

Firma y ratificación del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos de 2000: un reto pendiente para España

Salomé Adroher Biosca. Profesora propia ordinaria de Derecho Internacional Privado. Universidad Pontificia Comillas

Artículo Monográfico. Junio 2021

SP/DOCT/114028

Resumen

En este artículo se pone de relieve que, tras la aprobación y publicación de la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se ha dejado al margen al Derecho internacional privado, a pesar de las situaciones de vulnerabilidad que pueden sufrir algunas personas con discapacidad en contextos transfronterizos, y la necesaria protección de sus derechos fundamentales. El Convenio de La Haya sobre protección de adultos (CHPA) es un texto que da una respuesta satisfactoria a esta materia, es por tanto un reto pendiente para España.

Abstract

This article highlights that, following the approval and publication of the Law reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, private international law has been left aside, despite the situations of vulnerability that some persons with disabilities may suffer in cross-border contexts, and the necessary protection of their fundamental rights. The Hague Convention on the Protection of Adults (CHPA) is a text that provides a satisfactory response to this matter, and is therefore a pending challenge for Spain.

Palabras Clave

Discapacidad, capacidad, protección adultos, internacional, competencia, legislación aplicable, Convenio la Haya

Keywords

Disability, capacity, adult, protection, international, jurisdiction, applicable law, Hague Convention

El Boletín Oficial del Estado num. 132 ha publicado el pasado 3 de junio de 2021 la **Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, SP/LEG/34123** y cuya entrada en vigor tendrá lugar el 3 de septiembre de 2021, que adapta el Derecho español a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

Se trata de una reforma integral que, sin embargo, ha dejado al margen al Derecho internacional privado, a pesar de las situaciones de vulnerabilidad que pueden sufrir algunas personas con discapacidad en contextos transfronterizos, y la necesaria protección de sus derechos fundamentales. **El Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre protección de adultos, SP/LEG/34260 (CHPA)** es un texto que da una respuesta satisfactoria a esta materia y tanto el Parlamento, el Consejo como la Comisión Europea, han instado a España, y al resto de Estados miembros que todavía no lo han firmado ni ratificado, a que lo hagan a la mayor brevedad posible. El objeto de este breve trabajo es el de señalar cuales serían las mejoras de nuestro sistema, si España fuera parte del CHPA en los cuatro grandes apartados del Derecho internacional privado (Competencia judicial internacional, Derecho aplicable, Reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación de autoridades) y en relación a tres principios básicos de la Convención de la ONU: la autonomía de la voluntad, el apoyo en el ejercicio de la capacidad y la libertad internacional de desplazamientos.

1. En relación con la competencia judicial internacional, la LOPJ contempla únicamente dos foros: el de la residencia habitual de la persona (art. 22 quáter) y un foro especial cautelar (art. 22 sexties). En contraste, el CHPA si bien establece como foro general el de la residencia habitual, establece otros foros subsidiarios. Así, por ejemplo si se necesitara adoptar una medida de apoyo respecto de un español con residencia habitual en el extranjero, o respecto de los bienes inmuebles situados en España de un extranjero con residencia habitual en el extranjero, o si el adulto en un mandato preventivo o un poder de representación hubiera elegido la jurisdicción española, el CHPA prevé en sus artículos 7 y 8 la posible competencia alternativa de estas otras jurisdicciones, en interés del adulto, y siempre en comunicación y con la conformidad de las autoridades de la residencia habitual. Es evidente que esta solución, más flexible que la española, es más consistente con los principios señalados de la Convención de la ONU.

