

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Marina Vargas Gómez-Urrutia

Pedro-Pablo Miralles Sangro
Prólogo

Secretaría de Cultura Gobierno de Jalisco
Universidad Panamericana
Sistema Estatal DIF Jalisco
Instituto Cabañas

Primera edición, 1999
ISBN 970-624-177-9

© D.R. Marina Vargas Gómez-Urrutia
Dibujo Portada: Fernando Robles
Derechos para esta edición: Secretaría Cultura, Gobierno Jalisco
Cabañas, 8, Hospicio Cabañas, Patrimonio de la Humanidad, Centro Histórico,
Guadalajara, Jalisco
Impreso en México

**LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS DEL NIÑO
Y
LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

INDICE

PROLOGO de PEDRO PABLO MIRALLES SANGRO.....

INTRODUCCION.....

PRIMERA PARTE

EL SISTEMA CONVENCIONAL GENERAL DE PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

CAPITULO I. El sistema convencional universal de protección de los Derechos del niño.....

1. Planteamiento general
2. El reconocimiento de los derechos del niño en el marco general de protección de los Derechos humanos : su carácter progresivo y tendencia hacia la “sectorialización”.....
3. Notas acerca de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.....
 - 3.1.Estructura y alcance de los preceptos.....
 - 3.2.Los instrumentos y agentes de protección de los derechos proclamados.....
4. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.....
 - 4.1.Los trabajos de la Conferencia de La Haya en el ámbito de protección de los Derechos del menor.....
 - 4.2.Clasificación de los Convenios de la Conferencia de La Haya sobre protección de menores.....
 - A) Por razón de la materia.....
 - B) Por razón de la técnica de reglamentación.....

CAPITULO II. El sistema convencional regional de protección de los Derechos del niño....

1. Planteamiento general.....
2. El sistema convencional europeo.....
 - 2.1.El Consejo de Europa.....
 - A) La labor del Consejo de Europa en orden a la protección de los Derechos humanos: *el sistema del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950*.....
 - B) La labor del Consejo de Europa en la esfera de protección de los menores: *el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 5 de enero de 1996*.....
 - 2.2. La Unión Europea.....
 - A) La incidencia de la aplicación de las normas comunitarias europeas en los derechos del niño.....
 - B) Las acciones del Parlamento Europeo en la promoción de la protección de los derechos de los menores: la Carta Europea de los Derechos del niño, de 8 de julio de 1992.....
 - 2.3.El sistema convencional de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC).....
 - A) Referencia general.....
 - B) Materias reguladas por la CIEC que afectan a los derechos del menor.....
3. El sistema convencional interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA)....
 - 3.1.La Carta de la Organización de Estados Americanos: la Comisión Interamericana de

| | |
|---|--|
| Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos del Hombre, hecha en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José)..... | |
| 3.2.La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP)..... | |
| A) La labor de la CIDIP en el ámbito de la codificación del Derecho Internacional Privado en el continente americano..... | |
| B) Breve análisis de las Convenciones aprobadas por la CIDIP en la esfera de protección de los derechos del niño..... | |
| 3.3. El Instituto Interamericano del Niño..... | |
| 4. Otros sistemas..... | |
| 4.1.La Organización para la Unidad Africana. La <i>Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos, hecha en Nairobi el 24 de junio de 1981 y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, hecha en Addis Abeba (Etiopía) el 11 de julio de 1994</i> | |
| 4.2.La Liga de Estados Arabes..... | |

SEGUNDA PARTE

NUEVAS ORIENTACIONES PARA LA PROTECCION DEL MENOR EN LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CAPITULO III. El *interés del menor* como principio inspirador en el Derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.....

| | |
|---|--|
| 1.Algunas precisiones sobre la noción <i>interés del menor</i> : antecedentes y fundamento..... | |
| 2.El <i>interés del menor</i> como mecanismo de control para la consecución de los objetivos convencionales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado..... | |
| 2.1.El <i>interés del menor</i> en los supuestos de <i>secuestro</i> internacional..... | |
| 2.2.El <i>interés del menor</i> en los supuestos de adopción internacional..... | |
| 2.3.El <i>interés del menor</i> y el <i>Convenio de La Haya, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad en la patria potestad y medidas de protección de menores, de 19 de octubre de 1996</i> | |

CAPITULO IV. La relevancia de la cooperación internacional entre autoridades en el Derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.....

| | |
|--|--|
| 1.La cooperación internacional entre autoridades como fundamento del Derecho Internacional Privado..... | |
| 2.Cooperación entre Autoridades Centrales y cooperación entre autoridades internas: necesidad de una distinción..... | |
| 3.La Autoridad Central y la cooperación entre autoridades como garantía de cumplimiento de las obligaciones convencionales en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado..... | |
| 3.1.La cooperación internacional entre autoridades y el retorno del menor <i>secuestrado</i> | |
| 3.2.La cooperación internacional entre autoridades y la adopción internacional..... | |
| 3.3.La cooperación internacional entre autoridades y el <i>Convenio de La Haya, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad en la patria potestad y medidas de protección de menores, de 19 de octubre de 1996</i> | |

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

ANEXO.....

PRÓLOGO

Siempre tiene algo de atrevido aceptar la redacción de un prólogo, pieza destinada a facilitar una explicación introductoria de la obra principal a la que precede y también, de alguna manera, para referirse al autor y sus cualidades. En realidad el trabajo ya está realizado por su autor y a sus destinatarios, los lectores, responde valorarlo. Quien prologa es un simple lector que ha tenido el privilegio de disponer del texto con antelación a su publicación y en mi caso también durante su elaboración aportando las orientaciones de mi modesta experiencia en la materia. Este trabajo sobre La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuyo título es suficientemente expresivo, contiene una Introducción clara y precisa que no debe pasar inadvertida -como con tanta frecuencia ocurre- y dos partes (Primera: El sistema convencional general de protección internacional de los derechos del niño, y Segunda: Nuevas orientaciones para la protección del menor en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado). Todos los que conocemos a su autora, Marina Vargas Gómez-Urrutia, sabemos de su arraigada y sólida formación jurídica así como de su madurez humana asentada en una inquebrantable solidaridad.

Sobre la oportunidad, calidad y aportaciones científicas de la publicación que prologo, me limitaré a manifestar algunas reflexiones sucintas que han reforzado mi pensamiento sobre el tema objeto de estudio y a remitir a la lectura del texto para comprobar cuanto aquí expongo:

- a) aparece gracias al esfuerzo editorial de un conjunto de personas e instituciones mexicanas que, al igual que Marina Vargas Gómez-Urrutia, tienen acreditada una especial sensibilidad y conocimientos en materia de protección internacional de los menores. Una vez más México, -país que todavía sigue padeciendo enormes dosis de injusticia económica y social-, da ejemplo con la publicación de este libro elaborado en España, del ya histórico y tradicional esfuerzo en el terreno de la divulgación de la investigación jurídica al mismo tiempo que contribuye a reforzar la protección y el desarrollo de los derechos de los niños en su territorio y a nivel internacional. Por su parte, la autora también ha sabido mostrar de esta forma su gratitud a dicho país por todas las facilidades que allí obtuvo en el ámbito universitario (docente e investigador) durante más de seis años (1991-1997), para lo cual también ha sabido prescindir de otras ofertas editoriales en España, que sin duda le hubieran sido económicamente más beneficiosas;
- b) la oportunidad de la publicación se pone especialmente de relieve por tener lugar a comienzos de 1999, año en que se conmemora el X aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. No es arriesgado afirmar que por tal motivo y por la calidad científica del trabajo, va ser un punto de referencia obligado para todos los trabajos de reflexión crítica que con tal motivo se realicen;
- c) el trabajo de investigación crítica llevado a cabo por Marina Vargas Gómez-Urrutia pone de manifiesto: de una parte, la contradictoria solidez y fragilidad del sistema general de protección internacional de los Derechos Humanos, marco en el que tiene lugar y asienta sus bases la protección de los derechos de los niños; y de otra, que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en cumplimiento de sus obligaciones estatutarias, ha de aumentar sus esfuerzos para no caer en el error de dar por alcanzados los objetivos de protección de los menores después de la aprobación de los Convenios elaborados en la materia durante las dos últimas décadas. Mientras los derechos de los niños sigan quebrantándose a nivel mundial, la Conferencia de La Haya ha de seguir trabajando por la unificación y codificación convencional del derecho internacional privado relacionado con los derechos de los menores, sin hacer dejación de su acreditada vocación universal;
- d) a pesar de los avances que tienen lugar en los diferentes procesos de integración regional y de los progresos del sistema democrático basado en el respeto y la implantación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, en particular en Europa, no hay que olvidar que aquéllos siguen centrados en el terreno de lo económico y sobre las bases del sistema de economía de mercado que, a su vez, es la fuente generadora de los desequilibrios económicos mundiales y de las injusticias de todo orden que padece la humanidad;

- e) el trabajo que nos presenta Marina Vargas Gómez-Urrutia establece con rigor los resultados obtenidos hasta el momento en materia de protección internacional de los Derechos del Niño en relación con los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado – en los ámbitos doctrinal, normativo y jurisprudencial- y, además, aporta de forma original cuáles han de ser los ejes centrales de la actuación futura al respecto, centrados en torno a la noción interés del menor concebida como concepto jurídico indeterminado y el reforzamiento de la cooperación internacional entre autoridades;
- f) me consta que los materiales y las fuentes de investigación utilizadas por la autora han sido exhaustivos, extremo que queda acreditado con la metódica utilización que realiza de las mismas en las notas a pie de página y en la selectiva referencia final a la bibliografía y fuentes jurisprudenciales, y por ello resultan de gran utilidad para todos los que ya trabajen en esta materia y para aquellos que quieran o necesiten familiarizarse con ella, tanto en su vertiente teórica como en la práctica.

Y por lo que se refiere a la autora, Marina Vargas Gómez-Urrutia, y a sus cualidades, baste con añadir a lo hasta ahora expuesto, que estamos ante un caso de universitaria tipo por su entusiasta e incansable dedicación a la docencia y a la investigación y, por tanto, de una universitaria atípica por su decidido alejamiento de esos intereses gremialistas y económicos ajenos a la academia que tanto deterioran en la actualidad la vida universitaria. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) (1978), dio sus primeros pasos como abogada en ejercicio en España y, posteriormente (1991-1997), se dedicó a la docencia y a la investigación (Derecho Romano, Metodología de la Investigación Jurídica y Derecho Internacional Privado) en México, donde trabajó en diferentes momentos en sedes jurídicas tan prestigiosas como la Universidad Panamericana, sede de Guadalajara (Jalisco) y el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), siempre en contacto y colaboración con la también internacionalmente prestigiosa Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. De vuelta a España inicia los estudios del Programa de Doctorado sobre Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y, fruto de su trabajo durante el primer curso académico (1997-1998), es el trabajo que ahora publica, que tuvo la suerte de orientar y seguir desde su comienzo. Su participación en el Programa de Doctorado de la UNED no le impidió impartir docencia sobre Derecho Internacional Privado en la Universidad Europea de Madrid (UEM).

En fin, si como Rabindranath Tagore decía es cierto que cada niño que nace nos muestra el mensaje de que Dios no ha perdido la esperanza en los hombres, en éstos radica la responsabilidad de respetar y garantizar los derechos de los menores en cuanto personas que son y no en cuanto objeto de derechos por parte de los mayores. Cuanto más se avance en la protección de los derechos de los menores en Derecho Internacional Privado sobre las bases de la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, como en este libro se establece e indica por Marina Vargas Gómez-Urrutia, más se contribuirá a erradicar la actual violación generalizada de los derechos de la infancia a nivel mundial.

PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Decano de la Facultad de Derecho de la UNED (España)

Madrid
Navidad 1998-1999.

INTRODUCCIÓN

“No hay cuestión demasiado pequeña ni aspecto demasiado insignificante que no merezca atención cuando se trata de los derechos de los niños”.

Las palabras citadas más arriba proceden de la *Agenda for Children* del Reino Unido, producida por la *Children's Rights Development Unit*, una pequeña organización británica apoyada por la Fundación *Gulbenkian* y el Comité en pro del UNICEF del Reino Unido. Se trata de un informe “alternativo” publicado en 1994 que ha obtenido una amplia difusión y reconocimiento debido al enfoque directo, amplio y pertinente sobre los derechos del niño en el Reino Unido, y que -como complemento a los Informes oficiales-, fue remitido al Comité sobre los Derechos del Niño creado por la Convención de las Naciones Unidas de 1989.

Todo trabajo jurídico que pretenda aportar algo nuevo en la materia de la protección internacional de menor se encuentra con dos dificultades previas. De un lado, la existencia de un cuerpo normativo denso y relativamente complejo dado su origen diverso, su desigual fuerza jurídica y sus diferentes ámbitos de aplicación. Y de otro lado, la necesidad de encuadrar los derechos del niño en el marco más amplio de protección de los derechos humanos. No cabe duda que la vulnerabilidad del niño y su especial situación en el mundo de los adultos son razones que por sí mismas justifican la complejidad y especialidad de los mecanismos de protección de sus derechos.

En el presente trabajo no pretendemos agotar ni hacer un inventario que refleje todas las acciones o actuaciones ni todos los instrumentos jurídicos que en el sector específico de la protección de la infancia se han llevado o se estén llevando a cabo en los distintos foros internacionales. Tal pretensión resultaría siempre incompleta ante la diversidad de instrumentos, de normas reguladoras, de foros de actuación y de mecanismos de protección de los intereses de los menores.

Nuestra pretensión surge de un planteamiento más modesto y acaso realista. El punto partida tiene su origen en un hecho incontestable y que ya señalara KAREL VASSAK en 1974, y es que la protección de ciertos derechos fundamentales vinculados a determinadas categorías de personas o de grupos de personas, tales como las minorías étnicas, las mujeres, los niños y los ancianos, requieren de soluciones especiales y de mecanismos de protección más flexibles que permitan hacer eficaz en la práctica el ejercicio de los derechos que se proclaman en los diversos instrumentos jurídicos internacionales.

En el ámbito concreto de los derechos de la infancia, el sistema de protección se ha caracterizado por una evolución progresiva -similar a la operada en el régimen general de protección de los derechos fundamentales en su dimensión individual-, de tal modo que es posible reconocer en un primer estadio de esta evolución la proclamación y reconocimiento de derechos *in genere* al menor como persona humana -que no cabe duda que lo es-, y en un segundo momento, sobre todo a partir de 1989, la consideración del niño como el verdadero titular de los derechos proclamados. Ello significa un importante cambio de la posición del menor en el modo jurídico de ejercicio de sus derechos fundamentales.

Constatamos así un primer elemento de reflexión que es el enunciado dogmático de los derechos fundamentales que tiene todo niño por el hecho de ser persona humana y, de otro lado, un cierto pragmatismo en los métodos que se proponen para la efectiva protección de tales derechos. Dogmatismo que se refleja en los grandes instrumentos universales que proclaman derechos, y pragmatismo que se concreta en otros instrumentos, también internacionales, pero que en su mayoría reglamentan situaciones privadas internacionales en las que puede verse involucrado un menor.

Un segundo elemento de reflexión se refiere a los procesos de reglamentación de estos derechos. Basta con que volvamos nuestra mirada hacia lo sucedido en los últimos 30 años para constatar un fenómeno expansivo en esta reglamentación. De un lado, una expansión vertical en el contenido de los derechos y, de otro lado, una expansión horizontal de los mecanismos de protección de los mismos. Todo ello justifica la aparición de un complejo entramado normativo producto de esos procesos multiformes y que se concreta en instrumentos jurídicos internacionales de diverso valor y alcance normativo.

Esta desigual fuerza normativa, las áreas cubiertas y no cubiertas, las materias explícitas o tácitamente obviadas, las grandes declaraciones de derechos y las pequeñas soluciones que para su efectiva protección se establecen, dejan al estudioso de estos temas con la duda razonable y porqué no decirlo, también legítima, sobre su virtual eficacia. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer la dificultad de la tarea. Recordemos que estamos en el ámbito del derecho de familia, un sector del ordenamiento jurídico particularmente sensible, en donde las diferencias culturales, sociales, económicas, religiosas e ideológicas se elevan en ocasiones como grandes muros de contención ante los cambios de costumbres, ya sean impuestos ya inducidos. Y es que el gran reto ha sido precisamente el de considerar al menor no como un objeto propiedad de los padres, sino el de otorgarle la cualidad de sujeto de los derechos, con un papel y una participación activa en la sociedad de la cual forma parte.

Si esto es así, y nosotros sostenemos que efectivamente lo es desde la entrada en vigor de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño, de 20 de noviembre 1989*, un segundo paso resulta obvio, y es que, si son los padres quienes normalmente asumen la protección y representación de los derechos de sus hijos, entonces ¿quién defiende a los hijos frente a las acciones u omisiones de sus padres? Es en este punto donde la sociedad, a través de los poderes públicos, se convierte en una suerte de garante subsidiario de la llamada responsabilidad parental, quedando obligada a suministrar, y a poner en práctica, los medios materiales y los mecanismos jurídicos necesarios para el ejercicio y la protección de los derechos proclamados.

Es así como nosotros proponemos entender el resultado complejo de esos procesos multiformes. De un lado, la inspiración dogmática en el enunciado de los derechos fundamentales del menor y la elaboración pragmática de los mecanismos de protección de dichos derechos. Y de otro lado, y por lo que hace a la arquitectura del edificio protector, es decir a los instrumentos elaborados en los diversos foros internacionales, un proceso expansivo vertical en donde incluir el contenido de los derechos y un proceso expansivo horizontal en donde localizar los diversos métodos de reglamentación para la protección de los mismos. En el primero hay universalización, en el segundo sectorialización.

El interés que para el Derecho Internacional Privado pueda tener una materia como la presente es de diverso orden, en particular de tipo social y económico. Como ya señalara el profesor MIRALLES SANGRO, la progresiva internacionalización de las relaciones y de los vínculos

entre parientes y familias, una mayor movilidad de la población gracias a los medios de transporte y comunicación, los fenómenos migratorios y el incremento de la intervención de los poderes públicos en la protección de las relaciones privadas internacionales, hace que esta materia, y las situaciones jurídicas privadas con trascendencia internacional en las que puede verse implicado un menor, propicien que este sector del ordenamiento jurídico sea particularmente sensible a la reglamentación de tales situaciones.

Llegados a este punto resulta ineludible justificar ante el lector lo que se pretenden con un trabajo de esta naturaleza. Es frecuente leer en este tipo de introducciones la “vertiente negativa” en la cual se habla de “lo que no se va a decir”. Ello suele ser de gran utilidad para el potencial comprador que hojea un libro antes de decidir si adquirirlo o no. Por nuestra parte hemos declinado esta “vertiente negativa” porque, en caso contrario, deberíamos escribir un nuevo libro para explicar y justificar lo que no se trata.

Por ello nos permitimos presentar de modo sucinto lo que el lector interesado puede encontrar, asumiendo como de nuestra exclusiva autoría, y por anticipado, las lagunas -voluntarias o no-, que muy probablemente existan. Lo que sí resulta menester destacar es la obligada reducción en las notas al pie de página y en la bibliografía sumaria que se incluye al final del texto y que evidentemente no recogen todos los materiales consultados en la fase de estudio y elaboración del mismo, pero cuya descarga se impone en beneficio de una más fácil lectura.

El punto de partida de nuestra reflexión es la delimitación de los foros internacionales en donde se han tomado y se están tomando medidas de protección del menor. A tal objetivo se aboca la Primera Parte de nuestro trabajo que dividimos en dos capítulos.

El primero de ellos se centra en el sistema convencional universal de protección de los derechos del niño en donde se analizan los derechos y mecanismos de salvaguarda previstos en la *Convención de Nueva York sobre los Derecho del Niño, de 20 de noviembre de 1989*, y en los Convenios adoptados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ante la imposibilidad de abordar todos los aspectos jurídicos que se suscitan en la puesta en práctica de estos instrumentos internacionales, hemos optado por presentar el panorama general acotando los ámbitos materiales de aplicación (derechos proclamados) y los mecanismos jurídicos previstos para el efectivo ejercicio de los mismos.

En el Segundo Capítulo se estudia sistema convencional regional. Distinguimos tres grandes áreas geográficas: la europea, en donde centramos las labores del Consejo de Europa, de la Unión Europea y del Parlamento Europeo. La americana, con particular referencia, en el seno de la Organización de Estados Americanos, al Instituto Interamericano del Niño, a las labores de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), y su vinculación con la Carta o Pacto de San José. Y, el sistema africano y árabe en donde, si bien no es posible encontrar instrumentos jurídicos de alcance regional unificador o codificador como los que se dan en el seno de la CIDIP o de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sí se aprecia una cada vez mayor preocupación por la salvaguarda de los derechos del niño, lo cual tiene reflejo en las Constituciones de algunos de estos países y en su legislación de desarrollo.

La Segunda Parte del trabajo se aboca a la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, abordando su estudio en dos aspectos concretos: el *interés del menor* (Capítulo III) y la cooperación entre autoridades (Capítulo IV). En nuestra opinión, ambas cuestiones se han configurado como dos de los pilares fundamentales sobre los cuales se ha venido construyendo el

edificio protector de los derechos del niño en aras a consecución de los objetivos convencionales universales de protección del menor.

Cabe señalar que, tanto el *interés del menor* como el mecanismo de cooperación entre autoridades, fueron puestos de relieve en el importante *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya de 25 de octubre de 1980*. Y se consagran ya de modo claro en los dos Convenios posteriores: el *Convenio relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, 29 de mayo de 1993*, y el *Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores, de 19 de octubre de 1996*.

Así pues, en el Capítulo III, y tras hacer una aproximación conceptual e histórica general sobre el interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, acotamos nuestro objeto de estudio en el entendimiento y alcance jurídico de este interés superior en los tres convenios citados. Nuestra hipótesis de trabajo reside en que dicho *interés* opera como mecanismo de control para la correcta aplicación de los objetivos convencionales. Es decir, en los Convenios internacionales el *interés del menor* se configura como una línea interpretativa a la luz de la cual la autoridad responsable ha de tomar la decisión más adecuada. Esta hipótesis no es en sí novedosa, sin embargo nuestro esfuerzo se centra en diseñar, a la vista de cada Convenio, un esquema en el cual se puedan localizar las referencias que deban tomarse en cuenta, en cada caso concreto, a la hora de adoptar una concreta medida en *interés del menor*. El método que se utiliza se basa en el análisis de la doctrina, tanto española como extranjera, y en la aplicación judicial nacional -cuando existe- de los antecitados Convenios.

El Capítulo IV tiene como finalidad el estudio de los mecanismos implantados en dichos instrumentos convencionales y, en concreto, la cooperación entre Autoridades Centrales. Nuestra hipótesis de trabajo parte de la afirmación de que estos mecanismos, nada novedosos por otra parte, sirven como garantía para el efectivo cumplimiento de las obligaciones convencionales, siempre y cuando los Estados Partes sean respetuosos y actúen diligentemente en el efectivo ejercicio de sus compromisos internacionales.

Siguiendo el mismo método que en el capítulo anterior se estudia por separado cada Convenio. Tras realizar una breve introducción sobre la cooperación internacional entre autoridades como fundamento del Derecho internacional privado, y una distinción conceptual entre la cooperación internacional en la esfera judicial y el alcance de esta otra forma de cooperación entre autoridades (ya sean judiciales o administrativas), sistematizamos las obligaciones convencionales que se imponen a las mismas. A tal fin distinguimos en primer término, los deberes concretos impuestos, para seguidamente clasificar las reglas que sirven para la concreción y efectividad de tales deberes. Nuestra hipótesis de trabajo va dirigida a constatar que esta “nueva” técnica permite una mayor flexibilidad cuando se trata de proteger o garantizar en cada caso concreto *el interés del menor*.

Las reflexiones que ofrecemos en este estudio son el resultado de un trabajo realizado en los Cursos de Doctorado 1997-1998 llevados a cabo en el Departamento de Derecho de la Empresa (área de Derecho Internacional Privado) en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-Madrid). En absoluto pretenden ser un elenco cerrado de afirmaciones, sino tan solo una modesta opinión siempre susceptible de ser debatida y confrontada con otras más autorizada que la nuestra. Su publicación ha sido posible gracias a la colaboración de diversas instituciones mexicanas a las que deseo hacer público mi más sincero reconocimiento: a la

Dirección General de Patrimonio Artístico y Cultural de la Secretaría de Cultura del Gobierno de Jalisco, a la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana, sede Guadalajara y, al Departamento de Desarrollo de la Familia (DIF Jalisco).

Finalmente quisiera aprovechar estas líneas para dejar patente mi agradecimiento a diversas personas que me han brindado su apoyo, cariño y comprensión en las diversas fases de la elaboración de este estudio. Principalmente al profesor PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO por haberme orientado en mis estudios de Doctorado, facilitado un espacio para la investigación y apoyado con su amplia experiencia y consejos en la culminación de este trabajo. A mi madre, por ser la roca firme que nos sostiene. A mis hermanos, en especial a Beatriz, sin cuyo apoyo permanente este trabajo no hubiera sido posible. A Maite, por estar desde siempre. A Jaime Tent Soler, por su cariño y oportuna subsidiariedad. A Carlos y Pilar, por su generosidad. A mis amigos, en México y en España, por su estímulo. Y, a David, por sembrar dunas de poemas en donde dibujar la espera.

Madrid, agosto de 1998

PRIMERA PARTE

EL SISTEMA CONVENCIONAL GENERAL DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

*El que pegue a su padre o a su madre
muera sin remedio
(Exodo, 21, 15)*

*Si un hijo ha golpeado a su padre,
se le amputará la mano
(Código de Hammurabi, Ley 195)*

*El infante y el que está próximo a la infancia
no se aparta mucho del loco, porque
los pupilos de esa edad no tienen ninguna inteligencia
(Gayo, 3.109)*

CAPITULO I. EL SISTEMA CONVENCIONAL UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

1.Planteamiento general. 2. El reconocimiento de los derechos del niño en el marco general de protección de los Derechos humanos :su carácter progresivo y tendencia hacia la “sectorialización”. 3. Notas acerca de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. 3.1 Estructura y alcance de los preceptos. 3.2. Los instrumentos y agentes de protección de los derechos proclamados. 4. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 4.1. Los trabajos de la Conferencia de La Haya en el ámbito de protección de los Derechos del menor. 4.2. Clasificación de los Convenios de la Conferencia de La Haya sobre protección de menores. A) Por razón de la materia. B) Por razón de la técnica de reglamentación.

1. Planteamiento general

Al hablar sobre la protección de la infancia y de la juventud en general, y sobre los Derechos de los menores en particular, se hace necesario reflexionar sobre los Derechos humanos. Como ha sido señalado, esta cuestión puede plantearse desde el debate sobre la tensión existente entre las declaraciones de los derechos que se proclaman y su efectiva implantación en normas jurídicas concretas. Lo que, en definitiva, nos lleva a preguntarnos sobre el grado de sensibilización de nuestras sociedades respecto de los problemas del menor y del adolescente¹.

Es opinión generalizada que a partir de la Segunda Guerra Mundial se ha venido instaurando de forma progresiva un régimen internacional de protección de los Derechos humanos en general². Debido al exterminio masivo y colectivo de seres humanos ejecutado por la barbarie del nazismo, las instituciones internacionales se han esforzado por establecer mecanismos de protección de la dignidad humana frente a acciones arbitrarias e injustas de los Estados.

En concreto, a raíz de la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y del Consejo de Europa, se establecen sistemas internacionales cuyo objetivo primordial es la protección de los Derechos humanos en forma general concretada en numerosas declaraciones, recomendaciones y tratados.

La particularidad de este sistema ha sido su carácter progresivo³, entendiéndolo como tal que el régimen de protección no es un sistema cerrado, sino que por el contrario tiende a expandirse, tanto en cuanto al número y contenido de los derechos protegidos como a los mecanismos y a los procedimientos de protección.

¹ *Vid.*, RETUERTO, M., “La protección de la infancia y de la juventud en la Constitución de 1978”, Conferencia impartida en el encuentro realizado por la Universidad Antonio de Nebrija, la UNICEF y el I.C. Abogados de Madrid sobre *El menor y la legislación actual*, Fundación Antonio de Nebrija, Madrid, 1998.

² La idea de que existen derechos del hombre que se afirman más allá de toda ley, orden o autoridad se remonta a la antigüedad clásica. En el plano filosófico la noción original de derechos innatos al ser humano se vincula en general con el estoicismo. En este sentido es clásica la cita de Séneca, “*es un error creer que la esclavitud penetre al hombre entero. La mejor parte de su ser se le escapa, y aun cuando el cuerpo sea el amo, el alma es, por naturaleza, libre y se pertenece a sí misma*”.

³ *Cfr.* VV.AA. *Garantía internacional de los derechos sociales: contribución de Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, págs. 20 y ss.

En efecto, después de la adopción de los textos generales contenidos en las Declaraciones y Pactos, la comunidad internacional ha venido adoptando en los últimos tiempos medidas de protección para los miembros de los grupos más vulnerables y particularmente de los grupos en situación desventajosa, en concreto: los niños; los trabajadores migratorios y sus familias; las mujeres; las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas; los retrasados mentales; los impedidos y las personas de edad, entre otros; medidas que han tenido desigual reflejo en ámbitos regionales, especialmente en el europeo.

En este sentido cabe afirmar que estamos en presencia de una especie de “proceso de expansión espacial u horizontal que ha corrido paralelo al proceso de extensión vertical o conceptual de su contenido”⁴. Para el profesor BLANC ALTEMIR⁵, siguiendo a VASAK, CASSESE y GROS ESPIELL⁶, en la actualidad los sistemas de protección de los Derechos humanos han continuado experimentado una notable expansión, a la vez que se detecta una tendencia a la “sectorialización”.

Esta tendencia progresiva no ha sido siempre uniforme ya que sus altibajos han afectado no sólo a sus contenidos substanciales sino también a los métodos de reglamentación, por lo que se ha afirmado que todo ello ha restado eficacia a los resultados.

El profesor DÍEZ DE VELASCO explica este fenómeno expansivo y de progresiva incorporación de los Derechos humanos desde un plano histórico y enmarcado en el sector de los derechos civiles y políticos, derechos cuya reivindicación coincide con la ascensión de la burguesía y se concreta poco a poco durante la Edad Moderna merced a la coincidencia de una serie de factores a los que coadyuvará la influencia de la escuela del derecho natural (clásica y racionalista), la Ilustración, el pensamiento político liberal y democrático, y las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa⁷.

Su ideario inicial fue pues de corte liberal e individualista y los derechos que se potenciaron fueron los derechos de la libertad : *“el Estado no puede intervenir en una esfera de libertad de la persona humana”*. Más reciente es la preocupación por la protección de los Derechos humanos de contenido socio-económico, concretados y potenciados durante el siglo XIX como consecuencia de la revolución industrial y de las nuevas condiciones de trabajo, fruto todo ello de las doctrinas sociales, de los movimientos obreros y sindicales y del intervencionismo estatal. Su ideario es *“la aspiración por la justicia social y la idea de la dignidad del hombre que exige, junto a la consolidación de los derechos de la autonomía individual y de participación política, la afirmación de los derechos económicos sociales y culturales, única vía pacífica para construir una sociedad más justa y solidaria”*⁸.

Así, la protección de la persona humana en su dimensión individual como en el ámbito de los derechos económicos, políticos, sociales, culturales y civiles ha sido el conjunto de los primeros aspectos objeto de reconocimiento y positivación a nivel internacional; en tanto que la protección de la familia, como grupo fundamental de la sociedad, ha recibido un tratamiento menos intenso y, en todo caso, fraccionado.

⁴ BLANC ALTEMIR, A., “Derechos Humanos: tendencias actuales. La expansión del sistema y los nuevos ámbitos de protección”, en *Cuadernos Jurídicos* 2, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, noviembre 1992, págs. 46-47.

⁵ *Idem*, *op.cit.*, pág. 46, citas 21.21 y 22.

⁶ VASAK, K., “Le droit international des droits de l’homme”, *R. des C.*, t. 140, año 1979-IV, pág. 344-348; CASSESE, A., *Los Derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, pág. 79-80; GROS ESPIELL, H., *Estudios sobre Derechos humanos II*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 288.

⁷ Cfr. DÍEZ DE VELASCO, M., “La política internacional”, en *Garantía internacional...*, *op. cit.*, pág. 20.

⁸ *Ibidem*.

Las primeras formulaciones constitucionales de estos derechos que corresponden al hombre, situados ya en un concreto entorno social, aparecen en el periodo de entreguerras en la *Constitución mexicana de 1917*, la *Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado de 1918* (incorporados posteriormente a su *Constitución de 1936*), la *Constitución alemana de Weimar de 1919*, la *Constitución de la República española de 1931*. Tras la segunda conflagración mundial, se han ido incorporando a todas aquellas constituciones modernas que han pretendido conciliar los derechos sociales con los individuales en la configuración de un Estado social de derecho⁹.

Merece destacarse en este punto la *Declaración sobre el Progreso Social y Desarrollo*, primer instrumento internacional que vino a ofrecer una visión panorámica, progresista y globalizadora de las diferentes orientaciones y formas de actuar en el ámbito del desarrollo social. Los principios que establece en nueve de sus artículos se refieren y subrayan, entre otras cosas, la importancia de la familia, de la participación popular y de la conservación del medio ambiente. Fue aprobada en la Conferencia Internacional de Ministros Responsables del Bienestar Social, celebrada en 1968, con el fin de potenciar una nueva visión de la *Carta de San Francisco, de 24 de octubre de 1945*, (por la que se crea la Organización de las Naciones Unidas) y de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948*¹⁰.

Es en este marco de la familia en donde ha de ser tratado el problema de la protección internacional de los derechos del niño *in genere*. Por ello abordaremos en primer término la evolución de la protección de los derechos del niño en el marco general de los Derechos humanos, centrándonos en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*.

2. El reconocimiento de los Derechos del niño en el marco general de protección de los Derechos humanos: su carácter progresivo y tendencia hacia la “sectorialización”.

Si hasta épocas muy recientes el niño era considerado como un “incapaz” debido a su falta de madurez como persona siendo por ello que requería de especial cuidado y consideración, progresivamente y por obra de las Declaraciones y Convenciones internacionales, éste va situándose en el plano de ser un sujeto activo, de ser el titular de derechos fundamentales propios de toda persona humana¹¹.

Cabría preguntarse en este punto en qué difieren los derechos del niño de otros derechos que tiene cualquier persona humana, e inclusive si no resultaría una redundancia recoger tales derechos en una Convención universal. Si bien es cierto que los derechos del niño son derechos humanos, la diferencia entre unos y otros se relaciona no tanto en cuanto a la *titularidad*, sino al modo en que dichos derechos son tenidos por los niños y los adultos. Es decir, la *modalidad* específica en el ejercicio del derecho concreto cuando su titular es un niño.

Esto se constata en la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*, sobre todo en lo que hace a la dirección paterna en el ejercicio de algunos de los

⁹ *Idem, op. cit.* pág. 21.

¹⁰ *Cfr.* ANSTEE, M., “La Declaración de las Naciones Unidas sobre Progreso y Desarrollo Social y Desarrollo: pasado y futuro”, en *Garantía internacional...*, *op. cit.* pág. 123.

¹¹ Sobre los orígenes de la protección internacional del menor, véase FOSAR BENLLOC, E., “El Derecho internacional de protección del menor: el Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas”, *Documentación Jurídica*, 41, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, págs. 117-118.

derechos, o en las obligaciones que asumen los Estados en materia de entrada y salida del territorio a efectos de la reunión familiar, o para mantener las relaciones personales y los contactos directos con sus progenitores cuando los mismos vivan en diferentes Estados (derecho de visitas).

El desarrollo progresivo de la legislación sobre protección internacional del menor se concreta en el seno de la Sociedad de Naciones y posteriormente en la Organización de las Naciones Unidas. Y decimos que es progresivo porque el tratamiento que se da al menor va en escala, pasando de ser considerado como una persona *sobre la cual se tienen derechos*, a ser *el verdadero titular de los derechos*, los mismos derechos que tiene cualquier otro ser humano. La particularidad de este nuevo postulado “dogmático” estriba en la minoría de edad, hecho que condiciona el que junto al grupo de los llamados derechos esenciales, se sitúen otros en idéntico rango pero de carácter especial y privativo del niño, cuyo ejercicio queda modulado por la intervención del Estado y por el ejercicio de la patria potestad.

Son dos las Declaraciones que han influido notablemente en este cambio: la *Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, de 24 de septiembre de 1924* y la *Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959*. Ambas Declaraciones constituyen los antecedentes inmediatos y más importantes de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada también por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989¹².

En 1924 la Sociedad de Naciones elaboró y difundió la *Declaración de los Derechos del Niño*, con intención de avanzar hacia normas más vinculantes. El hundimiento de aquella organización frustró infelizmente este objetivo. Tras la II Guerra Mundial, y creada la nueva Organización de las Naciones Unidas, la crucial *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948*, no solo sentó los principios de igualdad y no discriminación para todas las personas, y para los niños y niñas, que personas son, sino también estableció el reconocimiento de la personalidad jurídica para todo ser humano, subrayando además que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*; añadiendo que, *“la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencia especiales, y que todos los niños nacidos del matrimonio o fuera de él, tienen derecho a igual protección social”*.

La creciente información recibida en el seno de las Naciones Unidas sobre la situación inhumana y grave en que se encontraba la infancia, hizo que un gran número de países moviera a la Asamblea General para que exigiera la preparación de un decálogo de principios básicos que condujo a la *Declaración de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959*. Esta Declaración produjo un incentivo en el desarrollo normativo convencional orientado a conseguir la formulación de un Convenio o de un Pacto internacional de carácter imperativo para los Estados que lo firmaran y ratificaran, y del cual pudieran derivarse medidas de fiscalización y en su caso sancionadoras de las infracciones comprobadas.

Con motivo del Año Internacional del Niño, en 1979, Polonia propuso a la Organización de las Naciones Unidas un texto sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, que no fue aprobado. Si bien se estableció un grupo de trabajo de redacción, abierto a todos los Estados que lo

¹² Todo ello en conexión con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y con los *Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos* y de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966*. Para una apretada pero completa aproximación a esta Convención véase, PÉREZ VERA, E., “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, en *Garantía Internacional...*, *op. cit.* págs. 174 -185; Cfr. MIRALLES SANGRO, P.P., “La ratificación por España de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, en *Actualidad Civil*, 1990, 3, pág. 529 y sig.; VV.AA., *El menor y la legislación actual*, *op. cit.* pág. 47-72.

solicitaran. Diez años después, el 20 de noviembre de 1989 y coincidiendo con la fecha de aprobación de la anterior Declaración (treinta años antes), fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*.

Antes de pasar al estudio de esta Convención, de su contenido y de los mecanismos para la puesta en práctica de los instrumentos específicos para la protección del menor, se hace necesario señalar, de modo sucinto, otros instrumentos internacionales de protección de los Derechos del hombre que contienen también disposiciones relativas a los niños, o bien los derechos que en ellos se reconocen son directamente aplicables a los menores.

En primer término cabe señalar el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ambos de 16 de diciembre de 1966. El primero de ellos consagra tres artículos de su Tercera Parte a la protección de la familia, de las madres y de los niños. En tanto que el segundo, se refiere a medidas especiales que deben adoptarse en caso de menores en materia de procedimientos penales o de juicios en los que se afecten intereses de menores. A fin de verificar el respeto a los Derechos humanos reconocidos en los Pactos, los Estados vienen obligados a informar periódicamente a los organismos internacionales sobre las medidas tomadas, los progresos efectuados y las dificultades que en cada caso tengan para cumplir tales obligaciones¹³.

Al lado del sistema centralizado de las Naciones Unidas algunos organismos especializados como la OIT, la UNESCO y la UNICEF, así como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) juegan un papel importante en la protección de los derechos del niño¹⁴.

Es posible afirmar que asistimos a un proceso multiforme que ha desembocado en una proliferación de instrumentos internacionales de reconocimiento y de protección de los Derechos humanos en general y de ciertas categorías de grupos humanos en particular tales como las minorías, o bien los casos en que por razón de la condición de las personas protegidas se consideran grupos especialmente vulnerables: los menores, las mujeres o los grupos migratorios.

A esta característica cierta de la expansión progresiva del sistema ha de añadirse el dato de la “sectorialización” y, en lógica correspondencia, a la característica de la universalización convendrá asociar la de la regionalización.

3. Notas acerca de la *Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*

Aprobada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, la Convención culminó un largo proceso negociador de diez años de actividad y trabajo. Su entrada en vigor tuvo lugar un mes después de haber sido ratificada por el vigésimo Estado, adquiriendo a partir de esa fecha el

¹³ En el caso del *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, los informes son enviados a la Secretaría General de las Naciones Unidas, y ésta los remite al ECOSOC y a otros organismos especializados competentes. También los informes sobre el cumplimiento de los Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos del Hombre establecido en el Pacto, asume el estudio y remite también copia al ECOSOC para intercambio de puntos de vista y otras observaciones generales.

¹⁴ Vid. FERNANDEZ SOLA, N., “La protection internationale des droits des enfants”, en VV.AA., *La protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, Institute Internazionale d’Etudes des Droits de l’Homme, 1995, págs. 115-123.

carácter de Ley internacional para los primeros veinte Estados ratificantes. Para los demás Estados la Convención entra en vigor treinta días después de que procedan a su ratificación o adhesión, en virtud de lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 29¹⁵.

El alcance y la importancia de esta Convención ha de entenderse referido al hecho de tratarse de un instrumento internacional que dota de juridicidad a los Derechos del menor. Ello significa que, a diferencia de las anteriores Declaraciones, este instrumento obliga a los Estados Parte a respetar los compromisos adquiridos, pudiéndose exigir en su caso responsabilidad internacional a aquel Estado Parte que no haya atendido o no respete tales compromisos¹⁶.

La trascendencia de este instrumento internacional puede observarse desde una doble perspectiva. Por su naturaleza normativa, ya que la Convención culmina un proceso de positivación de los Derechos del niño, iniciado en las Convenciones, Declaraciones y Pactos internacionales sobre Derechos humanos. Y de otro lado, por el hecho de delimitar el bien jurídico protegido en la misma ya que la Convención señala el destinatario de los derechos contenidos en ella: el niño¹⁷.

Pese a las innumerables críticas que ha sufrido esta Convención, sobre todo en lo que atañe a la falta de sistematización y desorden de sus disposiciones¹⁸, nos parece necesario precisar dos órdenes de cuestiones que acaso nos permitan comprender mejor el alcance de este importante instrumento internacional¹⁹. Por un lado, la estructura y alcance de los preceptos (3.1) y, por otro, los instrumentos y agentes de protección de los derechos proclamados (3.2).

3.1. Estructura y alcance de los preceptos

Al tratarse de un texto que proclama derechos, la Convención de 1989 enuncia los mismos como prerrogativas que dimanen de normas de valor fundamental, normas que son entendidas como esenciales a la persona y que el Estado debe no sólo respetar sino también proveer las medidas necesarias para su cumplimiento.

Centrándonos en los derechos del niño, estas prerrogativas son la mismas que las establecidas en las otras Convenciones universales sobre los derechos del hombre²⁰; pues, como no

¹⁵ Para España su entrada en vigor se produjo el 5 de enero de 1991 (BOE, 31-XII-1990).

