

UNA NUEVA ETAPA EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS

Alegría Borrás
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona
E-mail: aborras@riscd2.eco.ub.es

Resumen

El Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de adultos, todavía no en vigor, comprende las cuestiones de la determinación de las autoridades competentes para la adopción de medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto, determinación de la ley aplicable, asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas en los Estados contratantes y establecer un sistema de cooperación entre autoridades para la realización de los objetivos del Convenio. El Convenio se aplica a las situaciones de carácter internacional para la protección de los adultos que, en razón de una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses; la situación de los ancianos se tuvo especialmente presente. Entre las disposiciones que merecen destacarse de forma particular, se encuentra la de la posibilidad de que organice su protección cuando todavía está en pleno uso de sus facultades.

Palabras claves: Adultos, Medidas de protección de los adultos, Ley aplicable, Reconocimiento y Ejecución de decisiones, Colaboración de autoridades, Competencia de autoridades.

I. Introducción

El pasado día 2 de octubre de 1999, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en Comisión Especial de carácter diplomático¹, adoptó el texto de lo que se ha convertido en Convenio de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos². De acuerdo con el funcionamiento de la Conferencia de La Haya, el Convenio lleva la fecha en que lo firma el primer Estado que, en este caso, ha sido Holanda. Si bien es cierto que algunos textos han sido firmados muy rápidamente, como fue el caso en el Convenio sobre protección internacional de niños, que fue firmado por Marruecos en el mismo momento de abrirse a la firma, tras la adopción del Acta final de la Sesión diplomática de 1996, o que han entrado en vigor muy rápidamente, como fue el caso del Convenio sobre adopción internacional de 1993, que se produjo sólo dos años después, no es la situación normal que sea así y habitualmente tardan más tiempo en ser firmados y en entrar en vigor. De ahí, pues, que pueda calificarse de éxito que tres meses después de la adopción del texto se produzca la primera firma.

El texto adoptado tiene un interés indudable ya que introduce normas de una gran novedad, no sólo en lo que se refiere a su objeto, es decir, la protección internacional de adultos, sino que también lo tiene en cuanto puede servir de "fermento" para la evolución de la legislación interna. De ahí que se señalen a continuación los antecedentes de este Convenio, sus características y contenido y las principales aportaciones que realiza.

II. Antecedentes

1. El Convenio de 1905

No es ésta la primera vez que la Conferencia de La Haya se ocupa del tema de la protección de los adultos, ya que, como viene siendo habitual en sus trabajos, los temas tratados una vez son vueltos a estudiar y a tratar cuando se entiende que han cambiado las circunstancias ya que los Convenios, como las personas, también envejecen.

La Conferencia de La Haya celebró el Convenio de 17 de julio de 1905 relativo a la incapacidad y las medidas de protección análogas. Su éxito fue muy limitado³ y España no llegó a ser parte en el mismo.

Sin tener, por tanto, interés examinar este antecedente remoto, conviene señalar algunos datos que precisamente sirven para establecer el contraste con el Convenio actual. En primer lugar, las normas contenidas en el Convenio se aplican (art. 13) a la incapacidad, a la constitución de una curatela, al nombramiento de un consejo judicial, así como a las medidas análogas en cuanto entrañen una restricción de la capacidad; se requiere, por tanto, una medida de incapacidad o restricción de la capacidad. En segundo lugar, el Convenio gira en torno a la ley nacional: con carácter general y salvo muy reducidas excepciones, son las autoridades del Estado de la nacionalidad las competentes para organizar la tutela de la persona en cuestión y aplican la ley nacional, produciendo efectos las medidas adoptadas en todos los Estados contratantes sin necesidad de exequátur. Luego tendremos ocasión de ver el cambio importante que se ha producido en relación a temas concretos, pero también en la propia concepción del Convenio.

2. El Convenio sobre protección de niños de 1996

Junto al dato anterior otro elemento fue el desencadenante de que, en un periodo de tiempo muy breve, se elaborara el Convenio sobre protección de adultos. En un camino iniciado por las mismas fechas, en 1902, la Conferencia de La Haya adoptó un Convenio sobre ley aplicable a la tutela de los menores, que después fue sustituido por el Convenio de 3 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, Convenio que superaba el anterior, pero que también resultaba ya anticuado y, por tanto, se abordó su revisión, que ha dado como resultado la adopción del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. En el proceso de elaboración llegó a pensarse si en el mismo Convenio o en un protocolo anexo podría tratarse de la protección de adultos. Finalmente, se vio que, aún siendo posible trasponer numerosas reglas de un Convenio a otro, existían diferencias notables, que aconsejaban la preparación de un texto separado⁴. No obstante, los trabajos realizados en materia de protección de niños sirvieron para que la preparación de un Convenio sobre protección de adultos se hiciera en un periodo de tiempo muy breve, que culminó con la firma del acta final, conteniendo el texto del futuro Convenio, el pasado 2 de octubre de 1999⁵. Debe indicarse, con carácter general, que la elaboración no fue tan simple como estos antecedentes hacían prever y, en particular, el tema de la posible colocación de los adultos en instituciones de terceros Estados fue objeto de acuerdo en el último momento, en relación a la inclusión o exclusión del ámbito del Convenio de las medidas de carácter médico.

