

El interés del menor como principio inspirador en el derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas precisiones sobre la noción interés del menor: antecedentes y fundamento. III. 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. A. El interés del menor en los supuestos de secuestro internacional. B. El interés del menor en los supuestos de adopción internacional. C. 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 1996. IV. Anexo.

*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

* El presente trabajo forma parte de un estudio general elaborado por la autora bajo el título *La protección internacional de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (en prensa). En esta publicación se han realizado las oportunas adaptaciones, reduciendo en parte las notas doctrinales al pie de página para una más fácil lectura. Asimismo, se ha eliminado la bibliografía general de referencia por considerar que queda suficientemente documentada en las citas. Se incluye al final del artículo la relación de todos los convenios concluidos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con el fin de orientar al lector sobre los demás textos convencionales a los que se alude. Por ser un estudio realizado en el marco de los Cursos de Doctorado 1997-1998 llevados a cabo en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), en Madrid (España), las referencias jurisprudenciales lo son exclusivamente al derecho interno español.

I. INTRODUCCIÓN

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.

El objeto de este trabajo consiste en un breve estudio sobre el entendimiento y alcance de la noción *interés superior del menor* que se recoge en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Tras hacer una aproximación conceptual e histórica de tipo general sobre *el interés del menor* en los convenios de la citada Conferencia, acotamos nuestro objeto de estudio en el análisis de este *interés superior* en tres convenios concretos: el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980; el Convenio relativo a la Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, del 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, del 19 de octubre de 1996.

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 española —cuando existe—, de los antecitados convenios.

II. 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 im-

preciso alcance pero que se configura como el principio inspirador de todo el sistema convencional de protección de los derechos de la infancia.¹

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 internacional privatista, 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 contenido.²

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 con 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 y Trías:³ “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 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 infancia.⁴

Siendo necesario fundamentar tal noción y sin pretender llegar a una teoría global de la misma, nos parece pertinente intentar delimitar el por qué 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 Borrás,⁵ una de las características del momento actual es el paso de las normas neutrales 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

¹ 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.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados”, *Curso de derecho administrativo II* (Madrid Civitas 1979) 385-381; SAINZ MORENO, F. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* (Madrid Civitas 1976); MIRALLES SANGRO, P. P. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España* (Madrid Ministerio de Asuntos Sociales 1989) 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* (Paris LGDJ 1987).

³ ROCA I TRÍAS, E., “Contestación” al discurso de ingreso de la doctora ALEGRÍA BORRÁS sobre “El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña* 4 (1994) 976.

⁴ *Ibidem*.

⁵ BORRÁS, A., *op. cit.*, p. 920.

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 Pocar,⁶ no pueden ser neutrales 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 trabajador.⁷ 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 orientadas.⁸ En este sentido, la profesora Roca y 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”.⁹ 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 intento de llenar de contenido tal concepto sería “ir en contra de la propia finalidad de la norma”.¹⁰

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.¹¹ 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

⁶ POCAR, F., “La protection de la partie faible en Droit international privé”, *R. des C.*, 188 (1984) V 341-417.

⁷ 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* (Madrid Tecnos 1991) 64 y ss.

⁸ BORRÁS, A., *op. cit.*, p. 923.

⁹ ROCA Y TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 975.

¹⁰ En este mismo sentido ya se había pronunciado el profesor EVANGELOS VASSILAKAKIS.

¹¹ *Cfr.* ROCA Y TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 977.

están impedidas de actuar por ellas mismas. En palabras de la profesora Roca¹² “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. Aranzadi 143/90) 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 Quintana¹³ 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 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 culpabili-

¹² *Ibidem*.

¹³ 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 Civil* 29 (14-20 julio 1997) 642-643.

dad 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, valorando 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 afectivos.¹⁴

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 menor.¹⁵

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.¹⁶

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 positivación 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 re-

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Cfr.* MIRALLES SANGRO, P. P., *El secuestro internacional...*, *op. cit.*, pp. 94 y 170-171.