¹⁶ Sobre este punto véase el trabajo de ELISA PÉREZ VERA, "Algunas consideraciones sobre el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General", en 26 Aniversario de la Organización de las Naciones Unidas, *Boletín de la Universidad de Granada*, núm. 105, vol. V, Granada, 1972-1973, págs. 37-55.

¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MATEOS, P., "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989", en *R.E.D.I.*, vol. XLIV (1992) 2, pág. 466.

¹⁸ Desde el punto de vista de su estructura la Convención se divide en tres partes: un Preámbulo que recoge los principios básicos o fundamentales sobre la libertad, la justicia y la paz en el mundo, señalando que la base todo es el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia; el articulado, que define las obligaciones de los Estados Parte; y, las disposiciones de ejecución que establecen además de las condiciones de entrada en vigor y la forma de verificarse y promoverse el cumplimiento del tratado. La crítica que formula el profesor MIRALLES SANGRO se concreta en que "en el texto articulado de la parte primera de la Convención se relacionan y confunden sin criterio ordenador los derechos de los menores, la regulación de las situaciones que requieren una especial protección por el hecho de que intervengan los mismos, así como las obligaciones de los mayores o de los Estados con los niños", *op.cit.*, pág. 529.

¹⁹ No debemos olvidar que la heterogeneidad cultural, el diverso grado de desarrollo económico de los países que han suscrito la Convención y las diferentes concepciones jurídicas sobre la familia en las diferentes regiones del planeta, son factores que justifican la utilización de fórmulas amplias, de giros lingüísticos que no comprometen sino que más bien expresan intenciones sin carácter obligatorio, recursos *quasi* necesarios si se quiere que el consenso sea fuente del Derecho Internacional, y no la imposición. Pero, a la vez, el grave riesgo de todo ello sea el dejar abierta la puerta al desprestigio de esta Convención por su inoperancia. Cfr. BAZÁN, J.L., *op. cit.* pág. 70.

²⁰ En especial el *Convenio Europeo sobre la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950.

puede dudarse, el niño es un ser humano. De ahí que se haya afirmado por BARRIÈRE-BROUSE, siguiendo a V.G. RAYMOND ²¹, que la Convención de las Naciones Unidas ha constituido la etapa decisiva en la identificación del niño como “*un sujeto especial de derechos*” (más que como un sujeto de derechos especiales).

También se pronuncia en el mismo sentido MIRALLES SANGRO al señalar que estas pautas evolutivas en la proclamación y protección de los Derechos del menor “*han hecho que el estatuto personal ceda, en última instancia, ante el estatuto familiar...*”, y que “*la progresiva atención jurídica a la problemática de los menores haya tenido como consecuencia el surgimiento de un nuevo Derecho de Menores cada día más consolidado*”²².

Dentro de estos Derechos del menor podemos distinguir unos principios generales y orientadores, redactados con fórmulas amplias y a veces retóricas, que parecen en ocasiones “esconder” un deseo de los Estados de no comprometerse²³. Se trata de los principios contenidos en los artículos 2 al 5 de la Convención: de igualdad y no discriminación; de atención prioritaria al interés superior del niño; deber de los Estados a proteger todos los derechos de la infancia, incluso los económicos, sociales y culturales “hasta el máximo de recursos de que dispongan, y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”; y, deber de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres (u otros miembros de la familia).

De otro lado, la Convención señala una serie de derechos y deberes que a efectos de sistematización se pueden clasificar atendiendo a una triple tipología.

- A. ***Derechos civiles y políticos*** (artículos 6 a 22): derecho a la vida y supervivencia; derecho a un nombre, a una nacionalidad y a conocer a sus padres; derecho a la identidad; derecho a no ser separado de los padres; derecho a entrar y salir de un país; derecho a la libertad de expresión, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho de asociación y reunión; derecho a la no injerencia en su vida privada, familiar y correspondencia, honra y reputación; derecho al acceso a la información; derecho a la crianza y al desarrollo a cargo de sus padres; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental; derecho a la protección especial del Estado en los casos de abandono o desamparo; derecho a la adopción; y, derecho al estatuto de refugiado.

- B. ***Derechos económicos, sociales y culturales*** (artículos 23 a 31): derecho a la asistencia sanitaria; derecho al más alto nivel posible de salud y a la asistencia médica; derecho a la nutrición, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; derecho a la educación en todos sus niveles y perspectivas; derecho al medio ambiente; derechos de la infancia de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas; derecho al descanso y al esparcimiento; y, derechos relativos al trabajo.

- C. ***Derechos de los niños en circunstancias sociales anómalas o de riesgo y deberes de los Estados sobre protección a los niños en esas situaciones*** (artículos 32 a 38):

²¹ Cfr. BARRIÈRE-BROUSE, I., “L’enfant et les conventions internationales”, *J.D.I.* 4. 1996, pág. 874 y cita 114.

²² MIRALLES SANGRO, P.P., “La obligación alimenticia. Especial referencia a la protección de la persona del menor”, en *Derecho internacional privado*, T. II, tema XXI, UNED, 6ª edición, pág. 198.

²³ Vid. BAZÁN, J.L., *op. cit.* pág. 64. Según este autor la dificultad se agrava no solo por el juego de las reservas e interpretaciones, sino porque en la práctica estos principios se incumplen, con lo que el esfuerzo legislativo queda “vacío de eficacia” (*sic*).

derecho a la protección contra la explotación económica y contra cualquier trabajo peligroso; derecho contra el uso ilícito de estupefacientes; derecho contra todas las formas de explotación y abusos sexuales; derecho contra el secuestro, la venta o la trata de niños; derecho contra cualquier forma de explotación; derechos contra torturas o tratos crueles o inhumanos, o privación de libertad; derecho en situaciones bélicas; derechos y garantías procesales y penales de los niños delincuentes (artículo 40).

Precisamente el objetivo de la Convención reside en la proclamación de estos derechos²⁴ que, como ya se ha dicho, forman parte de los Derechos humanos en general, pero adaptados a la circunstancia particular de que sus titulares están desprovistos de la madurez y de la experiencia de los adultos.

Consideramos que es en esta serie de derechos en donde debe centrarse la función de la familia²⁵ como núcleo principal o “*unidad fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños*” (Preámbulo) y la intervención subsidiaria y complementaria del Estado que, en todo caso, según afirma el artículo 5, debe respetar “*las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso de la familia ampliada o de la comunidad, según lo establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos que le reconoce la presente Convención*”.

Dada la especial y lógica relación que existe entre los derechos proclamados y de los que es titular el niño, el derecho-deber correlativo de los padres en orden a la dirección y a la orientación, y el compromiso de los Estados Parte en cuanto al aseguramiento de la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, se hace preciso examinar un nuevo factor interviniente: el *interés superior* del niño²⁶.

La constante apelación del articulado a tal interés (artículos 3.1, 9.1, 18.1, 20.1, 21) y al concepto de “bienestar” que también aparece con cierta frecuencia (Preámbulo y artículos 3.2, 9.4, 17 e), y 36) tiene una justificación objetiva, en opinión de los negociadores, cual es la situación de indefensión del niño, la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con suficiente madurez y responsabilidad y la necesidad de que las circunstancias que le rodean le sean especialmente favorables en esta etapa vital de desarrollo como ser humano.

²⁴ La Convención señala y reconoce los derechos iguales e inalienables del menor, encomendando a las autoridades nacionales la consecución éstos a través de la adecuación de las leyes estatales y de la promoción de la cooperación internacional. En España, fruto de este compromiso es la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17-1-1996). El hecho de que la Convención tenga rango de Derecho positivo implica que sus disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico interno, pudiendo ser derogadas, modificadas o suspendidas únicamente en la forma prevista en la propia Convención o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional. En el Derecho español el sistema se encuentra recogido en el artículo 96 de la Constitución, en relación con el artículo 1.5 del Código Civil. Cfr. RODRÍGUEZ MATEOS, P., *op. cit.* pág. 468. *Vid. Comentarios a las reformas al Código Civil*, Vol. I (comentario de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS), págs. 88-131.

²⁵ El concepto de familia sostenido en la Convención no es unívoco, ya que en ocasiones, en el articulado se encuentran referencias a la misma como grupo familiar en sentido estricto (padres más hijos, vid art. 10 al hablar de reunión de familia), y en otras ocasiones, parece que debe interpretarse en sentido más amplio (ascendientes, descendientes e incluso colaterales (*vid.* art. 37 c) *in fine*, cuando establece el derecho del niño a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas, salvo circunstancias excepcionales), no parece pues que exista razón alguna para excluir en tal caso a los abuelos, tíos y demás familiares en sentido amplio. Cfr. BAZÁN, J.L., *op. cit.* págs. 59-60.

²⁶ Sobre el alcance de esta noción nos detendremos posteriormente.

Como se ha puesto de manifiesto²⁷, la nueva organización de la protección del niño como titular de estos derechos centrados en la garantía de las libertades individuales, en conexión con el anterior principio de la autonomía del niño, puede llevar a la quiebra, o al menos a poner en entredicho, la concepción clásica del Derecho de familia tanto interno como convencional, que cedería en favor de un derecho internacional del menor.

Y ello por cuanto, el postulado de la concepción clásica del Derecho de familia -interno y convencional- ha sido la protección del menor como ser humano en maduración y por ende falto de capacidad plena (*ex lege*), en tanto que la nueva concepción, de inspiración más dogmática, postula que lo más importante en orden al interés superior del menor es la proclamación de sus derechos y la posibilidad de su efectivo ejercicio, en particular a través de procedimientos familiares.

3.2. Los instrumentos y agentes de protección de los derechos proclamados

Si en la concepción clásica del Derecho de familia, el niño como ser en maduración veía satisfecho y protegido su interés a través del estatuto protector de la patria potestad establecido en el derecho interno así como en la tradición y en la costumbre, a partir del cambio en la concepción de los Derechos del menor y de su situación jurídica como titular de los mismos y la adquisición progresiva de su capacidad de ejercicio, este sistema quiebra al quedar puesta en entredicho la autoridad parental en favor de un mayor intervencionismo de la autoridad estatal.

El intervencionismo estatal no resta importancia a la autoridad parental ya que ésta, como señala BARRIÈRE-BROUSE²⁸, sigue actuando en la esfera propia de la familia, aunque bajo el control de la autoridad estatal que se proyecta *a posteriori* y en otros ámbitos de la vida del menor.

Sin duda uno de los aspectos más importantes de la Convención ha sido el instaurar un sistema de protección y de garantía de los derechos reconocidos avanzando así en el proceso de positivación efectiva. Las líneas básicas de este aparato protector se pueden delinear atendiendo a dos esferas: de un lado, la familiar, como esfera de protección primaria y directa, o subsidiariamente, por otros guardadores legales (artículos 5, 7, 9, 10, 14, 18 y 21); y de otro lado, la de los poderes públicos, que a la luz del principio de subsidiariedad, actúa no sólo cuando la familia actúe correctamente, sino también cuando ésta falle.

El sistema protector de la Convención en este nivel supranacional actúa en dos vertientes: el Comité de Derechos del Niño, en el seno de las Naciones Unidas; y la cooperación con el Comité de los organismos especializados de las Naciones Unidas en estas materias (UNESCO, UNICEF, OMS). Brevemente exponemos a continuación su funcionamiento:

1. Los artículos 42 a 45 de la Convención establecen unos mecanismos de control con que se dota a las Naciones Unidas para realizar el seguimiento en el cumplimiento por parte de los Estados Parte de los derechos proclamados en la misma. En este sentido el artículo 43.1 establece un Comité que desempeña tal función.

²⁷ BARRIÈRE-BROUSE, *op. cit.*, pág. 880. En el mismo sentido MIRALLES SANGRO, P.P, en *Derecho internacional privado, op. cit.* pág.198; del mismo autor, *vid. El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, pág. 75.

²⁸ BARRIÈRE-BROUSE, *op. cit.* pág. 881.

2. El Comité, integrado por diez expertos elegidos por los Estados Parte por un periodo de cuatro años, cumple fundamentalmente una misión de control de los Informes que preceptivamente deben presentar los Estados sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención (artículo 44.1), así como, en su caso, solicitar la información relativa a la aplicación de la misma (artículo 44.4).
3. Cada dos años el Comité debe presentar a la Asamblea de las Naciones Unidas, por conducto del Comité Económico y Social, informes sobre sus actividades (artículo 44.5). Además, con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional, el Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia a otros órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la Convención que afecten a la esfera de sus actividades (artículo 45 a).
4. Asimismo, el Comité podrá transmitir a los citados organismos, si lo considera conveniente, los informes de los Estados que contengan solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica (artículo 45 b). Igualmente podrá presentar recomendaciones a la Asamblea General para petición de estudios especiales sobre cuestiones concretas de los derechos del niño (artículo 45 c); pudiendo por último, formular sugerencias y recomendaciones generales con base en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 (artículo 45 d).

Como se ve, la Convención no establece mecanismos precisos para el ejercicio de los derechos reconocidos habida cuenta de que dichos mecanismos deben de ser fijados por cada Estado Parte en el ámbito de su soberanía jurisdiccional²⁹.

De lo que se trata en definitiva es de destacar que el dogma de la autonomía del niño reforzado por los mecanismos procesales para su ejercicio y protección, pone en entredicho una vez más el tradicional *status* del niño en tanto que menor sometido a una incapacidad de ejercicio, con lo que de un mismo golpe se cuestiona también el régimen de protección sobre el cual había sido situado hasta ahora, es decir, el régimen de la autoridad de la patria potestad.

4. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización interestatal de carácter permanente que tiene por finalidad trabajar en la unificación progresiva del Derecho Internacional Privado (artículo 1 del Estatuto de la Conferencia de 1951, en vigor desde el 15 de julio de 1955).

La unificación se realiza a través de Convenios internacionales³⁰ que se elaboran en diferentes sesiones de la misma. Estas sesiones tienen lugar habitualmente cada cuatro años de

²⁹ En España, la *Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero*, cuya exposición de motivos indica que “las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el *status* social del niño, y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los Derechos humanos de la infancia. El ordenamiento jurídico en general, y esta ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

³⁰ Los objetivos de partida de la Conferencia se centraban en lograr una codificación universal y general del Derecho internacional privado a través de normas de conflicto y que girase en torno al principio básico de la aplicación de la ley nacional. Al revelarse tales objetivos como inalcanzables la Conferencia toma otros rumbos más realista. A partir de la adopción de su Estatuto en 1955 se incrementó y racionalizó su actividad, abordándose un espectro amplio de materias,

acuerdo con un programa de trabajo, si bien en caso de necesidad pueden celebrarse sesiones extraordinarias (artículo 3 del Estatuto). Las sesiones finalizan con la adopción de un proyecto de Convenio internacional sobre materias de muy diversa naturaleza.

La Comisión de Estado holandesa, instituida por Decreto Real de 20 de febrero de 1897, a fin de promover la codificación del Derecho Internacional Privado, asegura el funcionamiento de la Conferencia por medio de una Oficina Permanente cuyas actividades dirige. Dicha oficina, con sede en La Haya, está coordinada por un Secretario General y tiene a su cargo la preparación y organización de las sesiones de la Conferencia, así como las reuniones de las Comisiones especiales.

4.1. Los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el ámbito de la protección de los Derechos del menor

Es en el ámbito de la protección de los menores donde se ha puesto de manifiesto con mayor intensidad el alcance y la evolución progresiva de los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³¹.

Sabemos que la Conferencia de La Haya ha sido desde sus orígenes en 1893³² un ámbito especial de colaboración para la codificación y la unificación de soluciones en la materia del Derecho Internacional Privado. Si bien nació en el ámbito europeo, su apertura al resto de los países del mundo es ya una realidad de consecuencias benéficas fácilmente constatables; y es que, la cooperación entre países para el logro de soluciones armónicas en materias tan complejas, que afectan a realidades muy diferentes, a sociedades muy distintas y distantes, y a sistemas jurídicos de estirpe muy variada, no es fácil de conseguir.

Hoy es una realidad que los logros de la Conferencia en materias como el procedimiento civil en general, y la cooperación entre tribunales de diversos países en particular, a efectos de notificaciones en el extranjero, de obtención y práctica de pruebas en el extranjero, sobre exención de legalizaciones de documentos, formas de los testamentos, y sobre reconocimiento a efecto de ejecución de decisiones dictadas en el extranjero, han servido para simplificar muchas disposiciones internas y dotar de una mayor seguridad jurídica a los particulares en las situaciones privadas internacionales (o de tráfico jurídico externo)³³ en las que pueden verse involucrados.

sobre todo familiares, patrimoniales y procesales, y limitando el objeto concreto de cada Convenio, lo que facilitó el consenso de los países así como la profundidad en el tratamiento jurídico de las diversas cuestiones. *Vid.*, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Introducción al Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 1997, pág.122.Sobre las características generales de las convenciones elaboradas en la Conferencia ver VIÑAS FARRÉ, R., *Unificación del Derecho Internacional Privado (Conferencia de La Haya de D.I.Pr.)*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978, págs.40 y ss.

³¹ Sobre el menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya, *vid.* PÉREZ VERA, E., “El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *R.E.D.I.*, vol. XLV, (1993), 1, págs. 101-114.

³² *Vid.*, para un apretado pero completo estudio de la evolución de los trabajos de codificación internacional de la Conferencia, ver TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J.A., *Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, págs. 3-40; VON OVERBECK, A.E., La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé, *R. des C.*, T. 233, 1992-II, págs. 9-98; BOGGIANO, A., The Contribution of the Hague Conference to the Development of Privat International Law in Latin America. Universality ad genius loci, *R. des C.*, T. 233, 1992-II, págs. 99-266; MCCLEAN, J.D., The contribution of the Hague Conference to the Development of Privat International Law in the Common Law Countries, *R. des C.*, T. 233, 1992-II, págs., 267-304; y, SCHMIDT, T.S., The Incidental Questions in Privat International Law, *R. des C.*, T.233, 1992-II, págs., 305-416.

³³ Para una mejor comprensión del alcance de esta labor, y su incidencia en España, *vid.*, *Guía práctica de los Convenios de La Haya de los que España es parte*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1996. Contiene esta obra referencias bibliográficas tanto generales (sobre la Conferencia) como particulares (sobre cada Convenio).

La Conferencia, sin embargo, no actúa en solitario sino que mantiene una estrecha colaboración con los gobiernos de los Estados miembros a través de sus órganos nacionales designados a tal fin; y también con otras organizaciones internacionales, entre las cuales podemos señalar, la Organización de las Naciones Unidas (en especial la Comisión para el Derecho Comercial Internacional -CNUDCI-), el Consejo de Europa, la Unión Europea, la Organización de los Estados Americanos, la Secretaría de la Commonwealth y el Comité Consultivo Asiático-Africano³⁴.

Desde un punto de vista cuantitativo, la Conferencia tiene una amplia andadura en la materia del derecho de familia³⁵. Ya en sus orígenes se aprobó el primer Convenio internacional en este ámbito (*Convenio relativo al establecimiento de la custodia de menores, de 12 de junio de 1902*). Y posteriormente se abordaron y aprobaron importantes textos en materia de alimentos, de protección de menores, de secuestro y de adopción. Si repasamos los treinta y cuatro Convenios adoptados desde 1951, más otros seis Convenios concluidos entre 1902 y 1905³⁶, vemos que han sido nueve Convenios en total los que se han aprobado en nuestra materia (ver Anexo).

Desde un punto de vista cualitativo, los Convenios aprobados en el seno de la Conferencia de La Haya inciden en la persona del niño como centro de reglamentación de los conflictos de leyes, y posteriormente los esfuerzos van centrados hacia el establecimiento de una protección jurídica internacional de carácter general que se basa en el *interés del menor*, calificado actualmente como de *superior*.

Como tiene señalado el Maestro AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO³⁷, puede decirse que hay cuatro categorías o métodos de unificación que pueden seguirse: **a)** los Convenios internacionales basados en la reciprocidad; **b)** los Convenios internacionales cuyo objeto material es lograr una reglamentación uniforme de aplicación general (no se basan en la reciprocidad); **c)** los Convenios internacionales que presentan una ley uniforme en anexo; y, **d)** los Convenios internacionales que proponen una ley modelo como simple recomendación.

La tendencia actual en la Conferencia de La Haya preconiza el método *erga omnes* (modelo b). Ello no quiere decir que se haya abandonado el método conflictual para la reglamentación jurídica de las relaciones privadas internacionales. Lo que sucede es que la norma de conflicto ha pasado a tener un contenido substancial, en el sentido de que sirve para designar el ordenamiento jurídico que permitirá con mayor seguridad obtener el resultado deseado por el legislador (interno o convencional). Las ventajas que proporciona la utilización de este método son diversas, como ha puesto de relieve GAUDEMET-TALLON, destacando entre otras: la posibilidad de que los Estados lleguen a acuerdos más fácilmente si establecen un objetivo preciso a regular y fijan en seguida la

³⁴ Para consultas en Internet sobre este punto: <http://www.his.com>. Debe señalarse que las Actas y Documentos de las sesiones plenarias de la Conferencia se publican periódicamente, y que para la conmemoración del Centenario de la Conferencia (en 1993) se ha publicado un libro con ilustraciones y una amplia bibliografía sobre los trabajos llevados a cabo. Los Recueil de los Convenios también se publican desde 1951. De igual modo existen algunos manuales prácticos sobre el funcionamiento y aplicación en los diferentes Estados de algunos de los Convenios adoptados; siendo el más completo el de SUMAMPOUW, M, *Les nouvelles conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, T.M.C., Asser Institut (hasta la fecha son cinco volúmenes)

³⁵ *Vid.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., "La familia en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado", *R.E.D.I.*, vol. XLV (1993), 1, págs. 7-37.

³⁶ Para un estudio sintético pero muy preciso de la consolidación del sistema español de Derecho Internacional Privado., véase el trabajo de MIRALLES SANGRO, P.P., "Acerca de la consolidación del sistema español actual de Derecho Internacional Privado desde la Constitución de 1978", Conferencia impartida en el XX Seminario de la *Academia Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado, A.C., Universidad de Guadalajara*, (México), octubre 1996 (inéedito).

³⁷ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., "La familia en los Convenios de La Haya..." *op. cit.*, págs. 8-10

reglas de conflicto que den una máxima probabilidad de llegar a ese resultado; la exclusión del reenvío; y, la posibilidad de limitar la aplicación de la excepción de orden público³⁸.

4.2. Clasificación de los Convenios de la Conferencia de La Haya sobre de protección de menores

Según un sector doctrinal, los Convenios de la Conferencia de La Haya sobre esta materia pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios. En este punto nos parece oportuno conjugar los criterios de clasificación expuestos por la profesora ELISA PÉREZ VERA³⁹ y por el profesor PEDRO PABLO MIRALLES SANGRO⁴⁰. Para mejor seguimiento de los Convenios a los que nos referimos, todos ellos ratificados por España, remitimos al lector al Anexo.

A) Por razón de la materia

Convenios sobre tutela y otras instituciones análogas de protección de menores

*Convenio relativo al establecimiento de la custodia de menores, de 12 de junio de 1902*⁴¹; *Convenio sobre la competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961*; *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993* y, *Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad en la patria potestad y medidas de protección de los menores* (no ratificado por España, ni todavía en vigor).

Convenios sobre protección del niño frente a un posible secuestro internacional

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.

Convenios sobre garantías de carácter material

*Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de menores, de 24 de octubre de 1956*⁴²; *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores, de 15 de abril de 1958*⁴³; *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973*; y, *Convenio referente al*

³⁸ GAUDEMET-TALLON, H., "L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye)", en *L'internationalisation du Droit, Mélanges en l'honneur de YVON LOUSSOUARN*, Editions Dalloz, Paris, págs. 183-186.

³⁹ PÉREZ VERA, E., "El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *op. cit.* pág. 104.

⁴⁰ Curso de Doctorado sobre *la Protección de los Menores en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, UNED 1997-1998 (sesión del 17 de diciembre de 1997); y ABARCA JUNCO, P., GUZMÁN ZAPATER, M., Y MIRALLES SANGRO, P.P., *Derecho Internacional Privado*, UNED, 7ª edición, Temas XXI y XXII, Madrid, 1996.

⁴¹ Este Convenio ha sido sustituido por el Convenio de 1961 en las relaciones de los Estados que son partes en ambos (artículo 18).

⁴² Según el artículo 18 del Convenio de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, las disposiciones de este último sustituyen a las del Convenio de 1956 en las relaciones entre los Estados que son parte en ambos.

⁴³ Este Convenio ha quedado sustituido por el de 1973 sobre la misma materia, en virtud de lo dispuesto en su artículo 29, entre los Estado parte en ambos.

reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973 .

B) Por razón de la técnica de reglamentación

Ley aplicable: se trata de la técnica que pretende determinar qué ley deberá ser tenida en consideración para saber si el menor puede o no reclamar alimentos y en qué medida. Siguiendo este método es posible determinar la ley aplicable a otro tipo de obligaciones, ya sea en materia de alimentos, ya sea en otras cuestiones. Ejemplos de esta técnica los encontramos en los Convenios de 1956 y 1973 sobre alimentos; de 1902 sobre tutela; y, de 1961 y 1996 sobre menores en general.

Competencia entre autoridades : esta técnica consagra en el Derecho Internacional Privado un método “no conflictualista” de solución de problemas de tráfico jurídico externo, que pretende establecer disposiciones comunes sobre la competencia de las autoridades en materia de protección de menores. Ejemplos de esta técnica los encontramos en los Convenios de 1958, 1973, 1961 y 1996.

Reconocimiento y ejecución de decisiones: mediante esta técnica se pretende asegurar el mutuo reconocimiento de decisiones dictadas en virtud de demandas de carácter interno o internacional en las diferentes cuestiones que interesan a la protección del interés del menor. Ejemplos de la misma los encontramos en los Convenios de 1958, 1973, 1902 y 1996.

Cooperación entre Autoridades centrales : esta técnica⁴⁴ pretende, en *interés superior* del menor, conseguir los objetivos concretos convencionales (retorno del menor por ejemplo, o eficiencia en la tramitación de los requisitos previos y posteriores a una adopción internacional), mediante una estrecha colaboración entre Autoridades Centrales que cada país viene obligado a establecer. Ejemplos de esta técnica son los Convenios de 1980, 1993 y 1996.

⁴⁴ Se critica si se trata realmente de una técnica de reglamentación, o por contra de un procedimiento práctico para solventar las dificultades de la técnica conflictual o de la ley aplicable.

CAPITULO II. EL SISTEMA CONVENCIONAL REGIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

1. Planteamiento general. 2.El sistema convencional europeo: 2.1.El Consejo de Europa. A) La labor del Consejo de Europa en orden a la protección de los Derechos humanos: el sistema del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950*. B) La labor del Consejo de Europa en la esfera de protección de los menores: el *Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 5 de enero de 1996*. 2.2. La Unión Europea. A) La incidencia de la aplicación de las normas comunitarias europeas en los derechos del niño. B) Las acciones del Parlamento Europeo en la promoción de la protección de los derechos de los menores: la *Carta Europea de los Derechos del niño, de 8 de julio de 1992*. 2.3.El sistema convencional de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC). A) Referencia general. B)Materias reguladas por la CIEC que afectan a los derechos del menor. 3. El sistema convencional interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA). 3.1.La Carta de la Organización de Estados Americanos: la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos del Hombre, hecha en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969* (Pacto de San José). 3.2.La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). A) La labor de la CIDIP en el ámbito de la codificación del Derecho Internacional Privado en el continente americano. B) Breve análisis de las Convenciones aprobadas por la CIDIP en la esfera de protección de los derechos del niño. 3.3. El Instituto Interamericano del Niño 4. Otros sistemas. 4.1.La Organización para la Unidad Africana. *La Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos, hecha en Nairobi el 24 de junio de 1981 y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, hecha en Addis Abeba (Etiopía) el 11 de julio de 1994*. 4.2.La Liga de Estados Arabes.

1. Planteamiento general

Las pautas evolutivas de la protección internacional del menor en el ámbito regional se han centrado en las últimas décadas de un lado, en la búsqueda de nuevas fórmulas protectoras que combinen la progresiva incidencia de la acción de los poderes públicos en el marco de la cooperación de autoridades para dar soluciones a los problemas relacionados con la persona y los bienes del menor en supuestos de crisis familiar. De otro lado, en el establecimiento de Convenios multilaterales elaborados en foros internacionales diferentes cuyos ámbitos de aplicación afectan fundamentalmente a las siguientes materias: obligaciones alimenticias, custodia de menores, derechos de guarda y visita, restitución internacional de menores, adopción, competencia de autoridades, y reconocimiento y ejecución de decisiones en algunas de estas materias. Este derecho convencional se está viendo reforzado también por la suscripción de acuerdos bilaterales entre Estados y por la adopción de medidas internas de similar naturaleza.

Cabe señalar en este punto que tradicionalmente se han encuadrado dentro del derecho de familia los concretos derechos que se otorgan a los menores. Sin embargo, no podemos dejar de constatar que en el particular ámbito de la familia existen intereses jurídicos en presencia que pueden enfrentarse, y en particular los de los progenitores y los de los hijos. Si bien en tiempos pasados primaba sin duda el interés de los progenitores, hoy en día el cambio de la posición del menor en el seno de la familia se ha transformado.

Esta transformación es debida a nuestro entender a una serie de circunstancias de naturaleza diversa que toman como punto de partida el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad. En los ordenamientos jurídicos europeos contemporáneos es cada día más notorio este cambio debido en gran medida a la pérdida del carácter único del modelo tradicional de familia.

El dilema que se presenta, desde los estudios sociológicos, cuestiona si es imprescindible hoy la familia para la socialización del menor; y, en caso negativo, si es posible una socialización adecuada por otras vías distintas a las familiares; y, si se pierde el papel esencial de la reproducción sociocultural, ¿qué porvenir le espera a la familia?

Otros datos que inciden necesariamente en la posición del menor en el seno de la familia actual es la separación conceptual entre familia y matrimonio. El reconocimiento a contraer matrimonio entendido en un sentido muy amplio, la igualdad jurídica de los contrayentes y de los cónyuges, así como a la igualdad jurídica entre los hijos, cualquiera que sea su filiación, y por último a la importancia primordial de la voluntad de las partes como criterio regulador de las relaciones en el ámbito de la familia⁴⁵.

Creemos que es en este marco de transformaciones en donde se puede entender nuestra afirmación anterior y acaso justificar también la cada vez mayor presencia de los poderes públicos en el ámbito de lo familiar. Si bien la familia, en su modelo tradicional o en su vertiente “alternativa”, sigue manteniendo su carácter fundamental, los poderes públicos asumen una gran responsabilidad en la protección integral de los menores, sobre todo en aquellos casos en que la familia falla en el cumplimiento de sus obligaciones, o bien está en crisis. De ahí que el centro de la reglamentación pasa por la protección en todas las esferas e instituciones tutelares del menor. Y, en concreto, el *interés superior del menor* se eleva ya como el principal interés jurídico a proteger desplazando, desde esa postura preeminente, cualquier otro interés concurrente⁴⁶.

Las razones que justifican que el Derecho Internacional Privado se ocupe con progresiva intensidad de los mecanismos para la protección del interés del menor son, como fácilmente puede alcanzarse, de doble naturaleza: social y económica⁴⁷. Así, cabe señalar, entre otras, la progresiva internacionalización de las relaciones y de los vínculos entre parientes y familias, una mayor movilidad de la población, gracias a los medios de transporte y comunicación, el fenómeno migratorio por razones laborales o bien por la búsqueda de mejores oportunidades de vida en otros países, y el incremento de la intervención de los poderes públicos en la protección de las relaciones privadas internacionales⁴⁸.

En este punto, no podemos dejar de tener presente el protagonismo que desempeña la Constitución en todo ordenamiento jurídico. Si estos valores a los que anteriormente hacíamos referencia se plasman en instrumentos internacionales y convencionales a los que se adhieren los

⁴⁵ Vid. ESPINAR VICENTE, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema española de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996. Asimismo, FERNÁNDEZ ARROYO, D., “Nuevos elementos del Derecho internacional privado de la familia en Europa”, en *Revista Mexicana de Derecho internacional privado*, Academia Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado, México, 1997, pág. 98.

⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, D., *op. cit.*, pág. 100. Para una comprensión global del interés del menor en el Derecho internacional privado, sin perjuicio de otras remisiones a las que nos referimos en este mismo trabajo, *vid.* “Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña”, de Alegría BORRÁS, “El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994 (4), págs. 47-99; y “Contestación de la Profesora ENCARNA ROCA I TRIAS, en la misma Revista, págs. 101-122.

⁴⁷ Cfr. MIRALLES SANGRO, P.P., *Derecho internacional privado*, UNED, Madrid, 1996, pág.187.

Estados, es innegable que los mismos tienen forzosamente que permear e irrigar todo el ordenamiento jurídico interno, y también las normas de Derecho Internacional Privado. Pero no queda ahí la cuestión, cualquier principio o valor retenido por la Constitución, determina que el legislador deba tomarlos en cuenta en cada regulación sectorial y el juez, por su parte, a la hora de aplicar e interpretar las normas de Derecho Internacional Privado deberá hacerlo sobre la base de tales principios y valores⁴⁹.

Partiendo de estas ideas es como pretendemos explicar las nuevas orientaciones de la regulación convencional para la protección integral de los Derechos del menor en los diferentes ámbitos regionales.

2. El sistema convencional europeo

En el ámbito europeo podemos destacar tres foros en cuyo seno se han elaborado Convenios internacionales que afectan al derecho de familia: el Consejo de Europa, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y, en el ámbito de la Unión Europea resaltar el trabajo llevado a cabo por el Parlamento. Dado que el foro de la Conferencia de La Haya lo hemos enmarcado en nuestro primer capítulo debido a su vocación universal codificadora de normas de Derecho Internacional Privado, en este punto sólo nos detendremos en los otros dos foros mencionados.

2.1. El Consejo de Europa

Con sede en Estrasburgo (Francia), establecido en 1949 en virtud del Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949, tiene como origen la Resolución política del Congreso de Europa hecha en La Haya el 10 de mayo de 1948, que expresaba, entre otros extremos que: “los pueblos de Europa tienen la urgente obligación de crear una unión económica y política. Para ello deben renunciar a algunos de sus derechos de soberanía, que en el futuro se realizarán en común”⁵⁰.

La finalidad esencial era lograr la mayor unidad posible entre los Estados Miembros con el fin de neutralizar “el problema de Alemania”, facilitando la cooperación internacional entre ellos para promover su desarrollo económico y social. Su ideario se centraba en la vigencia del Estado de Derecho y el apoyo a los principios de la democracia parlamentaria. En la defensa y salvaguarda de estos ideales, la defensa y observancia de los Derechos humanos y las Libertades fundamentales ha pasado a constituir hoy en día un objetivo central del Consejo de Europa.

A) La labor del Consejo de Europa en orden a la protección de los derechos humanos: el sistema del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950*

⁴⁸ *vid.* LEQUETTE, Y., “Le droit international privé de la famille à l’épreuve des conventions internationales”, *R. des C.*, t. 246 (1994-II), págs. 100-135.

⁴⁹ Sobre el tema específico de la protección de los derechos del niño en la Constitución española, véase: AMORÓS DORDA, F.J., “Principios de la política social y económica: comentarios introductorios al Capítulo II del Título I, en Autores Varios: “Comentarios a las leyes Políticas. Constitución Española de 1978”, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, O., tomo IV; ESPÍN CÁNOVAS, D., “Artículo 39: protección de la familia”; GÓMEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, 1990; MANGAS MARTÍN, A., “Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980; RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores en la Constitución y en el Código Civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1980.

⁵⁰ Sobre los desarrollos recientes del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, *vid.* ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, M.P., “Consejo de Europa y Derechos Humanos. Desarrollos recientes”, Ponencia XVI *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (Principado de Andorra, 21-23 septiembre 1995), Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 217-222.

En materia de Derechos humanos el Consejo de Europa ha realizado una meritoria labor y se ha transformado en uno de los campos más importantes de acción en orden a la protección de los derechos fundamentales⁵¹. Todos los Estados Miembros son parte del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953⁵².

Aunque el Convenio es sólo dos años posterior a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de las Naciones Unidas (1948), difiere de esta última en que aquél establece una estructura y un mecanismo para examinar las denuncias de violaciones a los derechos y a las libertades fundamentales. Es decir, no se queda en un mero enunciado de principios como el instrumento de las Naciones Unidas⁵³, y establece el sistema más avanzado actualmente existente para la protección de los derechos humanos. Adicionalmente establece un Comité de Ministros Permanente que estudia el funcionamiento de los mecanismos, examina las eventuales mejoras que pudieran introducirse por medio de Protocolos⁵⁴ adicionales para perfeccionar la Convención, y prepara textos de declaraciones que sobre esta materia pueda emitir el Comité de Ministros. Así pues, estas tres instituciones velan por el cumplimiento de los derechos garantizados en la Convención. Asimismo, diversas Conferencias sobre derechos humanos comenzaron a realizarse periódicamente a partir de 1985.

A partir del Protocolo 11⁵⁵ la estructura orgánica ha cambiado profundamente. El nuevo Tribunal único sustituirá a dos de los órganos instituidos por el Convenio: la Comisión y el Tribunal o Corte, y desempeñará las funciones actualmente asumidas por dichos órganos. El Comité de Ministros, por su parte, conserva sus competencias en materia de ejecución de sentencias, perdiendo la de decisión que le confiere el actual artículo 32 del Convenio.

La jurisdicción del Tribunal se extiende a partir de ahora a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio, tanto para los litigios entre los Estados como para las demandas individuales. También tiene competencia consultiva cuando lo solicite el Comité de Ministros. El Tribunal funcionará permanentemente y podrán acudir a él tanto personas físicas como organizaciones no gubernamentales, o grupos particulares que se consideren víctimas de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos, siempre que se hayan agotado los recursos internos y demás condiciones de exigibilidad.

Ya no es necesaria la aceptación de su competencia por el Comité de Ministros, y respecto a las personas, para poder acudir a la jurisdicción del nuevo Tribunal, basta con que los Estados

⁵¹ VALTICOS, N., “Les diverses formes de la protection des droits de l’homme en Europe”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, págs 793.

⁵² *Vid.* TRUYOL SIERRA, A, *La Sociedad Internacional*, Madrid, 3ª edición, 1981. Del mismo autor, “Gènese et structure de la société internationale”, *R. des C.*, T. 96, 1959.I, págs. 553-664; y “L’expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles”, *R. des C.*, T. 116, 1965-III, págs., 89-180.

⁵³ *Vid.* MARÍN LÓPEZ, A., *La reforma del sistema de protección de los Derechos del Hombre en el Consejo de Europa: el Protocolo numero 11 al Convenio Europeo de 1950*”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XI, ed. Eunsa, 1995, pág. 170-173.

⁵⁴ Son once Protocolos complementarios que pueden dividirse entre aquellos que aumentan los derechos protegidos y aquellos que mejoran el sistema de protección. *Cfr.* MARÍN LÓPEZ, A *op. cit.* pág. 179. SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Una visión sobre el nuevo mecanismo de protección del Convenio Europeo de derechos humanos, previsto por el Protocolo 11”, Ponencia Seminario XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Principado de Andorra, 21-23 septiembre 1995) , Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 265-280.

⁵⁵Fue aprobado y ratificado el 28 de noviembre de 1996. Publicado dicho Instrumento de Ratificación en el BOE del 26 de junio de 1998, entrando en vigor de forma general y para España el 1 de noviembre de 1998.

Parte acepten la competencia sin necesidad de hacer una declaración unilateral como en la anterior regulación⁵⁶.

Las valoraciones que el Protocolo 11 ha suscitado son de distinto signo: por un lado, algunos se inclinan por una estimación global positiva, en el sentido de que va a suponer un avance respecto al sistema vigente; otros en cambio son marcadamente críticos, habiendo llegado a afirmar, los más radicales, que el Protocolo esconde “efectos perversos de consecuencias nefastas, e incluso desastrosas, contrarias a la intención fijada en su Preámbulo, de mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales previstas en el Convenio” (EISEN).

Además de en la esfera de los Derechos humanos y junto a éstos, en el seno del Consejo se trabaja en otros ámbitos de acción. Entre ellos cabe mencionar las materias de terrorismo, extradición, libertad de expresión, seguridad social, población y problemas demográficos, trabajadores migrantes, deporte, medio ambiente, crimen, salud, juventud y cultura.

B) La labor del Consejo de Europa en la esfera de protección de los menores: el *Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 5 de enero de 1996*⁵⁷

En la esfera de protección de menores, el Consejo de Europa ha establecido Comités jurídicos especializados para preparar Convenios sobre temas como el estatuto legal de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la custodia de los hijos, la educación de los niños, o la adopción.

La labor del Consejo ha quedado plasmada en instrumentos jurídicos de diverso alcance y significación. Entre ellos, y sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar los siguientes⁵⁸:

Convenio en materia de adopción de niños, de 24 de abril de 1967;

Resolución del Comité de Ministros 33(77) de 3 de noviembre de 1977, sobre la ubicación de niño.

Recomendación 874 (79) relativa a una Carta Europea de Derechos del Niño⁵⁹.

Recomendación 3 (81), de 23 de enero de 1981, relativa a la acogida y educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años.

*El Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980*⁶⁰.

Recomendación del Comité de Ministros, 4 (84) sobre responsabilidades parentales, de 28 de febrero de 1984.

Recomendación 6 (87) de 20 de marzo de 1987, sobre las familias.

Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1071 (88), relativa a la protección de la infancia.

⁵⁶ Véase MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 199; SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.* págs. 273-280; Andrés, M.P., *op. cit.*, págs. 248-258.

⁵⁷ En esta Convención Europea se toma en consideración (Preámbulo) en particular el artículo 4 de la de Nueva York de 1989 que exige que los Estados partes tomen todas las medidas legislativas, administrativas y toda otra que fuera necesaria para llevar a cabo y poner en efecto los derechos reconocidos en dicha Convención. También toma en cuenta la importante Recomendación de la Asamblea Parlamentaria de la Comunidad Europea de 1990 (1121/90), relativa a los Derechos del niño. No ratificado todavía por España (mayo 1998).

⁵⁸ Una buena guía para la localización de la mayoría (no todos) de los instrumentos internacionales adoptados en materia de Derechos del Niño, es la preparada por M^a ISABEL ALVAREZ VÉLEZ Y ELENA CALVO BLANCO y publicada por Mc. Graw Hill, Serie Legislación, Madrid, 1998.

⁵⁹ Esta Carta Europea fue adoptada por el Parlamento Europeo en Resolución de 8 de julio de 1992, *vid infra* al tratar las labores llevada a cabo en el seno de la Unión Europea, y en concreto las del Parlamento europeo.

Recomendación 1121 (90), relativa a los derechos del niño; y,
*El Convenio sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 5 de enero de 1996*⁶¹.

Por la especial trascendencia de este último Convenio, y pese a que el mismo todavía no ha sido ratificado por España, entendemos que es oportuno hacer siquiera unas breves reflexiones sobre su contenido.

En opinión de BARRIÈRE-BROUSE, este Convenio viene a ser el “brazo ejecutor” de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989*. La razón estriba en que en él se establecen una serie de medidas de orden procesal y de procedimientos para promover el ejercicio de los Derechos del menor. Dichas medidas, concretadas en los artículos 3 a 15 atañen a dos órdenes de cuestiones: las relativas a los derechos procesales, artículos 3 a 5 (a); y las relativas al papel e intervención de las autoridades judiciales, artículos 6 a 15 (b).

