

LA PROTECCIÓN DE PERSONAS ADULTAS EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS E INTERNAS: EN BUSCA DEL TIEMPO PERDIDO

The protection of adults in cross-border and internal situations: in search of lost time

M^a PILAR DIAGO DIAGO¹

RESUMEN: Este estudio analiza en profundidad el sistema español de protección de adultos en situaciones transfronterizas e internas, revelando sus deficiencias y proponiendo soluciones para su mejora. Aporta una visión crítica y constructiva, con bases legales e interpretativas sólidas, para perfeccionar las normas de Derecho Internacional Privado e interregional en este ámbito. Se aborda, igualmente, el análisis de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea de protección de adultos, entrelazado con los diferentes temas tratados; sin olvidar el gran referente que es el Convenio de la Haya en esta materia. A su vez, se ofrece un análisis jurisprudencial relevante y se analiza la función notarial con especial atención a los poderes preventivos.

PALABRAS CLAVE: Protección de personas adultas, Derecho Internacional Privado, Derecho Interregional, capacidad legal, Convención de la Haya sobre protección internacional de adultos (2000), CNUDPD, Propuesta de Reglamento de protección de adultos.

ABSTRACT: The present study analyses in depth the Spanish system of adult protection in cross-border and domestic situations, revealing its shortcomings and proposing solutions for its improvement. It provides a critical and constructive vision, with solid legal and interpretative bases, in order to improve the rules of Private International and Interregional Law in this field. It also addresses the analysis of the Proposal for a European Union Regulation on the protection of adults, intertwined with the different subjects dealt with, without forgetting the great reference point that is the Hague Convention in this matter. At the same time, a relevant jurisprudential analysis is offered and the notarial function is analysed with special attention being paid to preventive powers.

KEYWORDS: Protection of adults, Private International Law, interregional Law, legal capacity, Hague Convention on the international Protection of Adults (2000), UNCRPD, Proposal for a Regulation on the protection of adults.

SUMARIO: I. Presentación del estudio. II. Marco de situación. III. Objetivos a lograr desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y medios para alcanzarlos. IV. Sistema español de protección de adultos en situaciones transfronterizas e internas. 1. Ley 8/2001: la oportunidad perdida. 2. Análisis

¹ Dra. M^a Pilar Diago Diago, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza mpdiago@unizar.es. Responsable editorial de la Revista científica *Bitácora Millennium DIPr* <https://www.millenniumdipr.com/bitacora> miembro del Instituto de investigación IEDIS y del grupo de investigación *Ius Familiae*.

jurisprudencial. 3. La función notarial con especial atención a los poderes preventivos. V. Consideraciones finales y perspectiva de futuro: Reglamento sobre la protección de adultos. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO²

Una de las evoluciones más apasionantes que se han producido en la sociedad contemporánea con reflejo, impulso y retroalimentación con el ámbito jurídico, ha sido la del tratamiento otorgado a las personas vulnerables. Al respecto, cabe recordar que, en el mundo antiguo, la percepción que se tenía de las personas con discapacidad era negativa. Existía rechazo y miedo por parte de la sociedad e incluso se creía que la discapacidad era un castigo de los dioses.

El Derecho Romano buscó fórmulas que salvaguardaran la capacidad de obrar de los discapacitados, a través de la cura (Pérez-Gómez, 2019, capítulo 1). Poco a poco la tutela fue la figura mayormente adoptada, por los diferentes ordenamientos jurídicos para el amparo de las personas necesitadas de ayuda.

Ahora bien, la protección dispensada a través de la tutela llevaba implícita una merma de los Derechos fundamentales de las personas vulnerables y de su personalidad. La percepción de estas consecuencias reclamaba una corrección, desde la misma perspectiva de los Derechos Humanos. Es lo que se pretende conseguir con la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2007, que proclama su igual reconocimiento ante la ley (art. 12).

Con esta Convención llegan vientos de cambio que barren anticuados planteamientos jurídicos y alientan reformas legislativas que se aprueban en cadena en diferentes Estados del mundo. A ello no ha sido ajeno nuestro propio ordenamiento jurídico que, con notable retraso, se ha tratado de adecuar al Convenio de Nueva York.

Sin perjuicio de otras normas³, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴ ha sido la gran protagonista de la reforma. El último hito lo configura la reciente modificación de la Constitución española.

² Parte de las conclusiones de este estudio fueron expuestas en el Seminario organizado por la CDNIC titulado “Balance de la aplicación de la Ley 8/2021 en perspectiva nacional, internacional y comparada” celebrado el 13 de diciembre de 2023 en Sevilla. Agradezco a su Director el Dr. Rodríguez Benot la invitación y la oportunidad de intercambiar impresiones con operadores jurídicos especialistas en el tema nacionales e internacionales. Se puede acceder a la grabación del Seminario en el siguiente enlace <https://www.youtube.com/watch?v=Ajtte1NMEA>

³ Como son la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

⁴ BOE nº. 132, de 3 de junio de 2021.

En efecto, el artículo 49 de la Constitución ha sido objeto de modificación, tanto en lo que se refiere al lenguaje empleado como a su contenido para (según se señala en el preámbulo) “reflejar los valores que inspiran la protección de este colectivo, tanto en el ámbito nacional como internacional”⁵.

Así el art. 49 pasa a ser “modernizado” en los términos siguientes:

“1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.

Pues bien, no es objeto de este trabajo analizar las nuevas tendencias del Derecho Civil de los diferentes Estados, que han cristalizado en nuevas formas protectoras de las personas mayores. Tampoco lo es el estudio del Derecho material español que consagra, con estilo propio, la “capacidad de las personas discapaces” y que ha sido y está siendo objeto de interesantes estudios por parte de colegas de otras disciplinas. La perspectiva que ofrece este estudio es estrictamente la de los conflictos de leyes⁶.

La creciente heterogeneidad de las legislaciones nacionales en materia de discapacidad, genera un impacto significativo en las situaciones transfronterizas, cuyo número aumenta exponencialmente, a la par que la reclamación de óptimas soluciones conflictuales.

Como se va a tener ocasión de demostrar, un deficiente sistema internacional privatista bloquea la consecución de los objetivos trazados en la Convención. Ello, sin embargo, pasa desapercibido al legislador (no sólo al español) que sigue tratando de dar las mejores soluciones materiales, sin darse cuenta de que, si no van acompañadas de buenas soluciones internacional privatistas, el sistema inevitablemente fallará.

El estudio toma como referente el sistema español actual de protección de adultos en situaciones transfronterizas e internas. Pone de relieve sus deficiencias y proporciona las bases de una deseable mejora, orientada al perfeccionamiento de las normas de Derecho Internacional Privado patrio.

Al respecto, cabe advertir que la Unión Europea, a través del futuro Reglamento de protección de adultos⁷ relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la

⁵ Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024 BOE nº 43, sábado 17 de febrero de 2024.

⁶ Por lo que respecta a la reforma parcial operada por esta ley a normas del Código Civil reguladoras de la adquisición de la nacionalidad v. (Goñi Urriza, 2022, pp. 141-146)

⁷ Propuesta del Reglamento de protección de adultos: Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos COM (2023) 280 final 2023/0169 (COD).

ejecución de las medidas y la cooperación, crea una tierra de esperanza, en la medida en que salvará, en principio, la situación generada por la mala *praxis* legislativa del legislador español. Ahora bien, esta afirmación requiere de matización.

Por un lado, la propuesta de Reglamento presenta una alta complejidad, que puede ser un obstáculo para la consecución de sus objetivos. Por otro lado, no nos libraré del juego de las normas de Derecho aplicable españolas, por lo que se refiere a la dimensión interna. Ello es así, porque es más que previsible, como ocurre hasta ahora, que el Reglamento no sea aplicable a ella. Todo ello, sin contar, con el tiempo que queda para que la Propuesta se convierta en un Reglamento plenamente aplicable.

No debe, por tanto, emplearse la perspectiva de futuro, en el ámbito de la Unión Europea con el Reglamento, como una excusa para la inacción de nuestro legislador. En este estudio se aborda, igualmente, el análisis del Reglamento entrelazado con los diferentes temas tratados; sin olvidar el gran referente que es el Convenio de la Haya de protección de adultos⁸. Se proponen, igualmente, pautas de mejora en la implementación del mismo por parte de sus Estados miembros, entre los cuales no está España.

II. MARCO DE SITUACIÓN

Para trazar un mapa del marco de situación del tema objeto de estudio, es necesario presentar las coordenadas fácticas y jurídicas actuales. Se trata de dos planos de la realidad que describen el panorama complejo en el que debe operar el Derecho Internacional Privado, con un objetivo principal: lograr la mejor protección de los adultos en situaciones transfronterizas e internas.

En este contexto, lo primero que se debe delimitar es quienes serán las personas necesitadas de protección. La imagen que se suele ligar a la idea de discapacidad es la de personas muy mayores con diversas enfermedades y achaques. Rara vez se piensa en un adulto joven. No obstante, las estadísticas demuestran que cada vez existen más casos de jóvenes vulnerables. Lamentablemente las adicciones a las drogas, incluido el alcohol, crecen, lo mismo ocurre con los trastornos alimenticios y con el dramático fenómeno de la autolisis.

Por poner un ejemplo mediático internacional, la imagen de Britney Spears no se hubiera relacionado directamente con el ideario de una persona necesitada de protección. Sin embargo, estuvo bajo la tutela de su padre en contra de su deseo. Estos lamentables hechos dieron lugar al nacimiento del famoso movimiento “free Britney” y al proyecto de ley del mismo nombre, que tenía como finalidad mejorar la transparencia y la seguridad en el proceso de tutela (Heggings, 2021).

