



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Ciencias Jurídicas Internacionales e
Históricas y Filosofía del Derecho
Área de Derecho internacional privado

**LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL ENTRE AUTORIDADES
EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR
EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL**

Tesis Doctoral

SANDRA GARCÍA CANO

Dirigida por el Prof. Dr. D. José Antonio Pérez Beviá
Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Córdoba

CÓRDOBA, MAYO DE 2002

**Tesis Doctoral que presenta
la Licenciada Sandra García
Cano para la obtención del
grado de doctora, bajo la
dirección del Prof. Dr. D.
José Antonio Pérez Beviá,
Catedrático de Derecho
internacional privado.**

TOMO I

ABREVIATURAS XIII
OBJETO DEL ESTUDIO 1

CAPITULO INTRODUCTORIO

I. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL CLÁSICA EN EL DIPR. 5

 1. *Aproximación a la cooperación internacional en el ámbito del DIPr.* 5

 A) Acercamiento a la noción de cooperación internacional 5

 B) Cooperación jurídica internacional *stricto sensu versus* reglamentación jurídica de la cooperación internacional 7

 C) Cooperación jurídica internacional en el ámbito del DIPr. *versus* cooperación jurídica internacional en el ámbito del DIPúb 8

 2. *Manifestaciones generales de la cooperación internacional en el DIPr.* 9

 A) Consideraciones previas 9

 B) La cooperación internacional como fundamento o presupuesto global del DIPr 10

 a) Justificación tradicional 10

 b) Replanteamiento constitucional 12

 C) La cooperación internacional como elemento vertebrador del DIPr 13

 a) Consideraciones previas 13

 b) La cooperación internacional en el sector de la competencia judicial internacional 14

 1º) Fundamento del reparto de competencias entre los Estados 14

 2º) La cooperación internacional en las normas de competencia judicial internacional 17

 c) La cooperación internacional en el sector del Derecho aplicable 23

 1º) Fundamento de la aplicación del Derecho extranjero 23

 2º) Manifestaciones de la cooperación internacional en este sector 25

 d) La cooperación internacional en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones ... 34

 1º) Consideraciones previas 34

 2º) La cooperación internacional como fundamento: replanteamiento constitucional 35

 3º) Exigencias del principio de cooperación internacional 37

 D) La cooperación legislativa 40

 a) Consideraciones previas 40

 b) La cooperación legislativa en el marco convencional 42

 c) La cooperación legislativa regionalizada en los marcos de integración: especial referencia a la Unión Europea 45

 3. *La cooperación internacional entre autoridades* 50

 A) Acercamiento a la CIA 50

 a) Consideraciones previas 50

 b) Cooperación legislativa *versus* CIA 52

 c) Aproximación a un concepto y a sus modalidades 54

 B) La cooperación judicial o cooperación procesal internacional 55

 a) Objeto 55

 b) Fundamento: de nuevo la necesidad de un replanteamiento constitucional 57

 c) Reglamentación: pluralidad de regímenes 59

 d) Técnicas de CIA 64

 1º) Consideraciones previas 64

 2º) La vía diplomática 65

3º) La vía consular indirecta.....	66
4º) Otras vías de transmisión complementarias anteriores a las AACC.....	68
5º) Las AACC.....	72
e) La CIA en la aplicación judicial del Derecho extranjero: el proceso informativo del Derecho extranjero.....	82
1º) Su posición respecto a la cooperación judicial.....	82
2º) Técnicas de CIA.....	84
C) La cooperación administrativa: la cooperación internacional en el ámbito del Registro Civil.....	88
a) Consideraciones previas.....	88
b) Modalidades de cooperación internacional.....	89
1º) Consideraciones previas.....	89
2º) Convenios que favorecen la cooperación registral.....	90
3º) Convenios que regulan la cooperación internacional entre las autoridades encargadas del Registro civil.....	92
4º) Convenios tendentes a eliminar la necesidad de auxilio.....	94
c) Breve referencia a la situación española respecto a la colaboración interregistral.....	96
D) Otras modalidades de CIA conectadas a la cooperación judicial.....	97
E) Hacia las nuevas modalidades de CIA: CIA y DIPr.....	101
II. MARCO GENERAL DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MENOR.....	104
1. <i>Claves en la evolución de la protección internacional del menor.....</i>	<i>104</i>
A) Consideraciones previas.....	104
B) Claves sociológicas.....	104
a) Consideraciones previas.....	104
b) Transformaciones socioeconómicas del siglo XX.....	105
c) Internacionalización de los conflictos familiares.....	106
C) Claves jurídico-políticas.....	108
a) La progresiva intervención estatal.....	108
b) La interrelación entre Derecho público y Derecho privado.....	111
c) La tendencia hacia el individualismo de los derechos.....	112
d) Crisis del modelo tradicional de familia: aparición del Derecho de familia <i>puerocéntrico</i>	114
D) El interés del menor como pieza axiológica clave del sistema.....	115
a) Consideraciones previas.....	115
b) Naturaleza jurídica.....	117
c) Aproximación a su concepto y contenido.....	118
d) El interés del menor en su dimensión internacional.....	120
2. <i>Positivización de la responsabilidad estatal en la protección del menor y de la exigencia de la CIA.....</i>	<i>121</i>
A) Consideraciones previas.....	121
B) El principio de la responsabilidad estatal en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.....	122
C) La promoción de los derechos del menor en el marco europeo.....	126
a) La labor del Consejo de Europa.....	126
b) La protección y promoción de los derechos de los menores en el proceso de integración europea.....	130
D) El modelo estatal de protección del menor en el Derecho español.....	133
a) Marco constitucional.....	133

b) Normativa estatal	136
c) Normativa autonómica	138
III. DELIMITACIÓN DE LA NORMATIVA OBJETO DE ESTUDIO	142
1. <i>Consideraciones previas</i>	142
2. <i>La reglamentación de las medidas de protección del menor en general</i>	143
A) Consideraciones previas	143
B) Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre tutela de los menores.	144
C) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores	144
D) Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños	145
3. <i>La reglamentación de la protección del menor en supuestos específicos</i>	147
A) La sustracción internacional de menores	147
a) Aproximación al fenómeno	147
b) Reglamentación	149
B) Las obligaciones alimenticias respecto a menores	155
a) Aproximación a la institución	155
b) Reglamentación	160
C) La adopción internacional	169
a) Aproximación a la protección del menor en la adopción internacional	169
b) Reglamentación	172

CAPITULO I:

PRINCIPIOS ARTICULADORES DEL REGIMEN CONVENCIONAL DE CIA

I. EL PRAGMATISMO COMO BASE CONVENCIONAL	181
1. <i>Delimitación del pragmatismo</i>	181
A) Consideraciones previas	181
B) Pragmatismo <i>versus</i> doctrinarismo	182
C) Pragmatismo <i>versus</i> dogmatismo	183
2. <i>El planteamiento utilitario</i>	184
A) La aplicación del utilitarismo en materia de protección de menores	184
B) La evolución utilitaria en la reglamentación convencional de la protección de menores in genere	188
C) El utilitarismo <i>extremis</i> en la reglamentación convencional específica de los atentados a la protección del menor	193
a) Consideraciones previas	193
b) El <i>Legal Kidnapping</i> y los distintos planteamientos	194
c) La obtención de la deuda alimentaria por menores acreedores	203
d) Nueva aproximación a la adopción internacional en el Convenio de La Haya de 1993	207
3. <i>La búsqueda del compromiso</i>	209
A) Consideraciones previas	209
B) La transacción hacia el interés superior del menor en los Convenios generales	210
a) La conciliación entre el foro de la nacionalidad y el foro de la residencia habitual del menor en el Convenio de La Haya de 1961	210
b) El salto cualitativo del Convenio de La Haya de 1996.	212
C) La transacción en los Convenios particulares	214

II. EVOLUCIÓN Y DESPLAZAMIENTO DE LOS MÉTODOS TRADICIONALES DE DIPR.	218
1. <i>Consideraciones previas</i>	218
2. <i>Transformaciones de los principios y métodos clásicos del DIPr. al margen de la CIA</i>	219
A) Ruptura de ciertos principios tradicionales del DIPr.	219
a) Desplazamiento del centro de gravedad del conflicto de leyes al conflicto de autoridades	219
b) El triunfo de la residencia habitual del menor como foro prevalente	222
B) Alteraciones metodológicas en las respuestas clásicas	234
3. <i>El recurso a la CIA</i>	236
A) Empleo progresivo de la CIA	236
B) Modalidades de Convenios de CIA	237
a) Convenios de conflicto de autoridades	237
b) Convenios híbridos	240
c) Convenios de CIA predominante	243
4. <i>Causas de la penetración de la CIA</i>	244
A) Consideraciones previas	244
B) Las diferencias de reglamentación entre las soluciones materiales y de DIPr. de los Derechos estatales: especial referencia a la adopción internacional	245
C) Insuficiencia e ineficacia de los métodos clásicos	260
a) Consideraciones previas	260
b) Fracaso del Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción internacional	261
c) Inoperancia del Convenio de La Haya de 1961 para afrontar el problema de sustracción internacional de menores	267
d) La exigencia de un sistema de CIA para garantizar la prestación de alimentos	272
D) El valor material del interés del menor y exigencia de la CIA	275
a) Consideraciones previas	275
b) La cooperación entre autoridades competentes en los Convenios de conflicto de autoridades	276
c) La cooperación articulada mediante órganos de enlace en los Convenios particulares	278
5. <i>¿De nuevo sobre la crisis del DIPr.?</i>	280
III. PECULIARIDADES DE LOS CONVENIOS DE CIA	282
1. <i>Conceptos autónomos ordenados al fin convencional</i>	282
A) Consideraciones previas a las diferencias conceptuales	282
B) Conceptos jurídicos definidos	284
a) Derecho de custodia/ Desplazamiento ilícito/ Derecho de visita	284
b) Menor/Niño	294
C) Conceptos jurídicos no definidos: especial referencia al término de residencia habitual del menor	303
D) De la indefinición a la definición	310
a) Consideraciones previas	310
b) Adopción	310
c) Medidas de protección	313
d) Acreedor alimenticio/Alimentos	316
2. <i>Convenios marcos</i>	319
A) Consideraciones previas	319
B) Modalidades de ejecución	320
a) Desarrollo organizativo o de estructuras	320

b) Desarrollo legislativo <i>stricto sensu</i>	322
C) Graduación entre Convenios	322
a) Convenios de CIA predominante	322
b) Convenios de conflicto de autoridades.....	323
c) Convenios híbridos.....	325
D) Diferencias en la recepción entre los Estados parte	326
3. Principio de confianza mutua entre los Estados parte.....	329
A) Fundamento	329
B) Las cláusulas de adhesión	330
a) Consideraciones previas	330
b) Procedimiento de invitación.....	331
c) Cláusulas de aprobación.....	332
d) Cláusulas de objeción.....	333
C) Medidas de promoción.....	335
4. Principio de no exclusividad.....	337
A) Justificación	337
B) Traducción jurídica: las cláusulas de compatibilidad.....	338
a) Consideraciones previas	338
b) Cláusulas de subordinación.....	339
c) Cláusulas de compatibilidad orientadas a la aplicación de la norma más favorable	342
d) Cláusulas de compatibilidad <i>stricto sensu</i> : la regla de la eficacia máxima.....	344
5. Beneficios convencionales de carácter procedimental	347
A) Consideraciones previas.....	347
B) Manifestaciones.....	349
a) Supresión de la legalización y de formalidades análogas.....	349
b) Supresión de la « <i>cautio iudicatum solvi</i> ».....	352
c) Gratuidad de los procedimientos.....	354
d) Utilización de formularios modelos	361
6. Regulación de los problemas derivados de la existencia de Estados jurídicamente complejos	365
A) Consideraciones previas.....	365
B) Cláusulas de designación de varias AACC	366
C) Cláusulas de exclusión de los conflictos internos	367
D) Cláusulas federales.....	369
E) Cláusulas de remisión a un Ordenamiento plurilegislativo	370
a) Desde la perspectiva de la ley aplicable	370
b) Desde otras perspectivas	372
7. Posibilidad de concluir Acuerdos entre los Estados parte ordenados a facilitar la aplicación del Convenio	375
8. Dinamismo convencional.....	378
A) Consideraciones previas.....	378
B) Órganos encargados del seguimiento convencional.....	379
a) Las Comisiones especiales en el seno de la Conferencia de La Haya.....	379
b) Otros foros específicos.....	381
C) Otras expresiones del dinamismo convencional: «El Proyecto de La Haya sobre la cooperación internacional y la protección de menores».....	383

TOMO II

CAPITULO II:

