

# NOTAS SOBRE LA COLISIÓN DE FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y PROTECCIÓN DEL NIÑO

FEDERICO F. GARAU SOBRINO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad de las Illes Balears*

Recibido: 30.01.2011 / Aceptado: 04.02.2011

**Resumen:** La ratificación por España del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección del niño (la UE autorizó a los Estados miembros su ratificación) plantea problemas de compatibilidad con las normas sobre responsabilidad parental de la UE (Reglamento Bruselas II) y las españolas de origen interno que regulan los diferentes aspectos de Derecho Internacional Privado. Sería aconsejable que la UE replantease su política de incorporar normas que poseen una gran complejidad y que plantean problemas sobre la coherencia de su sistema normativo.

**Palabras clave:** responsabilidad parental, protección del niño, Reglamento Bruselas II, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 1996 sobre protección del niño, colisión de fuentes jurídicas.

**Abstract:** The ratification by Spain of the Hague Convention of 1996 on the protection of children (the EU authorized the ratification to the Member States) raises some problems of compatibility with EU Rules on parental responsibility (Brussels II Regulation) so as with the Spanish laws governing the aspects of Private International Law. It would be advisable that the EU reassess its decision to incorporate legal sources with a great complexity that opens some questions about the consistency of its own system.

**Key words:** parental responsibility, protection of children, Brussels II Regulation, Hague Conference on Private International Law, Convention of 1996 on Protection of Children, conflict of legal sources.

**Sumario:** I. El cambio de modelo teórico en materia de incapacidad. II. Pluralidad de sistemas de protección del niño en el Derecho Internacional Privado español. 1. Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II. 2. Ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996. 3. Ámbito de aplicación de la normativa de origen interno: arts. 9.4º y 9.6º Cc, art. 22 LOPJ, art. 34 LAI, arts. 954 ss. LEC de 1881. III. Conclusiones de *lege lata* y *de lege ferenda*.

## I. El cambio de modelo teórico en materia de incapacidad

1. La reciente entrada en vigor para España del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* [«CLH 1996»]<sup>1</sup> ha venido a com-

<sup>1</sup> España ratificó el CLH 1996 el 6 de septiembre de 2010, entrando en vigor el 1 de enero de 2011 (BOE de 2 diciembre 2010). Sustituye entre Estados contratantes al *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores* y al *Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 para regular la tutela de los menores*, todo ello sin perjuicio del reconocimiento de las medidas adoptadas según el Convenio de 1961 (véase art. 51 del Convenio de 1996). España ha formulado una Declaración al texto convencional –Declaración impuesta por la Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 diciembre 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 (DOUE L 48 de 21 febrero 2003)–, mediante la que ha manifestado que las resoluciones

plicar sobremanera el marco normativo sobre la protección del niño. Este texto convencional se suma al *Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, denominado Reglamento Bruselas II [«RBII»]<sup>2</sup> y a un conjunto de disposiciones de origen interno que reglamentan diversos aspectos de la protección del niño desde la perspectiva del DIPr.: determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, así como el reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones judiciales extranjeras en esta materia.

La primera cuestión con la que se enfrenta un jurista es la determinación del ámbito de aplicación de las normas, debiendo resolver la colisión entre las que, en principio, podrían ser aplicables. En materias como esta, con una hiperinflación normativa, el problema de la colisión normativa cobra una especial relevancia. Las páginas que siguen son unas notas que, a modo de primera reflexión tras la entrada en vigor del CLH 1996, he preparado sobre la colisión normativa del ordenamiento español sobre medidas de protección del niño<sup>3</sup>.