(a) Derechos procesales

Este Convenio reconoce tres grandes grupos de derechos en el ámbito procesal, tendentes a promover el ejercicio de los Derechos del menor:

Derecho de ser informado y expresar su opinión en los procedimientos. Este derecho se extiende a aquellos menores con discernimiento suficiente y alcanza no sólo el ejercicio del derecho a la información y a la libertad de expresión, sino también a la garantía de ser informado de las consecuencias eventuales que le acarrearían sus manifestaciones u opiniones.

Derecho a pedir la designación de un representante especial. Este derecho puede ser ejercitado personalmente por el menor o por intermediación de otras personas u órganos. Alcanza el supuesto de que por virtud del derecho interno aplicable el menor no pueda ser representado por los detentadores de la patria potestad, o en su caso los detentadores de la responsabilidad parental legal, en razón de un conflicto de intereses con el menor.

Otros derechos procesales posibles. Se trata de la posibilidad de reconocer a los niños otros derechos procesales suplementarios, tales como: el derecho a pedir ser asistido por una persona apropiada que le ayude a expresar sus opiniones; el derecho a pedir ellos mismos, o por medio de un intermediario, la designación de un representante distinto; en concreto, un abogado; el derecho de designar su propio representante; y el derecho de ejercer, total o parcialmente las prerrogativas de una parte en tales procedimientos.

(b) El papel de las autoridades judiciales

El Convenio estructura los deberes de las autoridades judiciales como obligaciones correlativas a los derechos proclamados en favor del niño que se ve involucrado en un proceso judicial familiar :

Deber de informar en procesos en los cuales deban tomarse decisiones por la autoridad judicial; esta obligación contenida en el artículo 6 se corresponde con el principio

⁶⁰ Ratificado por España y publicado en el BOE 210, de 1 de septiembre de 1984.

⁶¹ Los orígenes de este Convenio se encuentran en la Conferencia de los Ministros europeos de asuntos familiares que en su XXIII sesión celebrada en París los días 14 y 15 de octubre de 1993 acordaron entre otras iniciativas elaborar el proyecto de Convención europea sobre el ejercicio de los derechos del niño.

enunciado en el dispositivo 3, y atañe al derecho a ser informado. En tal sentido la autoridad judicial debe:

- a) examinar si dispone de la información suficiente para tomar tal decisión en atención al interés superior del menor;
- b) si se trata de sistemas en los que el menor, según su derecho interno, es considerado con discernimiento suficiente, entonces el juez deberá asegurarse de que reciba toda la información pertinente;
- c) consultar personalmente al niño -si fuera necesario en privado-, bien de modo directo, o bien a través de un representante o intermediario (salvo que esta "consulta" sea manifiestamente contraria al interés del menor); y
- d) permitir que el niño exprese su opinión y a tomarla debidamente en cuenta.

Obligación de actuar con celeridad: se trata de asegurar la ejecución rápida y sin dilación o retardos inútiles de aquellos procesos en los que esté involucrado el interés del menor. Podrá además la autoridad judicial, en casos de urgencia, tomar las medidas ejecutorias que entienda necesarias. Este deber se corresponde con el derecho fundamental de contar con una administración de la justicia rápida y expedita en interés del menor (artículo 7).

Actuación de oficio: asimismo el artículo 8 permite que la autoridad judicial en casos permitidos por el derecho interno, o cuando el bienestar del menor esté seriamente amenazado, actúe de oficio.

Obligación de designar un representante: se trata de la designación de un representante especial para el menor cuando según el derecho interno impida que quienes ostenten la patria potestad o la legal autoridad sobre el menor, se vean privados de representarlo en juicio por razón de conflicto de intereses. Se prevé incluso que este representante sea un abogado, si la necesidad del caso lo justificare (artículo 9).

Obligaciones de los representantes: los representantes siempre deberán informar al menor, si éste goza de discernimiento suficiente, así como también darle las explicaciones relativas a las consecuencias eventuales que le acarrearían la manifestación de sus opiniones (artículo 10)

Por último, el Convenio propone que los Estados tomen medidas para que los derechos proclamados en los artículos 3, 4 (información), y 9 (designación de un representante), se extiendan a otros procesos no judiciales tramitados por otros órganos y en los que se vean involucrados los intereses del menor (artículo 11).

Con la misma finalidad de promover el ejercicio de los Derechos del menor y prevenir y resolver los conflictos evitando un procedimiento judicial, el Convenio propone a los Estados que promuevan el establecimiento de la mediación o de otros métodos de resolución de controversias que permitan llegar a un acuerdo (artículo 13).

En todo caso y en la medida que el derecho interno permita o prevea la asistencia judicial o el consejo jurídico, los Estados velarán porque éstos se apliquen también a los supuestos establecidos en los artículos 4 y 9 (derecho y designación de un representante).

Algunas opiniones críticas se han vertido ya sobre este Convenio. Así, en el seno del Parlamento Europeo y con ocasión de la discusión del Informe sobre las medidas de protección de menores en la Unión Europea⁶² se ha criticado este Convenio por el profesor VERHELLEN quien

⁶² Informe sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea. Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos de 25 de noviembre de 1996. A4-0393/96 . Ponente WILMYA ZIMMERMANN.

señaló en su Ponencia que el Convenio del Consejo de Europa constituía un retroceso con respecto a la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*.

La razón del profesor VERHELLEN estriba en que, a tenor del apartado 2 del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas, el niño tiene oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo ya sea directamente ya sea por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Sin embargo, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa, el derecho a ser oído, reconocido en el artículo 3, se tomará en consideración sólo en tres ámbitos del derecho de familia, lo que constituye, en opinión del citado profesor, una limitación múltiple del derecho reconocido en la Convención de las Naciones Unidas. Además, la letra b) del artículo 6 habla sólo de una posibilidad, no de una obligación de permitir al niño expresar su opinión ("*...allow the child...*").

La Ponente en el citado Informe -Sra. ZIMMERMANN- consideró por su parte que mediante instrumentos que fortalezcan la posición del niño en el proceso se responde a una importante cuestión con la que siempre se tropieza en el debate sobre los derechos del niño, es decir, si la mejor forma de ayudar al niño es concederle derechos adicionales o si se pueden proteger los intereses del niño de otra manera. Después de todo, el hecho de que el niño pueda imponer sus derechos, de ser necesario en contra de la voluntad de los adultos, repercute en su propio interés.

Además de lo anterior el Convenio deja de lado otras cuestiones. Y es que no debemos olvidar que las numerosas referencias a conceptos como el de capacidad y el de discernimiento pueden explicarse también en contra de los intereses del niño si se interpretan de conformidad con el derecho nacional. Por ello, debería fomentarse, desde un plano psicológico, la elaboración de estudios de este tipo así como pedagógicos con vistas a establecer modelos que indiquen la relación, siempre cambiante, entre mayoría de edad y minoría de edad en los niños. Estos modelos podrían contribuir a decidir si un menor puede tomar por sí mismo una decisión bien pensada. Pero, hoy por hoy, parece razonable pensar que la última decisión sobre lo que -en un caso concreto- conviene o no conviene en interés del menor la tienen los jueces nacionales.

Cabe señalar que en materia de protección de menores el Tribunal europeo se ha pronunciado en algunos casos en los que destaca el interés superior del menor como prevalente frente a otros intereses. Sólo a título de ejemplo citaremos las sentencias dictadas en los siguientes casos: Caso *Olsson*. Sentencia de 24 de marzo de 1988. Caso *Eriksson*. Sentencia de 22 de junio de 1989. Caso *Gaskin*. Sentencia de 7 de julio de 1989. Caso *Nyberg*. Sentencia de 31 de agosto de 1990. Caso *McMichael*. Sentencia de 24 de febrero de 1995.

2.2. La Unión Europea

Tras el Tratado de Maastricht, en vigor desde 1993, que crea la Unión Europea, se da un paso más en la unificación de Europa. Si bien la configuración que le da el Tratado no es aún la de un Estado federal en el sentido del Derecho Político y del Derecho Internacional Público, el germen de un futuro Estado federal se deja sentir, aunque no se diga⁶³.

⁶³ La literatura general y especializada es abundantísima. Con carácter general *vid* MANGAS MARTÍN, A. *et. al.*, *Derecho Comunitario Europeo*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997; MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho*

Después de la Conferencia Intergubernamental iniciada en Turín en 1996, y culminada en 1997 con el Tratado de Amsterdam, que modifica de modo importante el Tratado de Maastricht, no es posible seguir hablando de una organización supranacional de corte clásico, sino de una Unión Económica de enorme complejidad, tanto en la toma de decisiones como en su estructura funcional; complejidad que, dicho sea de paso, dificulta a los ciudadanos de la Unión la comprensión de las interrelaciones entre las instituciones europeas y las nacionales.

Un indicador clave, aunque no único ni necesariamente exclusivo de lo que constituye la supranacionalidad, es la autoridad que tienen la organización para hacer que su derecho sea directamente aplicable a los nacionales de sus Estados miembro, sin requerirse la adopción de medidas adicionales por parte de los gobiernos nacionales.

Sin embargo, como expresa BUERGENTHAL, lo único que se puede afirmar con certeza, es que las organizaciones supranacionales, en relación con los poderes que detentan, se sitúan en un punto entre las confederaciones o federaciones y las organizaciones internacionales tradicionales. La Unión Europea es una creación del Derecho y persigue sus objetivos utilizando el derecho. La denominación que damos a este nuevo orden jurídico es la de *Derecho comunitario*, que en estricto sentido deberíamos calificar como europeo, para distinguirlo adecuadamente de otros órdenes jurídicos también “comunitarios” que han surgido en otras áreas geográficas (por ejemplo, el Mercosur o la Zona de Libre Comercio entre los Estado Unidos de Norteamérica, Canadá y México -TLCAN o NAFTA-, por citar solo los más relevantes). Para no apartarnos de la tradición, en lo sucesivo utilizaremos el término comunitario, en el sentido de comunitario europeo.

A) La incidencia de la aplicación de las normas comunitarias europeas en los Derechos del niño

Debe señalarse que, en principio, la protección de los derechos del niño no aparece entre las competencias comunitarias. Ello no debe sorprendernos ya que los objetivos de las Comunidades Europeas y los principios que desde sus orígenes guían la construcción europea no se encaminan a crear un sistema propiamente comunitario de protección de los Derechos humanos.

Pese a ello, el ordenamiento jurídico comunitario como ordenamiento autónomo que aspira a una legitimación basada en los principios democráticos fundamentales viene preocupándose sobre todo desde el decenio de 1970 por la dimensión de la protección de los Derechos Humanos. Así se puso de relieve en la Declaración solemne de los Jefes de Estado y de Gobierno sobre la democracia en el Consejo Europeo de Copenhague los días 7 y 8 de abril de 1978⁶⁴.

español, Tecnos, Madrid, 1987; MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, Madrid, 1987; MELLADO, P., LINDE, E., BACIGALUPO, M, SÁNCHEZ, S., Y MIRALLES, P.P., *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Marcial Pons, S.A., Madrid, 1996. Por lo que hace a la codificación del Derecho Internacional Privado en la Comunidad Económica Europea, véase. DESANTES REAL, M., España ante el proceso de elaboración del Derecho internacional privado “intracomunitario”, y DESANTES REAL, M., España ante el proceso de elaboración del Derecho internacional privado “intracomunitario”, ambos en “España y la codificación internacional del Derecho internacional privado” Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo de El Escorial, días 13 y 14 de diciembre de 1991, *Centro de Estudios Superiores Ramón Carande*, 1993, pp. 203-224 y 247-258, respectivamente.

⁶⁴ Véase DUPARC, Ch., *La Comunidad Europea y los Derechos humanos*, Documentos de la Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1992, págs. 11-20. LIÑÁN NOGUERAS, D., “Los derechos humanos en la Unión Europea”, Ponencia *Seminario XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (Principado de Andorra, 21-23 septiembre 1995), Marcial Pons, Madrid, 1996, pág.331

Muchos son los derechos reconocidos a los ciudadanos europeos en las normas comunitarias, tanto de derecho primario como derivado, de tal modo que al ampliar determinados derechos y libertades ya garantizados a nivel nacional o tradicionalmente vinculados a la nacionalidad, la protección jurídica de los mismos ha devenido confusa.

En este punto nos referiremos a dos órdenes de cuestiones. De un lado, el debate relativo a la adopción o no por parte de la Unión Europea del Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos de 1950 **(a)**; , de otro lado, a la incidencia de las normas comunitarias en el sector específico de la protección de la infancia **(b)**

(a) *La Unión Europea y los Derechos fundamentales*

a) *Antes del Tratado de Amsterdam.* En los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas se consagra el imperio del derecho a través del Tribunal de Justicia, y el de la democracia mediante la creación de la Asamblea. Si bien los derechos humanos, en su más amplia formulación, apenas se mencionaban ello era debido a que el núcleo central de la “empresa europea” lo constituyen los “pueblos”, más que los “individuos”. Así pues, el objetivo de los “padres fundadores” se basaba en un método progresivo: poner mediante la creación de una comunidad económica los primeros cimientos de una comunidad mas amplia y profunda..

En consecuencia el respeto y la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en la Comunidad Europea son, *a priori*, competencia de los Estados ya que, por una parte, sus disposiciones constitucionales y, por otra, los controles que ejercen los órganos del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950*, dentro de los límites de su competencia, sobre los ordenamientos jurídicos internos permiten garantizar la protección de los individuos.

La crítica se hizo necesaria, ya que las instituciones comunitarias no están sujetas al control directo del Tribunal de Estrasburgo y de alguna manera podía decirse que éstos gozan de una suerte de inmunidad, habida cuenta de que sus actividades no se inspiran más que en valores de referencia amplios, sin estar sometidas a un control externo⁶⁵.

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha tomado conciencia con gran rapidez de la responsabilidad de la Comunidad a este respecto, y la jurisprudencia que ha desarrollado desde finales del decenio de 1960 en materia de protección de los derechos fundamentales ha contribuido a llenar el vacío de los Tratados. Entre otras en las Sentencias *Stander y Handelsgesellschaft* (Asunto 19/69 de 12 de noviembre de 1969, Rec. p. 419 y Asunto 11/70, *International Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970, Rec. p. 1125 respectivamente). El Tribunal consideró la necesidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales en tanto que principios generales de un derechos común a todos los sistemas jurídicos, así como de integrarlos en el Derecho comunitario. Esa orientación se confirmó en el caso *Nold* de 1974 (Asunto 4/73, J. Nold, *Kohlen und Baustoffgrosshandlung* contra la Comisión, de 14 de marzo de 1974, Rec. 1974, p. 491), pues en ella el Tribunal añadía que los instrumentos internacionales sobre la protección de los Derechos humanos a los que se adherían o con los que cooperaba los Estados miembros debían servir también de referencia en el marco del derechos comunitario. Después de esta última sentencia el

Tribunal mencionará en varias ocasiones y de manera explícita el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* y las garantías que el mismo contiene (en especial en la Sentencia *Rutili* de 28 de octubre de 1975, 36/75, Rec. P. 1219). La cuestión es pues que sin considerar el Convenio Europeo como una fuente de derechos obligatoria, el Tribunal se inspira en él en tanto que elemento de definición del contenido de los principios generales del Derecho comunitario.

Puede decirse así que en base a la rica jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, con sentencias claves en el periodo 1969-1975, no puede discutirse ya que los Derechos humanos informan todo el ordenamiento comunitario europeo y representan, parafraseando a DUPARC, la “trama evolutiva de una carta no escrita de los Derechos humanos en la Comunidad Europea”.

Este sistema llamado “pretoriano” ha generado un intenso debate en el seno de la Comunidad a propósito de la dimensión comunitaria de la protección jurídica de los derechos humanos, debate que gira en torno a dos soluciones posibles, compatibles y complementarias⁶⁶: la elaboración de un catálogo comunitario de derechos humanos y la adhesión *al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Ambas acciones pueden proporcionar dos tipos de protección distintas pero complementarias. El catálogo produciría efectos internos, mientras que la adhesión tendría efectos también fuera de la Comunidad⁶⁷.

Sobre la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de la Unión, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en su Dictamen a solicitud de la Comisión, ya se pronunció en el sentido de que una revisión del Tratado de Maastricht para tal fin **sería necesaria**⁶⁸. Y ello por cuanto la Comisión carece de competencias comunitarias para llevar a cabo la adhesión al Convenio europeo en virtud del artículo 235, ya que la finalidad de dicha norma es la de suplir la ausencia de poderes de acción en el Tratado cuando éstos son necesarios para el cumplimiento de los objetivos comunitarios.

En este sentido el TJCE afirma:

“Aún cuando el respeto de los derechos humanos constituye, por consiguiente, un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, resulta obligado señalar, sin embargo, que la adhesión al Convenio entrañaría un cambio

⁶⁵ DUPARC, Ch., *op. cit.* pág. 13.

⁶⁶ *Vid.* Informes anuales de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre el respeto de los Derechos humanos en la Comunidad Europea. En especial véase Informe *GUTCH*, PE 202.357/def. de 27 de enero de 1993, A3-0025/93, págs. 20-25. Véase, Propuesta de Reglamento (CE) relativa al Desarrollo y a la Consolidación de la Democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (DOCE C 282/97, pág. 14. Véase igualmente, COM /97/0191, de 24-7-9.

⁶⁷ La problemática de la adhesión por parte de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por satisfactorio que sea el método elaborado por el Tribunal de Justicia, no colma la laguna de la falta de normas escritas en materia de derechos humanos y de libertades fundamentales que la Comunidad se comprometería a satisfacer, respetar y promover. Para colmar dicha laguna la Comisión sugirió en 1979 que los actos jurídicos de las instituciones queden sujetos a los mecanismos de control establecidos en el Convenio Europeo (Comisión y Tribunal), obligando así a la Comunidad a someterse al mismo control que todos sus Estados miembros. El Parlamento Europeo exploró la vía de un texto propio de la Comunidad, al adoptar el 12 de abril de 1989 (DOCE C 120/51-57, de 16-5-1989) una Declaración de Derechos y Libertades fundamentales que consta de 28 artículos en los que se recogen los principios básicos de “una Comunidad de derecho basada en el respeto a la dignidad humana y de los derechos fundamentales”. Nuevamente la idea se replanteó a la Comunidad en 1990, surgiendo así el debate entre los Estados opositores a tal adhesión, y los Estados favorables a la misma.

⁶⁸ Acuerdo 2/94. Comentario a la solicitud de Dictámen véase Pi Llorens, M., “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales”, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional Privado (Principado de Andorra, 21-23 de septiembre de 1995), Marcial Pons, 1996, págs., 401-414.

sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario. Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría, pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado”.⁶⁹

Como sabemos, la adhesión al Convenio Europeo es una cuestión recurrente en el ámbito comunitario⁷⁰. Las tesis de algunos Estados miembros oponiéndose a tal adhesión estriba en que la materia de los Derechos humanos no es competencia de la Comunidad Europea, estando suficientemente cubierta su protección por el Derecho constitucional de cada Estado miembro. Se trata de una visión llamémosla internacional que entiende que, basta con una proclamación referencial a la vertiente material de los derechos fundamentales, es decir de los derechos que se consideran como fundamentales por la conciencia y la cultura jurídicas en la que se inserta la Unión Europea, para que el problema quede resuelto.

Esta tesis, reduccionista en expresión de WAELBROECK, no es sostenible, ya que si bien es cierto que la Comunidad no tiene competencias transferidas en este dominio, ello no quiere decir que las instituciones comunitarias, en el ejercicio de sus poderes, no puedan transgredir derechos fundamentales de los ciudadanos. En el mismo sentido se expresa LINÁN al señalar que se trata de una óptica que reduce el problema a la vertiente material de los derechos fundamentales, y no considera los aspectos formales de los mismos, es decir, la tutela judicial y la vinculación efectiva del legislador.

Cabe afirmar, en nuestra opinión, que una adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos humanos tenía razones positivas de peso ya que, aparte de la seguridad jurídica y de la previsibilidad que aportaría a los ciudadanos en cuanto al carácter y a la extensión de sus legítimos derechos, tal decisión tendría igualmente un valor político de gran significado, puesto que simbolizaría los valores comunes que constituyen la ciudadanía comunitaria y la identidad europea, y de otro lado, reforzaría la credibilidad de las actividades de defensa de los Derechos humanos que la Comunidad y sus Estados miembros llevan a cabo en el mundo. Ciertamente cabe afirmar que se produciría una modificación sustancial del régimen existente, toda vez que ello implica un cambio constitucional, necesitando de hecho una modificación de la norma fundamental que rige el orden jurídico comunitario. No obstante, en opinión de DUPARC, no implicaría la atribución una competencia general de la Comunidad en materia de derechos humanos, y, en su caso, no prejuzgaría la inserción en los Tratados comunitarios de un catálogo detallado de tales derechos.⁷¹ En fin, el catálogo de problemas jurídicos que la adhesión

⁶⁹ Dictamen págs. 1-25 y 1-26.

⁷⁰ Véase LINÁN, D., *op. cit.* pág. 347 y sigs.

⁷¹ Ciertamente cabe afirmar que se produciría una modificación sustancial del régimen existente, toda vez que ello implica un cambio constitucional, necesitando de hecho una modificación de la norma fundamental que rige el orden jurídico comunitario. No obstante, en opinión de DUPARC, tal decisión no implicaría una competencia general de la Comunidad en materia de derechos humanos, y, en su caso, no prejuzgaría la inserción en los Tratados comunitarios de un catálogo detallado de tales derechos. *Cfr.*, DUPARC, Ch., *op. cit.* pág. 20.

de la Unión Europea al Convenio platearía sería muy amplio, y éste no sería el lugar oportuno para su examen y desarrollo.

Cabe destacar en este momento que la situación ha cambiado tras las modificaciones introducidas en el *Tratado de la Unión Europea* (Tratado de Maastricht) y en el *Tratado de la Comunidad Europea* (Tratado de Roma) por el *Tratado de Amsterdam*, firmado el 2 de octubre de 1997.

a') *La Unión Europea y los Derechos Fundamentales tras el Tratado de Amsterdam*. El *Tratado de Amsterdam*, de 2 de octubre de 1997, supone una revisión del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados constitutivos de la Comunidades Europeas y de determinados Actos conexos. Si bien no se altera el régimen actual en materia Derechos humanos, deben resaltarse dos modificaciones que inciden en la consideración de éstos como un Principio General del Derecho Europeo.

En opinión de SUDRE⁷² la revisión del Tratado de la Comunidad Europea operada por el *Tratado de Amsterdam* expresa la voluntad inequívoca de la Unión de construir su propio sistema de protección de los derechos fundamentales al situar, en el corazón mismo de la integración comunitaria, los derechos del hombre. En efecto el nuevo Tratado, por vía de disposiciones que se entrecruzan, da una nueva visión, una nueva perspectiva, al edificio de los derechos humanos, esquivando la problemática cuestión antes apuntada, de la adhesión o no de la Comunidad al *Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950.

El sistema adoptado por el *Tratado de Amsterdam* queda en nuestra opinión a caballo entre una declaración meramente proclamatoria y un catálogo con efectos jurídicos propios. En primer lugar, porque no se enuncian los contenidos materiales de los derechos fundamentales. En segundo lugar, por que no se da un mandato al legislador comunitario de desarrollo de los mismos (incluidos los procedimientos) en su actividad legislativa. Y, en tercer lugar, porque un sistema de recursos y responsabilidades como consecuencia de la actividad o inactividad del legislador comunitario apenas está perfilado.

Lo más destacable es que se añaden dos piezas suplementarias al edificio de las garantías de los derechos fundamentales. Se trata de los artículos 6 y 7, que en el texto de Maastricht se corresponden con los antiguos artículos F y F1.

El artículo 6 del *Tratado de Amsterdam* ha modificado el apartado 1 del antiguo artículo F del Tratado de la Unión y ha introducido un nuevo apartado 3; de esta forma el antiguo apartado 3 pasa a ser el actual apartado 4.

El nuevo artículo 6 reza:

ARTICULO 6 (antiguo artículo F)

⁷² SUDRE, F., "La Communauté Européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam: vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme?", *JPC, La Semaine Juridique*, núm. 1-2, 7 janvier 1998, pág.10

1. *La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros (artículo 6 párrafo 1).*⁷³
2. *La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de Derecho comunitario.*
3. *La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros.*⁷⁴
4. *La unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y llevar a cabo sus políticas.*

En cuanto al artículo 7, que sustituye al antiguo artículo F.1, permite que el Consejo, reunido en su composición de Jefes de Estado y de Gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, sancione a un Estado miembro que haya violado de forma grave y persistente los derechos a los que se refiere el artículo 6 (derechos fundamentales). La sanción alcanza a la suspensión de determinados derechos derivados de la aplicación del Tratado, sin que se prevea la expulsión como medida definitiva. Se permite en el inciso 5 del citado artículo la intervención del Parlamento Europeo a fin de que éste decida por mayoría de dos tercios de votos emitidos que representen la mayoría de los miembros que lo componen, la sanción decidida por la Comisión.

También el *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea* (TCE) ha visto modificada en el *Tratado de Amsterdam* su redacción en la materia, y en concreto su artículo 13 (antiguo artículo 6 A) establece:

ARTÍCULO 13

Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

La lectura de estas nuevas disposiciones debe hacerse confrontándola con otros artículos del TUE, principalmente los artículos 6, 7, 46 y 49, los artículos 13, 68, 309 del Tratado de Roma, así como los Protocolos al Tratado de Roma en materia de derecho de asilo. Nos parece oportuno señalar a la vista de las novedades ya apuntadas, que el *Tratado de Amsterdam* consagra en la materia de Derechos humanos tres pilares o fundamentos⁷⁵.

⁷³ Este artículo debe confrontarse con el artículo 11 (apartado 1 in fine - antiguo artículo J.1 sobre la P.E.S.C. y con el artículo 177 (apartado 2) del TCE, sobre la política comunitaria de cooperación al desarrollo. Ambos artículos tienen como objetivo la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho y el respeto a los Derechos humanos y las libertades fundamentales. Asimismo el artículo 49 (antiguo artículo O), que expresamente exige para que un Estado pueda optar a la adhesión a la Unión Europea la condición de que se respeten estos principios. Asimismo *cf.* el *Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea* (Prot. N.º 9, en particular el punto 6).

⁷⁴ *Cfr.* artículo 151, apartado 4 del TCE sobre el respeto a la diversidad nacional y regional en el ámbito de la cultura.

⁷⁵ *Cfr.* SUDRE, F., "La Communauté Européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam: vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme?", *JPC, La Semaine Juridique*, núm. 1-2, 7 janvier 1998, pág.10. Sobre la reforma institucional operada tras Amsterdam, *vid.* MANGAS MARTÍN, A., "La reforma institucional en el Tratado de Amsterdam", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, año, 2, enero-junio 1998, pág. 7-40; VALLE, A., "La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad

Primero.- Los *valores comunes* conformados por la trilogía derechos del hombre, democracia y preeminencia del derecho. Estos valores comunes, ya enunciados desde antes por el Estatuto del Consejo de Europa y por la Convención Europea de Derechos del Hombre, constituyen el llamado “*patrimonio común europeo*”.

Segundo.- La consolidación de los derechos protegidos, mediante la absorción de la Convención Europea de Derechos del Hombre, y la cláusula general de no discriminación incluida en el Tratado de Roma.

Tercero.- La instauración de una garantía de los derechos fundamentales mediante el control jurisdiccional y de un control político del respeto a los derechos humanos.

(b) *La incidencia de las normas comunitarias en la protección de los derechos de la infancia.* Por lo que hace a la protección sectorial de los derechos de los menores la aplicación de algunas normas comunitarias pueden tener incidencia en los derechos del niño. Como ha señalado la Profesora FERNÁNDEZ SOLA⁷⁶, en virtud del principio de no discriminación y de libre circulación de personas, la Comunidad puede ser llamada a proteger el interés del menor en el plano comunitario.

Ante la situación precaria de algunos niños en los Estados miembros, la Comunidad solicitó al Instituto Europeo de Florencia en 1992 un informe sobre los Derechos del hombre, en el cual se incluyó un capítulo relativo a los derechos del niño, lo que prueba la voluntad de tomar iniciativas en la medida de lo posible. La propuesta de este Informe se refería a la elaboración de un instrumento único que codificara los principios contenidos en los Convenios internacionales y la puesta al día de una legislación capaz de proteger a los niños contra las formas más graves de explotación y las condiciones de trabajo peligrosas.

Es posible afirmar que si bien no existe una actitud conjunta de las instituciones comunitarias sobre los problemas de los niños, sin embargo su actividad se puede concretar en el marco de la libre circulación de personas, el derecho a la educación, el derecho a la no discriminación, la protección de los niños contra la explotación económica, el derecho a la Seguridad Social y algunas disposiciones sobre el papel de los medios de comunicación. Ejemplos de lo anterior son: la Recomendación 92/241/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas; la Directiva 94/33/CE, del Consejo de la Unión Europea, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva⁷⁷. También la Comunicación de la Comisión sobre la lucha en contra del turismo sexual que afecta a niños (Com/96 de 27- 11-96).

Cabe señalar que a nivel comunitario el recurso individual ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades es posible siempre que se trate de una medida que afecte al menor, incluso de modo indirecto. Normalmente estas violaciones se producen en el ámbito de la libertad de circulación de

y justicia”, *idem*, págs. 41-78; y DEHOUSSE, F., “Le Traité d’Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe”, *Cahiers de Droit européen*, 1997 (3-4), págs. 266 y ss.

⁷⁶ FERNÁNDEZ SOLA, N., “La protection internationale des droits des enfants”, en VV.AA., *La protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, Institute Internationale d’Etudes des Droits de l’Homme, 1995, pág. 147.

⁷⁷ En España esta Directiva ha sido objeto de transposición mediante la Ley 25/1994, de 12 de julio (BOE 166, de 13 de julio de 1994).

personas, siendo procedente el Recurso el de Anulación contra una decisión de una Institución; o bien, por la vía del Recurso prejudicial.

Sin embargo, es preciso señalar que en las áreas de educación, formación profesional y juventud, cultura y salud pública la Unión Europea se obliga a procurar el desarrollo de una educación de calidad respetando la diversidad cultural y lingüística. En todo caso la acción comunitaria será complementaria de la de los Estados miembros y no implicará la armonización de las legislaciones nacionales.

En cuanto a las disposiciones en materia de cooperación en los ámbitos de justicia y de asuntos de interior (Título VI), también puede verse el impacto de las mismas sobre los menores, sobre todo aquellas que se refieren al establecimiento de una cooperación intergubernamental para los problemas que afectan a los niños, entre otras: políticas de asilo, condiciones para la inmigración, prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia, lucha contra el tráfico de estupefacientes y cooperación judicial.

En este punto, el *Tratado de Amsterdam* introduce importantes modificaciones en sus artículos 29 a 45 (antiguo artículo K en sus 17 apartados), reestructurando todo el Título. Merece destacarse la competencia que se otorga al Tribunal de Luxemburgo para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones sobre la interpretación de Convenios que se celebren de conformidad con el nuevo Título VI (véase artículo 35 que sustituye al antiguo artículo K 7).

Particular interés tiene también la modificación producida en el Título IV (antiguo título III A) del TCE) sobre Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (artículos 61 a 69 que sustituyen el antiguo artículo 73⁷⁸). En concreto queremos mencionar el artículo 65 (antiguo artículo 73 M) que tiene como finalidad, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, la adopción de disposiciones comunes relativas a: el sistema de notificación y traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; la cooperación en materia de obtención de pruebas; el reconocimiento y ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales; el fomento de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción; y, la eliminación de obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros. Para ello se instaure un procedimiento en el artículo 67 (antiguo artículo 73 O), el cual se vincula con el artículo 234 (antiguo artículo 177 TCE).

Llegados a este punto es necesario referirse a los trabajos del Consejo en relación con el *Convenio sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de 28 de mayo de 1998* (más conocido como Convenio de Bruselas II)⁷⁹.

⁷⁸ La correspondencia o equivalencia de artículos se hace con referencia al Proyecto inicial del T. de Amsterdam que posteriormente fue reenumerado. En este punto seguimos la Tabla de Equivalencias establecida en la obra de Díez-Hochleitner, J., y Martínez Capdevilla, C., (coord. por Francisco Fonseca Morillo, y dirigida por Marcelino Oreja Aguirre) *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea: análisis y comentarios*, vol. II., Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

⁷⁹ Proyecto DG 6005/98 DH H III, de 19 de marzo de 1998. Convenio adoptado y firmado el 28 de mayo de 1998 por los quince Ministros de Justicia de la Unión Europea, tras cuatro años de negociaciones debido a las dificultades para armonizar las diferencias legales nacionales sobre el papel del juez interno en el marco de la disolución del vínculo matrimonial. DOCE, C 221 de 16 de julio de 1998.

El por qué de la negociación. Como es sabido, el *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968* (en lo sucesivo Convenio de Bruselas I) juega un papel importante en la integración de las normas de derecho privado en el seno de la Unión Europea. Sin embargo, el Convenio de Bruselas I así como el Convenio paralelo de Lugano de 16 de septiembre de 1988 no cubren todos los aspectos civiles y comerciales, ya que algunas materias quedan excluidas de su ámbito de aplicación ; entre estas materias destacan los aspectos relativos al estado y la capacidad de las personas físicas, así como el derecho patrimonial de la familia.

Durante más de cuatro años las negociaciones para la extensión del Convenio de Bruselas I al ámbito familiar sufrieron altibajos debido fundamentalmente a que no existía un contexto favorable para la unificación satisfactoria de este campo jurídico. Y es que el derecho de familia es un ámbito en el que los particularismos nacionales, reflejo de las costumbres y de la mentalidad de cada pueblo, se manifiestan de modo especialmente virulento⁸⁰.

Ha sido necesario esperar a 1993 cuando los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el Consejo de Europa insistieron en la necesidad de llevar a cabo los trabajos relativos en el ámbito del derecho de familia y de sucesiones. Se ha comentado que la crítica que recibía la Comunidad europea en su proceso de unificación había dejado de lado los intereses de los ciudadanos en pro de la consecución de la integridad económica.

La toma en consideración de las críticas de la opinión pública por los funcionarios de Bruselas, y la necesidad de cooperación judicial europea para profundizar en los objetivos comunitarios, así como una mejor coordinación de las justicias nacionales en los asuntos que afectan a los ciudadanos en su vida cotidiana, han servido para remover las reticencias iniciales y llegar a este Convenio que más que buscar una vana unificación del derecho material aplicable, opta por una “gestión coordinada de los conflictos de leyes”.⁸¹

Referencia sucinta al Convenio sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de 28 de mayo de 1998 (Convenio de Bruselas II).

1. Este Convenio tiene su fundamento en el *Tratado de la Unión (Texto de Maastricht)*, y en particular en la letra c) del apartado 2 del artículo K.3⁸². Se pretenden fijar normas que determinen las competencias de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en los procedimientos civiles de divorcio, separación legal y nulidad de matrimonio de los cónyuges, así como establecer normas de competencia relativas a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges con ocasión de una demanda de disolución del vínculo matrimonial; igualmente, pretende simplificar las formalidades de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el espacio europeo.
2. Se parte de los principios en que se basa el *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968* (Bruselas I), y al igual que en éste se atribuye al Tribunal de Justicia de Luxemburgo la competencia para interpretar las disposiciones del Tratado. Así pues, la arquitectura del

⁸⁰ Cfr. STURLESE, B., “Premiers commentaires sur un événement juridique: la signature de la Convention de Bruxelles 2 ou quand l’Europe se préoccupe des conflits familiaux”, *JPC, La Semaine Juridique*, núm. 26 - 24 juin 1998, págs. 1145-1148.

⁸¹ *Idem.* pág. 1146.

⁸² Artículo K. 3. Apartado 2. *El Consejo podrá, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, en las materias contempladas en los puntos 1 al 6 del artículo K. 1.; a iniciativa de cualquier Estado miembro en las materias contempladas en los puntos 7 a 9 del artículo K.1; c) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar Convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.*

texto se corresponde con el de un Convenio doble, es decir, que tiene disposiciones que regulan la competencia y de otra parte el reconocimiento y la ejecución de decisiones.

3. La distribución competencial del órgano encargado de conocer las cuestiones objeto del Convenio se establece atendiendo al criterio de la residencia habitual de los cónyuges o la última residencia habitual de ambos cuando uno de ellos todavía resida allí, o a la residencia habitual del demandado, o en caso de demanda conjunta, a la residencia habitual de uno de los cónyuges, o a la residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda, o a la residencia habitual del demandante, si ha residido en ella al menos los seis meses inmediatos anteriores a la demanda y, o bien tiene allí su domicilio o bien es nacional del Estado miembro. También serán competentes en segundo lugar los tribunales de la nacionalidad de ambos cónyuges o del domicilio de ambos cónyuges fijado de manera estable (artículo 2). Es por tanto la proximidad territorial o procesal la que sirve de fundamento para la competencia judicial sobre los aspectos objeto del convenio.
4. Estos mismos tribunales tendrán competencia jurisdiccional en cuestiones relativas a la responsabilidad parental sobre el hijo común de los cónyuges cuando éste resida habitualmente en dicho Estado miembro; y, en caso de que no resida también serán competentes en esta materia, siempre que el hijo resida habitualmente en uno de los Estados miembros, y siempre que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el hijo y la competencia de las autoridades haya sido aceptada por los cónyuges y sea conforme con el *interés superior del niño* (artículo 3).
5. En materia de *sustracción* internacional de menores los tribunales ejercerán su competencia de conformidad con lo dispuesto en *el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*, y en particular sus artículos 3 y 16 (artículo 4).

Como corolario de cuanto queda expuesto podemos afirmar que si bien no se puede tomar en cuenta el acervo comunitario en materia de protección de los menores, sí es necesario señalar que las normas comunitarias inciden en el ámbito del derecho de familia cuando se trata de cuestiones que afectan a los derechos fundamentales de los menores así como a los principios sobre los que se construye el orden jurídico comunitario.

B) Las acciones del Parlamento Europeo en la promoción de la protección de los derechos de los menores: la Carta Europea de los Derechos del niño, de 8 de julio de 1992.

Más intensa ha sido la actividad y la preocupación del Parlamento Europeo en este campo. Pueden distinguirse acciones encaminadas a la protección de los derechos del niño en ámbitos sectoriales, como por ejemplo, en materia de los derechos de visita, en el respeto a la guarda y custodia, en materia de desplazamientos ilícitos, o en el ámbito de la adopción. En tanto que otras acciones son de carácter más general; así, el Parlamento en una Resolución de 1989⁸³ proponía un instrumento jurídico comunitario específico para evitar la sustracción de menores; también proponía la creación de un mediador para la infancia en cada país que garantizara la rapidez de los

⁸³ Resolución de 26.5.1989, PE 107.658/def.

procedimientos en la salvaguarda de los derechos del niño, coordinado por un *Ombudsman* comunitario⁸⁴.

De entre las Resoluciones⁸⁵ dictadas por el Parlamento, podemos señalar -sin ánimo exhaustivo- entre otras, las siguientes:

1. Resolución de 13 de diciembre de 1991, sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea (DO C 13 de 20.1.1992);
2. Resolución (A-3-0172/92) de 8 de julio de 1992, que aprobó una Carta Europea de los Derechos del Niño (DO C 241 de 21.9.1992);
3. Resolución (A-3-0051/93) de 9 de marzo de 1993, sobre secuestro de niños DO C 115 de 26.4.1993);
4. Resolución de 17 de septiembre de 1996, sobre el respeto de los Derechos humanos en la Unión Europea (Acta de 17.9.1996);
5. Resolución de 19 de septiembre de 1996, sobre los menores víctimas de violencia;
6. Resolución de 17 de diciembre de 1993 sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea (A3-0259/93);
7. Resolución de 2 de julio de 1992, sobre la pornografía (A3-0172/92);
8. Resolución sobre el Año Internacional de la Familia (DO C 18 de 23.01.95)⁸⁶.

La llamada *Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992*, es una Resolución adoptada por el Parlamento Europeo en virtud de la cual se pide a los Estados miembros, así como a los demás órganos institucionales de la Comunidad, que se lleven a cabo determinadas acciones en favor de una política familiar que permita el desarrollo armonioso y equilibrado del niño. Por otro lado, también se pide a la Comisión que presente no solo propuestas concretas para llevar a cabo las acciones necesarias en pro de esa política familiar, sino también que elabore un proyecto de Carta comunitaria de los derechos del niño que “contenga los principios mínimos y se base en definiciones” que la propia Resolución establece (artículo 8).

En 45 puntos la Resolución recoge un catálogo de derechos para los niños que generan, en consecuencia, obligaciones para los padres, para el Estado y para la Sociedad. Este catálogo de derechos y de obligaciones no se aparta en lo sustancial de los contenidos en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, de 20 de noviembre de 1989*. Es por ello que nos remitimos a la crítica ya apuntada sobre las formulaciones amplias y generales contenidas en los textos convencionales universales de protección de los Derechos del menor.

Cabe por último hacer referencia a otra importante acción del Parlamento Europeo consistente en el Informe emitido el 25 de noviembre de 1996 (A4-0393/96) sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea. De la lectura de dicho Informe se deduce que la Unión Europea carece todavía de una política orientada directamente a los derechos del niño y, en consecuencia, la mejora de sus condiciones de vida y la protección integral de su persona deviene cada día más necesaria. El Parlamento insiste en que el proceso de integración europea acarrea

⁸⁴ *Vid.* FERNÁNDEZ SOLA, *op. cit.* pág. 152.

⁸⁵ Recuérdese en este punto que la facultad normativa del Parlamento europeo es mínima, en el sentido de que solamente participa en el proceso formativo de la norma, más carece de la facultad legislativa propiamente dicha, la cual está encomendada al Consejo en colaboración con la Comisión.