Por el contrario, la calidad de vida de las personas mayores se ha elevado y el paso del tiempo no va siempre inexorablemente unido a una vulnerabilidad necesitada de

⁸ Estado actual y otras informaciones en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=71> Este Convenio marca una nueva etapa v. al respecto (Borras Rodríguez, 2000) y (Lagarde, 2000).

protección⁹. Si bien, es cierto que el número de personas que necesitarán ayuda crece, al crecer la esperanza de vida de la población. Si nos situamos en España dentro de 9 años, residirán 19,7 millones de personas mayores de 64 años. 23.428 personas tendrán para entonces más de 100 años de edad, casi el doble que los 12.033 centenarios actuales¹⁰.

Observada la heterogeneidad de los grupos necesitados de apoyo, es fácil comprender la importancia de delimitar, con claridad, las personas que deben ser objeto de protección, tanto nacional como internacional, a nivel legislativo. Al respecto, resulta curioso que la ley 8/2021 no contenga una definición de discapacidad, lo cual no es óbice para no poder identificar a este colectivo, al cual pertenecen los supuestos señalados. Basta con recurrir a la Convención de Nueva York que en su artículo 2 señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por su parte, el Convenio de La Haya describe muy bien su ámbito de aplicación (focalizado en la protección internacional de los adultos) al proporcionar una acertada descripción en su art. 1.1:

“Adultos que por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses”.

Una perspectiva propia de tiempos pasados identificaba, de inmediato, a las personas necesitadas de apoyo con su casi inexistente movilidad. Estaban llamados a morir donde residían, que solía ser el mismo lugar en el que habían nacido. Las coordenadas fácticas que se producen en el mundo actual, están lejos de estos postulados, pues se refiere a la movilidad de las personas, también de las que requieren de protección y no sólo a nivel nacional, sino también internacional.

Al respecto es muy significativa la exposición de motivos de la Propuesta del Reglamento. En ella se reconoce que, a falta de estadísticas, se estima que el número de adultos acogidos a una medida de protección por una autoridad judicial o administrativa en situaciones transfronterizas en la UE se sitúa entre 145.000 y 780.000¹¹.

⁹ De hecho, un reciente estudio liderado por la Universidad de Zaragoza concluye, en contra de una extendida creencia, que no todas las personas se deterioran cognitivamente cuando avanza su edad: 81,7% de los varones y el 50,2% de las mujeres no se deterioraron cognitivamente a lo largo de 12 años de seguimiento del estudio. http://www.unizar.es/actualidad/vernoticia_ng.php?id=81747&idh=12439&pk_campaign=iunizar20240312&pk_source=iunizar-personalunizar

¹⁰ Consulta de datos “habitantes, envejecimiento e indicadores de bienestar” disponible en <https://www.sanidad.gob.es/gl/estadEstudios/sanidadDatos/tablas/tabla.htm> y Solidaridad intergeneracional <https://solidaridadintergeneracional.es/wp/la-esperanza-de-vida-en-2023-subira-a-818-anos-para-los-hombres-y-a-87-para-las-mujeres/>

¹¹ Estas cifras están basadas en datos demográficos de Eurostat de 2020 sobre la movilidad de la población de la UE y estimaciones o datos sobre el número de adultos acogidos a una medida de protección en los Estados miembros v. nota 1 Exposición de motivos p.1.

La pregunta que cabe hacer es ¿Cuáles serán estas situaciones transfronterizas?

La respuesta es sencilla en un mundo globalizado y digitalizado. Los adultos pueden tener que realizar gestiones relacionadas con sus negocios, activos, bienes inmuebles, compra venta o alquiler de propiedades situados en otros países. Pueden también requerir de asistencia médica programada o de emergencia en el extranjero o incluso dentro de España en diferente Comunidad Autónoma de la que residen. Igualmente, pueden querer trasladarse a otro país o a otra Comunidad Autónoma dentro de España por motivos diversos.

En este contexto de movilidad internacional, España ocupa una posición privilegiada como potencia en gerontomigración¹². Es uno de los países de la Unión Europea más atractivos para el retiro, no sólo de ciudadanos europeos, sino también de ciudadanos que proceden de terceros Estados. Estas personas eligen España como lugar de residencia para pasar su edad dorada, con buen clima, preciosos paisajes, buena comida y con un nivel de vida más bajo que el que tienen en su país de origen.

Existe, además, otro atractivo más oculto que es el de la atención sanitaria. Al margen de los beneficios de la sanidad pública española, la privada suele ser más económica que la de los países de procedencia de los mayores. Ello también constituye un atractivo para fijar la residencia en nuestro país.

Pues bien, cuando se crean situaciones transfronterizas, a lo que se enfrentan estos adultos necesitados de protección es al Derecho Internacional Privado y aquí entran en juego las coordenadas jurídicas. En estas situaciones transfronterizas, los adultos se verán sorprendidos por normas complejas y a veces contradictorias del Derecho Internacional Privado de los Estados.

Tales normas se refieren a los tres sectores de la disciplina. Así, será necesario determinar el órgano jurisdiccional competente para adoptar medidas de protección, la ley aplicable conforme a la cual se tomarán y el reconocimiento y en su caso, ejecución de las resoluciones adoptadas; sin olvidar los efectos otorgados a los poderes de representación otorgados en el extranjero.

Las diferentes normativas internacional privatistas, vienen a completar la diversidad existente respecto de los derechos materiales de los Estados y respecto de la heterogeneidad de los grupos necesitados de apoyo. Todo ello acentúa la incertidumbre y la inseguridad jurídica, que se genera cuando existen estas relaciones transfronterizas que afectan a los mayores y también, como se verá, a sus representantes.

Valga como muestra de la problemática que se plantea el que, en ocasiones, las medidas de protección y los poderes otorgados a los representantes, no son reconocidos finalmente por los órganos jurisdiccionales extranjeros. Situación de no reconocimiento de tales poderes que se reproduce, igualmente, respecto de agentes no judiciales como bancos, personal médico o agentes inmobiliarios¹³.

¹² Término muy gráfico que fue acuñado por la Dra. Mayte Echezarreta Directora del observatorio Europeo de gerontomigraciones <http://www.gerontomigracion.uma.es>. Para un acercamiento en detalle v. (Echezarreta Ferrer, 2018, pp. 223-229).

¹³ V. "Razones y objetivos de la Propuesta de Reglamento" en su Exposición de motivos pp. 1-2.

En otras ocasiones, medidas de protección con el mismo nombre (como puede ser la curatela, guarda, tutela) difieren en su contenido en los diferentes sistemas jurídicos, provocando una “transformación” inesperada cuando se cruza la frontera. Todo ello da cuenta de la inseguridad jurídica existente, que es puesta de manifiesto en la Exposición de motivos de la propuesta de Reglamento.

En todo caso, la protección de adultos en situaciones transfronterizas es todo un reto para el Derecho Internacional Privado que, como se va a exponer, difícilmente puede abordarse desde una perspectiva autónoma de cada Estado. El compromiso de los países es vital y la cooperación entre ellos es la vía más adecuada para afrontar de la mejor manera posible este reto.

III. OBJETIVOS A LOGRAR DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL PRIVATISTA Y MEDIOS PARA ALCANZAROS

El objetivo nuclear, tal y como se ha expuesto, es el de conseguir la mejor protección posible de los adultos, necesitados de ella, en situaciones internacionales e internas. Para ello debe cumplirse con los deberes que, los Estados como España, asumieron al firmar el Convenio de Nueva York. Ello implica, como ya se ha señalado, reconocer la capacidad jurídica de las personas necesitadas de apoyo, en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida (art. 12). Más allá de ello, implica, de igual forma, reconocer derechos concretos que tienen una gran implicación en el ámbito transfronterizo.

Dentro de estos Derechos se encuentra, precisamente, la libertad de desplazamiento, la libertad para elegir su residencia, el derecho a una nacionalidad (art. 18), el respeto a su privacidad. Sin olvidar los derechos que se focalizan en la tenencia y gestión del patrimonio de las personas con discapacidad. Al respecto el art. 12.5 establece que “todos los Estados parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

Para lograr todos estos objetivos es imprescindible garantizar la continuidad en el espacio de la protección de los adultos vulnerables, cuando se produzca una situación transfronteriza. De nada valdrá establecer una protección muy cuidada en el ámbito interno, si cuando el adulto cruza la frontera (ejerciendo su derecho a la libertad de movimiento) tal protección se esfuma.

Las consecuencias pueden conllevar, como se ha visto, que medidas adoptadas conforme a la ley aplicable, puedan no ser reconocidas en el nuevo país de residencia o puedan sufrir una transformación inesperada. Puede, incluso, darse situaciones en los que la ley de la nueva residencia pueda ser incompatible con las medidas ya adoptadas en otro país, dada la alta diversidad normativa. Es fácil, desde estos postulados, deducir lo perjudiciales que son estas situaciones para los intereses de los adultos.

En esta línea se situaría, también, la continuidad de la eficacia de los de los poderes otorgados por un adulto, en previsión de su necesidad de apoyo, cuando están llamados a desplegar sus efectos en otro país. Obsérvese que el no reconocimiento de estos poderes es tanto como no respetar la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, consagrada en el art. 3 de la Convención.

A su vez, y ya en el ámbito contractual debería establecerse campos jurídicos seguros para la contratación con personas necesitadas de protección en el ámbito internacional. Cabe llamar la atención en la paradoja que se produce cuando se les reconoce el derecho a negociar y a controlar sus asuntos económicos y no se refuerza la protección de los terceros de buena fe que pueden contratar con ellos. Me refiero a las situaciones en las que se termina celebrando contratos claudicantes. Esto es, contratos válidos en un Estado, por ejemplo, en el de la contratación, e inválidos en otro, como puede ser el de la ejecución del contrato.