¹⁶ *Ibid.*, p. 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.

conocimiento y ejecución de decisiones) para la articulación y el establecimiento de las soluciones más adecuadas al caso.

III. EL INTERÉS DEL MENOR COMO MECANISMO DE CONTROL PARA LA CONSECUCCIÓN 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 dos 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 la 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 po-

damos decir que se haya abandonado totalmente la técnica clásica de las normas de conflicto.¹⁷

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.

La noción *interés del menor* aparece recogida en diversos de los textos convencionales. Así, en el de protección de menores de 1961 (artículo 4o.), en el de adopción de 1965 (artículo 6o.), en el de ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 1973 (artículos 5o. y 6o.), 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 1o., 21, 24, 30), y en el de protección general de 1996 (preámbulo, artículos 5o. en relación con los artículos 8o. y 9o., 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 3o., 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 fin se fija un tríptico de conexiones, jerárquicamente ordenados, 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, o bien 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) acerca de cuál debería ser 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 adopción.¹⁸ 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.

¹⁷ Cfr. MARÍN LÓPEZ, A., “El convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores”, *Anuario de Derecho Internacional VII* (Pamplona Editorial EUNSA 1985) 212. *Vid.* también, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La familia en los Convenios de La Haya”, *REDI XLV* (1993) 1 7-37.

¹⁸ 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).

A. El interés del menor en los supuestos de secuestro internacional¹⁹

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* 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 ilícito.²⁰

En España fue conocido el caso *Bornes vs. Fuentes*, resuelto por sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1a., de 8 de abril de 1975,²¹ 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, y que continuó

¹⁹ *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.

²⁰ Sobre los problemas derivados del secuestro internacional de menores, véase reciente estudio de CALVO CARAVACA, A. I., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Problemas de Secuestro Internacional de Menores", *Actualidad Civil* 21 (25 a 31 de mayo de 1998) 481-527. En especial páginas 483-484. Con carácter general, además véase: ANTON A. E., "The Hague Convention on international Child Abduction", *ICLQ* 30 (1981) 542; SHAPIRA, A., "Privat International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases", *R. des. C.* 214 (1989-II) 127-250.

²¹ Repertorio Aranzadi 1514/75.

con ella en Noruega, sobrepasada tal edad, sin que el padre pudiera recuperar la patria potestad que le había otorgado el tribunal español.²²

Dos convenios han venido a mejorar esta situación: uno elaborado por el Consejo de Europa el 20 de mayo de 1980,²³ 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 con base en 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 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 de la XIV sesión de la Conferencia de La Haya de 1980 que terminó de preparar el proyecto definitivo sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, abierto a la firma el 25 de octubre de 1980.²⁴

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”.²⁵

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.²⁶ Más específicamente, 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, según el 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 to-

²² Sobre este caso *vid.*, MIRALLES SANGRO, P. P., *El secuestro...*, *op. cit.*, p. 14; PUENTE EGIDO, J., *Derecho internacional privado español, Doctrina legal del Tribunal Supremo* (Barcelona 1981) 641-642; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas* (Madrid Tecnos 1983) 270-273; CALVO CARAVACA *et. al.*, *op. cit.*, p. 490.

²³ Sobre este Convenio, *vid.* el estudio de CALVO CARAVACA, A. L. *et. al.*, *op. cit.*, pp. 496-502.

²⁴ MIRALLES SANGRO, P. P., *El secuestro internacional...*, *op. cit.*, pp. 21-27.

²⁵ *Cfr.* PÉREZ VERA, E., Informe explicativo numeral 22.

