

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES (De la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, a la Ley 18/1999, que modifica la regulación de la eficacia en España de las adopciones constituidas ante competente autoridad extranjera).

Pedro-Pablo Miralles Sangro

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Mónica Herranz Ballesteros

Becaria del Ministerio de Educación y Cultura
Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Sumario: I- Introducción. II.- Los poderes públicos ante la protección de los menores en el tráfico jurídico externo. III.- El “interés del menor” como finalidad prioritaria del Derecho de menores. IV.- Derechos humanos, Constitución e interés del menor en derecho internacional privado. V.- Derecho convencional y Derecho Internacional Privado español. VI.- Conflictos interregionales y protección del menor.

I.- INTRODUCCION.

Las dos últimas reformas legislativas en materia de protección de menores llevadas a cabo en el derecho internacional privado español han sido, de una parte, la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, 17 enero 1996) (LOPJM)* y, de otra, la reciente *Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil (BOE núm. 119, 19 mayo 1999)*. Ambas modificaciones, en particular la LOPJM, han tenido especialmente en cuenta la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, 1 diciembre 1990)*, fuente inspiradora de relevancia en el tratamiento legislativo y jurisprudencial en la materia.

Desde la aprobación de la *Constitución de 1978 (CE)* son muchas las reformas parciales del derecho internacional privado español habidas en materia de protección de menores, sin que haya habido una política legislativa de reforma global del sistema que le diera la coherencia que la norma fundamental facilitó en su momento. El intento de reforma global de la *LOPJM de 1996* ha tenido la primera confirmación de sus deficiencias al aprobarse la citada *Ley 18/1999*, que modifica por quinta vez desde 1978 la regulación de la adopción en nuestro ordenamiento jurídico (*Leyes 11/1981, de 13 de mayo, 30/1981, de 7 de junio, 13/1983, de 24 de octubre, 21/1987, de 11 de noviembre*), sin contar con la modificación que tuvo lugar al ratificarse el *Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993 (BOE núm. 182, 1 agosto 1995)* así como las normativas particulares de las Comunidades Autónomas.

Esta peculiar situación nos ha conducido a efectuar las reflexiones que de forma sucinta se exponen en este trabajo, partiendo de la base de que, sin carácter exhaustivo, son puntos de referencia esenciales para avanzar en la *protección internacional del menor*: la función que corresponde a los poderes públicos; la trascendental importancia que la determinación del *interés del menor* tiene en los ámbitos doctrinal, legislativo y jurisprudencial; la relación directa existente entre la protección internacional del menor y la protección de los Derechos Humanos; la incidencia del derecho convencional sobre protección de menores del que España es parte; y la configuración del Estado en Comunidades Autónomas.

II. - LOS PODERES PUBLICOS ANTE LA PROTECCION DE LOS MENORES EN EL TRAFICO JURIDICO EXTERNO.

Cuanto aquí se expone se hace desde la perspectiva concreta del *derecho internacional privado español* en su sentido más estricto y, por tanto, se obvian muchas cuestiones de índole *pública*. El derecho internacional privado tiene por objeto la regulación del *tráfico jurídico externo* y en él se ven inmersos los menores cada día con más frecuencia y de forma más variada. Por ello, el derecho internacional privado tiene como finalidad regular y facilitar soluciones a las situaciones y relaciones jurídicas en las que puede verse afectado *el interés del menor* como *parte más débil*.

Los derechos de los menores se han encuadrado tradicionalmente en el ámbito del derecho de familia, al ser el entorno en el que por regla general el menor crece y se desarrolla. Pero importa indicar a este respecto que, en ese concreto ámbito de la familia, hacen acto de presencia un conjunto de intereses, - tanto de los progenitores como de terceras personas, instituciones o entidades públicas y privadas -, que en tiempos no muy lejanos recibían un tratamiento prioritario en detrimento de los intereses de los menores y en armonía con una denostada concepción paternalista de la familia y de las relaciones paternofiliales. En consecuencia no es extraño que hoy día podamos afirmar que, con la vigilancia de los poderes públicos, se haya abierto camino un *nuevo derecho de menores*, cimentado en el respeto de sus intereses más particulares y en la garantía de los derechos humanos específicos reconocidos en los tratados internacionales y en los ordenamientos jurídicos democráticos.

