

“LA FRAGILIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL EN LA PROTECCIÓN DE MENORES Y ADULTOS”

ANTONIA DURÁN AYAGO

Doctora en Derecho

Universidad de Extremadura

© Publicado en CALVO CARAVACA, A. L. / CASTELLANOS RUIZ, E., (eds.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Editorial Colex, 2004, pp. 319-379

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN II.- CRÍTICA TERMINOLÓGICA: DE LA “PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES” A LAS “PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN” 1.- Introducción 2.- Elementos para un análisis de Derecho material A).- ¿Es el menor un incapaz? B).- Del mayor de edad incapacitado y del mayor de edad incapaz no incapacitado C).- De las personas necesitadas de protección no incapaces ni incapacitadas: los ancianos 3.- De la imprecisión a la concreción terminológica: las personas necesitadas de protección jurídica III.- SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICO-PRIVADA 1.- Modelo institucional A).- Breve referencia de Derecho comparado B).- Valoración 2.- Modelo funcional o asistencial A).- Breve referencia de Derecho comparado B).- Valoración IV.- PROTECCIÓN DE MENORES Y ADULTOS Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 1.- 1.- Sustrato social A).- Menores: tipología B).- Adultos V.- LA FRAGILIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL EN LA PROTECCIÓN DE MENORES Y ADULTOS 1.- Consideraciones generales 2.- Nociones para la determinación de quién es incapaz en nuestro sistema de Derecho internacional privado VI.- FUENTES NORMATIVAS DE REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE MENORES Y ADULTOS EXTRANJEROS 1.- Notas generales sobre el régimen convencional A).- Menores a).- Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores b).- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores B).- Adultos a).- Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de adultos 2.- Régimen autónomo VII.- CONSIDERACIONES FINALES

I. - INTRODUCCIÓN

1. La protección jurídico-privada ha sido concebida desde sus orígenes como un mecanismo del que los sistemas jurídicos se proveen para completar o suplir la falta o carencia de capacidad de obrar de las personas físicas. Tradicionalmente, se ha denominado “incapaces” a aquellas personas cuya capacidad de obrar se encontraba limitada o restringida, y con el término “protección de incapaces” se ha venido haciendo referencia a todo el engranaje que ofrece el sistema jurídico-civil para paliar las carencias de estas personas, representarlas en el actuar jurídico cuando fuera menester o, simplemente, asistirles cuando sus circunstancias personales así lo demandasen.

2. No obstante, la ambigüedad e imprecisión de esta terminología es manifiesta, además de hallarse anclada en el pasado y no atender a las nuevas exigencias que la sociedad actual plantea. Esta falta de claridad se trasluce en varias cuestiones.

En primer lugar, el término “incapaz” parece ser el elegido para englobar y designar a todas las personas necesitadas de protección, sin que exista precisión alguna respecto a su significado y contenido. En segundo lugar, en nuestro sistema jurídico únicamente reciben protección jurídico-civil los menores de edad y las personas que han sido judicialmente incapacitadas. Sin embargo, a la minoría de edad no procede encuadrarla dentro de la

incapacidad. Y los incapacitados, pese a ser incapaces, necesitan para ser protegidos institucionalmente del refrendo judicial que pone fin al procedimiento de incapacitación promovido conforme a alguna de las causas legalmente establecidas, constituyéndolos en el estado civil de incapacitados. De esta manera, los incapaces, entendidos estos como aquellas personas afectadas por una deficiencia psíquica o física que les impida gobernarse por sí mismas, pero cuyo procedimiento de incapacitación no se haya promovido, son los que, en nuestro ordenamiento jurídico, están privados de una protección civil, no así de la que pueda arbitrarse desde los poderes públicos, en virtud del mandato constitucional implícito en el art. 49 CE.

3. Es necesario, por tanto, distinguir entre, al menos, tres grandes grupos de personas necesitadas de protección: menores, incapacitados e incapaces, a los que habrá que unir el colectivo de los ancianos, cuyas características especiales los hacen demandantes de una protección específica. Tanto los menores como los incapacitados tienen protección institucional, pero los menores además poseen un tipo de protección asistencial que asegura la protección integral de los mismos. Los incapaces y los ancianos carecen de protección institucional y la asistencial prevista en los arts. 49 y 50 CE está muy lejos de equipararse a la protección de los menores.

4. El revestimiento con el ropaje de lo público de instituciones otrora típicamente privadas pertenecientes al Derecho de familia se manifiesta, de esta manera, con toda nitidez en la protección de menores. La crisis del modelo institucional de protección, provocada por la rigidez de sus contornos y por la complejidad que lleva aparejada su puesta en funcionamiento, ha derivado en la búsqueda de soluciones alternativas que ofrezcan una respuesta idónea y ágil a las circunstancias de urgencia y necesidad que puedan plantearse. En nuestro ordenamiento jurídico, junto al tradicional modelo institucional de protección integrado por instituciones como la tutela, la curatela, el defensor judicial o la guarda de hecho, se ha elaborado en paralelo lo que ha dado en denominarse modelo funcional o asistencial. Modelo integrado por la tutela y la guarda administrativa, y el acogimiento como forma de ejercicio de ambas, en el que las distintas situaciones, como la de riesgo o desamparo, dan lugar a la intervención de las entidades públicas con el fin de garantizar que la protección sea real y efectiva.

Esta crisis del modelo institucional coincide con la toma de conciencia de que la protección de los menores, no puede ni debe hacerse únicamente desde los parámetros estrictamente privados del Derecho de familia, sino que son los poderes públicos, con una participación decisiva dentro de ese modelo asistencial o funcional, los que tienen atribuida la facultad de proteger y actuar como garantes últimos de los intereses de estas personas. Unos intereses que deben ser protegidos porque no afectan únicamente al menor o al incapacitado en concreto, sino que atañen al común de la sociedad.

5. No resulta lógico, por otro lado, que un sistema como el ideado por la *Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores*, y consolidado por la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor* (en adelante, LPJM), de intervención de las entidades públicas en situaciones de riesgo y desamparo en que puedan encontrarse los menores, no sea extensible a otros sectores de la población que, independientemente de su edad, requieran en un determinado momento una

protección eficaz que pueda ejercerse ágilmente. Porque puede darse el caso de personas incapacitadas y, por tanto, sujetas a un régimen institucional de protección, que en algún momento puedan encontrarse desasistidas, bien porque el guardador haya abandonado a su protegido, bien porque aquél no desempeñe su cargo adecuadamente, bien por cualquier otra circunstancia que impida o dificulte una protección efectiva. En estos supuestos, es necesario que desde los poderes públicos se arbitren mecanismos de urgencia que, con carácter provisional, garanticen el bienestar de esa persona, mientras se procede a encauzar su situación a través de medidas de carácter estable.

6. Puede ocurrir también que haya ancianos que se encuentren desamparados por sus familias, a los que no sea necesario incapacitar, puesto que poseen todas sus facultades mentales, pero que por sus circunstancias personales demanden asistencia de las entidades públicas, siendo así que éstas debieran actuar como garantes, por ejemplo, a la hora de constituir un acogimiento sobre estas personas mayores. Aspecto éste que ya se regula en algunas Comunidades Autónomas de nuestro país y que en algunos países de nuestro entorno goza de una tradición consolidada¹.

7. La proyección de estos cambios en la esfera internacional también se ha manifestado claramente. En este sentido, se ha experimentado una progresiva e inevitable incidencia de la acción de los poderes públicos en los asuntos relacionados, principalmente, con el establecimiento de mecanismos de protección de menores.

En la disciplina del Derecho internacional privado, se ha pasado de la articulación de estos mecanismos en torno a la determinación del ordenamiento jurídico regulador de la protección del menor por el método tradicional del conflicto de leyes, a la progresiva constatación de que esta protección debe hacerse en el marco de la cooperación de autoridades². A ello se ha unido la incorporación de técnicas de flexibilización tanto en el sector de la competencia judicial internacional como en el sector del Derecho aplicable. Es más, la manifiesta ineficacia del método conflictual centrado en la aplicación de la ley personal del menor o del incapaz, está dejando paso a una necesaria compatibilidad entre la

¹ En Cataluña con la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores y Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores, y más recientemente en Navarra, la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores. También se refieren al acogimiento de ancianos: la Orden 3/1993 de la Consejería de Integración social de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 12 de enero, por la que se establecen las ayudas individuales para el acogimiento familiar de ancianos; el Decreto 225/1994, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Galicia, de 7 de julio, por el que se establece el Programa de acogimiento familiar para personas mayores y minusválidos; el Decreto 38/1999, de la Consejería de Asuntos Sociales del Principado de Asturias, por el que se regula el Programa de acogimiento familiar dirigido a personas mayores. En Derecho comparado, si bien ya el Código de la Familia y de la Ayuda Social francés (art. 16 del Decreto de 2 de septiembre de 1954) contemplaba la acogida familiar de ancianos, una de las primeras experiencias documentadas proviene de Rumania, donde se implantó esta institución con éxito notable. Otros países como Canadá, Estados Unidos y el Reino Unido, también poseen una larga tradición respecto a la aplicación y desarrollo del acogimiento familiar de ancianos. Véase JIMÉNEZ-AYBAR, I. / CAPARRÓS CIVERA, N., «El acogimiento familiar de ancianos. Nuevos retos de la política familiar: alternativas a la institucionalización de nuestros mayores», R.E.Ger., vol. 3, nº 2, 2001.

² GARCÍA CANO, S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Editorial Colex, 2003.

regulación de la materia mediante normas de conflicto y la aplicación de medidas protectoras de carácter público³.

8. Al tiempo, se ha puesto en cuestión la integración de esta categoría dentro del tradicional concepto del estatuto personal. Ciertamente se trata de una materia relativa a la persona, sin embargo su evolución jurídica ha puesto en duda que sea una única ley la que deba regular esta materia, en tanto ley personal. En materia de protección, la importancia de la ley aplicable ha sido postergada por la competencia judicial internacional. Actualmente, se considera que lo fundamental en materia de protección, no es ya la ley que va a regir la situación en concreto, sino cuáles serán las autoridades competentes, que con carácter general serán las más cercanas, las más próximas a la persona necesitada de protección; autoridades éstas que además aplicarán su propia ley.

En este escenario, la fragilidad del estatuto personal como concepto integrador de la protección de menores y adultos se pone de manifiesto. Esta debilidad tiene su origen, por otro lado, y en materia de protección de menores particularmente, en la *publicación* que han experimentado las instituciones privadas de protección, a las que se han unido unas nuevas medidas de protección de carácter eminentemente público, pensadas para los casos más urgentes. Mientras en el art. 9.6 Cc se plasma esta dualidad de concepciones, los textos convencionales han optado por una solución más sencilla que consiste en desplazar el centro de regulación en torno al conflicto de autoridades. En este trabajo analizaremos pormenorizadamente los principales aspectos de esta cuestión.

II.- CRÍTICA TERMINOLÓGICA: DE LA "PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES" A LAS "PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN"

1.- Introducción

9. El ámbito personal o subjetivo de esta categoría jurídica de la protección de los incapaces ha sido definido tradicionalmente desde la perspectiva de la capacidad de obrar o, para ser más precisos, desde su ámbito negativo, esto es, desde la incapacidad de obrar.

10. Es el término "incapaz" un concepto no exento de interpretaciones divergentes sobre el que se ha polemizado acerca de su contenido semántico y sobre el que se ha discutido lo acertado o errado de su terminología⁴. Baste para ilustrar esta ambigüedad recurrir al que será uno de los ejes esenciales de esta investigación: el art. 9.6 Cc, precepto

³ FERNÁNDEZ MASÍA, E., «Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España», A.C., 1998-2, pág. 430.

⁴ En este sentido, ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General, Vol. 1º. Introducción y Derecho de la persona*, Bosch, 1996, pág. 228, constata cómo en ocasiones la doctrina, la jurisprudencia y la propia ley, utilizan la palabra "incapaz" en un sentido vulgar y cómo en todo el tema de la incapacidad existe una generalizada carencia de exactitud terminológica. Por su parte, GARCÍA AMIGO, M., *Derecho Civil de España. I Parte General*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, pág. 384, hace referencia a la crítica literaria que cabe hacer por utilizar el término "incapacitación" por el de "incapacidad", aclarando que lo que se declara es la incapacidad; la incapacitación es el acto judicial por el que se constata y declara la incapacidad, total o parcial, de la persona.

regulador del régimen común de la “protección de los incapaces” en el Derecho internacional privado español. En él se dispone, en su primer apartado, que *“la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste”*. Para más tarde afirmar, en su párrafo tercero, que *“será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español”*.

De esta manera, mientras en el primer párrafo se utiliza el término “incapaz” sin ningún otro aditivo, en el tercero se marca la disyuntiva entre menores o incapaces abandonados, sin determinar si se hace referencia a una misma categoría de personas que puede ser calificada de dos formas diferentes o, por el contrario, se trata de dos categorías distintas.

Manifestándose en sentido similar, aunque con una precisión digna de ser tenida en cuenta, el art. 22.3 LOPJ, al determinar la competencia de los juzgados y tribunales españoles en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de sus bienes, se refiere a las mismas calificándolas como *“menores o incapacitados”*.

11. De esta forma, los términos “menor”, “incapaz” e “incapacitado” constituyen la nomenclatura para definir a las personas a las que les falta la capacidad de obrar, o bien la tienen limitada o restringida. Pero cada uno de estos términos tiene entidad por sí mismo y no todos poseen un mismo significado o contenido semántico. Es por ello que resulta necesario precisar el alcance y significado del término “*incapaces*” dentro de la categoría que estudiamos.

2.- Elementos para un análisis de Derecho material

12. Constituyendo la incapacidad la definición negativa de la capacidad de obrar⁵, ésta última ha sido definida como la aptitud o idoneidad de un sujeto para realizar actos jurídicos eficaces⁶.

13. A priori, pues, son los menores de edad, de un lado, y aquellos que, a pesar de haber alcanzado la mayoría, hayan sido declarados incapaces a través de sentencia judicial por concurrir en ellos alguna de las causas de incapacidad establecidas legalmente, de otro, las personas que se encuadran dentro de esa definición negativa de la capacidad de obrar y que, por tanto, son susceptibles de protección.

14. Sin embargo, es ésta una simplificación en la que, a mi juicio, no están todos los que son ni son todos los que están, como comprobaremos a renglón seguido.

A).- ¿Es el menor un incapaz?

⁵ PÉREZ VERA, E., y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, UNED, Editorial Colex, 2001, pág. 35.

⁶ GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, 1986, pág. 34.

15. Nadie discute hoy en día que el menor debe recibir protección. Las dudas llegan cuando debe concretarse la raíz o el origen de la misma. La capacidad de obrar planea de fondo, pero ¿realmente puede afirmarse que el menor sea un incapaz y que por ello necesita protección?

La edad es uno de los elementos determinantes que separa a los sujetos que deben recibir (o estar sujetos a) protección, de aquéllos que, habiendo alcanzado la mayoría de edad, se les considera plenamente capaces para desenvolverse en el actuar social y jurídico.

Los textos internacionales también han elegido este elemento para determinar su ámbito de aplicación personal, si bien, las edades varían según las materias reguladas, utilizándose también técnicas distintas en los mismos para la determinación de la edad.

16. Para hacer frente al estudio del menor en nuestro ordenamiento jurídico, podemos comenzar por plantear si el menor es una persona protegida por el Derecho o si se trata de un individuo carente de capacidad de obrar⁷. De la respuesta a este interrogante dependerá, en buena medida, la concreción del estatuto jurídico del menor en nuestro Derecho, así como la razón de ser de su sistema protector.

17. Señala el profesor DE CASTRO que, rompiendo con los precedentes históricos, es ya tópico en la doctrina la idea de que los menores están totalmente privados de la facultad de obrar por sí mismos, que tienen una incapacidad general y total de obrar, una incapacidad absoluta, lo que se basa en una presunción legal de ineptitud natural. Sin explicación ni justificación se equipara al menor de siete años con el menor general, extendiéndose así la infancia hasta los dieciocho años en nuestros días⁸. De sus palabras se deduce una clara posición crítica acerca de la teoría de la incapacidad absoluta del menor⁹.

18. ALBADALEJO¹⁰, recogiendo la clasificación que hacía DE CASTRO, distingue dos posturas respecto de la capacidad de obrar del menor: la de aquellos que opinan que el menor es un incapaz de obrar, siendo excepcional la capacidad que se le concede para ciertos actos; y la de aquellos que piensan que el menor es capaz de obrar, aunque con una capacidad más restringida que la del menor emancipado o la del mayor¹¹.

⁷ Véase COSSÍO, A. / COSSÍO, M. / LEÓN-CASTRO, J., *Instituciones de Derecho civil, Tomo I. Parte general. Obligaciones y contratos*, Editorial Civitas, 1987, pág. 184 y DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Editorial Civitas, 1984, pág. 169.

⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 173.

⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, págs. 170-171, afirma que en el Derecho español, la situación del menor se consideraba en dos relaciones básicas: la de su dependencia y la de su protección. Se admitía por la doctrina, que influyó en la redacción de los primeros Códigos, que el menor al salir de la infancia era capaz de obrar y que las limitaciones legales que le afectaban eran para su protección y beneficio.

¹⁰ ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I...*, *cit.*, págs. 249-251; DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 174 y DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La edad», en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General del Derecho Civil, Vol. 2º. Personas*, Dykinson, 2002, pág. 120.

¹¹ Entre los autores que defiende la primera postura destacan CASTÁN - DE LOS MOZOS, BONET Y ESPÍN y entre los segundos sobresalen DE CASTRO y JORDANO FRAGA. Según DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 174, que nuestro Derecho haya adoptado esta segunda concepción, conforme a la dirección de casi todas las legislaciones modernas, se deduce de dos premisas. En primer lugar, porque tal era la doctrina del antiguo Derecho español y, al no haber indicación alguna de que se quisiera abandonar al redactarse el Código Civil, hay que presumir que se ha mantenido. En segundo término, porque no existe ninguna disposición en el Código Civil que permita inferir una incapacidad absoluta del menor.

19. Siguiendo a los defensores de esta segunda teoría, las restricciones a la capacidad del menor derivarían no de una supuesta regla general que le privase de ella, sino de tres aspectos concretos, a saber, de una ineptitud natural para entender y querer, cuando éste sea el caso; de la sujeción (personal y patrimonial) a la patria potestad o tutela y, finalmente, de la condición de protegido por la ley que le permite anular sus actos si lo estima conveniente¹². Continúan en su argumentación sentando que si el menor fuera un incapaz absoluto y sólo pudiera realizar excepcionalmente los actos que el ordenamiento expresamente le consiente, la contemplación del mismo demuestra que las (presuntas) excepciones desbordan a la (presunta) regla¹³. Partir de una cierta capacidad del menor permite una más sencilla y coherente explicación del ordenamiento y, a la vez más realista y justa¹⁴.

20. Pese a ello, aun aceptando como más acertada esta posición que entiende al menor no como un incapaz, sino como una persona con capacidad de obrar limitada, la terminología que se baraja en el ámbito legislativo, jurisprudencial y doctrinal a la hora de calificar al menor como incapaz ha enturbiado con mucho esta claridad de ideas¹⁵.

21. En la esfera internacional, no existen dudas ni reservas a la hora de valorar positivamente la etapa de expansión que en el último siglo han experimentado todas las materias referentes o incardinables dentro de la protección de los menores. Dan cumplida muestra de la sensibilidad que en el ámbito mundial ha despertado la infancia, los numerosos textos internacionales elaborados en distintos foros y ratificados por un importante número de Estados, que han rescatado al niño no sólo de un anonimato normativo, sino que lo han catapultado a un primer plano, proponiendo como eje básico, artífice e inspirador de toda la legislación sobre la infancia, el principio del interés superior del menor (“*tout pour l’enfant*”).

La pluralidad de textos convencionales referentes a la protección de la infancia, la mayoría de ellos ratificados por España, ha otorgado la merecida importancia al menor en

¹² DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, págs. 175-176 y DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La edad», en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil I...*, *cit.*, pág. 120.

¹³ JORDANO FRAGA, F., «La capacidad general del menor», R.D.P., 1984, pág. 886, interpretando lo dicho por DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 175.

¹⁴ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 886. A juicio de COSSÍO, A. / COSSÍO, M. / LEÓN-CASTRO, J., *op. cit.*, pág. 185, ha de rechazarse la idea de que el menor se halle afectado por una incapacidad absoluta de obrar sin otras excepciones que las concretamente establecidas por la ley, lo que supondría una presunción de incapacidad, y deberá admitirse, en cambio, que se trata de una capacidad de obrar limitada sólo en la medida en que sea necesario para el amparo de los intereses del menor. Véase TOLIVAR ALAS, L., «Aspectos jurídicos-administrativos de la protección de menores», R.A.P. nº 124, enero-abril 1991, pág. 39.

¹⁵ Opina ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil: luces y sombras», A.C., nº 2, 6-12 enero 1997, pág. 24, que minoría de edad e incapacidad no son conceptos sinónimos, sino todo lo contrario. La situación del menor constituye un estado civil, y las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores habrán de interpretarse siempre, por mor de lo dispuesto en el art. 2.2 de la LPJM, de forma restrictiva. Por su parte, GÓMEZ PLAZA, M. C., «Comentario al art. 1263 Cc», en ALBADALEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XVII, vol. 1º-B, pág. 182, sostiene que no deja de ser curioso que no habiendo una norma en nuestro Derecho que establezca con claridad la capacidad o incapacidad del menor, se recurra al art. 1263.1 Cc para fundarla; a continuación, se considere que el precepto obedece al principio de incapacidad de obrar de los menores y, por último, se admita que este precepto ha de interpretarse con gran laxitud.

la sociedad en que ha nacido y en la que libremente debe desarrollarse, si bien no todos estos mecanismos pueden recibir alabanzas, pues ni todos han gozado del acierto en sus regulaciones, ni todos han posibilitado un grado de compromiso real entre los Estados firmantes, no pasando, en muchos casos, de una mera formulación de buenas intenciones.

22. El concepto de “menor” en Derecho internacional privado viene determinado, al igual que en el Derecho material, por la edad, haciéndose depender ésta de la aplicación de la ley nacional¹⁶. Es, por tanto, esta ley la que precisa tanto la duración como las consecuencias de la minoridad.

Uno de los problemas de mayor transcendencia en materia de protección de menores reside en la determinación de quiénes sean sus beneficiarios. El incremento de la normativa convencional en este sector ha disparado la pluralidad de términos para referirse a éstos. Niño, joven, menor, el genérico de infancia..., son conceptos que se utilizan indistintamente, llegando a emplearse, incluso en un mismo documento, varios de estos términos¹⁷. Sin embargo, no es bueno introducir la sinonimia entre conceptos que no tienen por qué gozar de esta condición. Además, es importante conservar distintos términos precisamente porque no se pueden equiparar las cualidades de esas personas durante la larga etapa de su minoría de edad¹⁸.

23. El art. 1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989* (en adelante, CDN) describe al niño como “*todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”¹⁹. En parecidos términos se pronuncia la LPJM, limitando su ámbito de aplicación

¹⁶ VON STEIGER, W. E., «La protection des mineurs en Droit international privé», Rec. des Cours 1964-II, pág. 174, precisa que el término “menor” expresa un concepto jurídico; el menor es una persona que, en razón de su edad, no goza de plena capacidad, en oposición al “mayor de edad” que goza del pleno ejercicio de sus derechos civiles. La edad a la que se adquiere la mayoría de edad se determinará por la ley que determine el sistema convencional o autónomo de Derecho internacional privado.

¹⁷ En ciertas disposiciones convencionales se ha precisado el significado de los distintos términos. Así, la *Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo*, recoge una relación de definiciones válidas exclusivamente a los efectos de la citada Directiva. Siendo “joven” toda persona menor de dieciocho años; “niño” todo joven menor de quince años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional y “adolescente” todo joven de quince años como mínimo, pero menor de dieciocho años, que ya no esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional.

¹⁸ ÁLVAREZ VELEZ, M^a. I., «La política de protección de menores en el ámbito internacional», en TORRENTE RODRÍGUEZ, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, pág. 174.

¹⁹ ÁLVAREZ VELEZ, M^a. I., «La política de protección de menores...», cit., pág. 177, critica el alcance excesivo del término “niño”, sin tener en cuenta que sus necesidades evolucionan con su edad y madurez. A este respecto especifica PÉREZ VERA, E., «El convenio sobre los Derechos del Niño», en AA. VV., *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, 1990, pág. 176, que, aunque la regla básica fija en los dieciocho años la frontera entre niño y adulto, entre minoridad y mayoría, “la aplicabilidad de su normativa en cada caso concreto queda sujeta a un proceso de interpretación, presidido por la búsqueda del trato más favorable a la persona en cuestión, y esto no sólo en aplicación de un principio general del Derecho, sino por expreso imperativo convencional”, pues el art. 41 CDN establece que nada de lo dispuesto en este texto normativo afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño. Por su parte, RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989», R.E.D.I. 1992-2, págs. 467-468, apunta que la identificación entre niño y menor va a implicar, normalmente, un mayor plazo de protección para el

personal a los menores de dieciocho años, salvo que hubieran alcanzado anteriormente la mayoría en función de la ley que les sea aplicable.

24. Hay, sin embargo, otros Convenios que se decantan, a nuestro juicio acertadamente, por una definición material de lo que se entiende por menor. Así lo hace el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores* (en adelante, CH 1996), que opta por aplicar sus disposiciones “a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de los dieciocho años”. También siguen este criterio el *Convenio sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción*, de 15 de noviembre de 1965 y el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, de 29 de mayo de 1993.