AUTORIDADES INTERVINIENTES Y OTRAS ESTRUCTURAS DE CIA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	387
II. LAS AUTORIDADES COMPETENTES <i>STRICTO SENSU</i>	388
1. <i>Delimitación de la estructura, naturaleza y forma de determinación</i>	388
A) Pautas suministradas por la normativa convencional	388
a) Consideraciones previas.....	388
b) Protección de menores: las diferencias entre los sistemas nacionales	389
B) Determinación conforme a los Derechos internos y adopción de un criterio funcional.....	393
2. <i>Forma de intervención y determinación en el Derecho español</i>	395
A) Convenios de conflicto de autoridades	395
a) Imperativa intervención en cuanto agentes de los sectores clásicos	395
b) Intervención en cuanto estructuras de cooperación	397
B) Convenios híbridos	402
a) Principio de necesaria intervención como juez del <i>exequátur</i>	402
b) Problemas de determinación en el Derecho español.....	404
C) Convenios de CIA predominante.....	407
a) ¿Tendencia a la desjudicialización?	407
b) Convenios de intervención judicial relevante	408
c) Convenios de intervención judicial reducida	413
III. LAS AUTORIDADES CENTRALES	415
1. <i>La evolución del papel de las AACC</i>	415
A) Sus orígenes en los Convenios de procedimiento civil: modelo de intervención unilateral y de intermediación judicial.....	415
B) La etapa de transición: modelo de doble dirección y superador de la función intermediaria	417
C) Las AACC en los Convenios sobre protección de menores: modelo bilateral y tutelar ...	422
2. <i>Régimen jurídico</i>	426
A) Interacción entre normativa convencional y normativa autónoma	426
B) Necesidad de competencias y de recursos adecuados.....	428
3. <i>Condición jurídica y forma de determinación</i>	430
A) Importancia de la precisión de la condición jurídica	430
B) Condición jurídica en función de la forma de determinación	432
a) Determinación convencional directa.....	432
b) Determinación interna dentro de los límites convencionales.....	433
c) Determinación interna en atención a las funciones convencionales	436
C) Especial determinación de las AACC en los supuestos de Estados plurilegislativos.....	440
a) Posibilidad de descentralización y la denominada «Super Autoridad central»	440
b) La descentralización de las AACC en España: la posible actividad externa de las CCAA.....	444
4. <i>Obligaciones de las AACC</i>	448
A) Obligación global de cooperación: perspectivas <i>ad extra</i> y <i>ad intra</i>	448
B) Obligaciones cuasi generalizadas	452
a) Consideraciones previas: ejecución en el marco de una geometría variable.....	452
b) Obligación de actuar como canales de transmisión	453

c) Representación del interesado	457
d) Intercambio de información <i>in genere</i>	464
e) Obligación de facilitar acuerdos amistosos	468
C) Obligaciones específicas o particulares.....	471
a) Consideraciones previas: criterio de especialidad material y principio de no imperativa ejecución directa.....	471
b) Marco de la sustracción internacional de menores.....	473
c) Marco de la facilitación del cobro de los créditos alimentarios	475
d) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional	478
5. <i>Alcance de la intervención</i>	480
A) Consideraciones previas: de nuevo sobre la «desjudicialización»	480
B) Convenios de conflicto de autoridades: función marcadamente auxiliar a las autoridades competentes <i>stricto sensu</i>	480
a) Consideraciones previas.....	480
b) Competencias autónomas de las AACC.....	481
c) Alcance de la intervención de las AACC en los procedimientos de cooperación entre autoridades competentes.....	484
C) Convenios híbridos y Convenios de CIA predominante: capacidad de decisión en torno a la tramitación de la solicitud	488
a) Distinción de supuestos: posibilidad de prescindir de la intervención de las AACC/La Autoridad central como <i>passage obligé</i>	488
b) Posible recurso contra la decisión administrativa de las AACC de rechazo de la solicitud	497
D) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional: desplazamiento del protagonismo de la autoridad judicial por el de la autoridad administrativa	499
IV. OTRAS ESTRUCTURAS DE COOPERACIÓN	506
1. <i>Consideraciones previas: forma de determinación de su intervención y fundamento</i>	506
2. <i>Autoridades públicas</i>	509
A) Consideraciones previas.....	509
B) Identificación	511
a) Autoridades de naturaleza policial	511
b) Servicios de inmigración.....	512
c) Organismos públicos en materia de protección de la infancia.....	514
d) Autoridades consulares	516
3. <i>Personas y organismos privados</i>	519
A) <i>Ámbito de actuación</i>	519
B) Organismos acreditados en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.....	520
a) Marco convencional	520
b) Las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional en el Derecho español	524
C) Personas y organismos no acreditados	535

CAPITULO III:

PROCEDIMIENTOS DE CIA

I. PROCEDIMIENTOS DE CIA DE NATURALEZA JUDICIAL: CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	541
1. <i>Consideraciones previas</i>	541
2. <i>Procedimientos tendentes a la codecisión</i>	543

A) Procedimientos de transferencia de competencias.....	543
a) Acercamiento	543
b) Procedimiento de remisión de competencia	546
c) Procedimiento de reivindicación de competencia.....	550
d) Sobre su admisibilidad en el Derecho español.....	551
B) Procedimiento de colocación del menor en el extranjero	554
a) Régimen jurídico.....	554
b) Valoración	556
C) Protección al progenitor titular o futuro titular del derecho de visita que reside en un Estado contratante distinto al de la residencia habitual del menor.....	558
a) Régimen jurídico.....	558
b) Valoración	560
3. <i>Procedimientos de asistencia mutua</i>	562
A) Ligados a un procedimiento en curso	562
a) Antes de la adopción de una medida de protección: petición de informaciones útiles relativas a la situación del menor	562
b) Después de la adopción de una medida de protección: asistencia en la ejecución de las medidas adoptadas.....	566
c) Antes o después de la adopción de la medida de protección: asistencia en los supuestos de menor expuesto a un grave peligro.....	569
B) Fuera de un procedimiento en curso	570
a) Consideraciones previas.....	570
b) Petición de informes relativos a la situación del menor.....	571
c) Petición de adopción de medidas de protección.....	572
II. PROCEDIMIENTOS DE CIA DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA: CONVENIO DE LA HAYA DE 1993 SOBRE ADOPCIÓN INTERNACIONAL	573
1. <i>Consideraciones previas</i>	573
2. <i>Fase distributiva de competencias</i>	576
A) Estado de recepción	576
B) Estado de origen	577
3. <i>Fase de codecisión</i>	579
4. <i>Fase de colaboración</i>	583
A) Consideraciones previas	583
B) Modalidades.....	584
a) Constitución de la adopción en el Estado de origen.....	584
b) Constitución de la adopción en el Estado de recepción	585
III. PROCEDIMIENTOS DE CIA DE NATURALEZA MIXTA O COMPLEJA: CONVENIOS DE CIA RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE CUSTODIA Y DE VISITA, Y RELATIVOS A LA FACILITACIÓN DE LOS CRÉDITOS ALIMENTARIOS EN EL EXTRANJERO	587
1. <i>Consideraciones previas</i>	587
A) Sobre la naturaleza mixta o compleja	587
a) Acercamiento	587
b) En atención al objeto	588
c) En atención a la naturaleza de las autoridades	589
B) Sobre el carácter único/diverso.....	591
C) Sobre la imperatividad/facultatividad	593
2. <i>Fase de iniciación del procedimiento convencional: CIA de naturaleza básicamente administrativa</i>	595

A) Modelo básico	595
B) Peculiaridades	596
a) Delimitación	596
b) Libertad del interesado en cuanto a la elección de la Autoridad central competente para recibir la solicitud	596
c) Intensidad de CIA	598
3. Fase prejudicial y de CIA de naturaleza básicamente administrativa	601
A) Delimitación	601
B) Actuaciones habituales de CIA	602
a) Localización del menor o del deudor alimenticio	602
b) Intercambio de informaciones sobre el menor o el deudor alimenticio	604
c) Adopción de medidas provisionales	606
d) Facilitación de un acuerdo amistoso entre las partes	609
1º) Consideraciones previas	609
2º) Marco de la facilitación de los créditos alimentarios en el extranjero	609
3º) Marco de la sustracción internacional de menores	611
4. Fase judicial y de CIA de naturaleza mixta	613
A) Consideraciones previas	613
B) Procedimientos de reconocimiento y ejecución <i>stricto sensu</i>	616
a) Delimitación	616
b) Convenio de Luxemburgo de 1980	616
1º) Régimen sustantivo	616
2º) Aspectos procedimentales convencionales	620
3º) Derecho español	621
c) Convenio de Roma de 1990	623
d) Convenio hispano-marroquí de 1997	625
1º) Régimen sustantivo	625
2º) Aspectos procedimentales	626
C) Otros procedimientos de reconocimiento y ejecución	628
a) Delimitación	628
b) Convenio de la Haya de 1980 y protección del derecho de visita organizado en ausencia de desplazamiento ilícito	629
c) Convenio de Nueva York de 1956 y reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras relativas a prestaciones de alimentos	633
1º) Régimen convencional	633
2º) Derecho español	637
D) Procedimientos <i>ex novo</i>	639
a) Delimitación	639
b) Procedimientos de retorno del menor	640
1º) Régimen del Convenio de La Haya de 1980	640
2º) Derecho español	644
c) Ejercicio de una acción <i>ex novo</i> en materia de derecho de visita	650
d) Ejercicio de una acción <i>ex novo</i> en materia de alimentos	652
1º) Pautas convencionales	652
2º) Derecho español	653
5. Fase de ejecución <i>stricto sensu</i> y de CIA de naturaleza básicamente mixta	656
A) Ejecución de la orden de retorno en algunos supuestos conflictivos	656
B) Ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones alimenticias	659

CAPITULO IV:

ALCANCE DE LA CIA

I. POSICIÓN DE LA CIA	663
II. SECTOR DE LA COMPETENCIA INTERNACIONAL DE AUTORIDADES	665
1. <i>Convenios de conflicto de autoridades: hacia la CIA judicial en clave de codecisión</i>	665
A) Convenio de La Haya de 1961: repuesta en complejos términos de reparto	665
B) Convenio de La Haya de 1996: respuesta en clave de CIA judicial	669
a) Soluciones barajadas durante los trabajos preparatorios en clave tradicional	669
b) Solución adoptada en clave de CIA judicial codecisional	671
C) Traslación de la solución a otros regímenes de protección	673
D) Algunas relaciones entre CIA y competencia internacional	675
2. <i>Convenios híbridos</i>	678
A) Insuficiencia de las soluciones	678
B) Alternativas de <i>lege ferenda</i>	679
3. <i>Convenios de CIA predominante</i>	681
A) Consideraciones previas	681
B) Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores	683
a) La residencia habitual del menor como foro de competencia judicial implícito	683
b) Limitaciones de la opción del Convenio de La Haya de 1980 y art. 7 del Convenio de La Haya de 1996	685
C) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional	688
a) Del reparto de competencias hacia la CIA administrativa codecisional	688
b) La residencia habitual del menor en su vertiente de foro de competencia	691
III. SECTOR DEL DERECHO APLICABLE	694
1. <i>Peculiaridades comunes</i>	694
A) Abandono progresivo del método conflictual clásico: tendencia a la eliminación de la aplicación del derecho extranjero	694
B) Influencia de valores de derecho material y tendencia a las respuestas jurídicas sustantivistas	696
a) Consideraciones previas	696
b) <i>Standars minimus</i> internacionales: el interés superior del menor	698
c) <i>Standars minimus</i> internacionales dependientes del interés del menor y las «normas. narrativas»	703
d) Normas materiales de carácter procedimental	706
2. <i>Convenios de conflicto de autoridades: relación forum e ius</i>	708
A) Consideraciones previas	708
B) Justificación tradicional de la regla de la unidad	709
C) Convenio de La Haya de 1961	711
a) La unidad inseparable del <i>forum</i> y el <i>ius</i>	711
b) Valoración crítica	712
D) Convenio de La Haya de 1996: la posible separación de competencias vía cláusula de excepción	715
E) Traslación de la solución a otros regímenes de protección	720
F) Algunas relaciones entre CIA y Derecho aplicable	722
3. <i>Convenios de CIA predominante</i>	723
A) Consideraciones previas: distinción de supuestos	725
B) Convenios exclusivos de CIA	725
a) El artículo 6. 3º del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de	

alimentos en el extranjero.....	728
b) El art. 3 a) del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores.....	732
C) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional	732
a) Consideración previas: penetración de la CIA	733
b) Normas materiales especiales mínimas.....	736
c) Intervención distributiva de los Ordenamientos jurídicos presentes en la aplicación de ciertos principios materiales uniformes.....	739
d) Método de anticipación.....	742
IV. SECTOR DE LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE DECISIONES	742
1. <i>Revitalización de la importancia del sector</i>	742
2. <i>Convenios de conflicto de autoridades: línea clásica</i>	743
A) Insuficiencia de la respuesta del Convenio de La Haya de 1961	743
B) Revisión del sistema en línea básicamente tradicional.....	745
a) Consideraciones previas.....	745
b) Reconocimiento	746
c) <i>Exequátur</i> o declaración de ejecutividad.....	752
C) Algunas relaciones entre CIA y eficacia extraterritorial de decisiones	755
3 <i>Convenios híbridos</i>	757
4 <i>Convenios de CIA predominantes</i>	759
A) Convenios exclusivos de CIA	759
a) Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores.....	759
b) Convenio de NuevaYork de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero	763
B) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional	765
a) La CIA como presupuesto del régimen de reconocimiento.....	765
b) Alcance de la CIA: vuelta a los elementos conflictuales en la reglamentación de los efectos de la adopción.....	768
CONCLUSIONES	777
BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN	799
I. OBRAS DE CARÁCTER GENERAL	799
II. MONOGRAFÍAS.....	802
III. ARTÍCULOS Y CONTRIBUCIONES EN OBRAS CONJUNTAS	806
IV. NOTAS DE JURISPRUDENCIA.....	844
V. DOCUMENTACIÓN.....	848

ABREVIATURAS

TEXTOS LEGALES

Cc	Código Civil
CE	Constitución española de 27 de diciembre de 1978
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LRC	Ley del Registro Civil
RRC	Reglamento del Registro Civil
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

<i>AC</i>	<i>Actualidad Civil</i>
<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
<i>ADI</i>	<i>Anuario de Derecho internacional</i>
<i>AEDIPr.</i>	<i>Anuario Español de Derecho internacional privado</i>
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AJCL</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>Ann. eur.</i>	<i>Annuaire européen</i>

<i>ASDI</i>	<i>Annuaire suisse de Droit international</i>
<i>Annuaire IDI</i>	<i>Annuaire de l'Institut de Droit International</i>
<i>BIMJ</i>	<i>Boletín de Información del Ministerio de Justicia</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>DOCE</i>	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
<i>Fam.Law.</i>	<i>Family Law</i>
<i>FamLQ</i>	<i>Family Law Quarterly</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>ICLQ</i>	<i>The International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>Int. Journ. of Law and the Family</i>	<i>International Journal of Law and the Family</i>
<i>J.-Cl. dr. int.</i>	<i>Jurisclasseur de droit international</i>
<i>JCP</i>	<i>Jurisclasseur Périodique. La Semaine Juridique</i>
<i>Journ. dr. in.</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>Journ. Trib.</i>	<i>Journal des Tribunaux</i>
<i>La Ley</i>	<i>Revista Jurídica Española, La Ley</i>
<i>La Ley (CE)</i>	<i>Revista Jurídica Española, La Ley (Suplemento Comunidades Europeas)</i>
<i>NILR</i>	<i>Netherlands International Law Revue</i>
<i>PJ</i>	<i>Poder Judicial. Revista del Consejo General del Poder Judicial</i>
<i>R. des. C.</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RAJ</i>	<i>Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia</i>
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RCEA</i>	<i>Revista de la Corte Española de Arbitraje</i>

<i>RCEC</i>	<i>Revista del Centro de Estudios Constitucionales</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>Rec. Dalloz</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>REDC</i>	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
<i>REDI</i>	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
<i>REE</i>	<i>Revista de Estudios Europeos</i>
<i>Rev. belge dr. int.</i>	<i>Revue Belge de Droit international</i>
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. dr. public.</i>	<i>Revue de Droit Publique</i>
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RSDIE</i>	<i>Revue Suisse de Droit International et de Droit Européene</i>
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>Rev. trim. dr. fam.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit familial</i>
<i>RFD adm.</i>	<i>Revue Française Droit Administrative</i>
<i>RFDUCM</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RIE</i>	<i>Revista de Instituciones Europeas</i>
<i>Riv. crit. dir. pr.</i>	<i>Rivista critica di Diritto privato</i>
<i>Riv. dir. civ.</i>	<i>Rivista di Diritto civile</i>
<i>Riv. dir. int. pr. proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Cataluña</i>

Travaux Com.fr.dr.int.pr.

