

La protección de las personas con discapacidad en el derecho internacional. Especial referencia a las situaciones que implican la intervención de varios estados

The protection of persons with disabilities in the international legislation. Special reference to situations involving intervention of several states

ALBERTO MUÑOZ

Facultad de Derecho. Universidad de Navarra, España

El Derecho internacional se ha ocupado recientemente de la protección jurídica de las personas con discapacidad en dos textos específicos. Por un lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad pretende asegurar que se respeten sus derechos en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación. Entre otros aspectos, exige el reconocimiento de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad y obliga a los Estados a establecer medidas de apoyo para el ejercicio de ésta en caso de ser necesario, y siempre con las debidas salvaguardias para evitar abusos que limiten los derechos de la persona. Cuando en la esfera de la persona con discapacidad existan vínculos con distintos países, el Derecho internacional privado deberá determinar el Estado cuyas autoridades van a dictar las medidas de protección, la ley que van a aplicar y cómo se van a reconocer los efectos de las medidas adoptadas por autoridades extranjeras. Esa es la finalidad del otro instrumento internacional analizado en este trabajo: el Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de Adultos.

Términos clave: Derecho internacional, discapacidad

Indirizzo per la corrispondenza
Address for correspondence

Prof. Alberto Muñoz

Facultad de Derecho
Universidad de Navarra
31080, Pamplona - España
e-mail: amunfer@unav.es

Two international legal instruments on the protection of persons with disabilities have been approved in the past few years. On one hand, the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities seeks to ensure respect for their equal rights without any discrimination. Among other issues, it requires the recognition of the legal capacity of persons with disabilities, the provision of measures supporting the exercise of such legal capacity and the safeguards for their control. In cases in which the disabled person has links with several countries, Private international law rules has to designate the country whose authorities have jurisdiction to take measures of protection, the applicable law to such measures as well as the and the procedure to recognize the effects of the measures taken abroad. That is the purpose of another international instrument analyzed in this work: the Hague Convention on the International Protection of Adults.

Key words: *International legislation, disabilities*

Introducción

En el marco de un mundo cada vez más globalizado y en el que cada vez son más frecuentes los movimientos de personas más allá de las fronteras de su país de origen – ya sea por motivos de trabajo, ya sea por motivos de turismo –, y en el que existe una preocupación cada vez mayor por la realidad de la discapacidad, no es extraño que se hayan adoptado recientemente dos textos internacionales que se ocupan, desde enfoques distintos y con destinatarios sólo en parte coincidentes, de los derechos y de la protección jurídica de las personas con discapacidad. A ellos me voy a referir a lo largo de este artículo. En primer lugar, por tener un ámbito más amplio, me referiré a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, 2006)¹, y en segundo lugar, expondré algunos aspectos concretos del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional del Adulto (CH/2000)². El primero es un texto de derechos humanos mientras que el segundo es un texto de Derecho internacional privado.

El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en un texto internacional vinculante contra su discriminación

Aspectos generales

El año 2006 fue un año fundamental en el proceso de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Los trabajos iniciados años atrás en el seno de las Naciones Unidas dieron finalmente su fruto y el 13 de diciembre de 2006 fue adoptada la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La existencia de un texto de ámbito internacional tiene pleno sentido en la medida en que, como señala la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. La discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una violación de esa dignidad inherente al ser humano.

El objetivo de la CDPD no es tanto reconocer unos derechos específicos y diferentes de las personas con discapacidad sino dar un paso para asegurar que los derechos humanos, comunes a todo hombre, son respetados cuando afectan a personas con discapacidad. En efecto, pese a que

en teoría los textos internacionales preexistentes sobre derechos humanos protegían a las personas con discapacidad, en la práctica se producía una cierta “invisibilidad” de las personas con discapacidad para el derecho y de modo casi sistemático sus derechos se veían vulnerados. Por esta razón, no es de extrañar que la piedra angular de la CDPD sea el principio de no discriminación por razón de la discapacidad. En relación con este principio se señala además que la denegación de un ajuste razonable también se considera una discriminación. Se entiende por ajustes razonables “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. (Art. 2 CDPD.) La CDPD busca, en definitiva, que ninguna persona se vea privada del acceso al pleno ejercicio de sus Derechos humanos y libertades fundamentales por motivo de una discapacidad, en condiciones de igualdad.