25. Toda la simplicidad que presentan los anteriores Convenios en la determinación de su ámbito de aplicación personal se ve contrarrestada por la complejidad por la que optan algunos de ellos. Sin duda, la muestra más evidente la constituye el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores* (en adelante, CH 1961), pues en su art. 12 especifica que será considerado menor aquél que lo sea cumulativamente según su ley nacional y la ley de su residencia habitual²⁰.

26. Otros Convenios se inclinan por fijar un criterio autónomo y diferente para precisar quién es menor a sus propios efectos. Así, mientras unos disminuyen la edad general por la que a una persona se le considera menor, y en este sentido podemos citar el *Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, de 25 de octubre de 1980, que considera menores a aquellos que no hayan alcanzado los dieciséis años, al igual que el *Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia*, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, exigiendo éste, como requisito añadido, que no tenga derecho el menor a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad, o según la legislación interna del Estado requerido, y el *Convenio hispano-marroquí sobre asistencia judicial, reconocimiento y*

interesado. Citando a PH. E. VEERMAN, en *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood* (Vol. 18 de International Studies in Human Rights), Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Wijkhoff Publishers, 1992, págs. 186-187, establece que algunos delegados proponían una edad inferior a los dieciocho años, en consonancia con la edad en la que normalmente finaliza la educación obligatoria y el impedimento matrimonial (en torno a los catorce años). Así, se lograría una clara distinción entre el término *niño*, al que se refiere el art. 1 de la Convención (de 0 a 14 años), y el de *menor* (de 14 a 18). Frente a éstos, otros delegados mantenían la opinión de utilizar el término de mayoría de edad para la definición de *niño*, posición que, finalmente quedó reflejada en el citado art. 1.

²⁰ Es necesario precisar que la traducción al español de este precepto –publicada en el B.O.E. y sin que, una vez advertido el error, se haya procedido a su modificación– convirtió en una disyuntiva lo que en el texto auténtico se contempla como una acumulación de conexiones. Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comentario al art. 9.6 Cc», en ALBADALEJO GARCÍA, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 2º, 1995, pág. 273 y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. / BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», en *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993)*. Traducción al castellano, Marcial Pons, 1996, págs. 24-40.

ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997. Sólo que éste último circunscribe su aplicación a los menores de dieciséis años no emancipados.

27. Otros apuestan, en cambio, por elevar esa edad mínima a los veintiún años como el *Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimenticias*, de 2 de octubre de 1973 y el *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, de 2 de octubre de 1973.

28. En todo caso, sea uno u otro criterio el utilizado, lo cierto es que la edad aparece siempre en todos ellos como pauta referencial, sin duda por constituir un hecho objetivo que salva las posibles singularidades o peculiaridades que pudieran presentarse en cada caso, facilitando así, una solución homogénea, al menos en lo que respecta a la delimitación del ámbito subjetivo.

29. Finalmente, resulta de interés destacar que en ninguno de los Convenios citados aparece el término “incapaz” para denominar al menor, de lo que puede intuirse que en el ámbito internacional se apuesta por la autonomía de los menores en los textos normativos, diferenciándose de otros que regulan la protección de los adultos incapacitados, a pesar de que puedan existir coincidencias en su regulación²¹. Y es que no puede olvidarse que, pese a las indiscutidas semejanzas, la protección de los menores responde a caracteres esencialmente distintos de la protección de los adultos.

B).- Del mayor de edad incapacitado y del mayor de edad incapaz no incapacitado

30. Según establece el art. 322 Cc, “*el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código*”. Siendo la regla general la capacidad de obrar de toda persona²², el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de que no todos, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad, reúnan las condiciones de aptitud necesarias para desenvolverse de forma adecuada en el devenir jurídico. Es por ello que, con el doble objetivo de proteger a las personas que carezcan de capacidad natural o la tengan limitada²³, de un lado, y a aquellas otras que se relacionen jurídicamente con las primeras, de otro, nace la incapacitación, una figura

²¹ En la XVIIª Sesión de la Conferencia de La Haya se acordó incluir en el orden del día de la siguiente Sesión, la revisión del Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, así como una extensión eventual del ámbito del nuevo Convenio a la protección de los incapaces mayores. Sin embargo, en la Sesión XVIII, después de aprobar el Convenio de 1996 en lo referente a menores, se concluyó en la idoneidad de abordar por separado cuestiones que eran esencialmente distintas, pese a las semejanzas de tratamiento que indudablemente existían.

²² GETE-ALONSO, Mª. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Cuadernos Civitas, 1985, pág. 174.

²³ En opinión de GETE-ALONSO, Mª. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar...*, cit., pág. 175, atendiendo a los principios de igualdad de trato jurídico recogido en el art. 14 CE y de libertad plasmado en el 17 CE, la incapacitación tiene como única finalidad la protección de la persona. En parecidos términos se manifiesta LETE DEL RÍO, J. M., «El proceso de incapacitación», A.C., nº 43, 19 al 25 noviembre 2001, pág.1476.

relativamente joven, que adquiere independencia en nuestro sistema civil a partir del siglo XIX²⁴.

31. La habitual poca precisión terminológica del Código civil se manifiesta en esta materia con especial agudeza. Tanto la incapacidad como la incapacitación son dos circunstancias relativas al estado de las personas que, si bien se dan independientemente en su apreciación, se conectan entre sí, en cuanto que en determinados casos una situación de incapacidad que se prevea como permanente puede dar lugar, mediante declaración judicial, a la incapacitación²⁵.

32. El Título IX del Libro I del Código civil denominado *De la incapacitación*²⁶, encabeza su articulado con el art. 199, según el cual “*nadie podrá ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”²⁷. A renglón seguido, el art. 200 cita cuáles serán esas causas que propiciarán la incapacitación, siendo tales “*las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”²⁸.

33. Al constituir la incapacitación la máxima limitación a la capacidad de obrar de la persona que admite nuestro ordenamiento jurídico²⁹, es natural que se establezcan aquellos mecanismos que permitan la mayor rigurosidad en su determinación. Por ello, no podrá ser declarado incapaz y, por tanto, adquirir el estado civil de incapacitado, sino aquél que concurriendo en él alguna de las causas establecidas legalmente, haya sido declarado como tal a través de un procedimiento culminado por sentencia judicial. Una vez haya

²⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 289.

²⁵ MORENO QUESADA, B. y otros, *op. cit.*, pág. 91. Por su parte, GETE-ALONSO, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar...*, *cit.*, págs. 177-178, opina que la declaración de incapacitación comporta siempre incapacidad, lo que permite distinguirla de la situación de minoría de edad que no es nunca de incapacidad, y de la prodigalidad que tampoco supone, propiamente, una restricción de la personalidad, sino un límite a la capacidad de obrar. En el mismo sentido se manifiesta LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la persona*, Tecnos, 1986, pág. 89, para quien la incapacitación tiene su fundamento en la falta de capacidad natural; en la imposibilidad de la persona para gobernarse por sí misma.

²⁶ De los dieciséis artículos con que contaba este Título, únicamente han quedado vigente tres, habiéndose derogado los restantes por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En realidad, y coincidiendo con una de las principales pautas de actuación de la nueva Ley, se ha procedido a reubicar formalmente preceptos que siendo adjetivos o procesales, tenían sede en una norma material. En contra de esta actitud de la Ley se manifiestan tanto DELGADO ECHEVARRÍA, quien afirma que la derogación de estos preceptos no era estrictamente necesaria, privándose al Código civil de artículos que, sin perjuicio de su vertiente procesal, contribuían a configurar la regulación sustantiva de la incapacitación; como RAMOS CHAPARRO, quien sostiene que la reiteración de normas en diversas disposiciones no perjudica la interpretación del ordenamiento, mientras que con la depuración adoptada se comete una “fea depuración” del texto oficial, que menoscaba su función didáctica como *corpus* básico o general de las normas civiles.

²⁷ Véase el análisis de este precepto realizado por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario al art. 199 Cc», en AMORÓS GUARDIOLA, M. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coords.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, págs. 177-178.

²⁸ Véase MARTÍNEZ DÍE, R., «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en GONZÁLEZ POVEDA, P. / PICÓN MARTÍN, J. M. (dirs.), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Notariado. Estudios de Derecho Judicial, 1999, págs. 196-197.

²⁹ GETE-ALONSO, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar...*, *cit.*, pág. 165.

recaído sentencia, se arbitrarán los mecanismos de protección adecuados a la gradación de la incapacidad que haya quedado probada en el procedimiento³⁰.

34. Pero, sin duda, la diferencia transcendental entre los incapaces no declarados y los incapacitados se encuentra en la protección. En este sentido, el art. 215 Cc, encabezando el Capítulo I del Título X del Libro I denominado “*De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*” dispone que “*la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: la tutela, la curatela y el defensor judicial*”. De ello se deduce que únicamente aquellos incapaces declarados y que, por tanto, ostenten el estado civil de incapacitados, gozarán de la protección jurídico-civil que instaura el Código civil.

35. A este respecto, debe señalarse que ni la incapacitación puede violar los principios de libertad y de libre desarrollo de la persona, acotando más parcelas de libertad que las imprescindibles en cada caso, ni el hecho de no estar incapacitado debe dejar indefenso a quien no se encuentra en situación de ocuparse de sus intereses³¹.

36. De hecho, existe una tendencia en Derecho comparado orientada a flexibilizar la tradicional concepción de la protección de los adultos que, en algunos casos, incluso, llega a prescindir de la propia noción de incapacitación y en la que, por tanto, las medidas de protección no necesariamente presuponen la previa declaración de incapacidad del sujeto³². Cada vez son más las voces que se alzan en la constatación de que la incapacitación no da respuesta al problema que se propone resolver, además de ser utilizada en muy pocas ocasiones, no sólo por los rigurosos efectos que produce en el incapacitado, sino porque socialmente es considerada como humillante. Esta tendencia ha encontrado plasmación el más alto nivel en el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de adultos (en adelante, CH 2000).

³⁰ DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La enfermedad. La incapacitación», en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., pág. 151, especifica que la sentencia no puede determinar la extensión y límites de la incapacidad, en su sentido natural (susceptible de diagnóstico médico), sino los de la incapacitación, es decir, de las limitaciones en la capacidad de obrar en que la incapacitación consiste y que la sentencia gradúa.

³¹ DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La enfermedad. La incapacitación», en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., pág. 148. En parecidos términos se manifiesta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Editorial Montecorvo, 1976, pág. 78, para quien tan importante es no incapacitar a aquél en quien no concurren los requisitos necesarios (protección de la libertad), como incapacitar a aquél en quien concurren (protección de la persona o del patrimonio o de ambas cosas frente a su estado de indefensión natural).

³² GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La protección de adultos en Derecho internacional privado», en CALVO CARAVACA, A. L. / IRIARTE ÁNGEL, J. L., (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Editorial Colex, 2000, pág. 85. Cita el ejemplo del Derecho alemán como paradigmático en este sentido. Así, el *Betreuungsgesetz* alemán procede de la reforma de carácter general en materia de protección de incapaces, llevada a cabo por una ley promulgada el 12 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 1 de enero de 1992, que modifica los arts. 1896 a 1908 del BGB, y que tiene como principal expresión la supresión de la institución de la incapacitación, partiendo del planteamiento de que la mejor protección de las personas discapacitadas consiste en aplicarles las disposiciones que rigen para los demás adultos, propiciándose el mayor respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos fundamentales.

37. Finalmente, resulta conveniente advertir que, por más que se intenten confundir, incapacidad y tutela –entendida ésta como prototipo de mecanismo de protección jurídico-privada–, son dos instituciones distintas, que se constituyen a través de procedimientos diversos³³, por más que estén estrechamente relacionadas, en cuanto que la constitución de la incapacidad lleva aparejada la designación del mecanismo de protección más adecuado para proteger a la persona incapacitada, y por más que por razones de economía procesal y con base en el principio del “beneficio del incapaz”, algunas sentencias designen tutor en la misma en que se declara el estado de incapacitado³⁴, vulnerándose lo establecido en la Disposición Adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, posteriormente matizada por la Disposición Adicional 3ª de la LPJM y, finalmente, precisadas ambas por lo dispuesto en el Libro IV *De los procesos especiales*, de la LEC.

C).- De las personas necesitadas de protección no incapaces ni incapacitadas: los ancianos

38. Una de las características sociológicas más llamativas del final del siglo XX y principios del XXI es el envejecimiento de la población. La población mundial, especialmente la perteneciente al mundo desarrollado, envejece a un ritmo vertiginoso y el grupo de mayor crecimiento en todo el mundo es el compuesto por personas de edad avanzada (mayores de 85 años)³⁵. Ciertamente los avances científicos y la mejora generalizada de las condiciones de vida en los países desarrollados han posibilitado un incremento de la esperanza de vida, lo que no siempre ha venido acompañado de un parejo incremento de las condiciones en que esa “vida que se añade a la vida” se desarrolla³⁶. Los

³³ Tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el proceso de incapacidad se sustancia por los trámites del juicio verbal, según lo dispuesto en el art. 753 LEC (antes de la entrada en vigor de la nueva Ley se sustanciaba conforme a los trámites del juicio de menor cuantía). El nombramiento de tutor o curador se realizará por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, salvo que en el procedimiento de incapacidad se hubiera solicitado su nombramiento, caso en que el juez procederá a nombrar a la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él (arts. 759.2 y 760.2). A la espera de una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, continúa vigente el Libro III de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881), excepción hecha del art. 1827 y los arts. 1880 a 1900, que quedan derogados, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única, apartado primero, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Véanse al respecto, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC», A.C., nº 33, 10-16 septiembre 2001, págs. 1143-1185; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «La incapacidad en las sentencias del Tribunal Supremo», Ar.Civ.. 2000-I, págs. 1919-1953 y RAMOS CHAPARRO, E., «Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (Glosa general)», A.C., nº 10, 5-11 marzo 2001, págs. 339-388

³⁴ Véanse SSTs de 22-7-1993 (RJ. 6277) y de 27-1-1998 (RJ. 552).

³⁵ Según los datos proporcionados por la ONU sobre el envejecimiento de la población 2002, el número de personas de más de 60 años se estima en 629 millones en 2002, proyectándose que sean más de 2 billones en 2050. En ese momento, la población de personas ancianas será mayor que la población de niños (0-14 años) por primera vez en la historia de la humanidad. Una de cada diez personas es ahora mayor de 60 años; para el 2050, se estima que serán mayores de 60 años una persona de cada cinco y en 2150, una de cada tres. El porcentaje es mucho más alto en las regiones desarrolladas que en las menos desarrolladas. Finalmente, dentro de la población mayor de 60 años, el 12 % es mayor de 80 años. Para el 2050, el 19 % de la población será mayor de 80 años. El número de centenarios se proyecta que se incrementará de 210.000 en 2002 a 3'2 millones en 2050.

³⁶ PÉREZ VERA, E., *La protección de los mayores de edad en el umbral del siglo XXI (Reflexiones desde la perspectiva del Derecho internacional privado)*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, 2000, pág. 15.

ancianos son, de esta manera, un sector de la población que posee caracteres propios y que requiere de una protección que no siempre ha de estar coligada a la previa incapacitación³⁷.

39. Los ancianos pueden ser, de hecho la mayoría lo son, personas plenamente capaces, con sus facultades mentales en perfecto estado y, por tanto, sin padecer una causa de incapacidad³⁸. Sin embargo, los ancianos necesitan protección. Esta protección viene dada muchas veces en el silencio del seno familiar, pero cuando la familia falta o cuando las circunstancias en la que esta protección familiar se desarrolla no son las adecuadas para la persona del anciano, deberían existir cauces alternativos en donde las entidades públicas gozaran de un papel destacado, proponiendo y ejercitando modos diversos de protección de estas personas, con el fin de que el respeto a sus derechos siempre quede garantizado.

Esta vertiente asistencial se deduce directamente del apartado segundo del art. 50 CE en el que se establece que los poderes públicos “*con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*”. Nos encontramos, pues, ante una clara muestra de la intersección entre el Derecho de familia y el Derecho público.

40. Existen opiniones reacias a la creación de una nueva categoría de personas necesitadas de protección, adicional a la de menores y mayores de edad incapacitados, que hiciera posible el diseño de normas de protección distintas de las ya ideadas y reguladas en nuestro ordenamiento jurídico para los mayores de edad cuyas facultades estén disminuidas³⁹. Esta renuencia viene, en parte, fundamentada por la propia dificultad que lleva implícita la concreción del concepto de vejez⁴⁰, en cuanto resulta complejo y conflictivo fijar una edad precisa a la que se entienda que una persona es anciana o vieja⁴¹,

³⁷ En Estados Unidos se habla del denominado *Elder Law*, una nueva especialización jurídica formada por todas aquellas cuestiones que interesan a las personas mayores, ya sean cuestiones de Derecho de familia, ya sea Derecho de la Seguridad Social o Derecho fiscal. Se trata de una yuxtaposición de distintas disciplinas jurídicas reunidas en torno a una cuestión común: la vejez. Véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La protección de adultos...», cit., pág. 88.

³⁸ No pueden ignorarse, sin embargo, las enfermedades que acompañan a la vejez. Son enfermedades esencialmente de tipo degenerativo como la demencia senil o el Alzheimer. Así, se calcula que mientras sólo un 5 % de los mayores de 65 años sufre la enfermedad de Alzheimer, entre los mayores de 80 años el porcentaje asciende a un 20 %.

³⁹ Por todas, véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La protección de adultos...», cit., pág. 87.

⁴⁰ GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la “senectud” como estado civil de la persona», en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. I, 1988, pág. 297, habla de la “senectud” como una etapa de la vida del mayor de edad caracterizada por la existencia de un haz específico de derechos y obligaciones en correspondencia con la peculiar situación en que se encuentra el sujeto. Además, este autor plantea la posibilidad de “*configurar a la senectud como un status de la persona, que gozará de las acciones legales de tutela de estado, pareciendo razonable, a efectos de prueba, que conste al margen del acta de nacimiento*”.

⁴¹ El art. 50.1 CE habla de “tercera edad” cuando dispone que “*los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad*”. Hablar de “tercera edad” implica que ha de existir, al menos, una primera y una segunda. Y, aunque podríamos identificar la primera con la niñez, adolescencia y juventud hasta alcanzar los dieciocho años, y la segunda con la edad adulta, resulta complicado determinar con precisión cuándo comienza la tercera edad, aunque la identifiquemos con la vejez o ancianidad. Véase AZNAR LÓPEZ, M., «Las personas mayores en la Constitución española. Comentario al artículo 50», en MARTÍNEZ MAROTO, A. (coord.), *Gerontología y Derecho. Aspectos jurídicos y personas mayores*, Editorial Médica Panamericana, 2001, págs.

pues aunque la vejez es una etapa que, con fortuna, acaba por manifestarse siempre, lo hace en muy diversas fechas en función de la incidencia de factores biológicos y ambientales⁴². Sin embargo, parece que las nuevas circunstancias, las nuevas realidades que ofrecen los datos estadísticos y que muestran a la vejez como una condición emergente de las personas que habitan, en su mayor parte, el mundo desarrollado, exigen o van a exigir a muy corto plazo una apuesta decidida, por parte de todos los sectores de la sociedad que, a nuestro juicio, debe estar orientada desde un doble ángulo.

Desde una primera perspectiva, es fundamental que se tome conciencia de la realidad, y la realidad es que está aumentando el número de personas mayores de forma vertiginosa. Esa toma de conciencia lleva aparejada la necesidad de analizar cuáles son las circunstancias que rodean a este cada vez más numeroso colectivo de personas y determinar cuáles son las carencias que pueden apreciarse en el desarrollo y desenvolvimiento de su vida cotidiana.

El enfoque del segundo ángulo debe orientarse hacia la articulación de un sistema de protección global que, partiendo del reconocimiento y garantía de los Derechos fundamentales de que todo ser humano es beneficiario, sea capaz de dar una respuesta adecuada y coherente con las necesidades de protección de los ancianos. Se hace, por tanto, necesario un sistema flexible de protección tanto en el ámbito privado como público.

3.- De la imprecisión a la concreción terminológica: las personas necesitadas de protección jurídica

41. De las páginas que anteceden cabe extraer, al menos, tres conclusiones presididas por una, de carácter general, que las engloba a todas en su conjunto. A saber, el concepto o la categoría de la protección de los incapaces adolece de un alto grado de imprecisión terminológica.

42. Y ello porque, en primer lugar, se trata de un error semántico y jurídico, identificar al menor de edad con el incapaz. La minoría de edad es un estado civil que se define por contraste al de la mayoría y que implica que el menor no pueda actuar para todos los actos de la vida civil con la capacidad general de obrar que se adquiere a los dieciocho años. Pero que esto sea así, no implica la incapacidad del menor, y de ello da fe la supresión del párrafo segundo del art. 32 Cc que, con la reforma en materia de tutela de 1983, abolió la minoría de edad como causa de restricción de la personalidad. Y es que conforme a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, sólo podrá ser declarado incapaz

7-9, donde se hace un breve análisis de este término. Por su parte, GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la “senectud”...», cit., pág. 296, estima que la expresión “tercera edad” ofrece la ventaja de una cierta asepsia y neutralidad, acompañada, no obstante, de una evidente imprecisión al exigir perentoriamente una definición clara de lo que representan, respectivamente, la primera y la segunda edad de la persona humana. Finalmente, también habla de “terza età”, STANZIONE, P., «Le età dell’uomo e la tutela della persona: gli anziani», Riv. dir. civ., 1989-1, pág. 441, diferenciándola de la edad infantil y de la madurez.

⁴² Aprecia GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La protección de adultos...», cit., pág. 87, que “*mientras que la niñez es un período de fragilidad y dependencia que es posible delimitar con carácter general para todos los individuos, la vejez no siempre conlleva dependencia o, en cualquier caso, no es posible establecer esa necesidad más que de manera individualizada*”.

y, por tanto, incapacitado el menor cuando, según el art. 201 Cc, concorra en él alguna de las causas de incapacitación establecidas legalmente y así se haya precisado por sentencia judicial.

La protección de los menores está fundamentada en la falta de madurez de la persona o en la inexperiencia por su joven edad, así como en el interés de la sociedad de protegerse a sí misma, pues no en vano la juventud de hoy será la sociedad de mañana⁴³. Por ello, la condición de menor es conferida *ex lege* por el Derecho positivo y está basada única y exclusivamente en la edad. Una edad que viene establecida en el Derecho internacional privado por la ley personal de la persona en cuestión.

43. En segundo lugar, únicamente gozarán de protección jurídico-civil aquellas personas que previamente hayan sido incapacitadas; el resto, aunque sean incapaces en el sentido de concurrir en ellos alguna de las causas fijadas por la ley, adolecerán de protección. Serán incapaces de hecho, pero no jurídicamente.

La incapacitación lleva aparejada una protección jurídica que reviste caracteres esencialmente distintos de la protección de los menores de edad. Es la ley personal del presunto incapaz la que determina las causas de incapacidad, al tiempo que será necesaria una sentencia judicial para constituirlo en un nuevo estado, el de incapacitado. La protección de los incapacitados no puede tener la misma naturaleza jurídica que la protección de los menores, puesto que no emana de unas mismas causas. Por ello, al menos en lo que es la protección institucional, reclamará —otra cosa bien distinta es que se atienda a ese reclamo— una diferenciación de mecanismos de guarda legal, adecuados a las circunstancias en que estas personas se encuentran.

Al mismo tiempo, se postula una mayor apuesta por parte de los Estados y de las sociedades en su conjunto, para con las personas que no han sido incapacitadas, pero que adolecen de alguna causa de incapacidad. La incapacitación está en el punto de mira de cada vez más ordenamientos jurídicos que se plantean su operatividad. Por ello, se aboga, cada vez con más firmeza, por mecanismos de protección que no lleven aparejado la incapacitación pero que doten a la persona que lo necesita de la guarda adecuada. Al tiempo que la autonomía de la voluntad está emergiendo con fuerza en el estatuto personal, y sus manifestaciones en la protección de adultos se plantean como un reto y como una esperanza.

44. En tercer y último lugar, existe un colectivo de personas, cada vez más numeroso, que, reuniendo unas peculiaridades propias de la edad avanzada, pero sin que quepa apelar, siempre y en todo caso, a su incapacidad, demandan una protección que, al menos en nuestro sistema jurídico, aún se muestra muy incipiente. Se trata de personas que gozando de todas sus facultades mentales, se encuentran necesitadas de asistencia. Tampoco cabe incluir dentro del término “incapaz” a este colectivo.

45. Por todo ello, nos parece más consecuente y, sobre todo, más correcto jurídica y terminológicamente, utilizar la expresión “personas necesitadas de protección jurídica” para referirnos a esta categoría normativa.

⁴³ LEQUETTE, Y., *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, 1976, pág. 2.

Somos conscientes de su extensión. Sabemos, incluso, que puede ser tachado de circunloquio. No obstante, nos parece que sólo en ella tienen cabida los distintos grupos de personas a los que hemos hecho referencia. La nomenclatura de la “protección de los incapaces” únicamente reúne el aliciente de la brevedad, pero nunca de la corrección semántica y jurídica que debe presidir las categorías jurídicas.

Pero precisamos más. En la actualidad, y en nuestro ordenamiento jurídico material, sólo se ofrece protección a los menores y a los incapacitados. Son, por tanto, necesarias y urgentes, reformas legislativas que palien esta lacerante laguna, y que doten a nuestro sistema jurídico de una protección global a todas aquellas personas que estén necesitadas de ella.

III. - SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICO-PRIVADA

46. El sistema de protección de menores e incapacitados diseñado por el Derecho material español es complejo, desestructurado y con grandes lagunas y desajustes. Siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pueden distinguirse en ese sistema dos modelos claramente diferenciados: el modelo institucional y el modelo funcional o asistencial⁴⁴. No obstante, hemos de precisar que esta dualidad de modelos tiene su plasmación fundamentalmente en el ámbito de la protección de menores, destacando en el ámbito de los mayores incapacitados el modelo institucional, aunque haya quien ha sostenido la extensión del modelo funcional o asistencial también a este sector de la población. Posición a la que nos adherimos en este trabajo, si bien como una pretensión que deberá llevar a la modificación legislativa, pues desde los actuales parámetros mal puede materializarse esta idea.