⁸⁶ Informe de 25 de noviembre de 1996, A4-0393/96, sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos.

cambios radicales para todos los ciudadanos de la Unión, y especialmente para los niños, de ahí que pide una toma de conciencia urgente sobre los problemas del menor en todos los ámbitos y aspectos de su vida. En 43 puntos el Parlamento da una serie de directrices algunas de las cuales transcribimos a continuación:

4. Insta a los Estados miembros a que al modificar el Tratado de la Unión incluyan a los niños en éste como un grupo de personas independiente, y pide a la Unión Europea que, a la espera de la modificación del Tratado, convierta los derechos del niño en un principio fundamental de su actuación;
5. Insta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que se redacte un protocolo adicional al Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos que tome en consideración las necesidades específicas de los niños;
11. Desea que la Comisión, al preparar las iniciativas legislativas que afecten directa o indirectamente a los niños, dé prioridad a los intereses de los niños garantizando la efectividad de los instrumentos jurídicos ya existentes;
12. Pide a la Comisión que haga de los derechos del niño un principio de acción en todos los ámbitos políticos;
13. Pide que se cree una dirección general específica competente en materia de los derechos del niño;
14. Propone que se designe a un delegado de los derechos del niño en el Parlamento Europeo encargado de la defensa de los derechos del niño en todos los ámbitos políticos;
16. Pide que se tomen a todos los niveles las medidas necesarias para proteger a los niños de los peligros que para ellos representan las antiguas y nuevas tecnologías de la información y la comunicación;
17. Insta a la Comisión, en lo que respecta a la difusión de mensajes de carácter pedófilo por Internet y tomando nota de su Comunicación de 14 de octubre de 1996 referente a los documentos ilegales y nocivos en Internet, a que elabore, en colaboración con especialistas de los nuevos medios de comunicación, las necesarias propuestas de aplicación tendentes a impedir el desarrollo de este fenómeno ;
18. Pide que se conceda una especial importancia a la formación de los niños en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación;
22. Pide a los Estados miembros que fomenten la participación de los niños, en particular, mediante la designación de representantes de los niños, siguiendo el ejemplo de Noruega u otros modelos con resultados comprobados; en este sentido, es importante que existan instituciones u organismos que, independiente e imparcialmente, supervisen efectivamente el respeto de la legalidad vigente y los derechos de los niños y las niñas;
26. Insta a los Estados miembros a que suscriban, ratifiquen y transpongan al ordenamiento jurídico nacional los instrumentos jurídicos internacionales ya existentes;
27. Lamenta que el Convenio sobre el ejercicio de los derechos del niño constituya un retroceso con respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño;
28. Pide a los Estados miembros que den instrucciones a sus organismos públicos para que, en todas las decisiones que afecten a los niños, se dé prioridad a la protección jurídica del niño, y que apliquen consecuentemente y realmente las disposiciones ya existentes sobre la protección de los niños;
29. Pide que los Estados miembros mejoren las posibilidades de señalar las violaciones de los derechos de los niños sin necesidad de efectuar una denuncia formal ante las instituciones de menores correspondientes;

30. Pide que los Estados miembros mejoren las posibilidades existentes en su derecho procesal de que los niños víctimas o testigos de actos violentos no tengan que revivir de manera traumática los actos delictivos, sino que el interrogatorio se efectúe con la adecuada asistencia psicológica;

33. Pide al Consejo que toda negativa por parte de terceros países a colaborar en el restablecimiento del derecho de custodia en el caso de secuestro vaya acompañada de repercusiones políticas y económicas en interés del niño;

36. Pide que se establezca la libre circulación para los niños que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro;

37. Pide a los Estados miembros que cumplan plenamente las recomendaciones del manual del ACNUR "*Refugee Children - Guidelines on Protection and Care*" y que tomen nota del trabajo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el proyecto titulado "*Notes on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*";

38. Pide a los Estados miembros que admitan en su territorio a los refugiados menores de edad no acompañados con vistas a la reunificación familiar y concedan a tales niños unos cuidados equivalentes a los que reciben los niños del Estado de acogida;

42. Pide a los Estados miembros que permitan, al menos con carácter provisional, la posibilidad de tener varias nacionalidades además de la nacionalidad del Estado miembro en cuestión.

A modo de conclusión podríamos decir que este “rápido viaje” por el desarrollo histórico de la protección de los Derechos del menor en el espacio europeo, muestra la creciente importancia adquirida por los Derechos humanos y por los valores democráticos en todos los aspectos de la actividad comunitaria y no comunitaria europea.

Creemos que la Unión Europea tiene todavía que profundizar en la democracia y en la mejor garantía de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales de los ciudadanos en general y en la protección de los derechos del niño en particular. La variedad de instrumentos jurídicos, declaraciones, actos, recomendaciones, órganos e instituciones intervinientes, da origen a una maraña de la que es difícil escapar; y, de otro lado, los informes de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG)⁸⁷ sobre el respeto a los Derechos humanos en los países miembros de la Comunidad ilustran la diversidad y gravedad de los atentados contra los mismos.

Por todo ello estimamos que no es inútil insistir en la necesidad de reforzar la protección de los Derechos humanos en el espacio europeo (*intra* y *extra* comunitario), así como sensibilizar a las instituciones europeas frente los riesgos de diversa índole y a los atentados que se cometen en los Estados miembros contra los menores. Exigir una regulación sistemática y positiva que permita combatir cada situación concreta y, en suma, convertir la salvaguarda de los derechos del niño en un principio fundamental en la actuación de las Instituciones de la Unión Europea.

2.3. El sistema convencional de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)

A) Referencia general

⁸⁷ Informes anuales de la Subcomisión de derechos humanos del Parlamento europeo sobre la situación de los derechos humanos en el mundo.

La Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), creada en virtud del *Convenio de Berna de 25 de septiembre de 1950*, tiene como objetivo asegurar la información y circulación internacional de datos de identificación de las personas físicas en situaciones privadas internacionales, manteniendo actualizada toda la documentación jurídica.

Se trata de un organismo en el que participan los Estados europeos del sistema jurídico continental⁸⁸. Si bien es una institución modesta, es necesario resaltar lo ambicioso de sus objetivos así como el éxito de sus resultados.⁸⁹

Su funcionamiento, en virtud del artículo 5 del vigente Reglamento, se lleva a cabo mediante diversos órganos: la Asamblea General, la Oficina, el Presidente y el Secretario General. Existen también grupos de trabajo que se suelen reunir en subcomisiones con el fin de estudiar y elaborar los proyectos de Convenios. Además, cada Estado miembro de la CIEC constituye en su territorio una Sección nacional que es la encargada de promover los fines de la Comisión y asegurar la vinculación con otras Secciones nacionales, lo que se lleva a cabo a través del Secretario General.⁹⁰

Para el logro de sus objetivos se realiza un intercambio de información entre los Estados contratantes proponiéndose la ratificación de Convenios que tienden a facilitar el funcionamiento de los problemas del estado civil en el plano internacional. para conseguir una mayor difusión del conocimiento de los problemas existentes en materia de estado civil, familia y nacionalidad, los países miembros remiten a la Secretaría General información sobre las reformas que tienen lugar en su legislación. De esta manera se forma un fichero de documentación, denominado “Guía Práctica Internacional del Estado Civil”, que viene a ser la culminación de un esfuerzo de compilación de Derechos de la persona y Derecho de la nacionalidad.

Asimismo la CIEC ha concluido acuerdos para coordinar su actividad con otros organismos internacionales. Con el Consejo de Europa el 28 de octubre de 1955, con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el 28 de octubre de 1969, con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Refugiados, el 27 de mayo de 1981, y con la Comunidad Europea, el 26 de julio de 1983.

B) Materias reguladas por la CIEC que afectan a los derechos del menor

La labor de la CIEC se materializa en una doble forma: *Convenios* internacionales de carácter técnico o bien de regulación material o de fondo, y *Recomendaciones*. Por lo que hace a los Convenios no están cerrados a los países que integran esta Comisión Internacional, por lo que su firma queda abierta a otros países no miembros.

⁸⁸ España se adhirió a la CIEC en 1974. *Vid.* RD 635/93, de 3 de mayo de 1993, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Sección española de la CIEC.

⁸⁹ *Vid.* ANCEL. B., “Le bilan des conventions de la Commission internationale de l'état civil”, en *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado*, Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado, San Lorenzo de El Escorial, 13y 14 de diciembre de 1991, Centro de Estudios superiores sociales y jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993, págs. 157-170. *Vid.* También en la mismas Jornadas AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M Y GRIEDER MACHADO, G, “La labor codificadora de la Comisión internacional del estado civil y su repercusión en el Derecho Internacional Privado español”, págs. 171-185.

⁹⁰ La sección española se reúne dos veces al mes y ha trabajado en la elaboración anual del preceptivo informe para la Secretaría General. Es necesario destacar que en este aspecto se siguen las reformas legislativas nacionales así como las decisiones jurisprudenciales decisivas en materia de estado civil. *Cfr.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M *et.al.*, *op. cit.* pág. 178. Sobre los Convenios y Recomendaciones de la CIEC, véanse también las ediciones anuales del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.

De entre las materias tratadas por la CIEC que afectan, ya sea de modo directo ya sea tangencial, a los derechos del menor podemos señalar los siguientes Convenios (todos ellos ratificados por España):

Convenio nº 4 sobre el cambio de apellidos y nombres, hecho en Estambul el 4 de septiembre de 1958 (BOE de 18 de enero de 1977)

Convenio nº 5 sobre la extensión de la competencia de los funcionarios cualificados para autorizar el reconocimiento de los hijos no matrimoniales, hecho en Roma el 14 de septiembre de 1961 (BOE de 12 de agosto de 1987)

Convenio nº 6 sobre la determinación de la filiación materna de los hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962 (BOE de 17 de abril de 1984)

Convenio nº 9 relativo a las disposiciones rectificativas de las actas del estado civil, hecho en París el 10 de septiembre de 1964 (BOE de 17 de enero de 1977)

Convenio nº 19 relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 (BOE de 19 de diciembre de 1989)

Convenio nº 20 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 (BOE de 16 de mayo de 1988)

Convenio nº 21 relativo a la expedición de certificados de diversidad de apellidos, hecho en La Haya el 8 de septiembre de 1982 (BOE de 10 de junio de 1988)

Convenio nº 22 sobre cooperación internacional en materia de asistencia administrativa a los refugiados, hecho en Basilea, el 3 de septiembre de 1985 (BOE de 11 de junio de 1987)

No es este el lugar para analizar los problemas que se suscitan para la aplicación y coordinación de estos Convenios con otros instrumentos internacionales de Derecho Internacional Privado también ratificados por España; baste decir que la actitud española ha sido reticente para la firma de algunos de los Convenios elaborados por la CIEC al entender que algunos de sus puntos chocarían con la regulación de derecho autónomo, en particular con la rigidez de la regulación registral española. Ciertamente somos de la opinión de que se producirían problemas de adaptación con el derecho interno, sin embargo y desde un punto de vista práctico, se obtendrían importantes resultados y se agilizaría la circulación y el reconocimiento de muchas actas y certificaciones que hoy por hoy siguen bajo la regulación de las normas del Reglamento del Registro Civil, mucho más restrictiva que la contemplada en los Convenios de la CIEC.⁹¹

3. El sistema convencional interamericano de la organización de estados americanos (OEA)

El sistema interamericano para la protección de los Derechos humanos tiene dos fuentes jurídicas distintas. Una de ellas es la *Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, hecha en Bogotá el 30 de abril de 1948 y la inmediata *Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre*, de 2 de mayo de 1948; y otra, la *Convención Americana sobre Derechos del Hombre*, hecha en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (más conocida como Pacto de San José). Las instituciones del sistema tienen

⁹¹ Cfr. RODRÍGUEZ GAYÁN, E., “La cooperación internacional en el ámbito del Registro Civil y la aportación de la CIEC”, en *España y la codificación del Derecho Internacional Privado*, op. cit. págs. 189-200.

antecedentes y facultades distintas dependiendo de si fueron creadas en virtud de la Carta de la OEA o en virtud del Pacto de San José.⁹²

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos nace con anterioridad al Pacto de San José. Por un lado, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* data de 1948, en tanto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada en 1959 e incluida en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, como órgano permanente a partir de 1967. Esta circunstancia dota a este sistema de cierta complejidad en el que se superponen un sistema más exigente fundado en el Pacto de San José, y otro cuyas bases son únicamente la Declaración y el Estatuto de la Comisión.

3.1. La Carta de la Organización de Estados Americanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la *Convención Americana sobre Derechos del Hombre, de 22 de noviembre de 1969* (Pacto de San José)

El sistema de la Carta de la OEA. En 1960 la OEA estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos basándose en ciertas referencias muy generales a los Derechos humanos contenidos en la *Carta de la OEA de 30 de abril de 1948*. La Comisión, calificada como entidad autónoma de la OEA en virtud de su Estatuto fundacional fue investida con la tarea de promover los Derechos humanos proclamados en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948*. Esa Declaración fue adoptada como una simple resolución no obligatoria de la OEA.

La reforma de la Carta de la OEA en 1970, transformó la Comisión en un órgano de la OEA, fortaleciendo su autoridad y sus facultades jurídicas y, por lógica deducción, el carácter normativo de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948*. Cuando la Comisión actúa en cumplimiento del mandato que le confiere la Carta de la OEA, puede investigar situaciones de los Derechos humanos en cualquier Estado miembro de ésta sin tener que esperar peticiones oficiales. Esta facultad ha demostrado ser de gran valor para la protección de los Derechos humanos en las Américas, ya que agiliza la acción regional en una forma que no sería posible en el sistema establecido por la *Convención Americana sobre Derechos del Hombre, de 22 de abril de 1969* (Pacto de San José)⁹³.

La Convención Americana sobre Derechos del Hombre, de 22 de abril de 1969 (Pacto de San José) entró en vigor en 1978 habiendo sido ratificada por la mayor parte de los Estados miembros de la OEA. Esta Convención utilizó como modelo el *Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950*⁹⁴, por lo que ambos tratados tienen una estructura institucional muy similar. La Convención Americana, a diferencia de su contraparte europea, tiene una cláusula federal que permite a los Estados federales asumir obligaciones más limitadas que las que corresponden a los Estados unitarios.

Establece una Comisión y una Corte. Por lo que hace a la Comisión está integrada por siete miembros elegidos en el seno de la Asamblea General de la OEA, y respecto a los de la segunda, también siete, son elegidos por los Estados miembros o parte de la Convención. La función

⁹²BUERGENTHAL, NORRIS Y SHELTON, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Civitas, Madrid, 1990; Nikken, pág., *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 156

⁹³BUERGENTHAL, *op. cit.* pág. 107.

⁹⁴Véase, GROS ESPIELL, H., "La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative", *R. des C.*, vol. 218 (1989-vi), pág. 167-412.

principal de la Comisión es decidir sobre las comunicaciones que denuncien violaciones a los derechos proclamados. La Convención establece el derecho de petición individual, bastando con la simple ratificación del instrumento, en tanto que las comunicaciones interestatales son facultativas.

La Corte por su parte tiene competencia tanto contenciosa como consultiva. En virtud de la primera, puede decidir casos donde se acuse a un Estado parte de la violación de los derechos consagrados por la Convención. Esta competencia es opcional y debe ser aceptada por el Estado parte con anterioridad a la presentación de casos en su contra. Únicamente la Comisión y los Estados pueden presentar casos a la Corte; los particulares no están facultados para hacerlo.

Por lo que hace a la segunda de las competencias (consultiva), le permite emitir opiniones que interpreten la Convención y otros tratados concernientes a la protección de los Derechos humanos en el sistema interamericano. Esta competencia puede ser invocada por todos los Estados miembros de la OEA, hayan o no ratificado la Convención, y por todos los órganos de la OEA. Así pues, es la más amplia de las competencias consultivas de los tribunales internacionales existentes.

Finalmente y respecto a la puesta en vigor de la Convención, a diferencia de la europea, la interamericana autoriza tanto a particulares como a organizaciones no gubernamentales para presentar una violación de Derechos humanos a la Comisión, sin que se requiera ser víctima de la violación denunciada. Sin embargo, para que el caso sea admitido deben haberse agotado todos los recursos internos disponibles, y también haberse cumplido ciertos requisitos adicionales de admisibilidad. No es apelable el rechazo de una comunicación por parte de la Comisión en la fase de admisibilidad⁹⁵.

Si el caso es sometido a la Corte por la Comisión o bien por un Estado parte, siempre que se hubiera aceptado por éste la sumisión a la competencia de la Corte⁹⁶, ésta dictará su fallo el cual es definitivo e inapelable y obligatorio para las partes.

3.2. La Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP)⁹⁷

⁹⁵ Una vez admitido el caso la Comisión investiga los hechos y se pone a disposición de las partes para intentar obtener una solución amistosa. Si no lo logra prepara un informe razonado que transmite a las partes en la disputa. Si dentro del plazo de tres meses a partir de la remisión del informe no se han aceptado las recomendaciones de la Comisión, ni se ha elevado el caso a la Corte, la Comisión puede emitir una decisión final y fijar un plazo dentro del cual el Estado demandado deberá tomar las medidas que se hayan señalado.

⁹⁶ BUERGENTHAL, NORRIS Y SHELTON, *op. cit.* pág. 264 a 275. Sobre los casos presentados a la Corte, *ibidem*, págs. 351 y sig.

⁹⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, D, *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Eurolex, Madrid, 1994, pág. 176-196; del mismo autor, "La reglamentación de las relaciones de tráfico privado externo entre España e Iberoamérica: elementos para la definición de una actitud española" III Jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo de El Escorial, 13-14 diciembre 1991, ed. *Centro de Estudios superiores Ramón Carande*, Madrid, 1993, pág. 303-322. OPERTTI, D., "La codificación del Derecho internacional privado: análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya y por la CIDIP", "III Jornadas..." *op. cit.*, pág. 259-283. SAMTLEBEN, J., "Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde perspectiva europea", III Jornadas, *op. cit.* pág. 293-302; PARRA ARANGUREN, G., "Recent Developments of Conflict of law Conventions in Latin America", *R. des C.*, T. 164, 1979-III, págs. 55-170, y "General Course of Privat international Law": Selected problems", *R. des C.*, T. 210, 1988-IV, págs. 9-224; PÉREZ NIETO, L., "Some Aspect concerning the Movement for Development of Privat international Law in the Americas Through Multilateral Conventions", *NILR*, vol 39, 1992, págs. 243-266, y "La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique latine", *R. des C.*, T. 190, 1985-I, págs. 271-400; SIQUEIROS, J.L., "El aporte del sistema interamericano al desarrollo del Derecho internacional privado", en *Revista mexicana de Derecho internacional privado*, Academia mexicana de Derecho internacional privado y comparado, México, 1996, págs. 33-50.

A) La labor de la CIDIP en el ámbito de la codificación del Derecho Internacional Privado

Alrededor de los años cincuenta se inicia una nueva etapa en el continente americano de separación de los mecanismos de reglamentación del Derecho Internacional Privado de los del ámbito del Derecho Internacional Público. Se abre así una época de adopción de Convenios singulares sobre materias internacionalprivatistas, similar a la empleada en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado⁹⁸.

Inicialmente este proceso se situó en el marco jurídico de la OEA, en el seno del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ), y posteriormente en el Comité Jurídico Interamericano (CJI)⁹⁹.

La idea original fue la de sintetizar las codificaciones de Derecho internacional privado vigentes en el continente (Código de Bustamante y Tratados de Montevideo), y las sentencias norteamericanas anotadas y confrontadas contenidas en los dos *Restatement of the Law of Conflicts Laws* (versiones de 1934 y 1969)¹⁰⁰.

Sin embargo la Asamblea General de la OEA reunida en San José de Costa Rica el 23 de abril de 1971, hizo suya una propuesta de la CJI en el sentido de convocar una Conferencia Especializada sobre el Derecho Internacional Privado (Resolución AG 48), según el modelo de La Haya. La primera reunión de la Conferencia tuvo lugar en Panamá en 1975 (CIDIP I), sucediéndole las de Montevideo de 1979 (CIDIP II), La Paz de 1984 (CIDIP III), nuevamente en Montevideo en 1989 (CIDIP IV), y la de México de 1994 (CIDIP V).

Sin restar mérito a la labor de la Conferencia Interamericana (en lo sucesivo CIDIP), se suele señalar la influencia que sobre los trabajos de la misma ejerce la obra codificadora de la Conferencia de La Haya¹⁰¹, tanto en lo relativo a los intereses de política legislativa, como en lo que afecta a las materias reguladas. Pero en cualquier caso hay que significar la importante labor desarrollada hasta ahora no solo en lo que hace a la codificación del Derecho Internacional privado sino también a la potenciación de la integración del continente americano.

Así, de entre los temas abordados por la codificación interamericana destacan los relativos al Derecho procesal civil internacional y a la asistencia judicial internacional. Nueve textos¹⁰² se encargan de regular estos sectores (diez si incluimos la Convención sobre arbitraje comercial internacional, que contiene algunos preceptos sobre reconocimiento y ejecución de laudos

⁹⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "La convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989", en *Sustracción internacional de menores (aspectos civiles)*, *op. cit.* pág. 31-32. del mismo autor *La codificación...*; *op. cit.*, págs.123-158.

⁹⁹ Es uno de los órganos por medio de los cuales la Organización de los Estados Americanos realiza sus fines (Artículos 99-105 de la Carta). El Capítulo XIV de la Carta define su composición, atribuciones y funciones. Tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del hemisferio. Tiene su sede en Río de Janeiro y está integrado por once juristas, nacionales de los Estados miembros, elegidos por la Asamblea General. Las vacantes que se producen por causas distintas de la expiración normal de los mandatos de los miembros del Comité se llenan por el Consejo Permanente. Sobre el funcionamiento del CJI ver SIQUEIROS, J.L., "El Comité jurídico Interamericano y su función consultiva como cuerpo consultivo de la OEA", en *Jurídica-Annuario*, Universidad Iberoamericana, núm. 28, 1998, págs. 631-638.

¹⁰⁰ PARRA ARANGUREN, *La revisión del Código de Bustamante. Codificación del Derecho internacional privado en América*, Caracas, 1982.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *op. cit.* págs.209-224.

¹⁰² *idem*, *La codificación...*, *op. cit.* ver nota 137.

arbitrales), además de la aportación a los aspectos relativos a la protección internacional de los menores a la que luego nos referiremos.

La relación de las Convenciones adoptadas en las CIDIP es la siguiente:

CIDIP I (Panamá, 1975). Seis Convenciones todas ellas concluidas el 31 de enero de 1975. 1. Conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; 2. Conflicto de leyes en materia de cheques; 3. Arbitraje comercial internacional; 4. Exhortos y Cartas rogatorias; 5. Recepción de pruebas en el extranjero; 6. Régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero.

CIDIP II (Montevideo, 1979). Ocho Convenciones, todas ellas concluidas el 8 de mayo de 1979. 1. Conflicto de leyes en materia de cheques, 2. Conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles; 3. Eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros; 4. Cumplimiento de medidas cautelares, 5. Prueba e información acerca del Derechos extranjero; 6. Domicilio de las personas físicas en Derecho Internacional Privado; 7. Normas Generales de Derecho Internacional Privado, 8. Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias.

CIDIP III (La Paz Bolivia, 1984). Cuatro Convenciones aprobadas todas ellas el 14 de mayo de 1984. 1. Conflicto de leyes en materia de adopción de menores, 2. Personalidad y capacidad de las personas jurídicas en Derecho Internacional Privado; 3. Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras; 4. Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.

CIDIP IV (Montevideo 1989). Tres Convenciones todas ellas concluidas el 15 de julio de 1989. 1. Sobre obligaciones alimenticias; 2. Contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera; 3. Restitución internacional de menores.

CIDIP V (México, 1994). Dos Convenciones concluidas el 18 de marzo de 1994. 1. Sobre tráfico internacional de menores; 2. Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales.

B) Breve análisis de las Convenciones aprobadas por la CIDIP en la esfera de la protección de los derechos del niño

Centrándonos ya en la materia sectorial de los menores objeto de atención por la CIDIP¹⁰³, podemos decir que básicamente son cuatro Convenciones las adoptadas. Si bien no debe olvidarse que desde los inicios de la codificación en América Latina (Conferencia de Lima de 1875, Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, Código de Bustamante de 1929), la temática relativa a la protección del menor estuvo siempre presente. Tras la creación de la OEA y el proceso de descodificación del Derecho internacional privado latinoamericano, se presta más atención a problemas concretos del tráfico jurídico externo, correspondiendo al Instituto Interamericano del Niño (IIN), como organismo especializado de la OEA, la labor de promover el estudio de los problemas relativos a la

¹⁰³ MIRALLES SANGRO, P.P., “La protección jurídica de menores en el ámbito de la CIDIP”, en “España y la codificación internacional de derecho internacional privado”, en Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo de El Escorial, días 13-14 de diciembre de 1991”, *Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande*, Madrid, 1993, pág. 323-339.

maternidad, niñez, adolescencia y familia en América, y a la adopción de las medidas conducentes a su solución (artículo 1 del Estatuto del IIN.)¹⁰⁴.

Dos Convenciones de la CIDIP II tuvieron en cuenta la materia, en concreto: la relativa a las medidas cautelares¹⁰⁵, y la relativa al domicilio de las personas físicas, ambas de 8 de mayo de 1979. Sin embargo, a partir de la CIDIP III y por una clara influencia de los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, se abordan ya problemas específicos para la protección internacional de los menores.

- * ***Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, hecha en La Paz, el 24 de mayo de 1984 (CIDIP III)***. Estructurada en 29 artículos, esta Convención opta por la aplicación distributiva ¹⁰⁶ de la ley de la residencia habitual del menor para regir la capacidad, el consentimiento y los demás requisitos para ser adoptado, así como los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo, y la ley del domicilio del adoptante o adoptantes para regir también su capacidad, consentimiento y demás requisitos, siempre que dicha ley no sea inferior en requisitos a la ley de la residencia habitual del adoptado, en cuyo caso regirá esta última (artículos 3 y 4).

Su ámbito material de aplicación se refiere a la adopción de menores bajo la forma de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida (artículo 1). Por lo que hace a los efectos de la adopción plena se regirá por la ley del adoptante, y los efectos de la adopción no plena de igual forma, salvo en las relaciones entre el adoptado y su familia de origen, que se regirá por la ley de su residencia habitual en el momento de la adopción (artículos 9 y 10).

- * ***Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV)***, Estructurada en 33 artículos, tiene por objeto la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimentarias, así como también la competencia y la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte, y el deudor de los alimentos tenga igualmente su residencia o domicilio habitual, bienes o ingresos en otro Estado parte. Se aplica no sólo a las obligaciones alimentarias respecto de menores, sino también a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales (artículo 1).

La Convención opta por la aplicación a las obligaciones alimentarias, así como la calificación de las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, por la ley más favorable al interés del menor de entre la del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor o la del Estado del domicilio o la residencia habitual del deudor, a elección de la autoridad competente (artículo 6).

¹⁰⁴ CALVENTO SOLARI, U., “Los derechos del niño en el marco de la Organización de Estados Americanos”, *Menores*, núms. 17-18, cuarta época, septiembre diciembre 1989, Ministerio de Asuntos Sociales, Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Madrid, 1989, pág. 43-58.

¹⁰⁵ Merece destacarse la importante labor llevada a cabo en la CIDIP por los profesores mexicanos RICARDO ABARCA LANDERO, FERNANDO VAZQUEZ PANDO, JOSÉ LUIS SIQUEROS, JULIO CESAR TREVIÑO ASCUE, LAURA TRIGUEROS, LEONEL PEREZNIETO CASTRO, WALTER FRIISCH PHILLIP, CLAUDE BELAIRE, CARLOS ARELLANO GARCÍA, y FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS VACA. Además de las obras citadas, *vid.* ABARCA LANDERO, R., “Convenciones interamericanas en materia procesal, Panamá 1975”, en L.KOS-RABCEWICK-ZUBKOWSKI, *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, UNAM, México, 1982, págs. 613-678, y PÉREZNIETO, L., *Derecho Internacional Privado*, Harla 7ª edición, México, 1997.

¹⁰⁶MIRALLES SANGRO, P.P, en la obra colectiva dirigida por la profesora PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pág. 207 y ss; y del mismo autor, “La protección jurídica del menor...”, *op. cit.* pág. 335.

Por lo que hace a la determinación de la autoridad competente (judicial o administrativa) en la esfera internacional se atribuye al acreedor la opción entre la autoridad del Estado de su domicilio o residencia habitual, o las de su deudor, o las del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales, tales como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos (artículo 8).

En materia de cooperación procesal la Convención reconoce eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimenticias, siguiendo un régimen de condiciones que es el normalmente fijado en todas las Convenciones interamericanas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones: competencia de origen de la autoridad extranjera, traducción y legalización de los documentos, autenticidad de los mismos, emplazamiento al demandado y notificaciones en debida forma legal, respeto a las garantías y derechos de defensa, y carácter de cosa juzgada de la resolución en el estado en que fue dictada (artículo 11).

* ***Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV)***. Dividida en 38 artículos, esta Convención tiene un doble objetivo: de un lado, asegurar la pronta restitución de menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte, o que habiendo sido trasladados legalmente hubieran sido retenidos ilegalmente; y de otro, hacer respetar el derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares. (artículo 1). Establece un procedimiento de protección y restitución similar al del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*, centrandó sus soluciones en la cooperación internacional de las Autoridades Centrales de los Estados partes y de la autoridades competentes (judiciales o administrativas) para conocer la solicitud de la restitución del Estado parte donde el menor tuvo la residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención (art. 6). Se da al actor el derecho a optar y por razones de urgencia, a presentar la solicitud ante las autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encuentre o se supone que se encuentra el menor ilegalmente trasladado o retenido, e, igualmente ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación (artículo 6 párrafo 2). El artículo 9 regula la citada solicitud de modo más formalista que el fijado en el citado Convenio de La Haya¹⁰⁷.

Sin embargo, de modo similar a este Convenio, una vez constatada la ilicitud del traslado, las autoridades competentes deberán adoptar las medidas protectoras en interés del menor que considere oportunas, y fundamentalmente encaminadas a la restitución, salvo la concurrencia, en interés del menor de las excepciones convencionalmente tasadas (artículo 11 y 25), sin que la decisión restitutoria prejuzgue la decisión definitiva sobre la custodia o guarda del menor. Por último recomienda al Instituto Interamericano del Niño (IIN) las funciones de coordinación de las actividades de las Autoridades Centrales y evaluación de la aplicación del Convenio (artículo 27).

* ***Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, hecha en México el 18 de marzo de 1994 (CIDIP V)***. Estructurada en 35 artículos es el primer instrumento internacional que en el ámbito del Derecho Internacional Privado aborda el tratamiento de los aspectos penales y de los aspectos civiles del tráfico internacional de menores, articulando los mecanismos protectores en la cooperación entre Autoridades Centrales e internas, tanto judiciales como administrativas. Los considerandos de la Convención son asegurar una protección efectiva del menor mediante instrumentos adecuados que permitan garantizar el respeto de sus derechos. Así pues, los propósitos de

¹⁰⁷ *idem*. pág. 334.

la Convención son la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y la regulación de los aspectos civiles y penales del fenómeno, sin desvirtuar los instrumentos internacionales ya existentes (*Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, Convenio sobre los aspectos civiles en la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, hecha en Montevideo, el 15 de julio de 1989*) sino ser complemento de los mismos y prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores¹⁰⁸. El artículo 2 de la Convención establece lo que se entiende por *menor, sustracción internacional de menores, retención ilegal, tráfico internacional de menores, tráfico organizado de menores, peligro y daño*. A tenor de lo establecido en el artículo 1º los Estados que lleguen a ser Parte de la Convención se obligan a asegurar la protección del menor en consideración a su *interés superior*, así como a instaurar un sistema de cooperación jurídica que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores¹⁰⁹.

Por lo que hace a los aspectos penales, se atribuye competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico de menores, indistintamente -aunque dando preferencia al Estado parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito-, al Estado parte en el que hubiere tenido lugar la conducta ilícita, al Estado parte de la residencia habitual del menor, al Estado parte en que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado, y al Estado parte en que se hallare el menor víctima de dicho tráfico (artículos 7 a 11).

Respecto a los aspectos civiles, se suprimen en *interés del menor* los requisitos de legalización y similares en orden a la petición de la restitución; atribuye competencia a opción de los reclamantes a las autoridades judiciales y administrativas de la residencia habitual del menor o del Estado parte donde se presume que se encuentre retenido, y en caso de urgencia, a las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

Por último se establece el principio de anulación de las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado parte cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores, teniéndose en cuenta en todo caso el interés superior del menor. La ley aplicable a la anulación y la competencia de la autoridad se establecerá en base a la ley del Estado de la constitución de la adopción o de la institución de que se trate (artículos 12 a 22).

El balance de las cinco CIDIP puede leerse, en opinión del ilustre jurista mexicano JOSÉ LUIS SIQUEIROS,¹¹⁰ en términos cuantitativos y cualitativos. Son más de 18 instrumentos, incluyendo Convenciones y Protocolos, destacando entre las materias sectoriales las referidas a la cooperación judicial, al derecho comercial y a la protección de los menores.

Desde un punto de vista cualitativo, pese a la falta de unanimidad en la doctrina, por cuanto las Convenciones no han recibido aún el número de ratificaciones o adhesiones que serían deseables, puede decirse que el movimiento codificador del Derecho Internacional Privado ha sido progresivo, y en algunos casos como en la última de las Convenciones analizadas, vanguardista, lo que se traduce en una gradual incorporación a la legislación positiva del continente.

¹⁰⁸MANSILLA, M.E., "La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores", pág. 98-102; véase GARCÍA MORENO, V. C., "Consideraciones sobre la conveniencia de que México ratifique la convención interamericana sobre tráfico internacional de menores", *idem.*, págs. 121-127, ambos en *Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, núm.16, enero-abril 1996

¹⁰⁹ Sobre las consecuencias de la ratificación de este instrumento en la legislación interna mexicana, *vid.* GARCÍA MORENO, V.C., *op. cit.* págs. 123-127.

¹¹⁰SIQUEIROS, J.L. "El aporte del sistema interamericano al desarrollo del Derecho internacional privado", en *Revista mexicana de Derecho internacional privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y comparado, México, 1996, págs. 33-50.

Por lo que hace a España no se ha adherido a ninguna de las Convenciones Interamericanas en materia de protección de menores pese a haber participado activamente¹¹¹. Si bien sí es parte en otros dos Convenios elaborados en el seno de la CIDIP sobre temas procesales internacionales: la *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 30 de enero de 1975* (CIDIP I, Panamá) y la *Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho extranjero, de 8 de mayo de 1979* (CIDIP II, Montevideo)¹¹².

Sería deseable que España se adhiera sobre todo a las dos Convenciones interamericanas sobre *secuestro* internacional y tráfico internacional de menores, por cuanto ello redundaría en un complemento positivo a la normativa vigente en nuestro país en materia de protección internacional de menores, se cumpliría con las obligaciones adquiridas al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y en definitiva se mostraría una mayor sensibilidad hacia los esfuerzos de codificación en el ámbito americano, continente con el que, ni que decir tiene, nos unen tantos lazos históricos y familiares.

3.3. El Instituto Interamericano del Niño

El Instituto Interamericano del Niño (IIN), organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos (OEA), fue fundado en 1927 como resultado de la propuesta innovadora de un selecto grupo de expertos de las Américas, liderado por el eminente pediatra uruguayo Profesor LUIS MORQUIO. Es el encargado de promover la generación de políticas públicas sobre niñez, la articulación de la relación del Estado con la sociedad civil y el desarrollo de una conciencia crítica frente a los problemas que afectan a la niñez en las Américas¹¹³.

A lo largo de su historia ha sido un permanente y activo promotor de los derechos y las necesidades de las niñas y los niños de la región, instando a la sociedad a movilizar recursos para mejorar sus condiciones de vida. Tiene, desde su fundación, la sede en Montevideo, Uruguay.

En estas siete décadas se ha constituido en el catalizador de la acción interamericana en el campo de la niñez y la familia, manteniendo asimismo una política de alianzas con otros organismos y entidades de servicio tanto del sector público como del privado, plasmada en 120 acuerdos o convenios que lo vinculan con instituciones que actúan dentro de su ámbito de acción.

Cuando la comunidad internacional aprobó en el ámbito de las Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1989, ya las Américas habían sido testigo por varias décadas de la constante prédica del IIN por la defensa y la promoción de los inalienables derechos de las niñas y los niños del continente, y el nuevo cuerpo normativo contó, desde su aprobación, con este organismo de la OEA como uno de sus más entusiastas y firmes paladines en la región.

En lo que va de la presente década, la aprobación por la comunidad internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño lo motivó a concentrar esfuerzos en la región para consolidar un instrumento que trasciende lo jurídico y constituye un modelo de referencia para toda la acción que se desarrolle en favor de la niñez.

¹¹¹ España es país observador en la OEA y su participación en las CIDIP lo ha sido mediante distinguidos profesores de Derecho Internacional Privado que han actuado en calidad de expertos e invitados especiales.

¹¹² BOE 15-8-87 y BOE 13-1-988, respectivamente.

¹¹³ *El Instituto Interamericano del Niño 70 Años de Fecunda Acción*. OEA.Doc. (www.oea.org.)

Su labor, que fuera oportunamente definida en el seno de la OEA como “una siembra de largo aliento”, requiere de la participación comprometida de los organismos de bienestar infantil y otras agencias gubernamentales, de los sectores académicos y de las organizaciones no gubernamentales que trabajan a nivel de la comunidad. A estas alianzas nacionales se suman las agencias de cooperación internacional, provenientes de países del mundo desarrollado, que se encuentran en la misma senda y que han escogido a esta institución como vehículo idóneo para su asistencia financiera, que complementa los recursos asignados por los Estados Miembros, posibilitando la concreción y ejecución de diversos proyectos.

Como resultado de la experiencia, acumulada a lo largo de su historia, el IIN desarrolla algunas líneas de acción que lo singularizan en el concierto de las instituciones que trabajan en favor de la niñez y la juventud, conjugando su papel de organismo intergubernamental con las características de algunos de sus socios más destacados que provienen de los sectores no gubernamentales. Los servicios que el IIN brinda hoy a sus potenciales usuarios de las Américas, reflejan estas características distintivas.

- Capacitación de jóvenes, padres y líderes comunitarios para la autogestión en prevención de las farmacodependencias.
- Capacitación para la integración a la sociedad de la niñez con discapacidad.
- Asesoramiento a las comisiones nacionales de discapacidad.
- Red Interamericana de Información sobre Niñez y Familia.
- Sistemas de información aplicados a la gestión de los organismos nacionales de bienestar infantil
- Capacitación en gerencia social de las instituciones de bienestar infantil
- Investigaciones y estudios sobre legislación comparada
- Asesoramiento para la codificación de legislaciones del menor y la familia
- Promoción de instrumentos jurídicos de carácter regional
- Capacitación a los técnicos en adopción
- Evaluación de sistemas de bienestar infantil

El IIN se orienta también a la generación de instrumentos que permitan conocer, en primer lugar, el grado de observancia de la Convención en los distintos países, con el propósito de dar seguimiento a los requerimientos normativos de los mismos, así como la correcta aplicación de los derechos consagrados en ella.

La acción de este organismo de la OEA procura el aporte de organizaciones del Estado y de la sociedad civil para el desarrollo de una estrategia de aplicación directa de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, específicamente en el ámbito de Derechos del Niño, a través de los representantes de los Estados Miembros o del procedimiento que cada Estado proponga para ese efecto, sobre la base de las acciones constitucionales hoy existentes.

El desafío que la Convención pone por delante de las entidades, con las que el IIN procura una alianza estratégica de acuerdo con su capacidad de propuesta y de acción, incluye:

- la elaboración de estudios comparados acerca de la incorporación de la Convención a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros,
- la desjudicialización de materias que no se refieren a conflictos de relevancia jurídica, como es el caso de niños y jóvenes que se encuentran en situaciones de desprotección,
- el análisis de los procedimientos jurisdiccionales relativos a infractores, con el propósito de hacer efectivas las garantías constitucionales hoy vigentes en la materia
- el apoyo a la toma de decisiones de los jueces, a través de la modernización del funcionamiento del despacho judicial y de la entrega de información necesaria para una mejor resolución de los conflictos,
- el fortalecimiento de los mecanismos de acceso a la justicia, para niños y jóvenes que hoy puedan estar excluidos del sistema judicial y de sus garantías,
- la promoción de acciones integrales de los Estados Miembros que protejan a los niños y niñas contra la prostitución, el abuso sexual, utilización en pornografía, el tráfico nacional e internacional, y toda forma de explotación o maltrato,
- el apoyo a la reforma e implementación de la legislación y al perfeccionamiento de programas destinados a menores de edad en conflicto con la ley penal, en el marco de Convenios y demás instrumentos internacionales.

Paralelamente, el IIN procura fortalecer las relaciones institucionales con organismos expertos en derechos humanos, que le permitan ofrecer a los Estados Miembros apoyo técnico tendiente a superar las circunstancias que motiven eventuales reclamaciones por violación de derechos humanos de los niños y jóvenes.

4. Otros sistemas

De modo muy sucinto nos referiremos a los sistemas africano y asiático de protección de los Derechos humanos, señalando de antemano que en los mismos se ha realizado una adaptación del sistema universal y del sistema europeo atendiendo a la idiosincrasia y particularidades de cada uno estos continentes y de sus pueblos. De otro lado la referencia a los derechos de los niños se hace de modo expreso dentro de las declaraciones generales de los derechos, sin que quepa afirmar que en estos sistemas exista una tradición convencional en la materia.

4.1. La Organización para la Unidad Africana. La *Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos, hecha en Nairobi el 24 de junio de 1981* y la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, hecha en Addis Abeba (Etiopía), el 11 de julio de 1994*

El *sistema africano* hunde sus raíces en el Panafricanismo, movimiento que nació a finales del siglo XIX para luchar contra la esclavitud y para combatir el colonialismo instaurado en África¹¹⁴.

La primera conferencia panafricana tuvo lugar en Londres en 1900, organizada por SYLVESTER WILLIAMS, de Trinidad-Tobago, para protestar contra la ocupación europea en tierras africanas. Sin embargo el verdadero movimiento empieza en 1919 en París en el Congreso organizado por el norteamericano DU BOIS. De dicho Congreso surgieron las primeras declaraciones en reclamación ante la Sociedad de Naciones de una verdadera independencia y autodeterminación de los pueblos de África; elaborar un código jurídico para proteger a los africanos contra la explotación, la esclavitud y la pena de muerte, y solicitar que las colonias alemanas quedasen bajo una gestión internacional.

En el segundo Congreso de Londres celebrado en 1921 se aprobó una Declaración afirmando la igualdad absoluta de las razas en los aspectos físico, político y social. Los sucesivos Congresos de 1923 (Londres) y 1927 (Nueva York), tuvieron como corolario posterior que el movimiento panafricano entrara de lleno en el continente africano lo cual fue una realidad con la independencia de Ghana en 1957. A partir de esta fecha el panafricanismo deja de ser una organización no gubernamental para convertirse en una organización intergubernamental.

Con posterioridad a 1958 se suceden las Conferencias Panafricanas cuyo objetivo consistía en discutir sobre la unidad africana; es decir, después de las independencias deberían existir los Estados Unidos de África. También discutieron sobre el desarrollo económico; es decir, si habría cooperación con las antiguas metrópolis o ruptura con ellas.

Superadas las divergencias ideológicas surgidas entre dos bloques antagónicos (las antiguas colonias francesas o grupo de Casablanca, frente al bloque proamericano o grupo de Monrovia), se consiguió la creación de la Organización de la Unidad Africana (OUA), en Addis Abeba (Etiopía) el 25 de mayo de 1963.

La *Carta Africana sobre Derechos del Hombre y de los Pueblos* fue adoptada por la Asamblea de la OUA, reunida en Nairobi, el 24 de junio de 1981, obteniendo las 26 ratificaciones requeridas para su entrada en vigor, lo que se produjo el 21 de octubre de 1986¹¹⁵.

Por lo que hace a las instituciones de la Carta el sistema contemplado en la misma se distingue de los dos sistemas regionales descritos anteriormente (el europeo y el interamericano) en una serie de aspectos. En primer lugar, no prevé la creación de una Corte de Derechos humanos, pero sí establece una Comisión facultada para conocer peticiones interestatales e individuales. De otro lado pone mucho más énfasis en los mecanismos de arreglo amistoso y negociaciones para resolver demandas por violaciones¹¹⁶.

En cuanto a los derechos proclamados la Carta se inspira en gran medida en los Convenios de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos humanos. Sin embargo la Carta debilita tales derechos al incluir disposiciones que permiten limitaciones y restricciones de gran alcance. La

¹¹⁴ Para este tema *vid.* C.M. EYA NCHAMA, "El sistema Africano de protección de los Derechos Humanos", *Seminario Internacional de Derechos Humanos*, Universidad Carlos III, Madrid, 1994.