2. En DIPr. se ha venido utilizando un esquema clásico para abordar la cuestión de la ley aplicable a la incapacidad de las persona físicas, distinguiéndose entre la *incapacidad genérica* o minoría de edad y las *incapacitaciones* reguladas por la ley y graduadas por sentencia (p.ej., en caso de enfermedades mentales). Frente a la incapacidad de una persona, los ordenamientos jurídicos prevén la adopción de medidas para proteger su persona y sus bienes. Los mecanismos de protección más importantes de *derecho privado* son la *patria potestad*, que se ejerce frente al incapaz –el menor de edad–, y la *tutela*<sup>4</sup>, referida a los menores no sometidos a patria potestad y a los mayores incapacitados. Así, con carácter general, se ha relacionado la patria potestad con la filiación, derivándola, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, a la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 Cc<sup>5</sup>. Este esquema teórico tenía como resultado la creación de dos parejas de conceptos: por un lado, la de «patria potestad – menor» y, por otro, la de «tutela – menor no sometido a patria potestad y mayor incapacitado». En el plano de la ley aplicable, mientras la primera pareja se derivaba a la norma de conflicto en materia de filiación, la segunda era sometida a la norma de conflicto específica, de origen interno o no, sobre incapacidad.

3. La integración en el ordenamiento español de normas de la UE y convencionales que contienen el concepto amplio de «responsabilidad parental» obliga a replantear el anterior esquema conceptual. Así, el RBII la define como el conjunto de «derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita» (art. 2.7). Es más, el art. 1.2 enumera entre las cuestiones incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento el derecho de custodia y al derecho de visita (letra a), la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor,

---

dictadas en los Estados de la UE sobre una materia del Convenio se reconocerán y declararán ejecutivas en España mediante el Reglamento Bruselas II.

<sup>2</sup> *DOUE* L 338 de 23 diciembre 2003. Modificado por el Reglamento (CE) n° 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004 (*DOUE* L 367 de 14 diciembre 2004). Texto consolidado en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF>

<sup>3</sup> El día que se publicó en el BOE el Instrumento de ratificación del CLH 1996, redacté para mi blog *Conflictus Legum* unas apresuradas observaciones en las que dejaba constancia de mi preocupación por el tema de la colisión de normas en el ordenamiento español (véase <http://conflictuslegum.blogspot.com/2010/12/boe-de-2122010.html>). Con el paso de las semanas, mis temores iniciales se han acrecentado.

<sup>4</sup> En DIPr. se utiliza el término amplio de «tutela» para referirse a esta concreta medida de protección de las personas citadas, sin identificarlo con la denominación que pueda recibir en los diferentes ordenamientos jurídicos: tutela, curatela, custodia, etc.

<sup>5</sup> Para este esquema clásico véanse, por todos, A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Persona física» en A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. 2, 11ª edic., Granada, Comares, 2010, pp. 38-39; ID., «Protección de menores» en A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, op.cit., p. 280; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edic., Madrid, Civitas, 2009, pp. 319-320.

de representarlo o de prestarle asistencia (letra c), así como las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes (letra e).

En parecidos términos, el CLH 1996 precisa que la expresión responsabilidad parental «comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño» (art. 1.2)<sup>6</sup>.

Por si todavía quedase alguna duda de la interrelación de los conceptos *patria potestad* y *responsabilidad parental*, en la página web de la UE sobre la *Red Judicial Europea en materia civil y mercantil*, al tratar el tema de la responsabilidad parental en el ordenamiento español, se utilizan indistintamente ambos conceptos<sup>7</sup>.

A la vista de las anteriores consideraciones, puede concluirse que *el concepto de patria potestad estaría incluido en el más amplio de responsabilidad parental*, presentando aspectos comunes, como la administración de los bienes del menor, su representación, responsabilidades y deberes de los padres hacia los hijos, etc. De este modo, siempre que sean aplicables las normas que utilizan este esquema conceptual (RBII, CLH 1996), la determinación de la ley aplicable y de la competencia internacional a las concretas cuestiones de la patria potestad incluidas en sus definiciones de responsabilidad parental se realizará mediante las reglas contenidas en estas disposiciones y no por las normas de origen interno relativas a la filiación: el art. 9.4 Cc (ley aplicable) y el art. 22.3, inciso cuarto, LOPJ (competencia internacional).

