de quienes serán los protagonistas de su aplicación, y salvando por supuesto, la referencia a la ley de su residencia habitual. Quizás con ello se podría intentar solucionar el problema, al incluir en ellas las mencionadas figuras. Pero el tema no es tan fácil.

Primero habría que diferenciar claramente entre institución y medida de protección. Esta cuestión se ha desarrollado con especial atención a la protección de menores, así la tutela y la guarda son regímenes de protección, mientras que el acogimiento o el internamiento son medidas de protección ⁽⁶³⁾. De esta misma forma la tutela o curatela, en cuanto que son regímenes a los que quedará sometido el incapacitado, según se indique en la sentencia de incapacitación, podrán ser consideradas instituciones a los efectos de este precepto (art. 210CC) ⁽⁶⁴⁾.

No obstante, el internamiento es una medida que exigirá autorización judicial (art. 211). Partiendo de esta distinción y de las características de las figuras desconocidas en nuestro sistema, puede señalarse que no cabe la consideración de aquellas como simples medidas. En realidad se asemejan más a la curatela, en cuanto que, al margen de otras consideraciones, se presta asistencia a la persona en actos determinados, pero la capacidad del asistido constituye una barrera infranqueable, para su calificación como instituciones de protección del incapaz ⁽⁶⁵⁾.

Además las medidas a que hace referencia el 9.6 son provisionales o urgentes. Lo que alejaría más, si cabe, la posibilidad de inclusión en las mismas. Al margen de la importancia de diferenciar entre carácter provisional o urgente ⁽⁶⁶⁾, a lo que aquí interesa, parece claro que no se da tal carácter provisional, pues la duración se subordina, entre otras cosas a que cese los motivos que lo ocasionaron, lo que en muchas ocasiones supondrá un régimen duradero de protección en cuanto que aquellos subsistan.

Así pues, la formula flexible acogida en el artículo 9.6 y aplaudida por la doctrina por tal carácter, deviene sin embargo inadecuada, respecto de las medidas de protección de personas capaces que existen en otros sistemas jurídicos. Este precepto no permite su inclusión en el supuesto de hecho, lo que pone de manifiesto un nuevo problema de calificación. Salvarlo, desde la perspectiva de la regulación actual, se torna harto difícil. Aplicar el 9.6 en cuanto que se trata en definitiva, de instituciones de protección, con independencia de la capacidad o incapacidad de la persona protegida, resulta una solución más que forzada.

La vía más adecuada para poner fin a esta problemática, sería la de acoger una formulación acorde con las modificaciones que la protección de la personas mayores, está protagonizando en los distintos ordenamiento jurídicos y que es de prever se aborden también en el nuestro ⁽⁶⁷⁾. Ello, aconsejaría la inclusión de un precepto especial que respondiera a las peculiaridades de esta cuestión.

b) Ley nacional del incapaz

Análisis aparte merece el estudio de las conexiones retenidas en el 9.6, a saber, nacionalidad del incapaz ⁽⁶⁸⁾, residencia habitual. La referencia a la primera, es reiterada en otros sistemas jurídicos de nuestra área cultural, Italia o Francia por ejemplo. No obstante, se suele introducir la referencia a otras conexiones que toman el carácter de subsidiarias, singularmente la de la residencia habitual. Probablemente la elección de la ley nacional, se deba a la importancia que tiene y ha tenido en estos sistemas. Parece claro que con ella no se garantiza la mejor protección de estas personas, pero como señalo LEQUETTE ⁽⁷⁰⁾ constituye el centro de gravedad de la relación jurídica de aquellas. Además esta solución reproduce la acogida en el Convenio de La Haya de 1961 relativo a la protección de menores.

No obstante, existen excepciones a la competencia de la ley nacional. La primera de ellas viene impuesta por el propio precepto de referencia. Como ya se ha indicado, en el supuesto que se trate de aplicar medidas urgentes o provisionales de protección, estas se regirán por la ley de la residencia habitual. Ahora bien, puede señalarse otros supuestos que pueden llevar también, a excepcionar la aplicación de la ley nacional.

En efecto, la existencia de distintos puntos de conexión utilizados con carácter principal, en las normas reguladoras de la protección de mayores, puede producir tal efecto. La disparidad de conexiones se manifiesta en la adopción por algunos ordenamientos, de la ley del domicilio o residencia del incapaz. Así el Código Civil de Quebec ⁽⁷¹⁾ retiene esta conexión, al disponer que el régimen jurídico de los mayores protegidos se regirá por la ley del domicilio de aquellos. Lo mismo ocurrirá respecto del Derecho Suizo que establece la aplicación analógica de las normas del Convenio de La Haya de 1961 ⁽⁷²⁾, el cual establece en su artículo 1 que las autoridades de residencia habitual de un menor serán competentes para adoptar medidas encaminadas a proteger su personas o sus bienes, mientras que el artículo 2 señala como las autoridades competentes adoptarán las medidas previstas por su ley interna.

Si se plantea ante nuestros Tribunales la protección de un nacional suizo residente en España, el 9.6 reclamará la aplicación de la ley nacional, esto es la suiza, mientras que el Derecho Suizo reenviará a la ley española vía residencia habitual. Se tratará por tanto, de un reenvío de primer grado o retorno, que producirá la excepción de la competencia de la ley nacional ⁽⁷³⁾. Esto no ocurrirá no obstante, en el marco del Convenio, pues se excluye el reenvío en el artículo 19.

Aquel efecto puede producirse también, a través de la intervención de la excepción del orden público internacional. Esto podría ocurrir cuando una persona mayor esta necesitada de protección, al tener por ejemplo una determinada enfermedad que altera sus facultades mentales y le impide gobernarse por sí misma ⁽⁷⁴⁾. Sin embargo, su ley nacional no establece en ese caso particular institución ni medida alguna. Los valores esenciales que conlleva el orden público trascienden a esta cuestión, en cuanto que la protección de la persona aparece garantizada desde los postulados mismos de la Constitución. Ello conducirá a la exclusión de la ley nacional extranjera ⁽⁷⁵⁾. El Convenio recoge también, la excepción del orden público (art. 21).

Por último cabría señalar otro supuesto de formulación teórica. En el caso de que una persona tratase de eludir la aplicación de un régimen de protección determinado, sólo tendría que cambiar su ley nacional para conseguir su objetivo. Esto nos acerca a la figura del fraude de ley que exigiría la difícil prueba del elemento volitivo, esto es, de la intención de obtener el resultado no querido por el ordenamiento. De nuevo se eludiría la aplicación de la ley nacional, aunque paradójicamente se forzase la aplicación de otra ley, mediante el cambio de nacionalidad.

Al margen de estos supuestos, la solución principal arbitrada por el 9.6 gira, como ya se ha dicho, en torno a la ley nacional. Esto hace necesario el análisis de tal norma, la cual ha recibido críticas por parte de la doctrina. La principal es sin duda, la disociación *forum-ius* que se produce ⁽⁷⁶⁾.

Si se quiere conseguir que la protección de las personas mayores sea operativa, en los supuestos en que la intervención de elementos de extranjería hace que existan conexiones con diferentes ordenamientos, debería procurarse que las autoridades competentes aplicarán su propia ley. La correlación ente competencia y ley aplicable resulta esencial y así se adapta como solución en el Convenio de la Haya sobre protección internacional de adultos ⁽⁷⁷⁾.

Es fácil imaginar los problemas que se plantearán si nuestros tribunales, competentes en materia de protección de la persona cuando aquella reside habitualmente en España, deben aplicar una institución protectora regulada por la ley nacional de aquel. Si esta es similar a alguna de las conocidas en nuestro sistema, no habrá lugar a mayores dificultades. Sin embargo, con las recientes modificaciones que los diferentes ordenamientos acogen en relación a esta cuestión, no es difícil que se deba aplicar una institución desconocida en nuestro sistema o medidas particulares que requieran

especiales recursos o controles, no previstos en nuestras normas; y aún cuando se acoja una especial institución de protección, pueden plantearse problemas en la adopción de una concreta medida de protección ⁽⁷⁸⁾. Todo ello se evitaría introduciendo la correlación *forum-ius* que como se verá, debe extenderse también al segundo inciso del 9.6.

La ley nacional puede plantear también ciertos problemas, en el caso en que sea excluida. Si como se ha señalado el reenvío de retorno ⁽⁷⁹⁾ (excluido del Convenio), puede producir la aplicación de la ley de la residencia habitual a las instituciones de protección, esta norma no coincidirá con la que rige la capacidad, que no es otra que la ley nacional. En principio esto no debería plantear especiales problemas, pues la ley nacional aplicable a la incapacitación regulará las causas de aquella, y si no ha lugar a esta, tampoco habrá lugar en principio, a plantear una institución de protección. Pero la cuestión puede llegar a ser diferente, por lo que respecta a los efectos de la incapacitación.