III.Rasgos generales del Convenio sobre protección de adultos

No corresponde en este lugar examinar en profundidad las diferentes, y en muchos casos complejas, disposiciones del nuevo texto aprobado. Por ello vamos a limitarnos a examinar algunas de sus características generales más relevantes, para examinar después con más detalle algunas de las reglas que constituyen una novedad más destacada.

1.La persona protegida

A los efectos del Convenio, se entiende por "adulto" a la persona que ha alcanzado la edad de 18 años (art. 2), pues hasta esa edad se aplicará el Convenio de 1996 (como indica también su art. 2). Para dar continuidad a las instituciones de protección, se establece que el Convenio se aplica igualmente a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de 18 años cuando fueron adoptadas.

El origen del nuevo Convenio en el Convenio de 1996 sobre protección de niños, llevó en un principio a que se pretendiera introducir en su texto una referencia al "interés superior del adulto", del mismo modo que en el Convenio de 1996 se hacía referencia al "interés superior del niño". Finalmente, tal mención no fue introducida, puesto que así como el interés superior del niño es un valor indeterminado reconocido universalmente⁶ y que debe prevalecer en todo caso, es imposible precisar cómo y frente a quién podía prevalecer el interés superior del adulto y de ahí que únicamente deba procederse en "interés del adulto".

En el art. 1, apartado 1, del Convenio se dice que el Convenio se aplica, en situaciones internacionales, a la protección de adultos que, en razón de una alteración o de una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de atender a sus intereses. De este texto resulta inmediatamente la primera diferencia en relación al Convenio de 1905 y también la modificación de las circunstancias. En efecto, en este caso no es necesario que exista medida alguna de incapacitación, que de hecho son poco frecuentes, sino que lo que se trata es de la situación de una persona que no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses, en la mayoría de los casos económicos, pero también personales. Pero, además, la situación que preocupa en particular no es la de la persona que tiene disminuidas sus facultades por causa de una enfermedad, aunque también quede incluida, sino la de la existencia de un numeroso núcleo de población de edad avanzada, que necesita de una protección particular precisamente en atención al envejecimiento. Esta idea de protección sin incapacitación, ya conocida en algunos ordenamientos internos, como el alemán, aparece, pues, como una de las novedades del Convenio.

Precisando las medidas de protección que quedan incluidas en el Convenio, lo hacen de forma positiva y negativa los arts. 3 y 4 del Convenio, con la diferencia que la lista de las medidas que quedan incluidas no es exhaustiva, mientras que la lista de exclusiones es, como resulta lógico, cerrada. Por lo que se refiere a las medidas previstas, se incluyen (art. 3), en particular, la determinación de la incapacidad y la institución de un régimen de protección; la colocación de un adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; la tutela, la curatela y las instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del adulto, de representarlo o de asistirlo; la colocación del adulto en un establecimiento o cualquier otro lugar en que su protección pueda asegurarse; la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto; la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto.

Las exclusiones del ámbito de aplicación (art. 4) aparecen en una lista exhaustiva y obedecen a razones diversas: unas materias quedan excluidas por existir otros Convenios de la propia Conferencia de La Haya, como es el caso de las obligaciones alimenticias; otras, quedan excluidas por ser materias reguladas por normas de Derecho público fuertemente territorializadas, como es la seguridad social. En todo caso, se indica en el párrafo 2 que la exclusión no afectará "a la cualidad de una persona para actuar como representante del adulto". Las materias concretamente excluidas son las siguientes: las obligaciones alimenticias; la formación, nulidad y disolución del matrimonio o una relación análoga, así como la separación legal; los regímenes matrimoniales y los regímenes de la misma naturaleza aplicables a las relaciones análogas al matrimonio; los *trusts* y las sucesiones; la seguridad social; las medidas públicas de carácter general en materia de salud; las medidas adoptadas respecto a una persona como consecuencia de infracciones penales cometidas por esta persona; las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración; las medidas que tengan como único objeto la salvaguardia de la seguridad pública.