¹¹⁵ Sobre este instrumento véase el estudio de BELLO, E.G., "The African Charter on Human and People's Rights: A Legal Analysis", *R. des C.*, vol. 194/1985-V, págs. 9-268.

¹¹⁶ *Vid.* BUERGENTHAL, *op. cit.* p. 113-115 y GITTLEMAN, "The African Commission on Human Rights and People's Rights: prospects and procedures", en *Guide to international Human Rights Practice*, Hannum, 1984.

Comisión tiene atribuida la facultad interpretativa y en tal medida puede reducir los alcances de tales limitaciones y restricciones.

Finalmente en el sector específico de los derechos del niño, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, reunida en su Decimosexta Sesión Ordinaria de Monrovia (Liberia), aprobó con fecha 20 de julio de 1979 la Declaración sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano¹¹⁷. En dicha Declaración los Estados miembros consideran realizar esfuerzos y movilizar recursos para llevar a cabo la defensa de los niños africanos de un modo continuado.

A tal fin se crearon Comisiones nacionales estableciéndose un órgano permanente con poderes legales suficientes para el seguimiento de las medidas que cada Estado nacional llevara a cabo. Dichas medidas tendrían como finalidad en primer término la revisión de los códigos legales así como las disposiciones relativas a los derechos del niño, teniendo en cuenta la Declaración de las Naciones Unidas de 1959.

Doce años más tarde, y prácticamente como acción refleja a la aprobación *la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*, los Estados Africanos, miembros de la OUA, firmaron el 11 de julio de 1990 *la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*, en el seno de la Vigésimosexta Sesión Ordinaria de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Addis Abbeba (Etiopía).

Sobre la estructura y contenido de esta Carta cabe señalar que sigue los principales instrumentos internacionales nacidos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, así como algunos del Consejo de Europa y de la Unión Europea¹¹⁸. Estructurada en 48 artículos, dos Partes y cuatro capítulos, la Carta destina su primera parte (artículos 1 al 31) al reconocimiento de los derechos y deberes, bajo el título de Derechos y Bienestar del Niño (Capítulo I). En el primer artículo se señalan las obligaciones de los Estados Parte en lo concerniente a la adopción en sus legislaciones internas de las medidas legislativas o de otra índole para dar efecto a las disposiciones. Se trata de una norma de contenido mínimo, ya que quedan a salvo las disposiciones que cada Estado haya adoptado ya en su legislación interna que contribuyan a la mejor realización de los derechos y bienestar del niño. Cabe resaltar, sin embargo, que es permitido a los Estados rechazar las obligaciones contenidas en la Carta que sean incompatibles con cualquier costumbre, tradición, práctica religiosa o cultural de un Estado miembro.

Tal salvedad deja, a nuestro juicio, un amplio margen de discrecionalidad a los Estados para la perpetuación de ciertas y conocidas prácticas “sociales y culturales” (tales como el trabajo forzado de niños y de niñas, la ablación de las niñas, o los matrimonios infantiles) que todavía se practican en algunas zonas del continente; prácticas que sin asomo de duda afectan gravemente a su dignidad, desarrollo normal, salud y crecimiento y -desde luego- vida. El artículo 21 viene a establecer una llamémosla “recomendación” (que no obligación) dirigida a los Estados en donde aún se llevan a cabo este tipo de prácticas, con el fin de que se tomen “todas las medidas

¹¹⁷ AHG/ST.4 Rev. 1.

¹¹⁸ En concreto: **De Naciones Unidas**: la Convención de 1989, la Declaración de 1959, ambas sobre los Derechos del Niño; la Declaración universal de Derechos Humanos, de 1948; la Declaración de 1965 sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos; la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, de 1974; la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, de 1990. **Del Consejo de Europa**: el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 1950; y las Recomendaciones relativas a la protección a la infancia de 1988 (1071/88), sobre los derechos del niño de 1990 (1121/90), y la relativa a una estrategia europea para los niños de 1996 (1286/96). Por último, de la **Unión Europea**, toma en cuenta la Directiva 94/33/CEE del Consejo, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo de 1994.

apropiadas” para su eliminación. Claramente se prohíbe el matrimonio infantil y los compromisos matrimoniales de niños y niñas.¹¹⁹

Por lo que hace a los derechos de los niños se inserta un catálogo similar al establecido en la Convención de las Naciones Unidas de 1989, si bien nombrando los mismos. Así: derechos a la supervivencia y desarrollo (art. 5); derecho a un nombre y una nacionalidad (art. 6); a la libertad de expresión, asociación pensamiento y protección de la intimidad (artículos 7 a 10); a la educación y al esparcimiento, juego y actividades culturales (artículos 11 y 12); a la salud y servicios médicos (art. 14), con especial referencia a los niños minusválidos (art. 13); a la protección contra toda forma de explotación económica (art. 15), contra la tortura y el abuso (art. 16); derechos especiales en orden a la administración de justicia infantil, y en concreto de los menores delincuentes (art. 17). Por lo que hace a los derechos propios dentro de la familia se establece un catálogo de obligaciones para los padres (art. 21), y de modo tímido una nueva “recomendación” para garantizar la igualdad de derechos y de responsabilidades de las esposas en relación a sus hijos durante el matrimonio (art. 18 2º párrafo). Los artículos 22 a 30 contemplan supuestos especiales o patológicos en los que puede encontrarse un niño tales como situaciones de guerra (art. 22), niños refugiados, niños separados temporal o permanentemente de sus padres (art. 25), supuestos de adopción en los casos de que la legislación nacional reconozca tal institución; protección contra la discriminación y la segregación racial (art. 26); explotación sexual (art. 27); uso y tráfico de estupefacientes (art.28); venta, tráfico y secuestro (art.29); hijos de madres reclusas (art. 30). Por último el art. 31 señala las responsabilidades del niño en el seno de la familia, la comunidad nacional y la realización de la unidad africana.

Para el seguimiento del cumplimiento de tales obligaciones se crea y organiza un Comité cuyas funciones son similares a las fijadas para el Comité de la Organización de las Naciones Unidas, encargado igualmente de promover y proteger los derechos contenidos en la Carta. Es interesante señalar que expresamente se señala que las fuentes de inspiración del Comité en sus actuaciones serán no solo las fuentes nacidas en el seno de la OUA, sino también el Derecho internacional sobre los Derechos humanos y los demás instrumentos adoptados por la Organización de las Naciones Unidas (artículo 46).

El sistema africano en su conjunto ha cumplido alguno de sus objetivos principales, como erradicar el colonialismo; empero, la puesta en práctica de los derechos humanos, tanto en sus aspectos económicos sociales y culturales, como en los civiles y políticos, no se ha logrado satisfactoriamente y ello en parte porque el sistema nace con la descolonización, independencia y surgimiento de nuevos Estados nacionales, en donde el fenómeno de las invasiones de un Estado a otro y el de los mercenarios -en muchos casos enviados por algunas potencias occidentales-, hace que la vida de los individuos, y en particular de los grupos más desprotegidos (mujeres y niños), se viole impunemente y de modo reiterado.

La *Carta Africana de Derechos y Bienestar del Niño* es un gran paso que debemos celebrar y reconocer por lo que de positivo tiene, sobre todo si constatamos los cambios que en el derecho interno se están produciendo en la materia del derecho de familia y derechos del menor¹²⁰.

¹¹⁹ Vid. Artículo 21, 2º párrafo.

¹²⁰ En los sistemas legales africanos se observan algunos cambios significativos inducidos por la aprobación de la Convención de Naciones Unidas y de la Carta Africana. Entre ellos cabe destacar: la nueva Constitución de Togo que ha incorporado todos los artículos operativos de la Convención. Otros países como Angola, Etiopía, Namibia y Uganda han incorporado algunos de los elementos de la Convención en sus textos constitucionales. En este último país se ha firmado el Estatuto del Menor (1996) que concede a las autoridades locales el poder de establecer Tribunales de Menores y de la Familia en cada distrito, dictar procedimientos de custodia, adopción y facilitar la rehabilitación de los

Sin embargo nuestro optimismo es reservado pues, como ya ha quedado puesto de manifiesto, la existencia de instrumentos jurídicos internacionales no es suficiente ni sirve de panacea para salvaguardar el respeto a los Derechos humanos de quienes se encuentran particularmente desprotegidos en el continente africano. Y quizá más importante sea constatar los nuevos métodos de explotación económica que, a veces de modo sutil y otras de manera claramente despiadada, se siguen practicando por algunas potencias occidentales como una “nueva” forma de colonialismo encubierto.

No nos corresponde a nosotros juzgar sobre las causas de los males endémicos que padecen los pueblos de Africa, ni es éste tampoco el lugar oportuno. Quede tan solo apuntada un breve poema para la reflexión:

*El niño ha muerto;
cubrámonos las caras con tierra blanca.
Cuatro hijos he parido
en la choza de mi esposo.
Solamente el cuarto vive.
Quisiera llorar,
pero en esta aldea
está prohibida la tristeza.¹²¹*

4.2. La Liga de Estados Arabes

El *sistema árabe*¹²² nace con el Pacto de la Liga de Estados Arabes adoptado el 22 de marzo de 1945 por Arabia Saudita, Egipto, Irak, Jordania, Líbano y Siria. En la actualidad la Liga integra a mas de 22 Estados distribuidos entre los continentes africano y asiático.

Se trata de una institución regional y política que tiene como finalidad la lucha por la liberación del colonialismo. Está integrada por un Consejo que define la política general de la misma, unas Comisiones especiales permanentes en materias especializadas, sobre todo de índole militar y de defensa, y una Secretaría General que es el órgano administrativo y ejecutivo de la Liga, compuesto por un Secretario General, Secretarios adjuntos personal necesario para su funcionamiento.

menores delincuentes. Dicho Código, pionero en Africa ha sido considerado como el paso más importante en pro de la defensa de los derechos de los más jóvenes. En Túnez el Código para la protección del menor (1995) contiene 123 artículos que armonizan la legislación nacional con la Convención. *Cfr.* Estado Mundial de la Infancia, UNICEF 1997, “La Convención en la Práctica”, pág. 12.

¹²¹ Lamento *Azandé* (grupo étnico de Africa Central), *Poesía Africana*, Colección “Se hace camino al andar”, Serie S. 14, editorial Zero, Madrid, 1971.

¹²² *Vid.*, AMÍN AL-MIDANI, M., “La Liga de Estados Arabes y los Derechos Humanos”, en Seminario Internacional de Derechos Humanos”, *op. cit.* págs. 7-19.

En 1950 la Liga adopta la *Convención sobre la Defensa Común y la Cooperación Económica* a fin de llenar las lagunas de la Carta. Entre los órganos creados figura un Comité Militar Permanente, un Consejo de Defensa Común y un Consejo Económico.

La ausencia de un órgano permanente encargado de la promoción y defensa de los Derechos humanos llevó a que el Consejo de la Liga creara en 1968 (Resolución 2443, de 3 de septiembre de 1968) la Comisión Regional Permanente Árabe para los Derechos Humanos. Dicha Comisión tiene como finalidad promover los Derechos humanos e informar y coordinar las violaciones a los mismos, sin embargo carece de poder sancionatorio.

En 1979, por Resolución 2668 de 10 de septiembre, el Consejo de la Liga decidió formar un Comité de expertos que elaborara un Proyecto de Carta Árabe de Derechos Humanos. La particularidad de dicho Proyecto consistía en la óptica religiosa de los derechos proclamados ya que el derecho musulmán constituye la base de la mayor parte de sus disposiciones, y no contiene derechos cuyo respeto o aplicación dependen de la política de cada Estado miembro, como el derecho de las minorías árabes en los territorios ocupados por Israel. Dicho proyecto no vio luz.

En 1985 la Comisión Permanente Árabe para los Derechos Humanos redactó un nuevo Proyecto de Carta, que tampoco vio luz, por la imposibilidad de poner de acuerdo a los delegados de los diferentes Estados.

En 1993, la Comisión prepara un nuevo proyecto que tomó prácticamente los artículos del primer proyecto de 1979, agregando algunos preceptos nuevos. Según los artículos 42 y 43 la Carta entraría en vigor a los dos meses de la entrega del séptimo instrumento de ratificación o adhesión ante la Secretaría General de la Liga.

La promoción y protección de los Derechos humanos en el seno de la Liga de Estados Árabes es muy modesta y prácticamente no existe una política uniforme de Derechos humanos encarada por tal Organización.

Cabe señalar por último que en paralelo y de modo independiente un grupo de profesores, juristas y especialista en Derechos humanos en lengua árabe elaboraron en 1987 en el seno del Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales en Siracusa (Italia), un Proyecto de Carta de Derechos humanos y de Derechos de los Pueblos del mundo árabe¹²³.

Dicho Proyecto consta de un preámbulo y tres partes en los cuales se enumeran los derechos del hombre y del ciudadano (primera parte), los derechos colectivos del pueblo árabe (segunda parte) y los mecanismos de salvaguarda de los derechos (tercera parte), los cuales consisten en la creación de una Comisión árabe y una Corte árabe de Derechos Humanos. Ambos órganos tienen la posibilidad de examinar comunicaciones y peticiones presentadas por un Estado parte contra otro Estado parte, y fundamentalmente examinar las peticiones procedentes de personas individuales, físicas o jurídicas, provenientes de la jurisdicción de una de las Parte árabes de la Carta contra otro Estado árabe parte. El citado Proyecto ha sido presentado a la Liga para que su estudio y eventual inclusión en la Carta, con la función de proteger de modo más efectivo los Derechos humanos en dicha región.

¹²³ *Idem*, pág. 19

SEGUNDA PARTE

NUEVAS ORIENTACIONES PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*“Les enfants ne sont plus de matériel
à remplir le vide de notre vie.
Ils ne sont ni le jouet des parents
ni l’accomplissement de leur besoin de vivre”.*
(Wilhelm Steckel)

CAPITULO III. EL *INTERÉS DEL MENOR* COMO PRINCIPIO INSPIRADOR EN EL DERECHO CONVENCIONAL EN LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Algunas precisiones sobre la noción *interés del menor*: antecedentes y fundamento. 2. El *interés del menor* como mecanismo de control para la consecución de los objetivos convencionales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2.1. El *interés del menor* en los supuestos de *secuestro* internacional. 2.2. El *interés del menor* en los supuestos de adopción internacional. 2.3. El *interés del menor* y el Convenio de La Haya, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad en la patria potestad y medidas de protección de menores, de 19 de octubre de 1996.

1. Algunas precisiones sobre la noción *interés del menor*: antecedentes y fundamento

Casi todos los instrumentos internacionales que velan por la protección del menor, utilizan la expresión “interés del niño”, “interés del menor” o “interés superior del niño o del menor”, “protección integral de los hijos”, noción de impreciso alcance pero que se configura como el principio inspirador de todo el sistema convencional¹²⁴.

De ahí que la primera cuestión que se impone despejar sea la de su alcance jurídico. Nuestra pretensión es modesta, ya que el tema ha sido tratado ampliamente por la doctrina administrativa e internacionalprivatista, existiendo acuerdo generalizado en el sentido de que se trata de un concepto jurídico indeterminado y que como tal, es precisamente la aplicación *in concreto* al caso lo que permite dilucidar su contenido¹²⁵.

Elaborar una teoría que tuviese como base el estudio de todas y cada una de las situaciones en las cuales puede encontrarse un menor, cualquiera que fuese el ámbito del ordenamiento jurídico, público o privado, penal o civil, y en base a ella concretar una lista exhaustiva de situaciones a proteger y situaciones que no comporten perjuicio para el interés del menor, sería algo tan inútil como innecesario, ya que, como señala la profesora ENCARNACIÓN ROCA I TRÍAS¹²⁶, “*es extremadamente arduo intentar precisar en qué consiste el interés del menor*”.

Sin embargo, entiende ROCA Y TRÍAS que el elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema del *interés del menor* ha de partir de la protección del mismo a futuro, de manera que (la noción *interés del menor*), “puede considerarse como una fórmula destinada a facilitar

¹²⁴ También en nuestros textos legales internos referidos de manera expresa al beneficio e interés superior de los menores son constantes los preceptos que utilizan tal noción; *ad. ex.*, Constitución Española, LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; y Código Civil, entre otros.

¹²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y TOMÁS-RAMÓN Fernández, “Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados”, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1979, vol. II, pp. 385-381; SAINZ MORENO, F., Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1976; MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro internacional...*, *op. cit.* págs. 93-98; *vid.*, en general, VON OBERBECK, “L’interêt de l’enfant et l’évolution du droit international privé de la filiation”, *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Ginebra, 1979; VASSILAKAKIS, E., *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, LGDJ, París, 1987.

la formación del menor y diseñar las líneas de desenvolvimiento de su personalidad”. Sólo así, afirma la profesora ROCA, es posible dotar de contenido el concepto abierto de interés del menor y facilitar, en consecuencia, el propio contenido del Derecho de la infancia¹²⁷.

Siendo necesario fundamentar tal noción y sin pretender en absoluto llegar a una teoría global de la misma, nos parece de todo punto pertinente intentar al menos delimitar el porqué las normas orientadoras de la protección del menor se localizan tanto en el derecho material interno como en el Derecho Internacional Privado con la pretensión de lograr soluciones globales en aras de tal protección.

Como señala la profesora ALEGRÍA BORRÁS¹²⁸, una de las características del momento actual es el paso de las normas neutras a las normas materialmente orientadas entre las que se destacan las que pretenden la protección de una categoría determinada de personas, bien a través de normas de competencia judicial o de autoridades, bien a través de normas de conflicto de leyes, o bien facilitando el reconocimiento y ejecución de decisiones.

La protección de ciertas categorías de personas consideradas como parte débil, exige que los ordenamientos jurídicos den soluciones orientadas a la máxima realización de la justicia en los diferentes ámbitos en los que estas personas puedan encontrarse. Soluciones que, según señala POCAR¹²⁹, no pueden ser neutras sino que exigen técnicas distintas y a veces combinadas de reglamentación de las relaciones privadas internas e internacionales por cuanto que se trata en suma de la protección de la persona humana.

Ejemplos significativos de estas normas los encontramos en los supuestos de defensa del consumidor, del asegurado o del trabajador¹³⁰. Lo mismo respecto del menor, cuya condición, como parte débil hace que en el derecho interno se le proteja a través de una serie de instituciones como la patria potestad, o en su ausencia, la tutela, así como también en los casos de adopción o de violación de sus derechos fundamentales, la intervención de los poderes públicos se hace necesaria.

Así pues, la protección del menor viene a articularse sobre esta noción abstracta del *interés del menor*, de valor jurídico indeterminado, y que permite la adopción de soluciones flexibles y de disposiciones materialmente orientadas¹³¹. En este sentido la profesora ROCA I TRÍAS se refiere a *cláusulas generales* que se han introducido en el Derecho de familia y en las cuales se hace referencia a una valoración, pero “ni se concretan cerradamente los requisitos ni se declaran ciertamente las consecuencias”¹³². Es por ello que esta autora sostiene que el *interés del menor* al incluirse en la legislación como una cláusula general, su determinación ha de dejarse al intérprete, por cuanto todo

¹²⁶ ROCA I TRÍAS, E., “Contestación” al discurso de ingreso de la Dra. Alegría Borrás sobre “El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del Derecho internacional privado”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994 (4), p. 976.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ BORRÁS, A., *op. cit.*, pág. 920.

¹²⁹ POCAR, F., “La protection de la partie faible en Droit international privé”, *R.desC.*, vol. 188, 1984, V, págs. 341-417.

¹³⁰ En el ámbito europeo contamos con varios instrumentos internacionales que se refieren expresamente a la protección de estas categorías de personas. Por ejemplo el *Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias*, de 27 de septiembre de 1968, el *Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, el *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos*; asimismo existen varias Directivas comunitarias en materia de protección a los consumidores, a los trabajadores, a los inversionistas que controlen la gestión social en caso de ofertas públicas de adquisición (OPA's), etc. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 64 y sig.

¹³¹ BORRÁS, A., *op.cit.* págs. 923.

¹³² ROCA Y TRÍAS, E., *op. cit.* pág. 975.

intento de llenar de contenido tal concepto sería “ir en contra de la propia finalidad de la norma”¹³³.

El hecho de que los menores hayan de actuar a través de otros, ya sean sus padres, sus tutores o bien la administración pública para el ejercicio de sus derechos supone que en ocasiones el *interés del menor* implicará la necesidad de actuar en confrontación con los intereses de aquéllos que precisamente tienen que accionar para hacer efectiva la protección del mismo.¹³⁴ Por lo tanto el *interés del menor* y las normas del Derecho de la infancia han de tener como objeto principal los derechos fundamentales de toda persona que por sus condiciones están impedidas de actuar por ellas mismas. En palabras de la profesora ROCA¹³⁵ “un sistema de protección que permita el desenvolvimiento de la personalidad de aquellos que difícilmente pueden actuar por sí mismos, y que por esta razón han de tener una consideración especial en el ordenamiento jurídico”.

Cabe recordar en este punto el Auto del Tribunal Constitucional español de 12 de febrero de 1986 (Rep.Aranzadi 127/86), en el que se proclama “la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia”, teniendo en cuenta y “como criterio básico y preferente el interés de los hijos”. Asimismo dicho Alto Tribunal en su Sentencia de 26 de septiembre de 1990 (Rep.Aranzadi143/90) nos dice que, “aunque la ley otorgue al juez muy amplias facultades para apreciar la conveniencia o no de acceder a la adopción solicitada, no puede aquél, en modo alguno ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contraste necesarios, conducentes a una resolución acorde con los intereses prevalentes en la adopción”.

Queda así puesto de manifiesto que la protección del menor implica un activo papel del juez, teniendo en cuenta de qué forma y con qué medidas se protege mejor este interés. Así, desde una óptica judicial, señala SEIJAS QUINTANA¹³⁶ que, “se trata de un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad que tiene y que adquiere el juez o el mediador durante el proceso sobre los datos e informes facilitados por las partes”.

Para este autor algunos de los datos a tomar en consideración son los siguientes:

1. La edad, sexo, personalidad de los hijos, capacidad de los padres para asumir la guardia y custodia (para los supuestos de separación y divorcio);
2. Facilitar el trato del menor con el progenitor que no haya obtenido la custodia, incluso valorando una custodia compartida (en los mismos supuestos);
3. Concreción particularizada de lo que debe entenderse por cuidado personal y patrimonial, caso de que la asignación de dichas funciones corresponda a personas distintas de los progenitores.

SEIJAS denuncia alguna de las carencias de nuestro sistema judicial en materia de familia y propone, en aras de una mejor concreción de lo que en cada momento es el *interés del menor*, que se

¹³³ En este mismo sentido ya se había pronunciado el profesor EVANGELOS VASSILAKAKIS, *cf. op. cit.* pág. .

¹³⁴ *Cfr.* ROCA Y TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 977.

¹³⁵ *Ibidem.*

¹³⁶ SEIJAS QUINTANA, J.A., “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de Visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas”, en *Actualidad Civil* N° 29 /14-20 julio 1997, págs. 642-643

lleven a cabo las siguientes acciones: 1) implicar a los jueces en programas formativos para la obtención de habilidades que incidan en sus conocimientos sobre el desarrollo infantil, facilitando el sistema adecuado para los niños y las niñas; 2) eliminación del juicio de culpabilidad en los ordenamientos jurídicos como determinante de la separación y divorcio y de los efectos consiguientes, evitando el aumento de tensiones que radicalizan la postura de la pareja y afectan de manera directa a los hijos; 3) confidencialidad del testimonio realizado por el menor en las exploraciones judiciales, valorado en cada caso su grado de madurez, y; 4) evaluación de que su incumplimiento pueda colocarle en situación de ruptura de los vínculos emocionales y afectivos¹³⁷.

En el marco jurídico europeo y occidental esta noción se ha intentado configurar indicando algunos elementos que tienen que ver con el derecho de guarda. Así, entre otros:

1. Cuidado de la persona del menor y deberes de alimento y vestido.
2. Elección de la residencia del menor, atendiendo a la edad del menor; educación civil y religiosa.
3. Cuidados médicos.
4. Disciplina en general, y posibilidad de castigar al menor (el ejercicio de este derecho es concebido de modos muy distintos en cada país).
5. La posibilidad de concluir en nombre del menor contratos de trabajo y de aprendizaje.
6. El consentimiento para el matrimonio del menor¹³⁸.

Podríamos concluir señalando que de lo que se trata es de buscar unos criterios de referencia lo más universales posibles a la hora de tomar una medida concreta relacionada con el menor (noción *in abstracto*) que conlleve a lograr lo que a éste más le beneficia (física, moral e intelectualmente); en tanto que, ya en función del caso concreto, y de los elementos específicos que éste aporte, la solución será la más adecuada a las circunstancias del momento y a la luz de la normativa aplicable.¹³⁹

Ahora bien, en un mundo cada vez más internacionalizado no es suficiente con la regulación que hacen las normas materiales internas, es necesaria una respuesta especial, propia de las normas de Derecho Internacional Privado que conduzcan a la positividad de este valor superior, mediante un proceso de materialización en cada ámbito particular de protección del menor.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha concluido casi una decena de Convenios sobre Derecho de familia en los cuales, atendiendo a la protección de los intereses jurídicos en presencia, y del interés superior de los menores, ha establecido métodos diversos (de competencia de tribunales y de autoridades, de conflicto de leyes, de cooperación entre autoridades y de reconocimiento y ejecución de decisiones) para la articulación y el establecimiento de las soluciones más adecuadas al caso.

¹³⁷ *ibidem*.

¹³⁸ Cfr. MIRALLES SANGRO, P.P., *El Secuestro internacional...*, *op. cit.* págs. 94 y 170-171.

¹³⁹ *idem*, pág. 172. En la doctrina de los tribunales españoles en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 se repite esta idea al señalarse que el concepto interés del menor “es un concepto jurídico indeterminado cuyos contornos se definen de modo negativo (no es interés del menor el exponerlo a un riesgo o peligro físico o psíquico; a una previsible situación de abandono emocional, educativo, familiar, a una situación intolerable, etc.), atendiendo a las circunstancias en cada caso y diferenciando el interés del menor del interés de sus progenitores, y también cualquier otro interés de derecho público o privado” SAP Vizcaya, sección 1ª A, de 24 de octubre de 1996.

2. El *interés del menor* como mecanismo de control para la consecución de los objetivos convencionales en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

En los Convenios internacionales y en particular en los Convenios nacidos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el *interés del menor* se configura como una línea interpretativa a la luz de la cual debe tomar la autoridad responsable la decisión más apropiada.

Por lo que hace al ámbito específico de la Conferencia de La Haya, sus trabajos han constituido, parafraseando a la profesora PÉREZ VERA, “un inapreciable banco de pruebas de la evolución de esta rama del Derecho, tanto respecto a los términos en que se suscitan los problemas, como en relación a las técnicas utilizadas”.

Cabe recordar nuevamente, los Convenios que la Conferencia ha redactado en su preocupación sobre los problemas del Derecho de familia. En materia de **reconocimiento y ejecución de decisiones sobre obligaciones alimenticias** son 2 Convenios, los del 24 de octubre de 1956 y 15 de abril de 1958 (obligaciones con los menores) y los dos del 2 de octubre de 1973 (obligaciones en general); **en materia de competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores**, el Convenio de 5 de octubre de 1961; en materia de **competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones sobre adopción**, el Convenio de 15 de noviembre de 1965; en materia de **reconocimiento de divorcios y de separación de cuerpos**, el Convenio de 1 de junio de 1970; en materia de **administración internacional de las sucesiones**, el Convenio de 2 de octubre de 1973; en materia de **ley aplicable a los regímenes matrimoniales**, el Convenio de 14 de marzo de 1978; en materia de **celebración y reconocimiento de la validez de los matrimonios**, el Convenio de 14 de marzo de 1978; **en materia de sustracción internacional de menores**, el Convenio de 25 de octubre de 1980; en materia de **protección de niño y cooperación en la adopción internacional**, el Convenio de 29 de mayo de 1993; y, en materia de **competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación sobre la responsabilidad parental y medidas de protección de menores**, el Convenio de 19 de octubre de 1996. (Nos remitimos a la relación del Anexo sobre los Convenios ratificados por España en materia de protección de menores)

Las características comunes a la mayoría de estos Convenios son de dos órdenes: de un lado, la atención al problema de la ley aplicable, así como al reconocimiento y ejecución de decisiones sobre la materia en concreto que regulan; y, de otro lado, emplear como método preferente de reglamentación el conflictual, frente al material o sustantivo. Sin embargo la técnica de la cooperación entre autoridades ha primado en los últimos Convenios, pese a que no podamos decir que se haya abandonado totalmente la técnica clásica de las normas de conflicto¹⁴⁰.

Como queda dicho, los objetivos inspiradores de los Convenios de La Haya en este ámbito del Derecho de familia son el deseo de protección de la persona desvalida (la parte débil), de defensa del interés del menor, y facilitar la validez y el reconocimiento de situaciones jurídicas.

¹⁴⁰ Cf. MARÍN LÓPEZ, A., “El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. VII, Editorial EUNSA, Pamplona, 1985-1985, pág.212. Véase también, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La familia en los Convenios de La Haya”, en *R.E.D.I.*, vol. XLV (1993), 1, págs. 7-37.

La noción *interés del menor* aparece recogida en diversos de los textos convencionales. Así, en el de protección de menores de 1961 (artículo 4), en el de adopción de 1965 (artículo 6), en el de ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 1973 (artículos 5 y 6), en el de aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 (Preámbulo), en el de cooperación internacional y protección de menores en materia de adopción (artículos 1, 21, 24, 30), y en el de protección general de 1996 (Preámbulo, artículos 5 en relación con los artículos 8 y 9, 15 y 33).

El interés del menor se vincula en estos Convenios con los objetivos convencionales. Así, en el de 1961 se dice que “*si las autoridades del Estado del que es nacional consideran que el interés de éste lo exige, podrán adoptar, según su ley interna, previa notificación a las autoridades del Estado de su residencia habitual, medidas para proteger a la persona o a los bienes del menor*”. En el Convenio de 1965 se establece que las autoridades previstas en el artículo 3 párrafo 1º “*no pronunciarán la adopción más que si es conforme al interés del menor*”. En los Convenios sobre alimentos de 1973, se utiliza la expresión “*principio de máxima protección del alimentista*”, a cuyo efecto se fija un tríptico de conexiones, jerárquicamente ordenadas, afirmándose la competencia de la ley interna de la residencia habitual del acreedor de los alimentos, como regla base, y subsidiariamente la ley nacional común, y en su defecto, la ley interna de la autoridad que conozca de la reclamación cuando el acreedor no pueda obtener alimentos del deudor, en virtud de las leyes anteriormente mencionadas. Respecto de los Convenios de 1980, 1993 y 1996, haremos una explicación más detallada en los apartados *ad infra*.

Una primera valoración a estas referencias convencionales (anteriores a 1980) es que la apreciación concreta de cuál sea el interés del menor se hace, como ya se expuso, en conexión directa con el objetivo del Convenio dejando tal estimación a la autoridad competente, como sucede en el Convenio de 1965 sobre adopción¹⁴¹. De ahí que quepa afirmar que la noción del *interés superior* del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado tenga como función fijar un límite o un control a la actuación de la autoridad encargada de su aplicación, o de su no aplicación (excepciones) en el caso concreto, como tendremos oportunidad de comprobar, pues así queda más claramente puesto de relieve en los Convenios de 1980, 1993 y 1996.

2.1. El *interés del menor* en los supuestos de *secuestro* internacional¹⁴²

El objetivo principal de este Convenio es el retorno inmediato de los menores desplazados o retenidos ilícitamente en cualquier Estado contratante, así como hacer respetar de forma efectiva los derechos de guarda y de visita existentes en un Estado contratante (artículo 1º). A estas situaciones que obligan al retorno de los menores se les llama, por influencia popular y de forma poco apropiada jurídicamente, *secuestro internacional*.

Si bien este Convenio no hace referencia a la protección de los menores en función de su filiación sino por el simple hecho de ser menores de 16 años, es claro que la mayoría de los *secuestros*

¹⁴¹ En lógica congruencia con la *Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1959*, que deja a los Estados parte que reconocen o permiten la adopción el cuidado de que el interés superior del menor sea la consideración primordial (artículo 21).

¹⁴² *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, de 25 de octubre de 1980. Publicado en el BOE 202, de 24 de agosto de 1987, Instrumento de ratificación de 28 de mayo de 1987. No debe olvidarse que España es también Parte del *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980* y publicado en el BOE 210, de 1 de septiembre de 1984.

se practican por algún progenitor del menor en cuestión, por lo que uno de los objetivos a proteger en estos casos es precisamente la figura de la patria potestad.

Así, el punto de partida para comprender la *ratio legis* de un Convenio de esta naturaleza debemos de fijarlo en la patria potestad, que es el principal efecto de la filiación, y en virtud de la cual el hijo queda sometido a la autoridad de sus padres o de uno de ellos hasta que llegue a la mayoría de edad o sea emancipado, salvo que la persona quede sujeta a la tutela por causa de incapacidad. El ejercicio de la patria potestad se caracteriza entre otros efectos por la guarda ejercida sobre el menor por parte de los titulares de la misma. En ocasiones, y debido a crisis matrimoniales (divorcio, separación o nulidad) queda rota la unidad de la autoridad parental, de modo que se otorga a uno de los esposos la custodia y guarda del menor y el derecho de visitas a aquél que no lo tenga consigo.

Es en estas situaciones de crisis cuando puede abonarse el campo para que se produzca un *secuestro* por parte de quien no tenga la guarda y custodia del menor, y cuando se trata de matrimonios mixtos (de distinta nacionalidad), la tentación es aún más alta, sobre todo si tenemos en cuenta que en estos casos las diferencias culturales, educativas y sobre todo ideológicas, suelen ser casi siempre la justificación para un traslado ilícito¹⁴³.

En España fue conocido el caso *Bornes vs. Fuentes*, resuelto por Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de abril de 1975¹⁴⁴ relativo al hijo de una noruega y un español que después de pronunciada la nulidad del matrimonio, le fue asignado a la madre, hasta que el niño cumpliera los 7 años, continuando con ella en Noruega sobrepasada tal edad, sin que el padre pudiera recuperar la patria potestad que le había otorgado el tribunal español¹⁴⁵.

Dos Convenios han venido a mejorar esta situación: uno elaborado por el Consejo de Europa el 20 de mayo de 1980¹⁴⁶, que trata únicamente de los aspectos civiles del reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como del restablecimiento de dicha custodia. Y el otro, preparado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que vio luz el 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la *sustracción* internacional de menores

El Convenio de La Haya se gestó en 1979 en base a un informe que preparó ADAIR DYER que fue sometido a los Gobiernos junto con un cuestionario. Las respuestas de los Gobiernos dieron lugar a la creación de una Comisión especial que se reunió en los meses de marzo y noviembre de 1979, donde se preparó un proyecto de Convenio; sometida nuevamente a consulta de los gobiernos, con cuyas respuestas la ponente, ELISA PÉREZ VERA, hizo una serie de comentarios que fueron la base de las deliberaciones del XIV sesión de la Conferencia de La Haya de 1980 que terminó de preparar el proyecto

¹⁴³ Sobre los problemas derivados del secuestro internacional de menores véase reciente estudio de CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Problemas de Secuestro Internacional de Menores", *Actualidad Civil*, núm. 21, 25 a 31 de mayo de 1998, págs. 481-527. En especial págs. 483-484. Con carácter general, además véase: ANTON A.E., "The Hague Convention on international Child Abduction", *I.C.L.Q.* vol. 30, 1981, pág. 542; SHAPIRA, A., "Privat International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases", *R des.C.*, vol. 214/1989-II, págs. 127-250.

¹⁴⁴ Repertorio Aranzadi 1514/75.

¹⁴⁵ Sobre este caso *vid.*, MIRALLES SANGRO, P.P., *El Secuestro...*, *op. cit.* pág 14; PUENTE EGIDO, J., *Derecho internacional privado español, Doctrina Legal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1981, págs. 641-642; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Derecho internacional privado, Materiales de Prácticas*, Tecnos, Madrid, 1983, págs., 270-273; CALVO CARAVACA *et. al.*, *op. cit.*, pág. 490.

¹⁴⁶ Sobre este Convenio véase el estudio de CALVO CARAVACA, A.L. *et. al.*, *op. cit.* págs. 496-502.

definitivo sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, abierto a la firma el 25 de octubre de 1980¹⁴⁷.

Como en su momento expresó la profesora PÉREZ VERA, Rapporteur del Convenio, si bien esta Convención está basada en el *interés del menor*, éste en cuanto tal no está expresamente recogido en el texto “debido a que el recurso por parte de las autoridades internas a una tal noción, implicaría el riesgo de traducir en él manifestaciones de particularismos social o cultural relevantes en una comunidad concreta, a fin de defender sus valores subjetivos respecto de otras comunidades”¹⁴⁸.

Es por ese motivo -continúa la autora- que la parte dispositiva del Convenio no contiene ninguna alusión explícita al interés del menor salvo como criterio corrector del objetivo convencional, que pretende asegurar el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente.¹⁴⁹ A mayor abundamiento indica la autora que como la concreción del interés del menor la realizan siempre los adultos “desde sus particulares coordinadas jurídicas, culturales y personales”, el Convenio entiende que en los casos de *sustracción* internacional de menores el *interés superior* del menor desplazado reside (salvo supuestos excepcionales) en “*volver al lugar en que tenía su residencia habitual*”.

Menor a efectos del Convenio es aquel que no ha alcanzado la edad de 16 años. Por lo que hace a la noción jurídica de *secuestro* el Convenio no la da, pero tomando la que propone el profesor MIRALLES¹⁵⁰, *secuestro* a efectos del Convenio es:

“Desplazamiento de un menor fuera del territorio del Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento en el lugar de la residencia habitual del menor”.

La operatividad del Convenio de La Haya de 1980 presupone, para la consideración de un traslado como ilícito, una “infracción al derecho de custodia establecido con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención...” (artículo 3 del Convenio). Ahora bien, las propias normas del Convenio permiten el juego de diversas excepciones establecidas como obstáculos a la restitución del menor (en especial artículos 13 y 20).

Tales excepciones convencionales deben ser apreciadas por la autoridad o autoridades competentes, pero correspondiendo la carga de la prueba a quien alega la aplicación de la excepción, en este caso “el secuestrador” o la persona, institución u organismo que se oponga al retorno¹⁵¹. En cuanto a la valoración de esta prueba cabe destacar el amplio margen de

¹⁴⁷ Véase, MIRALLES SANGRO, P.P., *El Secuestro Internacional...*, *op. cit.*, págs.21-27.

¹⁴⁸ *cf.* PÉREZ VERA, E., *Informe Explicativo* numeral 22.

¹⁴⁹ *Cfr.* Informe explicativo, numeral 23 y artículo 13 del Convenio de 1980.

¹⁵⁰ MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro...*, *op. cit.* p. 101. Sobre la configuración convencional del los derechos de guarda y de visita, *idem*, págs. 107-111 y 115-124.

¹⁵¹ Para este autor, la carga de la prueba tal y como queda regulada en el Convenio, opera más bien como un elemento de defensa del propio “secuestrador” o de la persona física o jurídica que se oponga al retorno. Para un completo análisis del juego de las excepciones convencionales resulta imprescindible la consulta del Capítulo VII titulado, “Las excepciones del retorno del menor secuestrados como garantía de cumplimiento de los objetivos convencionales” en MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro internacional...*, *op. cit.* págs. 169 y sig.

discrecionalidad que el Convenio otorga a las autoridades¹⁵² cuando se trate de aplicar alguna de las excepciones al retorno. De ahí que su carácter excepcional debería llevar consigo la interpretación y aplicación restrictiva, y jugar solamente en *interés del menor*. Por lo tanto, es posible afirmar con MIRALLES, que en este Convenio el interés del menor actúa como mecanismo de control y freno al retorno inmediato.¹⁵³

De otro lado y siguiendo al citado profesor, las excepciones de los citados artículos 13 y 20, pueden ser divididas atendiendo a diversos criterios. Básicamente son tres grupos: **a)** aquéllas cuya carga probatoria corresponde a quien se oponga al retorno. En este grupo a su vez hay dos grandes causas de oposición, la primera que no hubiese habido *secuestro*, y la segunda, que exista un riesgo grave para el menor, ya sea de índole física, psíquica o de situación intolerable (artículo 13.1 a) y b); **b)** el segundo grupo de excepciones se da cuando el propio menor se oponga al retorno (artículo 13.2.); y, **c)** el tercer y último supuesto de excepción al retorno se contempla en el artículo 20 del Convenio, es decir la consideración del orden público del foro, excepción de orden público que en este Convenio tiene una naturaleza “atenuada”.

La práctica jurisprudencial española en aplicación del Convenio de La Haya sobre *secuestro* internacional ha sido desde su entrada en vigor en 1987 abundante ya que en nuestro país por la posición geográfica y social que tiene se producen más casos *ad intra* (menores desplazados hacia España) que *ad extra* (niños desplazados desde España). De ahí que los problemas surjan normalmente porque no se devuelve al niño en el plazo previsto en el Convenio.

Sobre este punto seguimos el informe realizado por la profesora ALEGRÍA BORRÁS, quien representó a España en la Comisión especial convocada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado para el seguimiento de la aplicación del Convenio. España fue exhortada en 1987 para que tomara sin demora medidas internas apropiadas a fin de que se dieran a su Autoridad Central y a las autoridades judiciales y administrativas, los poderes necesarios y los medios adecuados para el cumplimiento del Convenio.

Se llegó incluso a considerar la posibilidad de exigir responsabilidad internacional al Estado español por incumplimiento del Convenio. Las razones esgrimidas por los Estados miembros se referían fundamentalmente al transcurso excesivamente largo de los plazos para todo tipo de tramitación; el insuficiente cuidado en la forma de cumplimentar los trámites, e incluso de presentar los datos; en que los casos no se resolvían, y sólo en un caso se había producido efectivamente la devolución en término de seis semanas; en la utilización de una vía incorrecta por parte de las autoridades españolas, fruto de una interpretación errónea del artículo 14 del Convenio que condujo a la utilización del procedimiento de *exequatur*.

Pese a la valoración negativa que España tuvo en un principio en orden a la aplicación del Convenio debe señalarse que los defectos señalados por los Estados miembros y reconocidos por la propia Autoridad Central y por las autoridades administrativas y judiciales españolas han quedado subsanados en lo esencial, por lo que en la actualidad puede afirmarse el normal funcionamiento de los mecanismos convencionales¹⁵⁴. Debe destacarse igualmente que a partir de la entrada en vigor

¹⁵² VAN LOON, J.H.A., *Informe sobre la Adopción del niño procedente del extranjero*. Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, Abril 1990, pág. 114 y nota 276.

¹⁵³ Cfr. PEREZ VERA, E., *Rapport Explicatif*. Comisión Especial. Conclusiones sobre los puntos más importantes discutidos en la Comisión Especial y adoptados el 26 de octubre de 1989. *Vid.*, *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)* II Jornadas de DIPr., Toledo 1990, págs. 163-215. En particular *vid.* numeral 23.