*Travaux de Comité français de droit
international privé*

ORGANISMOS

AP	Audiencia Provincial
AT	Audiencia Territorial
CEE	Comunidad Económica Europea
CIEC	Comisión Internacional del Estado Civil
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
IDI	Instituto de Derecho Internacional
JPI	Juzgado de Primera Instancia
NU	Naciones Unidas
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ	Tribuna Internacional de Justicia
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

OTRAS

A (AA)	Auto (s)
AA.VV.	Autores varios

AACC	Autoridades Centrales
CIA	Cooperación Internacional entre Autoridades
CCAA	Comunidades Autónomas
DIPr.	Derecho internacional privado
DIPúb.	Derecho internacional público
R/Res.	Resolución
S/Sent.	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC (SSTC)	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
STS (SSTS)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo

OBJETO DEL ESTUDIO

El presente trabajo constituye un estudio de DIPr. español con un doble objetivo, que se estructura en un capítulo introductorio y cuatro capítulos.

Es un estudio de DIPr. español en cuanto se limita a los Convenios internacionales de cooperación internacional entre autoridades (CIA) vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico en materia de protección de menores y, excepcionalmente, no vigentes, pero cuyas normas están llamadas a integrarse en el mismo, aunque sea mediante técnicas legislativas distintas al Convenio internacional. Entre los Convenios no vigentes en el DIPr. español se incluyen el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, tendente a sustituir al Convenio de La Haya de 1961, y el Convenio de Roma, de 6 de noviembre de 1990, entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la simplificación de los procedimientos relativos al cobro de los créditos alimentarios. El primero, en vigor desde el 1 de enero de 2002 respecto a ciertos países, a pesar de la actitud crítica de algún sector de nuestra doctrina en torno a su ratificación por España, ha sido valorado recientemente por la Comisión de la Unión Europea como una valiosa contribución a la protección de los niños en el marco internacional, reconociendo la importancia para la Comunidad de su firma cuanto antes por parte de los Estados comunitarios. El segundo, aunque no llegó a entrar en vigor, tras la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil en virtud del Tratado de Ámsterdam, y la posterior introducción de las pensiones de alimentos en el «Programa de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», anuncia su posible conversión en un futuro Reglamento comunitario. En cualquier caso, con independencia de la futura acción comunitaria en materia de alimentos, cuyas líneas todavía no se encuentran definidas, el modelo de CIA administrativa adoptado por este Convenio resulta sumamente valioso a efectos de la conclusión del nuevo Convenio en materia de pensiones alimenticias que actualmente se elabora en la Conferencia de la Haya.

El primer objetivo de este trabajo consiste en analizar los Convenios de DIPr. en el marco de la protección del menor que hacen uso de la CIA. Actualmente, todos los Convenios en materia de protección de menores incorporan en su reglamentación con distinto alcance la CIA, y todos los autores coinciden en destacar esta nueva aproximación. Sin embargo, no existe un tratamiento global y riguroso que los aborde precisamente desde la perspectiva de la CIA, sino que los numerosos estudios de la doctrina española relacionados con la protección del menor suelen ser sectoriales materialmente y realizados más bien desde la perspectiva metodológica clásica. El proceso de delimitación de este primer objetivo conduce a un amplio objeto de estudio, puesto que si su eje es la CIA y no una parcela de la reglamentación de la protección del menor, deben abordarse todos aquellos Convenios internacionales de DIPr. que incorporan la CIA y que afectan desde cualquier perspectiva material a la protección del menor, afrontando tanto los problemas generales que suscita su protección *in genere*, como los aspectos específicos de la misma.

El segundo objetivo de este estudio, consecuencia del primero, consiste en determinar el alcance de la CIA en el marco de la reglamentación de la protección del menor, con relación a los sectores del DIPr. y a sus respectivas técnicas tradicionales de reglamentación. En efecto, el problema de fondo que realmente plantea la CIA es su posición en el sistema o en el conjunto de la disciplina, su relación con el resto de los sectores del DIPr. Nadie duda que la CIA se ha ido incorporando de manera progresiva en la reglamentación de la protección del menor, tradicionalmente regulada mediante los expedientes clásicos del DIPr, pero la relación científica que existe entre ésta y el sistema de DIPr. no ha sido abordada.

Este doble objetivo determina el *iter* del estudio escogido, puesto que no podrá afrontarse la cuestión del alcance de la CIA sin conocer realmente en que consiste la CIA en estos Convenios. Por ello, aparte de un Capítulo introductorio que examina los dos ejes sobre los que gravita el presente trabajo (CIA y protección de menores) y delimita la normativa objeto del estudio, los tres primeros capítulos se encuentran destinados a estudiar estos Convenios de CIA: cuáles son las características que los separan de los Convenios tradicionales de DIPr. (Cap. I), cuáles son las autoridades o estructuras que vehiculan la CIA (Cap. II), y cuál es el contenido de la CIA o sus procedimientos de articulación (Cap. III). Sólo una vez conocida la forma de

incorporación y funcionamiento de la CIA en los Convenios de DIPr. en materia de protección de menores podrá abordarse, en segundo lugar, la cuestión de su alcance en el conjunto del sistema (Cap. IV)

CAPITULO INTRODUCTORIO

I. La cooperación internacional clásica en el DIPr

1. Aproximación a la cooperación internacional en el ámbito del DIPr.

A) Acercamiento a la noción de cooperación internacional

No cabe duda que la idea de cooperación internacional ha alcanzado un auge cuantitativo y cualitativo inusitado en todos los órdenes de la realidad social durante la segunda mitad del siglo XX¹. La incidencia de este fenómeno en el entero Ordenamiento jurídico en general, y en el Derecho internacional privado (DIPr.) en particular, resulta muy difícil de precisar, ya que la propia noción de cooperación internacional continúa siendo un concepto impreciso, que hasta hoy sigue sin recibir un tratamiento riguroso y sistemático². Para acercarse en un primer momento a la cooperación internacional en el ámbito del DIPr., se requiere previamente separar la cooperación internacional en el ámbito jurídico de otras manifestaciones de cooperación internacional que se desenvuelven en esferas distintas³.

¹ *Vid.*, las distintas contribuciones presentadas a las XIV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, recogidas en la obra F. Aldecoa Luzarraga (Coord.), *La Cooperación internacional. Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1991, Bilbao, 1991. En ésta se analizan diversas y muy diferentes manifestaciones del fenómeno de la cooperación internacional en el ámbito del Derecho internacional público, del Derecho internacional privado y de las Relaciones internacionales.

² Para una aproximación al concepto de cooperación internacional, *vid.*, especialmente desde la perspectiva del DIPúb., G. Garzón Clariana, «Sobre la noción de cooperación internacional», *R.E.D.I.*, 1976, pp. 51-69, así como los trabajos citados en dicho artículo. Este autor insiste en el poliformismo de la misma noción, donde según su opinión, se encuentra la auténtica dificultad insalvable de esbozar un estudio completo del fenómeno. No obstante, rechaza la tesis que la cooperación internacional sea un «concepto esencialmente subjetivo», y defiende que es posible determinar su contenido objetivo. Posteriormente, sobre la noción puede verse, *ad. ex.*, E. Mc. Whinney, «Le concept de coopération» en M. Bedjaoui, *Droit International. Bilan et perspectives*. Tome I, Pedone, París 1991, pp. 445-457.

³ Este procedimiento de acotación no suele ser habitual entre nuestra doctrina. Puede verse, excepcionalmente, D. P. Fernández Arroyo, «Cooperación internacional en el ámbito de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: relaciones y tendencias», *Libro de ponencias de las Jornadas Uruguayas-Santafesinas*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 1997, pp. 567-578, esp. pp. 567-568; *id.*, *Derecho internacional privado. (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba (Argentina), 1998, pp. 61-63. En el ámbito del DIPúb., con relación a la cooperación internacional articulada bilateralmente, puede verse la delimitación realizada por A. Fernández Tomás, *La celebración de Tratados bilaterales de cooperación por España*, Tirant lo blanc, Valencia, 1994.

En este proceso de delimitación debe partirse necesariamente de la misma noción de cooperación internacional y, para ello, nada mejor que tomar como punto inicial el concepto que suministra el *Dictionnaire de la terminologie du Droit International* en cuanto: «acción coordinada de dos o varios Estados con objeto de alcanzar resultados que consideran deseables»⁴. De esta definición, y tomando en consideración algunas reflexiones doctrinales en los intentos de acercarse a la noción de cooperación internacional, resulta imprescindible retener una idea esencial en la que concluyen dichos estudios: para que una determinada relación pueda encuadrarse como de cooperación, deben concurrir tres requisitos acumulativamente: una pluralidad de sujetos cooperantes, una actividad y unos fines concretos⁵.

El adjetivo de internacional suele utilizarse respecto al sustantivo de cooperación, haciendo referencia bien a los sujetos que intervienen en la actividad de cooperación, o bien refiriéndose a su forma de regulación jurídica⁶. Respecto a lo primero, aunque tradicionalmente el fenómeno de la cooperación internacional más extendido fue el producido entre Estados soberanos (y de ahí la misma noción que proporciona el citado *Dictionnaire*)⁷, actualmente la aparición de nuevos sujetos en el contexto internacional, ha venido a transformar el sentido clásico de la cooperación internacional interestatal. En primer lugar, debe citarse el protagonismo adquirido por las Organizaciones internacionales como «centros» o «instrumentos dinámicos» de la misma, dando lugar al surgimiento de una «cooperación institucionalizada»⁸, y en segundo lugar, paralelamente, la incidencia de los fenómenos de integración de diversos Estados en un Ente político y organizativo distinto, que ocasiona una

⁴ Union Académique Internationales, *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, París, 1960, pp. 172-173. Textualmente dice así: *Coopération: Action de travailler conjointement avec d'autres. Dans la expression coopération internationale, ce terme vise d'ordinaire l'action coordonnée de deux ou plusieurs Etats en vue d'atteindre des résultats par eux jugés désirables.*

⁵ Sobre las diversas posibilidades de cada uno de estos elementos, *vid.*, G. Garzón Clariana, «Sobre la noción de cooperación internacional», *cit.*, pp. 55-67.

⁶ También cabe entender el adjetivo de internacional en el sentido que delimita el ámbito espacial donde se produce la cooperación (*vid.*, J. P. Pérez Milla, *La notificación judicial internacional*, Comares, Granada, 2000, p. 5).

⁷ Como expresaba G. Garzón Clariana («Sobre la noción...», *cit.*, p. 54), aunque los agentes materiales de las distintas acciones que compongan la actividad de cooperación sean personas humanas, tales actos sólo adquieren relevancia jurídica en la medida en que sea posible atribuirlos a unos sujetos de Derecho internacional, ejerciendo como tales.

⁸ *Vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 31.

«regionalización de la cooperación internacional»⁹. Respecto al segundo de los sentidos del término internacional añadido al de cooperación, es decir, con relación a la regulación jurídica de la actividad de cooperación, éste suele utilizarse para hacer referencia a su forma habitual (aunque no exclusiva) de regulación, es decir, refiriéndose al Convenio internacional¹⁰.

B) Cooperación jurídica internacional *stricto sensu* versus reglamentación jurídica de la cooperación internacional

Estas mínimas nociones generales, previas e imprescindibles del concepto de cooperación internacional, permiten ir acotando el objeto del presente estudio, y distinguir entre una noción de cooperación jurídica internacional *stricto sensu* y otra en un sentido más amplio. Dentro de la primera, se encuadraría la que tiene lugar mediante los Convenios internacionales o las normas emanadas de los organismos de integración, que reglamentan específicamente la cooperación en todos y en cada uno de los diferentes ámbitos del Derecho¹¹. En cambio, dentro de la noción de «cooperación jurídica internacional en sentido amplio», se añadiría al contenido de la concepción estricta, aquellas otras formas de colaboración entre Estados (con gran participación de las Organizaciones internacionales), que también se canalizan por medio de Convenios internacionales, pero que a diferencia de las primeras, tienen por objeto (fin) cuestiones ajenas al ámbito del Derecho. El marco de actuación de esta última modalidad de cooperación internacional resulta extremadamente amplio,

⁹ *Vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 32-33.

¹⁰ Aunque el marco convencional haya sido, y continué siendo, el marco más apropiado para la articulación de la cooperación internacional, sin embargo, en modo alguno, es el único. Como se verá a continuación ésta puede venir regulada por normas de origen internacional distintas al Convenio (especialmente en el marco de la cooperación regionalizada), por normas de origen interno de muy diferente naturaleza y alcance, e incluso, continúan existiendo en determinadas materias (*ad. ex.*, celebración del matrimonio), prácticas de cooperación internacional de carácter administrativo-judicial exentas de regulación alguna (*vid.* respecto a estas prácticas, en las que la intervención de los interesados resulta imprescindible, P. Orejudo Prieto de los Mozos, «Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 405-419, esp., pp. 405-406).