## II. Pluralidad de sistemas de protección del niño en el Derecho Internacional Privado español

4. Con la incorporación de normas de origen no interno, el DIPr. español ha pasado a tener varios sistemas de responsabilidad parental, que configuran un entramado complejo de colisión normativa. Así, por un lado, nos encontramos con las normas de origen no interno: el RBII y el CLH 1996. Frente a ellas tenemos las disposiciones de origen interno: el art. 9.6 Cc, el art. 22 LOPJ, el art. 34 de la Ley de adopción internacional [«LAI»], así como los arts. 954 ss. LEC de 1881. Este último grupo queda desplazado por las normas de origen no interno, teniendo un carácter residual. Paso seguidamente a ocuparme del ámbito de aplicación de cada una de estas normas, con el objeto de intentar solventar la colisión entre ellas.

### 1. Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II

5. Forman parte del *ámbito de aplicación material* del RBII diversas cuestiones relacionadas con la protección del menor: tutela, curatela e instituciones análogas, acogimiento del menor, medidas de protección de su persona y de sus bienes [véase el art. 1.2, letras *b*), *c*), *d*) y *e*)] –ya me he referido a las cuestiones incluidas en el concepto «responsabilidad parental» (*supra* NM 3)–. Como quiera que el Reglamento no define qué se entiende por «menor», será esta una cuestión que se resolverá por la legislación de cada Estado miembro. Así, cuando la cuestión se suscite en España, será aplicable el art. 9.1 Cc,

<sup>6</sup> El *Informe explicativo de Paul Lagarde al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996* [cit. *Informe Lagarde*] comenta el art. 1.2 en los siguientes términos: «También el párrafo 2 del artículo primero se esfuerza en aclarar esta noción de responsabilidad parental, dado que los debates mostraron que no era comprendida del mismo modo por todas las delegaciones. La definición dada es amplia. Cubre a la vez la responsabilidad relativa a la persona del niño, la responsabilidad relativa a sus bienes y, de forma general, la representación del niño, sea cual sea la denominación dada a la institución, responsabilidad parental, autoridad parental, poder (*puissance*) paternal, así como tutela, curatela, administración legal, custodia (*custody*) y guarda (*guardianship*). Los derechos y obligaciones a los que se refiere son aquellos que pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo, ya se trate de la guarda, de la educación, de la fijación de residencia, o de la vigilancia de la persona del niño, particularmente en sus relaciones. El concepto de poderes se relaciona más específicamente a la representación del niño. Esta responsabilidad es normalmente ejercida por los padres, pero puede ser ejercida en todo o en parte por terceros, dentro de las condiciones fijadas por las legislaciones nacionales, en caso de fallecimiento, de inaptitud o de indignidad de los padres, o en caso de abandono del niño por sus padres» (NM 14).

<sup>7</sup> Véase [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_spa\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_spa_es.htm)

que remite a la ley nacional del sujeto. Si la persona tiene plena capacidad de obrar, porque p.ej. está emancipada, los litigios que afecten a sus bienes quedan excluidos del concepto «responsabilidad parental»<sup>8</sup>.

Por lo que respecta a su *ámbito personal*, las cuestiones referentes a la responsabilidad parental tienen disposiciones específicas. El Reglamento se aplica con carácter general cuando *el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro*<sup>9</sup> (art. 8). Ahora bien, con carácter excepcional y siempre que concurren ciertas circunstancias, bastará con que *el menor «esté presente» en un Estado miembro* (art. 13). En relación con el reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, el elemento personal es indiferente, exigiéndose únicamente que *la resolución haya sido adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro* (art. 21.1).

**6.** En las relaciones entre *Estados de la UE*, el RBII prevalece sobre el CLH 1996 en cuestiones de *competencia judicial y reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones* en aquellas materias coincidentes (responsabilidad parental) cuando el menor afectado resida habitualmente en un Estado miembro de la UE, o cuando deba reconocerse una resolución dictada por un órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro –incluso cuando la resolución afecte a un menor con residencia habitual en un Estado no miembro que ha ratificado el CLH 1996– (véase art. 61 RBII<sup>10</sup>).

**7.** Siempre que sea de aplicación, el RBII determinará la *competencia judicial internacional* de acuerdo con los foros de los arts. 8 y ss. Si de estos foros no resultan competentes los tribunales de un Estado miembro, entonces la competencia se establece en cada Estado miembro «con arreglo a las leyes de dicho Estado»; en España, de acuerdo con el CLH 1996 y, en su defecto, por la LOPJ.