47. A priori, me parece oportuna una diferenciación de los mecanismos de guarda y protección, según que nos encontremos ante menores o incapacitados. Sin embargo, en el modelo institucional los mecanismos de protección básicamente coinciden. Este modelo arbitra un conjunto de instituciones de protección previstas con carácter general para atender, de modo global y estable, las necesidades de protección de estas personas. Dichas instituciones se encuentran relacionadas entre sí, según criterios de supletoriedad y complementariedad. Atienden más a una protección formal que a una protección real. Dentro de este modelo se incluye la patria potestad, la tutela, la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho.

El modelo funcional, en cambio, está orientado a los menores que, con independencia de encontrarse o no sujetos a alguna institución legal de guarda, carecen de una protección efectiva. Dentro de este modelo se enmarcan la tutela automática o *ex lege* y la guarda administrativa, además del acogimiento como manifestación del ejercicio de ambas.

48. Debe concluirse, en esta primera aproximación, que esta dualidad de modelos, cuyos enfoques son claramente diversos y hasta cierto punto inconexos, resta credibilidad a la existencia de un verdadero sistema de protección por los solapamientos, interferencias y,

⁴⁴ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil...», cit., págs. 1459-1493.

en algunos casos, disfunciones que ambos modelos presentan. De esta manera, siendo coherentes con la realidad que ofrece nuestro ordenamiento jurídico, cabe hablar más de instituciones y medidas protectoras, que de un verdadero sistema global de protección⁴⁵.

49. No obstante, sin merma de lo dicho, es necesario apuntar que esta duplicidad de modelos responde principalmente al fenómeno de la *publicación* del Derecho privado, esto es, a la progresiva intervención de los poderes públicos en cuestiones que tradicionalmente habían pertenecido a la esfera privada y que debido a la matización social que introduce la Constitución española y que ha ido impregnando toda la legislación en materia de familia, y singularmente la materia de protección de menores, ha posibilitado la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de nuevas medidas de protección en las que los poderes públicos ocupan una posición destacada, constituyéndose en garantes últimos de esta protección⁴⁶.

1.- Modelo institucional

50. El modelo institucional ofrece, al menos formalmente, una protección casi integral que abarca prácticamente todas las situaciones personales en que puede encontrarse el menor o la persona incapacitada. Puede decirse que para estos dos grupos de personas la cobertura institucional es completa y el sistema cerrado, coherente y orgánicamente cohesionado, formando un entramado de instituciones de protección agrupadas en tres escalones: protección prestada por los padres, protección prestada por el tutor o curador y protección ofrecida por el defensor judicial⁴⁷.

La finalidad principal de este modelo es impedir el desamparo institucional. De esta manera, la consigna fundamental se traduce en que todo menor o incapacitado debe hallarse sometido a alguna de las instituciones de guarda legal.

51. El art. 215 Cc, que inaugura el Título X del Libro I del Código civil, denominado *De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*, establece un sistema de protección sobre dos instituciones básicas: la tutela y la curatela, sin aludir a la patria potestad, e incluyendo al defensor judicial como engarce y cierre del sistema.

Sin embargo, la enumeración que realiza este artículo no es exhaustiva ni correcta. No es exhaustiva porque olvida que cabe incapacitar a un menor de edad sometido a patria potestad y que, en este caso, no procede la constitución de la tutela, sino la continuación de la patria potestad. Asimismo, tampoco se relaciona la guarda de hecho, pese a figurar incluida dentro del Título X del Libro I del Código civil. No es correcta porque si bien es

⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil...», cit., pág. 1462.

⁴⁶ Como aprecia AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado», BIMJ, nº 1766, año L, 15-1-1996, pág. 9, “*la protección de los menores no incumbe exclusivamente a la familia, sino a toda la sociedad. En un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución establece, los poderes públicos han de colaborar con la familia, supliéndola cuando no existe y completándola cuando es insuficiente, en la tarea de asegurar al individuo el desarrollo de su personalidad, de su propia dignidad como persona, garantizándole el ejercicio de los derechos que le son inherentes*”.

⁴⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil...», cit., pág. 1473.

cierto que el defensor judicial representa y ampara los intereses del incapacitado, no se trata en puridad de una institución completa y autónoma de guarda del incapacitado⁴⁸. Su función es particular, especial y tangencial.

El citado art. 215 Cc determina un tratamiento unitario de los problemas de los menores de edad y los incapacitados, sometiéndolos al mismo tipo de tutela. Al menos esto es lo que puede deducirse de su falta de diferenciación. Para los menores actúa cuando no existe la patria potestad, ya que ambas instituciones son incompatibles, no pueden darse al mismo tiempo.

52. Tanto el Título IX como el X del Libro I del Código civil recibieron nueva redacción a través de la *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela*. En lo referente a las instituciones de protección, esta Ley supuso pasar de la unidad institucional (tutela) a la pluralidad (tutela, curatela, eventualmente defensor judicial, guardador de hecho); de la tutela orgánica (tutor, protutor y Consejo de familia) a la individual (tutor, curador); y de la tutela de familia a la de autoridad en su versión judicial⁴⁹.

A).- Breve referencia de Derecho comparado

53. Respecto a la protección de las personas mayores, es destacable en Alemania la creación de una nueva figura denominada *Betreuung* o asistencia, a través de la *Ley para la reforma del Derecho de la Tutela y Curatela para Mayores de edad ("Ley de Asistencia")*, de 12 de noviembre de 1990. Se persigue con ella el máximo respeto al ámbito de la libre determinación del asistido, por lo que el nombramiento del asistente no afecta a la capacidad de libre actuación del asistido, lo que justifica que la actuación de aquél no se condicione a la previa incapacitación de éste.

El ámbito de actuación de la asistencia queda específicamente circunscrito a la asistencia jurídica, no incluyéndose el cuidado material de la persona, aunque podrá ser

⁴⁸ GETE-ALONSO, M^a. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar...*, cit., pág. 217.

⁴⁹ Aspecto este último de gran importancia, por cuanto deja de considerarse el asunto como específico y propio de la familia del incapacitado, estimándose necesario, por afectar a los intereses generales, enmarcarlo en la esfera la autoridad judicial. Véase al respecto, DíEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho civil, vol. I*, Tecnos, 1995, pág. 167; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., «¿Tutela de familia o tutela de autoridad?», R.J. La Ley, 1985-II, págs. 1297-1301 y SERRANO ALONSO, E., «Relevancia de la intervención del juez en la incapacitación, tutela y curatela», R.J. La Ley, 1984-II, págs. 1117-1122. De otro lado, CARINCI clasifica en tres grupos los sistemas tutelares del Derecho moderno. Las legislaciones que conciben la tutela como institución familiar, de origen privado, en la que el Consejo de familia tiene un papel preponderante y donde las autoridades públicas rara vez aparecen. Dentro de este grupo encontramos países preferentemente de Derecho latino, como Portugal, Bélgica, Italia (Código derogado de 1865) o España (antes de la reforma de 1983) y algunos países hispanoamericanos. Las legislaciones que la conciben como una institución pública, ejercida por cuerpos judiciales y administrativos. Su fundamento se encuentra en que, faltando los padres, se estima que sólo el Estado puede asumir el cuidado de los menores e incapacitados. Dentro de la tutela de autoridad destacan países como Alemania, Suiza, Austria, Países escandinavos, Inglaterra, Estados Unidos e Italia. Finalmente, se encuentran las legislaciones de los países que apuestan por una tutela mixta, como Méjico, Nicaragua, Costa Rica, Chile, Argentina, Paraguay y Uruguay.

realizado por el asistente⁵⁰. A petición del propio interesado o de oficio, los tribunales de primera instancia del domicilio del sujeto afectado por alguna discapacidad pueden nombrar un *Betreuer* (asistente) para que realice aquellos negocios jurídicos que el protegido no esté en condiciones de realizar por sí mismo.

Esta reforma se produjo a raíz de las críticas al procedimiento de incapacitación que era utilizado en muy raras ocasiones y que además llevaba aparejado un alto coste. Además, las instituciones de la tutela y, por extensión, de la curatela se percibían asimismo como instituciones vejatorias y, en la práctica, al no ser instituciones bien remuneradas eran ejercidas, la mayoría de las veces por abogados, que asumían un número elevado de cargos tutelares y se ocupaban con carácter principal de la gestión de los bienes del incapaz⁵¹.

Tras esta reforma, el *Betreuung* se convirtió en una institución de asistencia y protección social, muy distinta de la tutela, con lo que el número de Asistencias aumentó de forma extraordinaria, al tiempo que aumentaron los gastos. Por ello fue necesaria la reforma de esta Ley por la *Ley de Modificación del Derecho de Asistencia – BtÄndG*, de 25 de junio de 1998⁵². En ella se hace especial hincapié en la posibilidad de que las personas sanas otorguen un poder para el caso de que lleguen a enfermar; esto hará innecesaria la constitución de la Asistencia, y descargará a la Administración de Justicia y al Fisco.

Además, se especifica que las labores del asistente (al que se añade el calificativo “jurídico”) no son sólo de tipo patrimonial, sino “*todas aquellas actividades necesarias para el cuidado jurídico del asistido*” (Exposición de Motivos Ley 1998).

54. En el Derecho suizo la función tutelar corresponde al Estado que la ejerce a través de las autoridades de tutela, esto es, la autoridad tutelar y la autoridad de vigilancia. Siendo éstas las autoridades exigidas por el Derecho federal, los cantones pueden instituir además otras autoridades de carácter consultivo y ciertos órganos auxiliares (arts. 360-361 BGBCH).

El sistema de autoridad puede ser relegado por una tutela privada, siempre que el interés del pupilo justifique esta medida (art. 362.1 BGBCH). Si así fuese, los derechos, deberes y responsabilidad de la autoridad tutelar pasan a un consejo de familia (art. 362.2 BGBCH), mientras que la autoridad de vigilancia, que es quien puede permitir o no esta tutela privada, continúa desempeñando el mismo papel. La tutela privada puede ser revocada en cualquier momento por la autoridad de vigilancia si el consejo de familia no cumple sus deberes o el interés del tutelado así lo exige (art. 366 BGBCH).

Tanto la autoridad tutelar como la de vigilancia son designadas por los cantones. La autoridad de vigilancia constituye la autoridad superior en materia de tutela, controlando de manera general la actividad de la autoridad tutelar e, indirectamente, la de las personas que ejercen funciones tutelares.

⁵⁰ Véase GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», A.C., nº 21, 24 al 30 mayo 1999, págs. 553-581; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La protección de adultos...», cit., págs. 88-89.

⁵¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La protección de adultos...», cit., pág. 88.

⁵² Véase GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Sinopsis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania», R.E.Ger. vol.4 nº 2, 2002, págs. 8 y ss..

55. En el Derecho italiano, las funciones tutelares del Estado son encomendadas a una autoridad judicial: el juez tutelar. Se trata de un órgano de carácter directivo y consultivo, con funciones de control y de deliberación. En este sistema, las disposiciones sobre la tutela de los menores son aplicables a la tutela de los mayores incapacitados, según dispone el art. 424 Código civil italiano.

56. Finalmente, en el Derecho francés la tutela ha estado tradicionalmente en manos de la familia. Esta situación ha cambiado a partir de la Ley de 14 de diciembre de 1964, año en que se procedió a reformar el Código civil en esta materia, otorgando una mayor intervención a la autoridad judicial. En la actualidad se puede hablar de un sistema mixto, a medio camino entre el familiar y el de autoridad.

El órgano estatal encargado de la vigilancia general de las tutelas es el juez de tutelas, que será el juez del Tribunal de primera instancia del domicilio del sujeto a tutela (art. 393 Code civil)

Además del sistema general de tutela, el Derecho francés conoce dos casos excepcionales de tutela en que ésta es encomendada completamente al Estado: tutela vacante y tutela de expósitos. En estos dos supuestos el tutor es una autoridad administrativa, no hay protutor y el control de la gestión se confía a un órgano también administrativo.

B).- Valoración y Propuestas de reforma: modelo institucional

57. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre detectó una serie de carencias en el sistema institucional, y procedió a suplirlas creando *ad novum* en la legislación civil una serie de medidas asistenciales que proporcionarían una protección efectiva únicamente a los menores, dejando atrás, relegando una vez más, al conjunto de personas incapacitadas e incapaces a quienes también afectaban las insuficiencias del sistema.

58. Todo ello hace que deba plantearse un cambio, una reforma en el sistema. La misma no debe venir propiciada únicamente por modificaciones de carácter normativo, sino que es necesario, además, la potenciación de mecanismos sociales y de apoyo y asistencia a pupilos y tutores, para hacer más efectiva y fácil su misión. Y, sobre todo, se requiere la concienciación social que perciba como una necesidad el propiciar protección a las personas que se encuentran desvalidas⁵³.

Entre esos cambios útiles para la agilización del sistema pueden destacarse varios aspectos. En primer lugar, la creación de organismos públicos de apoyo e información a los tutores y a los colectivos sociales que realicen dicha labor. Al ser la tutela una función con un alto interés público, debe ser objeto de especial interés por las entidades públicas. En segundo lugar, la necesaria admisión en nuestro ordenamiento jurídico de la autotutela, de constatada efectividad en el Derecho suizo, inglés y alemán, además de estar regulada en el

⁵³ HEREDIA PUENTE, M. / FÁBREGA RUIZ, C., *Protección legal de incapaces...*, cit., págs. 42 y ss.

Derecho catalán, en la Ley 9/1998, de 15 de julio, reguladora del Código de Familia⁵⁴. Por último, la creación de un sistema legal de tutela automática o de salvaguarda judicial para los mayores afectados por alguna circunstancia que los haga potenciales acreedores de protección, tal como ocurre en nuestro Derecho con respecto a los menores o en el Derecho francés⁵⁵.

59. Por tanto, cabe pensar, en el terreno de posibles reformas legislativas, en formas de protección más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio, y a ayudarle a tomar y realizar decisiones adecuadas más que a privarle de ámbitos de capacidad.

Pero, con o sin nuevas reformas, y cualquiera que sea la opinión doctrinal sobre el significado jurídico de la incapacitación, es ineludible ocuparse de las personas y los actos de quienes no han sido incapacitados, debiendo serlo, no como caso marginal o jurídicamente sin interés, sino como situación quizás la más habitual que hay que responder de acuerdo a los principios constitucionales⁵⁶.

2.- Modelo funcional o asistencial

60. Se ha demostrado que la sujeción de los menores o incapacitados a una institución de guarda no supone, necesariamente, una protección efectiva, puesto que pueden existir casos de personas que pese a estar protegidas formalmente, en la práctica esta protección no resulte eficaz, bien porque el titular de la guarda no ejerza adecuadamente las funciones que tiene atribuidas, bien porque el mecanismo de protección a que esté sujeto no se ajuste a las necesidades reales del protegido.

61. De hecho, parece que el sistema (modelo institucional) sólo resulta eficaz en el supuesto de que el menor se encuentre sometido a patria potestad. De no ser así, la rigidez, complejidad y lentitud de la puesta en marcha de los mecanismos supletorios, determinada sobre todo por la intervención judicial y, en algunos casos, por la inadecuación de la tutela para proporcionar un entorno personal y familiar adecuado a las necesidades del menor, resta agilidad a lo que tendría que mostrarse como una máquina perfectamente engrasada, donde la inmediatez, la eficacia y la precisión debieran constituirse como criterios de actuación indispensables⁵⁷.

⁵⁴ Esta institución ya está contemplada en el Proyecto de Ley sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria, de 6 de junio de 2003.

⁵⁵ SILLERO CROVETTO, B., «Reflexiones en torno a la protección de los incapaces», R. E. Ger., vol. 2, nº 2, 2000, págs. 4-5.

⁵⁶ DELGADO ECHEVARRÍA, J., «La enfermedad. La incapacitación», en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., pág. 149.

⁵⁷ Señala BENITO ALONSO, F., «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la ley y guarda», Revista jurídica La Ley, 1997-6, pág. 1728, que una reflexión que actualmente se repite en muchos países es si las instituciones jurídicas de protección de menores dan respuesta a la diversidad de situaciones de desprotección en que estos pueden encontrarse. Responde el autor que tanto la diversificación de instituciones jurídicas como la flexibilización de las prácticas profesionales son indispensables para mejorar cualitativamente los sistemas de protección de la infancia. Se persigue así la protección integral del menor.

62. Así pues, la propia existencia del modelo funcional supone el reconocimiento tácito del fracaso del modelo institucional. Pero, inexplicablemente, el legislador extiende este nuevo modelo únicamente sobre los menores no emancipados que se encuentren bien en situación de desamparo, constituyéndose entonces la tutela administrativa, bien en situación de riesgo, lo que derivará en la articulación de la guarda, también administrativa. Los mayores incapacitados parecen no tener cabida en este sistema, aunque algunos autores han defendido su extensión a este sector de la población⁵⁸. En algunos Derechos civiles autonómicos, como el catalán, se avanza con decisión en este sentido, habiéndose ya promulgado leyes sobre acogimiento de personas mayores. Si bien las modalidades de acogimiento sobre personas mayores poseen una naturaleza jurídica diversa de la del acogimiento de menores.

63. De singular importancia es la aplicación de los mecanismos de protección del modelo funcional a los menores de edad extranjeros que se encuentren en territorio español. Esta premisa se encuentra explícitamente regulada en el art. 1 de la LPJM, donde se perfila su ámbito de aplicación personal, al señalar que *“la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”*, y en el párrafo tercero del art. 9.6 Cc, según el cual *“será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español”*. De lo que se deduce que el modelo funcional se aplica superponiéndose a los dictados del estatuto personal, muy presente en el modelo institucional. La situación de especial desvalimiento o desamparo del menor y la necesidad de una actuación inmediata, desplaza la normativa conflictual prevista con carácter general para regular las instituciones de protección del menor, otorgando preferencia al método directo del Derecho internacional privado que hará aplicable la legislación española en esta materia.

64. El modelo funcional fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico, bajo la inspiración del art. 39 CE, por la Ley 21/1987, de 21 de noviembre⁵⁹ y matizado y complementado por la LPJM.

⁵⁸ En sentido contrario a la proyección de este modelo a los mayores incapacitados se manifiesta VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», A.D.C. 1991-II, pág. 632 e ID., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Editorial Comares, 1994, pág. 40; LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Editorial Bosch, pág. 39; SANCHO REBULLIDA, F., *El nuevo régimen de familia IV. Acogimiento y adopción*, 1989, pág. 50; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, 1997, pág. 71 y FELIÚ REY, M. I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, 1989, pág. 39. A favor de la extensión de esta modalidad de protección a los mayores incapacitados se muestra BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al art. 239 Cc», en AMORÓS GUARDIOLA, M. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coords.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., pág. 351. Considera IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial, 1996, pág. 78, que de *lege ferenda*, este modelo debería extenderse también a los incapaces mayores de edad.

⁵⁹ Como señala DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario al art. 172», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, Tecnos, 1993, pág. 46, *“hasta la Ley de 1987 el Código civil no ofrece un régimen jurídico que prevea y contemple la asistencia y protección de todos los menores. Hasta ese momento, las instituciones que contempla (patria potestad y tutela) se mueven en otro plano, más preocupadas de suplir la capacidad de obrar de los menores y atender la administración de sus bienes que de procurar la necesaria*

La primera Ley se hizo eco de las críticas vertidas por la falta de control en las actuaciones previas a la adopción, que permitía el tráfico de niños, así como por el rígido régimen del abandono de menores que impedía o dificultaba la realización de adopciones recomendables⁶⁰, e intentó superar esta situación encomendando a las entidades públicas de protección de menores las propuestas de adopción⁶¹. Los entes administrativos con competencia en materia de protección de menores adquieren de esta manera un protagonismo de primera línea, ya que han asumido *ex novo* potestades y atribuciones antes confiadas a los sujetos privados familiares⁶².

asistencia material y moral de todos ellos. De ahí, que con la regulación del Código civil no quedaban cubiertos todos los casos posibles: menores abandonados o desamparados de hecho teniendo padres o tutores, niños sin padres no recogidos en casas de expósitos o establecimientos de beneficencia, etc.”.

⁶⁰ VALLADARES RASCÓN, E., «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», RPJ, Segunda Época, nº 9, marzo 1988, pág. 29.

⁶¹ RAMOS SÁNCHEZ, J., «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», R.J. La Ley, 1989-2, pág. 1009, cita como notas características de la Ley: la desjudicialización, la potenciación consecuente de las entidades públicas, la profundización en la idea de un Ministerio Fiscal defensor real de los menores y la prioridad del tratamiento del menor en su propia familia. Este autor se plantea la posible inconstitucionalidad de esta Ley basándose, primordialmente, en que han sido atribuidas funciones a los poderes públicos que deberían continuar, a su juicio, en manos de Jueces y Tribunales. En parecidos términos se manifiesta FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, L., «La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores», RGD nº 535, 1989, págs. 1866 y ss., quien afirma que tanto el art. 172.1 como el 239.1 Cc “*son parcialmente nulos por razón de su inconstitucionalidad, por cuanto encomiendan a la entidad pública y no al juez, apreciar si existe o no desamparo en el caso concreto*” y MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, Bosch, 1991, págs. 33 y ss. e ID., «La tutela de menores por las Entidades públicas y su tratamiento procesal (A propósito de una Sentencia del TC)», RJC, 1994-2, pág. 208, quien critica la excesiva desjudicialización de la reforma de 1987 en contraposición con el incremento de la importancia de las entidades públicas en materia de protección de menores. Por su parte, BENITO ALONSO, F., «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores...», cit., pág. 1731, entiende que efectivamente se ha producido una desjudicialización en la materia de protección de menores, al atribuirse esta competencia a la Administración y no a los órganos judiciales, pero ello “*no obsta a que las actuaciones administrativas hayan de respetar en todo caso las garantías jurídicas propias del Derecho civil, ni al control judicial superior del actuar administrativo*”. En el mismo sentido se manifiesta VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores...», cit., pág. 615 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil...», cit., pág. 1478.

⁶² Tal y como se plasma en la Disposición Adicional primera de la Ley 21/1987, con el término de “entidades públicas” se hace referencia a “*los organismos del Estado, de las CC.AA. o de las Entidades Locales a las que con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores*”. La Disposición Final vigesimosegunda de la LPJM especifica que “*las entidades públicas mencionadas en ella son las designadas por las CC.AA. y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización*”. Apunta LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática...*, cit., pág. 36, que la actual terminología de “entidad pública” sustituye a otras más caducas como “casas de expósitos” o “establecimientos públicos”. Al amparo del art. 148.1.20ª CE, las CC.AA. tienen competencia en materia de asistencia social, dentro de la que se comprende la protección de menores. VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores...», cit., pág. 614 e ID., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico...*, cit., págs. 6-7, afirma que “*se ha abandonado el principio de subsidiariedad en la asistencia a menores desamparados por parte de los poderes públicos para asumir la atención prioritaria y directa de los problemas que aquellos plantean*”. TOLIVAR ALAS, L., «Aspectos jurídicos-administrativos...», cit., pág. 37, en cambio, indica que las competencias que hoy poseen las CC.AA. en materia de protección de menores son las heredadas de la vieja beneficencia, aunque reforzadas por la reforma del Código civil de 11 de noviembre de 1987.

La segunda, tras la ratificación por España de la CDN, incorpora a la legislación española la nueva concepción jurídica del menor en el mundo, basada en el reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo, además de introducir reformas de importante calado en las instituciones de protección del menor, especialmente en lo referente a la tutela y guarda administrativa, además del acogimiento.

65. Por tanto, podemos convenir que la introducción de este modelo asistencial viene amparado por una demanda sostenida de mayores y diferentes mecanismos protectores con la consiguiente potenciación de los recursos personales y materiales, y ello en un triple aspecto: atender a las transformaciones de los riesgos que pesan sobre la condición del niño; garantizar una oferta de calidad y una promoción de oportunidades para la infancia desfavorecida; y configurar una ordenación integrada y coherente de los diferentes sistemas administrativos que se ocupan del niño⁶³. Es la plasmación normativa de la importancia que ha adquirido la infancia en las sociedades modernas. De esta manera, su atención se ha convertido en un servicio público esencial en los países que se han constituido en Estado social y democrático de Derecho, habiéndose percibido como necesaria una política activa de defensa y prevención de los menores que complete las modalidades tradicionales de asistencia.

A).- Breve referencia de Derecho comparado

66. El problema de la infancia abandonada o desvalida ha preocupado hondamente al legislador de las últimas décadas.

67. En Alemania se encuentra un precedente de medida protectora de tipo judicial en el art. 90 del *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794, a tenor del cual si los padres maltratasen con crueldad a los hijos, o los indujeran al mal o les negasen la necesaria manutención, el tribunal de menores vendría obligado de oficio a tomarlos a su cargo. Ello pareció haber inspirado la redacción del art. 1791 a), b) y c) del BGB, a favor de una asociación ("*Vereinvormundschaft des Jugendamts*") y a favor de la Oficina de Protección de la juventud ("*Amtsvormundschaft*"), destacando también los arts. 37 a 54 de la Ley sobre Bienestar de la Juventud ("*Gesetz für Jugendwohlfart*")⁶⁴.

68. En Francia predomina el sistema de tutela familiar. La tutela institucional está prevista de forma subsidiaria, inicialmente, por el art. 433 del Code civil, según el cual "*si la tutela permanece vacante, el juez de tutelas la difiere al Estado*".