¹¹ También se incluiría dentro de esta concepción restringida de cooperación internacional, como se verá a continuación, las manifestaciones existentes en los Derechos internos, producidas unilateralmente por los legisladores estatales en aplicación de las normas que al respecto existen en cada uno de los Ordenamientos jurídicos (en el mismo sentido, *vid.*, D. P. Fernández Arroyo, «Cooperación internacional...», *cit.*, pp. 567-568).

incluyendo sectores tan diversos como el económico, político, científico, técnico, defensa, cultural, tecnológico, etc.¹² Puede apreciarse fácilmente que estas formas de colaboración interestatales sólo presentan de cooperación jurídica internacional su forma de reglamentación, o también puede predicarse de las mismas que participan de «los aspectos jurídicos» de la cooperación internacional, pero, a mi juicio, no son modalidades de cooperación jurídica internacional, pues se desenvuelven en un ámbito material y teleológico ajeno al jurídico, con lo cual considero más acertado sostener la concepción estricta de la cooperación jurídica internacional¹³. Las actuaciones interestatales con reglamentación jurídica quedan fuera del presente estudio, aunque hay que apuntar que quizás sea precisamente en dicho marco donde el fenómeno de la cooperación internacional ha experimentado su mayor expansión en las últimas décadas.

C) Cooperación jurídica internacional en el ámbito del DIPr. *versus* cooperación jurídica internacional en el ámbito del DIPúb.

Dentro de lo que se ha denominado «concepción estricta» de la cooperación jurídica internacional, puede realizarse a su vez una segunda distinción, que separa la cooperación internacional que recae sobre distintos sectores del Derecho público, de aquella otra que afecta al Derecho privado¹⁴. La primera implica especialmente, con técnicas y características muy diversas, al Derecho internacional público, al Derecho penal internacional y al Derecho fiscal internacional¹⁵. La segunda recaería

¹² El ejemplo paradigmático de esta modalidad de cooperación internacional sería la conocida política de «Cooperación Internacional al desarrollo». En España recibe un importante impulso a partir de la Constitución Española de 1978 y ha sido canalizada jurídicamente en nuestro Derecho interno mediante La Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo, aprobada el 7 de julio de 1998 (*B.O.E.*, 8 de julio de 1998). En el ámbito comunitario también estuvo presente desde la fecha misma de la constitución de la CEE, aunque no sería institucionalizada hasta el TUE.

¹³ Esta misma conclusión es la que parece desprenderse de la delimitación realizada en este ámbito por O. Capatina, «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *R. des C.*, t. 179 1983-I, pp. 305-413, esp. pp. 317-325.

¹⁴ Esta separación es también sostenida por D. P. Fernández Arroyo, «Cooperación internacional...», *cit.*, pp. 567-568.

¹⁵ Las materias comprendidas en este ámbito, que por razones de especialidad, queda excluido del presente estudio, son extremadamente numerosas, heterogéneas, e imposibles de enumerar. Podrían incluirse en el mismo multitud de manifestaciones de cooperación jurídica internacional, que afectan a cuestiones tan diversas como las relativas a la cooperación marítima, pacífica, protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales, materia penal (traslado de personas condenadas,

esencialmente sobre cuestiones de Derecho privado, afectando, directamente, por tanto, a los particulares como sujetos de las relaciones privadas internacionales. Es precisamente en esta concepción de la cooperación internacional, alejada de las ideas en torno a la soberanía de los Estados, donde se encuadra la cooperación jurídica internacional en el ámbito de DIPr. No obstante, no puede desconocerse que existen zonas de intersección entre ambas modalidades de cooperación internacional, y sobre todo respecto a determinadas materias que continúan «a caballo» entre varias disciplinas.¹⁶

2. Manifestaciones generales de la cooperación internacional en el DIPr.

A) Consideraciones previas

El poliformismo que, en general, se predica del fenómeno de la cooperación internacional, vuelve a reproducirse cuando se aproxima al mismo en el ámbito específico del DIPr. Cualquier estudio que recaiga sobre la cooperación internacional en este sector del Ordenamiento jurídico, encuentra su primera gran dificultad en la propia indefinición de su naturaleza jurídica en el seno de esta disciplina, y quizás por ello han sido hasta ahora tan escasos y, en cualquier caso, sectoriales los trabajos que versan sobre la misma¹⁷. Lejos de una enumeración exhaustiva de las diversas formas de contemplar el fenómeno de la cooperación internacional en el DIPr., se hará un repaso sobre sus principales facetas o manifestaciones.

comisiones rogatorias), cooperación policial, cooperación fiscal (doble imposición), cooperación administrativa (infraestructuras básicas y estructuras administrativas) etc. Para una visión muy general de las principales manifestaciones de esta clase de cooperación *vid.* en general, A. Mangas (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho Judicial* C.G.P.J., Madrid, 1995 CGPJ, 1994 y, en particular, con relación al Ordenamiento jurídico español, *vid.*, M. Murillo y García-Atance, «La cooperación jurídica internacional», *ibid.*, pp. 359-431. Respecto a la práctica bilateral española, *vid.*, A. Fernández Tomás, *La celebración de tratados bilaterales de cooperación por España...*, *cit.*, *supra* nota 3.

¹⁶ Piénsese, *ad ex.*, en el Derecho *anti-trust*, donde se avanza en el camino de la cooperación internacional de autoridades. Con relación a este tema puede verse, *ad ex.*, S. García Cano, «La cooperación internacional en el ámbito del Derecho de la Competencia: especial referencia a las relaciones euroamericanas», *R.D.C.E.*, 1998, 4, pp. 721-741, y la bibliografía allí contenida.

¹⁷ Algunos autores, no obstante, destacan en general su relevancia en el sistema de DIPr., y reivindican introducirla en el análisis de nuestro Ordenamiento jurídico, confiriéndole una dedicación especial tanto en los programas docentes como de investigación [*vid.*, *ad ex.*, I. García de Velasco, *Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)*, Librería Cervantes, Salamanca, 1994, p. 203].

B) La cooperación internacional como fundamento o presupuesto global del DIPr.

a) Justificación tradicional

La doctrina internacionalprivatista española más autorizada ha resaltado la perspectiva del principio de cooperación internacional como uno de los presupuestos del DIPr.¹⁸ En esta línea, J. D. González Campos hace algunos años escribía que: «*El Derecho internacional privado, al reglamentar las situaciones privadas internacionales, reposa en los presupuestos de apertura e interacción entre sistemas jurídicos estatales*»¹⁹; M. Aguilar Benítez de Lugo, de manera más retórica, expresaba la misma idea al escribir que: «*Entre las condiciones o presupuestos de los que dependen el nacimiento y desarrollo del tráfico jurídico externo cabe distinguir un doble fenómeno de signo contrario: por un lado, de límites, de división política y jurídica, y, por otro, un fenómeno de relación, de comunicación, de cooperación entre los hombres y las comunidades*»²⁰, o M. Aguilar Navarro insistía en que el rechazo de los diferentes sistemas jurídicos a la coexistencia y a la cooperación implicaría la desaparición del DIPr.²¹ Recientemente, en este mismo orden de ideas, E. Pérez Vera afirma que este deber de cooperación interestatal significa «*la traducción de esa idea de justicia que desde sus orígenes se ha reivindicado como fundamento del DIPr.*»²² Expresiones diversas de importantes autores, que ponen de relieve la trascendencia del principio de cooperación internacional en el nacimiento y desarrollo del DIPr.

Esta manera de contemplar el principio de la cooperación internacional en nuestra disciplina se explica y justifica, en mi opinión, desde una perspectiva todavía

¹⁸ Vid., *inter alia*, J. D. González Campos, «El Convenio entre España y Francia de 28 de mayo de 1969, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras», en *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, 1970, pp. 933-965; *id.*, *Derecho internacional privado*, UAM, Madrid, 1984, pp. 137-141.; M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. I, Sec. Publ. Facultad de Derecho, Madrid, 1973; Recientemente, J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 31-32; J. M. Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1997, p. 112.

¹⁹ Vid., J. D. González Campos, *Derecho internacional privado*, UAM, *cit.*, p. 138.

²⁰ Vid., M. Aguilar Benítez de Lugo, «La Cooperación internacional como objetivo del Derecho internacional privado», en F. Aldecoa Luzurraga (Coord.), *La Cooperación internacional...*, *cit.*, pp. 221-245, esp., p. 221.

²¹ Vid., M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional...*, *cit.* p. 15.

²² Vid., E. Pérez Vera, «El Derecho internacional privado», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, UNED, vol. I, 3ª ed., Madrid, 2001, pp. 21-40, esp., p. 39.

tradicional del DIPr., en la cual era preciso acudir a dicho principio, como una especie de principio del Derecho internacional general, para terminar de dar respuesta a cuestiones clásicas del DIPr. (como los problemas derivados de su relatividad o las relaciones de este sector del Ordenamiento jurídico con el Derecho internacional general), procurando separar el Derecho internacional privado del Derecho internacional público. Así, en primer lugar, cuando se trataba de dar solución a las desfavorables consecuencias de la «relatividad» como característica inherente a todo sistema de DIPr. estatal²³, al analizar las diferentes soluciones doctrinales aportadas para erradicar sus efectos, los autores concluían afirmando que sólo entendiendo la cooperación internacional como presupuesto de todo sistema autónomo de DIPr., podrían superarse definitivamente los efectos de aquélla²⁴. En segundo lugar, al analizar las relaciones entre el DIPr. y el Derecho internacional general, los autores, conscientes, de un lado, de la enorme dificultad que ha existido tradicionalmente a la hora de fijar los límites que debe respetar el legislador interno a la hora de elaborar su sistema estatal de DIPr. y, de otro, que a pesar de la unanimidad doctrinal en torno a la necesidad de respetar ciertos límites, continuaba sin encontrarse una *opinio iuris* consolidada sobre este punto (procurando encontrar una norma de Derecho internacional que precisase cuáles eran dichos «límites»), concluían afirmando que todas las construcciones realizadas en torno a este proceso de indagación (que naturalmente se veían condicionadas por la concepción sostenida respecto al contenido del DIPr.), sólo terminaban de adquirir sentido si se explicaban situando el principio de cooperación internacional como el fundamento de todo sistema de DIPr. autónomo²⁵.

²³ Relatividad en el sentido, como es de sobre conocido, que cada sistema proporciona unilateralmente las soluciones jurídicas que considera más justas a la regulación de las situaciones privadas internacionales, pero nada garantiza que esa misma situación se resuelva del mismo modo desde el prisma de otro sistema distinto de DIPr. Consecuencias negativas, también conocidas, como inseguridad jurídica, divergencia de soluciones de un país a otro país, existencia de múltiples «situaciones claudicantes», etc. (vid. P. Mayer, *Droit international privé*, 1994, esp. pp. 28-31; J. D. González Campos, *Derecho internacional privado*, UAM, cit., pp. 118-126).

²⁴ Vid., entre otros, J. D. González Campos, *Derecho internacional privado*, UAM, cit., p. 138; J. M. Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general...*, cit., p. 112.

²⁵ Vid., ad. ex., J. D. González Campos, *Derecho internacional privado*, UAM, cit., p. 101.

b) Replanteamiento constitucional

Como habrá ocasión de profundizar más adelante cuando se analice la proyección del principio de cooperación internacional en cada uno de los sectores del DIPr., basta aquí anunciar que esta fundamentación todavía clásica de la cooperación internacional como fundamento del DIPr., debe ser replanteada actualmente en unos nuevos términos separados totalmente de la construcción internacional publicista, y mucho más acordes con las modernas Constituciones vigentes en los Estados de nuestro entorno y, concretamente en nuestro país, a la luz de los derechos consagrados en la CE de 1978 a favor de los particulares. Derechos que encuentran su punto neurálgico en el art. 24 CE, y en el derecho de los particulares a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses en las situaciones de tráfico jurídico externo en las que se vean inmersos.

De este modo, la necesidad de eliminar las consecuencias negativas de la relatividad de los sistemas autónomos de DIPr., o de encontrar límites a la libertad del legislador interno para regular su sistema de DIPr., continúan encontrando su fundamento último en el principio de cooperación internacional, pero no entendido como un principio del Derecho internacional general, sin plasmación positiva, sino como un deber de los Estados a favor de los particulares (binomio derecho/deber) que encuentra traducción jurídica nada menos que en sus Normas Fundamentales; Normas que les obligan a cooperar con el resto de los Estados, traducándose dicho deber prestacional en una serie de obligaciones jurídicas, *ad. ex.*, garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio mediante un adecuado sistema de reconocimiento de las decisiones extranjeras que les afecten (solucionando así el problema de la relatividad), o confeccionar su sistema de competencia judicial internacional procurando acercar al particular a la jurisdicción que resulte más apropiada para satisfacer sus pretensiones, lo que en muchas ocasiones significará remitirlo implícitamente a los tribunales de otro Estado (encontrando así límites a la

libertad del legislador estatal para confeccionar sus normas de competencia judicial internacional)²⁶.

En definitiva, el principio de cooperación internacional continúa siendo uno de los presupuestos del DIPr. de nuestros días, pero no concebido como un principio de Derecho internacional general, sino como un principio constitucional en virtud del cual los Estados están obligados a cooperar entre ellos para garantizar el correlativo derecho de los particulares a obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos en el ámbito internacional. El principio de cooperación internacional deja de este modo de ser un principio *per se* y pasa a tener un sentido instrumental.

C) La cooperación internacional como elemento vertebrador del DIPr.

a) Consideraciones previas

El principio de cooperación internacional es susceptible de manifestarse en distinto grado y diversa forma en cada uno de los sectores que constituyen el contenido del DIPr. y, en este sentido, se afirma por algunos autores que puede contemplarse como uno de los elementos vertebradores del DIPr.²⁷ Efectivamente, se trata de un principio general del DIPr., con fundamento constitucional, que debe inspirar toda la regulación de este sector del Ordenamiento jurídico, y actuar como criterio hermenéutico del mismo²⁸. En consecuencia, debe proyectarse de distinto modo en cada uno de sus tres sectores, atendiendo a las particularidades de cada uno de ellos: competencia judicial internacional, derecho aplicable, y eficacia

²⁶ *Vid.*, esta aproximación, en general, F. J. Garcimartín Alférez, «Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional», en S. Álvarez González y J. R. Remacha y Tejada (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 5, Madrid, 2001, pp. 62-68.