Las personas con discapacidad son para la Convención aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (Art. 1 CDPD). El concepto comprende por lo tanto dos elementos: las deficiencias y las barreras. Los Estados que han ratificado la Convención han asumido fundamentalmente el compromiso de actuar contra esas barreras. Un aspecto importante en esta tarea es adoptar las medidas legislativas adecuadas, pero las obligaciones asumidas por los Estados van más allá, e incluyen la toma en consideración de los derechos de las personas con discapacidad en la elaboración de toda política que se emprenda; la abstención de prácticas incompatibles con la Convención; medidas para evitar que organizaciones o empresas privadas discriminen por motivos de discapacidad; promocionar la investigación que redunde en beneficio de las personas con discapacidad; deberes de información sobre ayudas; promover la formación de profesionales para una mejor asistencia, etc (Art. 4.1 CDPD). Por lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, el compromiso alcanza la adopción de medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles, procurando en el marco de la cooperación internacional, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones que la Convención señala como de cumplimiento inmediato en virtud del derecho internacional (Art. 4.2 CDPD).

En cuanto a la eficacia de la Convención, hay que destacar que se trata ya de un texto jurídico vinculante, que se incorpora al ordenamiento jurídico de los Estados que lo ratifiquen y que puede ser invocado ante los tribunales nacionales. Hasta su adopción, los textos internacionales específicos sobre los derechos de las personas con discapacidad carecían de fuerza vinculante.

¹ Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Italia depositó su instrumento de ratificación el 15 de mayo de 2009.

² Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos, hecho en La Haya el 13 de enero de 2000. Italia ha firmado el Convenio pero todavía no lo ha ratificado. Puede consultarse en: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=71

Pero además, la Convención establece una serie de mecanismos para llevar a cabo un control del cumplimiento de los compromisos adquiridos. Algunos de estos mecanismos son nacionales y otros internacionales. En el ámbito nacional (Bariffi, 2010) los Estados parte deben designar uno o más organismos gubernamentales encargados de lo relativo a la aplicación de la Convención. En España, por ejemplo, se designó a un órgano consultivo interministerial, a través del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y sus familias participan en la planificación, seguimiento y evaluación de las políticas que se desarrollan en el ámbito de la discapacidad. La Convención anima también a considerar la presencia de un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas en diferentes sectores y niveles (Art. 33.1 CDPD).

Por otro lado, los Estados asumen el deber de establecer un marco en el que se dé cabida a “mecanismos” independientes para promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención.

El control internacional corresponde al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Los Estados Partes deben presentar a este Comité informes exhaustivos sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contados a partir de la entrada en vigor en el Estado. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes cada cuatro años y en las demás ocasiones que el Comité se lo solicite. El Comité considerará los informes y hará las sugerencias y recomendaciones que estime oportunas. Además, los Estados tienen la posibilidad de ratificar el Protocolo Adicional a la Convención. La ratificación del Protocolo supone un mayor compromiso y la aceptación de un mayor control sobre el cumplimiento de la Convención. Por un lado, establece un procedimiento individual de comunicaciones que permite a las personas presentar peticiones ante el Comité alegando violaciones de sus derechos. Por otro, se faculta al Comité para realizar investigaciones de violaciones graves o sistemáticas de la Convención.

Un aspecto concreto: la capacidad de obrar, los apoyos para su ejercicio y el control de posibles vulneraciones de los derechos de las personas con discapacidad

Dentro del catálogo de derechos que establece la CDPD, es objeto de especial controversia el artículo 12, que se refiere entre otras cosas a la capacidad de obrar y a los apoyos para su ejercicio. Ello me servirá para enlazar con el otro instrumento internacional que es objeto de estudio en este trabajo. El mencionado precepto da unas pautas generales sobre el modo de afrontar lo que tradicionalmente se venía denominando la protección de los incapaces y que tenía como punto de partida la declaración de incapacitación (Franzina, 2012).