El *reconocimiento* y, en su caso, la *declaración de ejecutividad* de las resoluciones relativas a la adopción de medidas de protección del menor se realizará de conformidad con las disposiciones del capítulo III, siempre que aquéllas hayan sido adoptadas en un Estado de la UE y deban ser reconocidas y declaradas ejecutivas en otro Estado de la UE (art. 21.1).

Como consecuencia de la declaración que están formulando los países de la UE en el momento de adherirse al CLH 1996, las disposiciones del RBII sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad también se aplican a todas las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (excepto Dinamarca) sobre materias incluidas en el ámbito del Convenio de 1996 y que pretenden ser ejecutadas en otro Estado miembro.

## 2. Ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996

**8.** Como indica su título, este texto convencional regula fundamentalmente tres tipos de cuestiones: la determinación de las *autoridades competentes*<sup>11</sup> para adoptar las medidas de protección, la determinación de la *ley aplicable* a la adopción de dichas medidas, así como el *reconocimiento* y, en su caso, la *declaración de ejecutividad* de las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante en los demás Estados contratantes<sup>12</sup>. Su ámbito material se circunscribe a la responsabilidad parental y a las medidas de protección de la persona o de los bienes del *niño*, entendiéndose por tal los comprendidos entre el momento de su nacimiento y hasta que cumplen los 18 años de edad (art. 2), siendo indiferente que se hallen sometidos o no a patria potestad<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Mientras el RBII utiliza el término «menor», sin definirlo, el CLH 1996 habla de «niño», dándole un contenido autónomo (art. 2). Véase *infra* NM 8.

<sup>9</sup> En el término Estado miembro no se incluye a Dinamarca (art. 2.3 y considerando 31 de la exposición de motivos).

<sup>10</sup> La declaración al CLH 1996 formulada por España, impuesta por la Decisión del Consejo 2003/93/CE, solamente se refiere al régimen del reconocimiento y declaración de ejecutividad. Por tanto, la prevalencia de las disposiciones del RBII en materia de competencia internacional deriva exclusivamente del art. 61.a) RBII.

<sup>11</sup> La referencia a las «autoridades» incluye tanto las judiciales como las administrativas (vid. *Informe Lagarde*, NM 10 y art. 5.1).

<sup>12</sup> No me ocupo del tema de la cooperación entre Estados parte a través de autoridades centrales (capítulo V) por carecer de relevancia a los efectos de estas reflexiones.

<sup>13</sup> *Informe Lagarde*, NM 16. Sin embargo, el RBII se refiere al «menor», concepto que se determinará por el ordenamiento de cada Estado miembro (*supra* NM 5). Esto tienen como consecuencia que una misma persona sea «niño» para el CLH 1996 pero no pueda ser considerado «menor» a efectos del RBII (p.ej., el *niño* de 17 años emancipado). No estamos ante una cuestión sin importancia, puesto que cuando el niño no sea menor, las medidas adoptadas de conformidad con el CLH 1996 no

El texto convencional enumera las medidas de protección incluidas en su ámbito de aplicación (art. 3), así como las cuestiones que se hallan excluidas (art. 4). Se incluye en el ámbito del convenio la institución de protección propia del Derecho musulmán denominada *kafala* (véase art. 3.e)<sup>14</sup>.

El elemento territorial del *ámbito personal* de aplicación del Convenio puede variar según la cuestión de la que se trate. Así, en relación con la determinación de la *competencia* de las autoridades, aun cuando el criterio general es que el menor tenga su residencia habitual en un Estado contratante (arts. 5, 7, 10), en ocasiones es suficiente con que se encuentre en un Estado parte en el Convenio (arts. 6, 11, 12) o simplemente que posea bienes en uno de los Estados contratantes (arts. 11, 12) –también pueden ser competentes las autoridades de un Estado miembro que se hallan «mejor situadas» para apreciar el interés superior del niño (Estado de la nacionalidad del niño, en el que se sitúen bienes del niño, en el que se conozca una demanda de nulidad, separación o divorcio de los padres del niño, o con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho) (arts. 8 y 9)–. En el ámbito de la *ley aplicable*, es indiferente que el menor tenga su residencia en un Estado parte, pues las normas de conflicto del capítulo III se aplican con carácter universal (art. 20). Finalmente, las normas sobre *reconocimiento y declaración de ejecutividad* se aplican con independencia de todo elemento territorial relativo al menor, puesto que lo determinante es que las medidas hayan sido adoptadas por las autoridades de un Estado contratante (art. 23.1)<sup>15</sup>.