Estos se regularán por la ley nacional (art. 9.1) y la institución de protección por la ley de la residencia habitual, lo que hará imprescindible que exista una correlación entre efectos y protección. No obstante la existencia de importantes divergencias en los ordenamientos jurídicos, de cara a la regulación de esta materia, hace que no se pueda garantizar esta correlación. Así podría darse el caso de que los términos de la incapacitación no incluyeran determinados actos para los que sin embargo, si que se prevé asistencia en la institución de protección correspondiente o podría ocurrir que se determinará la incapacidad de esa persona respecto de actos, que no estarán cubiertos en la protección prevista. Si llegará a producirse estos supuestos, debería intentarse una adaptación que evite cualquier distorsión perturbadora ⁽⁸⁰⁾.

Se ha propuesto la sustitución de la ley de la nacionalidad por la ley de la residencia habitual, pasando esta a regir las instituciones de protección del incapaz. Con ello se conseguiría una cierta unificación respecto a la regulación convencional de las medidas de protección de menores, que estaría justificada por las analogías que la protección presenta, aún cuando sus destinatarios sean diferentes. Además, parece claro que la residencia habitual refleja con nitidez el medio social, económico e incluso familiar del incapaz, lo que es especialmente importante a la hora de arbitrar los mecanismos de su protección ⁽⁸¹⁾. Así pues, la ley de la residencia habitual resulta idónea a estos efectos y por ello ha sido adoptada en el Convenio de la Haya, si bien incluye la posibilidad (en la medida en que la protección de la persona o de sus bienes así lo requiera), de aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación presente un vínculo estrecho (art. 13.2). Se trata en realidad, de una cláusula de excepción fundada en el interés del adulto ⁽⁸²⁾.

No obstante, la ley de la residencia habitual no viene a solucionar el problema que se apuntaba más arriba: la necesaria correlación entre la incapacidad y sus efectos y la institución de protección. Esta cuestión no llegaría a plantearse si la determinación de la incapacidad y el régimen de protección siguiesen una misma ley, la de la residencia o la de la nacionalidad. Bien entendido que la determinación de la incapacidad debe estar muy unida a la protección, pues sin la primera, la segunda no se llegará a plantear.

Como es sabido, en nuestro ordenamiento no existe una norma concreta, que señale cual es la ley aplicable a la incapacitación. Se aplica la ley de la capacidad, esto es la ley nacional (art. 9.1) ⁽⁸³⁾. De esta forma se consigue que la ley aplicable a las causas y efectos de la incapacitación coincida con la aplicable a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz, soslayando el problema que se ha apuntado. Sin embargo la excepción de aquella en los supuestos analizados y la conveniencia de sustituir la ley nacional por la de la residencia, replantea de nuevo la cuestión.

Desde la perspectiva convencional no llega a plantearse esta problemática. El Convenio parte de una delimitación de los destinatarios de las medidas de protección: mayores de 18 años que sufren una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no estando en condiciones de proteger sus propios intereses (art. 1.2). Ahora bien, la delimitación concreta de tales circunstancias tales como su gravedad, los mecanismos para determinar la concurrencia de tales alteraciones etc. son cuestiones que pertenecen al ámbito del Derecho material ⁽⁸⁴⁾. Con ello se logra determinar jurídicamente las personas que requieren de protección, con independencia de la concreta ley aplicable, pero con el necesario juego de esta para la concreción de los elementos que deben concurrir en la persona necesitada de protección. De esa forma una persona que reúna esas características será objeto de protección y ello aún cuando la ley correspondiente, no haya previsto esta posibilidad.

Por otro lado, el Convenio especifica las medidas de protección y precisamente, la primera de ellas es la determinación de la incapacidad y la institución de un régimen de protección. Así pues, de acuerdo a los artículos sobre competencia y ley aplicable de esta normativa (art. 5 y 13), se debe entender que las autoridades competentes (las del Estado contratante de la residencia habitual del adulto), tomarán las medidas tendentes a la protección de la persona y sus bienes y que en el ejercicio de esa competencia aplicarán su ley; por tanto, si una de esas medidas es la determinación de la incapacidad y la institución de su régimen de protección, se entenderá que serán tomadas conforme a la ley aplicable, que no es otra que la de la residencia habitual del adulto. No habrá lugar en definitiva, a la formulación del problema, que deriva de la dualidad de leyes aplicables a estas cuestiones y que exigía una necesaria correlación entre ambas, que evitase cualquier distorsión indeseable, para la consecución del objetivo último que es la protección de la persona mayor. La adopción en nuestro ordenamiento de una nueva norma reguladora de la protección de adultos, debería partir de estas consideraciones.

La nacionalidad como ya se ha indicado, constituye el punto de conexión base del 9.6, lo que puede llevar también, al planteamiento de eventuales supuestos de conflicto móvil. El cambio de nacionalidad de la persona incapaz, hace que sea necesario determinar qué concreta ley regirá la institución o en su caso, la medida de protección. Una posible solución es la de entender que la protección se regirá por la nueva ley ⁽⁸⁵⁾. No obstante, las peculiaridades de la situación desencadenante de la protección, quizás aconsejasen una solución más específica.

Puede ocurrir que la institución de protección se rijan por la ley de la nacionalidad del incapaz, pero que con posterioridad esta cambie. En este supuesto, las medidas que deban acogerse según aquella institución, pasarán a regirse por la nueva ley personal, es más la misma institución se regirá por la nueva ley, pues esta adquiere automáticamente competencia para ello: queda claro que deberá respetarse los derechos adquiridos. Podría ocurrir también, que el cambio de la nacionalidad se produjese con posterioridad a la adopción, de las medidas que se tomaron al calor de una concreta institución de protección, por lo que las condiciones de aplicación de tales medidas cambian. En este supuesto podría plantearse problemas de adaptación, pero en su defecto parece lógico que las condiciones de aplicación de tales medidas se rijan por la nueva ley.

La solución formulada es en esencia, la que se acoge en el Convenio de la Haya, si bien desde el criterio base de la residencia, donde el tema es abordado en un precepto específico. Así, si el adulto cambia de residencia habitual ⁽⁸⁶⁾, las condiciones de aplicación de las medidas de protección ya dictadas, pasan a regirse por la ley del Estado de la nueva residencia habitual. La correlación *forum-ius* conseguida en el Convenio, hace que esta medida se interrelacione con la disposición específica adoptada en el marco de la competencia judicial internacional, ya analizada (art. 12) ⁽⁸⁷⁾.

Por lo demás y en lo que se refiere a la nacionalidad, si esta está indeterminada o el incapaz careciera de ella, se considerará como ley personal la de la residencia habitual, tal y como dispone el artículo 9.10 CC. En estos supuestos esa misma ley regiría las medidas provisionales y urgentes de protección, lográndose la unidad en la ley aplicable.

c) Ley de la residencia habitual

El inciso segundo del artículo 9.6 remite a la ley de la residencia habitual, en el caso de que se tratase de adoptar medidas provisionales o urgentes de protección. Se excepciona por tanto, la aplicación de la ley nacional. Es la especial situación que requiere la aplicación de tales medidas, la que justifica la excepción de la ley nacional y aquella viene marcada esencialmente por la nota de la urgencia. Así, la urgencia requiere la inmediata adopción de medidas, que proporcionen una protección rápida y ello hace necesario arbitrar otra norma aplicable, pues la ley nacional puede relentizar este proceso y deviene inadecuada a estos fines.

Existen por tanto, fundados argumentos que justifican la necesaria excepción de la ley competente en tales circunstancias. Sin embargo, no se comprende bien la elección de la ley de la residencia habitual como sustituta de aquella. En realidad, debería haberse abierto la norma a la recepción de la ley del foro, atendiendo a la vocación subsidiaria de esta, en supuestos en que la ley competente no puede desplegar sus efectos ⁽⁸⁸⁾. Parece que la finalidad de la norma, no coincide con la formulación definitiva que esta recibió, lo que explicaría la penetración de la ley de la residencia habitual ⁽⁸⁹⁾.

En efecto, se trataba de conseguir la coincidencia *forum-ius*, lo que debería permitir que aquellas medidas se rigieran por la ley española, cuando fueran competentes las autoridades españolas. Esto sin embargo no se logra, pues si bien el criterio competencial utilizado en el art. 22. 3 LOPJ es la residencia habitual en España, no se adopta el mismo para el caso de la adopción de medidas cautelares o de aseguramiento. Como ya se ha señalado anteriormente, en este último supuesto el art. 22.5 de la misma ley emplea el *forum presentiae* y el *forum rei sitae*, esto es, bastará con que la persona se encuentre en España o tenga bienes aquí, para que los Tribunales españoles puedan adoptar tales medidas, con independencia por tanto de la residencia habitual. Así pues, la coincidencia *forum-ius* puede romperse en estos supuestos: serán competentes los tribunales españoles cuando el incapaz se halle en España, aún cuando tenga su residencia habitual en otro lugar, lo que hará que deba aplicarse esta norma a tales medidas, frustrándose así el objetivo que se pretendía con la norma de referencia ⁽⁹⁰⁾.

La solución ya se apuntaba más arriba, bastará introducir la remisión a la *lex fori*, para conseguir la coincidencia *forum-ius* que como ya se ha indicado, resulta tan importante en esta materia. Se eliminaría por tanto, la referencia a la ley de la residencia habitual, que obliga a tener en cuenta otros ordenamientos extranjeros, aún cuando los Tribunales competentes fueran los españoles.