2.El objeto del Convenio

Al igual que el Convenio de 1996, el presente Convenio tiene un objeto amplio, que abarca la determinación de las autoridades competentes, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección y la colaboración de autoridades. En este sentido, pues, su ámbito de aplicación es amplio y responde a la tendencia actual de los Convenios internacionales y, en particular, de los Convenios de La Haya que añade a los sectores tradicionales de competencia, ley aplicable y reconocimiento, el interesante aspecto de la colaboración de autoridades. Debe destacarse, por tanto, que el Convenio no afecta a las legislaciones materiales internas de los Estados que lleguen a ser parte en el mismo, ya que no se trata de un Convenio que establezca normas materiales uniformes, sino que, simplemente, establece los mecanismos necesarios para las situaciones en que la protección del adulto tenga implicaciones en diversos países a los que aparezcan vinculados su persona o sus bienes. Por esta razón, dice el art. 1, apartado 2, que el Convenio tiene por objeto: a) Determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para adoptar medidas de protección de la persona o los bienes del adulto; b) Determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) Determinar la ley aplicable a la representación del adulto; d) Asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; y e) Establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para la realización de los objetivos del Convenio.

IV.Contenido del Convenio

De forma breve, vamos a destacar las normas que el Convenio establece en cada una de las materias.

1.Competencia

Al igual que en el Convenio de 1996, el eje del Convenio sobre protección de adultos está constituido por el establecimiento de las autoridades, judiciales o administrativas, competentes para adoptar las medidas de protección de su persona o de sus bienes. A diferencia del Convenio de 1905, el criterio fundamental es el de competencia de las autoridades del lugar de la residencia habitual del adulto (art. 5), salvo en el supuesto de refugiados, desplazados o adultos cuya residencia habitual no pueda ser establecida, en cuyo caso serán competentes las autoridades del país en que se hallen (art. 6).

La nacionalidad ha quedado relegada a un criterio subsidiario, excluyéndose incluso para el supuesto de refugiados o desplazados precisamente del Estado de su nacionalidad (art. 7). Esta subsidiariedad se manifiesta en el hecho de que las autoridades del Estado de la nacionalidad sólo pueden ejercerla después de advertir a las autoridades del Estado de la residencia habitual y siempre que éstas no les hayan informado de haber adoptado ya las medidas que requiera la situación y, en todo caso, las medidas adoptadas por las autoridades del Estado de la nacionalidad cesarán cuando las autoridades del Estado de la residencia habitual adopten las medidas necesarias y les informen de ello.

Un intento de flexibilización de estas reglas se introduce en el art. 8, trasunto de las disposiciones del Convenio de 1996, en que se introduce de forma matizada la doctrina anglosajona del *forum non conveniens*. En efecto, se establece que las autoridades competentes según los arts. 5 y 6, si consideran que es en interés del adulto, podrán, por propia iniciativa o a petición de las autoridades de otro Estado, requerir a las autoridades de otro Estado para que adopten medidas de protección, pero si estas autoridades no aceptan esta competencia, renacen plenamente las competencias de los arts. 5 y 6. Esta posibilidad no puede ejercerse de forma general, como sería en aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*, sino que queda limitada a las autoridades que expresamente se mencionan⁷. Los Estados cuyas autoridades pueden ser requeridas son: las de un Estado del que el adulto sea nacional; las del Estado de la previa residencia habitual del adulto; la de un Estado en que estén situados bienes del adulto; las del Estado cuyas autoridades hayan sido escogidas por escrito por el adulto para adoptar medidas para su protección; las del Estado de la residencia habitual de una persona próxima al adulto dispuesta a hacerse cargo de su protección; y las del Estado en cuyo territorio esté presente el adulto, en lo que se refiere a la protección de su persona.

A título excepcional, se admite la competencia de las autoridades del Estado en que se encuentra el adulto como foro de urgencia (art. 10) y como foro de la presencia, cuando su intervención sea necesaria para la protección de la persona del adulto (art. 11). Asimismo, las autoridades del Estado de la situación de los bienes del adulto tendrán competencia para adoptar medidas de protección en relación a tales bienes (art. 9), siempre que resulten compatibles con las medidas adoptadas por las autoridades que tienen competencia con carácter general.

2.Ley aplicable

Dejando al margen el tema de la incidencia de la voluntad del adulto a que se hará referencia de forma particular después, la norma general (art. 13) es que la autoridad competente aplica su propio Derecho interno (*Gleichlaufprinzip*), sin embargo se prevé que, excepcionalmente, si la protección de la persona o los bienes del adulto lo requiere, podrá aplicarse o tomarse en consideración la ley de otro Estado "con el que la situación presente un vínculo estrecho", en un intento de flexibilización y aproximación a la realidad, con todas las ventajas e inconvenientes que de ello pueden derivarse. Teniendo en cuenta que las medidas adoptadas en un Estado deberán, en muchas ocasiones, producir efectos en otro Estado parte, se establece (art. 14) que, en todo caso, las condiciones de aplicación de las medidas de protección se regirán por la ley del segundo Estado.