Ante la tradicional dificultad de delimitar las fronteras entre *lo público* y *lo privado* cuando se trata de los menores y de la salvaguardia de sus derechos e intereses, nos hemos tomado la libertad de soslayar, en la medida de lo posible, polémica jurídica tan sugestiva¹, entre otros extremos porque a ello nos conduce inevitablemente el planteamiento del que parte la LOPJM. De todas formas conviene recordar que es el artículo 39 de la CE obliga certeramente a los poderes públicos a velar por la infancia y la familia y, en tal sentido, el Ministerio Fiscal está obligado a actuar en consecuencia por imperativo del artículo 124 de la CE y la normativa relativa a su Estatuto Orgánico.

En efecto, una de las críticas que con más fuerza se ha efectuado a la LOPJM, radica en su preocupación por *lo público* hasta hacerlo verdadera obsesión del legislador, con pérdida de la objetividad necesaria en el tratamiento de instituciones y figuras jurídicas

de índole privada y familiar como por ejemplo la guarda o la tutela, en las que poco intervienen normalmente los poderes públicos. ¿"Sospechas", "controles" y "precauciones para la mayoría cuya conducta no deja nada que desear"?².

Por muy innecesarias que en tal sentido pudieran llegar a considerarse algunas disposiciones de la LOPJM, como por ejemplo los artículos 12 (*actuaciones de protección*) y 13 (*obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva*), un juicio más pacífico y sosegado nos conduce a pensar que simplemente se trata de reafirmar unas obligaciones derivadas del antes citado mandato constitucional (arts. 39 y concordantes de la CE), al que hasta la recuperación de la democracia poco estaba acostumbrado nuestro ordenamiento jurídico. No en vano España se constituye en 1978 en un Estado *social y democrático de Derecho* (art. 1 CE) y la LOPJM se aprobó en una legislatura con mayoría parlamentaria y gobierno con reminiscencias del *socialismo histórico* y de actual carácter programático *socialdemócrata*. Pensamos pues que tales críticas, por acertadas que *prima facie* puedan resultar, no dejan de parecernos en alguna medida apasionadas.

La acentuación de la presencia de los poderes públicos en la protección de los menores es debida también al sano proceso de cambio que se está operando en la institución familiar en general, a su mayor flexibilidad en sus relaciones *ad intra* y *ad extra* y, en particular, a una marcada acentuación del respeto a las personas que la integran (mayores y menores) sobre la base de la no discriminación por cualquier razón o circunstancia (art. 14 CE). En esta labor de consolidación del derecho de menores, la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, 1 diciembre 1990)* ha supuesto un hito de gran importancia y el legislador español, en cumplimiento de las obligaciones que se derivan de su ratificación, deseó entonces y sigue queriendo ahora contribuir a adaptar el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil a sus postulados, al aprobar en 1996 la LOPJM y, posteriormente, la Ley 18/1999, de 18 de mayo, que modifica la regulación de la eficacia en España de las adopciones constituidas por competente autoridad extranjera.

La mencionada *Ley 18/1999, de 18 de mayo* pone de manifiesto la contradicción de las funciones que el ordenamiento jurídico atribuye a los poderes públicos respecto a la eficacia en España de las adopciones constituidas por competente autoridad extranjera. Esta *Ley* añade un último párrafo al artículo 9.5 del Código Civil, en lo que se refiere a los requisitos que han de concurrir en una adopción constituida por competente autoridad extranjera (que la autoridad interviniente sea competente; que la ley aplicada en cuanto a capacidad y consentimientos se corresponda con la ley del adoptando, pudiendo prestarse estos últimos ante la autoridad donde se constituye la adopción o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente; la adopción por español ha de tener los mismos efectos que los previstos en la legislación española, que la equipara a la filiación biológica), que viene a flexibilizar la regulación hasta ahora vigente. Así, se añade el siguiente último párrafo al artículo 9.5 del Código civil, con expresos efectos retroactivos respecto a las adopciones constituidas con anterioridad:

La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro civil.