¹⁵⁴ En este punto la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (Autoridad Central española) sobre el funcionamiento en la actualidad de ambos Convenios, ha señalando que las estadísticas reflejan que de los 431

de la L.O. 1/96 de 15 de enero de 1996, se ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil para dotar de contenido a los artículos 1901 a 1909 (Sección Segunda del Título IV del Libro III), que pasa a denominarse “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”¹⁵⁵, con un procedimiento judicial específico inspirado en el Convenio de La Haya y pensado para los supuestos de aplicación de los Convenios internacionales sobre *secuestro* internacional de menores de los que España forma parte.

Por lo que hace a la aplicación *in concreto* de la noción *interés del menor* en los supuestos de *sustracción* ilícita en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 encontramos una interesante explicación del concepto *interés del menor*, en el Auto de Audiencia Provincial Vizcaya, sección 1ª A, de 24 de octubre de 1996 (R.J.La Ley, T.1997-I marginal 1322):

“...es un concepto jurídico indeterminado cuyos contornos se definen de modo negativo (no es interés del menor el exponerlo a un riesgo o peligro físico o psíquico; a una previsible situación de abandono emocional, educativo, familiar, a una situación intolerable, etc.), atendiendo a las circunstancias en cada caso y diferenciando el interés del menor del interés de sus progenitores, y también cualquier otro interés de derecho público o privado. Desde esta perspectiva la cooperación internacional no podría llevar, sin otras consideraciones a adoptar una decisión contraria al “interés del menor” si éste resultara contrapuesto a los términos literales del Convenio. En este sentido, la aplicación judicial del Convenio de La Haya no puede deslindarse del análisis del caso concreto, porque son decisiones que afectan a menores concretos individualizados en sus circunstancias personales, familiares y sociales. El Convenio de La Haya en su artículo 7 c) establece que las Autoridades Centrales deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan garantizar la restitución inmediata del menor o facilitar una solución amigable, solución de mutuo acuerdo que, naturalmente, primaría sobre la finalidad de restitución inmediata prevista en el artículo 1 a) del Convenio. E igualmente el Convenio tiende a garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual así como a asegurar la protección del derecho de visita (Preámbulo y artículo 21). Y sin embargo no se contempla la posibilidad de que la decisión de restitución pudiera conllevar la ineficacia del régimen de visitas que eventualmente pudiera establecerse. Lo que afectaría indudablemente a interés del menor. Es evidente que en todos los procedimientos en que se ven directamente afectados los menores en su propia vida, las decisiones judiciales no pueden dejar de valorar razonadamente el alcance de la decisión “en interés del menor” y en los términos del Convenio en el caso concreto”.

Si bien es cierto que no todas las resoluciones judiciales razonan de esta manera para fundamentar en qué consiste el *interés del menor* en el caso concreto, la anterior decisión es una muestra de que algunos órganos jurisdiccionales se esfuerzan por llegar a una definición teórica de lo que es este interés, vinculando la misma con una serie de elementos. Así:

- a) El carácter indeterminado de la noción.
- b) La relevancia de los contornos negativos: es decir, “lo que no es interés del menor”.
- c) La concreción *in concreto casu*: es decir el casuismo de la noción.

expedientes tramitados, España ha sido 321 veces requerida para devolver al menores en aplicación del Convenio y, en 110 ocasiones ha requerido ella (75% de casos *ad intra*); en cuanto a las restituciones, en el 45% de las veces se ha ordenado la restitución del menor al país de donde había sido desplazado, y en el 40% de las ocasiones habían sido devueltos a España los menores desplazados fuera de nuestro país. Ponencia en Seminario sobre *La sustracción internacional de menores, aplicación de los Convenios de Luxemburgo y de La Haya de 1980*, llevados a cabo en la Universidad Carlos III de Madrid, los días 30 de marzo y 1 de abril de 1998.

¹⁵⁵ Sobre el mecanismo procesal de estos artículos será tratado en el correspondiente punto del Capítulo IV.

d) La confrontación y primacía del interés del menor, frente a otros intereses públicos o privados en presencia.

De estos elementos contenidos en la decisión judicial que ahora analizamos cabría derivar dos ideas que pudieran servirnos de directriz para el análisis de otras resoluciones judiciales. La primera idea, contenida en los apartados a) y c), sería la relativa a la naturaleza y al contenido del concepto; siendo indeterminada su naturaleza, el contenido de la noción se determinará *in concreto*, caso por caso; de ahí que sería inútil intentar elaborar una teoría cerrada sobre un concepto que, por su propia naturaleza, es abierto. La segunda idea, la extraemos de los apartados b) y d) y se refiere al método para concretar *in casu* lo que justifica la decisión tomada en interés del menor. En este sentido el Auto de la Audiencia de Vizcaya, al decirnos lo que no es en interés del menor (afirmación negativa), por contraposición a otros intereses jurídicos en presencia (públicos o privados), nos permite acercarnos al *quid* de lo que en cada caso sea el interés del menor.

Sin ánimo de hacer en este momento una exégesis de la jurisprudencia española en los casos de *sustracción* de menores¹⁵⁶, nos limitaremos a señalar que cuando se ha tratado de poner en práctica el Convenio de La Haya de 1980, y la aplicación de las excepciones convencionales, nuestros tribunales han retenido sobre todo el testimonio del menor cuando éste manifiesta su oposición al retorno, lo que justifica en *interés del menor* el rechazo a la restitución.

No cabe duda de que la concreción de los intereses de los hijos cuando estos quedan sometidos a un cambio de vida, de costumbres, de idioma y de cultura al ser trasladados de un Estado a otro distinto es una preocupación *prima facie* y de importancia especial desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Lo que resulta en estos casos es que después de constatar el efectivo secuestro, como el menor ya se ha integrado en el nuevo medio, resultaría en contra de su interés o nocivo para él someterlo a otro traslado. Ciertamente es que en ocasiones nuestros jueces analizan con meticulosidad otros factores para intentar objetivar ese interés, pero lo que destaca frente a cualquier otro extremo es la voluntad de los hijos (expresada en audiencia ante el juzgador), en especial cuando éstos tienen más de 8 años. Lo que queremos resaltar en este punto es que la audiencia del menor, y su voluntad expresada en contra del retorno es el factor que nuestros jueces toman, en la mayoría de los casos, como decisivo a la hora de denegar tal retorno, pese a la efectividad de la ilícita retención¹⁵⁷.

Este argumento, como expresa ALVAREZ GONZÁLEZ¹⁵⁸, resulta en ocasiones infiscalizable, permitiendo un amplio margen de apreciación, e incluso de arbitrariedad por parte del juzgador. Como ejemplo de lo anteriormente señalado citamos las sentencias siguientes: Audiencia Provincial de Castellón (sección 2ª) de 24 de diciembre de 1994¹⁵⁹; Audiencia Provincial de Cádiz (sección 3ª), de 17 de mayo de 1995¹⁶⁰; Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 5 de marzo de 1992¹⁶¹; Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª) de 9 de diciembre de 1993¹⁶²;

¹⁵⁶ Sobre la aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya ver SUMMAMPOW, M., *Les nouvelles conventions de La Haye*, V (1996). T.M.C., ASSER INSTITUUT, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1996. La selección de la jurisprudencia de los tribunales españoles ha sido llevada a cabo por los corresponsales españoles MIRALLES SANGRO, P.P., JUÁREZ PÉREZ, P. y GÓMEZ JENE, M.

¹⁵⁷ Cfr. ALVAREZ GONZÁLEZ, "Secuestro Internacional de Menores..." *op.cit.*, pp. 9-32. *Vid.*, sobre la importancia del interés del hijo y el amplio margen concedido a la autonomía judicial ROCA I TRÍAS, E., "Comentario al artículo 92 C.c.", *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 578.

¹⁵⁸ ALVAREZ GONZÁLEZ, S., "Secuestro internacional de menores ("legal kidnapping") y cooperación internacional: la posición española ante el problema", *Poder Judicial*, 1986, (4), págs. 9-32.

¹⁵⁹ *Vid.*, R.E.D.I., vol. XLVIII (1996), 2, págs. 287-291 (con comentario de JIMÉNEZ BLANCO, P.).

¹⁶⁰ *Vid.*, R.E.D.I., *idem.*, págs. 291-297 (con comentario de MOYA ESCUDERO, M.).

¹⁶¹ *Vid.*, R.E.D.I., vol. XLV (1993), 1, págs. 237-240.

Audiencia Provincial de Burgos (sección 3ª), de 24 de enero de 1991¹⁶³; Audiencia Territorial de Bilbao, de 9 de enero de 1985¹⁶⁴.

Si bien es cierto que a la luz del artículo 12 de la *Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*, los Estados parte han de garantizar al niño el derecho de expresar libremente su opinión cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, sin embargo ese testimonio *per se* no debe constituir automáticamente y en todos los supuestos la única base de comprobación, máxime si tenemos en cuenta que del no retorno del menor deriva una consecuencia de especial trascendencia en el Convenio: el previsible cambio de la titularidad del derecho de guarda.

Todo ello viene a demostrar en principio que las orientaciones judiciales cuando se produce un traslado o *retención* ilícita internacional del menor, para integrarse en una cultura y en una sociedad que le es a veces ajenas, no cuenta con un juicio apriorístico negativo (sobre todo cuando el traslado ha sido hecho a España), y en este sentido las actuaciones de nuestros tribunales ponen de manifiesto una vez más que no es posible dar una solución mecánica en problemas como el presente, donde la importancia de conceptos de contenido variable como es el *interés del menor* obliga a una pulcra redefinición de los mismos en cada caso.

2.2 El *interés del menor* en los supuestos de adopción internacional¹⁶⁵

El objetivo convencional según dispone su Preámbulo es establecer disposiciones comunes “para garantizar que las adopciones internacionales tengan lugar en interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños”. El interés del menor aparece vinculado al desarrollo armónico de su personalidad, “para lo cual debe crecer en un medio familiar y en un clima de felicidad, amor y comprensión”¹⁶⁶.

¹⁶² *Actualidad Jurídica* (Audiencias), núm. 15, agosto 1994. *Vid.*, R.E.D.I., vol. XLIV (1992), 1, (con comentario de FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.).

¹⁶³ *Actualidad Jurídica*, núm. 6; junio 1991.

¹⁶⁴ *Revista General de Derecho*, 1986, págs. 2890-2892. *Vid.*, R.E.D.I., vol. XL (1988), pp. 225-227 (con comentario de ALVAREZ GONZÁLEZ, S.)

¹⁶⁵ *Convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993*. Publicado en BOE 182, de 1 de agosto de 1995, Instrumento de ratificación de 30 de junio de 1995.

¹⁶⁶ El fenómeno de la adopción de niños procedentes del extranjero ha evolucionado profundamente a partir de finales de los años sesenta. En el curso de la historia la figura de la adopción ha experimentado cambios muy intensos; por este motivo cabe distinguir entre la adopción de tradición romana, referida asimismo a los adultos y que obedece a la finalidad de dar un hijo a quien no lo tiene y de conceder derechos patrimoniales sucesorios, y la adopción de menores moderna, cuya finalidad es dar una familia a un menor que no la tiene. Por otro lado, la adopción por sus contenidos afectivos, psicológicos, morales y educativos, y por su impacto en la opinión pública, se inscribe en el marco de los problemas sociales. Es por ello que la adopción se sitúa hoy en una encrucijada de la modernidad en la cual se somete a verificación la concepción misma de la familia, de las relaciones entre el Estado, los individuos y las estructuras sociales de base, y afecta incluso a la definición misma de niño. Sobre estos aspectos *vid.* Rapport de J.H.A. VAN LOON que sirvió de base para los trabajos de la Conferencia de La Haya (Doc. Preliminar de abril de 1990), y MEYER-FABRE, N., “La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationales”, *Rev.crit.dr.internat.privé.*, 83 (2) 1994, pág. 262.

Véase igualmente el Rapport de M. G. PARRA ARANGUREN, documento preliminar N° 7 de septiembre de 1992. Sobre los trabajos que en esta materia realiza el Parlamento europeo, véase el informe de 22 de noviembre de 1996 A4-0392/96 sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos (Ponente Carlo CASINI) Y también el Informe de la Ponente Sra. VIVIANNE REDING de la misma fecha (Doc. A4-0392/96). Con carácter general véase: VAN LOON, J.H.A., “International Cooperation and protection of Children with Regard to Intercountry Adoption, R. des C., vol., 244/1993-VII, págs. 191-456. Cabe recordar finalmente el *Convenio Europeo (del Consejo de Europa) en materia de adopción de niños, hecho en Estrasburgo el 24 de abril de 1967* (del cual España no forma parte). Sobre este Convenio véase “La adopción en el Derecho convencional”, en *Derecho Internacional Privado*, UNED, 7ª edición, Madrid, 1996, págs. 156-157.

Este Convenio que constituye el instrumento jurídico multilateral más ambicioso existente en la materia, aprobado tras 14 años de negociaciones, y del que son parte cerca de sesenta países, pretende garantizar un alto grado de protección al menor así como también favorecer la cooperación entre las autoridades competentes sobre la armonización de los procedimientos y la solución de los conflictos entre legislaciones. El Convenio en sí no se preocupa directamente de las decisiones de adopción, sino que sus dispositivos se centran en las fases anteriores y posteriores a la misma.

Debe recordarse en este momento que todo proyecto de adopción internacional se rige por cuatro principios los cuales remiten la *Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*. Son: 1. el *interés superior* del menor, consistente en dar una familia a un niño y no un niño a una familia; 2. El principio de subsidiariedad que indica que únicamente debe contemplarse una adopción internacional a falta de solución nacional, cuando no pueda encontrarse en el Estado de origen del menor una familia de acogida; 3. El recurso obligado a intermediarios autorizados y claramente identificados como garantía internacional para la adopción; y, 4. La prohibición de contactos directos entre los candidatos, el menor y su familia biológica o sus representantes mientras no se hayan dado todos los consentimientos necesarios.¹⁶⁷

Por consiguiente, siendo el papel de la familia el núcleo de la crianza y de la evolución del niño, el *habitat* donde se forma y desarrolla su personalidad, este Convenio propugna como objetivo (artículo 1) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional; asimismo, instaura un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; como tercer y último objetivo, el Convenio pretende asegurar el reconocimiento de las adopciones realizadas en los Estados contratantes de acuerdo con el Convenio.

Como ha sido señalado,¹⁶⁸ es un fenómeno creciente el que cada vez sea más limitado el número de niños jurídicamente adoptables en los países europeos, frente al número cada vez mayor de víctimas de disturbios políticos, raciales o económicos en los países del tercer mundo o en los países en vías de desarrollo. Ello ha ocasionado que personas, deseosas de adoptar, dirijan sus peticiones hacia esos países extranjeros. Al internacionalizarse así la adopción, se plantean variados problemas, unos de índole jurídica, como los relativos a los conflictos de leyes y de jurisdicción, y otros, de índole sociológico y afectivo, y a veces dificultades también creadas por conflictos de intereses políticos y económicos entre las naciones.

Esta institución, que hunde sus raíces en el derecho romano (*adrogatio* y *adoptio*), tuvo en aquel entonces una fuerte impronta publicista, muy diferente a las razones humanitarias y a los fines que inspiran al legislador actual. Con el paso del tiempo se recoge en los códigos europeos del siglo XIX que, inspirándose en el modelo napoleónico de 1804, dan a esta institución un carácter

¹⁶⁷ Informe REDDING, *op. cit.* "Principios que rigen la adopción internacional". Véase también el trabajo de BRISO DÍAZ, P. *La constitución de la Adopción en Derecho internacional privado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, con interesante análisis histórico de esta institución (pp. 17 a 32) y referencias al régimen convencional y común español en materia de reconocimiento en España de decisiones sobre adopciones constituidas en el extranjero (págs 113 a 142). También véase la publicación de PICONTÓ NOVALES, T *La protección de la infancia: aspectos sociales y jurídicos*, Editorial Egido, Zaragoza, 1996, en especial la referencia al derecho comparado italiano e inglés (págs. 154 a 181), y al derecho español tras la LO 1/96 de protección jurídica del menor (págs. 114 a 140). *Vid.*, SIQUEIROS, J.L., "La Convención relativa a la protección de menores y a la cooperación en materia de adopción internacional: comentarios en torno a la misma", en *Jurídica*, 23, 1994, México, págs. 313-342.

¹⁶⁸ MIAJA, A., *Derecho internacional privado II, Parte Especial*, Editorial Atlas, Madrid, 1987, págs.. 493 y ss.

ficticio, distinguiendo así varias formas de adopción según que se rompiesen o no los lazos naturales que unen al adoptado con su familia de origen. Con las modificaciones hechas a los códigos decimonónicos, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, los ordenamientos de los países continentales han caracterizado esta institución como propia del derecho de familia (restando importancia a su consideración de contrato) y, más recientemente, encuadrándola en el ámbito del derecho de los menores.

Puede concebirse entonces que la adopción se presenta, con carácter general y en la mayoría de los casos, como un instrumento de integración familiar de la infancia desprotegida. En todo caso, lo más destacable es que, pese a las diferencias de tratamiento en cada país, la tendencia europea es a la equiparación de la adopción con la filiación por naturaleza, de manera que se la considera como un tipo de filiación que surte los mismos efectos que la filiación natural.

Como ya se ha mencionado, la regulación a nivel internacional de la adopción tiende a considerarla como un elemento de plena integración familiar, partiendo del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con ésta, ya sean judiciales o administrativas. Asimismo, la articulación de adecuadas medidas de cooperación internacional entre autoridades administrativas y judiciales, en materia de protección de menores, es el recurso más eficaz para respetar el supremo interés del menor.¹⁶⁹

En esta línea puede verificarse cómo la voluntad de hacer frente a adopciones internacionales se puso de manifiesto en la década de los sesenta, elaborándose el *Convenio sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de adopciones internacionales, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965*¹⁷⁰. Más adelante y dado el poco éxito del texto convencional y debido al incremento de las adopciones internacionales, la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* dedicó su artículo 21 específicamente a esta cuestión¹⁷¹.

Esta toma de conciencia, y el fracaso del Convenio de La Haya de 1965, constituyen la base del *Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la adopción internacional, de 29 de mayo 1993*¹⁷², texto en cuya elaboración se intentó la mayor participación de Estados de origen como de Estados de destino de los adoptando, países con importantes diferencias económicas, culturales y sociales.

El texto del Convenio de La Haya parte del principio de que el *interés* primordial del menor reside en la permanencia en su familia de origen o, como mínimo en su país de origen. No obstante el Convenio reconoce que, en su defecto, la adopción internacional puede presentar la ventaja de proporcionar al niño una familia permanente.

¹⁶⁹ Así se establece en el Preámbulo de la Resolución de la Asamblea General de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, 41/85, de 3 de diciembre de 1986: "...*Reconociendo* que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen. *Convencidos* de la necesidad de adoptar las medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales".

¹⁷⁰ Este Convenio no ha sido ratificado por España.

¹⁷¹ Sobre esta cuestión, véase MAYOR DEL HOYO, M.V., "En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los derechos del niño", *Derecho Privado y Constitución*, núm. septiembre-diciembre de 1995, págs. 135 y sig. También véase ESPLUGUES C., "El "nuevo" régimen jurídico de la adopción internacional en España", *Riv. di dir. internat. priv. e processuale*, 1997, (1), págs. 33-73. Del mismo autor ver, "Conclusión por parte de España de cuatro Protocolos en materia de adopción internacional", *R.E.D.I.*, 1996 (1).

¹⁷² Sobre el origen del texto y sus características *vid.* GONZÁLEZ BELLFUS, C., "La aplicación del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996 (2), págs.9 y sig. Igualmente MAYOR DEL HOYO, M.V., "Notas acerca del Convenio de La Haya sobre adopción internacional", *Revista de Derecho Privado*, 1995, págs. 1019-1022.

El Convenio se aplica exclusivamente a aquellas adopciones que establecen un vínculo de filiación (artículo 2.2), siempre y cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (Estado de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (Estado de recepción), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen (artículo 2.1)¹⁷³.

En relación con los objetivos globales del Convenio lo que se pretende en suma es salvaguardar un mínimo de nivel de seguridad en las adopciones internacionales buscando siempre el beneficio del menor. En este sentido se especifica que las mismas sólo podrán tener lugar cuando las autoridades competentes del país de origen y de recepción hayan verificado determinados extremos. Así, respecto a las autoridades de recepción, tener la seguridad de que los futuros adoptantes reúnan todas las condiciones requeridas para adoptar, y comprobar además que el niño ha sido o será autorizado a residir permanentemente en dicho Estado (artículo 5).

Por su parte, las autoridades del país de origen deben haber cumplido además con otros requisitos, a saber:

1. Establecer que el menor es adoptable.
2. Constatar que después de haber examinado adecuadamente la posibilidad de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del menor.
3. Asegurarse de que se han obtenido los consentimientos necesarios de forma libre, consciente y gratuita.
4. Verificar que el niño ha sido informado de las condiciones y efectos de la adopción, y se ha recabado su consentimiento (artículo 4).

Para conseguir estos objetivos el Convenio obliga a cada Estado parte a designar a una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que el mismo dispone. Esta Autoridad Central podrá ser auxiliada o sustituida por organismos acreditados ante los distintos Estados, que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudieran confiárseles.

Estos organismos acreditados, amen de carecer de ánimo de lucro, deben ser dirigidos y administrados por personas cualificadas por su integridad moral, formación o experiencia, y deben estar sometido al control de las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado en canto a su función, composición, funcionamiento y función financiera (artículo 11). Según el artículo 12 estos organismos acreditados sólo podrán actuar en otro Estado contratante si han sido autorizados por las autoridades competentes de ambos Estados.

Así pues las Autoridades Centrales se diseñan como organismos obligados a cooperar entre sí en beneficio del menor y de la consecución de los demás objetivos del Convenio asegurando además que la adopción constituida no genere beneficios económicos indebidos (artículos 8 y 32).

También en este Convenio la noción *interés superior* del menor juega como instrumento de control y freno que operaría como excepción a la efectiva adopción en los supuestos que

¹⁷³ En este sentido el Convenio no afecta para nada a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en el mismo, o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento a dicho país antes de la adopción (artículo 28). *Cfr.* ESPLUGUES, *op. cit.* pág. 50.

contempla el artículo 21. Así, si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño, y la Autoridad Central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para:

1. Retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo.
2. Asegurar sin dilación una nueva colocación consultando al efecto a la Autoridad Central del país de origen. Y,
3. Asegurar, como último recurso el retorno del niño al país de origen, si así lo exige su interés.

La técnica de cooperación entre Autoridades Centrales establecida en el Convenio se completa¹⁷⁴ con la obligación de consultar al menor, teniendo en cuenta especialmente su edad y grado de madurez y, en su caso, se obtendrá su consentimiento para la toma de las medidas previstas en su interés (artículo 21.2).

Además el Convenio prevé esencialmente que cada uno de los Estados signatarios designe una Autoridad Central encargada de “seleccionar” según los casos a los niños adoptables o a los padres adoptivos, y de cooperar con sus homólogos para realizar adecuadamente la operación de adopción¹⁷⁵.

Podemos concluir señalando que este sistema se basa en una serie de principios comunes, tales como el respeto al interés del niño, el consentimiento libre y sin contrapartida de ningún tipo de las personas afectadas y la prohibición de obtener beneficios derivados de la adopción¹⁷⁶.

2.3. El *interés del menor* en el Convenio de La Haya relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad en la patria potestad y medidas de protección de menores, de 19 de octubre de 1996¹⁷⁷

La XVIII sesión de la Conferencia de La Haya (del 30 de septiembre al 19 de octubre de 1996¹⁷⁸) se abocó en sus trabajos a la elaboración de este Convenio llamado a reemplazar

¹⁷⁴ En lógica correspondencia y respeto con lo previsto en *la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño de 1989*, y atentos a lo dispuesto en el artículo 8.14 de la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992, DOCE 241/67, de 21 de septiembre de 1992, más conocida como Carta Europea de los Derechos del Niño.

¹⁷⁵ Informe REDDING, *cit. supra*.

¹⁷⁶ Con respecto al párrafo d) del artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, España ha realizado la siguiente Declaración: “...entiende que de la interpretación del mismo nunca podrán deducirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios que puedan derivarse de la adopción en el supuesto de niños y niñas que residan en otro país”. Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990, Jefatura del Estado (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990).

¹⁷⁷ Véase: LAGARDE, P. “La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs”, en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 86 (2), avril-juin, 1997, págs. 30 y sig. PICONI, P., “La nuova convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996 (4), págs. 705-748; NYGH, P., “The Hague Convention on the Protection of Children”, *Netherlands International Law Review*, XLV, 1998, págs. 1-28. También, entre la doctrina española ESTEBAN DE LA ROSA, G., “El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre la protección del niño: ¿exclusión del acogimiento preadoptivo de su ámbito material?. Reflexiones en torno al artículo 4 letra B)”, *Riv. dir. internazionale privato e processuale*, 1997 (4), págs. 849-851.

¹⁷⁸ Durante la decimoséptima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado realizada en mayo de 1993, los Estados Miembros de la Conferencia adoptaron la siguiente decisión: “Incluir en la orden del día de la decimoctava sesión la revisión de la Convención del 5 de octubre de 1961 relativa a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y una extensión eventual del dominio de la nueva convención a la protección de incapaces mayores”. En cumplimiento de esta decisión la Oficina Permanente de la Conferencia estableció una Comisión Especial

paulatimamente el *Convenio de 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores*. Cabe recordar que este último Convenio (el de 1961) sustituyó a su vez al de 12 de junio de 1902 sobre tutela de menores, Convenio que, tras el celebrísimo caso Böll (resuelto por sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 28 de noviembre de 1958), había sido denunciado por varios países.

En general la doctrina era coincidente en la necesidad de reformar el Convenio de 1961 habida cuenta de los inconvenientes suscitados en su aplicación¹⁷⁹. A tal fin el Bureau Permanente de la Conferencia estableció una Comisión especial que se reunió en tres ocasiones: mayo y junio de 1994, (primera reunión), febrero de 1995 (segunda reunión), y septiembre de 1995 (tercera reunión)¹⁸⁰.

Como punto de partida cabe apuntar que este Convenio está estructurado en sesenta artículos y distribuido en siete capítulos que tienen respectivamente el siguiente objeto: ámbito de aplicación, competencia jurisdiccional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones, la cooperación y las disposiciones generales, con una cláusula final) tiene como meta mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional (Preámbulo), lo que se concreta en varios aspectos del Derecho Internacional Privado. Así, evitar conflictos entre los diversos sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas protección de niños; reforzar la cooperación internacional para la protección de los niños; revisar el *Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en la materia de protección de menores*; y, establecer disposiciones comunes teniendo en cuenta el *Convenio de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*.

para abordar el tema que, luego de cuatro reuniones realizadas entre mayo de 1994 y octubre de 1996, culminó sus trabajos con la firma del nuevo Convenio el 19 de octubre de 1996. En su primera reunión, la Comisión Especial designó como Presidente al Sr. K.J. Pirrung, experto de Alemania; como Vicepresidente al Sr. W.R. Duncan, experto de Irlanda; y como Relator al Sr. P. Lagarde, experto de Francia. Durante la segunda reunión se constituyó un Comité de Redacción bajo la presidencia de W.R. Duncan. Fueron parte de este Comité, además de su Presidente, del Relator y miembros de la Oficina Permanente, las Sras. G.F. Dettart (Estados Unidos), L. Lussier (Canadá) y los Sres. A. Bucher (Suiza), E.M. Clive (Reino Unido) y G. Parra Aranguren (Venezuela). Los trabajos de la Comisión fueron facilitados por los Documentos preliminares, elaborados por el Sr. Adair Dyer, Secretario General Adjunto de la Conferencia, a saber: Doc. pré. N° 1: Rapport sur la revision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs (avril 1994); Doc. pré. N° 2: Liste récapitulative des dispositions à inclure éventuellement dans la Convention révisée concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (pour ce qui est de la protection de la personne du mineur) (avril 1994); Doc. pré. N° 3: Rapport sur la revision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs. Deuxième partie: La protection des biens des mineurs (mai 1994); Doc. pré. N° 5: Principaux problèmes soulevés par l'inclusion dans le champ d'application de la Convention révisée de mesures tendant à protéger les biens des mineurs (janvier, 1995).

¹⁷⁹Vid., "Rapport sur la revision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs" , Documento preliminar numero 1, abril 1994 que es explícito en este punto: *A Case law and doctrinal development have shown that certain important aspects of the 1961 Convention are obsolete, or in any case inappropriate, for current conditions in which the need arises for measures of protection for the person of a minor*. Igualmente véase del mismo profesor: el Documento preliminar numero 2 sobre la recapitulación de las disposiciones a incluir eventualmente en el nuevo Convenio del mismo mes de abril de 1994; el Documento preliminar numero 3 que contiene la segunda parte del Informe DYER: la protección de los bienes del menor (mayo de 1994); y, el Documento preliminar numero 5 que se refiere a los principales problemas resueltos al incluir en el campo de aplicación de la Convención las medidas tendentes a proteger los bienes del menor (enero de 1995).

¹⁸⁰ La revisión del Convenio de 1961, además de inscribirse en el contexto general de los instrumentos sobre niñez que promueve la Conferencia de La Haya, obedece también a causas más específicas. Entre éstas se destacan el escaso número de ratificaciones que ha recibido y, en particular, los inconvenientes de orden práctico y de interpretación manifestados luego de más de veinte años de aplicación. En este último aspecto, el Convenio de 1961 había organizado una competencia concurrente en materia de protección de menores, de las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor (artículo 1) y de las autoridades del Estado de que el menor es nacional (artículo 4), dando en caso de conflicto preeminencia a las autoridades de este último. Esta solución aparejaba grandes dificultades y, en algunos casos, la no aplicación del Convenio. Véase de CALVENTO SOLARI, U, Jefe de Asuntos Jurídicos del IIN, el análisis del Convenio, en la página del Instituto Interamericano del Niño, a través del portal de entrada de la OEA (www.oea.org).

El *interés superior* del menor se proclama en el Preámbulo como una consideración primordial que también opera como un mecanismo de control y freno para la efectiva aplicación del Convenio, y en concreto en lo que se refiere a la competencia de autoridades como se verá más abajo.

Sin ánimo de realizar un análisis detallado sobre el contenido de este Convenio, se hace necesario señalar las materias objeto de este instrumento, y dentro de éstas delimitar o acotar la incidencia del *interés superior* del menor.

Según el artículo 1º, el ámbito de aplicación material del Convenio afecta a las siguientes cuestiones:

- 1) La determinación del Estado cuyas autoridades sean las competentes para tomar las medidas de protección sobre la persona o los bienes del menor.
- 2) La determinación de la ley aplicable por dichas autoridades en el ejercicio de su competencia.
- 3) La determinación de la ley aplicable a la responsabilidad en la patria potestad (en los sucesivos utilizaremos la expresión responsabilidad parental para referirnos a esta cuestión¹⁸¹).
- 4) El reconocimiento y ejecución de las medidas de protección en todos los Estados miembros.
- 5) La cooperación entre autoridades para el logro de los objetivos convencionales.

En consecuencia, y a efectos de sistematización, es posible distinguir un doble campo de aplicación del Convenio¹⁸²: desde un punto de vista subjetivo, se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años (artículo 2) y que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes. El Convenio no precisa este último punto de modo unitario pero lo circunscribe en las diferentes hipótesis relativas al ámbito material de aplicación.

Desde un punto de vista material, el Convenio se aplica tanto a las situaciones clásicas de protección del niño (patria potestad, derecho de guarda, tutela, curatela, acogimiento previo a la adopción, cuidado del niño con carácter general y administración, conservación y disposición sobre los bienes del menor¹⁸³), como a las cuestiones relativas a la competencia de autoridades, la ley aplicable en el ejercicio de la competencia, la cooperación entre las diferentes autoridades, y el reconocimiento y ejecución de decisiones¹⁸⁴.

¹⁸¹ A los fines del Convenio 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 de la persona o los bienes del niño (artículo 1.2).

¹⁸² MOURA, R., “Nuevas tendencias en la protección de menores en el Convenio de La Haya de 1996”, Conferencia impartida en el Seminario llevado a cabo en la Universidad Carlos III de Madrid sobre “*Protección Internacional de Menores*”, abril 1998 .

¹⁸³ Ver artículo 3 del Convenio, en relación con el artículo 4 que señala las exclusiones: establecimiento e impugnación de la filiación; nombres y apellidos, emancipación, obligaciones alimenticias, *trust* y sucesiones, seguridad social, medidas públicas de carácter general sobre educación y salud, medias adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños y decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración.

¹⁸⁴ El Convenio limita su aplicación a la “protección de niños” no incluyendo disposiciones sobre “protección de incapaces mayores”. El tema se consideró en algunas ocasiones. La delegación suiza había presentado dos documentos (Nos. 51 y 122) proponiendo que, desde un punto de vista formal, ambos temas podían ser abordados en capítulos separados en una misma “convención sobre protección de la persona” (documento 51); o, en su defecto, por convenciones separadas, con las adaptaciones necesarias (documento 122). Con relación a esta cuestión el IIN fue de la opinión de no incluir en un mismo instrumento ambos temas. La protección internacional del niño, como la protección

El *interés del menor*, como ha quedado señalado, impregna todo el Convenio, pero expresamente es mencionado para justificar un cambio de competencia de la autoridad (judicial o administrativa) retenida en el Convenio cuando tal cambio sea, en el caso particular, en el *interés superior del menor*.¹⁸⁵

La regla general sobre competencia de autoridades viene establecida en el artículo 5, que señala:

1. *Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño, son competentes para tomar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.*
2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratantes, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.*

La excepción a esta regla general de atribución de la competencia para tomar medidas de protección, viene establecida en los artículos 8 y 9 y está basada precisamente en el interés superior del menor. Dicha excepción se configura como un medio de control que se deja a la discrecionalidad de las propias autoridades competentes de origen, y en concreto de la autoridad del Estado de la residencia habitual del menor, cuando ésta considere que la autoridad de otro Estado contratante esté en mejores condiciones de apreciar el *interés superior* del menor, en el caso concreto.

El mecanismo o sistema establecido en el propio artículo se basa en la cooperación entre autoridades. A tal efecto, la autoridad del Estado de la residencia habitual del menor, competente de origen, podrá pedir directamente a la otra autoridad o bien, a través de la Autoridad Central de ese Estado, que acepte la competencia para tomar las medidas de protección que estime necesarias en interés superior del menor; o bien, podrá pedir a las partes interesadas que ellas mismas soliciten la intervención para adoptar medidas a la Autoridad de ese otro Estado¹⁸⁶.

El mismo artículo 8 en su párrafo 2 delimita quiénes pueden ser estas autoridades a las cuales se les puede pedir que acepten excepcionalmente y para el caso concreto tal competencia. Para ello el Convenio toma en consideración algunos criterios que vinculen al Estado de la autoridad requerida con el menor. Tales criterios son:

1. El Estado de la nacionalidad del menor.
2. El Estado donde se encuentren situados los bienes.
3. El Estado en el cual exista ya un proceso de divorcio o de separación de los padres del niño, o de anulación del matrimonio. Y,
4. El Estado con el cual el niño presente un vínculo estrecho (doctrina del *forum non conveniens*¹⁸⁷).

El artículo 9 introduce otra regla de excepción basada en el mismo criterio del interés superior del menor, pero a la inversa. Es decir, paralelamente permite que las autoridades de otro Estado contratante (en concreto las de los supuestos señalados en el artículo 8.2), puedan reclamar

de personas mayores incapaces (incluyendo discapacitados), son materias diferentes, susceptibles de tratamiento normativo nacional e internacional autónomos. *Cfr.* CALVENTO SOLARI, U., *Análisis al Convenio*, cit.

¹⁸⁵ Se introducen otras excepciones, tales como las del artículo 6 y las del artículo 12, para supuesto de niños refugiados, o de niños internacionalmente desplazados, que son perfectamente lógicas, y en las cuales no se señala el interés del menor como principio que justificaría una excepción. *Cfr.* BORRÁS, A., *op. cit.* R.E.D.I., vol. 48 (1996), 2, págs. 360-363.

¹⁸⁶ *Cfr.* LAGARDE, *op. cit.* págs. 225-226.

¹⁸⁷ Esta doctrina de estirpe anglosajona se ha ido introduciendo, no sin recelos por parte de los países del *civil law*, en los nuevos Convenios internacionales de Derecho internacional privado.

la competencia para adoptar medidas protectoras si entienden que están en mejor situación para apreciar el interés superior del menor.

En este caso, pueden seguir el mismo procedimiento, a saber: o pedir ellas a la Autoridad del Estado de la residencia habitual, bien directamente, bien a través de la Autoridad Central, que le permita ejercer la competencia, o bien invitar a las partes a que ellas mismas presenten tal petición inhibitoria a la autoridad de la residencia habitual. En todo caso se exige (párrafo 4 del artículo 9) que la autoridad de origen acepte la petición.

Como se ve el sistema instaurado en este Convenio es de cooperación estrecha entre autoridades, a cuyo fin permite que éstas tengan intercambios sobre sus puntos de vista en orden a la competencia, permitiendo asimismo la intervención de las partes interesadas para la elección de una u otra autoridad.

De modo implícito hay una referencia al interés superior del menor en el artículo 15 relativo a la ley aplicable a las medidas de protección. Dicho artículo señala como aplicable la *lex fori* de la autoridad competente. Sin embargo esta regla sufre también una derogación de carácter excepcional en el párrafo 2 consistente en la posibilidad de aplicar la ley de otro Estado contratante con el cual la situación presente un vínculo más estrecho, si la protección del interés del menor, (“de la persona o de los bienes del niño”), así lo requiere¹⁸⁸.

Finalmente el artículo 33.2 *in fine*, también alude al interés superior del niño en materia de cooperación entre autoridades, al señalar que la decisión sobre la colocación o el acogimiento no puede ser tomada en el Estado requirente, más que si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido haya aprobado tal colocación o tal acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Como vemos, la novedad más relevante del Convenio por lo que hace a la determinación de los criterios de competencia es la introducción de los conceptos *forum non conveniens* y *forum conveniens*. Con la primera expresión se quiere significar que el juez puede declinar su competencia cuando entienda que el foro apropiado para el conocimiento de la causa es el de otro lugar (el de un juez extranjero) o que el foro local es inapropiado; en tanto que con la segunda expresión se significa que, el tribunal que asume la competencia lo hace con el fundamento de que ese foro local es el apropiado para el conocimiento de la causa, o que el foro extranjero es inapropiado para tal conocimiento¹⁸⁹.

Pues bien, la inclusión de estas nociones juegan en el Convenio “en base al *interés del menor*” y para justificar la excepción a la regla general de que la autoridad competente para tomar las medidas de protección (ya sea una autoridad judicial o administrativa) es la del Estado de la residencia habitual del niño¹⁹⁰.

¹⁸⁸Ha de señalarse que esta addenda es del Prof. LAGARDE, ya que el artículo en cuestión no lo establece así; de ahí nuestra afirmación del carácter implícito de la referencia al interés superior del menor. *Cfr.* Lagarde, P., *op. cit.* pág. 230.

¹⁸⁹ *Cfr.*, PICONE, P. *op. cit.*, pág. 715, cita en nota 31. Este autor toma las definiciones de estos conceptos de *Declining jurisdiction in privat international law (Raports to the XIVth, Congress of the International Academy of Comparative Law, Atenas, 1994)*, ed. por Fawcett, Oxford, 1995, pp. 1 y ss: **forum non conveniens**, “can be defined as a general descretionary power for a court to decline jurisdiction on the basis that the appropriate forum for trial is abroad or that the local forum is inappropriate”; **forum conveniens** “can be defined as a court taking jurisdiction on the ground that the local forum is the appropriate forum (or an appropriate forum) for trial or that the local forum abroad is inappropriate”.

¹⁹⁰ *Cfr.*, PICONE, P., *op. cit.*, págs. 715-729. En especial pág. 718. Un estudio especial del artículo 10 del Convenio que se refiere al ejercicio de la competencia de las autoridades de un Estado contratante para conocer de una demanda de

Queda puesto de manifiesto nuevamente que la noción interés del menor habrá de tenerse en cuenta por la autoridad, judicial o administrativa, en el caso concreto, para justificar una excepción a la aplicación de la regla general.

Al no fijar el Convenio los factores o los elementos a tener en cuenta para la concreción de tal interés, el amplio margen de apreciación que se deja a la autoridad tanto para asumir como para declinar competencia puede dar lugar, no tanto a arbitrariedades, sino más bien a “paralizar” la actividad y la toma de decisiones que en muchos casos requieren precisamente de medidas rápidas y de celeridad por parte de estas autoridades¹⁹¹.

divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en el Estado contratante, o de anulación de su matrimonio, es realizado por el citado autor en el artículo referido, págs. 719-723.

¹⁹¹ Bien es cierto que el artículo 11 se refiere a los supuestos de urgencia, y el artículo 12 a las medidas provisionales, pero al no señalar qué se entiende por o cuándo se da la “urgencia”, queda abierta la puerta a una amplia discrecionalidad administrativa o judicial.

CAPITULO IV. LA RELEVANCIA DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL ENTRE AUTORIDADES EN EL DERECHO CONVENCIONAL DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1.La cooperación internacional entre autoridades como fundamento del Derecho Internacional Privado. 2.Cooperación entre Autoridades Centrales y cooperación entre autoridades internas: necesidad de una distinción. 3.La Autoridad Central y la cooperación entre autoridades como garantía de cumplimiento de las obligaciones convencionales en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado. 3.1.La cooperación internacional entre autoridades y el retorno del menor *secuestrado*. 3.2.La cooperación internacional entre autoridades y la adopción internacional. 3.3.La cooperación internacional entre autoridades y el Convenio de La Haya, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad en la patria potestad y medidas de protección de menores, de 19 de octubre de 1996.

1. La cooperación internacional entre autoridades como fundamento del Derecho Internacional Privado

No cabe duda de que el principio de cooperación constituye uno de los presupuestos del Derecho Internacional Privado que se proyecta no sólo en el ámbito de la competencia legislativa, sino también en el de la aplicación de las normas y de los procedimientos, tanto por las autoridades judiciales como extrajudiciales¹⁹².

La pluralidad de técnicas de que se vale el Derecho Internacional Privado para reglamentar el tráfico jurídico externo es hoy una realidad que se constata, como escribe el profesor CARRILLO SALCEDO¹⁹³, en el progresivo impacto del Derecho público sobre el privado y en la intervención del Estado en las relaciones privadas internacionales. Esta situación ha dado como resultado en nuestra disciplina una corriente que concede preeminencia al problema de la competencia judicial sobre la ley aplicable, en el sentido de que lo esencial es designar el Tribunal o a la autoridad competentes, ya que su competencia traerá consigo la aplicación normal, por no decir automática, de su propio Derecho (coincidencia de *forum y ius*)

Esta corriente metodológica, como ha puesto de manifiesto el profesor BATIFFOL¹⁹⁴, expresa la reacción lógica frente a las excesivas complicaciones del procedimiento del conflicto de leyes así como de la influencia creciente del intervencionismo estatal en la regulación y organización de las relaciones privadas internacionales. De hecho, se señala que dado que los intereses estatales están de tal modo entremezclados en las consideraciones de Derecho privado, resulta explicable que haya llegado a pensarse en que la aplicación de su propio Derecho por parte del Tribunal o autoridad competente es indispensable, o al menos conveniente, para aunar los a veces enfrentados criterios de justicia con los criterios de justicia material.