Para lograr estos objetivos existen diferentes posibilidades. Una de ellas es la de diseñar un sistema eficiente de protección de adultos, por parte del Derecho Internacional Privado autónomo de cada Estado. Este sistema beneficiaría a los mayores necesitados de apoyo en el país de referencia y a los que han traspasado la frontera, e implicaría una adecuada gestión del reconocimiento de las medidas y de los poderes que se hubieran podido tomar en otros Estados.

Ahora bien, esta solución no es la panacea, puesto que no podría garantizar que la deseable protección otorgada en ese Estado, se extendiera más allá de sus fronteras; ni que los poderes que pudieran haberse otorgado en ese país, circularan sin trabas en otros Estados. Es evidente que ello sólo sería posible con la consiguiente cooperación de los Estados y para ello debe recurrirse al modelo tradicional de los Convenios y, en el ámbito de la Unión Europea, a los Reglamentos.

Como ya se ha señalado, en el ámbito convencional ya existe un Convenio que implica la necesaria cooperación entre los Estados: el Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos de 13 de enero de 2000. El Convenio tiene como misión evitar los conflictos entre los sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas para la protección de los adultos. Para ello, configura un sistema que aborda los tres sectores ya indicados del Derecho Internacional Privado. Otorga, por lo demás, una especial atención a la cooperación.

Conviene retener que no se trata de un Convenio uniformizado. La dinámica que sigue es conflictual, es decir, no trata de homogeneizar el Derecho material de los diferentes Estados miembros, sino que utiliza los instrumentos conflictuales para tratar de ofrecer la mejor solución.

El Convenio pese a su objetiva utilidad constatada en los países que lo han ratificado, no ha tenido el éxito que se esperaba. En este momento son sólo 12 los Estados miembros parte del Convenio: Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Letonia, Grecia, Malta y Portugal. También está en vigor en Reino Unido, si bien, sólo para Escocia y en Europa, para Suiza y Mónaco.

La Unión Europea consciente de la importancia del tema y de la importancia de contar con un marco convencional, como el que dispensa el Convenio, ha invitado a los Estados miembros a ratificarlo. Debe recordarse que desde el año 2008 ha sido explícitamente refrendado por el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea¹⁴.

En estos momentos, esta es sólo una parte de la estrategia de la Unión Europea, que se ha tornado mucho más ambiciosa. El futuro legislativo se quiere construir con un Reglamento y, como ya se ha expuesto, se ha formulado la Propuesta del mismo relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de adultos.

El objetivo del Reglamento lo describe nítidamente el Parlamento Europeo al declarar que “la acción de la Unión en el ámbito de la protección de los adultos vulnerables debe tener como principal objetivo garantizar la circulación, el reconocimiento y la ejecución por parte de las autoridades de los Estados miembros de las medidas de protección tomadas en favor de un adulto vulnerable por las autoridades de otro Estado miembro, en particular la difusión y el reconocimiento de los mandatos de incapacidad, así como reforzar la cooperación entre los Estados miembros a este respecto”¹⁵.

La propuesta de Reglamento se asienta en el Convenio de La Haya, si bien trata de mejorarlo en el contexto de la Unión. No debe olvidarse que el Convenio cumple 24 años y necesita ciertas mejoras que en el marco de la Unión Europea se pueden alcanzar con cierta facilidad. Me refiero, de manera especial, a la creación del certificado de representación europeo que es la iniciativa, quizás, más interesante de la normativa proyectada¹⁶.

España por motivos difíciles de entender y más de justificar, no es parte del Convenio de La Haya¹⁷. La vía elegida para la protección de adultos es la autónoma que, como se ha indicado, ya de origen y por sí misma, no puede alcanzar los objetivos descritos. Corresponde ahora analizar si, al menos, el sistema trazado es lo más eficiente posible o presenta defectos internos y estructurales que reclamarían una modificación, esta vez, bien informada.

IV. EL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE PERSONAS MAYORES: LEY 8/2001, LA OPORTUNIDAD PERDIDA

¹⁴ El Parlamento Europeo pidió a la Comisión que presionara políticamente al Consejo y a los Estados miembros para aumentar el número de ratificaciones y solicitó a la Comisión una propuesta de Reglamento v. Informe con recomendaciones a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085 (INL) PE593.997v02-00).

¹⁵ P. 5 del informe *op.cit.*

¹⁶ Como acertadamente señala González Marimón, es el gran protagonista de la propuesta v. su estudio (González Marimón, 2023, 442-443). Para una presentación general de la propuesta de Reglamento v. (Febles Pozo, 2023).

¹⁷ V. sobre los argumentos para la adhesión con claridad e impecable interpretación (Vargas Gómez-Urrutia, 2023,163-190).

Con el título de este epígrafe ya se adelanta la conclusión. Como ya he argumentado en otros estudios (Diago Diago, 2021), la coyuntura que ofrecía la ley para diseñar un sistema avanzado de protección de adultos, que se alinearía con lo establecido en el Convenio de La Haya, no se aprovechó. La reforma fue superficial y se redujo, en el ámbito de la ley aplicable, a dos preceptos: art. 9.6 y art. 10.8 del Código Civil.

El legislador olvidó la sincronización con la norma de competencia judicial internacional. Además, no tuvo en cuenta el ámbito del Derecho Interregional, que es tan importante en este tema, dada la movilidad dentro de nuestras fronteras. Como se va a ver, la modificación ha generado distorsiones en el sistema, sin corregir las que ya existían.

1. Distorsiones del sistema

Como ya se ha anunciado, el artículo 9.6 CC en su segundo apartado, es objeto de una modificación que resulta más perturbadora que otra cosa. La redacción actual dispone:

“La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes”.

Mientras que la redacción anterior señalaba:

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

Se puede observar que el cambio que se opera respecto de la anterior redacción es, en principio, meramente “estético”. En concreto el término “protección de personas mayores de edad” se sustituye por “medidas de apoyo para personas con discapacidad”. Las conexiones son las mismas y el resto del precepto no experimenta cambios. Ello implica que el sistema no mejora respecto del anterior y podría pensarse que, al menos, no empeora. Sin embargo, un tratamiento en conjunto de las consecuencias de esta “inocente” modificación, demuestra que se introducen distorsiones en el sistema que conducen, finalmente, a desmejorarlo.

La primera distorsión está directamente relacionada con la terminología que se ha introducido. De los debates parlamentarios cabe deducir que la motivación que originó su introducción, fue la de homogeneizar la terminología del conjunto de la norma. Probablemente no se pensó en que con este cambio se estaba introduciendo una

categoría jurídica, poco flexible, en el supuesto de hecho de la norma de conflicto; lo cual puede conllevar problemas de calificación¹⁸.

La utilización de categorías jurídicas amplias como “la protección de personas mayores” evita el que se produzcan problemas de calificación que, ahora, se pueden producir dadas las grandes diferencias que existen entre los diversos Derecho materiales (como ha sido puesto de relieve en el análisis de las coordenadas jurídicas). Obsérvese que con el art. 9.6 actual, habrá que determinar la discapacidad (cuando no se ofrece una definición en la ley 8/2021) y delimitar, en su caso, lo que se entiende o no, por medidas de apoyo¹⁹.

La utilización de la categoría de “protección de personas mayores” evitaba cualquier problema de calificación, puesto que aprehendía en el supuesto de hecho, a cualquier institución o medida (conocida o desconocida por nuestro sistema) que estuviera orientada a la protección del mayor; Entendiendo por mayor cualquier persona necesitada de protección, que puede no ser considerada como discapacitada, conforme a los parámetros de otros ordenamientos jurídicos.

Desde esta perspectiva, y en el contexto generado por la reforma, cabría preguntar si ¿una persona adulta que necesita apoyo o consejo es una persona con discapacidad? Porque según reza el precepto, las medidas de apoyo se refieren a personas con discapacidad. Ahora bien, en Derecho comparado existen instituciones y medidas de protección que no se condicionan a la discapacidad de la persona. Es más, en muchas ocasiones los mayores pueden necesitar un apoyo puntual, sin que concurra en ellos ninguna discapacidad.

Tampoco resulta acertado haber suprimido la concreción “mayores de edad”. La nueva redacción se refiere sólo a personas con discapacidad, por lo que la cuestión inmediata que se plantea es si ¿se refiere también a los menores de edad con discapacidad? La redacción del art. 9.6 requiere de una interpretación a la luz de lo dispuesto en su primer apartado que, a su vez, hace referencia al art. 9.4 CC. Esta interpretación no era necesaria con la redacción anterior del precepto.

En efecto, la ley aplicable a la protección de los menores se determinará de acuerdo al Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños en vigor para España desde el 1 de enero de 2011²⁰. En este sentido, nótese que la lógica legislativa de la Conferencia es impecable. Hasta los 18 años se aplica este Convenio (art. 2) y a partir de esa edad se aplica el Convenio de la Haya de protección de adultos, con la especificidad del art. 2.2 que establece que:

¹⁸ Problemas de calificación que se planteaban ya con las regulaciones anteriores v. (Diago Diago, 2001). y un análisis de D. Comparado en (García Cantero, 2014, 81-86).

¹⁹ Se deberá recurrir a una interpretación funcional tal y como señala (Álvarez González, 2022).

²⁰ Art. 9.6 apartado primero.

“El convenio se aplicará también a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de 19 años cuando se adoptaron dichas medidas”²¹.

En nuestro caso, al no ser España parte del Convenio de protección internacional de adultos, será el art. 9. 6 CC el que se aplicará a partir de los 18 años.

Lo óptimo hubiera sido, aprovechando la coyuntura que ofrecía la tan proclamada reforma, haber sustituido el término “mayores” por el de “adultos”. Se hubiera adoptado, de esta forma, la terminología del Convenio de La Haya que es también, la que ha acogido el proyecto de Reglamento “protección de adultos”. El legislador español no optó ni por mantener el término de protección de mayores, ni por “modernizarlo” acogiéndolo del Convenio. Lo que no es más que otro indicio de la poca atención que dedicó a esta importante norma de conflicto.