²⁷ *Vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1997, pp. 141-142. Hasta el momento, la principal aportación de esta dimensión en la doctrina española es el trabajo de M. Aguilar Benítez de Lugo, «La Cooperación internacional...», en F. Aldecoa Luzurraga (Coord.), *La cooperación internacional*, *cit.*, pp. 221-245.

²⁸ Este valor interpretativo del principio de cooperación internacional, en su concepción de apertura entre Ordenamientos jurídicos, con plasmación constitucional, ha sido recientemente destacado por J. D. González Campos, «El sistema español del Derecho internacional privado. Formación histórica y fuentes», E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, *cit.*, pp. 41-66, esp. pp. 50-51.

extraterritorial de decisiones²⁹. No es éste el lugar de realizar un análisis detallado de cada una de estas proyecciones, sino que bastará con citar aquellos ejemplos más significativos, y con independencia de que se trate de normas de DIPr. de origen convencional, institucional o autónomo.

b) La cooperación internacional en el sector de la competencia judicial internacional

1º) Fundamento del reparto de competencias entre los Estados

Aunque el sector de la competencia judicial internacional quizás haya sido el que ha recibido tradicionalmente menor atención desde el ángulo de la cooperación internacional, no cabe duda que su fundamentación, reglamentación y aplicación puede responder en distinto grado al mismo. A la hora de encontrar los límites que el legislador estatal debe respetar en la confección de su sistema estatal de competencia judicial internacional, las construcciones clásicas que concebían el principio de cooperación internacional como un principio de Derecho internacional general, se veían obligadas a acudir a criterios de utilidad y de efectividad práctica para encontrar dichos límites, ya que afirmaban (acudiendo de nuevo a criterios publicistas) la inexistencia de normas de DIPúb. que impusieran límites a los Estados en este sector del DIPr.³⁰

Esta construcción, según las consideraciones realizadas más arriba, debe ser replanteada concretamente en este sector a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares, en su vertiente de «derecho a la jurisdicción» (art. 24

²⁹ La tesis intermedia, nuclear o tripartita, con relación al contenido del DIPr., es la que se mantiene en este trabajo, en coherencia con las últimas tendencias doctrinales y legislativas (*vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 44-45; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I., Comares, Granada, 2ª ed., 2000, pp. 17-21). Esta concepción, como es sabido, es también la recogida en numerosas leyes de DIPr. en el Derecho comparado (*ad. ex.*, LDIPr. Turquía 1982, LDIPr. Alemania 1986, LDIPr. Suiza 1987, LDIPr. Rumania 1992, LDIPr. Italia 1995).

³⁰ Estos argumentos pueden verse en la doctrina española en las obras más clásicas de Derecho procesal civil internacional, *ad. ex.*, A. Miaja de la Muela, «Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international», *R. des C.*, t. 135, 1972, pp. 5-93; M. de Angulo Rodríguez, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Granada, 1974, pp. 22-23; J. D. González Campos y R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional* (2ª ed.), Bilbao, Universidad de Deusto, 1981, pp. 22-26 .

CE)³¹. Es precisamente en la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la jurisdicción de los particulares en el ámbito internacional donde deben encontrarse los límites del legislador a la hora de establecer el volumen de supuestos internacionales del que pueden conocer sus órganos jurisdiccionales y autoridades públicas. Para entender esta afirmación debe recordarse que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la CE (y el derecho a la jurisdicción comprendido en el mismo), no es un derecho absoluto e incondicional, sino que como en la mayoría de las modernas Constituciones, es un derecho prestacional o de configuración legal³². El principio de cooperación internacional exige en este sentido que la forma de cumplir este deber prestacional en las relaciones privadas internacionales no sea siempre abrir la competencia de los tribunales del foro (tutela por declaración), sino que en aquellos supuestos en que el litigio no presente suficientes conexiones personales o territoriales con el Estado del foro, deberá remitirse a las partes a un proceso en el extranjero³³, sin perjuicio de reconocer *ex post* las decisiones que se adopten en dicho proceso (tutela por reconocimiento)³⁴. Solo entendiendo de este modo el alcance del derecho a la jurisdicción, los Estados estarán cumpliendo su obligación constitucional de cooperar con el resto de los Estados, garantizando efectivamente el derecho de los particulares a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos en el ámbito internacional.

Puede afirmarse, en este sentido, que cualquier manifestación por parte del legislador estatal de autolimitación de sus normas de competencia judicial internacional, fundada bien en la ausencia de una conexión suficiente con el territorio

³¹ Esta idea puede verse implícita en J. D. González Campos, «La competencia judicial internacional. Aspectos generales», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, pp. 287-314, esp., pp. 290-291; *vid.*, también, en el mismo sentido, I. García de Velasco, *Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)*, *cit.*, pp. 143-144.

³² La doctrina de nuestro Alto Tribunal en este sentido es clara y reiterada. El derecho a la jurisdicción es un derecho de prestación o, dicho de otro modo, un derecho de configuración legal, de manera que no cabe deducir un derecho incondicionado y absoluto de la prestación jurídica (puede verse, entre otras, SSTC 164/1991, 190/1991, 220/1993).

³³ La idea que la tutela judicial efectiva se realiza en determinados supuestos más adecuadamente ante un tribunal extranjero que ante nuestros tribunales, se encuentra implícita en la cercana STC 61/2000, de 13 de marzo de 2000 (*BOE*, 14 de abril de 2000, núm. 90).

³⁴ La contraposición entre las categorías de «tutela por declaración» y «tutela por reconocimiento» puede verse en F. J. Garcimartín Alférez, «Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional», *cit.*, p. 66. Puede verse también esta diferencia en el sentido expuesto, J. D. González Campos, «El sistema español del Derecho internacional privado. Formación histórica y fuentes», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, *cit.*, p. 54.

del foro o con su Ordenamiento jurídico, bien en el deseo de realizar determinados principios o valores (llámese «incentivación del comercio internacional», «interés del menor», etc.) o, bien, y esencialmente, dirigida a evitar situaciones claudicantes (favoreciendo de este modo la circulación de resoluciones judiciales), son realizaciones del principio de cooperación internacional y, por tanto, también del derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares. Dicha autolimitación de la competencia judicial internacional puede realizarse, como es sabido, tanto mediante la conclusión de Convenios internacionales o Normas supranacionales que repartan la competencia entre los Estados partes, como unilateralmente por cada uno de los Estados. La primera de las opciones es indudablemente más favorecedora a la cooperación internacional y, sobre todo, en la medida en que la distribución de competencias entre los Estados parte del Instrumento internacional aparezca ligada a la finalidad de favorecer la efectividad en dichos Estados de cualquier decisión que se adopte en dicho marco convencional. Esta llamada «comprensión cooperante» de las normas de competencia judicial internacional³⁵, se produce particularmente, como es bien sabido, en los llamados Convenios o Instrumentos dobles, cuyo primer paradigma fue, sin duda, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968³⁶ (y, actualmente, como consecuencia de la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil tras el Tratado de Ámsterdam, *ex art. 65 TCE*, también, el Reglamento (CE) núm. 44/2001)³⁷. Ahora bien, con independencia de su origen convencional,

³⁵ *Vid.*, D. P. Fernández Arroyo, «Cooperación internacional...», *cit.*, pp. 568 y 569.

³⁶ Convenio de Bruselas (CEE) de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a su interpretación por el TJCE (*DOCE* núm. C 027 de 26 de enero 1998 –*versión consolidada*–, y *B.O.E.* núm. 24 de 28 de enero de 1991, corr. err. *B.O.E.* de 30 de abril 1991). Último Convenio de adhesión de Bruselas de 29 de noviembre de 1996 (*DOCE* núm. C 27 de 16 de enero de 1998). Este modelo de Convenio doble fue seguido por su paralelo, el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988, *BOE* núm. 251, de 20 de octubre de 1994, corr. err. *BOE* núm. 8, de 10 de enero de 1995), y por la ampliación del primero al ámbito de las crisis matrimoniales, Convenio, que no llegó a entrar en vigor, de 28 de mayo de 1998 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (*vid.*, Informe explicativo de A. Borrás, *DOCE* núm. C, de 16 de julio de 1998).

³⁷ Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 12, de 16 de enero de 2001). El Reglamento que, como es sabido, entró en vigor el 1 de marzo de 2002, resulta de aplicación a todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca, ya que el Reino Unido e Irlanda hicieron uso de su facultad de incorporación (*opting in*) y, sustituye, en el marco de sus relaciones al Convenio de Bruselas. El Convenio de Bruselas II, tras el Tratado de Ámsterdam, como es sabido, pasa a ser convertido, apenas sin variación sustancial alguna, en el Reglamento (CE) 1347/2000

institucional, o autónomo, las normas de competencia judicial internacional pueden responder de distinto modo al principio de cooperación internacional.

2º) La cooperación internacional en las normas de competencia judicial internacional

Para analizar algunas de estas manifestaciones se distinguirá entre normas reguladoras de la competencia judicial internacional y normas de aplicación de los sistemas de competencia judicial internacional³⁸.

Respecto a la cooperación internacional en la reglamentación de las normas de competencia, indudablemente, existen foros o criterios de atribución de competencia judicial internacional (o de distribución, si se está en presencia de un régimen internacional), que resultan más favorables a la cooperación entre los diversos sistemas jurídicos, en la medida que suponen autolimitación y coordinación, frente a otros que tradicionalmente han venido considerándose excesivos o exorbitantes. Afortunadamente, los Estados, como es sabido, suelen (y deben) reaccionar frente a esta clase de foros, totalmente opuestos al principio de cooperación internacional, y que recuerdan el viejo imperialismo jurisdiccional que presidió nuestro sistema pre-constitucional en este sector del DIPr.³⁹ La reacción de los Estados consiste, como es conocido, simplemente en negar la eficacia extraterritorial de las decisiones fundadas en tales criterios. Si la regulación de la competencia judicial internacional se distribuye mediante un instrumento internacional, deberán excluirse de la misma los foros exorbitantes existentes en los respectivos sistemas jurídicos de los Estados partes, como se hizo en su día en el art. 3. II del Convenio de Bruselas de 1968⁴⁰. De

de 29 de mayo 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000). Este Reglamento, en vigor desde el 1 de marzo de 2001, al igual que el Reglamento (CE) 44/2001, resulta aplicable en todos los Estados comunitarios excepto en Dinamarca.

³⁸ La categoría de «problemas de aplicación» ha adquirido entre la doctrina española un contenido dogmático que progresivamente se ha ido reforzando (*vid., ad. ex.*, J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 91; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 74).

³⁹ *Vid.*, por todos, A. Miaja de la Muela, «El imperialismo jurisdiccional español y el Derecho internacional privado», *Mélanges Ch. N. Fragistas*, vol. I-B, Tesalónica, 1968, pp. 89-124.

⁴⁰ Sobre su alcance con una mirada también al sistema español autónomo, *vid.*, I. Guardans Cambo, en A. L. Calvo Caravaca (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a*

otro lado, si se distinguen los distintos foros de competencia en atención a la protección de valores que los inspiran, no cabe duda que los foros de protección, en la medida que persiguen la protección de la parte más débil de la relación jurídica, resultan más cooperantes que los «foros neutros», basados exclusivamente en criterios de proximidad con un determinado foro u órgano jurisdiccional⁴¹. Igualmente ocurre con relación a los foros concurrentes, respecto a los foros de carácter exclusivo. La admisión por un determinado sistema de competencia judicial internacional, de carácter unilateral o supranacional, de foros de competencia concurrentes, supone admitir la posibilidad que tribunales de otros Estados conozcan del mismo asunto sobre la base de un mismo o distinto foro de competencia. En cambio, los foros exclusivos, fijados con relación a determinadas materias respecto de las cuales el Estado sólo reconoce la competencia de sus órganos jurisdiccionales, recuerdan a las tradicionales ideas publicistas en virtud de las cuales se estimaba que bajo el conflicto de jurisdicciones se escondía un auténtico conflicto de soberanías. Si bien la presencia de intereses estatales en la materia ha justificado tradicionalmente su existencia, sin embargo, actualmente, la mayor intervención de los intereses privados en dichos litigios y, consecuentemente, la privación a éstos de la posibilidad de optar entre tribunales de diferentes Estados, aconsejan en la línea seguida por el TJCE con relación al art. 16 del Convenio de Bruselas de 1968, una interpretación restrictiva de tales criterios, concebidos como excepciones a un sistema general de competencia judicial internacional⁴². Finalmente, apuntar en este aspecto relativo a las normas reguladoras de la competencia judicial internacional, que un sistema favorable a la admisión y a un amplio alcance del foro de la sumisión (regulado naturalmente dentro de unos límites indispensables y controlable a instancia de parte) revela unos índices

la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pp. 68-73. Actualmente, *vid.*, también, art. 3. 2 con relación al anexo 1 del Reglamento (CE) 44/2001.

⁴¹ Los foros de protección suponen una coordinación entre los sistemas jurídicos implicados, en aras a la consecución de un determinado interés o valor digno de protección, y cuya protección en la mayoría de los casos viene ordenada por la propia Constitución, por lo que con ellos el Estado está cumpliendo su obligación constitucional de cooperar con el resto de Estado para satisfacer determinados intereses dignos de protección. Dichos foros vendrían a ser equivalentes en el ámbito del Derecho aplicable a las normas de conflicto materialmente orientadas.

⁴² Con relación a los foros exclusivos, un sector de la doctrina española, de manera un poco desmesurada, aboga por su supresión (*vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción...*, *cit.*, p. 191).

de cooperación internacional más amplios que aquellos otros sistemas hostiles al foro de la autonomía de la voluntad, en la medida que revela una opción más comprometida con los intereses de los particulares presentes en la relación, que preocupada en atribuirse competencias sobre determinados litigios que presenten «alguna» conexión con el foro⁴³.

