

II.5. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ITALIANO¹

Por D.^a ANTONIA DURÁN AYAGO
Becaria de investigación
Derecho Internacional Privado
Universidad de Extremadura

¹ Trabajo realizado en el marco de la Orden de 17 de abril de 2001 de la Consejería de Educación, Ciencia y Tecnología de la Junta de Extremadura (D.O.E. n.º 46, de 21 de abril de 2001), por la que se convocan ayudas para estancias breves en Centros de investigación nacionales o extranjeros durante el año 2001. Estancia disfrutada en la Facoltà di Giurisprudenza –Università di Bologna– Dipartimento di Scienze Giuridiche «Antonio Cicu» durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2001.

SUMARIO

- I. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ITALIANO
- II. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ITALIANO
- III. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ITALIANO
- IV. CONCLUSIONES

I. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ITALIANO

La codificación del Derecho internacional privado en los países de la Europa continental ha conocido en el último cuarto del siglo XX una expansión sin precedentes². Las razones que avalan este crecimiento pueden encontrarse, de un lado, en las exigencias prácticas que abogan por un único texto normativo que regule las situaciones privadas internacionales para salvar la dificultad que lleva aparejada la dispersión de normas. De otro, en el impulso proveniente del plano internacional donde han sido notables los progresos conseguidos en la elaboración de la disciplina³.

Italia, con la Ley n.º 218, de 31 de mayo de 1995, sobre la reforma del Derecho internacional privado⁴, se inscribe en este movimiento codificador, incorporándose a la lista de Estados que ya se han dotado de un texto único para regular las situaciones privadas internacionales.

La Ley de Derecho internacional privado italiano es el resultado de un proceso que encuentra sus precedentes en los trabajos realizados por Edoardo VITTA, en los elaborados a iniciativa del *Istituto per la documentazione e gli studi legislativi* (I.S.L.E.) y en el proyecto de reforma del Derecho internacional privado encargo del Gobierno⁵.

² En esta línea se insertan Checoslovaquia (Ley n.º 97, de 4 de diciembre de 1963, sobre Derecho internacional privado y procesal); Albania (Ley n.º 3920, de 21 de noviembre de 1964, sobre el disfrute de los derechos civiles por parte de los extranjeros y la aplicación del derecho extranjero); Polonia (Ley de 12 de noviembre de 1965, sobre Derecho internacional privado); Austria (Ley n.º 304, de 15 de junio de 1978, sobre Derecho internacional privado); Hungría (Decreto-Ley n.º 13/1979, de 31 de mayo, sobre Derecho internacional privado); Turquía (Ley n.º 2675, de 22 de mayo de 1982, sobre Derecho internacional privado); Yugoslavia (Ley de 15 de julio de 1982, sobre la solución de conflictos de leyes con las disposiciones de Estados extranjeros); República Federal Alemana (Ley de 25 de julio de 1986, sobre la reforma del Derecho internacional privado); Suiza (Ley federal de 18 de diciembre de 1987, sobre el Derecho internacional privado) e Italia (Ley n.º 218, de 31 de mayo de 1995, sobre la reforma del Derecho internacional privado).

³ Davì, A., «Le questioni generali del Diritto internazionale privato nel progetto di riforma», *Rivista di Diritto internazionale*, 1990-3, págs. 556-638. Véase en concreto pág. 557.

⁴ Gazzeta Ufficiale suppl. ord. núms. 68 al 168, de 3 de junio de 1995. En vigor desde el 1 de septiembre de 1995, con excepción del Título IV relativo a la *Eficacia de sentencias y actos extranjeros*, que lo hizo el 31 de diciembre de 1996.

⁵ El interés suscitado por la idea de reforma determinó que el Ministerio de Gracia y Justicia procediera al nombramiento de una Comisión interdisciplinaria para la elaboración de un proyecto cuyo resultado fue sometido a juicio del Ministerio de Justicia el 26 de octubre de 1989, siendo finalmente aprobado como Proyecto de Ley n.º 1192 bajo la rúbrica «Reforma del Derecho internacional privado» el 29 de abril de 1989 y aprobado como Ley el 17 de mayo de 1995, estando en vigor desde el 1 de septiembre de 1995.

Las razones que motivaron esta reforma deben buscarse, por una parte, en el peso específico ejercido por los Convenios internacionales a los que se había ido incorporando Italia y que demandaba de manera apremiante la necesidad de coordinación con el sistema autónomo y, por otra, en la clara influencia de las experiencias codificadoras acaecidas en Europa, tanto más después de haber comprobado el balance positivo que éstas ofrecían. Pero, fundamentalmente, esta codificación obedeció a la necesidad de armonizar las soluciones conflictuales vigentes con los valores propugnados por la Constitución italiana de 1948⁶ que, aunque se había ido haciendo de forma progresiva a través de cambios legislativos parciales y en función de los valores imperantes en la sociedad, se acusaba la falta de sistematicidad y la existencia de lagunas y antinomias en el conjunto del sistema⁷.

Los caracteres que inspiran la reforma del régimen de Derecho internacional privado italiano se deducen de la nueva identidad que proyecta la norma de conflicto⁸. Con anterioridad a la reforma la norma de conflicto se distinguía por poseer un carácter extremadamente abstracto y rígido. Los supuestos de hecho eran considerablemente amplios y los criterios de conexión poseían matices en demasía genéricos. Con ello se corría el riesgo de no valorar suficientemente los caracteres específicos que podían presentarse en la práctica y, por tanto, no aportar la solución idónea.