El legislador, con base en el *Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993 (BOE 1 agosto 1995)* y en la *LOPJM*, llega a una solución harto discutible en cuanto a las garantías del reconocimiento de la eficacia en España de las adopciones por españoles ante competente autoridad extranjera, -a la que hay que añadir el agravante de la retroactividad, ya que induce expresamente a vulnerar la legislación del Estado por el que se ha regido tal adopción y para ello recurre a la colaboración de los poderes públicos (renuncia a la revocación en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil). Si la adopción extranjera es equiparable a la española, equipárese. Pero si no es equiparable, impídase que mediante la implicación de las autoridades públicas españolas, se soslaye el ordenamiento por el que se ha regido la adopción en el extranjero, con la previsible consecuencia de perjudicar el *interés el menor* que se pretende proteger. Cabe preguntarse, en fin, sobre la validez de tal renuncia ante el ordenamiento extranjero por el que se rigió la constitución de la adopción, sobre si así se propicia un posible *fraude de ley*, sobre la instrumentación que de esta forma se hace de los poderes públicos y, en consecuencia, sobre el aligeramiento injustificado de los requisitos que han de regir los trámites relativos a la eficacia de las adopciones por españoles ante autoridad competente extranjera. Entendemos que esta reforma no es leal con los principios inspiradores de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989* ni con el *Convenio de La Haya de 1993* (ambos ratificados por España) y que, por tanto, concuerda más con los *intereses de los mayores* que con los de los *menores adoptandos*, siendo de gran importancia recordar aquí el objeto y las obligaciones de la *Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, hecha en México el 18 de marzo de 1994 (CIDIP V)*, a la que España no se ha adherido y de que al día de hoy forman parte Belice, Brasil, México, Paraguay y Uruguay.

III.- EL “INTERES DEL MENOR” COMO FINALIDAD PRIORITARIA DEL DERECHO DE MENORES.

Primero fue la jurisprudencia³ la que acudió a la noción del *interés del menor* y posteriormente los legisladores, en cierta medida como corrector de la instrumentación que de tal noción se hacía por los órganos jurisdiccionales de todos los países. El hecho es que se ha generalizado la utilización de la noción *interés del menor* como elemento clave para alcanzar los objetivos de su protección, desnaturalizando con excesiva frecuencia su carácter de *concepto jurídico indeterminado*⁴.

So pretexto de lograr tales objetivos protectores se comprueba la normalidad con que se acude al interés del menor para dar satisfacción a otros objetivos muy ajenos a su persona y bienes en beneficio de los mayores o de lo de instituciones (públicas o privadas). De ahí que sea cada día más necesario llamar la atención, en particular en nuestro caso, sobre el hecho de que cuando el legislador acude a la noción *interés del menor* lo hace en el sentido concreto en el que pormenoriza los diferentes elementos de que forma parte el tema objeto de protección que regula, ya sea referido a la persona o a los bienes del menor. Y esa necesidad se hace aún más acuciante si constatamos la trascendencia que tiene la regulación de las relaciones de *tráfico externo* en la *sociedad multicultural* de nuestros días y la necesidad de *materializar* el objetivo protector que la noción *interés del menor* comporta⁵.

Por eso hay que reiterar una vez más que la consideración de la noción *interés del menor* ha de realizarse encuadrándolo como un *concepto jurídico indeterminado*, tanto más alejado de la libre interpretación y la discrecionalidad de quien lo aplique cuanto más concretos y explícitos sean los elementos que el legislador establezca en la norma que lo contemple. Sólo si se camina en esa dirección nos aproximaremos al *interés del menor*, que aplicado al caso concreto, *in casu*, habrá servido para acercarnos a su vez a la realización de la justicia y a la correcta materialización del derecho. Y por lo que se refiere a la labor de codificación del *tráfico externo* en la que de muy antiguo participa España, aunque con excesiva frecuencia de forma errática y no planificada, y en la que están muy presentes los objetivos de unificación del derecho y de realización de la justicia la noción *interés del menor* se ha convertido en punto de referencia inexcusable⁶, a la hora de hacer prevalecer en ocasiones determinadas más intereses encontrados. De igual manera se produce en otros sectores del derecho, como es el caso de seguros, relaciones de contrato de trabajo, consumo, protección de la mujer, en los que se refleja la protección de la parte más débil de la relación jurídica concreta.