El Convenio contiene diversas reglas para la aplicación de las normas de conflicto, algunas de ellas de carácter muy técnico y que por esta razón meramente enunciamos. Se trata de las siguientes:

a) El Convenio tiene naturaleza *erga omnes* (art. 18), lo cual significa que la ley aplicable lo será, incluso, si es la de un Estado no contratante. De ahí resulta que el día que España ratifique, en su caso, el Convenio, sus disposiciones y, con carácter general, la aplicación de la ley de la residencia habitual, sustituirá a la aplicación de la ley de la nacionalidad (art. 9, apartado 1 del Código civil).

b) El Convenio rechaza el reenvío (art. 19), es decir, que se aplica la norma material del Estado designado por la norma de conflicto del Convenio, excluyendo el reenvío que las normas de conflicto de tal Estado pudieran hacer a otro ordenamiento.

c) La ley designada puede ser excluida cuando resulte manifiestamente contraria al orden público (art. 21). Aquí debe hacerse notar que esta disposición, común a los Convenios de La Haya, carece del añadido que aparece en el Convenio de 1996, que dice "teniendo en cuenta el interés superior del niño", por las razones que antes se han indicado.

d) Las normas imperativas del Estado en el que debe asegurarse la protección se aplican, cualquiera que sea la ley que en otro caso sería aplicable (art. 20).

e) Una cuestión particular es la aplicación de la denominada "excepción de interés nacional" en el art. 17. A través de esta disposición se trata de dar respuesta al supuesto frecuente en que un tercero celebra un acto con una persona que aparentemente tendría la condición de representante, tratando así de proteger los intereses de los terceros de buena fe. En este caso, dice la norma que el acto no puede ser impugnado ni la responsabilidad del tercero comprometida por el único motivo de que la otra persona no tuviera la condición de representante en virtud de la ley designada por las normas de conflicto del Convenio, salvo si el tercero sabía o debiera saber que esta condición se regía por dicha ley. Ha quedado fuera del ámbito del Convenio la cuestión de la protección de los terceros en sus relaciones con un adulto incapacitado, por lo que este problema quedará sometido a las normas vigentes en los respectivos ámbitos⁸.

3.Reconocimiento y ejecución

Sigue el Convenio en esta materia muy de cerca al Convenio de 1996 y, en consecuencia, la regla básica es que el reconocimiento se produce de pleno derecho (art. 22), si bien cualquier persona interesada puede pedir que se decida sobre el reconocimiento o el no reconocimiento, rigiéndose en este caso el procedimiento por la ley del Estado requerido. El procedimiento de registro o de exequátur habrá de ser "simple y rápido" (art. 25), sin que un Convenio abierto como son los Convenios de La Haya pueda hacer otra cosa⁹. Basado el Convenio en la confianza mútua entre los Estados parte, las autoridades del Estado requerido están vinculadas por las constataciones de hecho sobre las que ha basado su competencia la autoridad del Estado de origen de la decisión (art. 24) y no podrán proceder a ninguna revisión de fondo de la medida adoptada (art. 26). Una vez concedido el exequátur, el Convenio termina su función y las medidas de ejecución *stricto sensu* se regirán por la ley del Estado requerido (art. 27).

No obstante, siendo el principio general el reconocimiento, en el Estado requerido se dispone de un número limitado de causas que permiten rechazarlo. Estas causas, dejando al margen los temas relativos a la cooperación a que se hará referencia en el apartado siguiente, son: a) si la medida fue tomada por una autoridad cuya competencia no estaba basada en uno de los criterios del Convenio; b) si la medida fue tomada, con excepción de los casos de urgencia, sin haber dado al adulto la posibilidad de ser oído en violación de los principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido; c) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido o a una norma imperativa de dicho Estado; y d) si la medida es incompatible con una medida adoptada

con posterioridad en un Estado no contratante que hubiera sido competente según las normas del Convenio si tal medida reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido.