¹⁹² Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado", en *R.E.D.I.*, vol. XLV (1993), 1, pág. 81.

¹⁹³ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 90.

¹⁹⁴ BATIFFOL, H., *Le pluralisme des méthodes en Droit International privé*, *R.des.C.*, vol. 139, 1973-II, pág. 83. VAN HECKE, G., *Principes et méthodes en Droit International Privé*, *R.des C.*, vol. 126, 1969-I, págs. 460-462.

Es necesario constatar que las recientes Convenciones internacionales sobre la protección de los menores han ido relegando cada vez más los métodos clásicos de Derecho Internacional Privado en pro de la reglamentación de las relaciones privadas internacionales mediante técnicas más ágiles y eficaces que garanticen mejor los intereses jurídicos en presencia.

Se trata así de partir de un enfoque “no conflictualista”, en favor de un enfoque de “procedimientos internacionales”¹⁹⁵. La idea subyacente de tal cambio aparece en la razón práctica de asegurar, en situaciones determinadas, la cooperación entre Estados, permitiendo de tal modo organizar o reorganizar de manera más eficaz las relaciones privadas internacionales. La materia familiar es uno de los campos más adecuados para implantar este método¹⁹⁶. Siguiendo la doctrina más reciente¹⁹⁷, en esta “técnica” se ve el triunfo del pragmatismo de los textos que pretenden resolver cuestiones concretas de tráfico jurídico externo, frente al dogmatismo de los textos proclamadores de derechos que dictan normas de valor superior y de carácter fundamental.

Por lo que hace a la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado los Convenios de los que nos venimos ocupando son buena muestra de la tendencia hacia ese “pragmatismo”, ya que presentan la técnica de cooperación entre Autoridades Centrales como un mecanismo de precisión de los procedimientos internos, de tal modo que lo que se pretende es dar una respuesta justa y agilizar la cooperación entre las autoridades judiciales o administrativas de los diferentes Estados y en determinadas materias¹⁹⁸.

2. Cooperación entre Autoridades Centrales y cooperación entre autoridades internas: necesidad de una distinción

Antes de abordar el papel, funciones y poderes de la Autoridad Central en los Convenios de La Haya que venimos analizando, conviene hacer una distinción entre la cooperación entre Autoridades Centrales y la cooperación judicial propiamente dicha.

La cooperación entre autoridades judiciales opera fundamentalmente en la esfera del auxilio judicial. Se parte de la base de que el juez, en un proceso con elemento extranjero puede, tener que efectuar una serie de actos que deban substanciarse en lugares distintos situados en el extranjero. Si bien es cierto que este tipo de actos pueden llevarse a cabo mediante las autoridades diplomáticas o consulares del juez del foro acreditadas en el extranjero, en pluralidad de casos ello

¹⁹⁵ Cfr. BARRIERE-BROUSSE, I., *op. cit.* pág. 855 “...les récentes conventions internationales intéressant l'enfant s'engagent dans la voie de l'édification de procédures internationales...les intéressés devraient ainsi bénéficier de procédures plus rapides, moins coûteuses, et surtout permettant la reconnaissance internationale des situations juridiques constituées.” En el mismo sentido MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro internacional de menores op. cit.* págs. 94-95.

¹⁹⁶ Cfr. BATIFFOL, quien afirma: “no es fácil en materia de menores separar el fondo del procedimiento...; en todas las legislaciones procedimiento y fondo en estas materias se encuentran íntimamente ligadas como para poder separarlas fácilmente”. El Maestro francés hacía alusión en ésta cita al celeberrimo caso Böll.

¹⁹⁷ BARRIERE-BROUSSE, I., *op. cit.* pág. 855.

¹⁹⁸ Debe señalarse que esta técnica no constituye una absoluta novedad, ya que en la *Convención de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre reconocimiento de alimentos en el extranjero* ya se había instaurado un procedimiento de cooperación entre los Estados contratantes, es decir, entre la autoridad requirente e institución intermediaria, encargada la primera de transmitir la demanda de alimentos y la segunda de recibirla y, en virtud de una mandato de alimentos tomar las medidas necesarias para accionar en justicia. Esta Convención de alimentos de Nueva York, precedente de las actuales de La Haya de 1973, eliminaba todo obstáculo material que impidiese la obtención de alimentos. Así, se recurre al sistema de Comisiones Rogatorias, asistencia judicial, traducción gratuita de documentos del expediente, prioridad en cuanto a la transferencia de fondos, etc.

no resulta factible, de ahí que sea menester una eficaz colaboración entre el Estado donde se deba practicar la diligencia en cuestión y el concreto tribunal de justicia que deba intervenir.

De otro lado, la cooperación judicial admite durante el proceso muy variadas manifestaciones, que van desde el control por parte del tribunal que conoce de la causa de su propia competencia judicial internacional, el cual puede abstenerse de conocer en caso de litispendencia internacional (con lo que ya autolimita su propia competencia), hasta la asistencia judicial propiamente dicha que pretende suprimir los inconvenientes que se suscitan por la existencia de fronteras respecto al ejercicio de la función jurisdiccional y a la necesidad de efectuar ciertas actuaciones procesales en el extranjero. En estos casos el Estado en el que se ha iniciado el proceso debe recurrir al concurso de las autoridades de otro Estado a través de mecanismos complejos.¹⁹⁹

Los Estados se avienen con normalidad a cooperar en materia procesal, por reciprocidad e interés mutuo, aunque no exista una convicción de su obligatoriedad internacional. De ahí que la materia haya venido a ser regulada desde el plano internacional mediante textos internacionales de importancia y peso diverso, y en donde la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha sido notable.

No es nuestro objetivo estudiar todos los Convenios procesales de la Conferencia, ni tampoco los interesantes problemas que los mismos plantean en su aplicación y funcionamiento, baste aquí con decir que la Conferencia ha legislado y unificado muchos de los trámites de cooperación judicial internacional en los Convenios siguientes: *Convenio relativo al procedimiento civil, de 1 de marzo de 1954*²⁰⁰; *Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 de octubre de 1961*²⁰¹; *Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, de 15 de noviembre de 1965*²⁰²; *Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de 18 de marzo de 1970*²⁰³; y *Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980*²⁰⁴.

La cooperación entre Autoridades Centrales se proyecta sin embargo en un doble plano. De un lado, la figura aparece en algunos Convenios como una suerte de correa transmisora de las peticiones cursadas, bien por las Autoridades Centrales o por las autoridades judiciales o administrativas de otro Estado, o bien por sus propias autoridades judiciales para que las tramite y remita al destinatario extranjero. Esta colaboración se realiza en el marco del auxilio judicial, sin que la intervención de la Autoridad Central tenga trascendencia desde un punto de vista jurídico-procesal.

Sin embargo, a partir del Convenio de 1980 sobre *secuestro* internacional la figura de la Autoridad Central²⁰⁵ adquiere perfiles propios y definidos que la convierten no en un mero

¹⁹⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.* pág. 82.

²⁰⁰ BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1961.

²⁰¹ BOE, núm. 229, de 25 de septiembre de 1978.

²⁰² BOE, núm. 203, de 25 de agosto de 1987; corrección de errores, BOE, núm. 88, de 13 de abril de 1988.

²⁰³ BOE, núm., 203, de 25 de agosto de 1987.

²⁰⁴ BOE núm. 77, de 30 de marzo de 1988; corrección de errores, BOE núm., 86, de 11 de abril de 1989.

²⁰⁵ El primer Convenio que se sirve de esta figura es el de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales. Sin embargo no ha de olvidarse el Convenio de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil, cuyo texto en opinión de Fernández Rozas es propio de un “Convenio-marco”. Sobre los problemas de superposición de regímenes y la situación en el tiempo de las normas convencionales que regulan la asistencia judicial internacional *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 87.

colaborador para la mayor eficacia de la ayuda o del auxilio judicial, sino en un agente activo en los procesos y en las materias que son objeto de regulación en dichos Convenios.

La técnica del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980*, y reiterada en el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993*, se ha revelado quizá como una “cuarta” técnica en la cual se advierte la evolución de la cooperación hacia una forma más concreta y efectiva de colaboración, técnica que se presenta particularmente idónea para la protección de los menores²⁰⁶.

Siguiendo esta idea del *favor infans* combinada con la técnica de cooperación entre autoridades, los Convenios de La Haya de 1980, 1993 y 1996 utilizan el mecanismo de la Autoridad Central como intermediario y órgano de cooperación, estableciendo reglas precisas para delimitar su misión y actuación.

Del mismo modo que hemos intentado concretar el interés superior del menor en cada uno de los Convenios objeto de nuestro análisis, en este capítulo nos abocaremos a destacar en primer lugar el “nuevo” e importante papel de la figura de la Autoridad Central en los Convenios de La Haya sobre protección de menores, para después centrarnos en cada uno de los tres Convenios citados.

Adelantamos a cuanto a continuación se expone que, en la nueva arquitectura del edificio protector de los derechos del niño, el *interés superior* de éste y el procedimiento de cooperación entre Autoridades Centrales, son dos de los elementos fundamentales sobre los que cimentar el edificio de la protección internacional del niño.

3. La Autoridad Central y la cooperación entre autoridades como garantía de cumplimiento de las obligaciones convencionales en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado

Si bien el establecimiento de una cooperación entre Autoridades Centrales es fruto de una larga evolución iniciada casi con la creación de la Conferencia de La Haya en 1893, la consolidación de la figura hemos de situarla en el *Convenio relativo a la notificación y al traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales de 15 de noviembre de 1965*²⁰⁷.

A partir de dicha fecha la utilización y la amplitud de los poderes atribuidos y de las responsabilidades asumidas por las Autoridades Centrales ha ido en aumento, lo que demuestra que la necesidad de una cooperación efectiva entre autoridades administrativas y judiciales de diferentes Estados y en diversas materias es una realidad que ha permitido perfeccionar el sistema de colaboración internacional. Ahora bien, no todos los Convenios internacionales son aptos por razón de la materia que regulan para la utilización de esta forma de cooperación, es por ello que las dos materias en las que se ha concretado específicamente esta técnica se refieren a las cuestiones de procedimiento civil y a la protección de menores.

²⁰⁶ Cfr., BORRÁS, A., “La Autoridad Central...”, *op. cit.* pág. 69.

²⁰⁷ *idem.*, p. 68. Cfr. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La familia en los Convenios de La Haya”, en *R.E.D.I.*, *op. cit.*, pág. 29. Para este autor sin embargo el primer Convenio de cooperación de autoridades es el de 1961, sobre protección de menores, de 5 de octubre, en el cual se reparten las competencias entre las autoridades del Estado de la residencia del menor y las autoridades del Estado del que sea nacional.

Como señala el profesor AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO²⁰⁸ en sede del Convenio de 1961, la mencionada cooperación puede manifestarse en diferentes planos. En el plano informativo, respecto a medidas a adoptar en el futuro y a las ya adoptadas en el pasado. Un segundo plano de cooperación se manifiesta en la ejecución de las medidas adoptadas, mediante la delegación de dicha facultad ejecutiva por las autoridades del Estado del que es nacional el menor a las autoridades del Estado donde tenga su residencia habitual o posea sus bienes, o por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor a las del Estado donde éste tenga sus bienes. Finalmente un tercer plano de cooperación se concreta en el reconocimiento de las medidas adoptadas en todos los Estados contratantes.

La evolución más importante en torno a la utilización de la figura de la Autoridad Central se produjo en el tema de los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y en la adopción internacional, que constituyen el objeto de los Convenios de 1980 y 1993. Asimismo, el “envejecimiento” del Convenio de 1961 llevó a la Comisión de Asuntos Generales de junio de 1992 a plantearse que en los trabajos futuros de la Conferencia se incluyera la revisión de dicho Convenio, lo que ha cristalizado en el Convenio de 1996.

3.1. La cooperación internacional entre autoridades y el retorno del menor *secuestrado*

La naturaleza jurídica del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*, se caracteriza por ser un Convenio de colaboración ente autoridades, “*de carácter autónomo respecto a los demás mecanismos de protección internacional de los menores*”²⁰⁹.

Dicha Autoridad “*será la encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio*”. A tal fin, el Convenio organiza la colaboración entre las Autoridades Centrales del Estado de la residencia habitual del menor y las del Estado donde éste se encuentre, es decir, a donde haya sido trasladado o donde esté retenido ilícitamente²¹⁰el menor.

El objetivo convencional se centra en “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes”, así como velar que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (art. 1), que como señala PÉREZ VERA son complementarios²¹¹.

Para el profesor MIRALLES²¹² lo que primó sobre cualquier otro elemento, tanto en la configuración de la figura como en el procedimiento para remediar los efectos nocivos del *secuestro*, fue lo que en palabras de los negociadores se expresa como “*l’influence du temps que s’écoule*”. Es decir que una vez comprobada la existencia de los requisitos de ilicitud del traslado del menor contenidos en el artículo 3, la restitución debe operar cuasi automáticamente, sin prejuzgar los derechos de guarda y visita.

²⁰⁸ AGUILAR, *op. cit.*, pág. 28.

²⁰⁹ PÉREZ VERA, E., “Informe Explicativo del Convenio”....., en *La sustracción internacional...*, *op. cit.* puntos 22 y 23.

²¹⁰ *idem.*, pág. 31.

²¹¹ Mientras el primero busca restablecer la situación modificada unilateral y fácticamente, el segundo se sitúa en un plano preventivo a partir de la idea de que el respeto efectivo de los derechos de custodia y de visita debe hacer desaparecer una de las causas más frecuentes del desplazamiento de menores *Cfr.* PÉREZ VERA, E., “El menor en los Convenios de La Haya...”, *op. cit.* pág. 107.

²¹² *Cfr.* MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro internacional de menores...*, *op. cit.* pág. 151.

Nos encontramos pues ante la “*actio possessoria in infantem*” en palabras de DESCHENAUX²¹³. O, como expresa BARRIÈRE-BROUSSE, la acción es la pieza maestra del Convenio. Se trata de una acción puramente de conservación, comparada a la protección posesoria, que tiende a remediar por una vía de hecho el traslado del niño por uno de los progenitores (el que no tiene la custodia), para restablecer la situación que había sido modificada de modo unilateral e *ilícito*.²¹⁴

El Convenio considera que el título jurídico que ampara los derechos de guarda o de custodia no debe ser objeto de control alguno en el sentido de que se considera *ab initio* que ha sido establecido conforme al derecho del Estado de la residencia habitual del menor, y por ende no debe sufrir de verificación alguna sobre su regularidad.

Sentado lo anterior podemos afirmar que su naturaleza es de cooperación entre autoridades judiciales y administrativas de los Estados Parte, a través de las Autoridades Centrales que el mismo Convenio establece. Si bien los particulares pueden eventualmente dirigirse directamente a las autoridades judiciales y administrativas de los Estados Parte (artículo 29), el Convenio gravita sin embargo sobre la actuación de dichas Autoridades Centrales.

Las normas de procedimiento en cuanto al retorno fijadas en el Convenio pueden ser resumidas en los siguientes puntos:

1. Presentación de la solicitud dirigida por el interesado a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la Autoridad Central del Estado donde se presume que se encuentra el menor; o bien, directamente a la autoridad competente para ordenar dicho retorno (artículos 8 y 24)²¹⁵.
2. Localización del menor y restitución voluntaria o amistosa, si procede (artículo 7c en relación con el artículo 10).
3. Rechazo de la demanda derecho de visita (artículo 7 en relación con el artículo 29).
4. Si el menor hubiere sido desplazado o retenido ilícitamente y no hubiera transcurrido un año desde que se produjo el desplazamiento o retención en el momento de la presentación de la solicitud, la Autoridad emite una decisión ordenando el inmediato retorno; si ha transcurrido más de un año, también se ordenará el retorno, a no ser que se demuestre que el menor se haya integrado ya en su nuevo medio.
5. Ejecución a costa de la persona que trasladó al menor o de quien impide la visita (artículo 26).por la Autoridad competente si advierte que no cumple las condiciones requeridas en el Convenio, o carece de fundamento.
6. Si no se logra el retorno amistoso o voluntario la Autoridad Central debe poner todo su empeño en conseguir la apertura de un procedimiento judicial o administrativo a fin de obtener el retorno del menor, y en su caso permitir la organización y el ejercicio efectivo del

El procedimiento convencional de retorno del menor *secuestrado*, que en el Derecho español se contiene en los artículos 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supone que *de iure* se produce una situación de litispendencia temporal en el Estado requerido que impide a las autoridades judiciales o administrativas del lugar a donde ha sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ BARRIÈRE-BROUSSE, I., *op. cit.* pág. 858.

²¹⁵ En la Conferencia se aprobó una recomendación en el sentido de utilizar una fórmula o modelo de solicitud uniforme, correspondiendo al interesado o solicitante la decisión al respecto.

haya determinado que el menor debe ser restituido según el Convenio de La Haya, o que haya transcurrido un tiempo razonable sin que se haya presentado la demanda en aplicación del Convenio (artículo 16). Como expresa el profesor MIRALLES²¹⁶ “las autoridades pueden verse ante la contradicción de devolver al menor “secuestrado” y posteriormente, cuando se decida sobre el fondo del derecho, el menor pueda ser conducido nuevamente al lugar al que en un principio fue “secuestrado”.

Corrobora esta contradicción ya anunciada por el autor algunas decisiones dictadas en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 por los Tribunales españoles. En concreto el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 1ª, de 24 de octubre de 1996 (R.J. La Ley. T. 1997-1, marginal 1322), que ordena la restitución de la menor desplazada a España desde Argentina, pese a que la misma ya estaba integrándose y adaptándose al medio español, y pese a su deseo e vivir con su padre en España.

En sentido contrario, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, de 24 de diciembre de 1994 (Revista General de Derecho, Año LI, mayo 1995, núm. 608, pág. 6107), que justifica el rechazo a la restitución del menor, pese a considerar la ilicitud de la retención, en base a la opinión manifestada por la misma de no querer volver a Francia.

La óptica de los juzgadores en ambos casos, muy similares en cuanto a los hechos y a la edad de las niñas (8 años) es radicalmente opuesta, pues si bien el juzgador de Vizcaya, entiende que esta manifestación no es suficiente, dada la edad del menor, como para modificar las medias acordadas “al carecer por el momento de autonomía suficiente para tomar sus propias decisiones”, el juzgador de Castellón, lejos de seguir una interpretación restrictiva de las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, atiende a la manifestación de la menor y a su grado de integración en el medio español para acordar la no restitución en interés del menor, pese al *ilícito* traslado a España.

Cabe sin embargo hacer una matización respecto a estas dos decisiones que ejemplifican en la práctica la dificultad de valorar el *interés superior* del menor, y la amplia discrecionalidad que tiene el juzgador en base a la redacción de las excepciones del artículo 13 del Convenio, y es que la Sentencia de Vizcaya se pronuncia ya vigente el nuevo procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1996. Presumiblemente el trámite fue rápido ya que se manifiesta que la niña llevaba seis meses en España. En tanto que la de Castellón, anterior a la reforma, señala que la niña llevaba ya tres años en España desde que se produjo el ilícito desplazamiento. Todo ello muestra una vez más la importancia de la colaboración entre autoridades y el Derecho del menor a tener una justicia rápida y expedita en interés precisamente de su “*interés superior*”.

Por lo que hace a la aplicación judicial en España de este Convenio, retomamos lo señalado en el Capítulo II sobre este mismo punto, y en concreto las críticas que por parte de la Comisión especial de seguimiento convocada por la Conferencia de La Haya se hicieron a nuestro país.

Efectivamente, como ha escrito la profesora BORRÁS²¹⁷, en una primera etapa la Autoridad Central española se limitaba a actuar como correa de transmisión de las solicitudes procedentes del extranjero, que remitía a la Fiscalía General del Estado para trasladar al lugar en donde se encontraba el autor del desplazamiento; se le tomaba declaración (normalmente éste se negaba a

²¹⁶ MIRALLES SANGRO, P.P., *op. cit.*, pág. 152.

²¹⁷ BORRÁS, A., *La sustracción internacional de menores, op. cit.* págs. 84 y sig.

devolver al menor), y copia de la comparecencia y de la declaración se remitían a la Autoridad Central del Estado requirente, no realizándose ya más trámites.

En una segunda etapa, se consideró en interpretación del artículo 14 del Convenio que la vía adecuada era el *exequatur*, estando legitimada la Autoridad Central para instarlo. El Tribunal Supremo español Sala 1ª, en Auto de 24 de abril de 1989 concedió el *exequatur* de un niño desplazado desde Francia, indicando que las medidas concretas de ejecución deberían ser adoptadas por el Juzgado de 1ª Instancia con la cooperación de la Policía y de la Administración. Sin embargo, en otro Auto de 2 de enero de 1989, el propio Tribunal Supremo, en un caso de un niño desplazado desde Portugal, se había declarado incompetente para otorgar el *exequatur*.

Finalmente la tercera etapa se inicia a partir de los Autos del Tribunal Supremo de 7 y de 15 de junio de 1989, de 16 de junio de 1989 y de 19 de julio de 1989²¹⁸, en lo que declara su incompetencia por entender que no se trata de un *exequatur*, señalando erróneamente que la vía es la abierta por los artículos 300 de la LEC y 277 de la LOPJ como “diligencias judiciales a practicar en un país extranjero”. Esta caracterización se aparta de la descripción de lo que el mencionado Convenio hace en sus artículos 13 y siguientes y demuestra además la poca comprensión que por parte de nuestro Tribunal Supremo se tenía de las peculiaridades interpretativas de los convenios internacionales.

Sin embargo, cabe mencionar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998, que resuelve el Recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 27 de octubre de 1993, dictada en grado de apelación (autos 177/93), en el procedimiento de separación matrimonial núm. 492/91, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de los de Almería.²¹⁹

El tema litigioso planteado era la aplicación judicial del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*. El supuesto controvertido y que dio origen a las diversas resoluciones judiciales enfrentaba, de un lado, el traslado a España, desde Suiza, de un padre con sus dos hijos menores, con inmediata demanda ante las autoridades españolas de la solicitud de separación matrimonial y la adopción de medidas provisionales, primero, y definitivas, después, en relación con los hijos del matrimonio; y, de otro lado, la devolución de los menores solicitada por la madre (ciudadana suiza), al amparo del referido Convenio de La Haya, y a quién se le había otorgado, por los tribunales helvéticos, la custodia de los hijos menores, en virtud del acuerdo entre ambos cónyuges, y sin perjuicio del derecho de visita del padre en España.

Los tribunales españoles, separan ambas vías, y declaran la pertinencia de la devolución de los menores a la madre suiza, y al mismo tiempo atribuyen al padre la guarda de los menores en el procedimiento matrimonial. De esta manera, queda consolidado “el traslado ilícito”, por virtud de

²¹⁸ Sobre la valoración negativa de estas resoluciones, y de otras posteriores en el mismo sentido, véase el comentario al Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989 realizado por FERNÁNDEZ ARROYO, D., en *R.E.D.I.*, vol. XLIII (1991), 1, págs. 204-206. Asimismo las mismas críticas se han vertido por Alegría BORRÁS, en relación con las sentencias de 24 de abril, 15 de junio, 16 de junio y 19 de julio de 1989, contenidas en la misma Revista, 1990, y comentario en pp. 247-249). Véase también FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *et. al.*, *Derecho internacional privado, Parte Especial*; Madrid, 1991, págs. 134-135; PÉREZ VERA, *et. al.*, *Derecho internacional privado, Parte especial*, UNED, 1996, págs. 200-201.

²¹⁹ T.S.(Sala 1ª) Recurso 1226/1994. Repertorio La Ley, Jurisprudencia Tribunal Supremo, semana del 26 de octubre al 1 de noviembre de 1998, número 39, marginal 1010. Sobre los comentarios a esta Sentencia véase ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo”, en *La Ley*, 3 de diciembre de 1998, núm. 4685, págs. 1-3.

la maniobra judicial del cónyuge español, que consigue dilatar el procedimiento durante más de dos años (hasta el fallo de la Audiencia Provincial), amparándose en el *favor filii* y en el propio texto del convenio citado.

La interpretación que la Audiencia Provincial dio a los preceptos del Convenio de La Haya, y en concreto a su artículo 16, es lo que da lugar al Recurso de casación en interés de ley promovido por el Ministerio Fiscal por violación del canon interpretativo de las normas jurídicas establecidas en el artículo 3º del Código civil, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.

El Tribunal Supremo acoge en los Fundamentos de Derecho de su sentencia los motivos primero y tercero del Recurso de casación en los que se denuncia la vulneración del mencionado artículo 16 del Convenio (y por conexión con los artículos 3 del Código Civil y 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, y artículo 1 del citado Convenio de La Haya en cuanto que se ignora su finalidad) y la infracción de los artículos 11.2 de la Ley Orgánica del Poder judicial en relación con el artículo 6.4 del Código Civil²²⁰. El modo impecable y claro del razonamiento del Tribunal Supremo viene a determinar entre otras cuestiones, cuáles son los fines del tratado y cómo se deben interpretar las normas de este Convenio, y en concreto el artículo 16 del mismo.

Por su interés para el punto que ahora tratamos, transcribimos los párrafos más relevantes del razonamiento de la resolución del Tribunal Supremo, que -en palabras de ALVAREZ GONZÁLEZ- ha venido a “devolver la confianza en la cada vez más ajustada interpretación y aplicación de los convenios internacionales de Derecho privado”²²¹:

- “...La finalidad del Convenio es la “restitución de los menores”. Por ello una interpretación del artículo 16 que permita entender que, sin haber sido restituido el menor, pese a haberse acordado así cabe que, paralelamente, entrando a conocer del fondo del asunto se frustrase aquella finalidad impidiendo el retorno, pugna con los criterios de hermenéutica reseñados²²², pues todos ellos apoyan la prioridad de la restitución sin perjuicio de lo que luego proceda” (FD 7º).
- “El artículo 16 del Convenio -sostiene el Ministerio Fiscal- ha de interpretarse a la luz del artículo 1 que establece como finalidad del Convenio las siguientes: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”; b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes, se respeten en los demás Estados contratantes. Por ello la sentencia que se impugna ha incurrido en un “desatino”: de un lado la Audiencia de Almería ha accedido a la demanda de retorno de los niños, interpuesta por la madre, por entender en la resolución dictada en este procedimiento, que “nos encontramos ante un caso encuadrable en el artículo 3 del citado convenio, porque la madre tiene la custodia y guarda de los menores en virtud de la

²²⁰ A cuyo tenor: [...] “en todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de buena fe... (11.1 LOPJ); y “los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho y entrañen fraude de ley o procesal” (11.2 LOPJ).

²²¹ ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo”, *op.cit.*, pág. 3.

²²² Se refiere a lo dispuesto en el artículo 3 del Código civil “...las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social de tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”; y a los criterios hermenéuticos de los artículos 31 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, que no difieren de la ley civil citado: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...” (artículo 31); “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando de la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u obscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable” (artículo 32).

sentencia de divorcio del tribunal helvético, produciéndose una retención ilícita al no devolverse por el padre español a los menores..., el citado convenio permite a las autoridades judiciales del Estado requerido tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales y administrativas del requirente, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual al menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras (artículo 14 de Convenio). [...] De otro lado, el mismo órgano jurisdiccional resuelve sobre la demanda de separación matrimonial del padre de los niños, que pide, como pretensión accesorio, la custodia de éstos (...). En definitiva, en un lenguaje llano, el mismo órgano jurisdiccional resuelve, en un procedimiento, que se vayan los menores a Suiza con su madre porque ésta es el cónyuge custodio, y en otro, que se quede en España con su padre, porque a éste le corresponde la custodia de los menores. La interpretación del artículo 16 de la sentencia impugnada choca con las reglas de hermenéutica expuestas y con la finalidad del Convenio de La Haya explicitada de manera rotunda en el artículo 1º” (FD 8º).

- *“Sin duda que la interpretación de la Audiencia, por más que pretenda justificar su resolución, so capa de un examen literalista -y aislado- del art. 16 del Convenio XXVIII de La Haya, llega a consecuencias frustrantes para la razón de ser del Convenio que busca, en primer término el retorno del menor sustraído ilícitamente, bajo la guarda de quienes ostentaban su custodia establecida, en el caso, por las autoridades judiciales del Estado, donde el menor residía al tiempo de la retención ilegítima, sin perjuicio de las ulteriores decisiones que sobre el fondo pudieran adoptarse y sobre cuya ejecución habría de procederse, si preciso fuera, según las reglas de cooperación judicial internacional aplicables. Los precedentes criterios conducen a la estimación del motivo” (FD 9º).*

Como consecuencia de los anteriores razonamientos el Tribunal Supremo, estimando el recurso de casación en interés de ley, ha establecido como doctrina aplicable a situaciones semejantes lo siguiente (FD 11º):

- A) Que la interpretación del artículo 16, tantas veces citado, hecha por la sentencia recurrida es errónea por absurda y contraria a la finalidad, antecedentes históricos y legislativos, trabajos preparatorios del Convenio de La Haya (art. 1 de dicho Convenio; arts. 31 y 32 Convenio de Viena; art. 3 CC);
- B) Que la interpretación acertada de aquel precepto, conforme a estas normas de hermenéutica, supone que las autoridades judiciales del Estado contratante requerido no podrán decidir sobre el fondo, derecho de guarda de los menores, hasta que se establezca que no existen las condiciones previstas por el convenio para el retorno de los mismos;
- C) Que dicha sentencia ha impedido la tutela efectiva de la madre de los menores (artículo 24.1 CE), derecho fundamental que el art. 13, también de la CE, garantiza a los extranjeros “en los términos que se establezcan en los tratados y las leyes”, haciendo imposible la ejecución de una resolución firme a su favor, al confirmar la sentencia de primera instancia recaído el procedimiento de separación²²³.

Como ha sido señalado por la doctrina²²⁴, y según se ha expuesto más arriba, el silencio legal existente en nuestra normativa interna en lo que hace a los supuestos y circunstancias en los

²²³ La interpretación de la sentencia recurrida propicia, en opinión de Tribunal Supremo, un resultado en fraude de ley intolerable en aplicación de los artículos 6.4 CC y sobre todo del art. 11.2 LOPJ. La demanda de separación del padre se considera, así como toda su conducta procesal, como una conducta de mala fe, y una actuación desleal que pretende vulnerar la norma defraudada y supone el incumplimiento del deber jurídico de obediencia a las normas. (FD 11º).

²²⁴ Además de los autores citados, *vid.* ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo”, *op.cit.*, pág. 3.

que, de conformidad con el citado Convenio, debía procederse a la restitución del menor ilícitamente desplazado desde su residencia habitual extranjera a España, era uno de los motivos que “justificaban” el que nuestros tribunales no interpretaran adecuadamente las normas procesales internas a la luz del efecto útil de las normas sustantivas de origen internacional. Sin embargo, los progresos que en los últimos tiempos se perciben en orden al cumplimiento de las obligaciones convencionales, han sido completados con disposiciones *ad hoc* que permiten a los Jueces y Tribunales de Primera Instancia seguir un cauce que al menos otorga mayor seguridad jurídica al justiciable.

A partir de la introducción en el derecho interno español de normas procesales sobre la aplicación de los Convenios internacionales sobre sustracción de menores en los artículos 1901 a 1909 de la LEC²²⁵, se establece un procedimiento más ágil y sencillo cuyas notas características son las siguientes²²⁶:

- Están legitimados para promover el procedimiento, siempre que sea aplicable un Convenio Internacional sobre *secuestro* y se pretenda la restitución del menor retenido *ilícitamente*, tanto la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones convencionales y en representación de ésta, la persona que designe tal autoridad como toda persona, institución u organismos que tuviera atribuido el derecho de custodia del menor en el momento en que el *secuestro* tuvo lugar.
- La competencia se atribuye al Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se encuentre el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos.
- Las actuaciones se practicarán con intervención del Ministerio Fiscal, siendo posible que los interesados puedan actuar bajo la dirección de Abogado.
- La tramitación del procedimiento tiene carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el Juez la restitución del menor.
- La resolución el Juez adoptará la forma de Auto, y contra el mismo sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de 20 días.
- De resolverse la restitución el Auto establecerá las costas a cargo de quien trasladó o retuvo ilícitamente al menor, así como abonar los gastos ocasionados al solicitante incluso los viajes realizados para la restitución del menor y la vuelta de éste al lugar de su residencia habitual.

3.2. La cooperación internacional entre autoridades y la adopción internacional

Como ya habíamos señalado en nuestro anterior Capítulo III, el fenómeno de la adopción de niños procedentes del extranjero ha evolucionado profundamente desde la década de los años sesenta. Los esfuerzos de armonización tomados en aquel tiempo por la Conferencia de La Haya, con el *Convenio sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción de 15 de noviembre de 1965*²²⁷, y por el Consejo de Europa, con el *Convenio sobre de adopción de niños de 24 de*

²²⁵ Introducidas por la disposición adicional decimonovena de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²²⁶ Cfr. ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nuevas “Medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional” en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en *R.E.D.I.*, vol. XLVIII (1996), 1, págs. 504-506.

²²⁷ Nos referimos al Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, que sólo ha sido ratificado por Austria, Reino Unido y Suiza.

abril de 1967, fueron muy limitados tanto por lo que hace al ámbito geográfico como al ámbito material de aplicación de los mismos. Incluso la propia *Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores hecha en La Paz el 24 de mayo de 1984* tuvo escasa repercusión entre los Estados miembros de la OEA y los participantes en la CIDIP.

La ineficacia de los anteriores Convenios sobre la materia llevó a la Conferencia de La Haya a reorientar sus trabajos desde una perspectiva más pragmática: era necesario instrumentalizar una cooperación internacional con la participación de los Estados en vías de desarrollo, de donde provienen habitualmente los menores adoptados por los países industrializados²²⁸.

Así en la XVI Sesión de la Conferencia se decidió establecer un orden del día para la sesión siguiente en la cual se incluyó la elaboración de un Convenio sobre adopción de niños procedentes del extranjero, considerando indispensable conseguir la participación de Estados no miembros, especialmente porque de estos Estados son originarios la mayor parte de los menores adoptados en los Estados de acogida o recepción. La invitación cursada por la Conferencia tuvo el eco deseado y la participación de numerosos Estados no miembros de la Conferencia (30) frente a los Estados miembros (36) contribuyó a un activo trabajo a lo largo de todas las negociaciones.²²⁹

El esfuerzo se centró en los aspectos prácticos y de procedimiento subordinados a la consecución de un objetivo común a todos los Estados, y sobre el apoyo indudable de la reciente Convención sobre los Derechos del Niño. Así se desprende del Preámbulo que es un instrumento fundamental para la interpretación de las reglas aprobadas por cuanto se convino que se debían de enumerar las ideas más importantes que se encuentran subyacentes en la Convención.

Sin perjuicio de lo ya señalado al hablar del interés del menor en este Convenio, sintetizamos estas ideas:

- En primer lugar, se insiste con energía en el papel de la familia en la crianza y en la evolución del niño como un *hábitat* en donde se forma y desarrolla su personalidad. Se afirma la importancia de la familia biológica, no solamente por consideraciones psico-sociales son también jurídicas; recordándose al mismo tiempo el carácter subsidiario de la adopción internacional.

- Se recoge el artículo 21 párrafo b) de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, al reconocerse que la adopción internacional puede ofrecer la ventaja de suministrar una familia permanente a un niño que no pueda encontrar una familia adecuada en su Estado de origen.

- Se afirma la necesidad de tomar medidas que garanticen que las adopciones internacionales se realicen en interés superior del niño, y velando por sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños.

- Finalmente se reconoce la conveniencia de que los Estados tomen en consideración los principios reconocidos en instrumentos internacionales que se refieren a la protección y al bienestar del menor, considerando estos instrumentos jurídicos desde una óptica práctica en orden a la ordenación de la adopción y de la colocación familiar en el plano interno e internacional.

²²⁸ *Vid.*, BARRIERE-BROUSE, *op. cit.* pág. 867.

²²⁹ MEYER FABRE, N., "La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la cooperation en matière d'adoption internationale", en *Rev. crit. cr. internal. privé.*, 83 (2), abril- junio 1994, págs. 260-295. Véase PARRA ARANGUREN, G., "La Convención de La Haya...", *op. cit.*, págs. 155-158.

El objetivo primordial del Convenio es establecer garantías para asegurar que las adopciones transnacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor y al respeto a sus derechos fundamentales. Insta para ello un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que pretende asegurar el respeto a dichas garantías y, en consecuencia prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

La base del sistema de cooperación es nuevamente establecida a través de unas Autoridades Centrales que desde el punto interno tienen como función “promover la colaboración entre la autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio”. Desde un punto de vista internacional, se pretendía constituir una red de instituciones que supervisarán la adopción internacional, cuya función sería intercambiar información y preparar el informe sobre el niño y sobre los futuros padres adoptivos, que les permitiría después tomar una decisión respecto a la colocación del niño.²³⁰

La idea subyacente es pues la de promover la confianza y asegurar un efectivo trabajo entre el Estado de origen y el Estado de recepción, con una estricta observancia a las reglas profesionales y éticas que se establecen. Es por ello que la figura de la Autoridad Central impuesta en el Convenio tiene la importante y primera función de cumplir las obligaciones establecidas en el Convenio.

Antes de pasar a las reglas establecidas en el Convenio sobre la concreta instrumentalización de la cooperación, es necesario señalar los *deberes* a cargo de los Estados contratantes que asumen las Autoridades Centrales. Para una mejor comprensión de estos *deberes* sistematizaremos los mismos distinguiendo una clasificación que toma como punto de comparación si la obligación es debida directamente por la Autoridad Central o si puede llevarse a cabo con el concurso de otras autoridades o bien puede ser delegada. Así:

1. ***Obligaciones que asumen directamente las Autoridades centrales.*** Se trata fundamentalmente de un deber de tomar medidas que se proyectan en un doble orden: en el orden informativo, consistente en tomar medidas adecuadas para informar sobre la legislación, datos estadísticos, formularios, funcionamiento del Convenio, etc., y, en un orden de efectividad, consistente en tomar medidas para suprimir en lo posible los obstáculos para la aplicación del mismo.
2. ***Obligaciones que pueden ser satisfechas directamente por las Autoridades Centrales con la cooperación de otras autoridades públicas del Estado contratante.*** Se trata de una facultad que tiene la autoridad de actuar directamente o con el concurso de otras autoridades; *verbigratia*, el deber de tomar medidas apropiadas para prevenir los beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos de la Convención (artículo 8).
3. ***Obligaciones que pueden ser cumplidas directamente por la Autoridad Central, o por otras autoridades públicas, o por organismos debidamente acreditados en su Estado.*** Se trata de las demás obligaciones contenidas en el artículo 9 del Convenio. Son obligaciones de tomar medidas las cuales pueden ser delegadas a otros organismos y se dirigen en especial a satisfacer lo siguiente: (a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos; (b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción; (c) promover servicios de

²³⁰ Cfr. BORRÁS, A., “La Autoridad Central...”, *op. cit.* pág. 73. También de la misma autora ver “Notas en la sección de información y documentación de la Revista Española de Derecho Internacional”, años de 1990, 1991, 1992 y 1994.

asesoramiento en la materia y para el seguimiento de las adopciones; (d) intercambiar informes sobre las experiencias en materia de adopción internacional; (e) responder a las solicitudes de informes motivadas respecto a una situación particular de adopción que haya sido formulada por otras Autoridades Centrales, y en la medida en que la legislación nacional lo permita.

A continuación nos referiremos a las *reglas* establecidas en el Convenio en orden a la cooperación entre Autoridades Centrales. Como ha quedado dicho, la cooperación que establece el Convenio es de tipo estatal con reglas bastante complejas. Dentro de estas reglas de naturaleza material se pueden distinguir entre reglas que **reparten competencias** de los ordenamientos jurídicos en presencia y reglas puramente **procesales** ²³¹.

Respecto a las primeras, el Convenio organiza la intervención de las autoridades del Estado de origen y del Estado de acogida, las cuales son determinadas siguiendo el criterio de residencia habitual de las partes.

Esquemáticamente podemos señalar que se deja a las autoridades estatales de lugar de origen del menor el establecimiento de los requisitos para que un niño sea adoptable (art. 4 a) y b)), y de decidir teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad y el interés superior del menor, el recurso a una adopción internacional. También les compete señalar los requisitos en cuanto a los consentimientos para la adopción respetando las reglas substanciales fijadas por el Convenio.

Respecto a las segundas, el Convenio otorga a las Autoridades Centrales una intervención más decisiva que en el Convenio de 1980, ya que a sus misiones habituales (de información y cooperación), en la fase preliminar del procedimiento (art. 17), se establece que en el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a sus futuros padres adoptivos si:

1. La Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo.
2. Si la Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen.
3. Además, que ambas Autoridades Centrales estén de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción. Y,
4. Que se ha constatado de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Puede pues afirmarse, a la vista de las funciones asignadas por el Convenio a la Autoridad Central que ésta, en comparación con otras materias en las cuales también se ha instituido esta figura, tiene funciones de importancia tanto cuantitativa (por ejemplos en orden a los informes a rendir), como cualitativa, en orden a la variedad y complejidad de los asuntos a cumplir y de las competencias asignadas. Esto explica el que la Convención permita la existencia de otros organismo acreditados que ayuden o suplan la labor de las Autoridades Centrales en el ejercicio de sus competencias²³².

Y, en última instancia, como señala BARRIÈRE-BROUSE, constatar que la filosofía que informa este sistema es la búsqueda del consenso de los Estados, al tiempo que se otorga un papel

²³¹ BARRIÈRE-BROUSE, I., *op. cit.*, págs. 868 a 872.

²³² *Cfr.*, MEYER-FABRE, N., *op. cit.*, pág. 275.

esencial a las autoridades administrativas, que -merced al Convenio- se convierten en *quasi* jueces discrecionales, substituyendo a las instituciones judiciales en los países donde la adopción resulte de un proceso judicial.

En definitiva, continua la autora, este recurso a reglas materiales que se convierten en reglas de competencia de autoridades y en reglas de naturaleza procesal se justifica en estas Convenciones internacionales por el objetivo de conseguir luchar contra el tráfico de menores o contra el desplazamiento ilícito realizado por alguno de los padres²³³.

Por lo que hace a nuestro derecho interno la LO. 1/96 de 15 de enero contiene tres artículos que hacen referencia a la adopción internacional, el artículo 25, la disposición adicional segunda²³⁴ y la disposición final segunda.

Referido a la función de las autoridades en nuestro sistema, el artículo 25 se ocupa de la cuestión estableciendo en primer término las funciones que en fase administrativa deben realizar las entidades públicas, con carácter indelegable en el territorio de derecho civil común. Las funciones que deben ejercer directamente estas entidades públicas se refieren exclusivamente a la expedición del certificado de idoneidad y el compromiso del seguimiento. La recepción y tramitación de las solicitudes puede delegarse a las entidades acreditadas, de todo lo cual se ocupa el resto del articulado.

La Ley Orgánica prevé en términos genéricos tanto las funciones que pueden realizar las entidades acreditadas como algunos de los requisitos necesarios para la acreditación. Cada Comunidad Autónoma a las que la Ley 21/1987 atribuyó el ejercicio de las funciones administrativas en materia de adopción, tiene encomendado el desarrollo de esta norma.