9. Por lo que respecta a su colisión con el RBII, el CLH 1996 se aplica en las relaciones entre Estados de la UE y países terceros que han ratificado el texto convencional en las cuestiones de determinación de la *competencia internacional* cuando el niño afectado resida habitualmente en un Estado parte del convenio que no sea miembro de la UE. El Convenio no se aplicará para determinar la competencia internacional cuando el niño sea nacional de un Estado no miembro de la UE parte en el Convenio (p.ej., Marruecos) pero tenga su residencia habitual en un Estado miembro (p.ej., España). En este caso, la competencia se fijará de acuerdo con las reglas del RBII [art. 61.a) RBII]. Entiendo que la claridad y simplicidad del art. 61.a) exime de complicar innecesariamente la cuestión, distinguiendo entre el litigio con una vertiente extracomunitaria (determinación de la competencia de las autoridades de países de la UE en relación con un niño con residencia habitual en un Estado miembro pero nacional de un Estado tercero parte en el CLH 1996) o comunitaria (niño con residencia habitual en un Estado miembro y nacionalidad de un Estado miembro). Igualmente, la simplicidad de la regla del art. 61.a) debe interpretarse en el sentido de que las reglas de competencia del RBII no se aplican cuando el niño simplemente se halla («esté presente») en un Estado miembro, aun cuando las autoridades de ese Estado serían competentes de acuerdo con el foro del art. 13 RBII.

En relación con el *reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones* en materia de responsabilidad parental, las normas del CLH 1996 desplazarán a las del RBII cuando las resoluciones hayan sido adoptadas por las autoridades de un país no miembro de la UE (y parte en el Convenio) y se quieran hacer valer en un Estado de la UE. Si la resolución ha sido adoptada por una autoridad de un Estado de la UE y se quiere reconocer y, en su caso, declarar ejecutiva en otro Estado miembro, la vía a utilizar es la del RBII [art. 61.b) RBII y Declaración al texto convencional formulada por los Estados miembros de conformidad con la Decisión del Consejo 2003/93/CE]<sup>16</sup>.

---

podrán reconocerse ni declararse ejecutivas en el ámbito de la UE a través del RBII, a pesar del tenor literal del art. 61 RBII. El Reglamento no será aplicable, en primer lugar, porque las medidas no afectan a un *menor*; y en segundo lugar, porque su art. 61, que es el que determina su aplicabilidad en relación con el CLH 1996, exige en todo momento que se trate de un *menor*.

<sup>14</sup> Mediante la *kafala*, una autoridad judicial o administrativa confía un niño necesitado de protección a una institución pública o social o a una familia musulmana, quienes se ocuparán de su persona y, en su caso, de sus bienes, pudiendo incluso llegar a recibir una delegación de la tutela sobre el niño. En ningún caso la *kafala* produce efectos en el ámbito de la filiación. Esta figura jurídica se utiliza como solución a la prohibición de la adopción por el Derecho islámico. Sobre el tema véase el *Informe Lagarde*, NM 23.

<sup>15</sup> Sobre la laxitud, o carácter flotante, del elemento territorial del ámbito personal de aplicación véase el *Informe Lagarde*, NM. 17. De conformidad con la reserva que vienen formulando los Estados de la UE, en el ámbito de la UE no se aplicarán las previsiones de los arts. 23 a 28 del Convenio, siendo de aplicación las reglas correspondientes del RBII.

<sup>16</sup> También se aplicarán las disposiciones del CLH 1996 cuando la resolución haya sido adoptada por las autoridades de un país no miembro de la UE y se quieren hacer valer en otro país no miembro y ambos son parte en el Convenio.