4.Cooperación

La Conferencia de La Haya ha establecido un sistema de cooperación de autoridades, en particular, en los Convenios relativos a la protección de los niños que ha demostrado ser muy eficaz ¹⁰. Siguiendo muy de cerca los pasos del Convenio de 1996, también incluye un Capítulo dedicado a esta materia en esta ocasión, con las diferencias derivadas de tratarse de adultos. La cooperación se articula a dos niveles distintos, de autoridades centrales y de autoridades competentes, a lo que hay que añadir el caso particular del art. 33.

a) Cada Estado parte podrá designar una o varias "autoridades centrales" (art. 28) que, además del deber genérico de cooperación, tienen encomendadas una serie de funciones que son proporcionar información sobre su legislación y servicios en materia de protección de adultos; tomar medidas apropiadas, con el concurso de "autoridades públicas u otros organismos", para facilitar las comunicaciones entre las autoridades competentes y ayudar a localizar a un adulto que tiene necesidad de protección cuando parezca que se encuentra en su territorio; y promover el intercambio de información, así como apoyar la ejecución de las medidas adoptadas (arts. 29 y 30).

b) Existe también una cooperación horizontal entre las autoridades competentes, que tendrá su proyección en información y asistencia para la ejecución de las medidas, en favorecer el recurso a la mediación, la conciliación o cualquier otro medio análogo que permita la obtención de acuerdos amistosos sobre la protección de la persona o los bienes del adulto (art. 31) y, en los casos de peligro grave para el adulto, las autoridades que hayan tomado medidas de protección informarán a otro Estado del peligro de que se trata y de las medidas adoptadas, si creen que se ha producido un cambio de residencia del adulto o que se encuentra en otro Estado (art. 34).

En todo caso, ninguna autoridad podrá pedir ni transmitir información si cree que puede poner en peligro la persona o los bienes del adulto o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un familiar (art. 35). Además, se tendrá en cuenta lo dispuesto en los arts. 39 y 40 en relación a la protección de datos personales y a su confidencialidad, en el sentido de que no pueden ser utilizados para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron y se garantiza la confidencialidad de acuerdo a la ley del Estado al que se transmite la información.

c) Un caso particular se encuentra en el art. 33. Algunos Estados manifestaron su temor a que una decisión en un Estado pudiera ordenar la colocación del adulto en un establecimiento situado en otro Estado distinto. Para este supuesto se requiere que la autoridad que pretende adoptar tal medida lo comunique a la Autoridad central o a la autoridad competente del segundo Estado, con la consecuencia de que no pueda adoptarse la decisión si este segundo Estado manifiesta su oposición "en un plazo razonable". Si no es así y el acuerdo se adopta, su reconocimiento podría ser rechazado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22, apartado 2, e). De hecho, los ejemplos que pueden imaginarse no son significativos, si se toma en consideración el ámbito de aplicación del Convenio y los criterios de competencia que establece.

5.Otras disposiciones del Convenio

Además de las disposiciones reseñadas, y dejando al margen las disposiciones de carácter general, el Convenio contiene una serie de disposiciones de interés, que se reseñan a continuación.

a) Como anexo al Convenio figuran tres modelos de documento. El primero se refiere a la certificación que acredite que la protección de un adulto ha sido encomendada a una persona y los poderes que le corresponden, certificación cuya posibilidad está prevista en el art. 38. Los otros dos documentos son modelos para facilitar la comunicación entre autoridades y, esencialmente, para la aplicación de los arts. 7 y 8. Este tipo de modelos pueden resultar muy prácticos para la aplicación del Convenio, como lo han sido en relación a otros textos.

b) Al igual que en todos los Convenios elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya, se contienen unas disposiciones sobre la aplicación del Convenio en los Estados plurilegislativos ¹¹, bien lo sean sobre base territorial o personal, bien la plurilegislación afecta a la competencia de autoridades o a la ley aplicable. En conjunto, se trata de "localizar" el caso concreto en tales supuestos. Por otra parte, se incluye la habitual norma sobre exclusión de los conflictos puramente internos y la denominada "cláusula federal", que permite que un Estado plurilegislativo designe las unidades territoriales a que el Convenio se aplica, entendiéndose que se aplica a todo el territorio si no hace tal designación.

c) Con excepción de los supuestos en que interviene la voluntad del adulto, la aplicación del Convenio se inicia para cada Estado con la entrada en vigor (efectos *ex nunc*).

V.Los aspectos más destacables del Convenio

Se ha considerado oportuno dedicar un apartado específico a dos aspectos, muy discutidos en el seno de la Comisión especial, que revestirán, sin duda, una gran importancia práctica y que también merecen una especial atención en relación a la normativa existente y a su posible evolución. Estas cuestiones son la incidencia de la voluntad del adulto y los aspectos relacionados con los cuidados médicos.