Según algunos, el controvertido art. 12 CDPD debería conducir a la erradicación de la incapacitación y de las medidas sustitutivas de la autonomía de la persona con disca-

pacidad. Así lo entienden de la lectura de los dos primeros párrafos del mencionado artículo:

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

Con independencia del alcance que se quiera reconocer al los párrafos mencionados – cuestión que no abordaré en este trabajo – (Pereña, 2011; Pérez Ontiveros, 2009), los apartados siguientes de dicho artículo aclaran que:

“3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (...).

Es preciso hacer con carácter previo una aclaración sobre las situaciones a las que se refiere el mencionado artículo. Siguiendo al Tribunal Supremo español:

“En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada”³.

En todo caso, lo que parece innegable es que los Estados parte se comprometen, por un lado, a establecer medidas de apoyo para que las personas con discapacidad que las precisen, puedan ejercer su capacidad de obrar, y por otro, a garantizar las salvaguardias adecuadas para evitar abusos y privaciones de derechos, y que aseguren el respeto de la voluntad y las preferencias de las personas.

³ STS 282/2009, (Sala 1ª) de 29 de abril.

Los ordenamientos nacionales prevén, por lo general, medidas de protección que consisten en la sustitución de la persona en la toma de decisiones, para los supuestos más graves (p.j., la tutela en el ordenamiento español). Para supuestos menos graves se suelen establecer mecanismos en los que la persona encargada de proteger al adulto simplemente completa su capacidad ratificando el acto. Lo que la Convención exige es que estas medidas se adopten de manera proporcionada y graduada. Además, exige que las medidas se revisen de forma periódica. Esto ha de hacerse tanto con la incapacitación, como con la tutela, la curatela o los internamientos.

Las medidas de apoyo a la capacidad de obrar de las personas en situaciones vinculadas a más de un país

Introducción

Cuando en la esfera de la persona con discapacidad existen vínculos con distintos Estados – ya sea por que reside en el extranjero, posee bienes en el extranjero u otras circunstancias- la protección puede encontrar dificultades. Primero porque será necesario determinar cuál es el Estado cuyas autoridades son competentes para adoptar medidas protectoras. Segundo porque habrá que determina el Estado cuya ley es aplicable a dichas medidas. Y tercero, porque se plantearán problemas sobre los efectos que las medidas adoptadas en un Estado despliegan fuera del mismo. Para que el cumplimiento del art. 12 del CDPD no se vea entorpecido en estas situaciones de protección transfronteriza son precisas reglas para resolver los interrogantes mencionados.

Por poner un ejemplo: el ordenamiento italiano debe contener normas que determinen si sus autoridades son o no competentes – y en qué casos – para adoptar medidas de protección sobre un adulto vulnerable de nacionalidad española o con residencia en España. Además deberá prever qué ley se aplicará a dichas medidas (si la ley española o la ley italiana). Finalmente deberá disponer de reglas para determinar cómo se reconoce una sentencia de incapacitación o una medida de protección adoptada en el extranjero.

La rama del Derecho que se ocupa de resolver este tipo de problemas derivado de la vinculación de las relaciones jurídicas con varios países es el Derecho internacional privado. El ordenamiento italiano cuenta con normas jurídicas para solucionar todos estos problemas. En concreto, las encontramos en el Convenio de La Haya de 1905, sobre incapacitación, y en el Ley 218/1995, de 31 de mayo, de reforma del Derecho internacional privado. No me voy a referir aquí a esos textos, sobre los que hay estudios muy autorizados⁴, sino a un instrumento internacional, que aunque todavía no ha sido ratificado por Italia, cuenta con soluciones modernas y acertadas que pueden servir de inspiración para mejorar la

actual normativa, si bien la mejor alternativa es su ratificación: el Convenio de La Haya de 13 de diciembre de 2000, sobre Protección Internacional de Adultos. Las normas de Derecho internacional privado de origen interno (como la mencionada Ley 218/1995) pueden servir para determinar cuándo son competentes las autoridades italianas, qué ley van a aplicar a las medidas de protección, y cómo van a reconocer las medidas adoptadas en otros países. Sin embargo, un instrumento de carácter internacional como el CH/2000 permite evitar o solucionar posibles conflictos positivos o negativos de competencia (que no haya ningún país cuyas autoridades reclamen la competencia o que haya varios países que reclamen la competencia), además de establecer mecanismos para propiciar que asuman la competencia las autoridades mejor situadas, entre otras cosas.