En su complemento se promulgó el Decreto nº 930, de 6 de noviembre de 1974, cuyo art. 6 dispuso de forma muy semejante a nuestro anterior art. 239 Cc, en la redacción dada por la Ley de 1983. Tras él, el art. 60 de la Ley nº 422, de 6 de junio de 1984, relativa al estatuto de los pupilos del Estado y de la protección de la familia y de la infancia, venía a

⁶³ BENITO ALONSO, F., «Actuaciones frente a situaciones de riesgo: tutela por ministerio de ley y guarda», en GONZÁLEZ POVEDA, B. (dir.), *La jurisdicción voluntaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, pág. 199.

⁶⁴ LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática...*, cit., págs. 18-19.

regular la tutela de aquellos pupilos, entre los que se encuentran los menores confiados a la ayuda social dada su situación de abandono.

Esta tutela institucional ni es automática, ni recae propiamente sobre persona jurídica alguna. Los órganos encargados de esta tutela son el representante del Estado en el respectivo departamento (como tutor) y el Consejo de familia, ejerciendo ambos sus atribuciones conforme al régimen tutelar común⁶⁵.

69. Directa inspiradora de la Ley de 1987 ha sido la Ley italiana n° 184, de 4 de mayo de 1983, sobre adopción y acogimiento de menores⁶⁶, habiendo incluso coincidencias textuales en algunos de sus preceptos (arts. 1 a 5 y 8, especialmente). Las disposiciones de la Ley italiana exponen una doble conceptualización, según que las consecuencias jurídicas sean posibilitar los acogimientos, con la consiguiente privación temporal de las facultades paternas, control judicial, intervención del servicio local y finalidad de reintegración a la familia (acogimiento ordinario en su doble modalidad de “ricovero” y “familiar”), o con los mismos planteamientos posibilitar y emprender el camino de la adopción, que supondrá la privación definitiva de la patria potestad (acogimiento preadoptivo)⁶⁷.

En el primer caso, para proceder a la privación temporal de las facultades paternas, es necesario que concurra una privación temporal de un ambiente familiar idóneo. Por tanto, ha de tratarse de una situación reversible y la mera inidoneidad del ambiente familiar en el que se desarrolla el menor.

El art. 8 de la Ley n° 184 regula la declaración de adoptabilidad precisando el párrafo primero que “*serán declarados en estado de adoptabilidad los menores en situación de abandono que consista en privación de asistencia moral y material por parte de los padres y parientes obligados a prestársela, siempre que la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio*”⁶⁸. Según el párrafo segundo, “*la situación subsistirá siempre que concurren las condiciones previstas en el párrafo anterior, e incluso cuando los menores sean acogidos en un instituto de asistencia o se encuentren en acogimiento familiar*”. La norma confirma que el menor tiene la necesidad de crecer en una familia, en la que se encuentre establemente acomodado y que el Estado no puede remediar la falta de asistencia con el acogimiento en un instituto o con soluciones provisionales. Aun en el caso de acogimiento familiar se mantiene la situación de abandono, ya que el menor es atendido por personas que no son los progenitores⁶⁹.

La fórmula legal está dominada por tonalidades subjetivas, ya que, en principio, se exige una actuación de descuido culpable, pero junto a ella generan también la declaración

⁶⁵ LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática...*, cit., pág. 20.

⁶⁶ Recientemente modificada por texto aprobado en vía definitiva por el Senado de la República italiana el 1 de marzo de 2001, aún no promulgado o publicado en la Gazzetta Ufficiale.

⁶⁷ VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico...*, cit., pág. 17.

⁶⁸ La expresión “estado de abandono”, según la doctrina mayoritaria italiana, es utilizada en sentido no técnico, comprendiendo todas las situaciones, de carácter transitorio o definitivo, en que pueda encontrarse el menor privado de la necesaria asistencia moral y material. Será al juez, por tanto, al que corresponderá decidir la naturaleza de la medida a adoptar.

⁶⁹ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática...*, cit., pág. 23.

de adoptabilidad los supuestos de fuerza mayor (incumplimientos forzosos de los deberes de asistencia) caracterizados por su permanencia e irreversibilidad.

Una diferencia esencial de la normativa italiana respecto de la española, es que mientras en la primera la declaración de adoptabilidad está claramente vinculada a la situación de abandono, de manera que es porque existe la situación de abandono que un menor se declara adoptable y es el fin último de la ley⁷⁰; en la normativa española esto no se presenta con tal determinación, pues no existe una relación tan estrecha entre desamparo y adopción.

Respecto a los pactos de delegación de facultades paternas, el art. 9.6 de la Ley italiana establece que la entrega del menor a terceros por seis meses no implicará, en principio, la situación de abandono, habiendo obligación por parte del guardador, transcurrido este plazo, de dar cuenta al Juez tutelar.

Por su parte, el art. 37-bis de la Ley nº 184 dispone que “*al menor extranjero que se encuentre en el Estado en situación de abandono se aplica la ley italiana en materia de adopción, acogimiento y de medidas necesarias en caso de urgencia*”. De esta manera, el legislador italiano ha optado por la aplicación inmediata de la ley italiana a aquellos menores extranjeros que se hallen en situación de abandono en territorio italiano⁷¹.

Señala BEGHÈ LORETI que es precisamente esta regulación la que debe aplicarse a los menores no acompañados que se encuentren en territorio italiano por razones bélicas, calamidad natural o, simplemente, por motivos económicos. Si bien matizando que, en estos casos, la situación de abandono no ha de llevar por fuerza a la adopción⁷². Así, si un

⁷⁰ DOGLIOTTI, M. / BOCCACCIO, S., «La situazione di abbandono nell'adozione. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali», Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile, 1992-1, págs. 195-219 y MORO, A. C., «L'accertamento della situazione di abbandono di n minore in Italia ed all'estero, condizione irrinunciabile per una adozione corretta», Il Diritto di famiglia e delle persone, 1992-4, págs. 1198-1206.

⁷¹ CANNONE, A., «Aspetti problematici dell'applicazione della legge italiana al minore straniero in Italia (art. 37 L. 4 maggio 1983, nº 184)», en *Studi in ricordo di A. Panzera, Vol. I. Diritto internazionale*, Caccucci editore, 1995, págs. 45-112; BONOMI, A., «La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione», RDIPP, 1995-3, págs. 613-614; BEGHÈ LORETI, A., «Minori stranieri rifugiati e non accompagnati. Aspetti di Diritto internazionale e de Diritto interno, en BEGHÈ LORETI, A., *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, CEDAM, 1995, pág. 262. Señala esta autora que en Italia, “*el mecanismo automático de constitución del poder tutelar ha sido siempre puesto en funcionamiento cuando el menor extranjero no estaba acompañado por uno de sus progenitores en posición de ejercer la patria potestad y representarlo legalmente. Ya el Reglamento ejecutivo de 15 de abril de 1926 nº 718 preveía la asistencia y la protección del menor hasta los dieciocho años cuando fuera imposible encontrar a los progenitores. También la Ley nº 2316 de 24 de diciembre de 1934 regulaba la situación de los menores material o moralmente abandonados (arts. 4 y 13) y el art. 403 Cc aseguraba la intervención de la autoridad pública en la protección del menor abandonado en cuanto el estado de abandono es entendido como emergencia objetiva que hace posible y necesaria la adopción de medidas para la salvaguarda del sujeto privado de asistencia material o moral*”.

⁷² BEGHÈ LORETI, A., «Minori stranieri rifugiati...», cit., págs. 259-261, cita el caso de los menores albaneses que se trasladaron en masa al territorio italiano tras el conflicto de 1991. Señala que “*la situación y las causas que trajeron a estos menores a Italia son bien distintas de los fines adoptivos... De esta manera, en los casos de menores no acompañados se debería proceder a la búsqueda de sus progenitores naturales para restablecer la unidad familiar, antes de iniciar cualquier medida de asistencia alternativa. Entre la tutela y el acogimiento, de un lado, y la adopción, de otro, existe una diferencia sustancial en cuanto las dos primeras medidas son revocables, mientras la adopción no*”. La misma autora señala, pág. 263, que el

menor se encuentra en situación de abandono es necesario arbitrar las medidas de asistencia oportunas que lo protejan coyunturalmente, hasta que en razón de la situación del menor y de su interés concreto se adopten las oportunas medidas institucionales. Sin olvidar, por otro lado, que la adopción en sí es una medida subsidiaria, y que por la adopción internacional únicamente se podrá optar cuando no exista posibilidad de permanencia en el país de origen del menor⁷³.

B).- Valoración: modelo asistencial

70. Pese a la manifiesta evolución que ha experimentado en los últimos años la materia de protección de menores con las Leyes de 1987 y 1996, la valoración que cabe hacer de este modelo al que hemos denominado, junto con MARTÍNEZ DE AGUIRRE, funcional o asistencial, no es demasiado halagüeña. La regulación positiva es fragmentaria e incompleta y el ajuste entre las diferentes piezas del engranaje funcional brilla por su ausencia.

71. Y es que la tutela automática no garantiza una cobertura real del menor desde que se produce la situación de desamparo, aunque esa sea su finalidad primera. Pues aunque esta tutela albergue entre sus características la automaticidad, lo cierto es que la Administración no es omnisciente ni puede llegar a conocer todas las situaciones de posible desamparo en que puedan encontrarse los menores ni el momento preciso en que éstas se originan. La colaboración de la ciudadanía en la detección de estas situaciones, así como la mejora en la efectividad de los servicios de protección de menores se imponen como apriorismos para lograr un mayor grado eficacia en el conjunto del sistema de protección.

72. Por otro lado, en lo que respecta al desamparo y, pese a ocupar un lugar central en la reforma del sistema de protección de menores, sin embargo su importancia real en el desenvolvimiento del mismo no deja de despertar dudas, pues no es requisito del acogimiento ni de la adopción, aunque puede dar lugar a ambos⁷⁴.

Al no establecer un orden de prioridad entre las figuras comprendidas dentro del modelo funcional, el solapamiento entre las diferentes posibilidades contribuye poderosamente a aumentar esa sensación de confusión institucional que produce el modelo

concepto jurídico de estado de abandono como premisa de la declaración de adoptabilidad (art. 37 Ley nº 184) es diferente del concepto de abandono del Código civil italiano. En semejantes términos se pronuncia SACCHETTI, L., «L'irruzione albanese ed il trattamento giuridico degli adolescenti stranieri nello stato», Dir. Fam., 1992-2, págs. 486-488, quien afirma, además, que hubiera sido grotesco pensar en el caso de los menores albaneses desplazados, que todos ellos se encontraban en territorio italiano abandonados por sus padres y que, por tanto, eran claros candidatos a la adopción. Sin embargo, era indudable que las autoridades italianas habían de ayudar y proteger a estos menores a través de otras medidas de carácter asistencial.

⁷³ Art. 21 de la CDN y art. 4 del *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993.

⁷⁴ Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil...», cit., pág. 1485, “*el menor desamparado queda sometido a la tutela automática de la entidad pública; ésta puede ejercerla a través del acogimiento familiar, que, a su vez, puede desembocar en la adopción, en la reinserción familiar, en la tutela ordinaria o en la mayoría de edad. Pero: 1º Ni el desamparo o la tutela automática son siempre requisito previo del acogimiento; ni tampoco el desamparo, la tutela automática o el acogimiento son siempre requisito previo de la adopción; 2º Ni la tutela automática desemboca siempre en el acogimiento familiar; ni la tutela automática o el acogimiento acaban siempre en la adopción*”.

funcional⁷⁵. Una confusión que resta agilidad al conjunto del sistema y que va en detrimento de esa, de momento utópica, protección integral del menor.

73. Tras esta serie de consideraciones, parece conveniente realizar una compilación de las interrelaciones que presenta el régimen de protección de menores⁷⁶. En primer término, si no hay desamparo real, ya sea actual o previsto, resulta de aplicación el modelo institucional. En segundo lugar, si existe desamparo, actual o previsto, se produce un desplazamiento del modelo institucional por parte de los mecanismos y técnicas de carácter funcional. Este desplazamiento no posee un contenido unitario, sino que depende del carácter de la situación en que nos encontremos. En caso de desamparo previsto, ahora denominado por la LPJM situación de riesgo, será la guarda administrativa el mecanismo legal destinado a cubrir las necesidades transitorias de protección del menor, no afectando a la titularidad de la patria potestad o de la tutela ordinaria. El desamparo actual, por su parte, deriva en la constitución de la tutela administrativa que determinará un desplazamiento más significativo del modelo institucional, comportando la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria.

En todo caso, las medidas arbitradas por el modelo funcional desembocarán en instituciones propias del modelo institucional, pues el carácter transitorio de las primeras debe ceder siempre ante la vocación de estabilidad de las últimas. De esta manera, la situación de desamparo podrá resolverse bien a través de la reinserción en la propia familia (con la rehabilitación de la patria potestad antes existente); de la adopción (por lo que el menor quedaría sometido a la patria potestad creada por un nuevo vínculo de filiación) o de la tutela ordinaria, en los términos del art. 239.2 Cc. El criterio para optar por una u otra de estas posibles soluciones será el interés superior del menor. La situación de riesgo derivará, una vez superada, en el restablecimiento de la institución de guarda legal existente.

IV. - PROTECCIÓN DE MENORES Y ADULTOS Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1.- Sustrato social

74. Durante el siglo XIX, se consideró que el Derecho internacional privado era un Derecho de aristócratas, un Derecho de los príncipes, de minorías elitistas, únicas personas que podían permitirse una vida auténticamente internacional. Sin embargo, la realidad de nuestros días se muestra bien diferente, pues la sociedad actual se halla fuertemente internacionalizada.

75. Este incremento cualitativo y cuantitativo de las situaciones objeto del Derecho internacional privado se debe a distintos factores⁷⁷.

⁷⁵ Observa MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil...», cit., pág. 1486, que si el modelo institucional tiene su flanco más débil en sus aspectos funcionales, el modelo funcional lo tiene en sus aspectos institucionales.

⁷⁶ Seguimos en líneas generales lo escrito por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil...», cit., págs. 1490-1492.

⁷⁷ Seguimos en esta exposición a CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. I, Editorial Comares, 2003., págs. 20 y ss..

De un lado, se ha producido un considerable incremento de los movimientos internacionales de trabajadores, que ha cristalizado en la formación de núcleos de extranjeros procedentes de los países en vías de desarrollo que despliegan su actividad y su vida en Estados del “primer mundo”. Estos trabajadores se han desplazado a estos Estados con sus familias. De ahí, que puedan surgir con mayor frecuencia situaciones que deban resolverse conforme a los parámetros del Derecho internacional privado. En este factor podemos encuadrar gran parte de los supuestos de menores extranjeros que van a necesitar protección por parte de nuestras entidades públicas⁷⁸.

De otro lado, han experimentado un notable aumento los desplazamientos derivados de la sociedad del ocio. Distintos fenómenos que encuentran su origen en la cultura del ocio actual y que están conectados básicamente, pero no exclusivamente, con el fenómeno turístico, culminan en el traslado de personas a Estados receptores de turismo, entre los cuales España ocupa un lugar privilegiado. Paralelamente, estos Estados se configuran como receptores de colectivos de personas que trasladan a los mismos su residencia habitual, o que instalan en ellos su segunda residencia. Ejemplo representativo de esta tendencia son las personas mayores, los jubilados provenientes principalmente de países del norte de Europa (Alemania y Reino Unido), que optan por trasladar su residencia a nuestro país para disfrutar de sus últimos años en un clima más cálido que el que se suele dar en sus países de origen.

Por último, el factor que aúna y da pábulo al resto, y que ha influido sobremanera en el incremento de las relaciones internacionales, se denomina globalización o mundialización. La globalización es un fenómeno complejo que posee múltiples aristas, pero que, a grandes rasgos, podemos sostener que se desdobra en dos amplias facetas claramente interconectadas: la económica y la social. Destacaremos ahora aquí y muy brevemente la social.

Se ha producido una “importación de modelo de vida lejanos” que, en ocasiones, plantean problemas a la hora de la compatibilización con los modelos de vida de los Estados receptores. Las personas se desplazan con sus culturas, con sus tradiciones, con sus modelos de vida, con su religión. El apasionante reto que tienen los Estados contemporáneos radica en saber conjugar elementos dispares, bajo el respeto al acervo

⁷⁸ Los últimos datos sobre los índices de natalidad en España hablan de un repunte significativo de ésta, propiciado, fundamentalmente, por los extranjeros que se encuentran en España. Según las cifras publicadas por el INE en su Boletín Informativo, desde 1996 se ha triplicado el número de nacimientos en el colectivo inmigrante, pasando de 11.832 hasta 33.076. En cuanto al análisis por nacionalidades, se observa que la mayor parte de nacimientos proceden de madres de Marruecos (7.241), Ecuador (5.627) y Colombia (2.881), lo cual guarda una lógica relación con el número de mujeres de esas nacionalidades residiendo en Europa, señala el INE. El mayor incremento desde 1999 es el de nacimientos de ecuatorianos inmigrantes. Destacan también el incremento en el caso de rumanos y de colombianos. Por otra parte, respecto al total de nacimientos en cada Comunidad Autónoma, destacan los porcentajes atribuidos a partos de madres extranjeras en Madrid (14,93%), Baleares (14,13), Murcia (11,81) y Cataluña (11,16). La media nacional es del 8,19%. Asimismo, el Instituto Nacional de Estadística cifra en 400.000 los nuevos inmigrantes llegados a España en 2001, lo que eleva la cifra de residentes hasta 1.109.060. El contingente más elevado es el de marroquíes (234.937), seguido de los ecuatorianos (84.699). No obstante, entre los nuevos inmigrantes destacan los ecuatorianos, seguidos de colombianos y marroquíes. Los inmigrantes de Marruecos son en su mayoría hombres (sólo el 29%), mientras en otras nacionalidades, el porcentaje de mujeres es superior al 50%, concretamente en Colombia y Perú.

cultural del “otro”, sin renunciar al propio. Por todo ello puede concluirse que estamos ante el nacimiento de un Derecho internacional privado intercultural⁷⁹.

76. Pues bien, la diferenciación entre menores y adultos necesitados de cuidado a la hora de proceder a la articulación de su protección, resulta de especial interés para determinar las distintas circunstancias en que pueden encontrarse estas personas en el momento de demandar protección de las autoridades públicas.

Mientras la mayoría de los menores extranjeros que se encuentran en nuestro país provienen de países donde las condiciones económicas son precarias, perteneciendo, principalmente, a Estados de Europa del Este, África o América Latina; la procedencia de los adultos extranjeros que requieren protección y que se encuentran en España es europea (Europa Occidental), habiéndose trasladado a nuestro país buscando no unas mejores condiciones económicas, sino una mejor calidad de vida para disfrutar de sus últimos años.

Además de esta apreciación es destacable también que existe una dualidad de ámbitos de protección: persona y bienes. Y mientras en los menores, lo importante, salvo casos aislados, es la protección de su persona⁸⁰, en los mayores prima, injustamente, el aspecto patrimonial sobre el personal. En cada campo surgen unos problemas distintos. No obstante, este interés público creciente por la protección personal del menor, debe extrapolarse a los mayores, donde, evidentemente se darán con más frecuencia que entre los menores, casos en que la protección de su patrimonio sea importante, pero en los que no debe olvidarse la importancia de su cuidado personal.

A).- Menores: tipología

77. España se ha consolidado en los últimos años como un país de inmigración. Distintos factores, entre los que destacan el ingreso en la Unión Europea, el crecimiento económico y la estratégica situación geográfica que ocupa España respecto de Europa, han hecho de nuestro país el destino elegido por numerosos extranjeros⁸¹.

78. No todos los extranjeros que llegan a nuestro país tienen vocación de permanencia. Sin embargo, el asentamiento de colonias extranjeras en España es una realidad que tiende a incrementarse y cuya principal manifestación es la presencia de familias, de grupos estructurados de personas unidos por vínculos consanguíneos que han optado por trasladar a España, además de la fuerza productiva de su trabajo, el elemento familiar, vital en todo ser humano.

⁷⁹ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*. Vol. I, cit., pág. 22; JUÁREZ PÉREZ, P., *Hacia un Derecho interancional privado intercultural*, en CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO-MORALES LIMONES, P. (eds.), *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, 2003, págs. 331-349.

⁸⁰ En algunos países, como los anglosajones, la protección de los bienes del menor se atribuye a un instituto, el *trusts*, que nada tiene que ver con la protección de la persona del menor.

⁸¹ Como indica ADROHER BIOSCA, S., «La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el Derecho español», RMTAS, n° 15, 1999, pág. 27, “*estos movimientos migratorios se deben en gran medida a los desequilibrios económicos y demográficos Norte-Sur y a las necesidades del sistema económico occidental, y por tanto, no van a desaparecer: son un fenómeno estructural y permanente del sistema económico mundial*”.

De esta manera, la presencia de niños, de menores extranjeros en nuestro país es cada vez más numerosa. Y las circunstancias en que pueden encontrarse son de lo más variadas. Así, puede tratarse de menores que nacen en nuestro país de padres extranjeros; menores abandonados que se encuentra en nuestro país y cuya nacionalidad esté indeterminada; menores que llegan a España a través de la reagrupación familiar; menores que entran en nuestro país sin estar acompañados⁸²; menores refugiados, desplazados o solicitantes de asilo; menores extranjeros abandonados o desamparados por sus progenitores o guardadores legales o de hecho, etc. Todos ellos necesitan de protección, puesto que la minoría de edad lleva implícita esta condición.

79. Esta protección puede revestir distintas modalidades: desde la necesidad de articular medidas protectoras para aquellos menores extranjeros cuyos padres se separan o divorcian (derecho de visita y de guarda); o aquellos menores cuyos padres fallecen o a los que se les retira la patria potestad y necesitan ser tutelados (tutela ordinaria); o aquellos menores desamparados o abandonados por sus padres o tutores que necesitan una protección urgente, inmediata; o aquellos que entran en nuestro país sin acompañamiento, indocumentados, y no es posible localizar a sus familiares en sus países de origen (tutela administrativa); o aquellos menores cuyos padres pasan por una situación difícil y no pueden hacer frente a la protección de su hijo y solicitan a la Administración que lo haga transitoriamente por ellos (guarda administrativa); o aquellos menores que tras ser tutelados por la Administración son dados en acogimiento o se proponen como aptos para poder formalizarse sobre ellos una adopción.

80. Cuando concurre un elemento de extranjería, la situación reviste nuevos e interesantes perfiles que es necesario conjugar, persiguiendo siempre hacer prevalecer el interés superior del menor que, si en las situaciones nacionales ya resulta complicado concretar, en los supuestos internacionales, este hecho se torna aún más complejo.

B).- Adultos

81. Respecto de los adultos necesitados de protección, es necesario distinguir, en primer lugar y como hemos venido haciendo, entre mayores incapacitados, mayores incapaces y ancianos. Estas tres categorías de personas necesitan protección, si bien las actuales normas materiales de nuestro ordenamiento jurídico únicamente regulan la situación de los mayores incapacitados, y sólo de manera muy incipiente la protección de

⁸² ADROHER BIOSCA, S., «Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. / MAYORAL NARROS, I., *Jornadas sobre Derecho de los menores*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, págs. 261-262, distingue entre tres grupos dentro de esta misma categoría: menores que llegan solos a España pero que tienen referentes familiares en su país de origen, emigran con el consentimiento de su familia buscando trabajo para contribuir al sustento familiar, siendo por tanto el trabajo en España el principal componente de su proyecto migratorio; menores desarraigados familiarmente, “niños de la calle” con escasa o nula escolarización, formación o habilidades sociales y que en ocasiones desarrollan conductas agresivas y adictivas a sustancias estupefacientes; finalmente, están aquellos menores caracterizados por graves problemáticas personales, antecedentes delictivos, comportamientos agresivos graves o problemas serios de salud, menores que son captados por mafias diversas. Véase también GIMÉNEZ ROMERO, C. / SUÁREZ NAVAZ, L., «Menores no acompañados: síntesis de una investigación», en UNAF *Menores extranjeros no acompañados. Seminario Europeo*, Madrid, 2001, págs. 7 y ss..

los ancianos, no arbitrándose mecanismos para la guarda y protección de los adultos incapaces.

Dependiendo del elemento o elementos de extranjería que concurren en el supuesto concreto, cabrá distinguir entre adultos extranjeros residentes en España, los que se encuentren en nuestro país de manera transitoria y los que posean bienes en España.

82. El adulto o mayor de edad incapacitado puede estar sometido a la tutela ordinaria o a la patria potestad, ya sea prorrogada o rehabilitada del art. 171 Cc, y en los casos en que su capacidad de obrar no se encuentre del todo mermada, y así lo considere el juez, a curatela. Nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado regula estos supuestos a través del art. 9.6 Cc. No se hacen distinciones en esta regulación entre menores y mayores incapacitados.

83. Respecto de los ancianos extranjeros que necesiten ser protegidos en nuestro territorio, y a falta de Convenio aplicable, habrá que, del mismo modo, al art. 9.6 Cc, que llamará a la ley nacional de la persona en concreto. En algunos países, como Alemania, no es necesaria la incapacitación para proceder a arbitrar medidas de protección, sin embargo en nuestro país es premisa indispensable. Curiosamente, en este caso, la ley nacional del adulto proporcionaría una protección que estarían obligados a proporcionar los poderes públicos del Estado donde se encuentre.

V.- LA FRAGILIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL EN LA PROTECCIÓN DE MENORES Y ADULTOS

1.- Consideraciones generales

84. ¿Están la capacidad, la incapacidad y la protección jurídica tan indisolublemente unidas que deben ser reguladas por una misma ley? En caso de respuesta positiva, ¿qué ley sería ésta, la de la nacionalidad, la del domicilio, la de la residencia habitual? Y yendo más allá, ¿son encuadrables todas y cada una de estas categorías en el estatuto personal, o responden a intereses diferentes?