Debe señalarse por otro lado que el artículo 25 de la Ley desarrolla muy poco las previsiones convencionales, ya que su misión es más bien extender la normativa de la Convención a otros países que no formen parte del Convenio de La Haya, a fin de que dicha normativa internacional resulte aplicable en su mayor extensión posible a cualquier adopción internacional cuya eficacia se pretenda en España.²³⁵

3.3. La cooperación internacional entre autoridades y el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en

²³³ *idem*, pág. 871.

²³⁴ Modifica los párrafos 3º y 4º del artículo 9.5 del C.c, e introduce un nuevo párrafo 5º. De estas tres modificaciones interesa destacar a los efectos de este trabajo la relativa al párrafo 5º, ya que nuestro legislador, de forma un tanto ambigua, se refiere a la conversión de las adopciones extranjeras simples; es decir, de aquellas adopciones que no rompen el vínculo de filiación entre el adoptado y su familia biológica. A estas adopciones no se les reconocen efectos "plenos" en nuestro ordenamiento interno. En la práctica sin embargo la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido dando una solución a estas situaciones, por razones de justicia material ya que el niño en estos casos se suele encontrar ya en España e integrado en la nueva familia; de ahí que se reconduzca a través de la aplicación de la normativa general en materia de protección de menores, otorgando la guarda de hecho a los padres adoptivos que posteriormente se transformará en acogimiento preadoptivo y éste culminará en una adopción plena. Ello sin embargo no evita el riesgo de la incertidumbre durante el lapso de tiempo que transcurra hasta que se pueda constituir *ex novo* la adopción en España; ello sin mencionar la duplicidad de trámites que genera realizar dos adopciones. La doctrina de la DGRN, que ha cristalizado en la norma del artículo 95 párrafo 5 puede verse, entre otras, en las Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993 y 1 de septiembre de 1995. Véase también Nota de P. RODRÍGUEZ MATEOS, en *R.E.D.I.*, 1995-1.

²³⁵ *Cfr.*, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", en *RJC*, 1996-2.

materia de responsabilidad en la patria potestad y medidas de protección de menores, de 19 de octubre de 1996

Como se ha apuntado anteriormente al abordar el tema del interés superior del menor en los Convenios de La Haya objeto de este estudio, el Convenio de 1996 tiene como uno de sus principales objetivos la sustitución del *Convenio sobre la competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961*²³⁶.

El Convenio introduce un extenso capítulo (Capítulo V, artículos 29 a 39) en el cual trata precisamente de facilitar esta cooperación entre Autoridades a fin de lograr los objetivos y satisfacer las obligaciones impuestas a los Estados, cuestión que no aparecía en el anterior Convenio de 1961²³⁷, y que responde a las nuevas tendencias en los Convenios sobre protección de niños, y en particular sigue la línea de los de los dos Convenios anteriormente señalados sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Haya, 1980), y sobre la cooperación internacional en materia de adopción (Haya 1993).

El capítulo sobre la cooperación, si bien parte del establecimiento de una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas en el Convenio (art. 29.1), no establece procedimientos de actuación, a diferencia de lo que ya hemos visto en los Convenios de 1980 y 1993²³⁸.

El deber de cooperar entre las autoridades se formula de modo general como un deber de iniciativa, más que como una obligación de hacer. Esto, en opinión del profesor LAGARDE²³⁹, constituye un acierto en la medida que por un lado evita una burocracia excesiva cuyo efecto sería alargar los procedimientos y hacer inútil el objetivo perseguido por el Convenio, y, de otro lado, posibilita la ratificación del Convenio por parte de los Estados.

Este mismo punto fue tratado por los negociadores del Convenio²⁴⁰ al advertir que el papel de la Autoridad Central no podría convertirse en un medio para incrementar la burocracia institucional, máxime teniendo en cuenta la cantidad de autoridades estatales, de agencias gubernamentales y de organismos no gubernamentales, que son competentes en cada país para abordar los diferentes aspectos de la protección de la infancia en general. De ahí que se entendiera como de general aceptación que la Autoridad Central no debería de ser requerida por las autoridades estatales antes de tomar ciertas acciones concretas, sobre todo en curso de un procedimiento. Sin embargo en el texto definitivo del Convenio, como veremos, se incluyó la

²³⁶ Véase el Informe de ADAIR DYER, Documento preliminar N.º 1 de abril de 1994 y la Lista de previsiones a examinar, en el cual se pone de relieve como punto de partida para justificar tal revisión el impacto que la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño ha producido en todo el sistema convencional de protección de los menores, así como la evolución de las propias legislaciones nacionales y de otros Convenios posteriores, en concreto los de La Haya de 1980 y de 1993 en materia de secuestro y adopción, que han convertido el Convenio de 1961 en un instrumento obsoleto y por ende necesario de una profunda revisión.

²³⁷ Este era otro de los aspectos que presentaba dificultades en el Convenio de 1961 (artículos 10 y 11) y que aconsejaban una revisión por cuanto la existente no satisfacían las necesidades y posibilidades de la moderna cooperación entre autoridades, cooperación que, con la creación de las denominadas Autoridades Centrales, se ha manifestado más eficaz en materia de protección de niños. Cfr. Calvento Solari, U., *Análisis al Convenio de Protección de Niños*, cit.

²³⁸ Sobre el desarrollo progresivo de la técnica de las Autoridades Centrales en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, además de las obras citadas, véase: DROZ, "Evolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de la Haye", en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pág. 137; MAGNO, L' "autorità centrale designata nelle Convenzioni internazionali quale strumento di cooperazione interstatale in materia di diritto minorile", in Servizio Sociale Internazionale, *Interesse del minore: nuove prospettive nel diritto internazionale, comunitario e italiano*, Atti dell'incontro-dibattito, Roma, 12 noviembre de 1993 (citado por PICONE, P. *op. cit.* nota 104, pág. 739).

²³⁹ Cfr. LAGARDE, P., *op. cit.* pág. 235.

intervención de la Autoridad Central como preceptiva en los procedimientos de colocación del niño o de acogimiento cuando haya de tener lugar en otro Estado contratante (artículo 33 en relación con los artículos 5 y 10)²⁴¹.

En consecuencia el papel de la Autoridad Central en este Convenio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 33 en relación con los artículos 5 a 10, cumpliría una función que podríamos llamar más “conservadora” o menos “intervencionista” que la que desempeña en los Convenios de 1993 y de 1980.

A fin de constatar tal hipótesis nos parece necesario proceder a una sistematización de las obligaciones y deberes impuestos a la Autoridad Central en el Convenio *in comento*, y confrontarlas con las reglas de cooperación establecidas en el Capítulo V. Para ello señalamos a continuación de modo esquemático los deberes concretos de cooperación (1), para seguidamente clasificar las reglas que sirven para la concreción y efectividad de tales deberes (2)²⁴².

1. Deberes de Cooperación establecidos en el Capítulo V.

- A) Deber de iniciativa:** este deber se concreta en que las Autoridades Centrales en el ejercicio de la cooperación con las Autoridades Centrales de otros Estados deben adoptar disposiciones apropiadas para facilitar informaciones sobre su legislación así como sobre los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño (artículo 30).
- B) Deber de tomar medidas:** este deber se concreta en tomar medidas apropiadas en orden a la transmisión de las comunicaciones y asistencia previstas en los artículos 8 y 9 (artículo 31 a); en el deber de facilitar acuerdos amistosos, por el cauce de la mediación, la conciliación u otro procedimiento análogo, para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones en que sea de aplicación el Convenio (artículo 31 b); y en el deber de ayudar a otra autoridad competente a localizar al niño cuando parezca que éste se encuentra en el territorio del Estado requerido y necesite protección (artículo 31 c).
- C) Deber de responder a una petición motivada:** este deber se concreta en facilitar información sobre la situación de un niño, o pedir información a la autoridad competente de su Estado, cuando el menor tenga su residencia habitual en dicho Estado contratante (artículo 32).
- D) Deber relacionado con los artículos 5 a 10:** este deber se actualiza en el supuesto de colocación de un menor en otro Estado contratante, merced a una adopción o institución análoga. En este caso la Autoridad Central del Estado de acogida deberá ser consultada y dar su aprobación para esta colocación o acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del menor. Si no da su aprobación la medida no podrá ser tomada por la autoridad del Estado requerido (artículo 33).
- E) Deber de información** previo a la toma de una medida de protección: este deber se establece para los supuestos en que una autoridad competente pretenda adoptar una medida de protección, en cuyo caso, si la situación del niño lo exige podrá solicitar las informaciones que le sean útiles a toda otra autoridad de otro Estado contratante. El

²⁴⁰ Véase Informe DYER citado, punto 18.

²⁴¹ Véase PICONE, P., *op. cit.* págs. 738-741.

²⁴² Debe señalarse que el Convenio no distingue entre deberes y reglas, con una lamentable falta de técnica legislativa, lo que da origen a confusiones y en todo caso resta claridad al texto convencional. De ahí que la sistematización que proponemos tenga como finalidad intentar aclarar el alcance efectivo de la cooperación entre Autoridades Centrales y la cooperación entre otras autoridades.

Convenio contempla la provisión de que los Estados contratantes establezcan que tales solicitudes solo se podrán realizar a través de su Autoridad Central (artículo 34).

- F) **Deber de prestar asistencia en relación con el derecho de visita:** este deber contenido en el artículo 35 puede ser estudiado atendiendo a cuatro situaciones distintas que el propio artículo distingue. La primera, contemplada en el párrafo 1, se refiere a los supuestos en que las Autoridades competentes de un Estado contratante tengan que poner en práctica las medidas de protección adoptadas en aplicación del Convenio. En concreto las referentes al efectivo ejercicio de los derechos de visita. En este caso pueden pedir a las Autoridades de otro Estado contratante que les presten asistencia para la puesta en práctica de tales medidas. La segunda, del párrafo 2, se refiere al caso en que un progenitor pida a una Autoridad competente en su país que se pronuncie sobre su derecho a obtener o a conservar el derecho de visita, o bien sobre las condiciones de ejercicio de éste, y el menor se encuentre residiendo en otro Estado contratante. Entonces la Autoridad requirente podrá solicitar informes a petición del progenitor a la Autoridad del lugar de residencia del menor, así como también pedir y recabar pruebas. En todo caso estas pruebas e informaciones deberán ser tenidas en consideración por la Autoridad requirente antes de pronunciarse sobre el derecho de visita. La tercera, también encuadrada en los supuestos de los artículos 5 a 10 se refiere a la posibilidad que tiene la Autoridad requirente de suspender el procedimiento hasta que se resuelva sobre la petición anteriormente señalada. La última previsión permite sin embargo que, en el caso de suspensión del procedimiento, la Autoridad requirente tome medidas provisionales hasta que se resuelva sobre la solicitud.
- G) **Deber de avisar en caso de que el niño esté expuesto a un grave peligro:** este deber se actualiza cuando en un Estado contratante se han tomado medidas o están en curso de tomarse medidas de protección respecto a un niño y éste es trasladado de residencia o se encuentra en otro Estado, en tal caso la Autoridad avisará a las autoridades de ese otro estado acerca del peligro y de las medidas tomadas o en curso de examen (artículo 37).
- H) **Deber de rechazar:** Se trata de una excepción a los anteriores supuestos que se produce en el caso de que la autoridad requirente o la autoridad requerida considere que la solicitud o la transmisión de informaciones en aplicación del Convenio, podría poner en grave peligro la persona o los bienes del niño, o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia (artículo 37).

El artículo 38.1 se refiere a la “semi gratuidad” (o tendencia a la gratuidad) de los servicios prestados entre Autoridad, pues si bien se establece que cada Estado soportará sus gastos derivados de la aplicación de las disposiciones del Convenio, no excluye la posibilidad de que puedan reclamarse los gastos razonables correspondientes a dichos servicios.

Los artículos 38.2 y 39 propician en aplicación de este capítulo la conclusión de acuerdos bilaterales, tanto sobre el reparto de gastos como en la mejora de la aplicación del Convenio en las relaciones recíprocas. Con el deber de transmitir una copia de tales Convenios o acuerdos bilaterales al depositario del presente Convenio.

2. Reglas para la concreción y eficacia de la cooperación según los deberes previstos en el Capítulo V

El modelo que sigue el Convenio parte de la articulación de la cooperación ya establecida en los Convenios de 1980 y de 1993, sobre *secuestro* y adopción respectivamente, y sin embargo se

introducen modalidades distintas de cooperación que se concretan en reglas especiales de actuación de la Autoridad Central, actuación que se puede llevar a cabo de modo directo o mediante la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos (artículo 31).

A diferencia de lo establecido en el Convenio de 1993 que señalaba expresamente qué actuaciones eran asumidas directamente por la Autoridad Central y cuáles eran susceptibles de coordinarse con otras autoridades públicas, e inclusive delegarse, en este Convenio, a fin de evitar un excesivo intervencionismo de la Autoridad Central que pudiese hacer más burocráticos los trámites, se deja en libertad a los Estados para que sean éstos los que declaren qué solicitudes quedan reservadas exclusivamente a la realización de la Autoridad Central.

Por ello la redacción de todo el articulado del Capítulo V es extensiva, al incluir la posibilidad doble de que las obligaciones de la Autoridad Central puedan ser llevadas a cabo directamente o con el concurso de otros organismos o autoridades públicas (artículo 34.2).

En tal sentido pueden reagruparse las obligaciones antes señaladas en cuatro categorías de reglas de actuación diversas:

- 1) **Reglas tendentes a facilitar la información, comunicación, asistencia y mediación para tomar una medida de protección:** se trata de la regla para el efectivo cumplimiento del deber de tomar medidas, y que se proyecta en los casos concretos en los que sea preciso localizar al menor (artículos 31 c), 32 a) y 34.1); cuando se trate de aplicar las medidas de los artículos 8 y 9 (artículo 31 a); y , en general de mediación, conciliación o cualquier otro procedimiento análogo de tipo amistoso para la protección de la persona y de los bienes del menor (artículo 31 b). Se trata de una regla de tipo protocolario y propia del genérico deber de cooperación internacional.
- 2) **Reglas de actuación que tienen incidencia procesal:** se trata de la correlativa a la obligación del artículo 33 consistente en que en el supuesto de que la autoridad de un Estado prevea la colocación del menor en una familia de acogida o bien su protección legal por *kafala* o por procedimiento análogo, en otro Estado contratante, se exige a esta autoridad la consulta previa a la autoridad del otro Estado, sin que el Estado requirente pueda adoptar la decisión sin la aprobación de esta colocación o acogimiento en el Estado requerido, y siempre en interés del menor. Se trata de una regla de efecto procesal, onerosa y de contenido indeterminado habida cuenta que se deja un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad del Estado requerido para la determinación de lo que, en este plano, convenga al interés de menor. Asimismo se puede incluir en este ámbito de reglas de incidencia procesal las contenidas en el artículo 35 en orden a las medidas para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visitas, así como el derecho da mantener contactos directos regulares.
- 3) **Reglas de actuación que implican una cooperación accesoria de la Autoridad Central, o bien que la intervención de ésta no esté explícitamente prevista:** se trata de hipótesis en las cuales la competencia de la autoridad está prevista sólo para favorecer la coordinación entre la autoridad competente de la causa y otras autoridades competentes de otros Estados. Por ejemplo los supuestos de los artículos 8 y 9 en relación con el artículo 3.2. Asimismo cabe la hipótesis de que la intervención de la autoridad no esté prevista de modo expreso. En estos casos se aplicaría la regla general del artículo 30.1 en relación con el artículo 34.1.
- 4) **Reglas tendentes a garantizar el efectivo derecho de visita:** esta regla recogida en el artículo 34 hace intervenir a la Autoridad Central cuando se trate de adoptar medidas de

protección que permitan que un derecho de visita no se vea obstaculizado. En este sentido las peticiones pueden venir bien de oficio por vía de la autoridad competente de un Estado contratante donde el menor no resida habitualmente, o bien a instancia del progenitor que resida en ese Estado. La información puede versar sobre aquellos aspectos que permitan a la autoridad competente pronunciarse sobre la aptitud de ese progenitor para ejercer el derecho de visita y sobre las condiciones de ejercicio ese derecho.

Sin perjuicio de opinión más autorizada, consideramos que este elenco de deberes y de sus correlativas reglas de actuación establecidos por el Convenio resulta de difícil concreción en la práctica, por lo que los Estados que suscriban el mismo se han de ver necesariamente abocados a firmar tratados bilaterales para fijar los mecanismos concretos de actuación en cada caso.

De otro modo, y dada la redacción del articulado, que como dice el profesor LAGARDE²⁴³ no impone obligaciones de hacer, salvo los artículos 33 y 35, sino más bien de tomar iniciativas que pueden ser no tenidas en cuenta por las Autoridades requeridas, la cooperación queda abierta a una amplio margen de discrecionalidad de las Autoridades dada la excepción del artículo 37.

Por lo que hace a la técnica legislativa nos parece un tanto confusa y falta de sistema, ya que podrían haberse agrupado estos deberes atendiendo a diversos criterios de clasificación por razón del contenido de la petición y por razón del ámbito de actuación propio de cada Autoridad, señalando además cuáles son obligatorios, cuáles convenientes y cuáles facultativos.

Como consideración final podemos afirmar que en este Convenio hay un *delicado* equilibrio de reglas que pretenden conjugar, por una parte, la competencia y cooperación establecida entre Autoridades Centrales de los Estados contratantes y, de otro lado, las hipótesis de una coordinación directa entre las autoridades competentes (judiciales y extrajudiciales) para tomar una determinada y concreta medida de protección de la persona o de los bienes del menor.

²⁴³ LAGARDE, *op. cit.* pág. 235.

**I. OBRAS DE CARÁCTER GENERAL
OBRAS COLECTIVAS Y MONOGRAFÍAS**

- AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M Y GRIEDER MACHADO, G, “La labor codificadora de la Comisión Internacional del Estado Civil y su repercusión en el Derecho Internacional Privado español”, Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado, San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991, *Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande*, Madrid, 1993
- ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, M.P., “Consejo de Europa y Derechos Humanos. Desarrollos recientes”, Ponencia *XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (Principado de Andorra, 21-23 septiembre 1995) , Marcial Pons, Madrid, 1996
- AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, t. I, 2ª reimpr. a la 4ª edición, Universidad Complutense, Madrid, 1982
- Derecho Internacional Privado*, vol. I, t. II, Parte Primera, 3ª reimpr. a la 3ª edición, Universidad Complutense, Madrid, 1982
- BOGGIANO, A., The Contribution of the Hague Conference to the Development of Privat International Law in Latin America. *Universality ad genius loci, R. des C.*, T. 233, 1992-II
- BORRÁS, A. y BAS SHORT, C., *Guía Práctica de los Convenios de La Haya de los que España es Parte*, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996
- BUERGENTHAL, NORRIS Y SHELTON, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Civitas, Madrid, 1990
- CALVENTO SOLARI, U., (dir), *Legislación atinente a menores en América*, Instituto Internacional del Niño, Montevideo, 1989
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1997
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1976
- DESANTES REAL, M., España ante el proceso de elaboración del Derecho internacional privado “intracomunitario”, “España y la codificación internacional del Derecho internacional privado” Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo de El Escorial , días 13 y 14 de diciembre de 1991, *Centro de Estudios Superiores Ramón Carande*, 1993,
- DESANTES REAL, M., España ante el proceso de elaboración del Derecho internacional privado “intracomunitario”, Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo de El Escorial días 13 y 14 de diciembre de 1991, *Centro de Estudios Superiores Ramón Carande*, 1993
- DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, T. I y T. II, Tecnos, Madrid, 1990
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J., y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., (coord. por Francisco FONSECA MORILLO, y dirigida por MARCELINO OREJA AGUIRRE) *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea: análisis y comentarios*, vol. II., Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- ESPINAR VICENTE, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1996

²⁴⁴ Las presente relación de obras doctrinales y de repertorios de jurisprudencia no pretende agotar todo el acervo bibliográfico que sobre la materia existe. Se trata de ofrecer al lector una referencia general básica que le sirva de orientación para una mejor localización tanto de las fuentes doctrinales como jurisprudenciales elementales.

- FERNANDEZ ROZAS, J.C. *Tráfico Jurídico Externo y Sistema de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición revisada, Oviedo, 1985
y SANCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1993
- GONZALEZ CAMPOS, J.D., *Derecho Internacional Privado español. Introducción*, U.A.M., Madrid, 1984
y FERNANDEZ ROZAS, J.C., *Derecho Internacional Privado español. Textos y materiales*, vol. I, 2ª edición, Universidad Complutense, Madrid, 1992
y RECONDO PORRUA, R., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1981
- GROS ESPIELL, H., “La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l’homme. Analyse comparative”, *R. des C.*, vol. 218
- MANGAS MARTÍN, A. *et. al.*, *Derecho Comunitario Europeo*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997
- MARIN LOPEZ, A., *Derecho Internacional Privado español. Parte general*, 6ª edición, Granada, 1992
- MCCLEAN, J.D., The contribution of the Hague Conference to the Development of Privat International Law in the Common Law Countries, *R. des C.*, T. 233, 1992-II
- MELLADO, P., LINDE, E., BACIGALUPO, M., SÁNCHEZ, S., Y MIRALLES, P.P., *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Marcial Pons, S.A., Madrid, 1996
- MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*, t. I, 9ª ed. rev., Atlas, Madrid, 1983
- MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España: especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989
- NIKKEN, E. *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987
- PARRA ARANGUREN, G., ”Recent Developments of Conflict of law Conventions in Latin America”, *R. des C.*, T. 164, 1979-III
- PÉREZ NIETO, L., “Some Aspect concerning the Movement for Development of Privat international Law in the Americas Through Multilateral Conventions”, *NILR*, vol 39, 1992
- PEREZ VERA, E., (dir.), *Derecho Internacional Privado, Parte general*, T. I, 6ª edición, U.N.E.D., Madrid, 1996
Derecho Internacional Privado, Parte especial, T. II, 6ª edición, UNED., Madrid, 1996
- ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, *Derecho Español y Derecho comunitario europeo*, Selección de Derecho Internacionl Privado, vol. I y vol. II , Servicio de Publicaciones de la Facultad de Dererecho de la Universidad Complutense de Madrid, , Madrid 1988
- SCHMIDT, T.S., The Incidental Questions in Privat International Law, *R. des C.*, T.233, 1992-II
- SILVA SILVA, J.A., *Derecho Internacional sobre el Proceso Civil y Comercial*, McGraw Hill, México, 1997
- TRUYOL SIERRA, A, *La Sociedad Internacional*, Madrid, 3ª edición, 1981.
“Gènese et structure de la société internationale”, *R. des C.*, T. 96, 1959.I, págs. 553-664; y
“L’expansion de la société internationale aux XIXe et XX e siècles, *R. des C.*, T. 116, 1965-III
- TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J.A., *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1993
- VALTICOS, N., “Les diverses formes de la protection des droits de l’homme en Europe”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993
- VASAK, K., “Le droit international des droits de l’homme”, *R. des. C.*, T. 140 1979-IV
- VON OVERBECK, A.E., La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé, *R. des C.*, T. 233, 1992-II, págs. 9-98

- VV.AA., "Garantía internacional de los derechos sociales. Contribución de las Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los Derechos del Niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y el desarrollo del voluntariado", Ministerio de Asuntos Sociales, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1990
- VV.AA., "La sustracción internacional de los Menores (Aspectos Civiles)", Segundas Jornadas de Derecho internacional privado, Toledo 26 y 27 de enero de 1990, *Patronato Universitario de Toledo*, Toledo, 1991
- VV.AA., "España y la codificación del Derecho internacional privado", Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991, *Centro de Estudios Superiores Ramón Carande*, 1993
- VV.AA., "Andorra en el ámbito jurídico europeo", XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Principado de Andorra, 21-23 de septiembre de 1996, Jefatura del Estado Andorrano. Copríncipe episcopal. *Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.*, Madrid, 1996
- VV.AA., "El Derecho internacional privado interamericano", Sextas Jornadas de Derecho internacional privado, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995, *Centro de Estudios Superiores Ramón Carande*, 1997
- VV.AA., "El menor en la legislación actual", *Fundación Antonio de Nebrija*, (Coord. M. NUÑEZ CANAL), Universidad Antonio de Nebrija, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1998

II. ARTÍCULOS Y TRABAJOS EN REVISTAS Y OTRAS PUBLICACIONES

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., "La familia en los Convenios de La Haya", *R.E.D.I.*, t. XLV, 1993-I
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S., "Secuestro internacional de menores ("legal kidnapping") y cooperación internacional: la posición española ante el problema", *Poder Judicial*, Madrid, 1986-2
- "Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado", *R.E.D.I.*, t. XLV, 1993-I
- "Nuevas medidas relativas al retorno del menor en supuestos de sustracción internacional", *R.E.D.I.*, t. XLVIII, 1996-I
- "El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo", *La Ley*, 3 de diciembre de 1998, núm. 4685
- BARRIERE-BROUSE, I., "L'enfant et les conventions internationales", *J.D.I.*, 1996-4
- BLANC ALTEMIR, A., "Derecho humanos: tendencias actuales. La expansión del sistema y los nuevos ámbitos de protección", *Cuadernos Jurídicos*, noviembre 1992-2, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992
- BORRÁS RODRIGUEZ, A., "El Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad en la patria potestad y medidas de protección de menores", *R.E.D.I.*, t. XLVIII, 1996-2
- "La entrada en vigor en España del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", *R.E.D.I.*, XLVII, 1995-2
- "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Tercera reunión de la Comisión Especial sobre la protección de los menores y de los incapaces mayores (La Haya, 11-12 de septiembre de 1995)", *R.E.D.I.*, t. XLVII, 1995-2
- "La participación de España en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado", en "España y la codificación internacional del Derecho internacional privado" Terceras Jornadas de Derechos internacional privado, San Lorenzo de El Escorial, días, 13-14 de diciembre de 1991, *Centro de Estudios Superiores Ramón Carande*, Madrid, 1994

- “El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994-4
- “La autoridad central: los Convenios de La Haya y España”, *R.E.D.I.*, t. XLV, 1993
- “Comisión española sobre funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980”, *R.E.D.I.*, t. XLV, 1990-1
- “Práctica española en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores”, *La sustracción internacional de menores (aspectos civiles)*, II Jornadas de profesores de Derecho Internacional Privado (Toledo 1990), Fundación Patronato de Toledo, Toledo, 1991
- CALVENTO SOLARI, U., “Los derechos del niño en el marco de la Organización de Estados Americanos”, *Menores*, núms. 17-18, cuarta época, septiembre diciembre 1989, Ministerio de Asuntos Sociales, Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Madrid, 1989
- “Análisis al Convenio de La Haya sobre protección general de niños, de 19 de octubre de 1996”, en Instituto Interamericano del Niño, Documentos. Información OEA, (en página electrónica www.oea.org.)
- CALVO BLANCO, E.B., “La protección de los Derechos del niño en la Constitución española”, *Cuadernos Jurídicos*, octubre 1995, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995
- CALVO CARAVACA, L.A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Problemas de secuestro internacional de menores”, *Actualidad civil*, núm. 21, del 25 al 31 de mayo de 1998
- GARCÍA MORENO, V. C., “Consideraciones sobre la conveniencia de que México ratifique la convención interamericana sobre tráfico internacional de menores”, *Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, núm.16, enero-abril 1996
- ESPLUGUES MOTA, C., “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *Riv.di dir. intern. priv. e processuale*, 1997-1
- ESTEBAN DE LA ROSA, G., “El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección del niño: ¿exclusión de la adopción internacional en España?”, *Riv. di dir. intern. priv e processuale*, 1997-4
- FAVOREAU, B., “L’adhésion de la Communauté à la Convention européenne des Droits de l’Homme”, *Journal de l’Union des Avocats européens*, diciembre, 1996
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., “La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989”, *La sustracción internacional de menores (aspectos civiles)*, Jornadas de profesores de Derecho Internacional Privado, Fundación Patronato de Toledo, Toledo, 1990
- “La reglamentación de las relaciones de tráfico privado externo entre España e Iberoamérica: elementos para la definición de una actitud española”, en Terceras Jornadas de Derechos internacional privado, San Lorenzo de El Escorial, días, 13-14 de diciembre de 1991, *Centro de Estudios Superiores Ramón Carande*, Madrid, 1994
- “Nuevos elementos del Derecho Internacional Privado de la familia en Europa”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, Academia mexicana de Derecho internacional privado y comparado, México, 1997
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *R.E.D.I.*, t. XLV, 1993-1
- FOSAR BENLLOC, E., “El derecho internacional de protección del menor: el Consejo de Europa y la Organización de Naciones Unidas”, *Documentación Jurídica* 41, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984
- GAUDEMET-TALLON, H., L’ utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l’exemple des Conventions de La Haye)”, *L’internationalisation du Droit, Etudes en l’honneur de YVON LOUSSOUARN*, Dalloz, Paris.

- GONZÁLEZ BEILFUSS, C, “La Ley Orgánica de protección jurídica del menor: modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; normas sobre adopción internacional”, *R.E.D.I.*, t. XLVIII, 1996-1
- “La aplicación del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996-2
- “La entrada en vigor en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional”, *R.E.D.I.*, t. XLVII, 1995-2
- “La aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre secuestro de menores: un estudio de derecho comparado”, *La sustracción internacional de menores (aspectos civiles)*, Jornadas de profesores de Derecho Internacional Privado, Fundación Patronato de Toledo, Toledo, 1993.
- GUZMÁN ZAPATER, M., “La familia y la protección de la infancia en la unión Europea” (Conclusiones), *Infancia y Sociedad*, núm.33, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995
- LAGARDE, P., “La nouvelle Convention de la Haye sur la protection des mineurs”, *Rev.crit.dr.international privé*, núm. 86, 1997-2
- LEQUETTE, Y., “Le droit international privé de la famille á l’épreuve des conventions internationales”, *R. des C.*, T. 246 1994-II
- MANSILLA, M.E., “La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores”, en *Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, núm.16, enero-abril 1996
- MARIN LOPEZ, A, “El Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones sobre custodia de menores”, *Anuario de Derecho Internacional*, t. VII, Eunsa, Pamplona, 1985
- “La reforma del sistema de protección de los Derechos humanos en el Convenio Europeo. El Protocolo 11 al Convenio Europeo de 1950”, *Anuario de Derecho Internacional*, T. XI, Eunsa, Pamplona, 1995
- MAYOR HOYO, M.V., “En torno al tratamiento de la adopción en la Convención ONU sobre los Derechos del Niño”, *Derecho Privado y Constitución*, septiembre-diciembre, 1995
- MEYER-FABRE, N., “La Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants en matière d’adoption internationale”, *Rev.crit.dr.international privé*, t. 83, 1994-4
- MIRALLES SANGRO, P.P., “La ratificación por España de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño”, *Actualidad Civil*, , núm. 39, semana 21 a 27 de octubre 1991 , Madrid, 1991
- “La protección jurídica internacional de los menores en el ámbito de la CIDIP”, España y la codificación internacional de Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991, *Centro de Estudios Superiores Ramón Carande*, 1993
- “Acerca de la consolidación del sistema español de Derecho internacional privado desde la Constitución de 1978”, Conferencia impartida en el XX Seminario de la Academia mexicana de Derecho internacional privado y comparado, *Universidad de Guadalajara*, México, octubre 1996 (inédito)
- “La protección de los derechos de guarda y visita”, Conferencia impartida en ICADE, Curso sobre los aspectos internacionales del Derecho de familia, días 24 al 28 de septiembre de 1997, (inédito)
- y ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A., “El tratamiento de los menores en el Derecho internacional privado español: coexistencia de las soluciones convencionales y la búsqueda del interés del menor”, en *Problemas candentes del Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 1995

- PARRA ARANGUREN, G, “La Convención de La Haya de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, t. 6., 1994
- “La restitución de menores en el Derecho convencional americano”, en la obra colectiva “*Hacia un nuevo orden internacional europeo. Homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*”, Tecnos, Madrid, 1993
- PÉREZ VERA, E., “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, en obra colectiva *Garantía Internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, *Documentos internacionales 2*, Madrid, 1990
- “Informe explicativo. Comisión especial. Conclusiones sobre los puntos más importantes discutidos en la Comisión Especial y adoptados el 26 de octubre de 1989”, en “La sustracción internacional de menores (aspectos civiles)”, II Jornadas de Derecho Internacional Privado, Patronato de la Universidad de Toledo, Toledo, 1990
- “Algunas consideraciones sobre el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General”, XXVI Aniversario de la ONU, en *Boletín de la Universidad de Granada*, núm. 105, vol V., 1972-1973
- PICONE, P., “La nuova convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori,” *Rev. di dir. internazionale privato e processuale*, vol. 4, 1996
- ROCA I TRIAS, E., “Contestación al Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña de D^a Alegría Borrás”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 4, 1996
- RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1980”, *R.E.D.I.*, vol. XLIV, 1992-2
- SIQUEIROS, J.L., “El aporte del sistema interamericano al desarrollo del Derecho internacional privado”, en *Revista mexicana de Derecho internacional privado*, Academia mexicana de Derecho internacional privado y comparado, México, 1996
- “La Convención relativa a la protección de menores y a la cooperación en materia de adopción internacional: comentarios en torno a la misma”, en *Jurídica*, 23, México, 1994
- “El Comité jurídico Interamericano y su función consultiva como cuerpo consultivo de la OEA”, en *Jurídica-Anuario*, Universidad Iberoamericana, núm. 28, 1998
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Una visión sobre el nuevo mecanismo de protección del Convenio Europeo de derechos humanos, previsto por el Protocolo 11”, Ponencia Seminario XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Principado de Andorra, 21-23 septiembre 1995) , Marcial Pons, Madrid, 1996
- SÁNCHEZ LORENZO, S., “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *R.E.D.I.*, vol. XLV, 1993-1
- SEIJAS QUINTANA, J.A., “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de la Haya, Luxemburgo y Bruselas”, *Actualidad jurídica*, núm. 29 semana del 14 al 20 de julio, 1997
- STURLESE, B., “Premiers commentaires sur un événement juridique: la signature de la Convention de Bruxelles, ou quand l’Europe se préoccupe des conflits familiaux”, *JPC, La Semaine juridique*, num. 26, 24 juin 1998
- SUDRE, F., “La Communauté Européenne et les droits fondamentaux après le Traité d’Amsterdam: vers un nouveau système européen de protection des droits de l’homme?”, *JPC, La Semaine juridique*, núm. 1-2-, 7 janvier 1998
- “Droit de la Convention européenne des droits de l’homme”, *JPC, La Semaine juridique*, núm. 5, 28 janvier 1998

WAELEBROECK, M., “La Cour de Justice et la Convention européenne des droits de l’homme”,
Cahiers de Droit Européen, Bruxelles, núm. 5-6, 1996

III. FUENTES JURISPRUDENCIALES

A. REPERTORIOS (Pueden ser consultados en papel y en soporte magnético -bases de datos)

- * Boletín Oficial del Estado
- * Aranzadi (Actualidad Jurídica, Repertorio de jurisprudencia)
- * Colex (Jurisprudencia general)
- * El Derecho (Jurisprudencia general)
- * La Ley Actualidad Civil - (Jurisprudencia de las Audiencias y del Tribunal Supremo)
- * Revista General de Derecho (Jurisprudencia general)
- * Revista Jurídica La Ley
- * Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Boletín Oficial del Estado)

B. REVISTAS DE DERECHO Y OBRAS ESPECIALES

- * Revista Española de Derecho Internacional (R.E.D.I.)
- * Revista Jurídica de Cataluña (R.J.C.)
- * SUMAMPOUW, M, *Les nouvelles conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, T.V., T.M.C., ASSER INSTITUT, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, The Hague/Boston/London, 1996 (última edición)

**CONVENIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO²⁴⁵**

- A) CONVENIO RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO DE LA LEY APLICABLE AL MATRIMONIO, DE 12 DE JUNIO DE 1902
- B) CONVENIO RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO DE LA LEY APLICABLE Y LA COMPETENCIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN, DE 12 DE JUNIO DE 1902.
- C) *CONVENIO RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA DE MENORES, DE 12 DE JUNIO DE 1902, (GACETA DE MADRID DE 1 DE JUNIO DE 1905).*²⁴⁶
- D) CONVENIO RELATIVO AL PROCEDIMIENTO CIVIL, DE 17 DE JUNIO DE 1905.
- E) CONVENIO RELATIVO A LA LEY APLICABLE EN RELACIÓN CON LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO SOBRE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ESPOSOS EN SUS RELACIONES PERSONALES Y CON SUS BIENES, DE 17 DE JUNIO DE 1905.
-
- I. ESTATUTO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, DE 31 DE OCTUBRE DE 1951.
- II. *CONVENIO RELATIVO AL PROCEDIMIENTO CIVIL, DE 1 DE MARZO DE 1954* (BOE, de 13 de diciembre de 1961)
- III. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LA VENTA INTERNACIONAL DE BIENES, DE 15 DE JUNIO DE 1955.
- IV. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LA TRANSFERENCIA DE TÍTULOS EN LA VENTA INTERNACIONAL DE BIENES, DE 15 DE ABRIL DE 1958.
- V. CONVENIO SOBRE LA COMPETENCIA Y ELECCIÓN DEL FORO EN LOS CASOS DE VENTA INTERNACIONAL DE BIENES, DE 15 DE ABRIL DE 1958.
- VI. CONVENIO RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO DE LA LEY APLICABLE EN CONFLICTOS ENTRE LA LEY DE LA NACIONALIDAD Y LA LEY DEL DOMICILIO, DE 15 DE JUNIO DE 1955.
- VII. CONVENIO RELATIVO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD LEGAL DE LAS SOCIEDADES, ASOCIACIONES E INSTITUCIONES EXTRANJERAS, DE 1 DE JUNIO DE 1956.
- VIII. *CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS RESPECTO DE MENORES, DE 24 OCTUBRE DE 1956 (BOE, DE 6 DE MAYO DE 1974).*²⁴⁷
- IX. *CONVENIO SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS CON RESPECTO A MENORES, DE 15 DE ABRIL DE 1958*²⁴⁸ (BOE, de 12 de noviembre de 1973).
- X. *CONVENIO SOBRE LA COMPETENCIA DE AUTORIDADES Y LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES, DE 5 DE OCTUBRE DE 1961 (BOE, de 20 de agosto de 1987)*²⁴⁹.

²⁴⁵ Los Convenios en cursiva son los ratificados por España, y los Convenios en cursiva y en negrita son los ratificados por España y referidos a menores.

²⁴⁶ Este Convenio ha sido sustituido por el Convenio de 5 de octubre de 1961 en las relaciones de los Estados Parte en ambos (artículo 18).

²⁴⁷ Según el artículo 18 del Convenio de 2 octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, las disposiciones de este último sustituyen a las del Convenio de 1956 en las relaciones entre los Estados que son parte en ambos.

²⁴⁸ Según el artículo 29 del Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la misma materia, las disposiciones de éste sustituyen las del Convenio de 1958.

- XI. CONVENIO SOBRE LOS CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE FORMA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS, DE 5 DE OCTUBRE DE 1961. (BOE, de 17 de agosto de 1988)
- XII. CONVENIO SUPRIMIENDO LA EXIGENCIA DE LEGALIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS, DE 5 DE OCTUBRE DE 1961. (BOE, de 25 de septiembre de 1987).
- XIII. CONVENIO SOBRE LA COMPETENCIA, LEY APLICABLE Y RECONOCIMIENTO DE LAUDOS EN MATERIA DE ADOPCIÓN, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1965.
- XIV. CONVENIO RELATIVO A LA NOTIFICACIÓN EN EL EXTRANJERO DE DOCUMENTOS JUDICIALES O EXTRAJUDICIALES EN MATERIA CIVIL O COMERCIAL, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1965.(BOE, DE 25 DE AGOSTO DE 1987)
- XV. CONVENIO SOBRE LA ELECCIÓN DEL TRIBUNAL, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1965.
- XVI. CONVENIO SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL, DE 1 DE FEBRERO DE 1971.
- XVII. PROTOCOLO COMPLEMENTARIO AL CONVENIO SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL, DE 1 DE FEBRERO DE 1971.
- XVIII. CONVENIO SOBRE RECONOCIMIENTO DE DIVORCIOS Y SEPARACIONES LEGALES, DE 1 DE JUNIO DE 1970.
- XIX. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA, DE 4 DE MAYO DE 1971.(BOE, de 4 de noviembre de 1987).
- XX. CONVENIO RELATIVO A LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL, DE 18 DE MARZO DE 1970. (BOE, de 25 de agosto de 1987)
- XXI. CONVENIO RELATIVO A LA ADMINISTRACIÓN INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PERSONAS FALLECIDAS, DE 2 DE OCTUBRE DE 1973.
- XXII. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS, DE 2 DE OCTUBRE DE 1973.(BOE, de 25 de enero de 1989)
- XXIII. **CONVENIO SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES RELATIVAS A LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS, DE 2 DE OCTUBRE DE 1973 (BOE, de 12 de agosto de 1987, y corrección de errores BOE, de 5 de noviembre de 1987).**
- XXIV. **CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS, DE 2 DE OCTUBRE DE 1973 (BOE, de 16 de septiembre de 1986).**
- XXV. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE AL RÉGIMEN DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO, DE 14 DE MARZO DE 1978.
- XXVI. CONVENIO SOBRE LA CELEBRACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LA VALIDEZ DE LOS MATRIMONIOS, DE 14 DE MARZO DE 1978.
- XXVII. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE AGENCIA, DE 14 DE MARZO DE 1978.
- XXVIII. **CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 (BOE, de 24 de agosto de 1987 y corrección de errores en BOE de 30 de junio de 1989; BOE, de 24 de enero de 1986 y BOE, de 24 de enero de 1996).**
- XXIX. CONVENIO TENDENTE A FACILITAR EL ACCESO INTERNACIONAL A LA JUSTICIA, DE 25 DE OCTUBRE DE 1980.(BOE, de 30 de marzo de 1988)
- XXX. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE AL TRUST Y A SU RECONOCIMIENTO, DE 1 DE JULIO DE 1985.

²⁴⁹ Este Convenio puede llegar a ser sustituido por el de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad en la patria potestad y medidas de protección de menores, en virtud del artículo 51 de éste último, y en las relaciones entre los Estados que son parte de ambos.

- XXXI. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN LA COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS, DE 22 DE DICIEMBRE DE 1986.
- XXXII. CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS PERSONAS FALLECIDAS EN LOS CASOS DE SUCESION DE ESTADOS, DE 1 DE AGOSTO DE 1989.
- XXXIII. *CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, DE 29 DE MAYO DE 1993 (BOE, de 1 de agosto de 1995).*
- XXXIV. CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA, LEY APLICABLE, RECONOCIMIENTO, EJECUCIÓN Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EN LA PATRIA POTESTAD Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES, DE 19 DE OCTUBRE DE 1996.

ALBERTO CÁRDENAS JIMÉNEZ

Gobernador del Estado de Jalisco

FERNANDO GUZMÁN PÉREZ PELÁEZ

Secretario General del Gobierno

GUILLERMO SCHMIDHUBER DE LA MORA

Secretario de Cultura

CARLOS EDUARDO GUTIÉRREZ ARCE

Director General de Patrimonio Cultural

ARTEMIO GONZÁLEZ

Director de Publicaciones

*La Protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de
La Haya de Derecho Internacional Privado* terminó de
imprimirse en agosto de 1999, en los talleres de
Tips Graficos, S.A. de C.V.

Tiraje: 1,000 ejemplares