El 13 de enero de 2000 la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado adoptó el Convenio sobre Protección Internacional de Adultos, con el objetivo de evitar los conflictos de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas para la protección de los adultos, y establecer cauces de cooperación entre autoridades para la consecución de ese fin⁵.

Entre los aspectos más novedosos de este instrumento está su aplicación a todas las situaciones internacionales de protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses. Su protección no se limita pues a las personas incapacitadas judicialmente.

Otro aspecto llamativo es que no sólo se preocupa de medidas de protección adoptadas por autoridades públicas, sino que establece también la ley aplicable a los poderes que un adulto puede otorgar en previsión de su futura incapacidad.

Como he señalado antes, Italia no es parte todavía de este Convenio. No obstante, enunciaré ejemplos que se plantearían en el hipotético caso de que Italia decidiera ratificar el Convenio.

Determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para dictar medidas protectoras

En materia de competencia internacional de autoridades, el Convenio opta por las autoridades del país en el que el adulto tenga su residencia habitual. Sin embargo, se establecen mecanismos para que, en el caso de que exista un país cuyas autoridades estén mejor situadas (como por ejemplo, las del Estado del que el adulto posea la nacionalidad), éstas puedan llegar a asumir la competencia, correspondiendo siempre a las autoridades de la residencia habitual el control a través de sistemas de comunicación, autorización y prevalencia, para evitar que esta flexibilidad ponga en riesgo la

⁴ Por todos, el reciente trabajo de Franzina P. *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*. Cedam, Milano 2012.

⁵ Sobre este Convenio cfr. Muñoz Fernández A. *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*. Thomson-Aranzadi, Navarra 2009 y Franzina. *La protezione degli adulti...* cit.

adecuada protección del adulto⁶. Además se prevé la competencia de autoridades del lugar donde se encuentren los bienes para adoptar medidas sobre los mismos – que deberán ser compatibles con las adoptadas por otras autoridades –, la competencia para adoptar medidas urgentes a favor de las autoridades del lugar donde se encuentre el adulto o sus bienes – que dejarán de producir efecto cuando otras autoridades competentes adopten medidas –, y la competencia para adoptar medidas de carácter temporal y con eficacia territorial limitada al Estado de que se trate, a favor de las autoridades del lugar donde se encuentre el adulto, que también dejarán de producir efectos cuando las autoridades competentes dicten las medidas necesarias.

Pero junto con estas reglas para determinar la autoridad competente, existen otras para resolver las complejas situaciones en las que la medida había sido adoptada en virtud de un criterio de competencia, y posteriormente, cambia la circunstancia que determinó dicha competencia (p. ej., el adulto cambia de nacionalidad o de residencia habitual). Para estos casos, el art. 12 del CH/2000 prevé lo siguiente:

En primer lugar, se puede plantear la duda de si la competencia para adoptar medidas de protección alcanza también a la posibilidad de modificar o extinguir las medidas adoptadas por las autoridades de otro Estado, así como el control que se debe llevar a cabo sobre la actuación de los tutores. ¿Qué ocurre cuando el adulto traslada su residencia a otro Estado? Los problemas de conflicto móvil no suelen ser abordados por las legislaciones internas de Derecho internacional privado.

El Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos sí resuelve esta situación. En concreto, su artículo 12 señala que:

“... las medidas adoptadas en aplicación de los artículos 5 a 9 permanecerán en vigor en sus propios términos, incluso si un cambio en las circunstancias hubiera hecho desaparecer el elemento sobre el que se basaba dicha competencia, hasta tanto que las autoridades que sean competentes en virtud del Convenio no hayan modificado, sustituido o revocado dichas medidas”.

Se evita de esta forma que exista un período de incertidumbre acerca de la supervivencia de la medida y sus términos. La duda que persiste es si las autoridades inicialmente competentes pueden continuar adoptando algún tipo de actividad de control de la tutela hasta que las autoridades ahora competentes lo hagan.