Precisamente esta es la vía acogida en el Derecho italiano para resolver tal cuestión. La ley de 31 de mayo de 1995 establece en el art. 43 una excepción a la ley nacional, en concreto prevé la aplicación de la ley *fori*, cuando la protección de la persona o de los bienes del incapaz haga necesaria la adopción de medidas provisionales o urgentes ⁽⁹¹⁾. La justificación de tal solución es la misma que se acaba de apuntar: razones de rapidez y de eficacia. Es importante señalar como se establece explícitamente la competencia del juez italiano, aún cuando la adopción de tal medida presuponría en buena lógica, la competencia del mismo ⁽⁹²⁾.

De igual manera la regulación contenida en el Convenio de la Haya, dedica una disposición a los casos de urgencia. En concreto, establece que las autoridades de cada Estado contratante sobre cuyo territorio se encuentra el adulto o sus bienes, son competentes para tomar las medidas de protección necesarias, aplicando su propia ley (art.10 y 13).

Una vez que la urgencia desaparezca, se planteará si debe continuar aplicándose la ley del foro o la ley de la residencia en el caso español. Debe entenderse que si es ese el motivo que justifica la adopción de estas soluciones, que suponen una exclusión de la ley nacional y aún de la ley de la residencia en el Derecho italiano, una vez desaparecida deberá ser sustituida por la medida correspondiente, prevista en la ley nacional del interesado ⁽⁹³⁾. El convenio recoge específicamente, el cese de los efectos de tales medidas ⁽⁹⁴⁾.

d) Formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección

El artículo 9.6 contiene una regulación especial, para las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección. En concreto establece que si intervienen autoridades judiciales o administrativas españolas, aquellas se substanciarán, con arreglo a la ley española. Así pues, el sistema arbitrado por este precepto, hace una disociación entre los aspectos formales y el fondo de la protección.

La primera dificultad que se deriva de este artículo, es la delimitación exacta de lo que se debe entender por formalidades de constitución. En un primer acercamiento, parece claro que se referirá a todos los aspectos formales relativos al procedimiento, que exige la adopción de una institución de protección y de una forma extensiva también, debería incluirse los relativos a la adopción de una concreta medida de protección. No obstante, la distinción puede plantear algunas dudas ⁽⁹⁵⁾.

En general la ley nacional determinará la necesidad de protección, los sujetos de tales medidas, así como aquellos que podrán ser designados como tutores o curadores y en definitiva, el contenido y alcance de la concreta institución o medida de protección. La ley española determinará por su parte, los aspectos puramente procedimentales, tales como la naturaleza de la autoridad que deberá intervenir o las cautelas que deban tomarse para arbitrar la protección ⁽⁹⁶⁾.

Quizás la dificultad más importante que plantea este precepto, es la difícil articulación de las formalidades de constitución conforme a nuestra ley, de una institución de protección que ordena una norma extranjera. Piénsese en el mayor extranjero, residente en España, necesitado de protección y respecto del cual se debe establecer una institución de protección de acuerdo a su ley nacional y para ello, se necesitará la intervención de las autoridades españolas. Las formalidades deben ajustarse a la ley española pero ¿cómo será esto posible cuando tal institución no existe en nuestro sistema o presenta unas características muy diferentes? ⁽⁹⁷⁾.

De nuevo se torna necesario acudir a una necesaria adaptación, en este caso procedimental, de las normas en presencia. Así, deberá intentarse el cumplimiento de las garantías previstas en la norma extranjera, aunque ello suponga adaptar aquellas a nuestro sistema formal. Ello será especialmente importante, cuando las garantías previstas en la ley extranjera sean mas estrictas que las nuestras ⁽⁹⁸⁾. Por otro lado, la exigencia de aplicar la ley española conllevará también, el respeto a las garantías formales que establezca nuestra norma, aún cuando no estén previstas en el Derecho extranjero.

e) Incapaces abandonados que se hallen en territorio español

Por último, el artículo 9.6 establece que se aplicará la ley española, respecto de menores e incapaces abandonados que se encuentren en territorio español, para tomar medidas de carácter protector y educativo. Se trata de una norma de carácter imperativo que viene a excepcionar de nuevo, la aplicación de la ley nacional del incapaz, lográndose la correlación *forum-ius* que, como se ha visto, en ninguno otro supuesto del 9.6 se ha alcanzado. Desde este sólo punto de vista, merece un juicio positivo por las razones que ya se han expuesto, sin embargo, este precepto plantea dudas que merecen un poco más de atención.

La doctrina es unánime en criticar el ámbito de aplicación personal de la norma, que queda concretado, a lo que aquí interesa, en el abandono del incapaz ⁽⁹⁹⁾. Se exige que el mayor carezca de protección, dada su situación de abandono, lo que conlleva la exclusión de mayores que se encuentran en situación de desamparo *a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por la leyes* ⁽¹⁰⁰⁾. Para corregir esta consecuencia, se postula la interpretación extensiva del 9.6, de forma que se aplique a los abandonados pero también a los desamparados.

El problema esta en que estas situaciones son equiparadas pero no son iguales. Si bien, desde una perspectiva protectora básica de tipo casi asistencial ⁽¹⁰¹⁾, no habrá prácticamente diferencias, pues los dos casos exigirán su atención, el tema se torna distinto en lo que se refiere a instituciones de protección del mayor tales como la tutela, curatela etc. El incapaz abandonado o desamparado necesitaría probablemente, de una protección integral que las incluya ⁽¹⁰²⁾.

El incapaz abandonado esta en esa situación porque carece de protección y en buen lógica, no hay establecidas respecto de él medidas de protección o institución protectora. Ello obliga a arbitrar un sistema efectivo de protección, que le saque del abandono en el que vive. Sin embargo el mayor incapaz desamparado, llega a esa situación pese a que existe un régimen de protección, lo que ocurre es que este es defectuoso en su funcionamiento. Así pues, si tal régimen ha sido creado al calor de su ley nacional, esta es la que deberá regular su funcionamiento. Por lo que la alusión a la ley española, se debe entender hecha a las estrictas medidas que se tomarán para paliar la situación de desamparo, y en tanto no se adopten las medidas correctoras de la institución previstas en su ley nacional.

Por lo que respecta al abandonado, las medidas protectoras básicas se tomarán de acuerdo a la ley española, como ocurría con el desamparado, pero deberá de arbitrase también una institución de protección adecuada, la cual se regulará por la ley nacional según dispone el 9.6 CC. Cosa distinta será el que en las medidas establecidas por tal institución, tenga que intervenir autoridades españolas, al situarse la residencia habitual del mayor en España.

Ahora bien, en aras a la articulación de la mencionada protección integral, y puesto que no existe ninguna institución dirigida a la protección de aquel, este caso es idóneo para la aplicación de la ley española, como así viene a disponer el precepto.

No así el caso del desamparado, respecto del cual existe institución de protección de acuerdo a su ley nacional, lo que vacía de justificación el que la ley española pueda establecer otra institución, a salvo de las medidas asistenciales básicas, que por otro lado, están garantizadas a los extranjeros, sin atender a su condición de desamparado o abandonado o determinadas medidas urgentes que ya tienen establecido su marco regulador en el mismo precepto. De lo expuesto hasta aquí, cabe deducir que las medidas de carácter protector a las que se refiere el 9.6 en su último párrafo podrán tener un carácter provisional ⁽¹⁰³⁾ o incluso urgente, siendo competentes los Tribunales españoles, siempre que se cumplan en España (22. 3 LOPJ). Precisamente este carácter podría, al margen de las consideraciones sobre la imperatividad del precepto, hacer que estas medidas se incorporasen a la regulación general sobre medidas provisionales y urgentes. Ahora bien, la solución de la ley de la residencia habitual acogida para estos supuestos, hace que sea preferible mantener la solución especial que remite a la ley española.

Con ello se consigue aplicar la protección integral de nuestro Derecho material, evitando la aplicación de la ley nacional y ello por la especial situación tipificada en el precepto: abandono ⁽¹⁰⁴⁾. El planteamiento quizás fuera diferente, si se hubiera logrado la efectiva correlación *forum-ius*. Una futura revisión de la norma debería replantear esta solución, hasta el punto en que probablemente, no fuera necesaria esta excepción.

Sea como fuere, si se quiere que el sistema funcione en la práctica, es de vital importancia, la colaboración entre autoridades a la que ya se ha aludido; en concreto, el establecimiento de un sistema de información, notificación y en general, colaboración entre las autoridades competentes ⁽¹⁰⁵⁾. Este sistema es establecido en el Convenio de La Haya sobre protección de adultos, y es una constante en los Convenios de protección de menores (art. 28 a 37).

f) Autotutela y ley aplicable

Como se ha visto en la primera parte de este trabajo, son varios los ordenamientos jurídicos que permiten que un mayor de edad pueda organizar su protección, para el momento en que esa persona lo necesite. En el marco del sistema jurídico español, el Código Civil no prevé esta posibilidad, pero el Código de familia catalán sí, a través de la delación voluntaria de la tutela. Esto implica que según cual sea la ley a aplicar, esta posibilidad estará o no abierta en la dimensión interna del Derecho Internacional Privado español. Como la autorregulación es acogida en el seno de la tutela, todo dependerá de que la ley aplicable a esta sea la catalana, para que las delaciones puedan ser hechas. El ya analizado 9.6 remite a la ley nacional la regulación de la tutela, que se sustituye por la vecindad civil, en virtud de lo dispuesto en el art. 16.1 CC.