85. Conviene comenzar sentando el hecho de que es el apartado primero del art. 9 Cc el encargado de concretar la norma que regirá la capacidad de las personas físicas en nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado. Esta ley será la personal que, en nuestro ordenamiento jurídico, viene determinada por la ley nacional, la cual regirá además de la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte⁸³. Constituyen las citadas materias el contenido del denominado estatuto

⁸³ No obstante, y como señala CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al art. 9.1 Cc», en PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Editorial Comares, 2000, págs. 116-117, el verdadero ámbito material del art. 9.1 Cc se reduce a dos grupos de supuestos: la capacidad e incapacidad de las personas físicas y el estado civil de las mismas. El resto de materias a las que hace referencia el citado precepto encuentra una regulación especializada en los apartados segundo al octavo del art. 9 Cc. De esta forma, el art. 9.1 Cc contiene una regla general que opera como criterio regulador subsidiario de todas aquellas normas específicas que regulan cuestiones concretas del estatuto personal. Véase CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado, Vol. II*, Editorial Comares, 2003, págs. 15 y

personal en nuestro sistema de Derecho internacional privado, que ha optado por una concepción amplia del mismo⁸⁴, hoy prácticamente en desuso en los países de nuestro entorno⁸⁵.

86. Esta opción de nuestro ordenamiento jurídico por la ley nacional, como manifestación de la ley personal, para regir el estado y la capacidad de las personas es una constante histórica en nuestro sistema⁸⁶. Así, ya en el Real Decreto de 17 de octubre de 1851, se recurría a esta ley como premisa para regular la aptitud y capacidad legal de los otorgantes respecto de los actos y contratos *notariados* celebrados en el extranjero. En el Código Civil de 1889, con una técnica unilateralista, se afirmaba en el art. 9 que “*las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en el extranjero*”⁸⁷.

87. En la reforma llevada a cabo en el Título Preliminar del Código Civil por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo⁸⁸, no sólo se bilateraliza la norma contenida en el art. 9 Cc, consumando el camino iniciado por la jurisprudencia, sino que se introducen importantes novedades, basadas en modificaciones técnicas de interés. De esta manera, en palabras de AGUILAR NAVARRO, en el actual Derecho privado no se precisa, y es más bien

ss., que especifican que el contenido del art. 9.1 Cc no regula todas las materias que dice regular; se trata sólo de una declaración de intenciones, regulando solamente la ley aplicable a la capacidad de las personas físicas.

⁸⁴ Según afirma AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Comentario al art. 9.1 Cc», en ALBADALEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, EDERSA, 1995, págs. 175-176, “*cuando el viejo art. 9 Cc español incluyó dentro del estatuto personal los derechos y deberes de familia junto al estado, condición y capacidad de las personas, rechazaba el ejemplo del Código civil francés que adoptaba en su art. 3 una concepción individualista del estatuto personal al incluir únicamente el estado y la capacidad en él, y se alineaba con el modelo seguido por el Código civil italiano de 1865, cuyo art. 6 defendía una concepción acusadamente familiar del mismo*”. Véase CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 15.

⁸⁵ En este sentido se manifiesta IRIARTE ÁNGEL, J. L., «La persona física», en CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, Editorial Comares, 2002, pág. 14, cuando asegura que de la observación del Derecho comparado se desprende una clara tendencia hacia la reducción del ámbito del estatuto personal. “*Una reducción que se debe, siguiendo a BATIFFOL y FRANCESCAKIS, de un lado, a la influencia del Derecho anglosajón que siempre partió de una concepción restringida del estatuto personal y, de otro, a la reducción de la importancia de la esfera individual en el Derecho moderno a favor de los intereses colectivos*”. Es, sin embargo, la misma posición seguida por el Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966 que en su art. 25 establece que “*el estado de los individuos, la capacidad de las personas, las relaciones de familia y las sucesiones por muerte se rigen por la ley personal de los interesados*”.

⁸⁶ Aunque es necesario precisar que el criterio de la nacionalidad se sustituye por el de vecindad civil, regulado en el art. 16.1 Cc, en los conflictos de leyes internos. Para PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 31, “*la vecindad civil es una conexión personal que por sus rasgos básicos se encuentra más cerca de la nacionalidad que del domicilio, constituyendo aquélla, en todo caso, un tertium genus entre ambas conexiones*”.

⁸⁷ La bilateralización del citado precepto se llevó a cabo por la jurisprudencia, destacando la RDGRN de 7 de diciembre de 1894 al afirmar que “*las leyes relativas a la capacidad legal de las personas y, por tanto, a la manera de completarla, cuando es deficiente, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero, criterio jurídico lógicamente aplicable cuando se trata de apreciar la capacidad de un extranjero en España, ya que la fuerza extraterritorial de nuestras leyes demanda, en virtud del principio de reciprocidad, igual eficacia a las leyes de otros países*”.

⁸⁸ B.O.E. nº 163 de 9 de julio de 1974. La redacción de este precepto es muy semejante a la del Proyecto de Ley de reforma del Título Preliminar del Código civil de 1962, cuyos antecedentes se encuentran en el Dahir de 1914 sobre la condición civil de los españoles y extranjeros en el Protectorado español de Marruecos y en el Anteproyecto de reforma del Código civil de la Comisión General de Codificación de 1944.

un obstáculo, la distinción entre estado y condición, siendo, además, más correcto hablar de estado civil que de estado simplemente⁸⁹. Por último, referirse a la capacidad sin más, en vez de mencionar la capacidad legal, tiene la ventaja de evitar dudas respecto a si el precepto se refiere a la capacidad jurídica o a la capacidad de obrar y si deben recibir o no un tratamiento diverso⁹⁰.

88. En realidad, la opción por la ley nacional como manifestación de la ley personal para regir el estado y la capacidad de las personas físicas tiene su fundamento último en el estatuto personal. Históricamente, esta noción encuentra su origen en los estatutos o leyes particulares de que gozaban las ciudades italianas del norte a partir del último período de la Edad Media⁹¹.

89. Entre los estatutarios se va configurando, a través de un largo proceso, el estatuto personal como una noción relativamente autónoma en torno a la persona, de forma que las normas referidas al estatuto personal siguen a la persona donde quiera que ésta vaya, como excepción al principio de territorialidad⁹².

⁸⁹ Señalan CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, pág. 16, la inutilidad que supone hoy día señalar la ley aplicable al estado civil, ya que, en su opinión, la distinción entre capacidad y estado civil es artificial, injustificada y redundante: los estados civiles son realmente alteraciones de la capacidad de obrar.

⁹⁰ Citado, en estos mismos términos, por AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Comentario al art. 9.1 Cc», cit., págs. 178-179. Respecto a la disquisición sobre si debe regularse por la ley nacional tanto la capacidad general como las capacidades especiales o, por el contrario, debe distinguirse entre capacidad general regida por la ley nacional y capacidades especiales regidas por la ley rectora de cada particular negocio jurídico, en principio ha de estarse positivamente por la primera opción, pues allí donde la ley no distingue no es lícito hacer distinción. Señala IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Comentario al art. 9.1 Cc», en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs), *Legislación de Derecho internacional privado. Comentada y con jurisprudencia*, Editorial Colex, 2002, págs. 26-27, que ante los lacónicos términos del art. 9.1 Cc cabe plantearse la duda de si el mismo abarca tanto la capacidad general de la persona, como las capacidades especiales, o si, por el contrario, estas últimas quedan fuera de su ámbito. A pesar de la existencia de un sector minoritario de la doctrina que ha sostenido que las capacidades negociales específicas deberán regirse por la ley rectora de cada particular negocio jurídico que será la que establezca la particular capacidad para celebrar eficazmente el citado negocio y no por la regla general del art. 9.1 Cc, el citado autor junto con la doctrina mayoritaria, respaldada por amplia jurisprudencia, opta por la ley nacional para regir tanto la capacidad general como las capacidades especiales. Sólo en aquellos casos en que el legislador expresamente lo estableciese, podría quedar rota la regla general a favor de otra ley específica. Por su parte, PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 34, citando a AGUILAR NAVARRO, señala que “*el reconocimiento de capacidades especiales conduce ineludiblemente a la marginación de la ley personal, con el riesgo de una “desmedida atomización” del que fuera el estatuto personal*”.

⁹¹ FOELIX, *Tratado de Derecho internacional privado*, T. I, Madrid, 1960, pág. 26. Como señala MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo I, Editorial Reus, 1956, págs. 214-215, la doctrina de los Estatutos tiene su origen en los glosadores. Los *statutos* eran las leyes de las ciudades italianas, la manifestación del derecho local (que en España recibían el nombre de fueros). En el renacimiento del Derecho romano, se consideró a éste como la ley común que acompañaba a la persona, y a los estatutos como excepciones al mismo, sólo aplicables al territorio en que regían, *statuta terrae*. Esta es, a decir de LAURENT, la primera distinción que se hizo entre las leyes reales y las personales. En parecidos términos se manifiesta YANGUAS MESSÍA, J. DE, *Derecho internacional privado, Parte general*, Editorial Reus, 1971, pág. 73, quien afirma que “*los estatutos de las ciudades no desconocían la autoridad legal del Derecho romano, cuya vigencia como Derecho superior era por todos acatada. De ahí la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación de los estatutos locales con relación al Derecho romano, y de los propios estatutos entre sí*”. Sobre la teoría de los estatutos véase CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel. Étude prospective de droit international privé*, Bruylant Bruxelles, 1992, págs. 167-170.

⁹² FERNÁNDEZ FLORES, J. L., «El estatuto personal y su problemática», A.D.I., 1994-I, pág. 50.

90. En los autores clásicos del siglo XIX, la noción del estatuto personal persiste, más o menos formalmente expresada. En STORY, el estatuto personal no se presenta como una materia homogénea y definida y, si bien sujeta la capacidad a la ley del domicilio, admite excepciones para este principio domiciliario. SAVIGNY, en cambio, pese a que critica la división estatutaria en estatutos personales, reales y mixtos, lo que hace es recoger su contenido, aceptando un estatuto personal relativamente compacto bajo la aplicación de la ley domiciliar⁹³. MANCINI, por su parte, con su concepción acerca de la nacionalidad como principal punto de conexión para regir las materias relacionadas con la persona, provoca un desbordamiento del estatuto personal⁹⁴.

91. Si hubiera de caracterizar *grosso modo* el contenido de esta figura, entre sus notas principales hallaríamos sin duda la ambigüedad y la imprecisión. Y ello porque, como afirma AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, de tres formas diferentes puede entenderse o se ha entendido el estatuto personal: como ley personal en el sentido de Derecho aplicable; como la esfera o el ámbito de aplicación de la ley personal, esto es, como las materias regidas por la ley de la persona o, finalmente, como conjunto de instituciones referentes al individuo⁹⁵.

En este estado de cosas parece acertado distinguir entre estatuto personal y ley personal, constituyendo el primero la materia regulada o lo que es lo mismo, el conjunto de instituciones jurídicas directamente referentes al individuo, y la segunda la ley reguladora,

⁹³ SAVIGNY coloca en plano de igualdad la ley nacional y la extranjera, siendo el criterio decisivo para determinar la ley aplicable el principio según el cual toda relación jurídica debe ser juzgada según el derecho del lugar donde tenga su sede. De esta forma, y refiriéndonos sólo a la materia que nos ocupa, proponía para regular la capacidad y el estado de las personas la ley del domicilio.

⁹⁴ FERNÁNDEZ FLORES, J. L., «El estatuto personal y su problemática...», cit., pág. 50. En palabras de MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, cit., pág. 216, “la teoría de MANCINI entiende que el Derecho civil privado, como personal y nacional, debe seguir a la persona, aun fuera de su patria, mientras que el Derecho público, como territorial, impera sobre el territorio y sobre todos los que en él habitan, sean nacionales o extranjeros”. En parecidos términos se manifiesta VITTA, E., «Il principio di nazionalità nel Diritto internazionale privato italiano», RDIPP, 1980-3, pág. 346, quien afirma que para MANCINI el Derecho privado consistía, prioritariamente, en un conjunto de normas que debían ser aplicadas en todo caso a las personas, independientemente del lugar donde se encontrasen. Distinguía así entre “Derecho privado necesario” que, en ningún caso se podría derogar, puesto que es producto de factores naturales derivados de la nacionalidad (en este Derecho, se incluían las normas relativas a los derechos personales, el derecho de familia y de sucesiones, constituyendo en la fraseología manciniana el “specchio della nazionalità” o “espejo de la nacionalidad”), y “Derecho privado voluntario”, que consistiría en aquellas normas del Derecho nacional que podrían ser derogadas por los individuos, pudiendo relegar la regulación de una determinada situación privada por normas ajenas a las nacionales; en este aspecto, la autonomía de la voluntad tendría plena aceptación (p. ej., en materia contractual).

⁹⁵ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «El estatuto personal», en AGUILAR NAVARRO, M., *Lecciones de Derecho civil internacional español*, Sección de publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1982, pág. 18. CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., págs. 13-14, distinguen entre la versión medieval: “conjunto de leyes estatales que regulaban las cuestiones relativas a la persona en el ordenamiento jurídico del país de origen de la persona”; versión decimonónica-nacional: “conjunto de materias que, en un sistema de Derecho internacional privado, viene regulado por la ley nacional de la persona”; y versión material: “conjunto de materias jurídicas relativas a la persona, sea cual fuere la ley aplicable a tales materias”.

entendida como el ordenamiento que rige el estatuto personal. Es por ello que resulta más correcta la última acepción⁹⁶.

Fijado este punto, conviene precisar que tanto el contenido del estatuto personal, entendido como conjunto de instituciones referentes al individuo, de un lado, como la ley personal que lo rige, de otro, presentan peculiaridades que hacen aún más complejo el entendimiento de la materia.

92. El contenido del estatuto personal no ha permanecido invariable a lo largo de los tiempos⁹⁷. De hecho, su amplitud varía en los distintos ordenamientos jurídicos internos, e incluso dentro de un mismo ordenamiento, el devenir histórico ha posibilitado cambios respecto de su extensión⁹⁸. Sin embargo, existe un núcleo irreductible respecto del que se hacen especialmente evidentes las necesidades básicas a que responde esta noción. En concreto, la exigencia para ciertas materias de un tratamiento único, permanente, continuo y centralizado, frente a localizaciones ocasionales y fragmentarias⁹⁹. En ese conjunto de materias hallamos la capacidad y el estado civil de las personas, presentes en la generalidad de las legislaciones como problemas incardinados dentro del estatuto personal.

93. La determinación de la ley aplicable al estatuto personal constituye el otro punto neurálgico de la materia. La ley personal es la ley elegida para regir las instituciones que componen o forman parte del estatuto personal. La complejidad reside en la concreción de esa ley, habiéndose optado tradicionalmente por dos grandes soluciones: la conexión nacionalidad y la conexión domicilio¹⁰⁰, soluciones éstas, empero, no únicas, pues tanto la

⁹⁶ Para PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 21, “con la expresión “estatuto personal” se designa el conjunto de instituciones que, referidas al individuo, configuran su condición como sujeto de derecho. En contrapartida, al hablar de “ley personal” se hace referencia al sistema jurídico que según la norma de conflicto aplicable, determina la existencia y desarrollo de tales instituciones”. Por su parte, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al art. 9.1 Cc», cit., pág. 114, señala que “con la expresión “estatuto personal” se han designado dos realidades: las materias relativas a la persona, de un lado, y el conjunto de materias que, en un sistema de Derecho internacional privado, están reguladas por la ley nacional de la persona”. Opta el autor por el primer significado, argumentado que el citado estatuto personal puede estar sometido o no a la ley nacional de la persona.

⁹⁷ Véase CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel...*, cit., págs. 173-179.

⁹⁸ Siguiendo a FERNÁNDEZ FLORES, J. L., «El estatuto personal y su problemática», cit., pág. 70, pueden distinguirse en el momento actual dos grandes posiciones en la doctrina. De un lado, quienes sostienen la existencia del estatuto personal como un conjunto más o menos armónico de materias, regidas por la misma ley personal, cuya extensión varía acoplándose a tres distintas tesis. La amplia, que incluye en el estatuto personal, además de la capacidad y el estado civil de las personas, el Derecho de familia y de sucesiones. La intermedia, que acoge la capacidad y el estado civil, pero además de excluir el Derecho de sucesiones, hace algunas salvedades respecto del Derecho de familia. Y la restrictiva, que sólo incluye las cuestiones de estado y capacidad, excluyendo el régimen de incapacidades. De otro, se encuentran los que consideran inexistente el estatuto personal, haciéndolo por dos vías. La primera de rompimiento de la capacidad en varias capacidades, de manera que resta una capacidad general (que, en realidad, se convierte en excepción) y una serie de capacidades especiales no sujetas a la ley personal, sino que se determina en función de la ley que rija el acto en concreto. Y la segunda, a través de la desvinculación entre origen y efectos en las diferentes relaciones jurídicas, sujetando el nacimiento o la constitución de tales relaciones al estatuto personal y los efectos a una ley distinta.

⁹⁹ PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 22.

¹⁰⁰ Según apunta PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 26, “en la selección de la ley personal deben quedar suficientemente protegidas las notas de permanencia y unidad que le son inherentes; además de tener en cuenta que la ley designada como ley personal tiene una clara vocación extraterritorial, pues seguirá a la persona allá donde se encuentre”. Por otro lado, MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado II, Parte especial*, Atlas, 1982, pág. 214, apunta que la posibilidad

residencia habitual como la mera presencia física del individuo en un determinado Estado se postulan cada vez con más fuerza como conexiones utilizables¹⁰¹.

94. Habiendo imperado en la tradición estatutaria la conexión domicilio¹⁰², esta tendencia quiebra con el art. 3.3 del Código civil francés de 1804, al establecer que las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas regían a los franceses aunque estuviesen en el extranjero¹⁰³. Pero es sobre todo a partir de la teoría de la nacionalidad del jurista italiano P. S. MANCINI, cuando cobra auge la conexión nacionalidad.

95. De esta forma, la nacionalidad como elemento de conexión del estatuto personal no aparece hasta tiempos relativamente recientes, pero su rápida expansión constituye una de las características del Derecho internacional privado del siglo XIX en la Europa continental. Esta expansión alcanza incluso a países de América Latina, aunque posteriormente en la mayor parte de los Estados se ha evolucionado en otra dirección¹⁰⁴.

No obstante, alcanzando su cenit en las primeras décadas del siglo XX, se inicia a partir de ese momento un proceso de revisión de la misma en el que se comienza a reivindicar las ventajas del regreso a la conexión domicilio. Y ello debido, principalmente, a tres razones. Una primera basada en motivaciones prácticas como es el hecho de que la conexión nacionalidad, en ocasiones, puede llevar a la aplicación de un ordenamiento escasamente vinculado con el supuesto. En segundo lugar, el cambio que algunos países han experimentado en relación con los flujos internacionales de migración, de tal manera que han pasado de ser Estados emisores de emigración a Estados receptores de inmigración. Y, en último lugar, la influencia que ha ejercido el Derecho anglosajón, pues los países tributarios del *common law* han conservado la conexión domiciliar¹⁰⁵.

96. En esta dialéctica entre conexión nacionalidad-domicilio, pueden esgrimirse argumentos tanto a favor como en contra de ambos criterios. Criterios, como ya hemos apuntado, no únicos, sino que junto a ellos ha adquirido una importancia digna de relieve la conexión de la residencia habitual.

de elección entre estos dos puntos de conexión, nacionalidad y domicilio, para regir la materia de estado y capacidad, marca ya una fundamental divergencia de criterios en la doctrina y en las legislaciones. Aspecto al que se une, en palabras de FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Editorial Civitas, 2001., pág. 388, “la importancia que tienen las materias que conforman el estatuto personal para los Derechos nacionales, al constituir parte esencial de su identidad”.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ FLORES, J. L., «El estatuto personal y su problemática», cit., pág. 54.

¹⁰² Lo que se explica de manera genérica, según MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado II*, cit., pág. 214, por su finalidad primordial de resolver conflictos entre disposiciones locales de territorios sujetos a una misma soberanía.

¹⁰³ En opinión de FERNÁNDEZ FLORES, J. L., «El estatuto personal y su problemática», cit., pág. 50, una de las razones por las que el estatuto personal comenzó a complicarse a partir del siglo XIX, fue la introducción legal del principio de nacionalidad frente al del domicilio por el Código civil francés de 1804 y posteriormente por el de Piemonte de 1865, a los que siguieron el Código civil español de 1889 y la Ley de Introducción al Código civil alemán de 1896.

¹⁰⁴ Apunta IRIARTE ÁNGEL, J. L., «La persona física», cit., pág. 17, que en la actualidad se inclinan por la conexión nacionalidad los Estados de la Europa continental, incluidos los del Este, los de Oriente Medio, los de Extremo Oriente, incluido Japón, y la mayor parte de los Estados africanos. Se decantan por el domicilio, en cambio, los países anglosajones, los escandinavos y la mayoría de los Estados de América Latina a partir de los Tratados de Montevideo de 1889.

¹⁰⁵ IRIARTE ÁNGEL, J. L., «La persona física», cit., pág. 17.

En esta pluralidad de opciones, bueno será hacer referencia, si bien de manera sucinta, a las principales ventajas e inconvenientes que presentan cada uno de estos criterios.

97. Comenzaremos por el estudio de la conexión nacionalidad¹⁰⁶. Nuestro sistema, desde la codificación del Derecho civil, ha optado por la nacionalidad como criterio para regir las cuestiones relacionadas con la persona. Este criterio sigue presente en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico, aunque con claras matizaciones introducidas por la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974, en parte abiertamente influenciadas por las Convenciones internacionales celebradas en el seno de la Conferencia de La Haya¹⁰⁷.

El punto de conexión de la nacionalidad es expresión del principio de soberanía, puesto que conduce a la aplicación de la ley de un Estado a sus nacionales, independientemente del país donde se hallen¹⁰⁸. Por ello fue el criterio de conexión elegido por los países exportadores de emigrantes, como un medio para proteger los intereses estatales¹⁰⁹.

98. Ciertamente, en la actualidad, este principio basado en la soberanía cuenta con serias trabas para mantenerse frente a otros basados en criterios de proximidad y de autonomía de la voluntad, y es que la nacionalidad no manifiesta, necesariamente, una vinculación del sujeto con el Estado cuya nacionalidad ostenta, por lo que no garantiza la aplicación de la ley correspondiente al medio social donde desarrolla su vida el individuo¹¹⁰.

¹⁰⁶ CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel...*, cit., págs. 181-197.

¹⁰⁷ Expresamente así se manifiesta en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código civil, especificando que entre las notas caracterizadoras de las normas de Derecho internacional privado español figura, en tercer lugar, la importancia que los Tratados internacionales suscritos por España han tenido en la configuración de la residencia habitual como conexión alternativa a la nacionalidad y al domicilio. Así, se precisa que se ha utilizado esta expresión en lugar de la de domicilio al definir el art. 40 Cc el domicilio como el lugar de la residencia habitual. De singular importancia es el apartado décimo del art. 9 Cc, con el que se cierra la regulación de estatuto personal y donde se consagra la residencia habitual como conexión general subsidiaria.

¹⁰⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al art. 9.1 Cc», cit., pág. 117. CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 19.

¹⁰⁹ En este sentido se manifiesta YANGUAS MESSÍA, J. DE, *Derecho internacional privado*, cit., pág. 323, quien afirma que “la ley del domicilio atrae la preferencia de los Estados de inmigración como medida defensiva para evitar un mosaico legislativo y para facilitar la asimilación”. Por su parte, FERNÁNDEZ FLORES, J. L., «El estatuto personal y su problemática», cit., pág. 62, establece que “mientras en los países de fuerte emigración se mantiene, por lo general, el imperio de la ley nacional con vistas a una influencia política sobre sus súbditos, en los países de inmigración, se aplica la ley del domicilio, con vistas a una asimilación de la población extranjera”. GRAUE, E. D., «Domicil, Nationality, and the Proper Law of the Person», *German Yearbook of International Law*, vol. 19, 1976, pág. 254, afirma que los criterios “domicilio de origen” y “nacionalidad” han servido, durante los siglos XIX y XX, a un mismo propósito: asegurar la aplicación de la ley del domicilio a los emigrantes y mantener a los inmigrantes dentro de unos límites (“domicil of origin and nationality have served the same purpose: to fasten the home country’s grip upon emigrants, and to keep unwanted immigrants within limits”).

¹¹⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al art. 9.1 Cc», cit., pág. 118.

99. No obstante, hay notas que pueden y deben esgrimirse en pro del criterio de la nacionalidad. Así, su mayor estabilidad, puesto que el domicilio se puede cambiar con mayor facilidad y a voluntad de los sujetos, asegurando de esta manera la nacionalidad, la continuidad y la permanencia del ordenamiento jurídico regulador del estatuto personal; garantiza mejor la preservación de los vínculos culturales con el país del cual se es nacional, así como la mayor certidumbre a la hora de fijar la nacionalidad de una persona. A lo que hay que unir la potenciación de la multiculturalidad socio-jurídica¹¹¹.

100. Por su parte, la tradición del domicilio, como conexión para regir el estatuto personal, es muy antigua, precediendo en el tiempo a la aplicación de la conexión nacionalidad¹¹².

101. Se han esgrimido diversas razones para justificar su elección con preferencia a la nacionalidad para regular el estatuto personal. Entre ellas, destacan: el representar mejor la vinculación del individuo con el entorno en el que vive y con las circunstancias sociales y económicas que le rodean, siendo, por tanto, una conexión más real; favorecer la coincidencia entre *forum* e *ius* y, finalmente, garantizar mejor los intereses de terceros, en cuanto evita resultados sorprendentes respecto a la capacidad de los sujetos, al aplicar una ley conocida de todos¹¹³.