La tendencia general de las legislaciones modernas es intentar poner remedio a estos inconvenientes mediante la formulación de normas de conflicto provistas de un mayor grado de análisis, ya sea por cuanto respecta a la amplitud de las categorías de supuestos de hecho, ya por lo que concierne al número y articulación de los puntos de conexión utilizados. De esta forma, la especialización y la flexibilidad de la norma de conflicto representan dos de los aspectos más característicos de las codificaciones contemporáneas de Derecho internacional privado, y dos de las notas relevantes que han inspirado la reforma del Derecho internacional privado italiano.

Respecto a la especialización de la norma de conflicto, ésta hay que entenderla no como una especialización por tipo normativo, sino en cuanto al tratamiento detallado y preciso de los problemas, evitando la regulación de las instituciones de manera genérica⁹. Se trata de un proceso de «*disaggregazione*» o «*frammenta-*

⁶ La dispersión normativa que se apreciaba en el sistema italiano de Derecho internacional privado encontraba, no obstante, en el Código civil de 1942 su núcleo duro. Código que, por otra parte, procedía del de 1865 y que en materia internacional privatística no había sufrido grandes cambios con la modificación de 1942.

⁷ Giardina, A., «Criteri ispiratori e tecniche di una eventuale riforma in Italia del Diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1985-1, págs. 5-46. Véase en concreto pág. 14.

⁸ Ballarino, T., «Sul progetto di riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1990-3, págs. 525-555, en concreto pág. 527 y Davì, A., «Le questioni generali...», *cit.*, págs. 560-567.

⁹ Marchal Escalona, N., «La Ley de reforma de Derecho internacional privado italiano de 31 de mayo de 1995», *R.E.D.I.*, 1996, págs. 474-484, en concreto pág. 478.

zione» de las categorías tradicionales de Derecho internacional privado cuya finalidad estriba en proporcionar soluciones que se ajusten lo más estrictamente posible a los supuestos de hecho planteados¹⁰.

La mayor flexibilidad de la norma de conflicto se manifiesta, por su parte, en una generalizada inclinación de las legislaciones a no limitarse a la elección, en relación a cada categoría de supuesto de hecho, de un único criterio de conexión designado a priori¹¹.

Junto a la especialización y la flexibilidad, una tercera característica que ha inspirado la reforma de la norma de conflicto y por extensión la del Derecho internacional privado italiano es la materialización que pone de manifiesto la influencia de los postulados doctrinales norteamericanos y que se traduce en la formulación de normas que favorecen el interés de un sujeto concreto –*favor filii*–, la validez de un acto determinado –*favor testamenti*– o la aplicación del derecho más favorable¹².

En palabras de DAVÌ¹³, la creciente «*politicizzazione*» o «*socializzazione*» del derecho privado propia de nuestra época ha modificado los presupuestos de la separación entre Estado y sociedad civil y de la existencia de una «*comunità di diritto*» universal sobre la que se fundaba la metodología savignana orientada a buscar la ley competente para disciplinar las varias categorías de supuestos de hecho en una óptica puramente localizadora, prescindiendo del contenido material de las diversas legislaciones.

Otro de los rasgos fundamentales y más interesantes de la reforma es la incidencia de los Convenios internacionales sobre la formulación de las normas internas de Derecho internacional privado italiano. Comentábamos al inicio que una de las razones que habían inspirado la reforma había sido la larga lista de Convenios a los que Italia se había ido incorporando y la necesidad de armonizar las soluciones propuestas por éstos con el sistema autónomo de Derecho internacional privado¹⁴. Y es en ésta dialéctica donde el art. 2 de la Ley de reforma del Derecho internacional privado italiano, insertado dentro del Título I relativo a las Disposiciones Generales, establece con carácter general cuál será la dinámica

¹⁰ Davì, A., «Le questioni generali...», *cit.*, pág. 561.

¹¹ Davì, A., «Le questioni generali...», *cit.*, pág. 562. En este sentido, han sido estudiadas soluciones a veces considerablemente complejas basadas en el recurso a técnicas en parte nuevas, tales como el empleo de puntos de conexión condicionados o de puntos de conexión en cascada, consistentes en subordinar la aplicabilidad de la ley indicada en primera instancia como reguladora de la situación a aquella otra que presente una relación más estrecha con el supuesto de hecho estudiado.

¹² Marchal Escalona, N., «La Ley de reforma...», *cit.*, pág. 478.

¹³ Davì, A., «Le questioni generali...», *cit.*, pág. 564.

¹⁴ Desde un punto de vista más concreto y específico, la coexistencia en el interior de un mismo sistema de conflicto de una normativa nacional autónoma con una serie de reglamentaciones de origen convencional determina la necesidad de proceder a la delimitación, no siempre fácil, de los respectivos ámbitos de aplicación y hace surgir la exigencia de una cierta armonización de los contenidos. Véase Davì, A., «Le questioni generali...», *cit.*, págs. 576-577.

a seguir dentro del sistema entre los Convenios internacionales y las normas autónomas del Derecho internacional privado italiano.

El primer apartado de este precepto determina que «*le disposizioni della presente legge non pregiudicano l'applicazione delle Convenzioni internazionali in vigore per l'Italia*»¹⁵. Su carácter es fundamentalmente descriptivo, revistiendo una función meramente apelativa para el intérprete, recordándole que en la aplicación de todas las normas es necesario verificar que la materia regulada por la ley no sea objeto de una regulación convencional, cuya aplicación no podría ser en ningún caso perjudicada, por ser prioritaria¹⁶.