1.La voluntad del adulto

Un aspecto que preocupó desde el primer momento fue el de la toma en consideración de la voluntad del adulto manifestada cuando todavía puede regir sus intereses. A nadie se escapa que esta preocupación responde a la cuestión que se plantea en relación a las personas de edad avanzada y el deseo de evitar influencias no deseables, por parte de familiares o de extraños, cuando sus facultades están disminuidas. Se trata de respetar al máximo la voluntad libremente manifestada con anterioridad, pero estableciendo ciertos límites y controles.

No es necesario destacar la importancia de la inclusión de estas normas en el Convenio, puesto que permite, no sólo respetar la autonomía de la voluntad, sino también que, al incluir estas disposiciones en el Convenio, se le aplican todas las demás reglas incluidas en el mismo y, en particular, las relativas a reconocimiento y ejecución y a cooperación de autoridades.

En principio, la regla general relativa a la competencia, tal como resulta de los arts. 5 y 6, no se ve alterada por la voluntad del adulto, pero en el art. 8, como antes hemos visto, se establece la posibilidad de que, por propia iniciativa o a petición del otro Estado, las autoridades del Estado normalmente competente puedan requerir a las autoridades del Estado que hubieran sido elegidas por escrito por el adulto para adoptar medidas relativas a su protección para que efectivamente las adopten. Se trata de una posibilidad y no de una obligación, con la consecuencia ya apuntada de que si no aceptan esta competencia, renace la competencia general.

Es en el ámbito de la ley aplicable donde la autonomía de la voluntad despliega sus posibilidades, al enfrentarse un numeroso grupo de Estados que ignora este tipo de instituciones a otro, menos numeroso, que conoce este tipo de instituciones ¹². El debate consistía en si era posible la admisión de una autonomía universal de voluntad, que permitiría, esencialmente, designar un ordenamiento interno que conociera una figura de esta naturaleza o, por el contrario, debía tratarse de una autonomía limitada, que permitiera sólo elegir entre un número limitado de ordenamientos jurídicos. Al final, fue esta segunda la postura adoptada, puesto que la autonomía de opción es la que se acostumbra a introducir cuando se trata de materias en las que constituye una novedad su admisión ¹³.

El art. 15 del Convenio dispone que la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, sea mediante un acuerdo o por un acto unilateral, para ser ejercidos cuando dicho adulto ya no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a menos que el adulto haya designado expresamente por escrito una de las siguientes leyes: la ley de un Estado cuya nacionalidad posea el adulto, la ley del Estado de la residencia habitual previa del adulto o la ley de un Estado en que estén situados los bienes del adulto en lo que se refiere a dichos bienes. Las modalidades de ejercicio de estos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en que se ejercen.

De ahí, pues, que las posibilidades quedan limitadas y que, en su caso, el adulto, cuando es capaz y ejerza esta posibilidad de opción, deberá ser consciente de las posibilidades existentes en los ordenamientos jurídicos en presencia.

Por otra parte, teniendo en cuenta los supuestos internacionales a los que la norma se aplica, se trataba de prever un control sobre la actuación del representante, ya que, precisamente, los poderes otorgados por el adulto en cuestión están destinados a surtir efectos cuando, por principio, ya no podrá proteger su persona y sus bienes por sí mismo. Este es el objeto del art. 16 del Convenio, el cual establece que dichos poderes pueden ser retirados o modificados por medidas adoptadas por una autoridad competente según el Convenio, añadiendo que para retirar o modificar tales poderes la ley determinada en el art. 15 "debe ser tomada en consideración en la medida de lo posible", disposición imprecisa, pero que intenta, una vez más, respetar al máximo la voluntad del adulto manifestada cuando aún era capaz de regir su persona y sus bienes.

2.La inclusión de los cuidados médicos

Sin duda la cuestión más discutida y, sin ninguna exageración, que estuvo a punto de impedir la conclusión del Convenio fue la inclusión o exclusión de los cuidados médicos del ámbito de aplicación del Convenio. Este tema ya surgió en las primeras reuniones de la Comisión especial y sobre él han insistido, esencialmente, las delegaciones nórdicas, temerosas seguramente de un retorno ordenado por autoridades de los países del sur, donde muy probablemente se hubieran retirado sus nacionales. Por otra parte, pretendían poder aplicar sus normas sin ningún tipo de límite en relación con determinados tipos de problemas, como, por ejemplo, la drogadicción. A tal fin pretendían que se excluyera del ámbito de aplicación del Convenio todas las medidas "en materia de salud".

Esta posición no era compartida por una mayoría de delegaciones, que entendía que, caso de excluirse los temas relativos a las medidas de carácter médico, se estaría vaciando de contenido el Convenio, ya que en la práctica quedaría reducido a la protección de los bienes del adulto. Por otra parte, la exclusión significaría eludir la competencia de las autoridades previstas en el Convenio para medidas tales como el aborto, la eutanasia, la esterilización o los ensayos de nuevos medicamentos, problemas que, desgraciadamente, tienen numerosos ejemplos históricos y presentes.