102. Sin embargo, también se encuentran inconvenientes en su elección. Se trata de un concepto que no está claramente determinado¹¹⁴. De hecho, las divergencias existentes entre las legislaciones y la doctrina sobre la noción de domicilio, así como cuáles sean sus elementos constitutivos, sus modalidades y las consecuencias originadas de su ausencia, dificultan aún más su comprensión¹¹⁵. Además, obliga a los emigrantes a adaptarse a la ley del país de recepción, siendo, por tanto, una conexión poco multicultural¹¹⁶.

103. En realidad, tanto la conexión nacionalidad como la del domicilio, ofrecen únicamente soluciones relativas, sin que ninguna de ellas aporte una solución totalmente satisfactoria¹¹⁷. Para BENTWICH, la nacionalidad proporciona una ley previsible, pero

¹¹¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Comentario al art. 9.1 Cc», cit., pág. 164 e IRIARTE ÁNGEL, J. L., «La persona física», cit., pág. 17. CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., págs. 19 y ss..

¹¹² Sin embargo, lejos de existir un criterio único acerca del domicilio, entre los siglos XI a XIV se distinguió entre “*domicilium originis*” y “*domicilium habitationis*” o, lo que es lo mismo, entre domicilio de origen y domicilio actual. El domicilio de origen se aproximaba a la conexión nacionalidad, constituyéndose incluso en una conexión más fuerte que la propia nacionalidad. En todo caso, el predominio de la conexión domicilio se extiende en el tiempo hasta el siglo XVIII y comprende todo el período estatutario. CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel...*, cit., págs. 197-202.

¹¹³ IRIARTE ÁNGEL, J. L., «La persona física», cit., pág. 17.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ FLORES, J. L., «El estatuto personal y su problemática», cit., pág. 62.

¹¹⁵ VIEIRA, M. A., *El domicilio en el Derecho internacional privado*, Montevideo, 1958, pág. 41.

¹¹⁶ CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 23.

¹¹⁷ Sobre el debate “nacionalidad contra domicilio”, véase CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel...*, cit., págs. 216-218.

frecuentemente inapropiada en materia de estatuto personal, en tanto que el domicilio proporcionaría una ley apropiada, pero frecuentemente imprevisible¹¹⁸.

104. En este contexto no es extraño que se haya intentado superar la antítesis entre nacionalidad y domicilio, recurriendo a una tercera noción, esencialmente funcional, cual es la residencia habitual¹¹⁹. Sustentada fundamentalmente sobre el principio de proximidad, postula el centro efectivo de la vida de una persona, como la conexión idónea para proporcionar una respuesta justa a aquello que se demanda¹²⁰.

Ciertamente, este nuevo criterio se encuentra más próximo al domicilio que a la nacionalidad, guardando, no obstante, claras diferencias con el primero. Divergencias entre las que destaca la prevalencia del elemento fáctico de la residencia habitual frente al elemento legal que caracteriza al domicilio¹²¹.

105. La residencia habitual es una noción fundamentalmente acuñada en el marco de la Conferencia de La Haya que se ha ido consagrando como conexión sustitutiva del domicilio frente al que, al menos, presenta dos claras ventajas: la de ser un concepto nuevo y, por tanto, ajeno a definiciones legales precisas, y la de definir una situación de hecho que no es necesario apreciar con base en categorías jurídicas¹²².

106. Además de estas ventajas es necesario hacer referencia a otros criterios como los destacados por el Dictamen del Consejo de Estado elaborado a raíz de la reforma del Título Preliminar del Código civil¹²³. En este sentido, el Consejo de Estado estimó conveniente introducir, con carácter general, la conexión residencia habitual como subsidiaria de la nacionalidad¹²⁴. En primer lugar, porque la residencia habitual supone,

¹¹⁸ Citado por AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «El estatuto personal», en AGUILAR NAVARRO, M., *Lecciones de Derecho civil internacional español*, pág. 21 y PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 29.

¹¹⁹ PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 29. CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel...*, cit., págs. 202-205.

¹²⁰ Según ESPINAR VICENTE, J. M., «El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado», R.D.P., 1980, pág. 25, “la residencia habitual puede definirse como la relación existente entre una persona física y el medio socio-jurídico en el que realiza de forma reiterada y estable el tipo de actividades al que se refiera el supuesto de hecho de la norma”.

¹²¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Comentario al art. 9.1 Cc», cit., pág. 170.

¹²² Como señala PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 29, tras los frustrados esfuerzos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado por resolver la antítesis entre nacionalidad y domicilio a través del *Convenio para la regulación de los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio*, de 15 de junio de 1955, la Conferencia optó por un camino alternativo, en el que la residencia habitual ha ido paulatinamente imponiéndose como punto de conexión.

¹²³ Dictamen del Consejo de Estado de 4 de abril de 1974.

¹²⁴ En palabras de AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Comentario al art. 9.1 Cc», cit., pág. 172, “la conexión de la residencia habitual ha sido estatuida como conexión supletoria genérica en cuanto a la solución de los conflictos negativos de nacionalidad (supuestos de apatridia o nacionalidad indeterminada) y de los positivos (supuestos de doble nacionalidad) si ninguna de las nacionalidades que la persona ostentare fuere la española (art. 9. 9 y 10 Cc). Además, ha sido tenida en cuenta como conexión subsidiaria específica en ciertas materias, como en separación y divorcio (art. 107 Cc); en relación con los efectos del matrimonio (art. 9.2 Cc); en relación con las obligaciones contractuales (art. 10.5 Cc), en materia de alimentos (art. 9.7 Cc) y en ciertos casos en materia de protección del incapaz (art. 9.6 Cc)”. En opinión de PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 30, mucho más acorde con las tendencias

mucho más que la nacionalidad, el centro real de la vida del individuo y de la familia. En segundo término, porque la residencia habitual evita los conflictos de calificaciones inherentes a la determinación de lo que es nacionalidad o domicilio. Finalmente, porque la adopción de la conexión residencia habitual ha permitido a los trabajos de codificación y unificación internacionales tender un puente entre los sistemas continentales, defensores de la conexión nacional, y los anglosajones, partidarios de la conexión domiciliar¹²⁵.

107. El protagonismo que ha alcanzado la residencia habitual en el Derecho internacional privado es preciso contextualizarlo en lo que se ha denominado “crisis del estatuto personal”. El primer autor que habla de crisis en el estatuto personal es H. BATIFFOL, situando su origen en el decaimiento del subjetivismo jurídico del siglo XIX, aunque no sólo, y fijando su expresión en dos ámbitos diferentes. De un lado, en lo relativo al punto de conexión en la elección entre nacionalidad y domicilio. De otro, en el contenido del estatuto personal¹²⁶. En ambas vertientes la residencia habitual ha jugado un papel clave.

108. En lo que respecta al punto de conexión, el ocaso que ha sufrido en los últimos tiempos la ley nacional, no ha podido suplirse con un renovado auge de la conexión domiciliar, constituyendo la residencia habitual un instrumento idóneo para expresar más calibradamente la respuesta jurídica de la norma de conflicto. En lo que se refiere al contenido del estatuto personal, la capacidad con que cuenta la residencia habitual de situar su significado en el vértice de lo territorial y lo personal, la convierte en una conexión especialmente apta para obviar los problemas que plantea una extensión indiscriminada del estatuto personal¹²⁷.

109. No obstante, y a pesar de lo dicho, existen razones para dudar de esa tan proclamada crisis del estatuto personal¹²⁸. Vivimos tiempos de cambio caracterizados

internacionalprivatistas hubiera sido extender su ámbito de aplicación a todos los casos en que la ley nacional no ofrece la mejor solución.

¹²⁵ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Comentario al art. 9.1 Cc», cit., pág. 171.

¹²⁶ BATIFFOL, H., *La crisis del estatuto personal*, Cuadernos de la Cátedra “Dr. J. B. Scott”, Universidad de Valladolid, 1968, págs. 19-20. Entiende AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Comentario al art. 9.1 Cc», cit., pág. 170, que “*la pregonada crisis del estatuto personal puede abordarse desde dos vertientes. Una primera más suave, que hace recaer el matiz sobre la crisis de la nacionalidad, conexión personal primaria, habiendo sufrido un progresivo desplazamiento hacia el domicilio, conexión que supone un menor grado de personalidad por cuanto mira a una persona en relación con un territorio, y otra perspectiva más radical, que sitúa la crisis no ya en un mero desplazamiento de la conexión de la nacionalidad hacia la del domicilio, sino que marca el cambio en la pérdida de importancia de la conexión personal frente a criterios territoriales*”. Por su parte, PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 34, señala que “*la palabra “crisis” de la que se sirve el profesor BATIFFOL, no ha de entenderse como una visión apocalíptica del mismo, sino como un proceso de transformación y cambio de una institución que se configuró sobre unos presupuestos sociales y jurídicos distintos de los actuales*”. Sobre la posición contraria a la desaparición del estatuto personal, pero sí de transformación y adaptación a las circunstancias presentes, véase AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho civil internacional*, 1975, págs. 41-42.

¹²⁷ ESPINAR VICENTE, J. M., «El concepto de la residencia habitual...», cit., pág. 24.

¹²⁸ Ya en 1967, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español», R.E.D.I., 1967-2, pág. 218, exponía sus reticencias sobre la visión pesimista que situaba en crisis al estatuto personal, al afirmar que “*la persona es un centro de vida jurídica, y que es conveniente, por tanto, la existencia de una ley que responda a las exigencias de continuidad y permanencia, unidad, centralización, protección y seguridad, para regir todas aquellas cuestiones que de manera indisoluble van ligadas a la persona*”.

fundamentalmente por la eclosión de nuevos conceptos, de una nueva terminología que proporciona nombre a circunstancias que, sin ser tan novedosas como se las quiere presentar, la intensidad con que se están manifestando en la actualidad y la importancia que han adquirido en el contexto mundial, ha hecho necesaria la nueva formulación en algunos casos, y la reformulación, en otros, de una serie de expresiones que ilustran esta nueva fenomenología.

Globalización, mundialización, multiculturalidad, interculturalidad son términos relativamente recientes que se han introducido en nuestro vocabulario y constituyen una muestra evidente de esta situación de crisis entendida como cambio constante.

110. Una de las principales consecuencias de esta nueva era viene manifestada por la inmigración a la que parece más acertado calificar como fenómeno que como problema, como no han tenido reparo en hacer distintos líderes políticos europeos. Son variadas y abundantes las razones que han posibilitado el aumento de los flujos migratorios, hasta el punto de poder hablar de un verdadero éxodo de población proveniente de países africanos, asiáticos, latinoamericanos y de los países europeos del Este, hacia los países que cuentan con una tradición democrática más arraigada y una posición económica consolidada dentro de la vieja Europa.

La inmigración no es un fenómeno novedoso, puesto que ha sido una opción de supervivencia a la que permanentemente se ha recurrido¹²⁹. Pero no todos los procesos migratorios han sido iguales a lo largo de la historia ni todos ellos se han expresado bajo unas mismas coordenadas. Antes al contrario, cada proceso goza de unas características propias, aunque en la mayoría de ellos se hayan manifestado como una triste y pertinaz constante los problemas económicos.

111. En la actualidad, como decimos, estamos asistiendo a un auténtico éxodo de población. Y es una característica singular de este proceso que, dentro de esos desplazamientos, exista un alto número de personas que profesa la religión musulmana, mientras sus países de destino son los países europeos, tradicional y mayoritariamente cristianos. En este estado de cosas no es casual que pueda producirse lo que se ha

¹²⁹ De hecho, los flujos migratorios han existido siempre porque desde siempre ha existido un reparto desigual de la riqueza, aunque en determinadas épocas, como la presente, las características que revisten esas corrientes derivadas de una nueva realidad económica, las hacen aparecer como novedosas. Véase CARLIER, J. Y., «De Schengen à Dublin en passant par Maastricht: Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille», en *Nouveaux itinéraires en Droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruylant Bruxelles, 1993, págs. 131-151.

denominado un “conflicto de civilizaciones”¹³⁰, derivado de la convivencia en un mismo territorio de comunidades culturalmente diferenciadas¹³¹.

No resulta sencillo articular, en esta situación, un sistema en que el respeto a la diversidad cultural sea el principio fundamental en que se inspire la convivencia. Así comprobamos que si bien la defensa de la identidad cultural y el respeto de las minorías puede parecer una manifestación del multiculturalismo, una defensa a ultranza puede provocar el aislamiento y la incomunicación entre culturas diferentes, siendo desechables ambos extremos¹³².

112. Este conflicto se presenta de manera expresa en los sistemas jurídicos de los países de acogida, de cuyo análisis pueden extraerse cuáles son los intereses del Estado respecto de las personas extranjeras que residen en su país. En esta tesitura cabe optar, al menos, entre dos opciones fundamentales. Una primera es la “integración” del emigrante, asimilándolo al nacional, imponiéndole la cultura y el ordenamiento jurídico del país de acogida. En la segunda predomina el respeto a la identidad cultural del extranjero permitiendo el reconocimiento de la diversidad y la observancia de sus derechos, así como la aplicación de su estatuto personal que, normalmente, vendrá determinado por su ley nacional. Ley que se constituye, de esta manera, en el vehículo de expresión de una cultura inspirada en principios y valores diferentes y, en muchas ocasiones, contrarios a los principios y valores en que se sustentan los países europeos¹³³.

113. Al propugnarse el respeto a la identidad cultural del individuo como una de las posibles opciones para conjugar ambas realidades, se produce un refuerzo del estatuto personal por la importancia de que ciertas materias sigan regulándose por la ley personal¹³⁴.

¹³⁰ Véase acerca de este concepto, MERCIER, P., *Conflict de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Génova, 1972; DÉPREZ, J., «Droit international privé et conflits de civilisations\ Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes en matière de statut personnel», Rec. des Cours, tome 211, 1988, págs. 9-372; HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, 1996 e ID., «The Clash of Civilization», *Foreign Affairs*, vol. 72, 1993, págs. 22-49. Véase nuestra crítica a este término en el Derecho internacional privado, en el artículo publicado en este mismo libro «El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural».

¹³¹ MAESTRE CASAS, P., «Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado», en CALVO CARAVACA, A. L. / IRIARTE ÁNGEL, J. L. (eds.), *Multiculturalidad y familia*, Editorial Colex, 2001, pág. 196.

¹³² MAESTRE CASAS, P., «Multiculturalidad...», cit., pág. 197.

¹³³ Como brillantemente expone MAESTRE CASAS, P., «Multiculturalidad...», cit., pág. 199, advirtiendo de la importancia de la elección de la ley nacional o la ley del domicilio en una sociedad multicultural, “*el respeto a la identidad cultural llamaría a la aplicación de la conexión nacionalidad, mientras que si lo que pretendemos es integrar, o más radicalmente uniformizar, al extranjero en el país en que vive, debe prevalecer la ley del domicilio o la ley de la residencia habitual*”. Por eso, esta autora insiste en que “*marginar la conexión nacionalidad, bajo el pretexto de integrar al extranjero, puede ser el primer síntoma de absorción de los valores de una sociedad distinta a la sociedad integradora, haciendo desaparecer la convivencia de sistemas diferentes al eliminar uno de ellos, y, por tanto, se elimina un factor de riqueza cual es la diversidad*”.

¹³⁴ Como afirma BATIFFOL, H., *La crisis del estatuto personal*, cit., pág. 18, “*en los países islámicos el estatuto personal no viene determinado ni por el domicilio ni por la nacionalidad, sino por la religión, que goza de mayor fuerza que la nacionalidad, y cuyos principios inspiradores son radicalmente diferentes de los que imperan en los países occidentales. Diferencias que se muestran particularmente en el ámbito del Derecho de la familia y de la persona*”.

En esta dinámica, tal y como señala JAYME, el viejo principio manciniano de la nacionalidad se presenta como más adaptado al principio de protección de la identidad cultural de la persona que el de la aplicabilidad de la ley del domicilio, siempre en el ámbito del Derecho de familia y de la persona¹³⁵. Por ello no parece descabellado sostener que nos encontramos ante un resurgir de la importancia del estatuto personal, como conjunto de instituciones indisolublemente ligadas a la persona que han de ser regidas por una única ley, a fin de garantizar la unidad y seguridad del individuo en las cuestiones que más directamente le afectan¹³⁶.

En este contexto, al Derecho internacional privado le corresponde la noble tarea de, no sólo limitar las consecuencias negativas del pluralismo jurídico¹³⁷, sino aportar las soluciones que permitan la convivencia pacífica de ambos sistemas, ofreciendo respuestas justas y respetuosas de la diversidad¹³⁸. Asunto nada baladí. Empresa digna donde las haya.

114. Sin embargo, lo dicho hasta ahora no parece que sea extrapolable a la protección de menores y adultos. Y ello porque, para empezar, resulta insuficiente fijar una ley para proteger a la persona, ya que la misma no puede ser protegida a priori ni por la ley nacional ni por la ley del domicilio¹³⁹.

Esta afirmación ha encontrado acogida en el plano convencional, que no así en nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado. Pero, no obstante, respecto a él vamos a adelantar una serie de consideraciones.

Primera: Pese a haberse entendido tradicionalmente por parte de la jurisprudencia y de la doctrina que en el art. 9.1 Cc se regulan las materias que conforman el estatuto personal, lo cierto es que se trata de una mera ilusión, pues ciertamente, este artículo sólo regula la ley aplicable a la capacidad de las personas físicas¹⁴⁰, puesto que el resto de materias que a las que en él se hace referencia poseen un tratamiento particularizado en los apartados segundo a octavo del mismo precepto.

Segunda: La protección de los menores y adultos incapacitados se regula en el art. 9.6 Cc, optando por una regulación triple de esta categoría. Así, la tutela y demás

¹³⁵ JAYME, E., «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato», RDIPP, 1993-2, pág. 300..

¹³⁶ En contra se manifiestan CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 14, para quienes el estatuto personal es un concepto inútil por las siguientes razones: las materias relativas a la persona no se regulan todas ellas por una misma Ley estatal; la ley personal no regula ya todas las materias relativas a la persona; los aspectos jurídicos relativos a la persona quedan sujetos a distintas leyes.

¹³⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., pág. 190. Por su parte, RIGAUX, F., *Derecho internacional privado. Parte General*, Traducción y adaptación al Derecho español por la profesora ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ, Editorial Civitas, 1985, en el Prólogo de esta obra señala que “una de las paradojas del Derecho internacional privado es que, surgiendo de la pluralidad y diversidad de los ordenamientos jurídicos estatales, trata, sin embargo, de instaurar entre éstos lazos estructurales de reconocimiento mutuo y de cooperación”.

¹³⁸ MAESTRE CASAS, P., «Multiculturalidad...», cit., pág. 199. CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel...*, cit., págs. 246 y ss.

¹³⁹ BATIFFOL, H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, págs. 195 y ss..

¹⁴⁰ CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 17.

instituciones de protección del incapaz, se regularán por la ley personal de éste; las medidas provisionales y urgentes, por la ley de su residencia habitual, y cuando el menor o incapaz se hallare abandonado en territorio español, se aplicará la ley española.

Tercera: Se podría, de una primera visión, extraer que tras esta regulación tripartita se esconde la distinción entre el modelo institucional de protección, familiar, privado, que gira en torno al conflicto de leyes; y el modelo asistencial o funcional, pensado para los casos de abandono o desamparo, en que la situación de urgencia en que se encuentra la persona exige una aplicación inmediata de la ley de la autoridad que conoce del supuesto de protección.

Cuarta: Pero esta serie de consideraciones pierden parte de su valor si observamos que la tendencia en el Derecho convencional ha sido trasladar, en materia de protección, el núcleo de regulación desde el sector del Derecho aplicable, al sector de la competencia de autoridades. Lo importante, no es ya qué ley se aplica, sino qué autoridad debe conocer.

Obviamente, serán las autoridades más cercanas a la persona necesitada de protección las que mejor conozcan su situación y, por tanto, sean las que mejor pueden garantizar sus intereses. Y estas autoridades aplicarán su propia ley. Se trata de la tantas veces aludida correlación *forum-ius*. Aunque esta fórmula, lejos de ser entendidas rígidamente, debe flexibilizarse buscando el interés superior del menor y el interés del adulto.

115. Por tanto, en este escenario no cabe hacer apología del estatuto personal como conjunto de materias relativas a la persona regidas por una misma ley. La protección de los menores y adultos es una materia relativa a la persona ciertamente, pero la evolución jurídica que ha experimentado esta categoría ha desplazado el centro del conflicto de leyes al conflicto de autoridades. Desaparece esa unidad en la aplicación de la ley, en aras de una protección más eficaz de la persona, en la que se aprecia la *publificación* que han experimentado todas las instituciones de guarda.

116. Al tiempo, en la protección de adultos se aboga porque sean las partes las que elijan, libremente, la ley que quieren que los proteja¹⁴¹. Se trata de proponer la autonomía de la voluntad como un criterio de conexión perfectamente válido para regular estos supuestos.

La autonomía de la voluntad, pues, comienza a cobrar fuerza, y es lógico y plausible que así sea. Nadie mejor que el adulto para elegir la ley por la que quiere ser protegido en caso de que lo necesite. La autotutela como fórmula de protección abre un campo de acción de la autonomía de la voluntad en materia de protección hasta hace unos años insospechado.

Sin embargo, en materia de protección de menores, la autonomía de la voluntad no es un principio válido. Los intereses de los menores han de ser protegidos y garantizados por las entidades públicas, que serán las determinarán la ley aplicable.

¹⁴¹ CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel...*, cit., pág. 250.

2.- Nociones para la determinación de quién es incapaz en nuestro sistema de Derecho internacional privado

117. La primera observación que resulta conveniente realizar repara en el hecho de que en nuestro sistema de Derecho internacional privado no existe una norma que con carácter específico y particularizado determine el Derecho aplicable a la incapacidad. Sí, en cambio, encontramos un precepto encargado de regular la capacidad de las personas físicas (art. 9.1 Cc) y otro que hace lo propio respecto de la protección de los incapaces (art. 9.6 Cc)¹⁴².

118. La capacidad ha sido una materia que ha formado parte tradicionalmente del núcleo duro del estatuto personal y, consecuentemente, en nuestro ordenamiento jurídico, ha estado regulada por la ley nacional¹⁴³.

119. Sin embargo, no ha existido tal consenso respecto de la inclusión de la incapacidad y de la protección de los incapaces dentro del estatuto personal, habiéndose barajado distintas teorías con relación a este tema. Y si bien parece adecuado que la incapacidad reciba una regulación uniforme con la capacidad en el sentido de quedar sometidas ambas materias a una misma ley, pues al fin y al cabo son la cara y cruz de la misma moneda, puede no resultar igual de conveniente someter, siempre y en todo caso, la protección de los incapaces a la ley nacional¹⁴⁴.

120. De lo dicho se deduce que, constituyendo la declaración y consiguiente constatación de la incapacidad requisito previo y necesario para articular la protección correspondiente, parece más acertado recurrir a la ley rectora de la capacidad para

¹⁴² En este sentido, manifiesta FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., pág. 414, que la doctrina española, por la analogía con las medidas de protección del incapaz, ha apostado por una aplicación analógica del art. 9.6 Cc. No obstante, se hace obvia la precisión de que la incapacitación no es una medida de protección, sino una decisión que declara el estado de incapacidad y, por tanto, las causas que determinan la incapacidad como definición negativa de la capacidad, habrán de regirse por la ley rectora de ésta última (art. 9.1 Cc). Sin perjuicio, no obstante, de que en nuestro sistema de Derecho internacional privado, la ley aplicable a las causas de incapacidad coincida con la ley rectora de las instituciones de protección del incapaz.

¹⁴³ Sin embargo, es necesario apuntar que el sometimiento de la capacidad al estatuto personal no ha sido universalmente aceptado, pues como ya hemos señalado en otra ocasión, aunque esto haya sido así para los países del Derecho civil, para los del *Common law* las soluciones han sido fundamentalmente diferentes. Los sistemas anglosajones no dotan a la capacidad de obrar de la autonomía que posee en nuestro ordenamiento, sino que es contemplada como un requisito más de validez sustancial de los actos o negocios jurídicos, regida por la respectiva *lex causae*. Entre las ventajas que presenta este sistema destacan: primero, evitar la complejidad derivada de la aplicación de múltiples leyes para determinar la validez de un acto que en nuestro sistema exige la consulta de una ley distinta para los aspectos sustanciales, de forma o de capacidad; segundo, que se compadece mejor con las exigencias que impone el principio de no discriminación por nacionalidad y, tercero, que resulta más eficiente en términos económicos. Véase a este respecto FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., pág. 405.

¹⁴⁴ Tal y como afirma AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Civil internacional*, vol. II, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1979, pág. 119, “la nacionalidad del incapaz no asegura una eficaz protección”, presentándose como “conexión más idónea la residencia habitual”. Sin embargo, parece de todo punto injustificable una disociación en el régimen regulador de la capacidad e incapacidad; otro cosa es disentir o mostrarse de acuerdo en el régimen concreto elegido para regir esta materia.

especificar las causas que determinan la incapacidad, aplicándose de esta manera por analogía la ley nacional.

121. Ciertamente es que cada sistema jurídico determina los supuestos de incapacidad de la persona en atención a las concepciones básicas de organización económica, social y jurídica de la comunidad en que despliega sus efectos¹⁴⁵, y que al hacer depender su aplicación de la ley nacional, se abre la posibilidad de que las autoridades judiciales de nuestro país deban aplicar leyes de sistemas jurídicos que entienden la incapacidad bajo concepciones esencialmente diferentes de la nuestra.