La conclusión por lo que se refiere a esta primera doble distorsión es clara, se han introducido problemas donde no los había.

La segunda distorsión está relacionada con la dualidad de leyes que entran en juego en el campo de la protección de personas adultas, que se podía haber corregido con la reforma, pero que no se hizo. Me refiero al juego del artículo 9.1 y del 9.6 del CC que van a confluír, irremediabilmente, en todos los casos en que los mayores necesitados de protección sean nacionales extranjeros con residencia en España.

En estos supuestos será la ley nacional del mayor la que determinará su capacidad y discapacidad (incapacidad en otros ordenamientos), pero será la ley de la residencia habitual la que se aplicará a las medidas de apoyo que requiera. Por lo que intervendrán dos normas diferentes, lo que puede llegar a plantear problemas de armonización por las razones ya expuestas. El legislador deja pasar la ocasión de acabar con esta distorsión que había sido detectada y puesto de manifiesto por la doctrina, ya en las redacciones anteriores del precepto²².

El Convenio de La Haya, por su parte, sí es sensible a este problema y es por ello que dispone en su art. 3 que las medidas de protección de adultos pueden referirse, en particular, a:

- a) “La determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección;”

²¹ V. en el mismo sentido el Proyecto de Reglamento de la Unión Europea.

²² Sobre los problemas de armonización que se planteaban ya con la redacción anterior de la norma v. en especial (Adroher Biosca, 2019, 175). En la misma línea (Vaquero López, 2016, 414-462) y (Chéliz Inglés, 2019). Sobre los problemas de armonización (Muñoz Fernández, 2009). Respecto del actual art. 9.6 v. valoración crítica de (Vaquero López, 2021a).

La siguiente alteración del sistema la genera el olvido por parte del legislador del primer sector de la disciplina. El cambio de términos (medidas de apoyo para personas con discapacidad) lo opera respecto de la ley aplicable y, por ende, lo proyecta en el art. 9. 6 CC, tal y como se ha visto, y en el art. 10.8, como se verá a continuación ¿Pero qué ocurre con la norma de competencia judicial internacional, esto es, con el art. 22 quáter de la LOPJ?

Esta norma establece que en su apartado b) que “los Tribunales españoles serán competentes en materias relacionadas con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando éstos tuvieran su residencia habitual en España”.

Por tanto, se mantiene el termino empleado en la redacción anterior del precepto y se genera una desalineación con las dos normas de conflicto. Vuelve a ponerse de manifiesto el descuido del legislador. Ahora bien, más allá de que se hubiera percatado de ello y hubiera introducido el nuevo término, lo que hubiera sido y continúa siendo necesario, es una modificación, en profundidad, que impulse la autonomía de la voluntad del mayor.

En coherencia con la propia Convención de Nueva York y el respeto a la autonomía individual y al Derecho a tomar las propias decisiones (art. 3 ya comentado), se impone que las personas mayores puedan elegir las autoridades competentes para su protección: supervisión de tutores u ocupación *ex lege* de los poderes del adulto etc.

Todo ello queda fuera del control del mayor en nuestro sistema, dado que el art. 22 bis) de la misma LOPJ dispone, literalmente, que “no surtirán efectos los acuerdos que atribuyan competencia a los Tribunales españoles si son contrarios a lo establecido en el mencionado art. 22 quáter”. Con ello se aprecia, de nuevo, que la legislación internacional privatista española, no cumple con los parámetros de la Convención de Nueva York, lo cual debe ser corregido.

En contraste, cabe poner de relieve que una de las novedades más importantes que incorpora la propuesta de Reglamento de la Unión Europea es, precisamente, la introducción de la autonomía de la voluntad, en el sector de la competencia judicial internacional. Si bien, el criterio atributivo de competencia general seguirá siendo la residencia habitual del adulto, tal y como dispone su artículo 5:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 del presente Reglamento, la competencia se determinará de conformidad con el capítulo II del Convenio de La Haya sobre la protección de los adultos”.

Se abre la elección de ley con las tres condiciones que establece el artículo 6 de la propuesta:

1. “No obstante lo dispuesto en el artículo 5, las autoridades de un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el adulto tenga su residencia habitual tendrán competencia cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) el adulto haya elegido a las autoridades de ese Estado miembro, cuando aun estaba en condiciones de velar por sus intereses;
- b) el ejercicio de la competencia responda al interés del adulto;
- c) las autoridades de un Estado miembro competentes en virtud de los artículos 5 a 8 del Convenio de La Haya sobre la protección de los adultos no hayan ejercido su competencia”.

Cabe indicar que la competencia atribuida a las autoridades de un Estado miembro, en virtud de la elección del foro, no será exclusiva. Lo que no debe extrañar porque la idea que subyace es la protección del mayor, en los supuestos en que las autoridades elegidas no hayan ejercido su competencia o se hayan inhibido. Así lo dispone el artículo 7 del proyecto²³.

“La competencia atribuida a las autoridades elegidas por el adulto de conformidad con el artículo 6 del presente Reglamento no será exclusiva y, en particular, no impedirá a las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 y 6 del Convenio de La Haya sobre la protección de los adultos ejercer su competencia, cuando las autoridades elegidas por el adulto no hayan ejercido su competencia o cuando se hayan inhibido.”

Cabe señalar que la propuesta trata de brindar los casos en los que las situaciones personales o económicas del adulto hayan cambiado, entre el momento en que haya elegido el foro y aquel en que necesite la protección. De ahí, que los tribunales elegidos puedan evaluar si tal elección sigue redundando en su interés²⁴.

Nuestra normativa no sólo queda desfasada desde el ángulo de la evolución proyectada por el Reglamento (fácilmente predecible), sino desde los postulados del Convenio de La Haya. No obstante, la gravedad del desfase es, aún mayor, si se observa desde el mismo espíritu de la Convención de Nueva York que aboga por la autodeterminación.

Sin ánimo de exhaustividad, todavía cabría señalar tres distorsiones más. La primera la arrastra ya la regulación anterior del precepto y es la relativa a que la norma aplicable sólo cuenta con un punto de conexión: residencia habitual de la persona con discapacidad. Se trata de una norma rígida que es incapaz de adaptarse a las circunstancias del caso concreto y que puede, incluso, representar un obstáculo a la movilidad.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que son muchas las ocasiones en las que las propias necesidades del tráfico externo, hacen conveniente recurrir a otra normativa, porque así lo requiere la protección del mayor. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos

²³ V. sobre la necesidad de “controlar” la autonomía de los adultos vulnerables el informe de (Lagarde, 2017).

²⁴ Así lo explica el considerando 20 de la propuesta de Reglamento “No obstante, teniendo en cuenta que la situación personal o económica de un adulto puede cambiar entre el momento en que se elige el foro y el momento en que el adulto necesite protección, los tribunales elegidos deben tener la posibilidad de evaluar si la elección realizada por el adulto sigue redundando en su interés en el momento en que se presente la demanda. Esta evaluación debe realizarse principalmente teniendo en cuenta la opinión de dicho adulto y la importancia de los cambios en sus condiciones de vida y en su patrimonio desde el momento en que se eligió el foro”.

frecuentes en los que se necesita de autorización para vender un bien de un adulto residente en España y que está situado en el extranjero. En estos casos, es evidente que lo óptimo sería que las autoridades españolas pudieran tomar en consideración la ley de la situación del inmueble, y conceder la autorización prevista por esta.

La solución no se torna difícil si se hubiera tomado como referencia la que acoge el Convenio de La Haya en su capítulo III, que es a la que se remite la Propuesta de Reglamento (art. 8). Así, las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley, tal y como dispone el artículo 13 en su primer apartado. No obstante, “en la medida en que lo requiera la protección de la persona o de los bienes del adulto, podrá aplicarse o tenerse en cuenta excepcionalmente la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho”, como así establece el segundo apartado del mencionado precepto.

La clave para lograr una mejora significativa en nuestra legislación, radicaría en introducir el posible juego de otras normas, bajo dos condiciones: que la ley de otro Estado presentara vínculos estrechos con la situación y que la aplicación de la norma fuera en interés del adulto.

Una formulación como la siguiente flexibilizaría el precepto y lograría su adaptación a la rica casuística que siempre ofrece el tráfico jurídico:

“No obstante, en interés del adulto, podrá aplicarse la Ley de otro Estado con el que la situación presente vínculo estrecho”²⁵.

Resulta cuando menos curioso que la ley 8/2021 no pivote respecto de lo que debería ser su espina dorsal, que es el interés superior del adulto, lo que sí ocurre en nuestra legislación con el interés superior del menor. Hacerlo penetrar, expresamente, en la norma de conflicto es esencial, en aras a procurar la mejor protección del mismo en las situaciones internacionales y también internas²⁶.

Precisamente el olvido del legislador de las situaciones internas es otro de los defectos que presenta el sistema. El art.9.6 no está adaptado a las situaciones del tráfico interno. Su sola lectura demuestra la falta de adaptación innegable al establecer que será de aplicación “la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes”. A lo que cabe preguntar ¿cuál de las leyes españolas que coexisten en España será aplicable? Es obvio que el legislador sólo estaba pensando en la dimensión internacional, cuando la dimensión interna es especialmente importante en este tema. No obstante, se va a ver arrastrada (vía mandato del art. 16 CC) por un precepto que, paradójicamente, no la tuvo en cuenta.

La movilidad dentro de España de personas necesitadas de protección es, probablemente, más frecuente que la internacional. De hecho, como se va a analizar

²⁵ V. esta propuesta legislativa en (Diago Diago, 2021, 17-18).

²⁶ Al respecto, la propuesta de Reglamento se refiere al interés del adulto, no al interés superior, si bien el objetivo principal de su protección es claro y el considerando 25 así lo manifiesta “... el objetivo subyacente del presente Reglamento que es facilitar el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la circulación de poderes de representación y proteger de forma eficaz el interés del adulto”.

más adelante, ya existen sentencias que ponen de manifiesto las dificultades de implementar esta solución jurídica en la práctica forense.