Respecto a la cooperación internacional en los problemas de aplicación de las normas, de sobra son conocidos los problemas que se han planteado tradicionalmente en nuestro sistema autónomo en torno a la aplicación de las normas de competencia judicial internacional contenidas en el mismo, como consecuencia de su falta de regulación específica⁴⁴; problemas que sólo en parte han sido resueltos con la entrada en vigor de la nueva LEC⁴⁵. Particularmente, son tres las principales cuestiones que han suscitado las divisiones doctrinales y jurisprudenciales al respecto: la admisión de la litispendencia internacional, el control de oficio de la competencia judicial internacional por nuestros órganos jurisdiccionales, y la admisión de la «*derogatio fori*». No es necesario detenerse en analizar los reiterados argumentos que vienen invocándose a favor y en contra de cada una de estas cuestiones, posiciones que ya han sido analizadas profundamente en la doctrina española. En mi opinión, creo que lo importante es poner de relieve que una postura abierta a la admisión de estas tres cuestiones, refuerza el principio de cooperación entre los sistemas jurídicos y la colaboración entre los órganos jurisdiccionales, en aras de garantizar de la manera más adecuada y justa el derecho de los particulares a acceder a la jurisdicción, y a un proceso con las debidas garantías. En cambio, una posición crítica en torno a los

⁴³ La línea favorable a la operatividad de la sumisión expresa ha sido la seguida, como se sabe, por el régimen comunitario unificado de competencia, *ab initio* en los arts. 17 y 18 del Convenio de Bruselas, y actualmente, sin modificaciones sustanciales, también en los arts. 23 y 24 del Reglamento (CE) 44/2001. No es tan clara la postura de nuestro sistema autónomo, en el que la incompleta regulación de la misma en este aspecto, a pesar de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7 de 8 enero 2000, entrada en vigor el 8 de enero de 2001), continúa dando lugar a importantes lagunas (*vid.*, al respecto, *ad. ex.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 122-123).

⁴⁴ Con un carácter eminentemente práctico, *vid.*, S. Álvarez González, «Problemas de aplicación de los sistemas de competencia judicial internacional» en J. C. Fernández Rozas (Dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los Jueces Españoles*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 289-336.

⁴⁵ *Vid.*, en general, un análisis sobre la incidencia de la nueva LEC en el Derecho procesal civil internacional español, presidido por las ideas de insatisfacción y de ambivalencia, C. Espulgues Mota, «El Derecho internacional privado y la nueva Ley española de Enjuiciamiento civil, de 7 de enero de 2000», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2001, 2, pp. 279-320.

mismos se enlaza con los tradicionales argumentos publicistas, anclados en la vieja idea de soberanía, desconfianza hacia todo lo que proviene del exterior, falta de comunicación entre los tribunales de los diferentes Estados, etc.⁴⁶ Con relación a la excepción de la litispendencia internacional, no cabe duda que su admisión por un determinado sistema de competencia judicial internacional, bajo ciertas condiciones, supone una autolimitación de la competencia judicial internacional por parte de unos tribunales a favor de otros⁴⁷. Pero también es cierto que esta admisión es mucho más favorable cuando se encuentra en una regulación convencional o institucional avalada por el principio de reconocimiento y por una presunción favorable al mismo, puesto que el principal obstáculo que siguen encontrando todas los argumentos que defienden la admisión de la litispendencia internacional en nuestro sistema interno, es precisamente la imposibilidad de garantizar los efectos que una eventual sentencia extranjera pueda producir en nuestro país⁴⁸. De ahí, que sea explicable fácilmente que en nuestra normativa internacional la litispendencia internacional se admita con diferente alcance como regla general⁴⁹, mientras que en la normativa autónoma, a pesar de la importante línea doctrinal⁵⁰, y la nueva orientación jurisprudencial

⁴⁶ *Vid.*, A. Míaja de La Muela. «Les principes directeurs...», *cit.*, p. 92.

⁴⁷ *Vid.*, J. D. González Campos, *Derecho internacional privado*, UAM, *cit.*, p. 139. Como pone de manifiesto J. C. Fernández Rozas («La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLV, 1993-I, pp. 81-100, esp., p. 82), desde un punto de vista procesal la admisión de la excepción de la litispendencia internacional sería la primera de las manifestaciones de la cooperación internacional en el curso de un proceso.

⁴⁸ *Vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción...*, *cit.*, p. 239.

⁴⁹ Se recoge en el art. 21 del Convenio de Bruselas (y también en el art. 27 del Reglamento comunitario 44/2001), art. 21 del Convenio de Lugano y art. 11 del Reglamento (CE) 1347/2000 (en este marco, *vid.*, en la doctrina española, especialmente, E. Cano Bazaga, *La litispendencia comunitaria*, Madrid, Eurolex, 1997; *id.*, «Algunos apuntes sobre la progresiva configuración de la litispendencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano. El nuevo artículo 23 bis del Convenio revisado», *RGD*, 2000, pp. 4293-4320). También se prevé en algunos de los Convenios bilaterales que vinculan a España con otros Estados en el sector del reconocimiento de decisiones extranjeras, *ad. ex.*, art. 10 del Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969 (*BOE*, núm. 11, de 13 de enero de 1988), art. 21 del Convenio hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983 (*BOE* núm. 40 de 16 de febrero de 1988 y *BOE* núm. 230 de 24 de septiembre de 1992) y art. 18 del Convenio hispano-austriaco de 17 de febrero de 1984 (*BOE*, núm., 207 de 29 de agosto de 1985).

⁵⁰ *Vid.*, entre otros, A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias extranjeras en España (La Jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 251-275; M. Desantes Real, «La litispendencia internacional: consideraciones sobre su regulación convencional y futura aplicación en España», *Justicia*, 1983, pp. 845-870; P. Rodríguez Mateos, «Nota a la SAP de Valencia, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 1989», *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 234-238; J. Santos Vijande, «A propósito de la litispendencia internacional en ausencia de regulación convencional. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 6 de junio de 1988», *La Ley*, núm. 2253, 1989, pp. 1-7.

favorable a su admisión⁵¹, de *lege lata*, su falta de regulación en la LOPJ sigue impidiendo su actuación⁵². La nueva LEC, desafortunadamente, no ha aportado solución positiva alguna a la cuestión⁵³. Igual planteamiento se reproduce con relación al clásico problema sobre la admisión o inadmisión de la llamada *derogatio fori* en nuestro régimen de producción interna⁵⁴. Tras la entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 1968 que, como es sabido, incorpora mecanismos precisos sobre este punto sometiéndolo a límites y condiciones concretas que impiden cualquier polémica, el alcance real de esta cuestión se limita a los escasos supuestos en que nuestros tribunales deben resolver su competencia judicial internacional conforme al art. 22.2 LOPJ. El silencio legislativo ha dado lugar a una gran controversia doctrinal y jurisprudencial sobre su admisión o inadmisión en nuestro sistema autónomo, si bien el estado actual de la cuestión parece ser favorable a las numerosas tesis defensoras de la *derogatio fori*, sujetándola a dos límites indubitados: de un lado, no puede tener lugar cuando se trate de una competencia exclusiva de los tribunales españoles (art. 22.1 LOPJ) y, de otro, tampoco cuando la materia sobre la que verse impida, por su naturaleza o por hallarse regulada por un foro de protección, la intervención de la autonomía de la voluntad de las partes⁵⁵. La admisión matizada de la *derogatio fori* es

⁵¹ El cambio de criterio jurisprudencial favorable a la admisión de la litispendencia internacional frente a la línea tradicional negadora de su posibilidad en el orden interno se desprende de la SAP de Valencia (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 1989 y, fundamentalmente, de la STS (Sala 1ª) de 18 de junio de 1990.

⁵² Esta sigue siendo la posición mayoritaria de nuestra doctrina (*vid.*, entre otros, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 142; J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 151-152; S. Álvarez González, «Problemas de aplicación...», *cit.*, pp. 317-336; J. M. Espinar Vicente, *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal civil internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Madrid 1993, p. 143.

⁵³ No obstante, excepcionalmente, algunos autores de nuestra doctrina interpretan que a pesar de la inexistencia de disposición específica alguna en la LEC, su admisión puede deducirse de otros de sus preceptos. En esta línea, *vid.*, entre otros, J. D. González Campos («Competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, *cit.*, pp. 329-372, esp., pp. 370-371; M. Gardañes Santiago, «Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC», *AEDIPr.*, t. I, 2001, pp. 315-337). En otros sistemas de Derecho comparado, la postura a favor a su admisión sí ha sido recogida, como es sabido, positivamente (*vid.*, art. 9.1 LDIPr. Suiza 1987; art. 7 LDIPr. Italia 1995; en contra, art. 156 LDIPr. Rumania 1992).

⁵⁴ Aunque los términos del planteamiento de la cuestión sean distintos, puesto que en este caso, a diferencia de la litispendencia internacional, no existe *stricto sensu* laguna normativa (*vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 152-157, esp., p. 153).

⁵⁵ Actualmente, ésta es la postura doctrinal mayoritaria sostenida con diversos y muy variados argumentos: *vid.*, entre otros, J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 152-157; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 142-144; J. D. González Campos, «Nota a la STS (Sala 1ª) de 18 de junio de 1990»,

también la línea seguida por la jurisprudencia más reciente, quebrando de este modo con el anterior criterio excluyente consagrado por nuestros tribunales, fundado en argumentos conectados con la inderogabilidad e indelegabilidad de la jurisdicción de la soberanía del Estado⁵⁶. La nueva LEC no regula específicamente la cuestión, si bien admite de manera implícita que la sumisión a tribunales extranjeros puede hacerse valer por el demandado en una declinatoria para impedir que los tribunales españoles conozcan del asunto, por corresponder el conocimiento de ésta a los tribunales extranjeros (art. 63.1). A pesar de este importante paso legislativo, hubiera sido deseable que con ocasión de la reforma legislativa se hubiera establecido claramente la admisibilidad de la *derogatio fori* dentro de los límites ya citados, poniendo fin a la inseguridad jurídica que la jurisprudencia ofrece a los particulares, vulnerando así su derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ámbito internacional. Por último, aunque desde un punto de vista cronológico sea el primero, con relación al problema del control o verificación de oficio de la competencia judicial internacional, el punto de partida del problema debe ser el axioma conforme al cual «ningún juez puede conocer de un asunto sin poseer competencia judicial internacional para ello»⁵⁷. Esta premisa responde realmente al principio de colaboración entre los diversos sistemas jurídicos y garantiza de la manera más eficiente el derecho de los particulares a acceder a la jurisdicción «más adecuada». Ello no impide desconocer, naturalmente, los importantes problemas procesales que suscita la articulación de la verificación de la competencia judicial internacional, y fundamentalmente en ausencia de un régimen específico que la regule, como ha sido el caso del sistema autónomo español hasta la entrada en vigor de la LEC 1/2000⁵⁸. En el ámbito convencional, los arts. 19 y 20 de los Convenios de Bruselas y Lugano prevén, como es sabido, un sistema de

REDI., 1991, vol. XLIII, pp. 191-194; S. Álvarez González, «Nota a la STS (Sala 1ª) de 20 de julio de 1992», *REDI.*, vol. XL, 1993, pp. 445-453; R. Arenas García, «Nota a la SAP de Málaga (Sec. 4ª), de 21 de mayo de 1994», *REDI.*, 1996, vol. XLVIII, pp. 287-294.

⁵⁶ Puede apreciarse esta tendencia jurisprudencial a favor de la *derogatio fori*, entre otras, STS de 10 de julio de 1990; STS de 19 de noviembre de 1990; STS de 13 de octubre de 1993; STS de 10 de noviembre de 1993; SAT de Palma de Mallorca de 13 de octubre de 1988; SAT de Cataluña (Sala 3ª) de 24 de marzo de 1987; SAP de Barcelona (Sec. 15ª) de 15 de febrero de 1994; SAP de Málaga (Sec. 4ª) de 21 de mayo de 1994; SAP de Tarragona de 30 de noviembre de 1996.

⁵⁷ *Vid.*, S. Álvarez González, «Problemas actuales de aplicación...», *cit.*, pp. 291-303.

⁵⁸ Los problemas procedimentales que se plantean exceden de este estudio y han sido analizados por gran parte de la doctrina (*vid.*, *amplius*, R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996).

verificación *ad hoc* (o más concretamente, de abstención de oficio), y recogen los supuestos en que el juez requerido debe controlar de oficio su competencia y, en su caso, declararse incompetente⁵⁹. Actualmente, las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales al respecto han sido superadas en gran medida en el Derecho interno español con los nuevos arts. 36 a 39 LEC 1/2000, que establecen, como es sabido, una regulación detallada, aunque no exenta de insuficiencias, tanto del control de oficio como del control a instancia de parte⁶⁰. Por último, con relación a las manifestaciones de la cooperación internacional en este sector del DIPr., debe apuntarse que la admisión (o no) por un determinado sistema de DIPr. de mecanismos que de cualquier modo limiten el volumen de competencia de los tribunales del foro (tales como el *forum non conveniens*), sirven como criterio de medición del índice de cooperación internacional que inspira dicho sistema⁶¹.

c) La cooperación internacional en el sector del Derecho aplicable.

1º) Fundamento de la aplicación del Derecho extranjero

La posibilidad que el Derecho del foro designe en determinados supuestos la aplicación de un Derecho extranjero supone la más embrionaria manifestación de la cooperación internacional en este sector del DIPr. En realidad, tanto éste como el principio de igualdad entre los Ordenamientos jurídicos que conforman la pluralidad

⁵⁹ *Vid.*, R. Arenas García, «Las normas sobre verificación de la competencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano», en A. Borrás Rodríguez (Ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 389-396.

⁶⁰ *Vid.*, sobre el alcance de esta nueva regulación, R. Arenas García, «Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)», *AEDIPr.*, t. I., 2001, pp. 155-199; C. Esplugues Mota, «El Derecho internacional privado...», *cit.*, pp. 286-300.

⁶¹ En esta línea, uno de los más recientes trabajos sobre la cooperación internacional en el marco del DIPr. (P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation», *R. des C.*, t. 284, 2000, p. 9-430), distingue dos clases de cooperación internacional, esto es, cooperación pasiva y cooperación activa, y dentro de la primera modalidad incluye las doctrinas anglosajonas de declinación de la competencia sobre la noción del *forum non conveniens* y otros procedimientos análogos (*vid.*, esp. pp. 53-87). En el sistema autónomo español, como es sabido, el punto de partida sobre la admisión de estos procedimientos es negativo (*vid.*, J. D. González Campos, «La competencia judicial internacional. Aspectos generales», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, *cit.* pp. 319-320), aunque al tratarse de una cuestión que afecta directamente al núcleo de este trabajo, se volverá sobre ella más adelante.

jurisdiccional⁶², nunca pudieron de terminarse sin acudir al principio de cooperación internacional. Aunque el principio de igualdad entre la *lex fori* y el Derecho extranjero se predicó como uno de los «principios de construcción» de un sistema de DIPr. de carácter estatal⁶³, o como uno de los presupuestos del DIPr.⁶⁴, una vez más, al no existir norma de Derecho internacional general que impusiera a los Estados la obligación de aplicar un Derecho extranjero, y mucho menos, de concederle el mismo tratamiento que a su Derecho, se acudiría al principio de cooperación internacional entre los sistemas jurídicos, para justificar uno y otro. Desde esta perspectiva se explica el conocido axioma conforme al cual «a mayor acogida por parte del foro del Derecho extranjero, mayor índice de cooperación internacional»⁶⁵.