122. Para evitar cualquier conflicto, cualquier problema que pueda surgir en la aplicación del Derecho extranjero, el Derecho internacional privado cuenta con una serie de mecanismos que contribuyen al funcionamiento armónico de todas sus variables. En este sentido, el orden público, entendido como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, en cuya virtud se descarta la aplicación de la Ley extranjera contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex fori*)¹⁴⁶, será el encargado de fijar límites a la aplicación del Derecho extranjero, intentando lograr la mayor coherencia¹⁴⁷.

123. En los países de nuestro entorno, tradicionalmente, las situaciones de incapacidad han revestido dos modalidades: la minoría de edad, de carácter autónomo, que determina, en opinión de un destacado sector de la doctrina, automáticamente la incapacidad¹⁴⁸, y la incapacitación, caso que las autoridades judiciales declaren a una persona incapaz por concurrir en ella determinadas limitaciones físicas o psíquicas establecidas legalmente que determinen una merma o anulación de su capacidad para conocer y entender¹⁴⁹.

124. En ambos casos, será la ley nacional de la persona la encargada de establecer tanto la edad a la que se alcanza la mayoría de edad, cesando, de esta manera, la incapacidad que —a juicio de una acreditada doctrina y en contra de quien esto escribe— lleva implícita la minoría; como las causas conforme a las cuales se dilucidará cuándo una

¹⁴⁵ AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Civil internacional*, vol. II, cit., pág. 121 y PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 35.

¹⁴⁶ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. I, cit, pág. 270.

¹⁴⁷ Según GONZÁLEZ CAMPOS, el orden público puede desempeñar una doble acción. En sentido negativo, por amparar el art. 200 Cc la noción de equivalencia e impedir que ciertas causas de incapacitación previstas por la ley extranjera sean rechazables por ir contra tal noción. En sentido propio, negándose a admitir causas de incapacitación extranjeras no previstas en nuestras leyes.

¹⁴⁸ En palabras de PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 35, la minoría de edad es el único supuesto de incapacidad en sentido estricto, por su carácter autónomo y no condicionado a declaración judicial. Volvemos a manifestar nuestro desacuerdo con que la minoría de edad sea entendida como una modalidad de incapacidad.

¹⁴⁹ PÉREZ VERA, E. y otros, *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 35, realiza una distinción entre “incapacidad” e “incapacitación”. La primera constituiría la limitación o restricción de la capacidad de obrar por circunstancias derivadas de ciertas concreciones del estado civil (en este supuesto se incluiría la minoría de edad). Con el término “incapacitación”, según esta autora, se hace referencia a aquellos casos en que esta limitación o restricción se deba a la apreciación judicial de una causa tipificada por la ley como generadora de esta consecuencia (incapacitaciones). La observación que puede hacerse a esta clasificación es que la incapacitación también es un estado civil.

persona puede ser declarada incapaz, pasando de esta manera al estado civil de incapacitado, una vez haya recaído la sentencia que así lo acredite.

VI.- FUENTES NORMATIVAS DE REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE MENORES Y ADULTOS EXTRANJEROS

125. En el Derecho internacional privado español existe, como sabemos, una dualidad de regímenes a la hora de regular los casos internacionales de protección de menores y adultos: el convencional y el autónomo, y si bien en el primero existen diferentes Convenios para regular la protección de los menores, de un lado, y la protección de los adultos, de otro, en el régimen autónomo no existe tal diferenciación.

126. El régimen convencional está constituido en la actualidad por el *Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores*, hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961¹⁵⁰, al que precedió el *Convenio sobre el establecimiento de la tutela de menores*, hecho en La Haya, el 12 de junio de 1902¹⁵¹, y del que ya se ha elaborado su sustituto, el *Convenio sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores*, hecho en La Haya, el 19 de octubre de 1996¹⁵². Tras la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, a este Convenio, de 17 de junio de 2003, es presumible que no se demore en demasía la entrada en vigor de este Convenio en España, así como en el resto de los países de la Unión Europea¹⁵³.

A esta regulación se une, en el ámbito comunitario, el *Reglamento (CE) 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes* (en adelante, Reglamento Bruselas II)¹⁵⁴.

¹⁵⁰ B.O.E. nº 199, de 20 de agosto de 1987. Rectificaciones B.O.E. nº 267, de 7 de noviembre de 1987. En vigor para España desde el 21 de julio de 1987. Forman parte de este Convenio: Alemania, Austria, China (únicamente la región administrativa de Macao), España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía. Para consultar futuras incorporaciones, véase <http://www.hcch.net>.

¹⁵¹ De él formaron parte: Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Holanda, Hungría, Italia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia y Suiza. Para España sigue vigente este Convenio en sus relaciones con Bélgica y Rumania, puesto que estos países no ratificaron el Convenio de 1961 que vino a sustituir al de 1902. La ratificación por España de este Convenio tuvo lugar el 30 de junio de 1904.

¹⁵² Está en vigor desde el 1 de enero de 2002 para la República Checa, Mónaco, Eslovaquia, Marruecos, Letonia, Estonia, Australia y Ecuador. Asimismo han firmado el Convenio los quince Estados miembros de la Unión Europea con fecha de 1 de abril de 2003 [Sólo una breve aclaración: la Comunidad no forma parte de la Conferencia de La Haya. Por eso la firma ha debido realizarse por Estado, al igual que se hará la ratificación o la adhesión. No obstante, y debido a las razones que más tarde precisaremos, los quince han firmado en bloque]. Sólo Países Bajos lo había firmado con anterioridad el 1 de septiembre de 1997. También ha firmado este Convenio Polonia, el 22 de noviembre de 2000.

¹⁵³ COM (2003) 348 final, de 17 de junio de 2003.

¹⁵⁴ D.O. C. E. núm. L 160 de 30 de junio de 2000, pág. 19. En vigor desde el 1 de marzo de 2001.

Respecto de la protección de los adultos, España ha carecido y carece de un régimen convencional, puesto que el *Convenio sobre interdicción civil y medidas de protección análogas*, hecho en La Haya, el 17 de julio de 1905, de escaso éxito, nunca estuvo vigente en nuestro país¹⁵⁵ y el *Convenio sobre protección internacional de adultos*, hecho en La Haya, el 13 de enero de 2000, que aún no ha entrado en vigor, no ha sido ni firmado ni ratificado por España¹⁵⁶.

127. El régimen autónomo viene dado por el art. 9.6 Cc, introducido por la reforma del Título Preliminar del Código civil llevada a cabo por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. Se trata de un precepto único para reglar tanto la protección de menores como la protección de incapaces. Con anterioridad a la introducción de este precepto, el Derecho internacional privado español carecía de una regulación autónoma de la protección de menores e incapaces, recurriéndose con carácter general al art. 9.1 Cc, precepto en que se determinaba la ley aplicable a las cuestiones atinentes al estatuto personal.

1.- Notas generales sobre el régimen convencional

A).- Menores

a.- Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores, de 5 de octubre de 1961

128. El CH 1961 se enmarca dentro de las teorías que promueven la unidad *forum-ius*¹⁵⁷. Puede decirse que este Convenio se diferencia del CH 1902 en el objeto, en la competencia y en el método¹⁵⁸. Heredero de este último, el CH 1961 se propuso desde su génesis formular respuestas a los interrogantes y dudas suscitados por su antecesor¹⁵⁹. Se

¹⁵⁵ Está vigente para Italia, Polonia, Portugal y Rumania. Ha sido denunciado por Francia (5 febrero 1916), Alemania (21 enero 1992), Hungría (12 noviembre 1973), Países Bajos (21 febrero 1977) y Suecia (1 marzo 1960).

¹⁵⁶ Hasta el momento ha sido firmado por Francia, Holanda y Reino Unido.

¹⁵⁷ Según ESTEBAN DE LA ROSA, G., «El acogimiento preadoptivo en Derecho internacional privado», en GONZÁLEZ MARTÍN, N. / RODRÍGUEZ BENOT, A. (coord.), *Estudios sobre adopción internacional*, UNAM, 2001, pág. 351, se trata de la utilización del método anglosajón de la *jurisdictional approach*, según el cual una vez que se eligen los órganos internacionalmente competentes para conocer de una determinada situación privada internacional, estos aplicarán su propia ley. La competencia judicial ejerce una *vis atractiva* sobre la competencia legislativa, determinándola.

¹⁵⁸ Según SIMON-DEPITRE, M., «La protection des mineurs en Droit international privé, après l'arrêt Boll de la Cour International de Justice», *Travaux Comité droit international privé* (1960-1962), París, 1963, pág. 123, las diferencias respecto al primer punto se reflejarían en la relación entre la competencia de las autoridades y la competencia legislativa; respecto al segundo, en las relaciones entre las autoridades de la residencia habitual y las autoridades nacionales y respecto al tercero, en la cooperación entre las diferentes autoridades.

¹⁵⁹ Afirma DROZ, G. A. L., «La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961», *JDI.*, 1973, pág. 604, que el CH 1961 no es consecuencia directa de la Sentencia del TIJ en el caso Boll, aunque su contenido fue muy influyente en la elaboración de este Convenio. Ya en el Acta final de 24 de octubre de 1956, la Octava Sesión de la Conferencia de La Haya había instituido una Comisión especial encargada de revisar el CH 1902, «*sea sobre la base de las modificaciones propuestas en 1928, sea teniendo en cuenta todos los nuevos elementos sobrevenidos tras la Sexta Sesión*». Por otra parte, este Convenio, de conformidad con su art. 18, sustituye en

trata de un Convenio doble, pues regula la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable, a diferencia del anterior que sólo abordaba este último sector. También se ocupa, aunque en términos muy someros, del reconocimiento de decisiones y medidas adoptadas.

129. Aunque, en sentido estricto, el Convenio no formula un concepto de protección, de sus formulaciones se deduce que opta por un concepto amplio de la misma¹⁶⁰. Bajo este concepto se engloban tanto las “medidas” adoptadas por las autoridades que cumplen la finalidad de corregir, completar o sustituir la conducta de los padres o tutores, como las “relaciones de autoridad” que surgen por obra de la ley (art. 3), que es preciso respetar por atender al interés del menor¹⁶¹.

130. De esta manera, puede decirse que el CH 1961 está orientado a la adopción de todas aquellas medidas destinadas a proteger la persona o los bienes del menor, entendiendo por tales todas aquellas decisiones, definitivas o provisionales, adoptadas por una autoridad con el objetivo de proteger al menor individualmente considerado en su persona o sus bienes¹⁶². Se elude, así, el conflicto de calificaciones y se promueve la equivalencia entre todas aquellas instituciones que posean como fin principal la protección del menor¹⁶³.

las relaciones entre Estados contratantes al CH 1902. Para nosotros éste último Convenio está vigente en nuestras relaciones con Bélgica y Rumania.

¹⁶⁰ VON STEIGER, W. E., «Rapport explicatif», en *Actes et Documents de la Neuvième Session (1960)*. Tome IV. Protection des mineurs, pág. 224, especifica que “el CH 1961 comprende todas las medidas individuales de Derecho privado y de Derecho público que tiendan a la protección de la persona del menor o de sus bienes”. Este Convenio se aplica tanto a la representación legal del menor como a la protección de su persona o sus bienes. Quedan excluidas las medidas previstas por el Derecho penal, así como las prescripciones de carácter general previstas por la legislación social. Por su parte, DROZ, G. A. L., «La protection des mineurs...», cit., pág. 609, sugiere que “a falta de definición de la noción de protección, el Convenio se aplica a todas las medidas individuales de Derecho privado o de Derecho público que tienden a la protección de la persona o de los bienes de los menores, como la patria potestad, la tutela legal o dativa, la protección de la infancia, la asistencia educativa”. Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comentario al art. 9.6 Cc», cit., pág. 274.

¹⁶¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores: régimen jurídico*, Editorial Comares, 2000, pág. 48; CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 272.

¹⁶² BAUDOUIN, J. M., «La protection du mineur étranger par la juge des enfants», *Rev. crit. dr. int. pr.* 1994-3, tome 83, págs. 487-488; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comentario al art. 9.6 Cc», cit., pág. 275. En opinión de VON STEIGER, W. E., «La protection des mineurs en Droit international privé», cit., pág. 486, este Convenio “abandona la distinción entre Derecho público y Derecho privado y se refiere a todas las instituciones o medidas que tiendan a realizar los fines perseguidos por el tratado”. Por su parte, SIMON-DEPITRE, M., «La protection des mineurs...», cit., pág. 122, matiza que el Convenio sólo se ocupa de las medidas de protección individual, excluyendo las reglas penales y sociales o laborales. En la misma línea se manifiesta BAUDOUIN, J. M., «La protection du mineur étranger...», cit., pág. 488, quien además excluye del ámbito de aplicación material del Convenio la adopción internacional; CASTRO-RIAL CANOSA, J. M., «El Convenio de La Haya sobre protección de menores. IX Conferencia de Derecho internacional privado», *R.E.D.I.*, 1961-1 y 2, pág. 20, y BONOMI, A., «La Convenzione dell’Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l’avvio dei lavori di revisione», *RDIPP*, 1995-3, pág. 629. Véase CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 272.

¹⁶³ VON STEIGER, W. E., «La protection des mineurs en Droit international privé», cit., págs. 511-512, señala que aunque el Convenio se abstiene de formular una definición detallada de todas las medidas comprendidas en su ámbito de aplicación, pues toda definición habría sido demasiado rígida, “el Convenio define su objeto a través de una noción autónoma, libre de las nociones consagradas por las leyes nacionales. De esta manera, se evita el conflicto de calificación; especialmente en lo referente a la distinción

131. Resulta de interés resaltar las diferencias que se produjeron entre las distintas Delegaciones en la elaboración del Convenio a la hora de concretar su ámbito material de aplicación, pues mientras varias Delegaciones abogaron por una distinción clara entre las medidas pertenecientes al Derecho privado (p. ej., tutela, curatela), y aquellas otras encuadrables dentro del Derecho público (medidas de educación protectora, p. ej.); otras optaron por un criterio único y genérico de protección, donde se abarcaran medidas de Derecho privado y medidas de Derecho público.

En esta dinámica, la Delegación italiana sostuvo que era preferible adaptar el CH 1902 a las nuevas necesidades, en lugar de elaborar uno radicalmente nuevo e insistió en la necesidad de distinguir entre medidas de protección de menores de carácter administrativo (respecto de las que admitía la competencia de la ley de la residencia habitual del menor), y las instituciones como la tutela o la curatela (que en cuanto obedecen a los vínculos familiares del menor, debían continuar regulándose, como en el CH 1902, por la ley nacional del menor de cuya protección se tratara).

La Delegación holandesa, en cambio, observó que las medidas de protección de menores, que en todos los ordenamientos se habían desarrollado a partir de 1902, no debían ser consideradas exclusivamente como medidas de protección individual, sino también como medidas de garantía social, por lo que reclamaban una solución *sui generis*. Además, insistió en que la competencia general de la ley de la residencia habitual del menor se justificaba, frente a la clásica solución de la ley nacional, por la imposibilidad práctica de encontrar un criterio delimitador entre la tutela propiamente dicha (institución de Derecho privado) y las restantes medidas de protección de menores (de marcado carácter público)¹⁶⁴.

132. A juicio de VON STEIGER, la controversia entre la distinción entre las medidas privadas sometidas a la ley nacional y las medidas de educación protectora de Derecho público sometidas a la ley de la residencia habitual, pierde sentido en el CH 1961, desde el momento en que es la residencia habitual la que determina, si no exclusivamente, al menos de forma preponderante, la competencia y la ley aplicable, por lo que ambas formas de protección serían regidas por la misma legislación¹⁶⁵.

entre el Derecho privado y el Derecho público”. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Comentario al art. 9.6 Cc», en ALBADALEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo I, 1978, pág. 177, especifica que “la calificación empleada, de carácter funcional, busca una equivalencia de finalidades entre las disposiciones del foro y las extranjeras en conflicto, que permita superar la diversidad de lenguaje jurídico. Se trata de evitar el conflicto de calificaciones mediante una formulación genérica, abarcadora de instituciones que en distintos países, con diferente denominación, realizan un mismo cometido”. En parecidos términos, CASTRO-RIAL CANOSA, J. M., «El Convenio de La Haya sobre protección de menores», cit., pág. 25. Por su parte, KROPHOLLER, *Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger*, Bielefeld, 1977, págs. 55-56, señala que el concepto de medida de protección no sólo impide que se realice una calificación según un ordenamiento material, sino que sitúa la preferencia en los criterios que determinan de manera positiva una calificación autónoma, principalmente, la finalidad de protección. Este concepto autónomo puede describirse, a diferencia de los conceptos sistemáticos, como concepto funcional, pues la función de los concretos institutos de la vida jurídica decide si pueden subsumirse en el Convenio.

¹⁶⁴ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Derecho internacional privado*, Editorial Tecnos, 1983, pág. 103.

¹⁶⁵ VON STEIGER, W. E., «La protection des mineurs en Droit international privé», cit., pág. 486.

133. En lo que respecta a su ámbito de aplicación personal, éste se extiende a todos los menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes, cualquiera que sea la nacionalidad del menor (art. 13)¹⁶⁶. Se entiende por menor aquél que lo sea, de forma cumulativa, según su ley nacional y según la ley de su residencia habitual (art. 12). Una designación doblemente compleja, puesto que no solamente se remite la designación de la minoría de edad al conflicto de leyes, sino que además se exige la concurrencia de dos leyes distintas¹⁶⁷. El Convenio no realiza ningún pronunciamiento sobre los menores emancipados; quizás por ello no existe una opinión unánime acerca de la inclusión o exclusión de estas personas en su ámbito de aplicación personal¹⁶⁸. Ante el silencio del Convenio, nos parece conveniente la interpretación que favorezca al menor.

134. El Convenio está articulado sobre la solución del llamado conflicto de autoridades¹⁶⁹. Se parte de la determinación de la autoridad competente, que con carácter

¹⁶⁶ Por tanto, no se trata de un Convenio de aplicación universal. Señala SAVOLEA S., «La protección internacional del menor en caso de deficiencias dentro de la esfera familiar», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, págs. 62-63, que el campo espacial de aplicación del Convenio está restringido con bastante rigor por una cláusula de reciprocidad, según la cual sus disposiciones sólo se aplican a la protección de los menores con residencia habitual en el territorio de uno de los Estados contratantes. No obstante, se ha ampliado considerablemente su campo de acción tras la retirada por parte de España de la reserva formulada al art. 13.3 del Convenio en 1995 (B.O.E. núm. 221, de 15-9-1995), por la que se limitaba su aplicación a los menores nacionales de los Estados partes que además tuvieran su residencia habitual en alguno de ellos. Por otro lado, consignar aquí que tanto Suiza como Italia han alargado, unilateralmente el ámbito de aplicación del CH 1961, estableciendo que se aplicará a los menores que lo sean sólo conforme a la ley de su nacionalidad y a aquéllos que se hallen en el territorio de estos Estados, aun no teniendo su residencia habitual en ningún Estado miembro del Convenio. Véase nuestro trabajo DURÁN AYAGO, A., «Aproximación a la protección de los incapaces en el Derecho internacional privado italiano», *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, vols. 19-20, 2001-2002, págs. 363-379.

¹⁶⁷ Véase DROZ, G. A. L., «La protection des mineurs...», cit., págs. 607-608. Señala BONOMI, A., «La Convenzione dell'Aja del 1961...», cit., pág. 616, que la aplicación cumulativa de ambas leyes fue adoptada para no perjudicar la cuestión de la ley aplicable a la capacidad de obrar, sujeta en algunos Estados a la ley nacional y en otros a la ley del domicilio.

¹⁶⁸ Explica VON STEIGER, W. E., «Rapport explicatif», cit., pág. 238, que en el curso de las deliberaciones se propuso introducir en el art. 12 una especificación, en el sentido de que por menor a efectos del Convenio debería entenderse sólo el menor no emancipado. En palabras de VON STEIGER, «*si finalmente se renunció a insertar una cláusula parecida fue, de un lado, porque habría sido difícil de definir la emancipación –institución cuyas causas y sobre todo los efectos varían considerablemente de un país a otro– y segundo, porque pareció claro que una persona que ha sido objeto de una emancipación, en general, no estaría de necesitada una protección tal como la prevé el Convenio. Una persona que ha sido objeto de una emancipación, total o parcial, no es menor a los fines del Convenio*». A este razonamiento aporta DROZ, G. A. L., «La protection des mineurs...», cit., pág. 609, la siguiente reflexión: «*Si en el Convenio se regulan las medidas de protección de los menores y la institución de la curatela está destinada a asistir al menor emancipado, lo cual nos parece una medida de protección, no vemos porqué debería quedar excluida de su ámbito de aplicación*». A este parecer se suma BONOMI, A., «La Convenzione dell'Aja del 1961...», cit., págs. 626-627.

¹⁶⁹ Véase LEQUETE, Y., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales*, Rec. des Cours, Tomo 246, 1994, págs. 51-99 y VON STEIGER, W. E., «La protection des mineurs en Droit international privé», cit., *passim*. Aprecia AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Civil internacional*, vol. II, cit., pág. 156, que si la orientación tradicional de la protección tenía su centro de gravedad en la ley aplicable a la tutela (y esta ley se juzgaba que debía ser la nacional), la nueva orientación propugnada por el CH 1961 ponía su acento en la autoridad competente para adoptar medidas de protección de los menores, de manera que una vez determinada la competencia de la autoridad, ésta aplicaba su ley interna, la *lex fori*.

general lo será la autoridad de la residencia habitual del menor¹⁷⁰, para adoptar las medidas de protección de éste, medidas que tomará de acuerdo con su ley interna –correlación *forum-ius*– (art. 2)¹⁷¹. Esta solución es adecuada y oportuna porque en materia de protección de menores procedimiento y fondo están estrechamente vinculados y porque esta protección es, a menudo, ejercida por autoridades no judiciales –así en España–, para las que la aplicación de un Derecho extranjero presentaría dificultades particulares¹⁷². A las autoridades judiciales, por su parte, les ahorra el siempre complicado proceso de verificación y aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, no hay que olvidar que toda medida de protección del menor ha de inspirarse en el interés superior de éste, y que éste interés no siempre quedará garantizado por la aplicación de la ley de la autoridad competente para conocer de las medidas de protección del menor.

135. Finalmente, VON STEIGER ha destacado dos rasgos de este Convenio. En primer lugar, que la determinación de la competencia judicial y de la ley aplicable no depende solamente de los criterios tradicionales como la nacionalidad o la residencia habitual o el domicilio del menor, sino de un nuevo elemento de carácter material como es el interés del menor. En segundo lugar, que la opción de otorgar, como regla general, competencia a las autoridades de la residencia habitual del menor, está basada en la creencia de que son éstas las autoridades mejor situadas para decidir lo que conviene al menor (principio de proximidad)¹⁷³.

136. Sin embargo, y pese a las notas positivas que posee este Convenio respecto del de 1902, el sistema de competencia judicial internacional compartida que instaura (entre autoridades de la residencial habitual y autoridades de la nacionalidad del menor) resulta harto complicado, desluciendo lo que debe ser una praxis ágil y eficaz para garantizar la protección y realización adecuada del interés superior del menor¹⁷⁴. Prueba de esta

¹⁷⁰ La elección de la residencia habitual del menor y no su domicilio se hizo en función de la dificultad que entraña la precisión de la noción de domicilio frente al concepto de residencia habitual que es una noción fáctica, apreciable en cada caso concreto. DROZ, G. A. L., «La protection des mineurs...», cit., pág. 611. Según ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comentario al art. 9.6 Cc», cit., pág. 273, “la noción de residencia habitual posee un carácter autónomo y debe interpretarse conforme al espíritu y objetivos del Convenio, sin que quepa un recurso inmediato a la ley nacional de los Estados contratantes”. En el ámbito de la competencia judicial internacional, dicha residencia habitual se localizaría en el Estado en el que la protección se puede asegurar más fiablemente en razón de la presencia regular del menor. En palabras del relator del Convenio, VON STEIGER, W. E., «Rapport explicatif», cit., pág. 226, se trataría del “centro efectivo de la vida del menor”.

¹⁷¹ Aprecia SIMON-DEPITRE, M., «La protection des mineurs...», cit., pág. 124, lo beneficioso de esta solución, puesto que la autoridad competente aplicará su propia ley, ventaja que deviene en necesidad si se trata de una autoridad administrativa.

¹⁷² MOSCONI, F., *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Giuffrè, 1965, pág. 365; VON OVERBECK, A. E., «La reconnaissance des rapports d'autorité “ex lege” selon la Convention de La Haye sur la protection des mineurs», en *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1977, pág. 449; BONOMI, A., «La Convenzione dell'Aja del 1961...», cit., pág. 630.

¹⁷³ VON STEIGER, W. E., «La protection des mineurs en Droit international privé», cit., pág. 516.

¹⁷⁴ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional*, Editorial Colex, 2003, pág. 313 y CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 276, han calificado este Convenio como un compromiso imposible, un camino sin salida y un engendro jurídico inviable. Por su parte, BOULANGER, F., *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, Economica, 1998, pág. 247, ha dicho de él que su funcionamiento es tan complicado que se asemeja a las “ruedas de una pieza de relojería”.

dificultad es que nuestros tribunales cuando han tenido oportunidad de aplicarlo no lo han hecho (STS de 21 de junio de 1991) y cuando era inviable su aplicación, lo han alegado, confundiendo su ámbito material de aplicación¹⁷⁵.

b).- Convenio de La Haya sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores, de 19 de octubre de 1996

137. Las dificultades que se han planteado en la interpretación y aplicación del CH 1961 han derivado en la elaboración del *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* que constituye el último paso dado hasta el momento por la Conferencia de La Haya en materia de protección de menores¹⁷⁶. Se trata de un Convenio completo, pues regula la práctica totalidad de los aspectos de Derecho internacional privado que pueden suscitarse en un supuesto de protección internacional de menores. Está construido sobre la base del principio del interés superior del menor y se inspira directamente en la CDN, según queda manifestado específicamente en su Preámbulo.