Por su parte, el segundo inciso del art. 2 de la Ley de reforma dispone que «*nell'interpretazione di tali Convenzioni si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'esigenza della loro applicazione uniforme*»¹⁷. También en este caso la norma tiene una naturaleza más descriptiva que dispositiva¹⁸. De esta manera se reconoce, de un lado, que los Convenios internacionales deben ser interpretados en el contexto internacional y que la adaptación al ordenamiento interno debe hacerse teniendo en cuenta el significado y el alcance que tienen en el ámbito en que han sido adoptados¹⁹; de otro, que el fin de tales Convenios es, en la mayoría de los casos, crear una disciplina uniforme y, mientras esto no sea posible, determinar los criterios que, uniformemente, habrán de seguirse en su aplicación²⁰.

Frente al reenvío formal regulado en el art. 2²¹, en algunos sectores se ha optado por la incorporación material de las principales Convenciones vigentes en la materia. Este es el caso del art. 42 de la Ley de reforma del Derecho internacional privado italiano que incorpora el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores*; el art. 45 que remite al *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias*; el art. 57, según el cual las obligaciones contractuales son reguladas por el *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* y el art. 59 que, en materia cambiaria remite a las *Convenciones de Ginebra de 7 de junio de 1930, destinada a reglamentar*

¹⁵ Traducción al español: «*Las disposiciones de la presente ley no afectan la aplicación de los Convenios internacionales en vigor para Italia*».

¹⁶ Pocar, F., «Caratteri generali della legge di riforma», en Pocar, F., *Il nuovo Diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè editore, 1997, págs. 3-18. Véase en concreto, pág. 7.

¹⁷ Traducción al español: «*En la interpretación de tales Convenios, se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme*».

¹⁸ Pocar, F., «Caratteri generali della legge di riforma...», *cit.*, pág. 8.

¹⁹ Ruini, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali e delle norme straniere in genere da parte del giudice interno*, Foro italiano, 1995-I, págs. 518 y ss.

²⁰ Giardina, A., «Le Convenzioni di diritto uniforme nell'ordinamento interno», *Rivista di Diritto internazionale*, 1973, págs. 701 y ss. y Bariatti, S., *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, págs. 62 y ss.

²¹ En el reenvío formal, la norma extranjera se incorpora al sistema nacional pero conserva el sentido y el valor que le es atribuido a dicha norma, por el Derecho extranjero del que procede. Véase, Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, Editorial Comares, 1999, pág. 155.

ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden y de 19 de marzo de 1931, sobre conflicto de leyes en materia de cheques bancarios.

Son todos ellos supuestos de reenvío material o recepticio²². Los Convenios a los que se ha hecho referencia regulan la materia «*in ogni caso*», expresión ésta que ha sido muy comentada por la perplejidad que ha suscitado entre algunos autores²³ y que implica una «*nazionalizzazione*» de estas normas o, lo que es lo mismo, una extensión de la esfera de eficacia de las mismas con inclusión de los casos que no estarían comprendidos en el ámbito de aplicación de tales Convenios.

Esta solución, utilizada también por la Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987, consistiría en crear una eficaz coordinación entre el sistema italiano de Derecho internacional privado y los más importantes Convenios vigentes relacionados con las materias a las que anteriormente hemos hecho referencia²⁴. La ventaja fundamental de la recepción material de los Convenios internacionales en las legislaciones internas está constituida por la posibilidad de evitar que se produzcan desarmonías y contrastes con regulaciones nacionales divergentes. Dado que los Convenios dejan fuera de su ámbito de aplicación sólo una parte reducida de los casos y de las situaciones que podrían comprenderse en las materias citadas, es dudoso que valga la pena mantener para la parte restante normas de conflicto nacionales de contenido diferente²⁵.

Un posible inconveniente viene representado por la circunstancia de que, a veces, los Convenios internacionales, principalmente a causa de la necesidad de alcanzar un compromiso entre posiciones nacionales divergentes, contienen normas extremadamente complejas y de interpretación y aplicación difícil²⁶.

²² En el reenvío recepticio o material, las normas extranjeras pierden su carácter extranjero, incorporándose al Derecho nacional sólo la materia de la norma extranjera. Véase, Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado...*, cit., pág. 155.

²³ Brogginì, G., «Le nouvelle loi italienne de droit international privé», *Reviste suisse di droit international et droit europèen*, 1996, págs. 7 y ss.; Damascelli, D., «Il rinvio "in ogni caso" a Convenzioni internazionali nella nuova legge sul Diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto internazionale*, 1997-1, págs. 78-103; Giardina, A., «Il rinvio alle Convenzioni di Diritto internazionale privato», en Brogginì, G., *Collisio legum. Studi di Diritto internazionale privato*, Giuffrè editore, 1997, págs. 169-185.

²⁴ Es éste un método que parece preferible al método de coordinación seguido por la reforma alemana de Derecho internacional privado de 1986, consistente en reformular, no sin algunas leves modificaciones y omisiones, la normativa convencional en el texto de la legislación nacional. Este método se distingue del reenvío por el hecho de cortar los nexos de unión entre la norma reproducida y su origen internacional, realizándose por tanto una completa nacionalización. De ello deriva el riesgo de que tales normas hayan de ser aplicadas sucesivamente con un sentido y un alcance diferentes de los originales, sea por la posible deformidad de la traducción, sea porque los criterios y las técnicas de interpretación de los Convenios internacionales son, al menos en cierta medida, diversos de los que generalmente se utilizan en el Derecho interno. Véase, Davì, A., «Le questioni generali...», cit., pág. 578.

²⁵ Davì, A., «Le questioni generali...», cit., págs. 579-580.

²⁶ Este es el caso del *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre la competencia de las autoridades y ley aplicable a la protección de los menores*, donde la tentativa de conciliar los dos principios opuestos de la competencia (de la autoridad y de la ley) del Estado nacional y del Estado de la residencia

En todo caso, la razón principal de la recepción material de los Convenios no consiste tanto en la persuasión de que la normativa convencional sea en todos los casos la mejor posible cuanto en el intento de someter una determinada materia a una reglamentación unitaria²⁷.

II. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ITALIANO

El art. 17 apartado primero de las disposiciones preliminares del Código civil italiano de 1942, reproduciendo el art. 6 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano de 1865, establecía que *el estado y la capacidad de la persona*²⁸ *y las relaciones de familia debían ser reguladas según la ley del Estado al que pertenecieran*.

Esta disposición era la coherente expresión normativa de los postulados de la escuela manciniana según la cual todo cuanto se refiriese a la configuración jurídica del individuo en sí y como miembro de una familia, debía regirse por la *lex patriae* del mismo.

En esta misma línea se encuadraba el art. 21 de las disposiciones preliminares del Código civil de 1942 destinado a regular la ley aplicable a la tutela y a las otras instituciones de protección del incapaz, optándose, en coherencia con lo dispuesto en el art. 17.1, por la ley de la nacionalidad del individuo.

El estudio de la tutela y del resto de instituciones protectoras de los incapaces se ha encuadrado a menudo en el Derecho de familia, así en el Derecho material italiano. Fundamentalmente la tutela de los menores ha sido presentada como instituto sustitutivo de la patria potestad, de la cual imita plenamente el contenido con el añadido de un más riguroso sistema de vínculos y controles por parte de la autoridad pública, considerado necesario por la ausencia del ligamen de sangre²⁹.

Es por ello que, al integrarse dentro del Derecho de familia, el Derecho internacional privado italiano remitía la regulación de la tutela y de las otras instituciones de protección del incapaz a la ley nacional del interesado³⁰.

habitual del menor ha sido juzgado como poco exitoso hasta el punto que ya se ha elaborado el que será su sustituto, *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, que está en vigor desde el 1 de enero de 2002, y que hasta el momento sólo ha sido ratificado por la República Checa, Mónaco y Eslovaquia.

²⁷ Davì, A., «Le questioni generali...», *cit.*, pág. 582.

²⁸ La fórmula «el estado y la capacidad de la persona» deriva del art. 3.III del Código de Napoleón.

²⁹ Mosconi, F., *La tutela dei minori in Diritto internazionale privato*, Giuffrè editore, 1965, pág. 6.

³⁰ Conviene precisar que no siempre ha existido ni existe unanimidad sobre cuál es el lugar sistemático en que se debe insertar la protección de los incapaces en el Derecho internacional privado. Si bien es cierto que tradicionalmente, en el Derecho material, ha sido un tema que se ha regulado dentro del Derecho de familia, por tratarse de instituciones coligadas a la protección y, por tanto, entendidas desde una perspectiva familiar, lo cierto es que cada vez con más frecuencia se

En el Código civil italiano de 1865 no existía una disposición como la del art. 21 del Código civil de 1942. La doctrina se remitía al principio general contenido en el art. 6 de las disposiciones preliminares para afirmar que tal instituto no puede ser regulado sino por la ley nacional de aquéllos a los que está destinado a proveer y negaba también, de *lege ferenda*, la fundamentación de otras posibles soluciones, ya fuera la regulación de la tutela según la ley del país donde estuvieran situados los bienes del incapaz, ya fuera aquella que consideraba suficiente la presencia del incapaz en el territorio para que el Estado pudiera constituir la tutela y tomar la sucesivas medidas de todos los sistemas de protección eventualmente instituidos en el extranjero³¹.

La solución de regular la tutela y las otras instituciones de protección del incapaz dentro del Derecho de familia justificaba la elección de la ley nacional del incapaz, hecho que además encontraba respaldo en el art. 1 del *Convenio de la Haya de 12 de junio de 1902, sobre la tutela de menores* que también optaba por esta ley.

III. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ITALIANO

El Capítulo IV de la Ley de reforma del Derecho internacional privado italiano dedicado a la *Protección de los incapaces y obligaciones alimenticias*, ha cambiado radicalmente el sistema de protección de los incapaces vigente bajo el imperio de las disposiciones preliminares del Código civil de 1942.

El art. 21 del Código civil de 1942 ha sido sustituido por los arts. 42 a 44 de la Ley de reforma, de los cuales el primero se refiere a los menores, mientras los otros dos disciplinan, respectivamente, la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia de incapaces mayores de edad.

La especialización de la norma, sobre todo en consideración de la división entre incapaces mayores y menores, corresponde a la búsqueda de soluciones más adaptadas a la reglamentación de los distintos tipos de incapacidad³².

Como ya antes apuntamos, la doctrina internacionalprivatista ha distinguido tradicionalmente entre la ley reguladora de las medidas de protección de los incapaces regida por la ley personal determinada por el antiguo art. 21 del Código civil, y la ley destinada a regular la incapacidad de la persona, que se regulaba en el art. 17.

En la Ley de reforma, la capacidad es hoy contemplada en los arts. 20 y 23 que regulan, respectivamente, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, mien-

acusa la intervención de las autoridades públicas en un tema que hasta hace bien poco se consideraba estrictamente privado. De otro lado, no faltan quienes afirman que el lugar idóneo para la protección de los incapaces es la categoría de la capacidad. Sea como fuere, es el tema del estatuto personal, su contenido y regulación, el que se atisba tras todas estas discusiones.

³¹ Mosconi, F., *La tutela dei minori...*, cit., págs. 10-11.

³² Franchi, M., «Commento arts. 42-44 della Legge n.º 218 de 31 maggio 1995, sulla riforma del Diritto internazionale privato», *La nuova legge civili commentata*, 1996-II, págs. 1235-1272. Véase pág. 1235.

tras las instituciones de protección de incapaz son reguladas en el Capítulo IV de la misma ley.