La conexión residencia habitual responde al alineamiento *fórum ius*, amén de ofrecer una buena localización de la situación jurídica en aras a la cercanía. Sin embargo, plantea problemas de determinación especialmente en el ámbito del Derecho Interregional. Por el contrario, la conexión vecindad civil genera una mayor estabilidad y sigue siendo la conexión estrella en el ámbito del Derecho de familia y sucesorio. Hubiera sido deseable y necesaria una profunda reflexión sobre las peculiaridades que presentan los conflictos de leyes internos y con ella, un estudio de la oportunidad de introducir la vecindad civil para el diseño de la norma²⁷.

Nótese, en este ámbito, las dificultades que se pueden generar en los supuestos de cambio de residencia del adulto dentro de España. En estos casos el art. 9.6 establece el que se aplique la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento de las medidas de protección acordadas conforme a la ley de la residencia anterior. Pues bien, como es bien sabido, en numerosas ocasiones los hijos se encargan del cuidado de los padres y reparten en el tiempo su estancia con ellos. Pueden estar viviendo en dos o tres comunidades autónomas por periodos iguales de tiempo durante el año ¿cuál será entonces la residencia habitual del mayor? Y por ende ¿cuál será la ley aplicable?

En estos casos reales (como el que se analizará en apartado siguiente, objeto de sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona), la determinación de cual es el lugar de la residencia habitual del mayor se torna hartamente difícil. Sin embargo, la utilización de la conexión vecindad civil, dotaría de seguridad y estabilidad a la protección del adulto; al margen de que mantendría la coherencia con el resto del sistema de solución de conflictos de leyes internas, tal y como está configurado en la actualidad.

Resta por analizar la segunda modificación que opera la ley 8/2021 en el ámbito del Derecho Internacional Privado, y que se focaliza en la excepción del interés nacional: Art. 10. 8 CC. La finalidad de esta cláusula es la protección de la seguridad del tráfico jurídico externo y de la buena fe negocial. Ya se ha señalado la importancia del tema cuando, en el acto jurídico del que se trate, intervenga una persona con discapacidad, de cara a la necesaria protección de terceros de buena fe que puedan contratar con ellos.

A diferencia de lo que ocurrió con el art. 9.6 CC, en esta ocasión sí que hubo un cambio significativo desde el proyecto de ley, hasta la versión actual del art. 10.8 CC. El proyecto se mantenía en el cambio estético que ya había operado el legislador respecto del art 9.6, manteniendo el resto de la redacción del precepto, así disponía que:

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

La redacción anterior establecía que:

²⁷ V. enmienda cit. por (Álvarez González, 2022).

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

Por tanto, el cambio que se pretendía introducir afectaba al término “extranjero incapaz” que era sustituido por “extranjero que no pueda contratar según su ley nacional” y respecto a la causa de la “incapacidad”, que se sustituía por “la causa de ello”.

Tal redacción introducía una fuerte ambigüedad al establecer la condición de que el extranjero no podía contratar según su ley nacional, sin aludir a la posible discapacidad. Eran muchas las dudas que generaba ¿Por qué no podía contratar sino era discapaz? ¿Se estaría entrando en terreno de orden público internacional? De hecho, el proyecto de norma recordaba el juego del artículo 9.1 según el cual la ley personal determinada por la nacionalidad rige la capacidad (Diago Diago, 2021, 13-14).

Afortunadamente no se llegó a aprobar esta redacción. La versión final por la que se optó, no es sino la incorporación material de la cláusula del interés nacional del art. 13 del Reglamento Roma I²⁸; con un cierto retoque: se sustituye la palabra “incapacidad” por “discapacidad” y se le da un enfoque unilateral²⁹. Así el actual art. 10.8 CC preceptúa que:

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

De nuevo cabe plantear si este cambio estético es suficiente para reforzar la cláusula del interés nacional, en lo que respecta a la protección de adultos. La respuesta es negativa³⁰. El legislador copia el término utilizado en la Convención de Nueva York y en el resto de normas españolas (en la actualidad también en nuestra Constitución) “discapacidad” y no mide las consecuencias de ese cambio.

En este sentido debe tenerse presente que el Reglamento Roma I se refiere a la capacidad e incapacidad, en un sentido que, en apariencia, pudiera parecer diferente a la terminología utilizada por el art. 10.8. En concreto, su art. 13 establece que:

“En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte”.

²⁸ Que ha sido, de hecho, objeto de críticas v. (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 2020, 384-387).

²⁹ V. (Adroher Biosca, 2022,447-462) y (Vinaixa Miquel, 2022).

³⁰ Resalta la ambigüedad del precepto (Vaquero López, 2021b).

El supuesto clásico sobre el que opera esta cláusula (cuyo origen jurisprudencial se encuentra en el famoso caso *Lizardi*)³¹, es aquel en el que el extranjero que contrata, por ejemplo, en España puede gozar de capacidad para hacerlo porque es mayor de edad, conforme al Derecho español; sin embargo, puede que no lo sea conforme a su ley personal. Entonces es cuando se despliega la cláusula del interés nacional del art. 13 del Reglamento Roma I.

Si la que juega es la cláusula del art. 10. 8 CC, la condición de su activación es que el nacional extranjero, en el caso planteado, sea incapaz conforme a la ley de otro país. Pues bien, el menor de edad conforme a su ley personal, no tiene por qué ser “incapaz”, sino, simplemente, una persona incapaz para contratar debido a su minoría de edad.

Vuelve a ser necesaria una interpretación del precepto y vuelve a constatarse la mala calidad técnica del mismo³², lo que resulta además, evidente, en un posible juego de la norma en el ámbito interregional (en virtud de la remisión del art. 16.1CC) si se tiene en cuenta las diferencias en las regulaciones de los Derechos que coexisten en España y la referencia única a la ley española (Calvo Caravaca, 1982, 215-220)³³.

De nuevo el legislador yerra y ni siquiera tiene en cuenta supuestos reales que se producirán en el tráfico jurídico externo, en el ámbito de la protección de los terceros, que pueden contratar con personas necesitadas de apoyo. Lo habitual es el que el adulto, necesitado de protección, actúe a través de su representante. En estos casos, el tercero pueda verse desprotegido, porque la otra parte no tuviera la condición de representante del adulto, en el Estado en que se celebra el acto.

La solución a este problema la proporciona el art. 17 del Convenio de la Haya³⁴ y es igualmente absorbida por la propuesta de Reglamento. A continuación, se reproduce el precepto. Basta una mirada rápida para observar que el legislador español ha obviado esta problemática.

Artículo 17

“1. No podrá impugnarse la validez de un acto celebrado entre un tercero y otra persona que tendría la condición de representante del adulto según la ley del Estado en que se haya celebrado el acto, ni el tercero incurrirá en responsabilidad únicamente por el motivo de que la otra persona no tuviera la condición de representante del adulto según la ley designada por las disposiciones del presente Capítulo, a menos que el tercero supiera o hubiera debido saber que la condición de representante se regía por esta última ley.

2. El apartado anterior será aplicable únicamente si el acto se hubiera celebrado entre personas que se encuentren en el territorio del mismo Estado”.

El art. 10.8 debería estar diseñado (como lo está en el Reglamento) como una cláusula general. En ella se encuadrarían, además de los supuestos de incapacidad por minoría

³¹ *Cour de Cassation* de 16 de enero de 1891.

³² Así lo pone de relieve (Esplugues Mota, 2023, 434).

³⁴ Este precepto dedicado a la incapacidad, constituye una excepción a la exclusión de la capacidad, del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1^º2).

de edad, aquellos supuestos en los que se contrata directamente con el adulto, que ha sido privado del poder de gestionar sus propios asuntos³⁵; siempre con la necesaria mejora de la técnica legislativa³⁶.

Para los casos de contratación a través de un representante del adulto, (si se quería una mayor especialización) podría haberse incorporado un precepto similar al art. 17 del Convenio de La Haya, más especializado. Ahora, nuestra cláusula de interés nacional requiere de un esfuerzo importante de interpretación, para ser aplicada a los supuestos señalados.

Afortunadamente, el juego del art. 10.8 CC será muy residual, puesto que el Reglamento Roma I es de aplicación universal (art.2). La cláusula española será desplazada, cuando el supuesto se sitúe dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. No debe olvidarse, sin embargo, que el desplazamiento no se producirá en el ámbito interregional en el que el art. 10.8 continuará siendo aplicable por mandato del art. 16.1 CC.

Un último apunte conviene realizar respecto de este tema, que resulta especialmente importante para la práctica notarial. Cabe recordar que el artículo 168 del Reglamento notarial da las pautas de actuación a los notarios a la hora de otorgar un documento cuando se enfrentan a esta figura.

“Art. 168. Cuarto. La capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante Notario español, si éste no la conociere, se acreditará por certificación del Cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España. Cuando se den los supuestos del número 8 del artículo 10 del Código Civil la capacidad de los extranjeros se calificará por el Notario con arreglo a la Ley española. Si en el Estado de que el extranjero otorgante fuese ciudadano no se usare más que el nombre y el primer apellido, el Notario se abstendrá de exigirle la declaración del segundo, aunque se trate de documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al artículo 145 de este Reglamento”.

Por las fechas no se incorporó la clausula del artículo 13 del Reglamento Roma I, al ser posterior. No obstante, resulta muy conveniente que en las escrituras se hiciese constar este precepto, que desplazará al 10.8 en la mayoría de los casos, así como la referencia al art.168 del Reglamento notarial.