138. En realidad, con el CH 1996 ya no estamos ante un Convenio sobre menores (lo que evita definir quiénes lo son por remisión) sino sobre niños que, según su art. 2, serán todas las personas menores de dieciocho años, incluidos los menores emancipados y los que gozan del beneficio de la mayoría de edad. De esta manera, *ratione personae*, el Convenio tendrá eficacia universal¹⁷⁷.

139. Lejos de la definición genérica y ambigua del CH 1961 respecto de su ámbito material de aplicación, el CH 1996 no sólo enumera las medidas de protección que comprenderá la regulación del texto¹⁷⁸, sino que especifica cuáles estarán excluidas del

¹⁷⁵ Véase DURÁN AYAGO, A., «Comentario al Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961», en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs), *Legislación de Derecho internacional privado. (Comentada y con Jurisprudencia)*, Editorial Colex, 2002, pág. 683.

¹⁷⁶ Aprecia BONOMI, A., «La Convenzione dell'Aja del 1961...», cit., pág. 612, que si el CH 1961 nació de la voluntad de adecuar el precedente CH 1902 al relajamiento de los vínculos familiares y a la creciente intervención pública en materia de asistencia de menores, la nueva revisión persigue hacer frente a la progresiva internacionalización de los problemas de protección de menores unido al surgimiento de nuevos fenómenos como los casos de los menores desplazados.

¹⁷⁷ ADROHER BIOSCA, S., «La protección de los menores inmigrantes...», cit., pág. 41.

¹⁷⁸ El art. 3 del Convenio entiende comprendidas dentro de su ámbito de aplicación las medidas referentes a: “la atribución, ejercicio y privación, total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación; el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo; la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga; la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo y la administración, conservación o disposición de los bienes del niño”. En opinión de PICONE, P., «La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori», RDIPP, 1996-4, pág. 711, éste es sólo un listado ejemplificativo y no exhaustivo, comportando la necesidad de referirse a la ley

mismo¹⁷⁹. Por tanto, en este aspecto, resulta más eficiente que los dos Convenios que lo han precedido, ya que existe seguridad acerca de las medidas que entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio y no existen elementos distorsionadores que hagan aparecer la duda sobre si determinada institución o medida queda o no comprendida en él¹⁸⁰.

140. En este Convenio se continúa optando por conformar la regla base de competencia en torno a las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño, que serán las competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona y/o sus bienes¹⁸¹. Y ello porque se considera a estas autoridades como las mejor situadas para conocer las circunstancias en las que se encuentra el menor y, por tanto, las que pueden decidir mejor la constitución, modificación o extinción de una concreta medida de protección¹⁸². Se elimina, así, el concurso de jurisdicción entre el Estado de la nacionalidad del niño y el de su residencia habitual; opción ésta que era claramente ineficiente desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

141. Por otro lado, el CH 1996 opta por la escisión entre las competencias, siguiendo la teoría del paralelismo de conexiones. Según esta teoría, la competencia judicial y la competencia legislativa utilizan un mismo criterio, jurídico o fáctico (nacionalidad, residencia habitual), pero cada una de ellas mantiene su autonomía, a saber, no se determina una a partir de la otra, ni se produce una subordinación de competencias, ni se trata de otro supuesto de correlación *forum-ius*, porque, de ser así, las competencias estarían ligadas indefinidamente, mientras que, en este caso, dado que sólo coinciden son separables. Esta correspondencia no es incondicional, pues la separación se produce cuando no concurren o cambian las circunstancias que han provocado tal coincidencia¹⁸³.

interna de la autoridad competente a la hora de afrontar esas medidas, y ello porque no será posible adoptar medidas que no estén contempladas en su ley interna (ej. Kafala para el Derecho español) y, de otro lado, cabrá aplicar todas aquellas medidas que estén previstas en la legislación interna, aunque no sean mencionadas expresamente en el art. 3, si no están excluidas por el art. 4.

¹⁷⁹ Así, el art. 4 del Convenio considera excluidas del ámbito del Convenio: “*el establecimiento y la impugnación de la filiación; la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción; el nombre y apellidos del niño; la emancipación; las obligaciones alimenticias; los trusts y las sucesiones; la seguridad social; las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud; las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños y las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración*”.

¹⁸⁰ El art. 2 CH 1961 establecía que serían aplicables las medidas previstas en la ley interna de la autoridad competente. El CH 1996 ha optado, en cambio, por definir autónomamente su propio ámbito de aplicación material. A pesar de ello, sobra decir que, como toda norma jurídica, necesitará ser interpretada y podrán surgir dudas acerca de si están comprendidas o excluidas en él ciertas medidas. Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., «El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección del niño: ¿exclusión del acogimiento preadoptivo de su ámbito de aplicación material? Reflexiones en torno al art. 4 letra b)», RDIPP., 1997, págs. 849-872.

¹⁸¹ Señala PICONE, P., «La nuova Convenzione dell’Aja...», cit., pág. 713, que varias Delegaciones apuntaron la necesidad de definir autónomamente el término “residencia habitual”, pero la inutilidad de recurrir a definiciones vagas como “centro efectivo de la vida del niño” y la hostilidad sobre nociones calificativas que precisaran un rígido espacio de tiempo para establecer la residencia habitual, impidieron una solución en este sentido.

¹⁸² ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 107.

¹⁸³ ESTEBAN DE LA ROSA, G., «El acogimiento preadoptivo...», cit., pág. 351.

142. Si España ratifica este Convenio, lo cual es muy probable, el CH 1961 quedará en una situación transitoria como acuerdo exclusivamente de reconocimiento (art. 51 CH 1996). Además quedará vigente en sus relaciones con los Estados que no ratifiquen el CH 1996 y sean parte del CH 1961.

143. Su entrada en vigor determinará la total inaplicación de la normativa autónoma, pues, al no contener, a diferencia del art. 13 CH 1961, ninguna norma que limite geográficamente su aplicación, se utilizará siempre que se dé el criterio de competencia previsto por alguna de sus disposiciones.

De esta manera, al coincidir los foros de competencia previstos en la LOPJ con los recogidos en el citado Convenio (foro de la residencia habitual y *forum presentiae* respecto de las medidas provisionales), y dado que dicho Convenio no impone requisitos por razón de la persona (art. 2), la normativa autónoma sobre competencia internacional de autoridades quedará desplazada en todos los casos, a excepción de aquellos en los que sea de aplicación por mor del CH 1961 en relación con los Estados que sean parte del citado Convenio y hasta que no ratifiquen el de 1996¹⁸⁴.

B).- Adultos

a).- Convenio sobre protección internacional de adultos, hecho en La Haya, el 13 de enero de 2000

144. Este Convenio se aplica a las situaciones de carácter internacional cuya finalidad sea la protección de los adultos que, en razón de una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no estén en condiciones de velar por sus intereses (art. 1). Pero he aquí una diferencia clara con su predecesor: para la aplicación de este Convenio no es necesario que exista medida alguna de incapacitación, —aunque queda comprendida dentro de su ámbito de aplicación la determinación de la incapacidad—, pues de lo que se trata es de proteger a aquella persona que no se encuentre en condiciones de atender a sus intereses, tanto personales como económicos. Es más, no sólo preocupa al Convenio la protección de la persona que tiene disminuidas sus facultades por causa de una enfermedad, sino también la existencia de un numeroso núcleo de población de edad avanzada que necesita de una protección particular en razón del envejecimiento¹⁸⁵. Esta idea de protección sin incapacitación, ya conocida en algunos ordenamientos como el alemán, aparece como una de las novedades más importantes del Convenio¹⁸⁶.

145. Por otro lado, se tiene muy en cuenta en el Convenio la autonomía de la voluntad del adulto, de forma que tanto en las reglas que rigen la competencia judicial internacional como en las que regulan el Derecho aplicable, se incluyen formulaciones derivadas de la toma en consideración de su voluntad manifestadas cuando todavía pueda regir sus intereses¹⁸⁷.

¹⁸⁴ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., págs. 61-62.

¹⁸⁵ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Una nueva etapa en la protección internacional de adultos», R.E.Ger., vol. 2, nº 2, 2000, pág. 3.

¹⁸⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La protección de adultos...», cit., pág. 85.

¹⁸⁷ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Una nueva etapa en la protección internacional de adultos», cit., pág. 7.

146. El objeto del Convenio abarca la determinación de las autoridades competentes, el Derecho aplicable, el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección y la colaboración de las autoridades. Puede decirse que se trata de un Convenio completo, puesto que contempla la regulación de todos los sectores del Derecho internacional privado, incorporando a los sectores ya tradicionales, el fundamental aspecto –en todos los Convenios que aborden la protección– de la colaboración entre autoridades.

147. Este Convenio no pretende uniformar el Derecho material de los Estados partes. Será el Derecho interno de cada uno de los Estados contratantes el que ha de prever cuestiones como los procedimientos para constatar la concurrencia de alteraciones físicas o psíquicas así como el grado que deben tener dichas alteraciones para arbitrar medidas de protección. Esto complica en cierto sentido la puesta en práctica del Convenio.

No debe olvidarse que en materia de protección de adultos existen más diferencias que en el ámbito de la protección de menores, donde existe un texto universal de referencia como es la CDN, y que los sistemas jurídicos que vinculan el establecimiento de medidas protectoras a la previa incapacitación son mucho más reacios a arbitrar dichas medidas que aquellos que han separado ambas cuestiones¹⁸⁸.

148. A los efectos del Convenio, se entiende por adulto toda persona que haya alcanzado la edad de dieciocho años¹⁸⁹. Se aplica, igualmente a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de los dieciocho años cuando fueron adoptadas (art. 2). Y ello porque será relativamente frecuente que medidas de protección adoptadas antes de alcanzar esa edad deban continuar aplicándose a quien, por haber cumplido dieciocho años, será considerado ya adulto.

149. Al igual que el CH 1996 se establece un catálogo no exhaustivo de las medidas que quedan comprendidas en el Convenio¹⁹⁰, acompañado de una lista de exclusiones taxativa y cerrada¹⁹¹. Se trata de una técnica, a mi juicio acertada, en la que lo explícito

¹⁸⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La protección de adultos...», cit., pág. 92.

¹⁸⁹ De esta manera se garantiza formalmente el ensamblaje entre este Convenio y el de 1996 sobre protección de los niños que se aplica hasta los dieciocho años. Véase PÉREZ VERA, E. / BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la protección internacional de adultos», R.E.D.I., vol. LI, 1999-2, pág. 805.

¹⁹⁰ Según el art. 3, constituirán al ámbito de aplicación material del Convenio las siguientes medidas: *“la determinación de la incapacidad y la institución de un régimen de protección; la colocación de un adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; la tutela, la curatela y las instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o los bienes del adulto, de representarlo y asistirlo; la colocación del adulto en un establecimiento o cualquier otro lugar en que su protección pueda asegurarse; la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto; la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto”*.

¹⁹¹ El art. 4 especifica qué medidas no estarán comprendidas en el ámbito de aplicación material del Convenio. Unas materias quedan excluidas por existir otros Convenios de la propia Conferencia de La Haya que las regulan, como es el caso de las obligaciones alimenticias; otras quedan excluidas por ser materias reguladas por normas de Derecho público fuertemente territorializadas, como es la seguridad social. Las materias concretamente excluidas son las siguientes: las obligaciones alimenticias, la formación, nulidad y disolución del matrimonio o relación análoga, así como la separación legal; los regímenes matrimoniales y los regímenes de la misma naturaleza aplicables a las relaciones análogas al matrimonio; los truts y las sucesiones; la seguridad social; las medidas públicas de carácter general en materia de salud; las medidas

gana a la ambigüedad, y hará, por tanto, más sencilla y a la vez más eficiente la aplicación del Convenio.

150. El eje del Convenio se constituye en torno al conflicto de autoridades, a diferencia de su predecesor que situaba su núcleo en el conflicto de leyes. La regla general es la competencia de las autoridades del lugar de la residencia habitual del adulto (art. 5). En los casos de refugiados, desplazados o adultos cuya residencia habitual no pueda ser establecida, serán competentes las autoridades del país en que estos se hallen (art. 6).

151. La nacionalidad ha quedado relegada a un criterio subsidiario, puesto que las autoridades nacionales del adulto sólo podrán intervenir después de advertir a las autoridades del Estado de la residencia habitual y siempre que éstas no les hayan informado de haber adoptado ya las medidas que requiera la situación. En todo caso, las medidas adoptadas por las autoridades de la nacionalidad cesarán cuando las autoridades del Estado de la residencia habitual arbitren las medidas necesarias, una vez les hayan informado de ello¹⁹².

152. El Convenio tiene naturaleza *erga omnes*, lo que implica que la ley aplicable lo será incluso si es la de un Estado no contratante (art. 18); rechaza el reenvío o, lo que es lo mismo, se aplica la norma material del Estado designado por la norma de conflicto del Convenio, excluyendo el reenvío que las normas de conflicto de tal Estado pudieran hacer a otro ordenamiento (art. 19); actúa la cláusula de excepción del orden público (art. 21); recoge la doctrina de la excepción de interés nacional (art. 17) y por último, las normas imperativas del Estado en el que debe asegurarse la protección se aplican, cualquiera que sea la ley que en otro caso sería aplicable (art. 20).

153. Un asunto escabroso que ocupó a la Comisión de redacción de este Convenio durante largo tiempo fue la incorporación de la toma en consideración del “interés superior del adulto”, en un intento de calco del concepto del interés superior del menor. Finalmente, tal mención no fue introducida, puesto que así como el interés superior del niño es un valor indeterminado reconocido universalmente (art. 3 CDN) y que debe prevalecer en todo caso, resulta imposible precisar cómo y frente a quién podía prevalecer el interés superior del adulto, y por ello únicamente debe procederse en “interés del adulto”¹⁹³.

No podía decirse que la expresión resultaba inocua, ya que su introducción en un texto jurídico lo convertiría en criterio de aplicación por las autoridades competentes, lo que hubiera podido dar lugar a soluciones discutibles. Y es que, mientras que la debilidad inherente a los menores hace necesario que, en caso de colisión entre su interés superior y el de los adultos que les son más próximos se proclame que aquél prevalecerá siempre, la

adoptadas respecto a una persona como consecuencia de infracciones penales cometidas por ésta; las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración; las medidas que tengan como único objeto la salvaguardia de la seguridad pública.

¹⁹² BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Una nueva etapa en la protección internacional de adultos», cit. pág. 4.

¹⁹³ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Una nueva etapa en la protección internacional de adultos», cit. pág. 3. Véase SEATZU, F., «L’interesse del maggiorenne incapace nella nuova Convenzione de L’Aja (13 gennaio 2000) sulla protezione internazionale degli adulti», Dir. fam. 2001-3, págs. 1223-1236.

situación de los adultos presenta matices que se reflejan en la diversidad de las medidas que pueden afectarles¹⁹⁴.

154. Respecto a la consideración de si España debe plantearse la firma y la ratificación de este Convenio, es necesario primero exponer una serie de factores que pueden influir en esta decisión. En primer lugar, no hay duda de la importancia del tema abordado por el Convenio, teniendo en cuenta el progresivo envejecimiento de la población. En segundo lugar, técnicamente, las respuestas que articula el Convenio son, en términos generales, adecuadas e imaginativas. En tercer lugar, la condición de España como miembro de la Unión Europea significa que la decisión de ratificar el Convenio podría consensuarse con el resto de los Estados miembros, aunque por el momento no se haya expresado nada al respecto. Por último, las normas referentes a los Estados plurilegislativos no plantean ningún problema desde la perspectiva del Derecho español.

Todos estos argumentos invitan a la firma y ratificación por España de este Convenio, y si bien por el momento no parece un asunto urgente, el procedimiento debería activarse si se produjera una ratificación masiva por parte de los demás Estados europeos o de otros países cuyos nacionales elijan en un número significativo España como país de retiro tras la jubilación¹⁹⁵.

2.- Régimen autónomo

155. La competencia internacional de autoridades viene diseñada en el ámbito de la tutela y de la guarda administrativa desde dos ángulos: el de la competencia de las autoridades administrativas y el de la competencia de los órganos jurisdiccionales.

156. En la determinación de la primera, a falta de una regulación específica de la competencia de las autoridades españolas en materia de protección de menores, habrá que estar a los elementos que definen y configuran el sistema. Y con ello nos referimos tanto a los títulos competenciales constitucionales que realizan una distribución de competencias en esta materia entre el Estado y las CC.AA., como a la LPJM y las leyes autonómicas promulgadas tras su senda, además de los Decretos autonómicos que han regulado específicamente las medidas de protección de los menores en situación de riesgo o desamparo.

157. Respecto a la competencia judicial internacional, el art. 22.3 y el art. 22.5 LOPJ determinan la competencia judicial de las autoridades españolas para constituir, modificar o extinguir las distintas modalidades de protección del menor a partir del foro de la residencia habitual, con carácter general, y el *forum presentiae* cuando se trata de la constitución de medidas provisionales o de aseguramiento.

¹⁹⁴ PÉREZ VERA, E. / BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la protección internacional de adultos», cit., pág. 805 y ss..

¹⁹⁵ El art. 65 del Tratado de Amsterdam otorga competencia a la Comunidad Europea para legislar mediante reglamentos y directivas en materia de Derecho internacional privado. Así, lo ha hecho ya en materia matrimonial y de responsabilidad parental de hijos comunes. Hasta el momento no se ha legislado nada en esta cuestión que interesa sobremanera a los Estados de la Unión Europea. Probablemente no sería mala idea que estos Estados se incorporaran en bloque al CH 2000, estableciendo algún tipo de cláusula o reserva en vistas a una posible futura regulación europea en esta materia.

En esta materia no es posible utilizar el foro de la sumisión (expresa o tácita) de las partes porque al tratarse de una materia indisponible, en la que no cabe la utilización de la autonomía de la voluntad, no es posible utilizar los foros de prorrogación de competencia para constituir, modificar o extinguir cualquiera de las modalidades de protección.

Por último, sólo tendrá sentido utilizar el foro general del domicilio del demandado en un procedimiento contencioso en el que puedan identificarse las partes (demandante y demandado), pero no cuando la medida de protección se decida a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que es imposible identificar técnicamente la posición de demandado¹⁹⁶.

Al respecto, se ha apuntado que cuando se recurra la decisión administrativa por la que se haya adoptado la declaración de desamparo, a pesar de que la LPJM lo califica como procedimiento de jurisdicción voluntaria, sería más correcto tratarlo como un procedimiento contencioso. En este caso, el foro del domicilio vendría determinado por el domicilio de la entidad pública que ha adoptado la medida de la tutela automática¹⁹⁷.

158. En el sector del Derecho aplicable, la entrada en vigor del CH 1961 para España no ha supuesto la derogación del art. 9.6 Cc, ya que la aplicación del Convenio está sujeta a condición de reciprocidad (art. 13.1). No obstante, si se tiene en cuenta que según el art. 22.3 LOPJ nuestros tribunales únicamente serán competentes para adoptar medidas de protección sobre el menor cuando éste tenga su residencia habitual en España, y teniendo en cuenta que si reside en nuestro país será aplicable el Convenio, que determina su propia ley aplicable, el art. 9.6 Cc quedará relegado a los casos provisionales y de urgencia del art. 22.5 LOPJ, cuando el menor se encontrase en España. En materia de adultos incapacitados, este precepto, en cambio, conserva toda su operatividad.

159. En el sistema de Derecho internacional privado español, la singularidad de la patria potestad como régimen protector del menor distinto de la tutela y de las demás instituciones de protección del incapaz, se refleja en que la determinación de la ley aplicable se establece en distintos preceptos. Mientras el art. 9.4 Cc regula la ley aplicable a la filiación y a las relaciones paterno-filiales, con carácter autónomo; la ley que reglamenta la tutela junto con el resto de instituciones de protección se encuentra recogida en el art. 9.6 Cc. Así, la diferenciación existente entre ambas instituciones se hace patente, aunque los efectos prácticos que se derivan de esta diferente regulación no posean una traducción en la práctica, ya que ambos fijan el punto de conexión en la nacionalidad que posea el menor¹⁹⁸.

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I)», A.C. nº 36, 1 al 7 de octubre de 2001, pág. 1310; ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 55; GONZÁLEZ GRANDA, P., *Extensión y límites de la jurisdicción española. Análisis sistemático del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Bosch, 1992. Sin embargo, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Eurolex, 1997, pág. 166, ha sostenido que el foro del domicilio del demandado podría utilizarse cuando se trate de procesos en los que existan intereses contrapuestos que justifiquen la configuración como proceso contradictorio.

¹⁹⁷ EGEA FERNÁNDEZ, J., «La doctrina constitucional sobre la oposición judicial...», cit., pág. 264.

¹⁹⁸ Se plantean dudas, en cambio, en la determinación de la ley aplicable a la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Estimo que la regulación de esta institución debe hacerse conforme a lo dispuesto en el art. 9.6

160. El art. 9.6 Cc es, por tanto, el precepto encargado de determinar y regular el régimen común o autónomo relativo a la protección de los menores e incapaces¹⁹⁹. Representa un auténtico –aunque relativo– progreso en nuestro sistema de Derecho internacional privado, puesto que con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código civil llevada a cabo en 1974, no existía un precepto que con carácter específico y pormenorizado regulara el Derecho aplicable en esta materia.

Al ser introducido en nuestro sistema jurídico ya estaba en vigor el CH 1961, si bien aún no para España, que no lo ratificó hasta 1987. No obstante, se dejó sentir en él cierta influencia del texto convencional, aunque, ciertamente, divergen en los aspectos esenciales, por lo que no puede decirse que sea una copia, ni siquiera una herencia del texto convencional.

161. Contrasta la flexibilidad en la determinación de la ley aplicable, al utilizar tres conexiones distintas (nacionalidad, residencia habitual y simple presencia en territorio español) para tres supuestos diferentes (instituciones de protección, medidas provisionales o urgentes de protección y medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados), con la ausencia de modulación de la norma de competencia judicial del art. 22.3 LOPJ, que, de una manera uniforme, indistinta e indiferenciada, acude a la residencia habitual de los menores o incapaces como único criterio atributivo de competencia judicial²⁰⁰.

162. En cuanto al reconocimiento de las decisiones que se dicten por autoridades extranjeras como resultado de un expediente de jurisdicción voluntaria, no existe en nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado ninguna disposición específica. No existe opinión unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Mientras un sector mantiene que la homologación de este tipo de resoluciones ha de someterse al mismo régimen que el de las sentencias (arts. 954 y ss. ALEC); otro entiende que el reconocimiento de este tipo de actuaciones ha de realizarse a partir de la aplicación de las normas del sector del Derecho aplicable, junto con el cumplimiento de las condiciones previstas para la validez extraterritorial de documentos públicos (arts. 323 en relación con art. 319 LEC). En la actualidad, se propone una vía intermedia en la que se utilizaría un sistema automático de reconocimiento para homologar las decisiones resultantes de expedientes de jurisdicción voluntaria dictadas por autoridades extranjeras²⁰¹.

VII. - CONSIDERACIONES FINALES

163. La categoría de la “protección de los incapaces” ha experimentado una importante e interesante evolución en los últimos años. Sobre ella se ha puesto todo en cuestión; desde su propia terminología, pasando por los distintos tipos de personas que

Cc, ya que se trata más de una medida de protección (aunque los guardadores legales sean los propios padres), que una relación paterno-filial de las características que reúne en la menor edad.

¹⁹⁹ A juicio de BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «El interés del menor...», cit., pág. 942, “*se trata de una norma de conflicto clásica, caracterizada por su generalidad, rigidez y neutralidad*”.

²⁰⁰ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «La tutela y demás instituciones de protección del menor...», cit., pág. 23.

²⁰¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 57.

necesitan protección, los mecanismos adecuados para garantizar la misma, hasta, en el campo del Derecho internacional privado, su propia regulación.

En este trabajo se aboga por la utilización de una nueva terminología que desahucie a la que tradicionalmente se ha venido utilizando y que guarda graves inconcreciones terminológicas. Con el término “personas necesitadas de protección” se rechaza que los menores sean incapaces, se da entrada a los ancianos que sin serlo, también pueden necesitar protección en un determinado momento, y se pospone el término “incapaz” que, como ha quedado justificado en las páginas que anteceden, no lleva aparejado protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Al tiempo, la protección ha dejado de ser un reducto privado, familiar, en la que tenían vedado el espacio los poderes públicos. Con la promulgación de las Constituciones sociales, las entidades públicas han ido adquiriendo una posición estratégica en todo lo referido a la protección de las personas, puesto que ya no se trata de proteger los intereses particulares de una persona, sino los intereses del común de la sociedad.

Esto ha tenido su traducción evidente en el Derecho internacional privado, que ha pasado de regular esta categoría desde la perspectiva del conflicto de leyes, al conflicto de autoridades. Lo importante no es ya qué ley rige la protección, sino cuáles son las autoridades competentes para conocer de esa protección.

De ahí que se cuestione la pertenencia o la inclusión de esta categoría en el estatuto personal. La ley personal, ya venga determinada por la nacionalidad o por el domicilio, no garantiza a priori la mejor protección de la persona. La tendencia en los Convenios internacionales que regulan esta materia es la flexibilización tanto en materia de competencia como en materia de Derecho aplicable. Partiendo de la residencia habitual como criterio general de competencia, las autoridades aplicarán su propia ley, una ley que, no obstante, en la medida en que la protección de la persona o de sus bienes lo requiera, puede ser excepcionada para aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho, en función del interés del menor o del interés del adulto (art. 15.2 CH 1996 y 13.2 CH 2000).