La dificultad de la situación llevó a la creación del denominado "Grupo salud"¹⁴, que trató de encontrar una solución al tema. En un primer momento, una amplísima mayoría de delegaciones (18 a favor y 5 en contra) acordó excluir únicamente las decisiones adoptadas por los médicos respecto al tratamiento médico, cuestión cuyos límites se pueden fijar en muchos casos con dificultades; sin embargo, todavía esta posibilidad no servía para atraer a los nórdicos, que seguían insistiendo para que el foro de la presencia fuera el que rigiera, sin cortapisas, en materia médica. Fue así como en el último momento, se fue intentando acercar posiciones, hasta que se consiguió un documento de trabajo¹⁵, suscrito por veinte delegaciones que es el resultado de un difícil acuerdo pero que resultó, al fin, aceptable para todos.

Este acuerdo significó la modificación de diversas disposiciones, con un doble objetivo: por una parte, prever una competencia para las medidas temporales relativas a la protección de la persona del adulto, sin limitación al tratamiento médico; por otra, suprimir del Convenio toda referencia específica al tratamiento médico. Como consecuencia de ello, en las disposiciones que hacen referencia a la aplicación de las normas imperativas del Estado en que las medidas de protección deben producir efecto, se suprime la frase "en particular en el ámbito médico", tanto en materia de ley aplicable (art. 20) como en materia de causas de no reconocimiento o ejecución (art. 22, apartado 2, c). Por otra parte, en materia de competencia judicial, se produjeron dos modificaciones: una fue que en el art. 8, apartado 2, entre las autoridades a favor de las cuales pueden declinar su competencia las autoridades normalmente competentes, figuran las del Estado en cuyo territorio el adulto está presente, en lo que se refiere a la protección de su persona, pero sin hacer referencia al ámbito médico; además, se incluyó la norma del art. 11, apartado 1, relativa al foro de la presencia, a que antes se ha hecho referencia, limitándose las medidas que pueden adoptarse en un doble sentido, pues han de tener un carácter temporal y una eficacia territorial restringida a su propio territorio y siempre que sean compatibles con las ya adoptadas por las autoridades competentes en virtud de los arts. 5 a 8 y después de haber avisado a las autoridades competentes según el art. 5

VI.Consideraciones finales

Del breve examen realizado puede deducirse el interés del tema y el avance que significa el texto adoptado, que responde a una necesidad evidente. Como puso de relieve el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en 1995, la población mundial envejece de forma espectacular: el número de personas mayores de 80 años era de sólo 13 millones en 1950, mientras que hoy supera los 50 millones y se calcula que en el año 2025 serán 137 millones. Este envejecimiento de la población va acompañado de una mayor movilidad y, desde una perspectiva española, es clara la presencia de personas jubiladas que vienen buscando el sol y la buena temperatura de que no disfrutaban en sus países de origen y deciden instalarse en la Costa del Sol, en Canarias o en Mallorca. El problema de los ancianos es el que ha estado en la mente de todos, ya que, en realidad, las personas incapacitadas son proporcionalmente pocas y la situación resulta más clara y menos compleja que la que se produce en relación a este numeroso grupo de personas que han sido perfectamente capaces, que no tienen, en principio, ninguna causa de incapacidad y que, sin embargo, sufren una disminución de sus facultades en razón de la edad, que les impide regir adecuadamente su persona y/o sus bienes, a lo que se añade el elemento de su fácil influenciabilidad por terceras personas, no siempre bien intencionadas.

Por estas razones tiene que ser bienvenido un Convenio que pretenda dar respuesta, limitándose a esta perspectiva del Derecho internacional privado, a estas situaciones. Incluso, desde esta perspectiva podrá decirse que el Convenio podía haber llegado más lejos. Pero este Convenio, como todos los demás, ha llegado hasta donde ha sido posible, es decir, hasta donde ha sido posible alcanzar el acuerdo de los Estados, ya que no se trata de obtener una mayoría que permita adoptar el texto, sino de que el mismo texto sea aceptable para los Estados, de tal forma que firmen y ratifiquen el Convenio o, en su caso, se adhieran al mismo, ya que el éxito o el fracaso de un Convenio depende, en definitiva, de su aplicación práctica. Por el momento, todavía es pronto para considerar cual será la vida de este Convenio pero, sin duda, constituye un elemento de progreso en el ámbito de la protección internacional de los adultos.