Por todo ello, lo que se propone Introducir es una cláusula en la escritura en que se haga constar que las partes declaren ser capaces para la celebración del contrato a los efectos del art. 13 del Reglamento Roma I, art. 10.8 CC y art. 168 del Reglamento notarial. Esta

³⁵ V. (Lagarde, 2017, 81).

³⁶ De manera contundente (Álvarez González, 2022) señala que el art. 10.8 CC “para ser coherente debería haber conservado “incapacidad resultante” o haber introducido directamente “medida de apoyo resultante” *op. cit.*

cláusula blindaría el documento, respecto de los supuestos en los que se podría plantear el interés nacional.

2. Análisis jurisprudencial

Ha transcurrido poco tiempo desde la aprobación de la Ley 8/2021 pero ya es posible analizar los problemas a los que se han enfrentado los Juzgados y Tribunales españoles en este breve lapso de tiempo. En general, se ha puesto de relieve, cierta desorientación ante el cambio de paradigma y también, la falta de medios y la necesidad de medidas de refuerzo para los juzgados.

El recorrido por la jurisprudencia española, lleva a constatar que las Sentencias que se han dictado han sido relativamente pocas, lo que resulta acorde con el hecho de que la vía judicial se guía por el principio de intervención mínima, tal y como establece el art. 255 CC. Ahora bien, en lo que aquí interesa, ya tenemos sentencias en las cuales aparece el elemento internacional e interregional y que presentan ciertos “problemas argumentales”.

Se va a tomar como campo de prueba, en primer lugar, dos sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de junio de 2022 y de 20 septiembre de 2022³⁷. En la primera el supuesto de hecho se refiere a una nacional francesa y en la segunda a una nacional paraguayo para los que se solicitan medidas de protección. Se trata de casos frecuentes en la práctica forense. En ambas, concurre la circunstancia de que los nacionales extranjeros, tenían su residencia en Cataluña.

Pues, bien, la existencia de un elemento de extranjería debería conducir, de manera inmediata, a que el Tribunal examinara su competencia judicial internacional. Para ello debería recurrir al art. 22 quáter de la LOPJ que, como ya se ha indicado, dispone que en materia relacionada con las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, serán competentes los Tribunales españoles cuando tuvieran su residencia habitual en España. En ninguna de las dos sentencias se hace comprobación de la competencia judicial internacional.

Adviértase que no será la residencia habitual, el criterio atributivo de competencia que se acoja en todas las normativas. En el caso de Francia (Estado parte del Convenio de La Haya) su Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado³⁸, opta por la nacionalidad, en un supuesto como el que conoce la primera de las sentencias analizada referido a una nacional francesa.

“Art. 37. Lorsque la résidence habituelle de l’adulte à protéger est située sur le territoire d’un Etat qui n’est pas lié par la convention de la Haye du 13 janvier 2000, les juridictions françaises sont compétentes en application de l’article 17 du présent code, lorsque l’une des parties est de nationalité française”.

³⁷ Para un acercamiento más detallado v. (Diago Diago, 2023, 599-601).

³⁸ Projet de Code de Droit International privé disponible https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/projet_code_droit_international_privé.pdf

Por lo que respecta al Derecho aplicable, las dos sentencias aciertan en determinar la ley conforme a lo que dispone el art. 9.6. CC, es decir, seleccionan bien la norma de conflicto. Sin embargo, cometen un error argumental, pues con base al 9. 6 pasan a aplicar el Derecho Catalán, porque tanto la nacional francesa como el nacional paraguayo tenían su residencia habitual en Cataluña. Se observa una confusión entre el conflicto de leyes internacional y el conflicto de leyes interno.

El art. 9.6, como es sabido, determina la aplicación de la ley de la residencia habitual, esto es la española, por lo que habrá que determinar cual de las leyes que coexisten en España se van a aplicar. Para ello habrá que acudir al art. 16 CC que nos remite a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar y, por tanto, al art. 9.6 que establece que será la ley de la residencia habitual en España y ahora sí, la ley catalana.

Es muy importante no confundir la solución de conflictos internos con los internacionales³⁹, porque cuando el Reglamento de la Unión Europea entre en vigor, como ya se ha puesto de relieve, es más que probable que no arrastre a la dimensión interna. Entonces, el art. 9.6 sólo será operativo para resolver los conflictos de leyes internos, pese a que, como se ha argumentado, no está adaptado a ellos.

Por lo que se refiere a los problemas que puede plantear la determinación de la residencia habitual dentro de España, cuando el art. 9.6 esté llamado a operar en el ámbito del Derecho interregional, no ha tenido que esperarse mucho para que el problema se plantease ante nuestros Tribunales. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2022 da buena cuenta de ello⁴⁰.

El supuesto de hecho se refiere a una señora con demencia senil que vive entre Barcelona y Murcia. En la sentencia apelada se nombra asistente a la Fundación Ampara que desempeña el cargo de defensor judicial, para ello se aplica el Derecho Catalán. Se presentan dos recursos de apelación en sentido contrario. El hijo de la señora solicita ser asistente o curator y que se traslade a su madre a Murcia; mientras que la hija que vive con la madre en Barcelona, y en la misma casa, quiere ser asistente o curator y que su madre se quede en Barcelona.

Los dos recurrentes aportan muchas pruebas de la residencia de la madre en Barcelona y también en Murcia, así la sentencia señala que:

“Se han aportado documentos que acreditan la contratación de empleadas de hogar en Murcia y rotura de tobillo con seguimiento médico durante dicho periodo. Se han aportado también documentos que prueban intervenciones médicas (oftalmología) en 2010 y 2013, pruebas diagnóstico imagen en 2005 en Barcelona y alta en servicio de tele asistencia en Barcelona de 2013 a 2020 (aunque en 2019 y hasta mayo de 2020 estuvo en Murcia”.

³⁹ V. entre otros trabajos de esta autora (Zabalo Escudero, 2016).

⁴⁰ SAPB n.º 503/2022 de 5 de octubre. ECLI:ECLI:ES:APB:2022:12523.

En definitiva, como la propia sentencia reconoce es muy difícil determinar la residencia habitual de la señora, máxime cuando, además, existe una fuerte discusión entre los hijos⁴¹.

Finalmente, el argumento que sigue la sentencia es que la demanda se ha planteado en Barcelona, porque la madre estaba viviendo en Barcelona en ese momento, en un piso de su propiedad, lo que se retiene a efectos de determinar la residencia habitual. En la demanda se solicita, además, la autorización para trasladar a la señora a Murcia. Se concluye, con base a estos datos, que a los efectos de determinar la ley aplicable, en función de la residencia, resulta de aplicación el Código Civil catalán.

Se debe recordar, al respecto, la unidad jurisdiccional del Estado. No por presentar la demanda ante esos Tribunales se debe aplicar el D. catalán. Ahora bien, en el supuesto planteado alguna solución había que dar, dado que la norma de conflicto contiene un único punto de conexión, lo que genera un problema evidente, en estos casos.

La sentencia, como se ha visto, considera que la residencia habitual es la catalana. Por ello aplica el Derecho catalán para buscar la medida más beneficiosa que resulta ser el traslado de la abuelita a Murcia. Es entonces cuando aplica el Derecho del Código Civil, para nombrar curador al hijo, al producirse el cambio de residencia habitual que ha concedido, aunque lo aplica de manera anticipada.

En definitiva, la realidad que se pone de relieve con esta sentencia, es que la residencia habitual es volátil y va a plantear muchos problemas de este tipo, por ejemplo de andaluces en Cataluña o Aragón que su intención es volver a su lugar de origen y que pueden vivir en dos Comunidades diferentes, en tramos de tiempo distintos en el mismo año.

Como ya se ha puesto de relieve, es habitual que el cuidado de las personas mayores se reparta entre los hijos, que pueden residir en diferentes Comunidades Autónomas y que trasladen, para ello, al mayor periódicamente. Es evidente que la conexión vecindad civil ofrece una ventaja frente a la de la residencia habitual en estos casos, y es una mayor estabilidad y por ende, una seguridad jurídica.

Por último, cabe aludir a otro problema que también se plantea en la sentencia y que demuestra, de nuevo, la inadaptación del art. 9.6 a los supuestos internos, es el cambio de residencia dentro de España y el reconocimiento al que hace referencia el art. 9.6. “En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados.” Adviértase que no tiene sentido hablar de reconocimiento en el ámbito interregional, puesto que las medidas que se adopten tendrán vigencia en todo el territorio español (Font i Segura, 2021, 12)⁴².

3. La importante función notarial con especial atención a los poderes preventivos

⁴¹ V. Fundamento segundo.

Este estudio estaría incompleto sino abordara el importante papel que es reservado a los notarios. En la configuración actual del sistema de protección español, la función notarial es esencial para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica de forma autónoma y en igualdad de condiciones que el resto de la población. Es más, la función notarial es esencial, además, para garantizar el correcto funcionamiento del sistema.

La ley 8/2021 dota al colectivo notarial de un gran protagonismo, así el notario es la autoridad encargada de establecer el sistema de apoyos voluntarios. En este contexto toma especial relieve los poderes preventivos que tienen que otorgarse ante notario en España (art. 255 CC).

Conviene tener presente que la práctica de las facultades de representación es muy complicada. Esto es así porque nos encontramos con diferentes tipos de poderes: poderes ordinarios (que quedarían fuera del ámbito de las medidas de apoyo) y poderes preventivos, con eficacia de presente, pero con cláusula de subsistencia o, también, aquellos otros que sólo despliegan sus efectos a partir del momento en el que el poderdante precise los apoyos.

Pues bien, a la casuística de la práctica se le añade la complicación que genera el que existan elementos internacionales, que obligan a desplegar el sistema de Derecho internacional Privado, que es inexistente en este ámbito. Esta complejidad, además, viene de la mano del hecho de que antes de la reforma los poderes preventivos, en el ámbito material, se incardinaban como parte de la regulación del mandato y, tras la reforma, se ven desplazados, sistemáticamente, a la regulación de las medidas de apoyo y protección.