Existe otra previsión para resolver los problemas de conflicto móvil en materia de competencia. Dado que el crite-

rio general de competencia es el de la residencia habitual del adulto, el CH/2000 establece que cuando este cambie de residencia habitual, pasaran a ser competentes las autoridades de la nueva residencia habitual (art. 5.2)⁷.

Determinar la ley que rige las medidas de protección en situaciones vinculadas con varios países

Dada las características que han ido tomando las medidas de protección de los adultos, en las que cada vez hay una mayor intervención de las autoridades públicas, no sólo en su adopción, sino en su posterior supervisión y revisión, el CH/2000 decidió que lo más adecuado es que las autoridades competentes apliquen su propio derecho a las medidas de protección. Esto que parece obvio, no ocurre en todos los países. Sin ir más lejos, las normas españolas de Derecho internacional privado determinan que las autoridades españolas conocerán de las medidas de protección sobre incapaces que tengan su residencia habitual en España, pero la ley aplicable a la tutela es la del país del que el adulto es nacional⁸.

El CH/2000 prevé también que las autoridades competentes, para una mejor protección del adulto, puedan aplicar o tener en cuenta excepcionalmente la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. Esta matización permite flexibilizar la regla general y dar a una norma en principio neutra, una orientación material a favor del interés superior del adulto.

Por otro lado, cuando una medida adoptada en un Estado Contratante tenga que producir efectos en otro Estado Contratante, las condiciones de aplicación se regirán por la ley de este otro Estado. Para las condiciones de aplicación rige pues el criterio de la territorialidad: el lugar donde vayan a desplegar sus efectos las medidas de protección determinará la ley aplicable a las condiciones de aplicación. En el caso de los adultos no es infrecuente que las medidas de protección deban ponerse en marcha fuera del Estado en el que se adoptaron⁹. Esta conexión será muy útil especialmente cuando se trate de proteger sus bienes situados en el extranjero o cuando haya que tomar una decisión en el ámbito médico. Piénsese en las personas mayores de países del norte

⁶ V. art. 7 (competencia de las autoridades del Estado de la nacionalidad del adulto) y 8 (posibilidad de acudir a las autoridades del estado de la nacionalidad, anterior residencia del adulto, donde el adulto tenga bienes, lugar designado por el adulto por escrito, residencia habitual de persona allegada al adulto dispuesta a hacerse cargo de su protección, lugar donde se encuentre el adulto para medidas de protección de su persona).

⁷ Estos dos preceptos tienen una gran importancia. No son pocos los problemas que se plantean acerca de las autoridades competentes cuando se ha producido un cambio de residencia. En el plano de la competencia territorial, han sido numerosas las sentencias que se han dictado en España tratando de resolver esta cuestión. En muchos de esos pronunciamientos se ha invocado la CDPC para fundamentar la decisión V. Muñoz Fernández A. “Auto del Tribunal Supremo de España de 11 diciembre 2008 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)”. In: Bariffi F, Ed. *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*. Dykinson, Madrid 2013:367-79.

⁸ Arts. 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española y art. 9.6 Código civil español.

⁹ Pérez Vera E, Borrás Rodríguez A. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: la protección internacional de los adultos*. Revista Española de Derecho Internacional 1999:806.

de Europa que tras su jubilación trasladan su residencia a países del sur del continente¹⁰.

Como hemos señalado antes, el CH/2000 se ocupa también de los poderes de representación que un adulto puede otorgar en previsión de su futura incapacidad. La existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del otorgamiento, salvo que designe por escrito la ley de otro Estado, que puede ser el de la nacionalidad, anterior residencia habitual, o donde se encuentren los bienes del adulto respecto de dichos bienes. Sin embargo, las “modalidades de ejercicio” de los poderes de representación se someten a la ley del Estado donde se ejerciten. El concepto *manner of exercise* es más reducido que el de *conditions of implementation* empleado en el art. 14 CH/2000, y que el término *extent* al que alude el art. 15.1 CH/2000 (y que se rige por la ley aplicable al mandato), comprendiendo sólo cuestiones de detalle¹¹. Estos mandatos contienen en muchos

casos directivas del adulto sobre su voluntad en relación con ciertos tratamientos médicos, por lo que la aplicación de la ley del lugar donde se vaya a ejercer el poder de representación puede resultar muy conveniente.