El sistema italiano de Derecho internacional privado y procesal sobre la tutela de los menores había mantenido hasta la reforma una disciplina de Derecho común de tipo sustancialmente civilístico, de un lado y, de otro, una disciplina convencional compuesta por el *Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre la tutela de menores* y el *Convenio de La Haya de 17 de julio de 1905 sobre la interdicción y otras medidas análogas*, inspiradas en criterios y principios hoy internacionalmente superados. La *Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de autoridades y la ley aplicable a la protección de menores*, aunque ratificada por Italia desde 1980 no ha entrado en vigor en este país hasta el 22 de abril de 1995, curiosamente cuando las críticas por las carencias y dificultades que planteaba esta Convención habían llevado a su reforma, lo que ha planteado cierta extrañeza en la doctrina³³.

El art. 21 del Código civil de 1942 había recibido duras críticas por parte de la doctrina por elegir como norma reguladora de la protección de los incapaces la ley de su nacionalidad, al entender que no era ésta la que mejor protegía los intereses de estas personas, siendo así que ya algunas voces postulaban la ley del domicilio del incapaz, tradicionalmente relevante en los sistemas de Derecho anglosajón, como norma más adecuada para regir sus intereses³⁴.

Sin embargo, el régimen común propuesto por el citado artículo coincidía en cuanto a propuestas con el regulado por los Convenios de La Haya de 1902 y 1905 que optaban también por la nacionalidad para regular las instituciones protectoras de los incapaces. Coherencia, además, que se plasmaba en la concurrencia de la ley aplicable de la capacidad de las personas y la de las instituciones de protección de los incapaces.

La solución única de aplicación de la ley nacional del menor, no obstante, venía atemperada y fuertemente limitada por otras normas del ordenamiento interno italiano a las que se reconocía la naturaleza de normas de aplicación necesaria y que podían dar lugar a medidas, con relación a menores de nacionalidad extranjera, adoptadas desde el prisma legal interno; un claro ejemplo se encuentra en el art. 37 de la *Ley n.º 184 del 1983 en materia de adopción*, en relación a los menores que se hallasen en situación de abandono en territorio italiano a los que se le aplicaría la normativa interna³⁵.

³³ Honorati, C., «Commento arts. 42-44 della Legge n.º 218 de 31 maggio 1995, sulla riforma del Diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995-II, págs. 1113-1127. En concreto, véase pág. 1114.

³⁴ Vitta, E., *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973, pág. 45; Mosconi, F., *La tutela dei minori...*, *cit.*, pág. 5 y Beghé Loreti, A., «I figli delle coppie plurinazionali», *Giustizia civile*, 1989-II, págs. 303 a 307.

³⁵ Cannone, A., «Aspetti problematici dell'applicazione della legge italiana al minore straniero in Italia» (art. 37 L. 4 maggio 1983 n.º 184), in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. I *Diritto Internazionale*, Cacucci editore, 1995, págs. 45-112.

El cambio de perspectiva en la protección del menor, con el progresivo cambio de instituciones de rasgos típicamente civiles a institutos de protección y asistenciales concebidos desde el nuevo papel que las entidades públicas desempeñan en la protección de la infancia, encuentra también eco en el Derecho internacional privado italiano, optándose primeramente por relegar a un segundo plano la ley nacional del incapaz y poner al frente la ley del lugar de la residencia habitual del mismo, por entender que ésta implica un más estrecho contacto entre la persona necesitada de protección y la autoridad encargada de protegerla. Si bien esta opción, como veremos, no es tan radical como parece, pues ha de entenderse en los parámetros marcados por el *Convenio de La Haya de 1961 sobre protección del menor*.

Con la reforma del Derecho internacional privado italiano se ha mantenido el criterio de la nacionalidad respecto de las instituciones de protección de los mayores de edad (art. 43), optándose en la protección de los menores por el reenvío material al Convenio de La Haya de 1961, que se convierte así de norma especial en norma común³⁶.

De esta manera, la disciplina convencional a la que remite el art. 42, es decir, el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores*, se aplica a toda la materia de protección de la infancia, «in ogni caso»^{37, 38}. Esta llamada, en todo caso, al Convenio de 1961 debe entenderse no en el sentido de un alargamiento subjetivo del ámbito de aplicación del Convenio, sino como una extensión del ámbito material (y espacial)³⁹.

Por otro lado, la extensión de la disciplina convencional a todos los casos, previsto por el Derecho internacional privado italiano, no comporta que se pueda incluir en el ámbito del art. 42 también las cuestiones atinentes a la capacidad de las personas y por lo tanto a la determinación de la menor edad, aspecto éste que se regula en el art. 23 de la Ley de reforma⁴⁰.

³⁶ Franchi, M., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1236 y Castangia, I., *Il criterio della cittadinanza nel diritto interazionale privato*, Napoli, 1983, pág. 207.

³⁷ El art. 42 de la Ley de reforma del Derecho internacional privado italiano dispone: «1.-La protección de menores, en todo caso, se rige por el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, sobre la competencia de las autoridades y sobre la ley aplicable en materia de protección de menores, ratificada por la Ley n.º 742 del 24 de octubre de 1980. 2.-Las disposiciones del Convenio se aplican tanto a las personas consideradas menores sólo por su ley nacional, así como a las personas cuya residencia habitual no se encuentra en uno de los Estados contratantes.»

³⁸ El informe explicativo que acompañaba al Proyecto de Ley de reforma del Derecho internacional privado italiano (Relazione al Disegno di Legge n.º 1192) decía explícitamente que se extiende a todos los casos posibles la disciplina regulada en el citado Convenio.