No cabe duda de que la *LOPJM* fue concebida desde la perspectiva del logro del *interés del menor* con base en los principios y valores constitucionales y del sistema general de protección de los derechos humanos, entre los que se encuentra la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, cuyos antecedentes son la *Declaración de Ginebra de 1924*⁷, así como la *Declaración de los Derechos del Niño de 1959*. Pues bien, la *LOPJM* incurre en la misma reiteración innecesaria de la citada *Convención de 1989* al referirse artículo tras artículo al *interés o beneficio del menor* (*unas veces supremo y otras veces superior*). En nuestra opinión hubiese bastado la mención que en la *LOPJM* se hace a tal noción en el artículo 1, o mejor, a su mención en la Exposición de Motivos, para que no hubiese dudas al respecto. Y es que la debida articulación de los textos internacionales sobre derechos y libertades fundamentales y sobre derechos humanos con el texto constitucional de 1978, no ofrece duda alguna en cuanto al sentido que ha de darse al interés del menor. Pero que todos los males fuesen como éste, al que baste con calificar de exceso de celo innecesario en la labor protectora del poder legislativo. Como ha quedado expuesto en el apartado anterior, con la *Ley 18/1999, de 18 de mayo*, todo parece indicar que, en nuestra opinión, se ha prestado un flaco servicio al esfuerzo jurídico de no manipular el *concepto jurídico indeterminado interés del menor* y, en particular, en el derecho internacional privado español.

IV.- DERECHOS HUMANOS, CONSTITUCION E INTERES DEL MENOR EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Para afrontar el tema correspondiente a este apartado importa tener en cuenta que, como desde hace tantos años tiene establecido el Tribunal Constitucional, *los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen en la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico...* (*Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1981, fundamento jurídico 10*).

Las normas de derecho internacional privado que contiene la *LOPJM* y ahora el último párrafo del artículo 9.5 del Código civil introducido por la *Ley 18/1999, de 18 de mayo*, han quedado incorporadas automáticamente al sistema español de derecho internacional privado y todo ese conjunto de disposiciones se distribuye en el esquema jerárquico normativo del derecho español (arts. 9.3, 63.2 y Cap. III del Tít. III CE, art. 1.3 C.c. y concordantes). En cuanto Ley Orgánica (art. 81 CE), varios de los preceptos de la *LOPJM* desarrollan derechos fundamentales (art. 81 CE) con rango normativo superior al de ley ordinaria en el que se encuadran las demás disposiciones. Y con arreglo al citado sistema jerárquico, las Disposiciones Finales 21ª y 22ª especifican los artículos de la *LOPJM* que tienen carácter supletorio respecto a la normativa de las Comunidades Autónomas en la materia de la que nos ocuparemos más adelante.

La situación no puede ser más compleja a la hora de saber el carácter y grado normativo de los preceptos, - en particular teniendo en cuenta el carácter plurilegislativo de España -, incluso para los juristas, cuestión que sin duda dificulta su aplicación. Esta dificultad deriva, en nuestra opinión, de la excesiva vocación globalizadora del legislador a falta de una ley de menores anterior. La afirmación anterior adquiere mayor relevancia máxime cuando en lo que se refiere al derecho internacional privado, el legislador no parece pronunciarse de momento a favor de la elaboración de una ley específica sobre tal especialidad jurídica, al contrario de lo ocurrido en Alemania y más recientemente con las leyes sobre derecho internacional privado de Suiza e Italia.⁸

La *LOPJM* centró su fundamento jurídico en los principios establecidos en los artículos 39, 14 y concordantes de la CE, en el primero de los cuales su número 4 dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". De otra parte, el artículo 10.2 también de la CE establece que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Por ello, al ratificarse la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989* se reforzó el sistema general de protección de los menores en el derecho español⁹. A la vista de lo anterior, resulta ociosa por repetitiva la *referencia a instrumentos internacionales* de todo el artículo 3 de la *LOPJM*, pues lo que refuerza la protección de los menores es la explicitación y regulación concreta de sus derechos en otras disposiciones de la *Ley* y no al contrario. Quizá podamos encontrar la justificación de tal proceder en un espíritu didáctico del legislador para suplir la "ignorancia de las leyes" por sus destinatarios aunque tal ignorancia no excuse de su cumplimiento (art. 6.1, párrafo 1º del Código civil). De todas formas y por cuanto ya se ha expuesto, la *Ley 18/1999, de 18 de mayo*, viene a cuestionar aún más el grado de coherencia de nuestro legislador en materia de protección de menores.