El mismo efecto de aplicar la ley del Estado donde el adulto va a ser protegido se consigue por medio de la previsión expresa de la aplicación de las normas imperativas de dicho Estado independientemente de la ley que sería aplicable en otro caso (art. 20 CH/2000). Este precepto fue introducido pensando precisamente en las cuestiones médicas, con intención de contrarrestar la posibilidad dada al adulto de elegir la ley aplicable a los poderes de representación. Gracias a su inclusión pudieron salvarse las reticencias de algunas delegaciones a dar entrada en el Convenio a las decisiones concernientes a la salud del adulto¹².

Finalmente, y como ocurre en otros sectores, la designación de una ley por las normas de conflicto, no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley en que deba protegerse al adulto cuando la aplicación de dichas disposiciones sea obligatoria, es decir, cuando se trate de normas internacionalmente imperativas. Igualmente, la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto podrá excluirse si es manifiestamente contraria al orden público. Esta última regla debe interpretarse de forma restrictiva.

El reconocimiento de medidas de protección adoptadas por autoridades de otro Estado

El principio de soberanía del Estado tiene como consecuencia que, en principio, las resoluciones dictadas por las autoridades de un Estado son eficaces sólo en el territorio de dicho Estado. Si se precisa que la decisión despliegue efectos en el territorio de otro Estado, será preciso seguir los cauces que éste establece para reconocer los efectos a las decisiones extranjeras de esa naturaleza.

En el ámbito de la protección de los adultos, este sector presenta una dificultad particular en la medida en que – como ya se ha señalado – muchas veces la intervención de las autoridades públicas se sitúa dentro de la llamada jurisdicción voluntaria. El reconocimiento de los actos de esa naturaleza no siempre es objeto de una regulación tan precisa como las sentencias de la jurisdicción contenciosa. El CH/2000, en su art. 22, establece el reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas en los demás Estados contratantes. Se trata por lo tanto de un reconocimiento automático que no necesitará de un procedimiento *ad hoc* de homologación. Ello no quiere decir que sea un reconocimiento incondicional. El reconocimiento podrá denegarse: a) si la medida hubiera sido adoptada por una autoridad cuya competencia no se basara o no estuviera de conformidad con alguno de los criterios de competencia previstos en el Convenio; b) si la medida hubiera sido adoptada, salvo en caso de urgencia, en el marco de un procedimiento judicial o admini-

¹⁰ Como señaló el redactor del Informe del Convenio de adultos, el concepto “condiciones de aplicación” (“conditions of implementation”) ha de interpretarse en un sentido amplio. En los trabajos preparatorios del Convenio se propuso el ejemplo de un tutor designado en el Estado de la primera residencia habitual del adulto, que deba ejercer sus poderes (es decir, poner en práctica una medida de protección) en otro Estado en el que el adulto tiene un inmueble, por ejemplo, para enajenar ese inmueble. Si en este último Estado se requiere la autorización del juez, dicha autorización sería una condición de aplicación que debería cumplirse. V. también el ejemplo sugerido en Revillard M. *Les majeurs protégés en droit international privé et la pratique notariale, étude pour le Groupe de travail:31-2* (ej. núm. 2) e Id., *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale*. 6ª ed. Defrénois, París 2006:291-2 (ej. núm. 135). Se refiere a un binacional franco-finlandés, sometido a un régimen de protección constituido en Finlandia aplicando Derecho finlandés. Según dicha ley el tutor tiene plenos poderes siempre que actúe en interés del incapaz. Si el tutor pretende enajenar un inmueble del incapaz situado en Francia tiene dos posibilidades. O bien solicitará al juez de tutelas del lugar donde se encuentre el inmueble –en virtud del foro de la nacionalidad, arts. 14 y 15 CCFr – las autorizaciones exigidas por el Derecho francés, o bien solicitará las autorizaciones equivalentes a las que requiere la ley francesa a las autoridades de Finlandia, por ser la residencia del incapaz. Pero es posible que la autoridad finlandesa estime que, conforme a la ley de Finlandia, el tutor no requiere autorización. Si, por el contrario, fuera la ley de la primera residencia la que exigiera la autorización, y no la del Estado en el que ha de aplicarse la medida, este requisito no tendría que cumplirse. Pero puede suceder, sin embargo, que el requerimiento de autorización por la ley del Estado de origen se viera como parte de la misma existencia de los poderes, en cuyo caso podría sugerirse al tutor la petición de dicha autorización. Esto sería especialmente claro en el caso de que el certificado al que se refiere el art. 38 del Convenio indicase que ciertos poderes han de someterse a autorización (Lagarde P. *Explanatory report on the Convention on the international protection of adults*, en Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique de septembre-octobre 1999. Protection des adultes: pto. 94; Id. *La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*. Revue Critique de Droit International Privé 2000;2:172-3).