El texto convencional prevé también el reconocimiento de las medidas adoptadas a través del *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores* (véase art. 51 *in fine* CLH 1996). Esto implica que las medidas de protección adoptadas por autoridades de un país del Convenio de 1961 pero que no pertenece a la UE, y que son competentes de acuerdo con las reglas del Convenio de 1961, se deberán reconocer en un Estado de la UE a través del capítulo IV del CLH 1996—si las autoridades pertenecen a un Estado de la UE (parte en el Convenio de 1961) y se quieren hacer valer en otro Estado de la Unión, el reconocimiento será a través del RBII—. La cuestión admite más variaciones—el Estado de origen y el requerido son parte en el Convenio de 1961 y han ratificado también el CLH 1996, o el menor es nacional de un Estado parte del Convenio de 1961 pero que no ha ratificado el CLH 1996—, ahora bien, creo que con lo dicho queda patente la complejidad de la colisión entre normas, así como la confusión y la inseguridad generadas<sup>17</sup>.

Finalmente, las normas de conflicto del CLH 1996 se utilizan siempre para *determinar la ley aplicable* a las medidas de protección del niño, puesto que es esta una cuestión excluida del RBII. Además, el art. 20 del Convenio establece su carácter universal, esto es, sus normas se aplican aun cuando remitan a la aplicación del ordenamiento de un Estado que no es parte.

### 3. **Ámbito de aplicación de la normativa de origen interno: arts. 9.4º y 9.6º Cc, art. 22 LOPJ, art. 34 LAI, arts. 954 ss. LEC de 1881**

10. Por lo que se refiere a la normativa de origen interno, nos encontramos con una constelación de disposiciones que pueden ser aplicables: los *arts. 9.4 y 9.6 Cc*, que regulan la ley aplicable, el *art. 22 LOPJ*, que se ocupa de la competencia judicial internacional, el *art. 34 LAI*, que reglamenta el reconocimiento de las instituciones de protección de menores que no producen vínculos de filiación, así como los *arts. 954 ss. LEC de 1881*, que se ocupan del reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones extranjeras. Todas ellas son de aplicación residual, en la medida en que los hechos no caigan bajo el ámbito de aplicación de las disposiciones de origen no interno (el RBII y el CLH 1996).

11. Los *arts. 22.3 y 22.5 LOPJ y 9.6 Cc* se aplicarán en relación con las medidas de protección de todas aquellas personas excluidas del ámbito del CLH 1996 y del RBII; esto es, personas que tienen más de 18 años y que son «menores» (según su ley personal no han alcanzado la mayoría de edad) o son incapaces. Por tanto, *la competencia de las autoridades judiciales españolas* para adoptar las medidas de protección se establece mediante el inciso segundo del art. 22.3 LOPJ—foro de la residencia habitual del menor o del incapaz en territorio español— y 22.5 LOPJ—foro de la mera presencia en España para la adopción de medidas provisionales o cautelares—, siempre que la persona tenga más de 18 años y sea «menor» o sea incapaz. Igualmente, y por lo que se refiere a la determinación de la *ley aplicable* a las medidas de protección, se utilizará el art. 9.6 Cc cuando se trate de una persona de más de 18 años y sea «menor» o sea incapaz.

Por su parte, la norma de conflicto del *art. 9.4 Cc* determinará la ley aplicable a las cuestiones de patria potestad en los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del CLH 1996<sup>18</sup>.

12. En el ámbito del *reconocimiento*, el *art. 34 LAI* establece un sistema específico para el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación—en este grupo de medidas se incluye básicamente la ya citada

<sup>17</sup> El Informe del Convenio, consciente del jardín en el que se ha metido el texto convencional, se limita únicamente a apuntar los problemas: «Si, por ejemplo, la residencia habitual de un niño cambia del Estado A al Estado B, ambos antiguamente parte en el Convenio de 1961 pero convertidos en parte en el nuevo Convenio en el momento del cambio, el nuevo Convenio debería lógicamente aplicarse a sus relaciones. Pero si el niño tiene la nacionalidad del Estado C, parte en el Convenio de 1961, pero no en el nuevo, el Convenio de 1961 continúa vinculando a los Estados A y B con el Estado C que podrá, al reivindicar la competencia de sus autoridades o el respeto de la relación de autoridad *ex lege* resultante de su ley, bloquear la aplicación del nuevo Convenio en las relaciones entre los Estados A y B. El único camino sería quizá para estos Estados denunciar el Convenio de 1961, lo que el artículo 51 preferiría sin embargo evitar organizando un periodo de transición» (*Informe Lagarde*, NM 169).