Pero importa resaltar que la concreción de la noción *interés del menor* llevada a cabo en el derecho convencional, en particular en la *Convención de Derechos del Niño de 1989*, se reforzó con la entrada en vigor de la *LOPJM* y, en consecuencia, quienes están obligados a tenerla en cuenta y aplicarla, -autoridades judiciales y administrativas y particulares en general, ya sean personas físicas o jurídicas-, encontrarán serias dificultades jurídicas para hurtar a los menores la protección que las normas garantizan.

Si bien todo el contenido de la *LOPJM*¹⁰ puede llegar a tener alguna relación con el *tráfico externo* relativo a los menores, algunas normas son específicas de derecho internacional privado, en particular en materia de adopción, de desplazamiento y retención internacional de menores, filiación y relaciones parternofiliales.

En materia de *adopción internacional* el artículo 25 de la *LOPJM*¹¹ adaptó las disposiciones del Código civil a las previsiones del *Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993*¹², aunque con la *Ley 18/1999, de 18 de mayo*, se haya introducido un importante elemento disfuncional: reforzó la *idoneidad* del adoptante, intensificó la cooperación internacional entre autoridades, estableció los controles necesarios de las entidades privadas que intervengan en las adopciones y se compromete en la prevención y sanción del *tráfico/comercio ilícito e ilegal internacional de menores* en orden a facilitar su persecución y resarcimiento de los daños que ocasione.

De otra parte se modificó el artículo 9.5 del Código civil sobre la eficacia en España de las adopciones constituidas en el extranjero, negando tal posibilidad a aquellas que no sean plenamente equiparables a la única forma de adoptar existente en derecho español, equiparada a la filiación biológica (matrimonial o no matrimonial) - ahora de nuevo modificado por la *Ley 18/1999, de 18 de mayo*, que relaja innecesariamente las garantías debidas a los menores objeto de adopción cuando ésta se lleva a cabo por españoles ante autoridad extranjera competente-, y de otra parte, se flexibilizaron las adopciones constituidas por Cónsul español en el extranjero para los adoptantes españoles. En fin, la disposición adicional segunda de la *LOPJM* fijó que las adopciones constituidas en el extranjero sólo tendrán acceso al Registro español si han concurrido los requisitos del artículo 9.5 del Código Civil.

En consecuencia, siendo así cuanto anteriormente se expone, llama poderosamente la atención que al cabo de cuatro años de la aprobación de la *LOPJM*, con la *Ley 18/1999, de 18 de mayo*, se proceda ahora a modificar de nuevo el artículo 9.5 del Código Civil introduciendo elementos de inseguridad jurídica para el *interés del menor adoptando* y se primen de esta forma los *intereses de los mayores* en las adopciones por españoles ante autoridad competente extranjera. Si como expresa el legislador en su *Exposición de Motivos* de la *Ley 18/1999, de 18 de mayo*, “no puede evitarse que existan diferencias entre los efectos de la adopción extranjera y los que produce esta institución en España”, evítese implicar a las autoridades públicas en los no siempre aceptables objetivos de los particulares de lograr que las adopciones de españoles en el extranjero alcancen unos efectos no queridos o no buscados por el ordenamiento jurídico extranjero que las hizo posible en las condiciones en que lo hizo y menos con efectos retroactivos para legalizar situaciones anómalas anteriores.

La otra materia que introdujo la *LOPJM* (*disposición final 19ª*) en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (arts. 1.901-1.909), ha sido un procedimiento específico hasta ahora inexistente con el fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de guarda y de visita y, en su caso, el retorno de los menores desplazados o retenidos internacionalmente de forma ilícita (*secuestro*). Tal novedad no es más que el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho convencional en la materia ratificado por España, en especial