¹¹ Estos detalles podrían referirse a la verificación de la existencia y la extensión de los poderes de acuerdo con el procedimiento local, al depósito del acta que confiere los poderes, o el procedimiento de autorización cuando el mandato en caso de incapacidad prescribe una autorización (Lagarde. *Explanatory Report on the Convention...* cit.: pto. 107. V. también ptos. 94, 99 y 106).

¹² Lagarde. *Explanatory Report on the Convention...* cit.: pto. 113.

strativo, en el que no se hubiera dado al adulto la posibilidad de ser oído, contraviniendo los principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido; c) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, o fuera contrario a una disposición de la ley de dicho Estado que tenga carácter imperativo independientemente de la ley que sería aplicable en otro caso; d) si la medida fuera incompatible con una medida posterior adoptada en un Estado no contratante que sería competente según los artículos del Convenio, cuando esta última medida reúna los requisitos para su reconocimiento en el Estado requerido; e) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 33, que hace referencia a las solicitudes de internamiento de un adulto en otro país.

Además, el artículo 23 prevé la posibilidad de que cualquier persona interesada solicite el reconocimiento a título principal con efectos *erga omnes*.

Las ventajas del sistema de reconocimiento establecido por el Convenio son notables. En primer lugar, permite el reconocimiento automático de decisiones extranjeras, lo que agilizará la eficacia extraterritorial de las medidas de protección y garantizará la continuidad de la protección. En segundo lugar, se establecen condiciones que permiten salvaguardar el orden público del foro. En tercer lugar, se establece un régimen uniforme que no deja en el aire el reconocimiento de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria. En cuarto lugar, se prevé la posibilidad de que se obtenga el reconocimiento a título principal.

Para dar un alcance extraterritorial a los efectos ejecutivos de una decisión extranjera se establece un régimen distinto que consiste en una remisión al sistema de declaración de ejecutividad que establezca cada ordenamiento. Así, el art. 25 del Convenio establece que cuando las medidas dictadas por un Estado contratante requieran ejecución en otro Estado contratante, serán declaradas ejecutorias o registradas a efectos de ejecución en ese otro Estado, a petición de toda parte interesada, según el procedimiento previsto por la ley de ese último Estado.

En los casos en que las decisiones extranjeras sean utilizadas como título que legitima en su actuación a la persona designada como protector, el reconocimiento vendrá simplificado por los certificados que se pueden expedir conforme al art. 38 del CH/2000 antes mencionado. Según este artículo las autoridades del Estado contratante en el que se haya tomado una medida de protección podrán expedir a la persona a la que se haya confiado la protección un certificado en el que se indique la calidad en que dicha persona está habilitada para actuar y los poderes conferidos.

Cooperación de autoridades para garantizar la protección en situaciones vinculadas a varios países

Para garantizar la continuidad transfronteriza de la protección son especialmente útiles las previsiones que el CH/2000 establece en materia de cooperación de autorida-

des. De acuerdo con el instrumento internacional, cada Estado contratante debe nombrar una Autoridad Central que se encargará de cumplir las obligaciones que el Convenio impone sobre cooperación. Entre otras cuestiones, existen deberes de información sobre la legislación del país y los servicios disponibles; de facilitar la comunicación entre autoridades; de obtención de información útil para la protección del adulto; de prestación de asistencia para la aplicación de las medidas protectoras; de consulta en caso de que se vaya a llevar a cabo un internamiento en el otro Estado, etc.

Como es lógico, estas disposiciones no pueden establecerse unilateralmente, por lo que la ratificación del Convenio es el modo de que los Estados se comprometan a prestarse esta cooperación.