²⁶ *Cfr.* Informe explicativo, numeral 23 y artículo 13 del Convenio de 1980.

mando la que propone el profesor Miralles,²⁷ *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 3o. 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 retorno.²⁸ En cuanto a la valoración de esta prueba cabe destacar el amplio margen de discrecionalidad que el convenio otorga a las autoridades²⁹ 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.³⁰

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, incisos 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

²⁷ MIRALLES SANGRO, P. P., *El secuestro...*, *op. cit.* p. 101. Sobre la configuración convencional de los derechos de guarda y de visita, *idem*, pp. 107-111 y 115-124.

²⁸ 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.*, pp. 169 y ss.

²⁹ VAN LOON, J. H. A., *Informe sobre la adopción del niño procedente del extranjero*. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, abril 1990, p. 114 y nota 276.

³⁰ *Cfr.* PÉREZ 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) 163-215. En particular *vid.* numeral 23.

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 con el 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; a que los casos no se resolvían, y sólo en un caso se había producido efectivamente la devolución en término de seis semanas; a 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, debido 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 convencionales.³¹ Debe destacarse igualmente que a partir de la entrada en vigor 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 ahora se denomina "Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional", 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.

³¹ En este punto la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (Autoridad Central española) sobre el funcionamiento en la actualidad de ambos Convenios, ha señalado que las estadísticas reflejan que de los 431 expedientes tramitados, España ha sido 321 veces requerida para devolver al menor 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.

Respecto 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 I.a, 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 al 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 concretu casu*: es decir el casuismo de la noción.
- 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 incisos a) y c), sería la relativa a la naturaleza y al contenido del concepto; como es 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 incisos 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 menores,³² nos limitaremos a señalar que cuando se ha tratado de poner en práctica el Convenio de La Haya de 1980, así como 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. Cierto 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 retención.³³

Este argumento, como expresa Álvarez González,³⁴ 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 1994;³⁵ Audiencia Provincial de Cádiz (sección 3a.), de 17 de mayo de 1995;³⁶ Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 5 de marzo de 1992;³⁷ Audiencia Provincial de Granada (sección 3a.) de 9 de diciembre de

³² Sobre la aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya, *vid.* SUMMAMPOW, M., *Les nouvelles conventions de La Haye*, V (La Haya 1996). T. M. C., ASSER INSTITUT, Martinus Nijhoff Publishers. La selección de la jurisprudencia de los tribunales españoles ha sido llevada a cabo por los correspondientes españoles MIRALLES SANGRO, P. P., JUÁREZ PÉREZ, P. y GÓMEZ JENE, M.

³³ *Cfr.* ÁLVAREZ 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 TRIAS, E., "Comentario al artículo 92 C.c.", *Comentarios a las reformas del derecho de familia I* (Madrid Tecnos 1984) 578.

³⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Secuestro internacional de menores (*legal kidnapping*) y cooperación internacional: la posición española ante el problema", *Poder Judicial* 4 (1986) 9-32.

³⁵ *Vid.*, *REDI*, vol. XLVIII 2 (1996) 287-291 (con comentario de JIMÉNEZ BLANCO, P.).

³⁶ *Vid.*, *REDI*, *ibid.*, pp. 291-297 (con comentario de MOYA ESCUDERO, M.).

³⁷ *Vid.*, *REDI*, XLV (1993) I 237-240.

1993;³⁸ Audiencia Provincial de Burgos (sección 3a.), de 24 de enero de 1991;³⁹ Audiencia Territorial de Bilbao, de 9 de enero de 1985.⁴⁰

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 son 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.

B. El interés del menor en los supuestos de adopción internacional⁴¹

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”.⁴²

³⁸ *Actualidad Jurídica* (Audiencias) 15 (agosto 1994). *Vid.*, *REDI* XLIV (1992) 1 (con comentario de FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.).

³⁹ *Actualidad Jurídica* 6 (junio 1991).

⁴⁰ *Revista General de Derecho* (1986) 2890-2892. *Vid.*, *REDI*, XL (1988) 225-227 (con comentario de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.).

⁴¹ 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.