<sup>18</sup> Sobre la relación entre incapacidad y patria potestad véase *supra* NM 2 y 3.

institución musulmana de la *kafala*-. Estas medidas de protección se reconocerán en España a través de este precepto cuando hayan sido constituidas por una autoridad distinta de las competentes según los criterios de los arts. 5 a 10 del CLH 1996 (autoridades del *Estado parte del Convenio* en el que el niño tenga su residencia habitual, su nacionalidad, donde se encuentre, donde estén situados sus bienes, etc.).

13. Finalmente, los arts. 954 y ss. *LEC de 1881*, que se ocupan del reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones extranjeras en ausencia de norma de origen no interno, se aplicarán siempre que las resoluciones sobre las medidas de protección hayan sido adoptadas por las autoridades de un Estado que no sea parte en el CLH 1996 o de un Estado no miembro de la UE. También se aplicarán cuando las medidas adoptadas se refieran a personas de más de 18 años y sean «menores» o sean incapaces, así como cuando la medida de protección adoptada no sea una *kafala* u otra institución que no produzca vínculos de filiación (en estos últimos casos, el reconocimiento se realiza a través del art. 34 LAI).

14. Los arts. 32 y 33 LAI no modifican las anteriores conclusiones sobre el ámbito de aplicación de esta normativa. Se limitan a establecer que, ante la ausencia de normas de origen no interno que sean aplicables a la cuestión de la competencia (art. 32) o de la ley aplicable (art. 33), se hará uso de las normas de origen interno: el art. 22.3 y 22.5 LOPJ y el art. 9.6 Cc. Estos preceptos de la LAI son simple *normas didácticas*, al igual que el art. 951 LEC de 1881 o los arts. 3 ó 36 LEC, entre muchas otras<sup>19</sup>, que recuerdan al operador jurídico lo evidente y que en nada modifican la solución a la colisión de fuentes ni, mucho menos, el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

### III. Conclusiones de lege lata y de lege ferenda

15. Cualquier persona que haya tenido la paciencia de leer hasta aquí se habrá podido dar cuenta que nos hallamos ante un lamentable galimatías normativo. Los que nos dedicamos al estudio del Derecho, en ocasiones nos quejamos del deficiente manejo de las fuentes por parte de los profesionales, de los prácticos. Pero a poco que nos fijemos en las normas que se están creando y hagamos un ejercicio de sinceridad, no puede extrañarnos su desconocimiento, así como su aplicación y manejo incorrectos. Parece que el legislador, sea quien sea (miembro del poder legislativo, del poder ejecutivo, nacional, de la UE o perteneciente a una organización internacional), ha olvidado el principio elemental de teoría general de Derecho que exige que las normas sean claras y precisas. Y ello concediendo que su quehacer viene respaldado por la mejor intención y por su deseo de evitar la inseguridad jurídica. Las normas excesivamente complejas acaban por convertirse en *misión imposible* para quienes tienen que aplicarlas (aunque, lamentablemente, no se *autodestruyen* después de un período de tiempo).

El CLH 1996 es un ejemplo de complejidad legislativa. Diez preceptos se ocupan de determinar las autoridades competentes: diez preceptos en los que hay una regla general (art. 5), una matización (art. 6), dos excepciones a las reglas anteriores (arts. 8 y 9), dos excepciones para situaciones específicas (arts. 7 y 10), dos reglas especiales (arts. 11 y 12) y dos normas para resolver los problemas de aplicación de todas las anteriores (arts. 13 y 14). Para el establecimiento de la ley aplicable se utilizan cinco normas de conflicto (arts. 15 a 19), acompañadas de tres normas de funcionamiento (arts. 20 a 22). Seis preceptos se ocupan del reconocimiento –que es un reconocimiento automático– y la declaración de ejecutividad (arts. 23 a 28). Y así hasta 63 preceptos. El art. 47, por ejemplo, contiene diez reglas que aclaran la aplicación del texto convencional en Estados con diversas unidades territoriales con sistemas jurídicos diferentes. Quizás podría haberse pensado en una fórmula más sintética, como la que se ha venido utilizando tradicionalmente en los textos de la Conferencia de La Haya de DIPr.: «cuando un Estado conste de varias unidades territoriales en que cada una tenga sus propias normas legales sobre protección de los niños, cada unidad territorial será considerada como un Estado a efectos de la deter-