Actualmente, si se acude a nuestra Constitución Española de 1978, puede encontrarse (aunque con diferente alcance al resto de las parcelas del DIPr.) un fundamento constitucional al principio de cooperación internacional en este sector del DIPr., y conforme al cual, el juez español estaría obligado a aplicar un Derecho extranjero. Así ha sido puesto de relieve recientemente por J. D. González Campos, refiriéndose al principio jurídico esencial «de la apertura del Ordenamiento jurídico español a otros Ordenamientos», principio que se induce tanto del Preámbulo de la CE como de algunos de sus preceptos (especialmente, arts. 16.3 y 93 a 95 CE) y, del que se desprende la obligación de nuestro Ordenamiento jurídico de «reconocer la virtualidad de un Ordenamiento extranjero para regular la vida jurídica, al igual que lo

⁶² Principio que sigue sin aceptarse de manera unánime. En nuestra doctrina, respecto a la posición prevalente del Derecho del foro puede verse, con relación a la etapa pre-constitucional, E. Pérez Vera, «El Derecho del foro ante el método de atribución: reflexión en torno a su juego prioritario», *Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil...*, cit., pp. 917-931 y, con posterioridad a la Constitución Española de 1978, M. Aguilar Benítez de Lugo, «El carácter pluridimensional de la ley del foro en el Derecho internacional privado español», *La Ley*, 1987-4, pp. 1062-1079.

⁶³ *Vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, pp. 68-72.

⁶⁴ Así se demuestra en la Resolución del I.D.I., adoptada en Santiago de Compostela el 12 de septiembre de 1989 (*Riv. dir. int. pr. proc.*, 1990, nº 3, pp. 776-781). A propósito de la misma, *vid.*, F. Mosconi, «Lex fori v. Lex causae», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1990, nº 4, pp. 813-820.

⁶⁵ *Vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Curso...* cit., p. 68. En este sentido, y respecto a la codificación portuguesa, destacando su alto índice de cooperación internacional, *vid.*, A. Ferrer Correa, «Une codification nationale du droit international privé à l'épreuve du principe d'égalité: le code civil portugais de 1966 "revisited"», *Etudes Roberto Ago*, 1987, t. IV, pp. 63-87.

hace el nuestro»⁶⁶. Esta forma de concebir la cooperación internacional se erige como criterio interpretativo de todo el sistema, y debe ser tenido en cuenta de manera esencial (aunque no exclusiva) en el momento en el que el legislador elabora su sistema de DIPr, ya que aunque éste goza de una amplia facultad de elección (y podrá elegir la técnica de reglamentación que estime más adecuada), en todo caso debe respetar las exigencias constitucionales de certeza o de seguridad jurídica, y garantizar en dicho proceso de elaboración, el respeto a los valores jurídicos materiales contenidos en la CE (especialmente derechos fundamentales y libertades públicas)⁶⁷. Estos límites constitucionales excluirán en muchas ocasiones, teniendo en cuenta el principio de cooperación jurídica en el sentido expuesto de apertura a otros Ordenamientos jurídicos, una interpretación nacionalista o de aplicación preferente del Derecho español, y obligará a designar a un Ordenamiento jurídico extranjero como el más apropiado para regular la situación jurídica de la que se trate. A continuación se señalarán algunas de las manifestaciones más relevantes de cómo puede y debe actuar el principio de cooperación internacional en este sector del DIPr.

2º) Manifestaciones de la cooperación internacional en este sector

Afirmaba hace algunos años M. Aguilar Benítez de Lugo que «*sirven a la cooperación internacional las normas materiales especiales que persiguen un objetivo internacional, con independencia de su origen interno o internacional*»⁶⁸. Las normas materiales especiales de origen internacional, al buscar la unificación material del DIPr. en determinados sectores jurídicos y para un determinado círculo de Estados, ofrecen ciertamente soluciones realmente cooperantes, que benefician la certeza y la seguridad jurídica exigida por nuestra Constitución⁶⁹. Este espíritu,

⁶⁶ Vid., J. D. González Campos, «El sistema español del Derecho internacional privado. Formación histórica», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, cit., pp. 53-54.

⁶⁷ Respecto a estos límites constitucionales, pueden verse, entre otras, SSTC 156/1993 y 226/1993.

⁶⁸ Vid., M. Aguilar Benítez de Lugo, «La cooperación internacional...», en F. Aldecoa Luzurraga (Coord.), *La cooperación internacional*, cit., p. 232.

⁶⁹ Vid., su calificación como expresión de la más estrecha cooperación, L. A. Lunz, «Du rôle du droit international privé dans la coopération internationale», *VI Congrès de l'Association Internationale des Juristes Démocrates, Bruxelles 22-25 mai 1956, Travux de la Comisión du Droit international Privé*, pp. 5-13, esp., p. 7. Ejemplos de normas materiales especiales de origen internacional que sirven a la unificación, y que forman parte de nuestro sistema de DIPr., se encuentran en el Convenio de Bruselas de 23 de septiembre 1910 para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje (*Gaceta de*

difícilmente se encuentra en una norma material especial de origen interno, puesto que como se sabe, generalmente sólo acentúan la relatividad de soluciones propia del DIPr. estatal. Ahora bien, si aisladamente los Estados a través de esta técnica de reglamentación persiguen metas de carácter internacional, acercan su propio Derecho al de otros países, también servirán a la cooperación internacional con independencia de su origen autónomo. Desde otra perspectiva, mayor interés presentan actualmente como manifestaciones del actual auge de la cooperación internacional en esta sede, otra categoría de normas materiales especiales: las utilizadas en los fenómenos de integración y las que surgen en ciertos procesos generadores de DIPr. uniforme. En el primer caso, y centrándose en el marco de la Unión Europea, el Reglamento se ha presentado hasta ahora como acto normativo idóneo para lograr un régimen uniforme de reglas especiales en el ámbito del comercio intracomunitario⁷⁰. Respecto al segundo fenómeno, destacan las normas de la Nueva *Lex Mercatoria* como Derecho transnacional, situado al margen de los Ordenamientos estatales, y que resuelven directamente las controversias entre comerciantes sin remisión a ninguna ley estatal⁷¹.

La aplicación o toma en consideración de las normas de aplicación inmediata o de policía de un tercer Estado, implica una perspectiva internacionalista que coadyuda a la armonía internacional de soluciones, y, por tanto, puede verse como una clara manifestación del principio de cooperación internacional en el ámbito del Derecho aplicable⁷². Esta posibilidad, aunque todavía controvertida, encuentra en la práctica, como es sabido, su expresión en materia de obligaciones contractuales. En el ámbito convencional, en el seno de La Conferencia de La Haya, se haya prevista en algunos Convenios, no ratificados por nuestro Estado (*vid.*, art. 16 del Convenio de 14 de

Madrid, núm. 347 de 13 diciembre 1923) o en el Convenio de Bruselas de 10 de mayo 1952 para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima (*B.O.E.* núm. 5 de 5 de enero 1954).

⁷⁰ *Ad. ex.*, el Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993 (*DOCE* L. 11 de enero de 1994), contiene numerosas normas materiales especiales que de modo directo, inmediato y sustantivo, fijan el régimen jurídico de la marca comunitaria.

⁷¹ Para un sector de la doctrina española (*vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción al Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 142), son precisamente los nuevos procesos generadores de DIPr. uniforme los que constituyen el eje central de la cooperación internacional en el ámbito del DIPr.

⁷² *Vid.*, I. García Velasco, *Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)*, *cit.*, pp. 102, 202. Este autor fundamenta la aplicación de las normas imperativas extranjeras, en especial aquéllas ajenas a las previsiones de las normas de conflicto del foro, en la propia noción de cooperación.

marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación y art. 16 del Convenio de 1 de julio de 1985 relativo a la ley aplicable al trust y a su reconocimiento). También ha sido acogida en algunas de las modernas codificaciones estatales de DIPr., *ad. ex.*, en el art. 18 LDIPr. Suiza 1987. En nuestro Ordenamiento jurídico, la aplicación de leyes de intervención distintas de la *lex fori* y de la *lex contractus* sólo ha tenido plasmación positiva en el DIPr. convencional, y concretamente la expresión más relevante se encuentra, como es sabido, en el art. 7.1 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales⁷³. Este precepto faculta (no obliga) al juez para dar efecto, bajo ciertas condiciones, a las normas imperativas de un tercer Estado estrechamente vinculado con el contrato. A pesar de todas las dudas interpretativas que giran en torno a este artículo, no puede negarse que la posibilidad de aplicar normas imperativas extranjeras es una técnica legislativa que permite respetar las exigencias y los intereses de los Estados implicados, supone una conciliación entre los intervencionismos estatales en aras al logro de una solución uniforme y, por tanto, efectiva a favor de los particulares. Desde esta perspectiva, como ha sido afirmado por algunos autores, puede sostenerse que cuando el juez aplica este artículo realiza el valor de la cooperación internacional⁷⁴, respondiendo a un espíritu de cooperación internacional entre los diversos ordenamientos jurídicos⁷⁵. Igualmente, existen otros Convenios vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico, que pueden ser aplicados por vía del artículo 21 del Convenio de Roma, y cuyas disposiciones permiten la aplicación de normas imperativas de terceros Estados al contrato en ciertos supuestos [*vid.*, art. 8.2. b) del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional⁷⁶, y art. 3 del Convenio de París (UNESCO), de 17 de noviembre de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales⁷⁷]. Frente a las disposiciones convencionales, en el DIPr. autónomo español no existe norma de conflicto que

⁷³ BOE. núm. 171 de 19 de julio de 1993; corr. err. BOE. núm. 189 de 9 de agosto de 1993.

⁷⁴ *Vid.*, F. J. Garcimartín Alférez, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993, p. 135.

⁷⁵ *Vid.*, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé», *R. des. C.*, t. 287, pp. 9-426, esp., p. 380.

⁷⁶ B.O.E. núm. 220 de 13 septiembre de 1958.

⁷⁷ B.O.E. núm. 31 de 5 de febrero de 1986.

imponga al juez la obligación de aplicar o de tomar en consideración las normas imperativas de un tercer Estado que no sean las pertenecientes a la *lex contractus* (art. 10.5 C.c.) o a la *lex loci executionis* (art. 10.10 C.c.)⁷⁸. Sin embargo, debe seguirse la línea del modelo de «cooperación ampliada» sostenida por algunos autores de nuestra doctrina, conforme al cual, aún en ausencia de Convenio internacional que recoja tal previsión, habría que admitir, en determinados casos, otros medios técnicos que permitan reconocer o dar efecto a normas de terceros países conectados con el supuesto⁷⁹.

Desde una perspectiva general, que es la que interesa en este momento, no cabe duda que el principio de cooperación internacional se encuentra también cada día más presente respecto a la elección de los criterios de conexión en las normas de conflicto, tanto en el marco internacional, procurando superar antagonismos entre ordenamientos, y buscando soluciones orientadas a un resultado material, como en los sistemas autónomos, dadas la exigencias constitucionales de respetar ciertos valores materiales en la elección de dichos criterios⁸⁰. Efectivamente, son varias las conexiones favorables a la cooperación internacional, a veces traducándose en fórmulas de compromiso en el marco internacional: a) El criterio de la «residencia habitual», que logra superar el antagonismo en la labor codificadora entre los países continentales (defensores de la nacionalidad) y los anglosajones (partidarios del domicilio); b) La admisibilidad en determinados sectores materiales de una conexión subjetiva, a través de la técnica de la *professio iuris*, ha sido utilizada para superar enfrentamientos entre distintas conexiones objetivas en ocasiones⁸¹; c) La admisión

⁷⁸ Esta falta de previsión legal ha dado lugar a importantes controversias en nuestra doctrina (*vid.*, M. Virgós Soriano, «Artículo 10. Apartado 5», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 2ª ed., 1995, pp. 609-693, esp., pp. 686-693).

⁷⁹ *Vid.*, M. Virgós Soriano, «Obligaciones contractuales» en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995, Eurolex, pp. 143-207, esp., pp. 184-185.

⁸⁰ *Vid.*, *amplius*, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 355-441.

⁸¹ *Vid.*, *ad ex.*, arts. 5 y 6 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones «*mortis causa*» (el texto del Convenio, no en vigor, como es sabido, para España, puede verse en, J. D. González Campos y A. Borrás (Coord.), *Recopilación de Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado 1951-1993. Traducción al castellano*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 359-371). En esta línea, el criterio de la voluntad del testador en materia sucesoria, procedente del Derecho suizo, ha sido defendido como criterio cooperante por el IDI en dos de sus Resoluciones: *vid.*, *Annuaire IDI*, 1967, vol. 52, t. II, p. 558; Resolución del IDI sobre «La dualidad de los principios de nacionalidad y de domicilio en Derecho Internacional Privado» *Annuaire IDI*, 1987,

limitada de la autonomía de la voluntad ha permitido también en otros ámbitos materiales aproximar distintas conexiones (*ad. ex.*, en el sector de los efectos del matrimonio⁸²); d) El empleo cada día más frecuente de puntos de conexión alternativos implica una actitud neutra y conciliadora entre las distintas conexiones en presencia, una opción que responde generalmente a una directriz material, superando la oposición entre los diversos criterios en presencia⁸³; e) La directriz proximidad en la selección de los puntos de conexión, resulta igualmente favorecedora a la conciliación entre los diferentes puntos de conexión en presencia, y evita igualmente el fácil recurso a la *lex fori* (*vid.*, *ad. ex.*, art. 4.1 Convenio de Roma); f) Mediante la directriz material, el punto de conexión retenido conduce al Derecho material que beneficia en mayor grado el objetivo material considerado como justo por el legislador convencional o autónomo (en este último caso, dichos objetivos suelen coincidir con los valores materiales que el legislador está obligado constitucionalmente a garantizar).