del *Convenio del Consejo de Europa sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de guarda de menores, así cómo sobre restablecimiento de dicha guarda, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (BOE 1 septiembre 1984)* y del *Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 (BOE 24 agosto 1987)*¹³. A estos dos convenios internacionales habría que añadir el bilateral celebrado con el Reino de Marruecos *sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 150, 24 junio 1997)*, que resulta a todas luces inoportuno por su falta de originalidad y por sus similitudes incomprensibles con el *Convenio de La Haya* sobre la misma materia antes citado de 25 de octubre de 1980 y que tan excelentes resultados viene cosechando. Sólo la falta de perspectiva en la política convencional general y en la bilateral hispano-marroquí, hacen pensar que la existencia del expresado convenio haya sido debida a circunstancias coyunturales muy ajenas a las de los menores, centradas en otras de carácter económico derivadas de las relaciones comerciales entre ambos países y con una presencia determinante de los equilibrios económicos a los que responde la pertenencia de España a la Unión Europea. Dicho sea de otra forma, mejor hubiera sido propiciar la incorporación del Reino de Marruecos al reiterado *Convenio de La Haya de 1980*, que celebrar un convenio bilateral destinado a contribuir a una cierta confusión en torno a cuales deban ser las soluciones en materia de protección internacional de menores ante los desplazamientos o retenciones ilícitas de los mismos.

Sólo resta por mencionar la "modificación" que realizó la *LOPJM* en la norma de conflicto contenida en el artículo 9.4 del Código civil, relativo a la determinación de la ley aplicable a la filiación y a las relaciones parternofiliales¹⁴. Se determinó que dichas relaciones, además de remitirse a la ley personal (nacional) del hijo, subsidiariamente se regirían por la ley de su residencia habitual. Tal explicitación en el artículo 9.4 del Código civil resultaba del todo innecesaria, pues ya existía en el artículo 9.10 del mismo cuerpo legal, que remitía y sigue remitiendo a la aplicación de la ley de la residencia habitual en general en aquellos supuestos en que el afectado careciere de nacionalidad o la tuviere indeterminada.

A pesar de los defectos de la *LOPJM*, en particular los citados anteriormente, la concreción de los derechos del menor y los mecanismos protectores de la persona y sus bienes en derecho internacional privado que la citada ley lleva a cabo, vienen a fortalecer la correcta aplicación del concepto *jurídico indeterminado interés del menor* conforme a los parámetros descritos anteriormente y en armonía con el sistema general convencional de protección de los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho del menor.

V.- DERECHO CONVENCIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.

La incorporación de España al sistema convencional general de derecho internacional privado a partir de la década de los años 80, coincidiendo con una intensificación general considerable de la codificación del *tráfico externo* en la materia, ha hecho que ante la ya expresada ausencia de una ley sobre derecho internacional privado, el conjunto normativo español se vea particularmente modificado y en muchos casos

derogado por los textos internacionales. Pocos son los convenios internacionales sobre protección del menor que no haya ratificado España. Por ello, dado que conforme a la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento el derecho convencional tiene rango superior y prima sobre el derecho interno, éste se haya visto profundamente alterado, sustituido, modificado o derogado según las ocasiones por los instrumentos internacionales ratificados, ya que dicha ratificación se ha producido sin visión ni criterio global.

Tal estado de cosas ha afectado de forma particular en materia de protección internacional de menores¹⁵. Entre los foros internacionales de codificación del derecho internacional privado en los que España participa, donde se han elaborado un número importante de convenios relativos a la protección internacional de los menores, destacan la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Consejo de Europa.

El derecho internacional privado interno español sobre menores, en particular el Código civil, ha sido objeto de múltiples y sucesivas modificaciones parciales, las dos últimas mediante las ya reiteradas *LOPJM* y *Ley 18/1999, de 18 de mayo*, en los diversos textos que anteriormente se han citado¹⁶. Desde la entrada en vigor de la *CE*, se han aprobado, entre otras y sin contar con los dos anteriormente citadas, las siguientes disposiciones normativas sobre menores: *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio* (BOE 19 mayo 1981); *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación parcial del Código civil en materia de tutela* (BOE 26 octubre 1983); *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE 2 julio 1985); *Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción* (BOE 17 noviembre 1987), enmendada por la *Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo* (BOE 18 octubre 1990)¹⁷. A esta relación hay que añadir la normativa aprobada por las Comunidades Autónomas en la materia, en ejercicio de sus competencias estatutarias.