2. En relación con el Derecho aplicable, cabe distinguir entre las medidas ex ante y las ex post.

La nueva Ley concede preferencia absoluta de las medidas basadas en la autonomía de la voluntad del interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, a través de nuevas figuras civiles (poderes o mandatos preventivos o autocratela) y, sin embargo, no incluye una norma de conflicto que determine el Derecho aplicable a estas medidas *ex ante*. ¿Qué derecho deberá aplicar un notario español ante el que comparece un inglés residente en España que desea que su mandato preventivo se regule por el Derecho inglés? El CHPA regula la ley aplicable a estas figuras y si bien establece como ley aplicable a la existencia, alcance, modificación y extinción de estos poderes la ley de la *residencia habitual* en el momento de otorgarlos, señala como salvedad que el adulto hubiera *elegido expresamente como aplicable otra ley de entre un conjunto de leyes enumeradas* (arts. 15 y 16).

En relación con las medidas *ex post*, el art. 9.6 del CC en la redacción dada por Ley 26/2015 regula la "*protección de las personas mayores de edad*", incluyendo en este supuesto, como hace el CHPA, tanto la eventual modificación de la capacidad como las medidas de apoyo, y señalando como derecho aplicable el de la residencia habitual del adulto. La nueva Ley modifica este artículo únicamente para que el supuesto de hecho sea acorde con la terminología de la ley, supuesto que ahora se enunciará como *las medidas de apoyo para personas con discapacidad*.

El problema que esta reforma plantea es que, dado que en muchos países persiste la incapacitación o la modificación de la capacidad, ¿qué sucede, por ejemplo, si el hijo de un argentino residente en España solicita la incapacitación de su padre y el nombramiento de un curador? El Tribunal español podría plantearse aplicar al art. 9.1 del CC para decidir sobre el derecho aplicable a la incapacitación, que en este caso sería el argentino que la prevé, y en relación con el nombramiento del curador aplicaría el 9.6 del CC que señala como aplicable el Derecho español por ser el de la residencia habitual. Esta aplicación cumulativa de dos leyes es evidentemente perturbadora. El CHPA también aportaría importantes novedades en esta materia. Aunque la norma básica que establece es la aplicación de la *lex auctoritatis*, cabe, la aplicación de otra ley más estrechamente vinculada en interés superior de la persona.

3.- En relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, pero también de mandatos preventivos o poderes de representación otorgados en el extranjero, la regulación española actual se contiene tanto en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, la Ley de jurisdicción voluntaria y la Ley de Registro civil, normas que prevén un sistema actualizado y adaptado en esta materia. La incorporación de España al CHPA implicaría algunas mejoras tanto por la mayor garantía de que las medias adoptadas por los tribunales españoles fuesen reconocidas en los otros Estados parte a través de un sistema de reconocimiento incidental, como por el reconocimiento transfronterizo de los poderes preventivos o mandatos de representación. Sin embargo, el sistema convencional en este punto no ha mostrado la eficacia deseada y por ello el Parlamento europeo, en el marco de una deseable futura regulación UE en la materia, ha propuesto la creación de un certificado europeo de poderes preventivos.

4. Finalmente, en relación con la cooperación de autoridades, en los casos en los que el adulto se desplaza fuera de España, normalmente un extranjero a su país de origen con una medida de apoyo adoptada judicialmente en nuestro país, ¿cómo realizar desde España el control de las funciones del curador? La asistencia judicial internacional en estos casos no está resuelta de forma totalmente satisfactoria en el marco del ordenamiento jurídico español vigente, dado que depende de la voluntad de cooperación de un país extranjero. El CHPA articula la cooperación de autoridades a través de la designación en los Estados parte de Autoridades centrales cuyas funciones básicas son facilitar las comunicaciones entre los Estados miembros, la localización de un adulto, la aplicación de medidas de protección, la transmisión de información en los casos en que el adulto se encuentre en grave peligro, etc....

Puede concluirse, en resumen, que el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, no solo requiere de un marco jurídico civil adecuado y alineado con los principios consagrados en la Convención de la ONU, sino también de un sistema de Derecho internacional privado que asegure la continuidad espacial de las medidas de apoyo, garantice la seguridad jurídica, respete la autonomía de la voluntad, y facilite el acceso a la justicia, sistema que al que el CHPA responde adecuadamente.