La llamada autotutela permite el respeto máximo a la libertad de la persona y su voluntad, lo que quizás hiciera necesaria una regulación autónoma en los dos ámbitos: material y conflictual. En el primero, el Código de familia catalán admite la institución de la autotutela y así, se pone en línea con los ordenamientos que establecen una regulación específica, si bien aquel viene a integrarla en la misma tutela. El problema se plantea respecto de la ausencia de regulación en el Código Civil y otras legislaciones autonómicas.

Como ya se ha señalado el mandato en su configuración actual, no resulta apto para esta autorregulación y la posibilidad de que el juez respete la voluntad de la persona que necesita de protección, es una solución precaria. Sería necesario acoger la posibilidad de la autotutela y hacerlo a través de un precepto claro, bien en sede de las instituciones tutelares o bien a través del mandato, en cuyo caso la delimitación de los modos de acabarse, no debería incluir en este punto la incapacitación del mandante.

En cuanto al ámbito conflictual y a lo que aquí interesa, debe partirse de la justificación última de la autotutela: el respeto máximo a la autonomía de la voluntad. La solución misma de Derecho Internacional privado debe verse inspirada por este principio, propiciando que la voluntad de la persona se respete también, en la determinación de la ley aplicable a aquella.

Precisamente, la penetración de la autonomía de la voluntad ⁽¹⁰⁶⁾, se manifiesta en la regulación que el Convenio de La Haya ofrece sobre esta cuestión. El mayor podrá designar expresamente y por escrito una de tres leyes recogidas en el art. 15, y esa ley regulará la existencia, modificación y extensión de los poderes de representación. Las leyes a elegir serán las del estado de la nacionalidad del adulto, la del Estado de una residencia habitual anterior del adulto o la del Estado de situación de sus bienes. En defecto de elección, la ley aplicable será la de su residencia habitual, en el momento en que tomo el acuerdo o realizo el acto unilateral. Sin duda, el esfuerzo de respetar al máximo la voluntad libremente manifestada del adulto con anterioridad, pero dentro de unos límites y controles, es uno de los aspectos más relevantes del Convenio ⁽¹⁰⁷⁾.

La deseable modificación del 9.6, debería ir acompañada de una regulación específica de la autotutela. No es suficiente la concreción de una única ley aplicable. La autonomía material deberá acompañarse de la autonomía conflictual y así, permitir al mayor no sólo organizar su protección sino también, elegir la ley que quiere que le sea aplicable. Ahora bien, no debe desconocerse tampoco los problemas que la autotutela puede plantear ⁽¹⁰⁸⁾, en especial por lo que se refiere a la posibilidad de que aquella, por cualquier motivo, no de una cobertura suficiente al adulto; el Convenio se enfrenta a este problema permitiendo que los poderes de representación, pueden ser retirados o modificados *lorsqu'ils ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou biens de l'adult* (art 16). Con ello, se pretende conciliar el respeto de la voluntad del adulto y la necesidad de su protección, en el momento en que los poderes deban ser ejercidos ⁽¹⁰⁹⁾.

4. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales

Se trata de determinar si las decisiones extranjeras que arbitran instituciones de protección de mayores, tendrán eficacia en España; bien entendido que tales instituciones de protección, pueden contener medidas que se extiendan, no sólo a la persona sino también a sus bienes. Son asuntos considerados de jurisdicción voluntaria, siendo esta la consideración que reciben en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Es muy importante esta calificación, pues de ella va a depender en principio, el que estas decisiones no deban ser tratadas en el ámbito del *exequatur* ⁽¹¹⁰⁾, que conlleva el reconocimiento de los efectos de cosa juzgada de la decisión extranjera.

Tal procedimiento está especialmente indicado cuando se pretende el reconocimiento de la cosa juzgada material o la declaración de ejecutividad de la decisión, en definitiva, cuando se trata de decisiones dictadas en procedimientos contenciosos. Se deberá entonces, seguir las pautas establecidas en los artículos 955 a 958 de la LEC, que no se verán derogados por la nueva ley, y estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil ⁽¹¹¹⁾.

El Tribunal Supremo tiene la competencia para resolver sobre esta cuestión, a salvo las precisiones convencionales, y decidirá si debe o no darse cumplimiento a la ejecutoria.

Ahora bien, se ha venido manteniendo por la doctrina la exclusión del procedimiento del exequatur, para las resoluciones de jurisdicción voluntaria, especialmente cuando estos actos tengan carácter autenticador o documentador. La ausencia de cosa juzgada material inherente a estas resoluciones, es fundamento de tal exclusión ⁽¹¹²⁾. El mecanismo que se ha seguir será entonces, el previsto en el 600 y 601 de la LEC. El nuevo texto legal sí contiene disposiciones sobre el particular, así se establece que la eficacia de las declaraciones de voluntad contenidas en documentos extranjeros, *serán las que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos* (art. 323.3).

Según lo expuesto, este mecanismo deberá aplicarse cuando por ejemplo, un tutor nombrado por autoridad extranjera, en virtud de la institución de protección de un mayor de edad, quiere ejercer en España las funciones que le son atribuidas en tal decisión. La exclusión del exequatur tiene la ventaja de evitar un proceso complejo y el fundamento de la exclusión es el propio objetivo del acto: "dar eficacia a la decisión extranjera en el contexto de una relación jurídica" ⁽¹¹³⁾.

El Tribunal Supremo ha concedido el exequatur en materia de tutela. En concreto la Sentencia de 22 de diciembre de 1993 ⁽¹¹⁴⁾, resuelve una solicitud de homologación y ejecución de una Sentencia francesa respecto de una declaración de incapacidad, constitución de la tutela y nombramiento de administrador de los bienes. Esta decisión concede el exequatur en aplicación del Convenio hispano-francés y no se hace ninguna distinción respecto de los asuntos de jurisdicción voluntaria, esto es, constitución de la tutela y nombramiento de administrador del incapaz.

Al margen del sistema de reconocimiento autónomo, existen Tratados bilaterales que pueden establecer un sistema diferente de reconocimiento, e incluso puede operar el reconocimiento automático. Este es el mecanismo adoptado en materia de protección de menores en el Convenio de La Haya de 1996 y en el Convenio de protección internacional de adultos.

Este último dedica el capítulo IV al reconocimiento y ejecución, y la piedra angular del mismo es el que las medidas tomadas por las autoridades de un Estado contratante, son reconocidas de pleno derecho en el resto de Estados contratantes. A continuación se establece un listado de motivos de denegación del reconocimiento, tales como la falta de competencia o que el reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido (art. 22 y 23). Es fácil deducir las ventajas que se derivan de la no exigencia de un proceso previo de homologación ⁽¹¹⁵⁾.

Cuestión aparte, es el reconocimiento que las decisiones tomadas por nuestros Tribunales en esta materia, puedan tener en el extranjero. El tema será especialmente delicado, si la competencia del Tribunal español deviene del sometimiento al mismo, tal y como dispone el art. 22.2º LOPJ. El problema es analizado por la doctrina francesa, para el caso en que la persona de nacionalidad francesa y domiciliada en el extranjero, posea bienes en Francia y en el extranjero. Ante la posibilidad de no obtener en el extranjero el reconocimiento de la decisión francesa, resultaría en la práctica eficaz, que ambos tribunales establecieran regímenes de protección, aún cuando funcionarían de forma distinta ⁽¹¹⁶⁾.

También desde una perspectiva práctica, podría plantearse si el mandato de organización de la protección de la persona, que se otorga de acuerdo a su ley nacional, puede surtir efectos y si es así con base a que procedimiento. El tema se plantea de nuevo en la doctrina francesa ⁽¹¹⁷⁾, respecto de un mandato que establece (para el caso en que se produzca la falta de capacidad) la venta de los bienes en provecho de los hijos. La cuestión se concreta en que el bien inmueble situado en Francia, debe ser vendido según ese mandato y que ese proceso es desconocido. La extrapolación de la cuestión al Derecho español, pasaría por otorgar eficacia, esto es, efectos ejecutivos a ese documento ⁽¹¹⁸⁾.