En efecto, no es gratuito afirmar que el derecho internacional privado español y en consecuencia en todo lo relativo al sector de la *protección internacional de los menores*, aunque no sólo en este concreto sector, carece de una *sistemática* coherente, se ha desarrollado sin una suficiente perspectiva de futuro y se caracteriza por una lamentable descoordinación entre la elaboración de normas internas y la ratificación de convenios internacionales. La *LOPJM* bien podía haber aprovechado la ocasión para poner algo de orden al respecto, pero probablemente ya era tarde para compromiso de tanta envergadura en la política legislativa y convencional general, quizás se ha producido una precipitación a la hora de la elaboración de la misma y baste como ejemplo la reciente *Ley 18/1999, de 18 de mayo*, que de nuevo modifica el artículo 9.5 del Código civil en materia de adopción internacional.

En cualquier caso hay que destacar que la jurisprudencia española en aplicación del derecho convencional ha aumentado de forma considerable, sustancial y numéricamente, en especial en aplicación de los convenios de la Conferencia de La Haya sobre protección

internacional de menores, ocupando en la actualidad un lugar destacado si lo comparamos con los países de nuestro entorno jurídico cultural¹⁸.

El saludable esfuerzo codificador desarrollado en los diferentes foros internacionales en los que participa España ha elaborado recientemente varios textos internacionales que todavía no han entrado en vigor. No sería deseable que España siguiera una política de ratificación simplista y por ello entendemos que su estudio y ponderación debería ser sopesado con detenimiento por las autoridades competentes (poderes legislativo y ejecutivo), ante el riesgo de aumentar la diversificación y falta de cohesión del sistema de derecho internacional privado. Nos estamos refiriendo al *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación entre autoridades en materia de responsabilidad de los padres y de medidas de protección de los menores, hecho en la XVIII Sesión de la Conferencia de La Haya el 19 de octubre de 1996*¹⁹, que inmediatamente se apresuró a firmar Marruecos, y cuya ratificación reemplazaría al *Convenio sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 1961* (ratificado por España) y, de otra parte, el *Convenio del Consejo de Europa sobre el ejercicio de los derechos de los menores, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996*.

En fin, como ejemplo de falta de coherencia de la política convencional en la materia, damos aquí por reproducidas las críticas efectuadas anteriormente en relación con la celebración del Convenio bilateral hispano-marroquí *sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997*, hasta ahora de tan escasos e insuficientes resultados prácticos.

6.- Conflictos interregionales y protección del menor. España quedó organizada territorialmente en Comunidades Autónomas en la *CE*. Con la peculiar y técnicamente confusa formulación que el artículo 149.1.8ª de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de *conflicto de leyes* y en armonía con el artículo 16 del Código civil, los *conflictos interregionales* (únicos que pueden darse en el derecho jurídico español) han de resolverse según las normas de derecho internacional privado contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, con las particularidades que en el citado artículo se fijan.

Ante la regulación generalizada y no siempre coincidente sobre protección del menor en las Comunidades Autónomas^{20 21}, la *LOPJM* no podía por menos que señalar en sus Disposiciones Finales 21ª y 22ª los artículos de la misma que tienen carácter supletorio respecto a la normativa que dicten las Comunidades Autónomas. Como afirmábamos al comienzo, la situación legislativa no puede ser más compleja y resulta difícil incluso su correcta aplicación a los juristas. A este respecto que resultaría del todo indicado retomar el debate iniciado ahora hace cincuenta años en el Congreso de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946, en el que se abogó por la elaboración de una ley específica de carácter general para resolver los *conflictos interregionales*.

La diversidad normativa interna en materia de protección de menores derivada de la configuración territorial de España en Comunidades Autónomas, la falta de una mayor coherencia en la política legislativa y convencional, así como el complejo entramado de *intereses* que inciden en esta materia (privados y públicos), ha hecho que hagan acto de presencia elementos disfuncionales que entorpecen la garantía jurídica de la debida protección del *interés del menor* y, valga a título de ejemplo que, en materia de adopción, sea un hecho cada día más cierto, la presencia de un inaceptable *tráfico internacional de menores* que intenta verse amparado por un cierto halo de legalidad ante la falta de eficacia para evitarlo y sancionarlo por parte de los poderes públicos y una progresiva toma de conciencia social que se ve imposibilitada para incidir en su erradicación.