⁴² 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.* VAN LOON, J. H. A., *Rapport*, que sirvió de base para los trabajos de la Conferencia de La Haya (abril de 1990), y MEYER-FABRE, N., “La

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 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 a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los 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.⁴³

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, insta un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, pre-

convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la cooperation en matière d'adoption internationales", *Rev. crit. dr. internat. privé* 83 2 (1994) 262. Vid. igualmente PARRA ARANGUREN, M. G., *Rapport*, documento preliminar, 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); también el Informe de VIVIANNE REDING de la misma fecha (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, pp. 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, vid. "La adopción en el derecho convencional", *Derecho Internacional Privado* 7^a (Madrid UNED 1996) 156-157.

⁴³ Informe REDDING, *op. cit.* "Principios que rigen la adopción internacional". Vid. también el trabajo de BRIOSO DÍAZ, P. *La constitución de la adopción en derecho internacional privado* (Madrid Ministerio de Asuntos Sociales 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 (pp. 113 a 142). También la publicación de PICONTO NOVALES, T. *La protección de la infancia: aspectos sociales y jurídicos* (Zaragoza Editorial Egido 1996) en especial la referencia al derecho comparado italiano e inglés (pp. 154 a 181), y al derecho español tras la LO 1/96 de protección jurídica del menor (pp. 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", *Jurídica* 23 (México 1994) 313-342.

venga 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,⁴⁴ 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 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.⁴⁵

En esta línea puede verificarse cómo la voluntad de hacer frente a adopciones internacionales se puso de manifiesto en la década de los sesenta, elaborán-

⁴⁴ MIAJA, A., *Derecho internacional privado II, parte especial* (Madrid Editorial Atlas 1987) 493-493.

⁴⁵ 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".

dose el Convenio sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de adopciones internacionales, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965.⁴⁶ 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 cuestión.⁴⁷

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 1993,⁴⁸ texto en cuya elaboración se intentó la mayor participación de Estados de origen como de Estados de destino de los adoptados, 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.

El convenio se aplica exclusivamente en 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).⁴⁹

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, habría que 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).

⁴⁶ Este Convenio no ha sido ratificado por España.

⁴⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* 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* (septiembre-diciembre de 1995) 135 y ss. También ESPLUGUES C., "El 'nuevo' régimen jurídico de la adopción internacional en España", *Riv. di dir. internat. priv. e processuale* 1 (1997), pp. 33-73. Del mismo autor, "Conclusión por parte de España de cuatro protocolos en materia de adopción internacional", *REDI* 1 (1996).

⁴⁸ Sobre el origen del texto y sus características, *vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, 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* 2 (1996) 9 y ss.. Igualmente MAYOR DEL HOYO, M. V., "Notas acerca del Convenio de La Haya sobre adopción internacional", *Revista de Derecho Privado* (1995) 1019-1022.

⁴⁹ 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.*, p. 50.

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 sometidos al control de las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado en cuanto 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 8o. 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 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 completa⁵⁰ con la obligación de consultar al menor, teniendo en cuenta

⁵⁰ 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

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 adopción.⁵¹

Podemos concluir si señalamos 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 adopción.⁵²

C. 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 1996⁵³

La XVIII sesión de la Conferencia de La Haya (del 30 de septiembre al 19 de octubre de 1996) se avocó en sus trabajos a la elaboración de este convenio llamado a reemplazar paulatinamente 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 celeberrimo 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 aplicación.⁵⁴ Con tal fin el Buró Permanente de la Conferencia estableció una Comi-

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.

⁵¹ Informe REDDING, *cit. supra*.

⁵² 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 313 de 31 de diciembre de 1990).

⁵³ *Vid.* LAGARDE, P. "La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs", *Rev. crit. dr. internal privé* 86 2 (abril-junio 1997) 30 y ss. PICONE, P., "La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori", *Rivista di diritto internacionales privato e processuale* 4 (1996) 705-748; NYGH, P., "The Hague Convention on the Protection of Children", *Netherlands International Law Review* XLV (1998) 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* 4 (1997) 849-851.