Conclusiones

El respeto de los derechos de las personas con discapacidad y la erradicación de toda discriminación por esta causa afecta a la dignidad de la persona humana. La sistemática discriminación que estas personas venían sufriendo a pesar de los textos preexistentes, justifica la adopción de la CDPD.

Entre los compromisos adquiridos por los Estados parte en la CDPD está el establecer un sistema de apoyos para que la persona con discapacidad pueda ejercitar en igualdad de condiciones su capacidad de obrar y unos mecanismos que permitan garantizar que esas medidas de protección respetarán los derechos de la persona con discapacidad.

Cuando la situación vital de la persona con discapacidad presenta vínculos con distintos países existe el riesgo de que surjan dudas acerca de qué autoridades deben establecer y supervisar esas medidas de protección, qué ley deben aplicar a la hora de adoptarlas y qué efectos se deben dar a medidas de protección que se hayan adoptado en el extranjero.

La misión del Derecho internacional privado es garantizar que en las situaciones transfronterizas no se vea perjudicada la protección del adulto y que las salvaguardias se sigan aplicando. El CH/2000 es un instrumento específico, completo y adaptado a las nuevas tendencias en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad que precisan apoyos para el ejercicio de su capacidad de obrar.

Considera que las autoridades del Estado de la residencia habitual son las mejor situadas para la protección del adulto, pero establece mecanismos para que, si en el caso concreto hay unas autoridades en mejor posición, éstas puedan asumir la competencia.

Las autoridades que asuman la competencia aplicarán su propia legislación para adoptar las medidas, pero cuando estas medidas deban aplicarse en otro país, las “condiciones de aplicación” se regirán por la ley de este último lugar.

Los poderes de representación que el adulto otorgue en previsión de su futura incapacidad se regirán por la ley del país donde resida habitualmente en el momento de otorgar-

los, salvo que establezca otra cosa por escrito. Las modalidades de ejercicio se regirán por la ley del lugar donde se ejerciten los poderes.

Entre los Estados parte del CH/2000 existirá un reconocimiento automático de las medidas de protección, aunque se podrá denegar el reconocimiento si concurre alguna de las circunstancias tasadas que establece el Convenio.

Aunque muchos de estos objetivos se pueden conseguir con una adecuada legislación interna, un texto convencional permite, gracias a los cauces de comunicación que prevén, buscar la mejor solución al caso concreto, una mayor previsibilidad, y garantizar la continuidad transfronteriza de las medidas de protección.

Bibliografía

Bariffi F. *El triángulo de garantía en la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: recopilación de datos y estadísticas, aplicación y seguimiento a nivel nacional y cooperación internacional*. En: Cuenca Gómez P (Ed). *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Dykinson, Madrid 2010:631-42.

CDPD *Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York (13-12-2006).

Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos. La Haya (13-01-2000).

Franzina P. *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*. Cedam, Milano 2012.

<http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new/7_1_Espana.pdf>

Lagarde P. *Explanatory report on the Convention on the international protection of adults. Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique de septembre-octobre 1999. Protection des adultes*:390-451.

Lagarde P. *La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*. *Revue Critique de Droit International Privé* 2000;2:161-79.

Muñoz Fernández A. *Auto del Tribunal Supremo de España de 11 diciembre 2008* (Sala de lo Civil, Sección 1ª). In: Bariffi F. (Ed.) *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*. Dykinson, Madrid 2013:367-79.

Muñoz Fernández A. *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*. Thomson-Aranzadi, Navarra 2009.

Pereña Vicente M. *La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacidad?* *Diario La Ley* 2011;7691.

Pérez Ontiveros C. *La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español*. Cuaderno de trabajo n. 7/España. Tomo 1 *Derecho Comun*:31-49. http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new/7_1_Espana.pdf, 2009.

Pérez Vera E, Borrás Rodríguez A. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: la protección internacional de los adultos*. *Revista Española de Derecho Internacional* 1999:804-7.

Revillard M. *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale*. 6ª ed. Defrénois, Paris 2006.

Revillard M. *Les majeurs protégés en droit international privé et la pratique notariale, étude pour le Groupe de travail*.