¿Por qué afirmo que el sistema de Derecho Internacional Privado es inexistente en este ámbito? Por la sencilla razón de que no se ha previsto una norma de conflicto, específica, que determine la ley aplicable a los poderes de representación, conferidos por un adulto en estos casos.

El Convenio de la Haya sí que cuenta con regulación para este importante tema. En concreto, su artículo 15 dispone que:

1. “La existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, en virtud de un acuerdo o por un acto unilateral, para ejercitarse cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a no ser que haya designado expresamente por escrito alguna de las leyes mencionadas en el apartado 2”.

2. “Los Estados cuyas leyes podrán designarse son:

- a) un Estado del que el adulto posea la nacionalidad;
- b) el Estado de la anterior residencia habitual del adulto;
- c) un Estado en el que se encuentren situados bienes del adulto, con respecto a dichos bienes”.

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

Por su parte la Propuesta de Reglamento de la Unión acoge esta misma solución dado que, tal y como se ha señalado ya, su art. 8 establece que “la ley aplicable a la protección transfronteriza de los adultos se determinará de conformidad con el capítulo III del Convenio de La Haya sobre la protección de los adultos”.

Resulta altamente llamativo que no tengamos en Derecho Internacional Privado español, norma de conflicto específica. Ello es paradójico porque se da mucho protagonismo a los notarios, pero no se les dota de un marco jurídico claro en el ámbito de los conflictos de leyes. Existe, por tanto, una laguna jurídica que hay que cubrir.

Antes de la ley 8/2021 la norma marco era la relativa a la representación voluntaria del artículo 10.11 CC, que introduce la autonomía de la voluntad y que es a la que se había acudido sin mayores problemas. Tal precepto establece que:

“A la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas”.

Con la reforma del artículo 9.6 surge el problema de la calificación, en el sentido de si en el ámbito de esta norma se incluyen los poderes preventivos. De entender que están incluidos, sólo podrán otorgarse conforme a la ley de la residencia habitual del poderdante.

Las dudas las genera la misma exposición de motivos de la ley. Esta dispone que por “medidas de apoyo” se entiende “todo tipo de actuaciones”, incluidas, por tanto, las medidas voluntarias o *ex ante* como los poderes preventivos⁴³.

Una interpretación literal llevaría a concluir que la ley aplicable a los poderes preventivos viene determinada por el art. 9.6 CC.⁴⁴ Tal interpretación proyectada en la práctica puede generar numerosos problemas. A modo de ejemplo, señalaré dos:

Por un lado, las consecuencias de seguir la literalidad indicada es que en los poderes otorgados con cláusula de subsistencia podrían concurrir dos leyes. La rectora del poder elegida conforme a lo dispuesto en el art. 10.11 y la cláusula de subsistencia que, conforme al art. 9.6, requeriría un ajuste de todo lo establecido a la ley de la residencia habitual.

Por otro lado, cuando un nacional extranjero que tuviera residencia habitual en otro país pero que pasará temporadas de verano en España donde tiene bienes inmuebles,

⁴³ En el ámbito material v. (García Herrera, 2022, 347-386).

⁴⁴ Esta interpretación es recogida por (Vinaixa Miquel, 2021) si bien es cierto que la propia autora reconoce que puede discutirse p. 402-403. Por otro lado, el notario (Valls i Xufré, 2021) en el ámbito interregional, se muestra partidario de que los poderes preventivos y acuerdos voluntarios de apoyo se sometan a la ley del lugar de residencia habitual del otorgante, por ser la legislación más próxima a la persona necesitada de apoyo y aprueba por tanto la solución del 9.6 CC (Ya se ha demostrado en este trabajo que esto no siempre será así.) si bien, se muestra partidario de la autonomía de la voluntad en línea con lo establecido en el Convenio de La Haya p. 403 y s.s. v. de este mismo autor (Valls i Xufré, 2019).

quisiera realizar un poder preventivo en España para la gestión de sus bienes inmuebles, pasaría a aplicársele la ley extranjera. Es evidente el poco sentido útil de la previsión.

En realidad, la calificación de los poderes preventivos como medidas de apoyo del artículo 9.6 está desenfocada. El motivo es que se basa en una literalidad que no se puede proyectar en un precepto diseñado para medidas legales o impuestas no para medidas voluntarias y los poderes preventivos; su naturaleza en puridad es la de la representación del adulto a la que se refiere el art. 10.11, por lo que los poderes preventivos, cualquiera que sea su configuración⁴⁵, se deben regir por la ley aplicable a la representación voluntaria, en todo caso⁴⁶.

Además, la interpretación literal no tiene en cuenta la realidad del tráfico jurídico externo, en la que los poderes preventivos tienen que diseñarse para que no se evaporen al cruzar las fronteras; de ahí, la importancia de la autonomía de la voluntad que permite la conclusión de poderes preventivos, bien diseñados, como así ha previsto el Convenio⁴⁷.

El mismo protagonismo de la autonomía de la voluntad que proclama el Convenio de Nueva York y sobre el que se instaura el sistema español, sirve para justificar el mantenimiento de la aplicación del artículo 10.11Cc y colmar, con él, la laguna. Impedir la elección de ley, implica mutilar la autonomía de la voluntad que, con tanto tesón, el legislador español dice proteger.

Por lo demás, me gustaría incidir en la importancia de que los notarios concluyan poderes que ofrezcan una regulación completa y en los que se contenga indicación de la ley aplicable a los mismos. Los poderes deben ser una guía de actuación para el representante y ofrecer seguridad al tercero con el que puede contratar. Es por ello, que deben contemplar todos los aspectos de forma clara, lo que facilitará el tráfico externo y el interno.

Un solo apunte más relativo a la práctica notarial. Cuando se trata de poderdantes extranjeros, se les debe advertir de que se informen si conforme a la legislación de su

⁴⁵ Tanto los que tienen cláusula de subsistencia como los preventivos puros.

⁴⁶ En esta línea acierta (Gardeñes Santiago, 2023, 401-404) al plantear la siguiente reflexión “si el artículo 9.6 II CC no recoge la posibilidad de elegir la ley aplicable, ¿acaso no podríamos recurrir al artículo 10.11 CC, que permite la elección de ley en el ámbito de la representación voluntaria, ni que fuera como solución provisional, en espera de una regulación técnicamente más ajustada? (...) en mi opinión también habría que tener en cuenta, ni que fuera por aquello de que a falta de pan buenas son tortas, que la carencia actual del artículo 9.6 II CC podría suplirse mediante la disposición general sobre ley aplicable a la representación voluntaria del artículo 10.11 del mismo Código, que sí permite la elección de ley, y ello en tanto no dispongamos de un instrumento mejor”.

⁴⁷ Al respecto (Álvarez González, 2022) recuerda que se presentaron en fase parlamentaria dos enmiendas relevantes que proponían añadir a la actual redacción el texto del artículo 15 del Convenio de La Haya, en aras al respecto a la voluntad de la persona necesitada de apoyo, tales enmiendas no prosperaron. Al respecto el autor señala de manera muy significativa lo siguiente: “Añadiré que en su justificación se aducía que «El nuevo artículo 9.6 II CC no recoge los poderes de representación conferidos por un adulto». Se trata de una afirmación que sería correcta si se acompañase del adverbio «expresamente». No creo que haya ninguna duda de que el nuevo supuesto de hecho los integra”. Se trata de las enmiendas núm. 288 Grupo Parlamentario Plural (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020 págs. 223-225) Grupo Parlamentario Esquerra Republicana- Euskal Herria Bildu (GPERB) (BOCG, Senado, núm. 172, de 16 de abril de 2021).

nacionalidad, de su residencia habitual o del lugar donde estén situados sus inmuebles, se debe realizar algún trámite a los efectos de su publicación fuera de España (lo que es necesario en otros países como en Francia⁴⁸). Es importante esta prevención para que no se vean sorprendidos cuando se precise su uso, puesto que, con frecuencia, las actuaciones pueden ser urgentes.

V. CONSIDERACIONES FINALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA DE PROTECCIÓN DE ADULTOS

La protección de adultos en situaciones transfronterizas e internas, constituye todo un desafío para el Derecho Internacional Privado. El aumento de situaciones transfronterizas en las que se ven inmersos los mayores necesitados de apoyo, en una sociedad globalizada y digitalizada, reclaman una especial atención de este tema clásico de los conflictos de leyes.

Los nuevos planteamientos que devienen de la Convención de Nueva York, han supuesto un cambio decisivo en el tratamiento de las personas con discapacidad. La proclamación del igual tratamiento ante la ley de estas personas, consagrado en la Convención, ha inspirado diversas reformas legislativas en todo el mundo y también, en España.

A los internacionales privatistas no nos sorprende el que la reforma operada en nuestro país, por lo que respecta a los conflictos de leyes, sea deficiente, presente una mala técnica legislativa, introduzca problemas donde no los había y olvide, una vez más, la dimensión interna. Este estudio pone de relieve las graves distorsiones del sistema y da pautas para mejorarlo.

España, como Estado Parte de la Convención de Nueva York, está incumpliendo sus deberes al no haber diseñado un buen sistema de protección transfronteriza de los mayores⁴⁹. De poco sirve que a nivel material se ofrezca una protección adecuada, cuando está desaparece en situaciones transfronterizas, y cuando se tambalea en situaciones internas.

Si bien es cierto que la mejor legislación nacional, no lograría cubrir los objetivos de la Convención, sí que al menos mejoraría parcialmente la situación. Al respecto conviene retener lo que sería la idea clave en este complejo tema: la protección transfronteriza de los adultos depende, en realidad, del reconocimiento y la aplicación de las medidas de protección, que se han podido adoptar en otro país.