³⁹ Franchi, M., *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Giuffrè editore, 1997 e *Id.*, Franchi, M., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1242. En el mismo sentido se manifiesta Pocar, F., «Caratteri generali della legge di riforma...», *cit.*, pág. 14. Por su parte, Honorati, C., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1115, sostiene que dentro de la expresión «in ogni caso» debería entenderse incluido la curatela de los menores emancipados, al ser el único aspecto no valorado en el segundo epígrafe del art. 42.

⁴⁰ Franchi, M., *Protezione dei minori...*, *cit.*, pág. 14, se plantea si por la expresión «in ogni caso» contenida en el apartado primero del art. 42 debe entenderse una extensión del ámbito de aplicación

En un comentario muy interesante, BARIATTI⁴¹ establece que para precisar el contenido de la expresión «*in ogni caso*» es necesario distinguir entre aquellos Convenios que son aplicables *erga omnes*, como es el caso del *Convenio de La Haya de 1973 sobre obligaciones alimenticias* y el *Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, y aquéllos otros que no son de aplicación universal, como es el caso del *Convenio de 1961 sobre la protección de los menores* y las *Convenciones de Ginebra en materia cambiaria*. Los primeros, que son aplicables también para los Estados no contratantes, no pueden ver modificado en ningún modo su ámbito subjetivo, pero podrán aplicarse a materias a priori excluidas de los Convenios. Respecto de los segundos, la ley remueve los obstáculos para su aplicación a supuestos ligados con Estados no contratantes, además de alargar su ámbito de aplicación material.

El ámbito de aplicación originario del Convenio de La Haya prevé la aplicación «*ratione personae*» a los menores que, según lo dispuesto en el art. 12, lo sean cumulativamente según su ley nacional y según la ley del Estado donde tengan su residencia habitual. Respecto del ámbito de aplicación espacial, el art. 13 establece que será aplicable a los menores que tengan su residencia en uno de los Estados parte.

El apartado segundo del art. 42 dispone que este Convenio debe aplicarse también a las personas consideradas menores sólo por la propia ley nacional y a los menores cuya residencia habitual no se encuentre en uno de los Estados contratantes, con el efecto inmediato de someter a la disciplina convencional también el ámbito subjetivo con anterioridad regulado por el Derecho autónomo, removiendo los límites derivados de los arts. 12 y 13 del Convenio⁴². O dicho con otras palabras, la disciplina convencional sustituirá a la norma de conflicto interna en cualquier hipótesis, aplicándose a todo sujeto considerado menor por su ley nacional y sea o no residente en un Estado miembro⁴³.

Se debe apuntar que el alargamiento o la extensión del ámbito subjetivo de la Convención está en la línea marcada por la *Convención de los Derechos del Niño*, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y que la aplicación cumulativa de las dos leyes indicadas en el Convenio de 1961 para el reconoci-

del Convenio «*ratione materiae*» a todas las medidas análogas que, aun no previstas en el Convenio, sirvan para proteger al menor. Conviene precisar que el Convenio no contiene un elenco de las medidas de protección, reenviando a la ley interna de la autoridad competente que asume tales medidas. Tampoco contiene una lista de materias que hayan de ser excluidas del Convenio, lo que dificulta aún más la delimitación de sus perfiles materiales. Estas carencias que se aprecian en el Convenio han sido con creces superadas en el *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 que está llamado a ser su sustituto.

⁴¹ Bariatti, S., «Commento art. 2 della Legge n.º 218 de 31 maggio 1995, sulla riforma del Diritto internazionale privato», *La nuova legge civili commentata*, 1996-II, págs. 889-905. Véase en concreto págs. 892-894.

⁴² Franchi, M., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1241.

⁴³ Honorati, C., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1115.

miento del status de menor aparece en contraste con la finalidad que inspira la tutela⁴⁴.

Mientras estuvo vigente el anterior sistema, era suficiente que no se cumpliera una de las dos condiciones establecidas en el Convenio del 61 (menor edad según lo dispuesto en el art. 12 y residencia habitual en un Estado miembro, según el art. 13) para que éste no pudiera ser aplicado y entrara en juego el art. 21, como Derecho autónomo. Con el nuevo sistema, régimen convencional y régimen autónomo coinciden.

En otro orden de cosas, el Convenio de 1961 regula la competencia judicial y la ley aplicable, que no la ejecución de resoluciones, salvo lo establecido en el art. 7 del mismo, según el cual se reconocerán en cualquier Estado miembro las medidas adoptadas por las autoridades competentes de otro de los Estados miembros. Sin embargo, el Convenio prevé una cooperación entre autoridades estatales (arts. 10 y 11) que constituye la base para un sistema integrado de reconocimiento⁴⁵. Si ya parece difícil que la cooperación pueda realizarse obligatoriamente en las relaciones de Estados no contratantes por la presencia de una norma unilateral como el art. 42, que la hace aplicable *erga omnes*, tanto más parece imposible que el sistema de reconocimiento derivado del sistema de cooperación pueda ser alargado en las relaciones de Estados que no reconocen la obligación de cooperación⁴⁶.

La amputación del Convenio en este sentido priva al sistema de protección del menor de una tutela particular también en el ámbito procesal, con la consecuencia de que sólo para las medidas que entran en el ámbito del Convenio y sólo para los Estados partes en él estará en vigor, mientras no podrá transponerse al ámbito material y subjetivo a que invita el alargamiento «*in ogni caso*»⁴⁷.

Respecto de la protección de los incapaces mayores de edad, los arts. 43 y 44 de la Ley de reforma inauguran una nueva regulación, diferenciada de la protección de los menores⁴⁸. El primero regula la ley aplicable, mientras el segundo hace lo propio respecto de la competencia judicial internacional.