<sup>19</sup> En el Derecho comparado, art. 3 *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (Alemania), art. 2.1 *Legge 31 maggio 1995 n. 218 di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (Italia), art. 1.2 *Loi fédérale sur le droit international privé* (Suiza), art. 2 *Loi 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé* (Bélgica).

minación de las cuestiones reguladas en el presente Convenio.» Esta opción incluso hubiese permitido añadir alguna disposición específica para situaciones más conflictivas, como la derivada de la remisión al Estado de la nacionalidad del niño, que podría haberse resuelto mediante la regla del actual art. 47.4.

**16.** Además de la claridad y precisión de los textos, debe cuidarse otro aspecto: la *coherencia del sistema*. Es decir, que la parte del ordenamiento jurídico que se ocupa de reglamentar una cuestión, y en la que pueden integrarse normas de origen interno y no interno, sea coherente, mantenga una lógica interna –incluso, sea comprensible–. En las páginas anteriores he intentado analizar los problemas de colisión que se plantean entre una media docena de normas del ordenamiento español que se ocupan de la cuestión de la responsabilidad parental y de la protección del niño, y eso solamente desde la perspectiva del DIPr. Qué decir, por ejemplo, de la endiablada articulación entre el Convenio de La Haya de 1961, el CLH 1996 y el RBII a los solos efectos de reconocer las medidas de protección adoptadas por las autoridades competentes de acuerdo con las reglas del Convenio de 1961. ¿Es lógico este *embarras de richesse* legislativo en el que solamente hallar la fuente, la norma finalmente aplicable, se asemeja a la búsqueda del Santo Grial? No nos debe extrañar que los encargados de la aplicación del Derecho cometan errores sobre la elección de la norma aplicable o, sencillamente, no comprendan el entramado normativo.

Esta cuestión entronca con otra de política legislativa no exenta de calado: la bondad de integrar normas en nuestro ordenamiento jurídico que acaban por producir una incoherencia en el tratamiento del tema. A título de ejemplo, hemos visto que los conceptos de *menor*, utilizado por el RBII, y de *niño* del CLH 1996 no son coincidentes, con las consecuencias indeseables que ello tiene sobre su articulación. Parece que en los últimos años la política de la UE es la de adherirse –u obligar a los Estados miembros a hacerlo– a los textos convencionales de la Conferencia de La Haya de DIPr. Este es el caso del CLH 1996. O el del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos<sup>20</sup>, que precisa de la ratificación del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Esta técnica legislativa puede dar a entender, justa o injustamente, una incapacidad de la UE para crear sus propias normas y resolver los problemas que se plantean en el ámbito de la Unión, viéndose abocada a acudir a normas convencionales pensadas para ámbitos territoriales más amplios, con soluciones que no tienen por qué encajar necesariamente con los problemas planteados en las relaciones intracomunitarias y cuya ratificación, como hemos visto, acaba planteando graves problemas de coordinación internormativa. En definitiva, su incorporación atentan contra la coherencia del sistema de la UE.

Personalmente, creo que debería replantearse esta política legislativa. La UE tiene que ser capaz de crear su propia normativa adaptada a sus necesidades, y determinar si es conveniente la incorporación de normas convencionales, o si su ratificación podrá generar problemas de aplicación o de incoherencia en el tratamiento de la materia por la normativa de la Unión. El legislador de la UE debería atender, en primer lugar, a la coordinación entre la normativa de la Unión y las normas nacionales, para, en un segundo momento, analizar la conveniencia para el sistema de incorporar textos convencionales, porque constata que no lo distorsiona ni le crea problemas de aplicación.

<sup>20</sup> DOUE L 7 de 10 enero 2009.