Es por ello que ninguna legislación, por acertada que sea, puede alcanzar por sí misma estos objetivos. Para ello se requiere la cooperación y de ahí, que sea tan necesaria la ratificación del Convenio de La Haya y la mejora de su funcionamiento práctico. Sólo a

⁴⁸ *Mandat de protection future* información [service-public.fr. https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F16670](https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F16670)

⁴⁹ Al igual que ocurre con otros Estados firmantes de la Convención que no cuentan con una regulación transfronteriza de los adultos que cumpla los objetivos trazados en ella v. en este sentido (Shakargy, 2023, en especial 468-469).

través de la cooperación de los Estados y la comunidad internacional, se podrá procurar la mejor protección internacional a los mayores.

La Unión Europea es sensible a esta realidad y traza una doble estrategia. Por un lado, insiste en la conveniencia de que los Estados miembros firmen el Convenio de La Haya y, por otro lado, lanza una propuesta de Reglamento que se alza como un sol en el horizonte.

Ahora bien, este sol, de momento, emite energía discontinua, puesto que junto a sus aciertos, existe un campo abonado para la confusión, derivada de su alta complejidad. La técnica legislativa empleada es la de la incorporación por referencia del Convenio de La Haya con los ajustes pertinentes, de manera que se combinan dos instrumentos de alcance diferente en su aplicación (El Reglamento y el Convenio). La sencillez no es el camino por el que ha optado el legislador de la Unión Europea, lo que, a la larga, jugará en su contra ya que los operadores jurídicos requieren y reclaman, instrumentos claros y fáciles de aplicar.

Existen, además, otros problemas de contenido que deberían ser abordados en un Reglamento de este calado y que resultan especialmente sensibles, como son los poderes de representación *ex lege* o los mandatos de instrucciones medicas⁵⁰. Cuestiones que están planteando problemas en la práctica, dadas las diferencias existentes en las diversas legislaciones y que requieren de una especial atención desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

En el lado de los aciertos que proyecta, cabe resaltar, en especial, la penetración de la autonomía de la voluntad de los adultos vulnerables, la cual se ha analizado en este estudio y la creación del Certificado Europeo de representación. Este último es muy importante pues como se ha visto, los poderes de representación generan muchos problemas al cruzar las fronteras. Ahora bien, como ocurre con el certificado sucesorio, se opta por un sistema voluntarista y se repiten esquemas, que seguro plantearan dificultades de implementación.

El Reglamento vendrá a resolver muchos problemas, aunque origine otros, e implicará, en su ámbito de aplicación, el desplazamiento de nuestra paupérrima normativa. Desde esta perspectiva habremos mejorado. Ahora bien, no debería esperarse a un futuro siempre incierto y relativamente largo. No debe utilizarse la propuesta de Reglamento, ni aún la ratificación del Convenio de La Haya por parte de España, como una excusa para la inacción de nuestro legislador.

Una “reforma a la reforma” es imprescindible, puesto que con la actual y, como ha quedado demostrado, nuestro país incumple la Convención de Nueva York. Ello sin contar que el Reglamento es de prever que no arrastre a las soluciones de conflictos de

⁵⁰ En ocasiones existen instrucciones dadas por el adulto, pero no se han conferido poderes de representación. La cuestión no ha pasado desapercibida en relación con el Convenio, si bien, de momento no se considera que exista necesidad de introducir una disposición relativa al tema v. *Revised draft Practical Handbook on the Operation of the 2000 Protection of Adults Convention* PREL. DOC. NO 4 (THIRD REVISED VERSION) disponible <https://assets.hcch.net/docs/bce5e188-b58b-499d-8534-54360dab3744.pdf> p. 33-34.

leyes internos (lo cual tampoco sería deseable), con lo que contaremos con una normativa inadaptada en la dimensión interna⁵¹.

La preocupación por la protección transfronteriza e interna de las personas mayores, debería haber estado en la agenda del legislador español, con carácter prioritario. Es evidente que no lo estuvo, por lo que es momento para recuperar el tiempo perdido y rectificar “errar es de humanos, perdonar es divino, rectificar es de sabios”⁵².

BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S. (2019). La protección de adultos en el Derecho Internacional Privado español: novedades y retos. *Revista Española de Derecho Internacional*, 71(1), 163-185.

Adroher Biosca, S. (2022). Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales. En Pereña Vicente, M. y Heras Hernández, M. D. M. (Dir.). *El ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad tras la ley 8/2021* (447-462), Valencia, Tirant lo Blanch, 447-462.

Álvarez González, S. (2022). Comentario art. 9.6 CC. En García Rubio, M. P y Moro Almaraz, M. J. (Dir.) *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra, Civitas, Consulta de v. online.

Borrás Rodríguez, A. (2000). Una nueva etapa en la protección internacional de adultos. *Geriatranet (revista electrónica de Geriatría)*, 2 (1).

Calvo Caravaca, A. L. (1982). La doctrina del interés nacional en Derecho Interregional. *Anales de Derecho*, 3, 215-220.

Castán Pérez-Gómez, S. (2019). *Discapacidad y Derecho Romano*. Madrid. Editorial Reus.

Chéliz Inglés, M. C. (2019). Medidas de protección a los mayores de edad discapacitados, en un entorno internacional. *Diario La Ley*, 9541.

Diago Diago, M. P. (2001). Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado. *Geriatranet.com*, 3(1).

Diago Diago, M. P. (2021). La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas. *Diario La Ley*, 9779, sección doctrina.

Diago Diago, M. P. (2023). Comentario jurisprudencial “Incapaces mayores. Aplicación de la ley de la residencia habitual a las medidas de apoyo para una persona con discapacidad originaria de Paraguay (SAP Barcelona 18 a 20 de septiembre de 2022). *AEDIPr*, XXIII, 599-601.

⁵¹ Que, además, podría seguir siendo operativa fuera de los ámbitos de aplicación de las normativas supraestatales.

⁵² “Alexander Pope *An Essay on Criticism* ,1711.

Echezarreta Ferrer, M. (2018). La gerontomigración: una propuesta de investigación global para abordar el fenómeno complejo de la movilidad transfronteriza de personas mayores. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70 (2), 223-229.

Esplugues Mota, C. (2023). Capacidad y protección del menor. En Esplugues Mota, C. y Palao Moreno, G. *Derecho Internacional Privado* (432-489), Valencia, Tirant lo Blanch.

Febles Pozo, N. (2023). La protección transfronteriza de adultos en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento en materia de protección de adultos. *Bitácora Millennium DIPr*, 18.

Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S. (2020). *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Aranzadi.

Font i Segura, A. (2021). Problemas de Derecho Interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *La Ley. Derecho de Familia*, 31, Sección A, Tercer trimestre, 1-17.

Gardeñes Santiago, M. (2023) La Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, y la regulación de los poderes preventivos otorgados en previsión de una futura discapacidad: Nota introductoria. *Revista Española De Derecho Internacional*, 75(2), 401-404.

García Cantero, G. (2014). ¿“Persons with disability” vs. personas incapacitadas... o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York, de 2006, en el Ordenamiento español. *Revista de Derecho Civil*, 1 (4), 67-106.

García Herrera, V. (2022). Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medidas de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato. En Pereña Vicente, M. y Heras Hernández, M. D. M. (Dir.). *El ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad tras la ley 8/2021* (347-386), Valencia, Tirant lo Blanch.

González Marimón, M. (2023). Hacia una Unión Europea “de” las personas. Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2), 420-445

Goñi Urriza, N. (2022). La reforma del Derecho Internacional Privado. En Egusquiza Balmaseda, M. A., Ferrer Vanrell, M. P., Lledó Yagüe, F. y López Simó, F. (Dir.). *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (pp. 137-167). Madrid, Dykinson.

Heggings, S. (2021). #FreeBritney, MB Cooltura.

Lagarde, P. (2000). La convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. *Revue critique de droit international privé*, 2, abril-juin, 159-179.

Lagarde, P. (2017). Protection of adults Convention. Explanatory report. The Hague Conference on Private international Law Permanent Bureau.

Muñoz Fernández, A. (2009). *La protección del adulto en el Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Aranzadi.

Shakargy, S. (2023). Capacitating personal capacity: cross-border regulation of guardianship alternatives for adults. *Journal of Private International Law*, 19(3), 450-480.

Valls i Xufré, J. M. (2023). El poder Preventivo en Derecho Interregional. *Revista Española de Derecho Internacional*, 75(2), 417-428.

Valls i Xufré, J. M. (2019). La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad. *La notaría*, 2-3, 16-26.

Vaquero López, C. (2016). Nuevas normas de DIPr estatal en materia de protección de adultos y menores. *AEPDIRI*, XVI, 395-414.

Vaquero López, C. (2021a). Comentario al art. 9.6 CC. En Guilarte Martín-Calero, C. (Dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi (consulta de v. on line).

Vaquero López, C. (2021b). Comentario al art. 10.8 CC. En Guilarte Martín-Calero, C. (Dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi (consulta de v. on line).

Vargas Gómez-Urrutia, M. (2023). La protección internacional de adultos vulnerables: soluciones del Convenio de la Haya 2000 y argumentos sobre la (necesaria) adhesión de España. En Herranz Ballesteros, M. y Febles Pozo, N. (Dir.) *Protección de menores y discapacitados* (164-186), A Coruña, Colex.

Vinaixa Miquel, M. (2021). Los poderes preventivos en el Derecho Internacional Privado español: Una aproximación crítica a la ley 8/2021 de 2 de junio. *Revista Española de Derecho Internacional*, 75(2), 405-416.

Vinaixa Miquel, M. (2022). Comentario art. 10.8 CC. En García Rubio, M. P y Moro Almaraz, M. J. (Dir.) *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra, Civitas, Consulta de v. online.

Zabalo Escudero, M. E. (2016). Conflictos de leyes internos e internacionales. Conexiones y divergencias. *Bitácora Millennium DIPr*, 3.