IV. Conclusiones

La protección de personas mayores es un tema que no ha planteado hasta ahora, demasiadas dificultades en la práctica jurídica. Sin embargo, el imparable envejecimiento de la población, con un correlativo aumento de las enfermedades degenerativas como el mal de Alzheimer, así como el aumento de determinadas toxicomanías y los mismos avances técnicos de la medicina, que permiten mantener por más tiempo la vida, hacen que sea fácil vaticinar que en un plazo no muy largo de tiempo, se planteen situaciones que reclamen un respuesta jurídica adecuada. Son varios los legisladores que han optado por introducir soluciones novedosas en sus ordenamientos, con la finalidad de conseguir una adecuada protección para los mayores. No obstante desde una perspectiva global, estas medidas son insuficientes; la internacionalidad de las relaciones, lleva a que aquellas deban de acompañarse de una regulación de Derecho Internacional Privado, que estructure respuestas operativas a las situaciones a las que la introducción de elementos de extranjería pueden llevar.

Del análisis que se ha realizado hasta aquí, de las soluciones que nuestro Derecho Internacional privado articula sobre este tema, puede deducirse que presentan una grave inadecuación a la problemática en su formulación actual. En primer lugar el tema tiene sustantividad propia, lo que aconsejaría un tratamiento separado y por tanto, un precepto autónomo. El supuesto de hecho de tal precepto debería ser lo suficientemente amplio, como para cubrir los casos de protección de mayores que no son incapaces, eliminando del texto la referencia al "incapaz". Por otro lado, debería lograrse la necesaria asociación *forum-ius* de vital importancia en este tema y para casos de urgencia introducir la *lex fori*. Sería deseable además, lograr la unidad de ley aplicable a la determinación de la incapacidad y la correspondiente institución de protección, evitando así el planteamiento de posibles distorsiones perturbadoras. En esta formulación, podría ser incluso innecesaria la actual referencia a incapaces abandonados, pues se garantizan las prestaciones sociales básicas a todos los extranjeros, sin atender a la eventual condición de abandonado o desamparado. La deseada correlación *forum-ius*, podría llevar a considerar que esas medidas se regirían por la *lex fori* ⁽¹¹⁹⁾ y en cuanto a la concreta articulación de las correspondientes instituciones de protección, no parece que deba de ser un caso que excepcione la solución general.

En definitiva, se trata de trazar soluciones que permitan que la protección de personas mayores necesitadas de ella, sea operativa. El interés humano del tema merece ese esfuerzo, que por lo demás se encuadraría dentro del marco del nuevo Derecho Internacional Privado, más flexible y con una clara orientación convencional, como vía para conseguir una protección internacional efectiva ⁽¹²⁰⁾.

Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado*
M^a del Pilar Diago Diago

*M^a del Pilar Diago Diago. Área de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza. Trabajo realizado gracias a una estancia de investigación en el Instituto Suizo de Derecho Comparado, financiada en parte por el Programa Europa de estancias de investigación (CAI-CONSI+D Diputación General de Aragón). Agradezco muy sinceramente al Director, colaboradores científicos (en especial Alberto Aronovitz y Andrea Bonomi) y personal administrativo del Instituto, la ayuda prestada.

1. DUTOIT "la protection des incapables majeurs en droit international privé" en *Rev. crit.dr. internat privé* 1967 p. 465 a 481. Para un acercamiento a la evolución histórica de la protección de incapaces en Derecho Internacional Privado v. LEQUETTE Y. *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris 1976 p. 24 y s.s
2. A lo largo del texto los términos "personas mayores" e "incapaces" se utilizarán indistintamente a efectos de simplificación.
3. Por todos v. IRIARTE ÁNGEL J. L "la persona física" en *VVAA Derecho Internacional Privado* vol. II, Granada 1998 p. 19 a 62 en concreto p. 51-52.
4. "Zones dans lesquelles les deux éléments privé et public s'entrelacent d'une façon presque inextricable" FEDOZZI "De la efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public" *Rec. des Cours* 1929 T. II p. 154. Para la aplicación del término en esta materia v. LEQUETTE Y. *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris 1976 p. 3.
5. *Convention sur la protection internationale des adultes* de 13 de enero del 2000 que todavía no esta en vigor y que ha sido firmada por Países Bajos. Sobre el anteproyecto y trabajos preparatorios v. LAGARDE P. Raport of the special commission on the protection of adults p. 39 a 113." GONZÁLEZ BEILFUSS C. "La protección de adultos en Derecho Internacional Privado" en *VVAA Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid 2000 p. 85 a 102 BORRAS A "Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Grupo de trabajo para la preparación de la Comisión especial sobre la protección de adultos (14 a 17 de abril de 1997) *REDI* vol XLIX 1997 nº 1 p. 351 a 353 y PEREZ VERA E. "Conferencia de La Haya de DIPR: Comisión especial sobre la protección de adultos (3 al 12 de septiembre de 1997)" en *REDI* vol XLIX 1997 nº 2 p. 377 a 380. Sobre el Convenio v. LAGARDE P. *Rapport explicatif*, La Haye 2000 y "La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes" en *Revue Critique de droit international Privé* 89 (2) avril-2000 p. 159 a 179
6. BUCHER A. "La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes" en *Revue suisse de droit international et droit européen* 1/2000 p. 37 a 59 BORRAS A. Un nueva etapa en la protección internacional de adultos" en *Geriatrionet.com (Revista electrónica de geriatría)* vol. 2 nº 2 2000. LORTIE Ph. La Convention de la Haye du 2 octobre 1999 sur la protection internationale des adultes en *International Law FORUM du droit international*, 2000 nº1 p. 14 MOSTERMANS P.M.M. "A new Hague Convention on the International Protection of Adults en *International Law FORUM du droit international*, 2000 nº1 p.10. DEHART G.F. Introductory Note to the draft Hague Convention on the International Protection of Adults en *International legal materials* vol. XXXIX january 2000 p. 4 y s.s.
7. Según datos de la ONU v. GARCIA CANTERO G. "Un año para los ancianos" en *Heraldo de Aragón* 5 de marzo de 1999. En el marco de la Unión europea un estudio elaborado por el Instituto de Estudios de Prospectiva Tecnológica (IPTS) revela que en el 2010 la población mayor de 65 años se incrementará un 20% respecto a 1995. En el 2025 el colectivo de personas mayores alcanzará los 85 millones, el 22% de la población total europea. *El País* 11 de febrero del 2000.
8. Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las personas mayores *BOE* 29 de septiembre de 1999.
9. No es esta sin embargo, la situación que viven los ancianos en otros países v. GONZÁLEZ BEILFUSS C. "La protección de adultos en Derecho Internacional Privado" en *VVAA Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid 2000 p. 86-87 y nota 3.
10. "Configurada la senectud como *status* de la persona, varón o mujer, gozará de las acciones generales de tutela de estado, pareciendo razonable, a efectos de prueba, que conste al margen del acta de nacimiento. No se extinguirá por la declaración de ausencia, pero si por la muerte y la declaración de fallecimiento" GARCÍA CANTERO G. "Notas sobre la 'senectud' como estado civil de la persona" en *VVAA Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo vol I*, Madrid 1988 p. 295 a 307. En cuanto a la segunda propuesta v. del mismo autor "¿Hacia una Declaración Universal de los derechos de las personas mayores?" en *Revista de la Escuela Universitaria de graduados sociales*, Teruel 1997 p. 29 a 34.
11. Comité interministeriel du 18 février 1988 BAUER M. et FOSSIER T. *Les tutelles. Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, Paris 1996 p. 350 a 355.
12. Por lo que se refiere al sistema alemán, las antiguas instituciones eran ejercidas por profesionales y al no estar bien remuneradas, aquellos asumían un gran número de tutelas v. OELKERS M. *Internationales Betreuungsrecht*, Frankfurt 1996, en especial p. 49 a 57. En España tampoco se promueve con frecuencia, la incapacitación "...como constatación oficial de una enfermedad o deficiencia mental y su consiguiente publicidad, se ve como un obstáculo par al tratamiento curativo y para la integración del enfermo o deficiente en la sociedad, incluso como un 'estigma' que lo aísla y margina" *VVAA Elementos de Derecho Civil I. Parte general vol 2º Personas* (ed. Revisada por Delgado Echeverría), Madrid 1998 p. 146.
13. LIZOTTE D. FOUGEYROLLAS P. "Du droit comme facteur déterminat de la participation sociale des personnes ayant des incapacités" en *Les cahiers de droit* 38. 1997 p. 371 a 415.
14. Décret nº 855 du 2 octobre 1968 v. MASSIP J. "La réforme du droit des incapables majeurs" en *Repertoire du notariat, Dufrénois* 1969 p. 1 a 51. *VVAA Les mesures de protection des majeurs. 25 ans d'application de la loi du 3 janvier 1968*, Ecole Nationale de la Magistrature, 1995.
15. Art. 491 y 491-2 CC frances
16. DUBOIS P. PAILLET E. "incapables majeurs" en *Encyclopédie Dalloz IV* 1994 p. 17-18.

Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado*
Mª del Pilar Diago Diago

16. SANSOT J. "Sauvegarde de justice" en *juris classeur civil* fasc 21, 2, 1992 nº 42 y ss. DUBOIS P. PAILLET E. "Incapables majeurs" en *Encyclopédie Dalloz civil IV* ind-nom 1994 p. 96 a 142.
17. V. MASSIP J. "Sauvegarde de justice et mandat" en *La semaine juridique* 1970 LVI 2314.
18. SANSOT J. "Majeurs proteges. Sauvegarde de justice" en *Juris classeur-Civil* fasc. 21, 2, 1992 p. 13 "On observe encore que la sauvegarde de justice est quantitativement florissante et qu'elle est souvent un régime durable de protection élémentaire pour les personnes dont l'état mental ne justifie ni l'abandon à elles-mêmes, ni l'instauration d'une protection plus complète, eu égard également à la consistance de leur patrimoine."
19. Ley para la reforma del Derecho de Tutela y Curatela para mayores de edad (ley de asistencia) de 12-9-1990, su entrada en vigor tuvo lugar el 1-1-1992. *Gesetz zur Reform dews Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz- BtG)*. BUNDESGESETZBLATT, Teil 1990, p. 2002 y s.s y Ley de 25-6-1998 *Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (betreuungsrechtsänderungsgesetz BtÄndG)*, BUNDESGESETZBLATT, 1998, Teil I, p. 1580 y s.s.
20. OELKERS M. *Internationales Betreuungsrecht*, Frankfurt 1996 p. 49 y s.s
21. Lo cierto es que la delimitación exacta del estricto ámbito jurídico, en que se va a desarrollar la asistencia no es fácil y deberá de atenderse al caso concreto. Así se viene a reconocer en la propia exposición de motivos de la Ley E.M. BtÄnd p. 50.
22. Sobre el particular v. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO M. "la nueva legislación alemana sobre la tutela o la asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo" en *Actualidad Civil* Nº21.24 al 30 de mayo de 1999 p. 553 a 581, en concreto p. 557-558 y 560-561.
23. Precisamente el 1908 i, se remite al 1837.2 el cual impone un importante control del Tribunal de Tutela.
24. Loi sur le curateur public et modifiant d'autres dispositions législatives (LQ 1989, C. 54). V. *Commentaires du Ministre de la Justice* 1997. Para un acercamiento al sistema anterior TASCHEREAU M. "Tutelle et curatelle" en *Les cahiers de droit* 1960 p. 34 a 50.
25. BOUDOIN J. L. *Les obligations*, Quebec 1993 p. 153 y s.s. en especial p. 183, para un análisis de los cuidados y protección de personas incapaces v. OUELLETTE M. "les persones y la famille" en *VVAA Le nouveau Code Civil de Québec: un bilan*, Québec 1995.
26. Art. 281 a 296.
27. V. Uniform durable powe of attorney act en *VVAA Uniform Laws annotated. Estate, probate and related laws*, U.S.A 1996.
28. GROFFIER E. "Canadá. (Québec) personnes. Famille" en *Juris-Classeur* 1996 Fasc. 1.
29. Art. 2166 a 2175 CC.
30. 168 BGB, 672 BGB.
31. Sobre los problemas que este poder plantea en el sistema alemán v GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO M. "la nueva legislación alemana sobre la tutela o la asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo" en *Actualidad Civil* Nº21.24 al 30 de mayo de 1999 p. 57.
32. Pese a la modificación del sistema francés introduciendo medidas novedosas, esta no tuvo acogida VERHEYDE T. "La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs: un modèle pour une éventuelle réforme du droit français? En *La Semaine juridique. Doctrine et formules* 1993-1. Y *VVAA Les mesures de protection des majeurs. 25 ans d'application de la loi du 3 janvier 1968*, Ecole Nationale de la Magistrature, 1995 p. 85 a 104.
33. V. Referencia en PICARD J. "A l'est du nouveau... die Betreuung. Protection des incapables majeurs. Incidences notariales" en *La semaine juridique. Doctrine et formules* 1994.1 p. 77 a 84, en concreto p. 80.
34. Así pues, no es suficiente que la persona tenga una disminución de sus facultades mentales o físicas debido a la edad. Se necesitará que exista una constatación medica de este hecho, así como que la persona tenga necesidad de ser representada de manera continua en los actos de la vida civil (art. 492) v. MASSIP J. "La réforme du droit des incapables majeurs" en *Repertoire du notariat, Dufrénois* 1969. En realidad la tutela organizada por la ley del 68 es heredera de la interdiction judiciaire que el Código de Napoleón previó para el mayor "dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur" v. Referencia en DUBOIS P. PAILLET E. "incapables majeurs" en *Encyclopédie Dalloz IV* 1994 p. 23.
35. MASSIP J. "Sauvegarde de justice et mandat" en *La semaine juridique* 1970 LVI 2314.
36. Sobre el conseil legal y la interdiction v. En general DESCHENAU H. STEINAUER P.H. *Personnes physiques et tutelle*, Berne 1995.
37. Sobre el particular v. STETTLER M. *Droit Civil I. Representation et protection de l'adulte*, Freiburg 1997.
38. BOE nº 15 de 17 de enero de 1996 Disposición final 18.
39. *VVAA Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones vol. Segundo*, Madrid 1999 p. 242-243.
40. En el Senado se presentó la enmienda 15 con el mismo objetivo. Sobre la tramitación parlamentaria v. ZAPATERO "Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983, de 24 de octubre" en *VVAA Estudios sobre la tutela* (en torno a la ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela), Madrid 1986 en especial p. 73 y s.s.
41. NAVARRO MENDIZÁBAL considera, con acierto, "que los argumentos ofrecidos en su contra no tienen excesivo valor pues por ejemplo, el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido (art. 6649 y además resulta sorprendente la equiparación de la necesidad social con lo más habitual. Ciertamente nunca será regla general la autotutela, pero tampoco, al menos así lo esperamos, la incapacidad." NAVARRO MENDIZÁBAL I.A "De la tutela" en *VVAA Comentarios al Código Civil II. Vol. 2º Libro Primero (Títulos V a XII)*, Barcelona 2000 p. 1801 a 1853, en concreto p. 1933.
42. Sobre el particular v. NAVARRO MENDIZÁBAL I.A "De la tutela" en *VVAA Comentarios al Código Civil II. Vol. 2º Libro*

Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado*
M^a del Pilar Diago Diago

- Primero (Títulos V a XII), Barcelona 2000 p. 1801 a 1853, en concreto p. 1834.
43. art. 172 Ley 9/1998 de 15 de julio del Código de familia BOE nº 198 de 19 de agosto de 1998.
44. En Derecho aragonés la Compilación dedica el Capítulo I del Título III a la tutela y el art. 15 establece "Es válida la tutela deferida por instrumento público, sea o no testamento." GARCIA CANTERO señala como "... con excesivo laconismo...omite cualquier referencia al sujeto activamente legitimado para ejercer la facultad que en él se regula", lo que según entiendo quizás, dejara la puerta abierta a la delación realizada por uno mismo v. GARCIA CANTERO "Delación" en *VVAA Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo*, Zaragoza 1988, p. 528 a 535 en concreto p. 529.
45. Art. 85. 2 LDIP.
46. BOE nº 199, de 20 de agosto de 1997.
47. V. Documento preliminar nº 6 de abril de 1992 en *Actes et documents de la Dix-septième session T. I matières diverses* 1993, p. 148 a 152, en concreto p. 148.
48. Para un acercamiento a esta problemática v. En general BUCHER A. *Droit International privé suisse. TII: personnes, famille, successions*, Bâle 1992 p. 288 a 290.
49. V. FOISSIER T. "le bon père de famille et le majeur protégé" en *La semaine juridique notariale et immobilière* nº 20-21 mai 1999 p. 831 a 835.
50. V. El análisis que de esta problemática hace para el Derecho francés LARRIBAU-TERNEYRE V. "Le régime matrimonial de l'incapable" en *La semaine juridique notariale et immobilière* nº 20 mai 1999 p. 843 a 849.
51. De 27 de septiembre de 1968 Texto refundido DOCE nº C 27, de 26 de enero de 1998.
52. Sobre las materias excluidas v. En general CALVO CARAVACA A-L. "Ámbito de aplicación" en *VVAA Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid 1994 p. 41 a 59.
53. A veces es la misma organización de la tutela la que debe ser revisada MAYER P. *Droit International Privé*, Paris 1994 p. 350 a 352. V. Supuesto en *Revue tunisienne de droit* 1956.136.
54. Principio que también incluiría los cambios normativos que afectan a los foros FERNANDEZ ROZAS J.C Y SÁNCHEZ LORENZO S. *Derecho Internacional privado*, Madrid 1999 p. 145-146.
55. RODRIGUEZ GAYAN lo explica así "Por otra parte, en los actos de jurisdicción voluntaria no puede aplicarse el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* al no existir demanda, a no ser que se asimile esta última con el expediente por el que se inician dichos actos. La utilización de la *perpetuatio* depende, igualmente, del tipo de acto del que se trate (adopción, tutela, ausencia, inscripciones en registros etc.). RODRIGUEZ GAYAN E. "Excepciones a la aplicación de la *perpetuatio iurisdictionis* como criterio determinante de la competencia judicial internacional" en *R.C.E.A* 1993 p. 107 a 127 en especial p. 115-116 y 126.
56. V. Rapport explicatif p. 53-54.
57. V. Rapport explicatif p.48-49.
58. El Convenio de Bruselas dedica el art. 24 a las medidas provisionales o cautelares. Respecto de él se plantea el problema de la delimitación de la materia sobre la cual pueden tomarse tales medidas. V. esta cuestión respecto de los alimentos en procesos matrimoniales en ALVAREZ GONZALEZ S. *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid 1996 p. 104 a 110 v. en general FUENTES CAMACHO V. *Las medidas provisionales y cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid 1996 y GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid 1996.
59. El Convenio establece "Les autorités ayant pris des mesures en application du paragraphe premier en informant, dans la mesure du possible, les autorités de l'état contractant de la résidence habituelle de l'adulte." Art. 10.4.
60. Ley 31 de mayo de 1995 nº 219 art. 44 v. por todos HONORATI C. "artículo 44" en *VVAA Comentario del nuevo diritto internazionale privato*, Padova 1996 p. 220 a 223. BALLARINO T. *Fondamenti di diritto internazionale privato e processuale*, Padova 1999 p. 228 a 230.
61. Respecto del Derecho francés debe señalarse que la ley de 3 de enero de 1968 no contenía ninguna disposición de Derecho Internacional privado, por ello se aplica las reglas del art. 3 del Código Civil tal y como son interpretadas por la jurisprudencia v. Por todos MASSIP J. *Les majeurs protégés T. I. Régime juridique*, Paris 1994 p. 398 a 406 en concreto p. 398. La competencia del juez francés fundada sobre la urgencia ha sido reconocida por la jurisprudencia v. MAYER P. *Droit international privé*, Paris 1994 p. 350.
62. AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. "artículo 9 apartados 1 al 10" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO M., Madrid 1978 p. 178.
63. EGEA FERNANDEZ J. "Comentario al artículo 173" en *VVAA Comentarios a las reformas del Código Civil* (Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano coordinador), Madrid 1993 p. 89 a 111 en concreto p. 89 a 93. En cuanto a la importancia de esta distinción en Derecho Internacional Privado v. ALVAREZ GONZALEZ S. "Comentario al artículo 9 apartado 6" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales T. I vol. 2º*, Madrid 1995 p. 259 a 295 en especial 263-264.
64. V. Por todos PARRA LUCAN M.A. "De la incapacitación" en *VVAA Comentarios al Código Civil II. Vol. 2º Libro Primero (Títulos V a XII)*, Barcelona 2000 p. 1651 a 1774 en concreto p. 1758 a 1768.
65. Cabe recordar que en nuestro sistema existen figuras de protección que no requieren la incapacitación, como ocurre con la prodigalidad que exige una declaración en juicio contradictorio y que supone el sometimiento del pródigo a curatela (art. 294 a 298CC).

Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado*
M^a del Pilar Diago Diago

66. V. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M. "Comentario al artículo 9 apartado 1 al 10" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I p. 182.
67. *VVAA Elementos de Derecho Civil I. Parte general vol 2º Personas* (ed. Revisada por Delgado Echeverría), Madrid 1998 p. 146 "Cabe pensar, en el terreno de posibles reformas legislativas, en formas de protección aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a su patrimonio (...) y a ayudarle a tomar y realizar decisiones adecuadas más que a privarle de ámbitos de capacidad".
68. La ley tunecina de Derecho Internacional Privado de 27 de noviembre de 1998, recoge una disposición sobre este tema que apunta también a la ley de la nacionalidad art. 41 *La tutelle est régie par la loi nationale du mineur ou de l'interdit* v. Ley en *Revue critique de droit international privé*.88(2), Avil-Juin 1999, p.382 y ss.
69. Partiendo de los principios contenidos en el artículo 3.3 del Código Civil francés, la protección se regirá por la ley personal del incapaz. Art. 43 de la Ley de 1995 italiana.
70. LEQUETTE Y. *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris 1976 p. 50.
71. Art. 3085.
72. Art. 85.
73. Lo mismo ocurrirá en ordenamientos que retienen la ley nacional. Respecto de Italia v. BALLARIINO T. *Diritto internazionale privato*, Padova 1999 p. 503-504.
74. Desde la perspectiva del Derecho material español esa enfermedad constituiría una causa de incapacitación art. 200 CC.
75. NIBOYET matiza la eventual intervención del orden público "Mais l'ordre public devrait intervenir si aucune protection n'était assurée par la loi nationale d'un individu privé de raison. À l'inverse, la loi étrangère serait encore évincée si elle frappait d'incapacité un individu sain d'esprit". NIBOYET M-L. "Capacité. Protection des incapables" en *Juris- Classeur* 1998 fasc. 545. *Droit international privé français* p. 1 a 13, en concreto p. 13.
76. FERNANDEZ ROZAS J.C Y SÁNCHEZ LORENZO S. *Derecho Internacional privado*, Madrid 1999 p. 397.
77. Art. 13.
78. ALVAREZ GONZALEZ describe los complejos problemas de articulación con la ley del foro ALVAREZ GONZALEZ S. "Comentario al artículo 9 apartado 6" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I vol. 2º, Madrid 1995 p. 259 a 295 en especial 262 a 264. Respecto a las dificultades en adoptar medidas de protección, una vez prevista una concreta institución v. STS de 21 de junio de 1991 *R.A.J* 1991 nº 4570 y reseña del mismo autor en *R.E.D.I* 1992 p. 215 a 220.
79. La excepción a la ley nacional puede plantearse también a través del orden público, la propia regulación ofrecida por el 9.6 respecto de las medidas provisionales o urgentes e incluso el fraude de ley.
80. NIBOYET propone soluciones distintas para estos supuestos "Tantôt la loi de la capacité autorise un individu à passer un acte dont l'exercice rentre dans les pouvoirs conférés à l'organe protecteur para la loi du régime de protection: la loi de la capacité doit prévaloir. Tantôt la loi de la capacité déclare incapable in individu por l'exercice d'un droit que le protecteur, selon la loi du régime de protection, n'a pas le pouvoir d'exercer; et dans ce cas, il faut procéder à une adaptation de la loi du régime de protection, du moins lorsque celle-ci accorde au protecteur le pouvoir d'accomplir des actes analogues qu'il suffira d'étendre à l'acte considéré." NIBOYET M-L. "Capacité. Protection des incapables" en *Juris- Classeur* 1998 fasc. 545. *Droit international privé français* p. 1 a 13, en concreto p. 9.
81. FERNANDEZ ROZAS J.C Y SÁNCHEZ LORENZO S. *Derecho Internacional privado*, Madrid 1999 p. 397.
82. V. Rapport explicatif p. 55.
83. Por todos v. FERNANDEZ ROZAS J.C "Capacidad y protección de los incapaces" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995 p. 117.
84. Parece claro como señala GONZÁLEZ BEILFUSS que la concreción de estos elementos puede crear problemas "...y así por ejemplo se podría plantearla duda acerca de si el pródigo es o no un adulto con una alteración psíquica que el impide proteger sus intereses, pero, en definitiva, este género de cuestiones pertenece al ámbito del Derecho material que el Convenio no pretende uniformar." GONZÁLEZ BEILFUSS C. "La protección de adultos en Derecho Internacional Privado" en *VVAA Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid 2000.
85. FERNANDEZ ROZAS J.C. "Capacidad y protección de los incapaces" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995 p. 99 a 140 en concreto p. 128 y "Artículo 9.6" en *VVAA Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 90-91.
86. Art. 14 "Lorsqu'une mesure prise dans un Etat contractant est mise en oeuvre dans un autre Etat contractant, les conditions de son application sont régies para la loi de cet autre Etat".
87. LAGARDE señala como "les mesures prises resteront en vigueur conformément à l'article 12, mais leurs conditions d'application seront régies, à partir du changement, par la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle, conformément à l'article 14." V. Rapport p. 53.
88. Respecto al fundamento y mecanismo de la excepción de urgencia en este tema v. NIBOYET M-L. "Capacité. Protection des incapables" en *Juris- Classeur* 1998 fasc. 545. *Droit international privé français* p. 1 a 13, en concreto p. 11.
89. Como ha señalado PEREZ VERA Y ALVAREZ GONZALEZ la formulación de este inciso se quedó a medio camino entre lo pretendido y lo conseguido v. PEREZ VERA E. "comentario al artículo 9.6" en *VVAA Comentarios a las reformas del Código Civil*. El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975 vol 1 Madrid 1977 p. 463 a 473 en concreto p. 466-468 y ALVAREZ GONZALEZ S. "Comentario al artículo 9 apartado 6" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I vol. 2º, Madrid 1995 p. 259 a 295 en especial 264 a 267.

Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado*
M^a del Pilar Diago Diago

90. Como señala IRIARTE "...el Legislador prescindió del modelo convencional y elaboró un precepto bien intencionado, pero escasamente operativo en la práctica, puesto que respecto de las medidas provisionales y urgentes lo más idóneo es hacer coincidir *forum* y *ius*." IRIARTE ÁNGEL J. L. "la persona física" en *VVAA Derecho Internacional Privado* vol. II, Granada 2000 p. 15 a 55 en concreto p. 52.
91. Art. 43 "I presupposti e gli effetti delle misure di protezione degli incapaci maggiori di età, nonché i rapporti fra l'incapace e chi ne ha la cura, sono regolati dalla legge nazionale dell'incapace. Tuttavia, per proteggere in via provvisoria e urgente la persona o i beni dell'incapace, il giudice italiano può adottare le misure previste dalla legge italiana."
92. Sobre este art, v. En general HONORATI "articolo 43" en *VVAA Comentario del nuevo diritto internazionale privato*, Padova 1996 p. 217 a 220, en concreto 219-220.
93. BONOMI A La norme *imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich 1998 publications de l'institut suisse de droit comparé volume 33 p. 49 y BALLARINO T. *Diritto internazionale privato*, Padova 1999 p. 492.
94. Art.10.2 y 10.3.
95. Así lo pone de relieve MAYER respecto del Derecho francés MAYER P. *Droit international privé*, Paris 1994 p. 349.
96. "...las medidas de vigilancia, y en especial todas aquellas cautelas procedimentales que tienden a una adecuada protección del incapaz en la constitución de la medida de protección. Dentro de este concepto cabe incluir asimismo la posibilidad de constituir la medida de protección ante una autoridad consular, con los límites impuestos por las normas de Derecho internacional público." FERNÁNDEZ ROZAS J.C y SÁNCHEZ LORENZO S. *Derecho Internacional Privado*, Madrid 1999 p. 398 y en general FERNÁNDEZ SOLA N. "El Derecho Internacional Privado español de la tutela" en *Estudios sobre la tutela R.G.L.J.* 1986 p. 169 a 187.
97. En el fondo, el origen de este problema no es sino la prolongación de la inadecuada disociación *forum-ius*, que acoge el 9.6. Si los Tribunales españoles competentes aplicarán su propia ley, las formalidades se regirán también por ella, evitándose este tipo de cuestiones.
98. ALVAREZ GONZALEZ S. "Comentario al artículo 9 apartado 6" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I vol. 2º, Madrid 1995 p. 259 a 295 en especial 267-268.
99. Por todos PEREZ VERA E. "comentario al artículo 9.6" en *VVAA Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975 vol 1* Madrid 1977 p. 463 a 473 en concreto p. 472.
100. Es así como el art. 172 CC define la situación de desamparo respecto de los menores y que bien, puede hacerse extensiva a los mayores.
101. En este punto conviene recordar que la Ley orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (B.O.E. nº 10 12 de enero del 2000 p. 1139 y s.s) establece que los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14.3), además de la asistencia sanitaria pública de urgencia (art. 12), derechos que se han mantenido en la redacción dada por la ley 8/2000 de 22 de diciembre, BOE 23 de diciembre de 2000 pag. 45508.
102. ALVAREZ señala que "... puede afirmarse que la contraposición que gravita en el origen del art. 9.6º III del Código Civil entre protección proporcionada por el "Derecho Civil" y protección al margen del mismo ha sido, en terminos generales, superada a favor de un régimen integrado de protección del menor o incapaz" ALVAREZ GONZALEZ S. "Comentario al artículo 9 apartado 6" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I vol. 2º, Madrid 1995 p. 259 a 295 en especial 270.
103. Piénsese en el incapaz abandonado, respecto del cual se arbitra una institución de protección de acuerdo a su ley nacional y se designa a la persona que debe prestarla alimentos por ejemplo.
104. V. interpretación del precepto en ALVAREZ GONZALEZ S. "Comentario al artículo 9 apartado 6" en *VVAA Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. I vol. 2º, Madrid 1995 p. 259 a 295 en especial 271.
105. FERNANDEZ ROZAS J.C. "Artículo 9.6" en *VVAA Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991 p. 92 y "Capacidad y protección de los incapaces" en *VVAA Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995 p. 99 a 140 en concreto p. 131.
106. GANNAGÉ P. "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille" en *Rev. crit. dr. internat. Privé*, 81 (3) jull.-sept. 1992 p. 425 a 454.
107. BORRAS A. Un nueva etapa en la protección internacional de adultos" en *Geriatrionet.com (Revista electrónica de geriatría)* vol. 2 nº 2 2000 p. 5 y LAGARDE P. "La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes" en *Revue Critique de droit international Privé* 89 (2) avril-2000 p. 179.
108. GONZALEZ BEILFUSS ha examinado estos problemas "La autorregulación anticipada de la propia incapacidad tiene la dificultad de que entre el momento en que se otorgan los poderes de representación y el momento en que estos se ejercen puede haber transcurrido un lapso de tiempo considerable durante el cual los avances médicos hayan superado las indicaciones que el propio adulto haya dado a su representante. Por otro lado, las situaciones de incapacidad son tan variadas y complejas que a veces pueden surgir dudas respecto a si el adulto hubiera dado unas determinadas instrucciones de haber sabido exactamente cuál iba a ser su situación." GONZÁLEZ BEILFUSS C. "La protección de adultos en Derecho Internacional Privado" " en *VVAA Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid 2000 p. 85 a 102 y EGEA FERNANDEZ J. GONZALEZ BEILFUSS C. "La problemàtica de la vellesa i el dret civil. Consideracions a l'entorn de la rellevància de la condició de persona anciana en el futur Codi de família de Catalunya" en *Materials de les vuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Valencia 1996 p. 131 a 199.
109. V. Rapport p. 60-61.

Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado*
Mª del Pilar Diago Diago

110. GONZALEZ CAMPOS J.D. *Curso de Derecho Internacional Privado* Oviedo 1983 p. 346 a 348 MILANS del BOSH PORTOLES I. "La eficacia extraterritorial de las decisiones de jurisdicción voluntaria *RGD* 1988 p. 1181 a 1217 en especial 1205 a 1212 FERNANDEZ ROZAS J.C Y SÁNCHEZ LORENZO S. *Derecho Internacional privado*, Madrid 1999 p. 269 a 271 CALVO CARAVACA A-L CARRASCOSA GONZÁLEZ J. *Derecho Internacional Privado* vol. 1 , Granada 2000 p. 331 a 334.
111. V. Disposición derogatoria única 1. 3ª de la LEC 1/2000 de 7 de enero y art. 523 *B.O.E.* nº 7 , Sábado 8 de enero del 2000 p. 575 y s.s.
112. A salvo de las resoluciones que pretendan lograr eficacia ejecutiva u otras que revistan carácter excepcional. DE MIGUEL ASENSIO pone en tela de juicio la radical exclusión del exequatur respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria susceptibles de producir fuerza ejecutiva y aquellas con eficacia constitutiva en cuanto que aquel es el único procedimiento que da lugar a un pronunciamiento vinculante a cerca del reconocimiento. Un concepto amplio del requisito de firmeza permitiría que aquellos fueran susceptibles de exequatur v. DE MIGUEL ASENSIO P. A. *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid 1997 p. 114-115.
113. DE MIGUEL ASENSIO fundamenta así, la exclusión del procedimiento del exequatur, poniendo los siguientes ejemplos, que a mi entender bien pueden comprender el de la tutela del mayor de edad "...o cuando el tutor de un menor o el representante de un ausente, designado como tal por una autoridad extranjera, pretende ejercer sus funciones actuando la condición que la decisión le atribuye. Semejante ejercicio de la condición creada en la resolución extranjera- aunque sirva, por ejemplo, de fundamento a los poderes de una persona para realizar actos de disposición (del patrimonio del tutelado o de la ausente)- no supone la ejecución en España de una decisión extranjera, sino que, en la medida que la resolución despliegue en nuestro país eficacia como hecho jurídico vinculante, resulta simplemente del respeto a la condición establecida en la decisión." DE MIGUEL ASENSIO P. A. *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid 1997 p 104-105.
114. *La Ley* 18 de abril de 1994 nº 13675 v. Nota MASEDA RODRIGUEZ J. En *REDI* vol XLVI (1994) 1 p. 322 a 326 y nota a pié nº 30 p. 107 DE MIGUEL ASENSIO P. A. *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid 1997.
115. El Convenio por otra parte, dedica el artículo 25 al exequatur v. Rapport p. 66-67.
116. MAYER señala "Aussi est-on fréquemment amené, lorsqu'un Français domicilié à l'étranger possède des biens en France et à l'étranger, à saisir à la fois le juge étranger et le juge français. On aboutit ainsi souvent à l'institution de deux régimes de protection, qui fonctionnent de façon distincte. Cette solution, qui n'est guère satisfaisante sur le plan des principes, s'avère souvent la plus efficace en pratique." MAYER P. *Droit international privé*, Paris 1994 p 400 y REVILLARD M. *Droit international privé et pratique notariale*, Paris 1998 p. 202.
117. REVILLARD M. *Droit international privé et pratique notariale*, Paris 1998 p. 203.
118. V. Art. 1429 de la LEC y art. 517 del nuevo texto.
119. Lo que resulta de especial importancia, respecto de las medidas que hubieran de tomarse en caso de peligrosidad, como el internamiento.
120. Algo que se ha manifestado ya respecto de la protección de menores v. BORRAS A. *El 'interés del menor' como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional privado* Discurs d'ingrés, Acadèmia de jurisprudència i legislació de Catalunya, Barcelona 1993 p. 56-57.