⁵⁴ *Vid.*, "Rapport sur la revision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs", documento preliminar número 1 de abril de 1994 (ADAIR DYER, por encargo del Comité Permanente de la Conferencia), que es explícito en este punto: *A Case law and doctrinal*

sión 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).

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 de 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.

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 cuestión).⁵⁵
4. El reconocimiento y ejecución de las medidas de protección en todos los Estados miembros.

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, del mismo profesor, el documento preliminar número 2 sobre la recapitulación de las disposiciones a incluir eventualmente en el nuevo convenio del mismo mes de abril de 1994; el documento preliminar número 3 que contiene la segunda parte del Informe DYER: la protección de los bienes del menor (mayo de 1994); y el documento preliminar número 5 que se refiere a los principales problemas resueltos al incluir en el campo de aplicación de la Convención revisada las medidas tendentes a proteger los bienes del menor (enero de 1995).

⁵⁵ Para los fines del Convenio, la expresión "responsabilidad parental" comprende a "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).

5. La cooperación entre autoridades para el logro de los objetivos convencionales.

En consecuencia, y con propósitos de sistematización, es posible distinguir un doble campo de aplicación del convenio:⁵⁶ 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 2o.) 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 menor),⁵⁷ como a las cuestiones relativas a la competencia de autoridades, la ley aplicable en el ejercicio de la competencia, las cooperaciones entre las diferentes autoridades, y el reconocimiento y ejecución de decisiones.

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*.⁵⁸

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 7o., en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, 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 8o. y 9o. 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

⁵⁶ 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 de 1998).

⁵⁷ *Vid.* 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, medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños y decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración.

⁵⁸ 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., *REDI* 48 2 (1996) 360-363.

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. Con tal fin, 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 Estado.⁵⁹

El mismo artículo 8o. en su párrafo 2o., 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 vinculan 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*).⁶⁰

El artículo 9o. 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 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 9o.) que la autoridad de origen acepte la petición.

Como se ve, el sistema instaurado en este convenio es de cooperación estrecha entre autoridades, 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 con-

⁵⁹ Cfr. LAGARDE, *op. cit.*, pp. 225-226.

⁶⁰ 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.

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 requiere.⁶¹

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, respecto 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 conocimiento.⁶²

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 niño.⁶³

Nuevamente queda manifiesto 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 de-

⁶¹ Ha de señalarse que esta *addenda* es del profesor 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.*, p. 230.

⁶² *Cfr.* PICONE, P., *op. cit.*, p. 715, cita en nota 31. Este autor toma las definiciones de estos conceptos de “Declining jurisdiction in privat international law”, XIV Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, Atenas, 1994 (Oxford Fawcett 1995) 1 y ss: *forum non conveniens*, “can be defined as a general discretionary 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”.

⁶³ *Cfr.* PICONE, P., *op. cit.*, pp. 715-729. En especial página 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 divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante, o de anulación de su matrimonio, es realizado por el citado autor en el artículo referido, páginas 719-723.

cisiones que en muchos casos requieren precisamente de medidas rápidas y de celeridad por parte de estas autoridades.⁶⁴

ANEXO

Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado⁶⁵

- 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).⁶⁶
- 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).⁶⁷
- IX. Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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).

⁶⁷ 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.

- de obligaciones alimenticias con respecto a menores, de 15 de abril de 1958⁶⁸ (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).⁶⁹
 - 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).
 - XIV. 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.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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.

- XVI. Convenio sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios, de 14 de marzo de 1978.
- XVII. 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.
- XXXI. Convenio sobre la ley aplicable a los contratos en las ventas internacionales de bienes, de 22 de diciembre de 1986.
- XXXII. Convenio sobre la ley aplicable a las personas fallecidas en los casos de sucesión 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.