El Convenio contiene algunas disposiciones que pueden resultar complejas, pero, en su conjunto, resultan aceptables y, por tanto, pueden no plantear problemas para su inclusión en nuestro ordenamiento interno. No obstante, dos son los datos que deben tomarse en cuenta. El primero se refiere al interés que España pueda tener, a título individual, en ratificar el Convenio; de hecho, el Convenio modifica elementos importantes de nuestro Derecho internacional privado autónomo y, por tanto, únicamente podría tenerse interés en firmar y ratificar el Convenio si los países de los que proceden muchas de las personas que eligen España para instalarse en su vejez lo hicieran también. El segundo dato se refiere a España en cuanto miembro de la Comunidad Europea y, en este sentido, es posible, por una parte, que la Comunidad recomiende la ratificación del Convenio o, por otra parte, que en virtud del polémico art. 65 TCE decida tener un instrumento propio al respecto, teniendo en cuenta que la movilidad intraeuropea es la más importante. Estamos, pues, en una situación expectante y llena todavía de interrogantes, pero con un texto que incluye soluciones nuevas para los problemas presentes y, en particular, en lo que se refiere a la voluntad del propio adulto manifestada con anterioridad a la situación de imposibilidad de regir su persona y/o sus bienes.

Notas

1 - La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado se reúne en Sesión diplomática cada cuatro años. No obstante, cuando un tema se encuentra suficientemente avanzado para permitir la adopción de un texto con anterioridad, puede reunir una Comisión especial de carácter diplomático, como ha sido ahora el caso.

2 - El texto del Convenio puede verse en la dirección www.hcch.net. Igualmente puede encontrarse la bibliografía y otros datos que pueden resultar de interés en relación a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Siendo el francés y el inglés las lenguas oficiales de la Conferencia, el texto se encuentra únicamente en estas lenguas. Una versión castellana se encuentra en preparación en coordinación con los demás países hispanoparlantes miembros de la Conferencia de La Haya, igual que se ha hecho en relación a los demás convenios de La Haya. Los resultados de esta unificación de la versión castellana en González Campos, J.D. – Borrás, A., *Recopilación de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993) – Traducción al castellano*, Madrid (Ed. Marcial Pons), 1996.

3 - Sólo llegaron a ser parte Alemania, Francia, Hungría, Italia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia. Después, fue denunciado por Alemania, Francia, Hungría, Holanda y Suecia. Su texto, situación y bibliografía relativa al mismo puede consultarse en la dirección señalada en la nota anterior.

4 - En el acta final de la XVIII Sesión de la Conferencia (1996) se acordó que "los trabajos sobre la elaboración de un Convenio sobre la protección de adultos deben proseguirse tras la adopción de un proyecto de Convenio sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores".

5 - El texto aprobado, como todos los Convenios de La Haya, irá acompañado del Informe explicativo de su relator, que en este caso, al igual que en el de protección de niños, ha sido el Prof. Paul Lagarde. En estos momentos, todavía no está disponible. Debe destacarse la utilidad de estos informes, ya que permiten saber cual es el sentido que la Comisión ha pretendido dar a las diferentes disposiciones, constituyendo así, en cierta medida, la interpretación "auténtica" del Convenio.

6 - Y, particularmente, desde el Convenio de Naciones Unidas sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Al respecto, Borrás, A. "El 'interés superior del menor' como factor de evolución y progreso del Derecho internacional privado", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, pp. 915-968.

7 - Y es por esta razón que, en el caso de España, no resultaría contrario al art. 24 de la Constitución Española, ya que la exigencia de juez predeterminado por la ley puede entenderse cumplida desde el momento que se trata de una lista cerrada y, en tal sentido, podría equipararse a la existencia de unos foros alternativos.

8 - Es decir, tratándose de obligaciones contractuales, se aplicarían, en su caso, las normas del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y en los demás casos, las normas de conflicto del Derecho internacional privado autónomo.

9 - A diferencia de lo que hacen los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1968 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil y, más recientemente, el Convenio de Bruselas de 1998 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial (Bruselas II).

10 - El ejemplo más significativo lo constituye la aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

11 - El denominado "Comité de cláusulas federales", que se ocupa globalmente de estas cuestiones, estuvo presidido por Alegría Borrás.

12 - Por ej., el *mandat d'inaptitude* existente en Quebec.

13 - Al respecto, resulta significativo el ejemplo del art. 5 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte.

14 - Del que formó parte Elisa Pérez Vera.

15 - Documento de trabajo nº 114, conteniendo la propuesta de las delegaciones de Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Croacia, Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Marruecos, Países Bajos, Portugal, República checa, Reino Unido y Suiza.