⁴⁴ Honorati, C., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1115.

⁴⁵ Según 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», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pág. 618, el alargamiento del ámbito de aplicación de tal Convenio está dispuesto únicamente para la jurisdicción y la ley aplicable en materia de protección de menores, no para el reconocimiento de las medidas de protección adoptadas por una autoridad extranjera, no surgiendo así para Italia la obligación de reconocer las medidas adoptadas por un Estado no contratante. En contra de esta postura se muestra Honorati, C., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1119 que sostiene que para interpretar el art. 42 en sentido restrictivo sería necesaria una disposición más precisa. En todo caso, Damascelli, D., «Il rinvio "in ogni caso" a Convenzioni internazionali...», *cit.*, pág. 80, le rebate apuntando que si el legislador hubiese querido extender el ámbito de aplicación convencional al reconocimiento de medidas protectoras adoptadas por las autoridades de un Estado no contratante, habría introducido una norma expresa en tal sentido en el interior del art. 42 apartado segundo.

⁴⁶ Franchi, M., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1246.

⁴⁷ Franchi, M., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1246.

⁴⁸ El art. 85 de la Ley de Derecho internacional privado suizo de 18 de diciembre de 1987 hace extensible el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre protección de menores* a los mayores inca-

En relación a la protección de los mayores de edad, el legislador italiano no ha dado muestras de la apertura a los Convenios internacionales demostrada en otras materias como la protección de menores⁴⁹. Debe recordarse que Italia forma parte del *Convenio de La Haya de 17 de julio de 1905, sobre la interdicción y otras figuras análogas* que, según su art. 14, se aplica a todos los sujetos que sean nacionales y residentes en un Estado contratante. Pero la escasa operatividad del citado Convenio ha sido puesta de manifiesto en múltiples ocasiones, hasta el punto que, como sabemos, la Conferencia de La Haya ha elaborado un nuevo Convenio sobre la protección de adultos el 13 de enero de 2000, texto éste que aún no ha recibido la firma de Italia.

El art. 43⁵⁰ elige como ley reguladora de la protección de los incapaces mayores la de su nacionalidad. Es necesario precisar que la protección de los mayores lleva aparejada no sólo el cuidado personal, sino la protección de su patrimonio y la gestión de éste. Cuestiones que, de la misma forma, quedarán sujetas a la ley nacional del incapacitado⁵¹.

Cabe, por tanto, preguntarse cómo el legislador italiano ha consentido que una institución que aunque no igual se asemeja con mucho a los mecanismos de protección de menores, se siga regulando por su ley nacional, desoyendo las voces de quienes apostaban por una regulación a través de la ley de su residencia habitual.

Un aspecto significativo es que el juez italiano podrá aplicar la ley italiana cuando sea necesario adoptar medidas para la protección de la persona o los bienes del incapaz con carácter provisional o urgente. Esta norma encuentra su explicación en la propia inmediatez que acompaña a estas medidas, optándose por la aplicación de la *lex fori*, lo que presupone no obstante la competencia del juez italiano.

Competencia ésta que se regula en el art. 44⁵² de la Ley de reforma. En el anterior sistema, ninguna norma establecía con carácter específico los criterios

pacitados. En el seno de la Conferencia de La Haya, en los trabajos de elaboración del texto sustituto de este Convenio, se barajó la posibilidad de elaborar un único texto para la protección de los menores y los mayores incapacitados. Finalmente, las singularidades que poseen ambas instituciones apuntaron a la elaboración de textos diferenciados. Así, el *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 y el *Convenio de La Haya sobre protección de adultos*, de 13 de enero de 2000.

⁴⁹ Honorati, C., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1120.

⁵⁰ El art. 43 dispone: «*Los supuestos y los efectos de las medidas de protección de incapaces mayores de edad, así como las relaciones entre el incapaz y quien lo tiene bajo su cuidado, se rigen por la ley nacional del incapaz. Sin embargo, para proteger de manera provisional y urgente a la persona o los bienes del incapaz, el juez italiano puede dictar las medidas previstas en la ley italiana.*»

⁵¹ Franchi, M., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1265.

⁵² El art. 44 dispone: «*1.-Tienen jurisdicción las autoridades italianas, en materia de medidas de protección de los incapaces mayores, además de en los casos previstos por los arts. 3 y 9 de la presente ley, cuando esas medidas se vuelvan necesarias para proteger, de manera provisional y urgente, a la persona o los bienes del incapaz que se encuentre en Italia. 2.-Cuando conforme al art. 66 de la presente ley se produzcan los efectos de*

de jurisdicción en materia de tutela de los incapaces. La doctrina y la jurisprudencia hacían referencia al art. 4 del Código Procesal Civil que recurría al criterio de la competencia territorial, a fin de establecer la competencia judicial italiana en esta materia. En la actualidad, la regulación de los criterios de la competencia judicial internacional en materia de tutela de mayores incapacitados está perfectamente delimitada.

El art. 44 en su apartado primero reenvía expresamente al art. 3 y al 9 de la Ley de reforma que, respectivamente, regulan las normas generales en materia de jurisdicción contenciosa y en materia de jurisdicción voluntaria, además de referirse a un criterio particularizado en materia de medidas provisionales y urgentes.

Los reenvíos hechos a las normas que con carácter general establecen los criterios de competencia judicial internacional han sido criticados por ser superfluos e irrelevantes y por entorpecer, de alguna manera, el buen entendimiento del precepto⁵³.

El art. 44 remite, como decimos, al art. 9 el cual, a su vez, recurre en primer lugar a los criterios de competencia territorial. La misma norma sanciona la competencia internacional del juez italiano en el caso de que la resolución concierna a un ciudadano italiano o residente en Italia. La norma utiliza, además de los tradicionales criterios de la nacionalidad y de la residencia, el principio, nuevo en el sistema italiano, del paralelismo entre competencia jurisdiccional y competencia legislativa⁵⁴.

No obstante las razones teóricas que se manifiestan a favor, su aplicación en la práctica resulta poco operativa por encontrarse verdaderamente muy limitada, ya que, según lo dispuesto en el art. 43, es la ley nacional del incapaz la que regula las instituciones destinadas a su protección y no se añade ningún título adicional de jurisdicción⁵⁵.

Finalmente, otro aspecto interesante es el introducido en el segundo apartado del art. 44, según el cual la jurisdicción italiana será competente para pronunciar las medidas modificativas o complementarias que hubieran sido adoptadas, conforme al art. 66 de la Ley de reforma, en materia de capacidad.

una medida extranjera en materia de capacidad de un extranjero, la jurisdicción italiana subsiste para pronunciar las medidas modificadoras o complementarias eventualmente necesarias.»

⁵³ Honorati, C., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1125. En sentido contrario se manifiesta Franchi, M., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1270, a quien parece que tales reenvíos son de un lado, meramente estilísticos y, de otro, oportunos.

⁵⁴ Este principio, ampliamente utilizado en el sistema de Derecho internacional privado alemán, refleja la convicción de que en esta materia exista una compenetración entre materia regulada y procedimiento, entre ley aplicable y jurisdicción competente. Esta misma exigencia se observa en el ámbito de la tutela de menores, donde el art. 2 del *Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1961*, dispone la autoridad competente sobre la base de la ley aplicable. La única diferencia entre el paralelismo del Convenio y el previsto por la Ley de reforma es que, en el primer caso, es la competencia jurisdiccional la que atrae la legislativa, mientras en el segundo es a la inversa; es la competencia legislativa la que determina la judicial.

⁵⁵ Honorati, C., «Commento arts. 42-44...», *cit.*, pág. 1125.

IV. CONCLUSIONES

El nuevo sistema de Derecho internacional privado italiano ha venido a inaugurar una regulación íntegramente novedosa en materia de protección de los incapaces.

La valoración que a grandes rasgos puede hacerse de ella no deja de ser positiva, aunque existan aspectos que la hagan criticable. Ciertamente la complejidad del sistema es uno de los caracteres que pueden contribuir a empañar, en cierto modo, las innovaciones introducidas, aunque ese contravalor se ve contrarrestado por el considerable avance experimentado en la materia respecto del sistema anterior.

La protección de los incapaces ha dejado de ser un tema típicamente privado encuadrado en las filas del Derecho de familia. El Estado social impone a los poderes públicos un papel activo que deja atrás la posición de meros observadores de la realidad que antes asumían. Y esta nueva posición repercute, como no podía ser de otro modo, en el Derecho internacional privado. Quizá donde se aprecie con más nitidez esta nueva concepción es en la protección de los menores, aunque también, con paso lento pero seguro, la protección de los adultos comienza a hacerse un hueco en esta nueva sintonía⁵⁶.

La reforma del Derecho internacional privado italiano es una buena muestra, aunque con perfiles propios, de esta nueva concepción de la materia. Realmente, la recepción material del *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores* es un hecho que debe valorarse en todas sus consecuencias.

Quizás la característica fundamental sea que el régimen convencional se confunde con el régimen autónomo del Derecho internacional privado italiano, aunque deben hacerse algunas precisiones. En primer lugar, el régimen convencional diseñado por el citado Convenio goza del ámbito de aplicación que el mismo impone, esto es, el Convenio se aplica a los menores que lo sean según su ley nacional y según su ley de residencia habitual, y a aquéllos que residan en un Estado miembro. Otra cosa es, en segundo lugar, que Italia en vez de formular un régimen distinto para los casos que no se incluyan dentro del ámbito de aplicación del Convenio, haya optado por asumir ese mismo Convenio como régimen autónomo, alargando unilateralmente su ámbito de aplicación a los menores que lo sean sólo por su ley nacional y aquéllos que se encuentren en Italia aunque no residan en este país ni en ningún otro Estado miembro.

De otro lado, debe precisarse que el fin del legislador italiano ha sido la armonización de soluciones, aspecto éste que ha primado sobre la dificultad que la aplicación del Convenio presenta. En un futuro, suponemos no muy lejano, Italia

⁵⁶ 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.

ratificará el Convenio de La Haya de 13 de enero de 1996 que sustituye al de 1961 en materia de protección de menores. Cuando eso ocurra, se deberá modificar el contenido del art. 42 a fin de adecuar la recepción material al nuevo Convenio. La dificultad será entonces menor a la hora de su aplicación, aunque continuarán existiendo cuestiones que habrán de perfilarse.

Por último, en materia de protección de mayores incapacitados, la Ley de reforma no ha tratado este tema con los mismos parámetros que ha utilizado en la protección de menores. Ciertamente es que se ha avanzado a la hora de especificar la competencia judicial internacional en esta materia, pero se ha seguido optando en la regulación de las instituciones de protección de los mayores incapacitados por la ley de su nacionalidad, desoyendo los nuevos criterios que ya se postulan en el ámbito internacional⁵⁷. No obstante, se aprecia cierta prospección en el legislador italiano al optar por la aplicación de la *lex fori* en aquellos casos que la urgencia o la provisionalidad de las medidas de protección lo requiera.

⁵⁷ Véanse los arts. 13 y ss. del *Convenio de La Haya sobre protección de adultos*, de 13 de enero de 2000.