Con relación a los tradicionales problemas de aplicación de la norma de conflicto, afortunadamente, el DIPr. de nuestros días se caracteriza por el principio de cooperación internacional, favoreciendo la búsqueda de soluciones intermedias, funcionales y pragmáticas. Respecto al clásico problema calificadorio, no sólo se ha conseguido superar el debate entre los defensores de la *lex fori* y los partidarios de la *lex causae*, sino que actualmente el problema de la subsunción de la situación privada internacional en el supuesto de hecho de la norma de conflicto se plantea en otros términos, en clave de cooperación entre los distintos sistemas jurídicos. Efectivamente, si en el sistema autónomo español la solución legal continúa siendo la

vol. 62, t. II, pp. 292-293. También es acogido, con distintas pretensiones, en algunas recientes codificaciones estatales de DIPr., *ad. ex.*, art. 68 LDIPr. Rumania 1992 o art. 46 LDIPr. Italia 1995.

⁸² *Vid.* en el marco convencional, *ad. ex.*, art. 3 del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales (Convenio que no se encuentra en vigor para España, *vid.*, texto en J. D. González Campos y A. Borrás Rodríguez, *Recopilación de Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado...*, *cit.*, pp. 266-276); en el Derecho autónomo español, *vid.*, art. 9.2 Cc.

⁸³ Así, tradicionalmente, el uso de conexiones alternativas se utilizó exclusivamente en materia de las formas de los actos jurídicos (art. 11 Cc.), y progresivamente se ha ido acogiendo en otras materias (*ad. ex.*, los efectos del matrimonio, art. 9.3 Cc). Igualmente, el *favor filii* parece reclamar la solución de la alternatividad, como se demuestra en el Derecho comparado (LDIPr. Italiana 1995, LDIPr. Rumania 1992, y LDIPr. Suiza 1987), y se propugna entre la doctrina española (*vid.*, *ad. ex.*, S. Álvarez González, «Artículo 9, Apartado 4», M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 2ª ed., 1995, pp. 205-242, esp., pp. 213-216).

calificación *ex lege fori* (art. 12.1 Cc), la jurisprudencia y, principalmente la doctrina, vienen enunciando, como es sabido, de *lege ferenda*, técnicas correctivas a este principio general (llámese calificación funcional, calificación autónoma o calificación preordenada por el resultado)⁸⁴. En los casos en que resulte aplicable una normativa internacional, será el propio texto el que delimite los supuestos de hecho a los que resulta aplicable, y éstos definen generalmente de manera material sus conceptos, o bien lo hacen a través de calificaciones autónomas. Todos estos principios correctores a la calificación *ex lege fori*, en realidad, parecen demostrar como el DIPr. ha ido perfilando progresivamente un conjunto de conceptos propios, superadores de los particularismos conceptuales de cada uno de los Ordenamientos jurídicos presentes, fruto de la cooperación entre los diferentes sistemas jurídicos. De esta manera, la tradicional técnica de la calificación parece que progresivamente se ve desplazada por otra más sencilla y menos *legetorista*, que consiste esencialmente en interpretar los conceptos empleados por la norma de conflicto. Esta técnica, que viene siendo defendida por un importante sector doctrinal en España⁸⁵, supera definitivamente los enfrentamientos entre la ley del foro y la ley extranjera, y es también la seguida por los Convenios internacionales más modernos. Respecto al fraude de ley en el sector del Derecho aplicable, la doctrina viene reivindicando la internacionalización de su sanción, de modo que éste alcance no sólo a la norma imperativa del foro, sino también a la norma imperativa extranjera⁸⁶. La sanción del fraude a la norma imperativa extranjera implica efectivamente un mayor grado de coordinación y cooperación entre los diferentes sistemas jurídicos, que evita que el Estado cuyo Ordenamiento jurídico sanciona exclusivamente el fraude a sus normas imperativas se

⁸⁴ *Vid.*, los distintas correcciones o correctivos actuales en el Derecho autónomo español, J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 202-206. En el Derecho comparado, las opciones legislativas son dos: bien no contienen disposición alguna expresa (*vid.*, LDIPr. Suiza 1987, LDIPr. Austria 1978, LDIPr. Italia 1995) o bien, al igual que el modelo español, recogen la calificación conforme a la ley del foro (*ad. ex.*, art. 3.1 LDIPr. Hungría 1979 o art. 3 LDIPr. Rumania 1992).

⁸⁵ Conforme a esta nueva orientación, el legislador debe precisar los conceptos empleados en el supuesto de hecho de la norma de conflicto en términos de DIPr., y el intérprete analizar la situación privada internacional y acreditar si reúne los requisitos necesarios para ser considerada como subsumible en la categoría jurídica utilizada por el legislador como supuesto de hecho de la norma de conflicto (*vid.*, principalmente, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción...*, *cit.*, pp. 194-196).

⁸⁶ *Vid.*, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La cooperación internacional...», en F. Aldecoa Luzurraga (Coord.), *La Cooperación internacional*, *cit.*, p. 237.

convierta en tierra de elección del fraude internacional. En esta línea se encuentra acertadamente la doctrina española, ya que frente a la limitación del alcance de la respuesta autónoma (art. 12.4 Cc), se defiende de *lege ferenda* también la sanción a las normas imperativas extranjeras a través de diversos argumentos⁸⁷. Con relación al problema de la cuestión previa, sea cual sea la solución adoptada por cada Ordenamiento jurídico (aplicación a la cuestión previa del Derecho designado por la norma de conflicto del foro referente a la institución en cuestión -opción aceptada por la doctrina respecto al nuestro DIPr. autónomo-; aplicación a la cuestión previa del Derecho material designado por la norma de conflicto propia de la cuestión principal; aplicación a la cuestión previa de la norma de conflicto perteneciente al DIPr. del Estado al que remite la norma de conflicto correspondiente a la cuestión principal; aplicación a la cuestión previa del Derecho material del foro), la tendencia se dirige a la atemperación de la solución en el caso concreto⁸⁸, y en todo caso, proceder en un momento posterior, en la medida de lo posible, a la armonización de los distintos Derechos materiales⁸⁹. De nuevo, una manifestación más del abandono de posturas radicales y de la necesidad de coordinación y cooperación entre los ordenamientos jurídicos en presencia. Respecto a la antigua y discutida polémica en torno a la admisión o no del reenvío, las soluciones actuales, tanto en el DIPr. comparado, en el DIPr. convencional, como las sostenidas por nuestra doctrina y jurisprudencia, reflejan una pacífica actitud en su tratamiento, lejana a las mantenidas en el pasado, y definidas en términos de cooperación internacional entre sistemas jurídicos. Las líneas esenciales de esta evolución vienen marcadas por dos datos: a) Abandono de las

⁸⁷ A favor de la sanción al fraude de las normas imperativas extranjeras se han aportado esencialmente dos opciones: a) Incluirlo en la norma general contenida en el art. 6.4 C.c., interpretando que el art. 12.4 C.c. define sólo un tipo especial de fraude (el fraude a la ley española); b) Interpretar el art. 12.4 C.c. de manera que permita incluir en su ámbito el fraude a la norma imperativa extranjera (*vid.*, a favor de la primera postura, *ad ex.*, P. Abarca Junco, «Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (I)», E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, *cit.*, pp. 122-141, esp. pp. 135-136; J. C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 211).

⁸⁸ Teniendo presentes como principios de referencia, *ad ex.*, la armonía de soluciones (interna e internacional), la consecución de determinados objetivos, la conveniencia de proteger la continuidad de ciertas situaciones jurídicas, el grado de internacionalización de las relaciones jurídicas, etc. (*vid.*, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La cooperación internacional como objetivo del Derecho internacional privado», *separata* de F. Aldecoa Luzarraga (Coord.), *La Cooperación internacional. Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1991*, Bilbao, 1991, 171-225, esp., p. 210).

⁸⁹ *Id.*, P. Abarca Junco, «Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, pp. 139-141.

soluciones nacionalistas y *legeforistas* anteriormente adoptadas, a favor de una solución no discriminatoria entre sus diferentes grados⁹⁰; b) Aún partiendo de su carácter excepcional, valorar siempre la aplicación o no del reenvío al caso concreto desde una dimensión axiológica o material, de modo que su aplicación implique la realización de unos determinados valores materiales. De este manera, el reenvío se convierte sólo en un instrumento, en un medio para la consecución de soluciones justas, cobrando especial importancia en este proceso los valores materiales constitucionalmente protegidos (*ad. ex.*, protección del menor, protección del consumidor, validez del matrimonio, etc.)⁹¹. Respecto a la excepción de orden público, no cabe duda que *a priori* su intervención resulta abiertamente incompatible con el principio de cooperación internacional, y supone un importante límite a su actuación, tanto en la dimensión del Derecho aplicable como en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras⁹². De ahí que, actualmente, más que en ningún momento histórico, la tendencia en todos los ámbitos es restringir el alcance de su intervención, aunando en esta labor los mecánicos clásicos y las nuevas tendencias reductoras (construcciones centradas esencialmente en la importancia interpretativa de los estándares internacionales para determinar cuando se vulnera el orden público del foro)⁹³. Entre los tradicionales criterios restrictivos del orden público destacan: a) La exigencia de un grado de contradicción manifiesta entre el contenido del Derecho extranjero reclamado y el Ordenamiento jurídico del foro para descartar la aplicación

⁹⁰ Efectivamente, en el derecho autónomo español, la interpretación del art. 12.2 C.c por los tribunales con anterioridad a la STS de 15 de noviembre de 1996 (*RAJ*, 1996, núm. 8212), como es sabido, había sido denunciada por la doctrina española como de nacionalista y *legeforista*. En realidad, el reenvío de primer grado se utilizaba exclusivamente con el solo objetivo de descartar la ley extranjera a la que remitía la norma de conflicto y aplicar así el Derecho español.

⁹¹ *Vid.*, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 393-397.

⁹² Para algunos autores el ensanche de la noción de orden público es proporcional al menor o mayor aumento de la intervención del Estado en el ámbito del DIPr, y ya que no es realista defender la menor presencia estatal, fundamentalmente en el marco del comercio internacional, una forma de estimular la cooperación internacional sería realizar drásticas limitaciones a la intervención del orden público [*vid.*, ampliamente, V C. García Moreno, «La intervención del Estado en los conflictos de leyes a través del orden público», en L. Péreznieto Castro y C. Belair Mouchel (Eds.), *El papel del Estado en el Derecho Internacional Privado*. Tercer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Universidad Autónoma de México, 1980, pp. 41-52].

⁹³ *Vid.*, E. Jayme, «Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado», *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y políticas*, núm. 82, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 217-270; P. A. de Miguel Asensio, «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», *RDP*, 1998, pp. 541-558, esp. pp. 545-549.

del primero. Esta es la directriz del DIPr. convencional español⁹⁴, aunque no la del sistema autónomo, que sigue manteniendo, como es sabido, el impreciso y desafortunado art. 12. 3 Cc, en desarmonía con el primero, y con las modernas codificaciones nacionales de DIPr.; b) La exigencia de una conexión espacial entre el supuesto fáctico y el Ordenamiento jurídico del foro (concepto de la vinculación interior del orden público); requisito que en la doctrina clásica alemana F. Kahn denominó «teoría de la *Inlandsbeziehung*», y conforme al cual es el contacto o proximidad de la situación enjuiciada con el foro lo que justifica la activación o no del orden público: «a mayor conexión con el foro, mayores posibilidades de afirmar dicha contradicción, y a la inversa»⁹⁵; c) Intervención del orden público en atención no al contenido del Derecho extranjero reclamado, sino en función del resultado que su aplicación produzca en el caso concreto⁹⁶. Este criterio reductor derivado de la relatividad de la misma noción de orden público, supone una postura más abierta a la cooperación y coordinación entre los sistemas jurídicos implicados⁹⁷, ya que no solo permite una modulación judicial atendiendo a las circunstancias concretas del caso, sino que abre la posibilidad de incorporar como criterios interpretativos valores internacionalmente aceptados, estándares recogidos fundamentalmente en Convenios internacionales, que superan la concepción netamente nacionalista de la noción de orden público. Asimismo, es precisamente esta línea de internacionalización de los valores conformadores de la noción de orden público, en detrimento de los meramente nacionales, la seguida por las nuevas construcciones doctrinales restrictivas del orden

⁹⁴ Efectivamente, numerosos Convenios internacionales restringen, como es sabido, la intervención del orden público exigiendo como requisito para su aplicación una «contradicción manifiestamente incompatible» entre los Ordenamientos jurídicos implicados (*ad ex.*, art. 10 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera; art. 10 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a la responsabilidad por los productos, art. 16 del Convenio de Roma de 1980, art. 4 del Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 sobre ley aplicable a los nombres y apellidos).

⁹⁵ *Vid.*, entre otros, S. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI.*, vol. XLVI, 1994, pp. 557-584, esp., p. 563.

⁹⁶ Esta limitación del orden público es seguida por algunas de las codificaciones de DIPr. más recientes, y por la jurisprudencia comparada. Así la Ley federal suiza de 1987 y la Ley alemana de 1986 identifican la vulneración del orden público en un «resultado incompatible» con el orden público de sus respectivos Ordenamientos, y en este sentido ha sido aplicado por los tribunales alemanes.

⁹⁷ En el mismo sentido, *vid.*, A. Quiñones Escámez, «El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: Exclusión, alternancia y coordinación de sistemas», *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1997, pp. 182-194, esp. pp. 192-194.

público⁹⁸, y la recogida en los más recientes Convenios internacionales. Por último, no debe olvidarse, que a pesar de todos los esfuerzos reductores a la intervención del orden público, en el Derecho autónomo español su intervención debe ser un límite a la cooperación internacional, en el sentido aquí concebido de apertura de nuestro Ordenamiento a otros Ordenamientos jurídicos, excluyendo la aplicación en España del Derecho extranjero reclamado por una norma de conflicto española, si el contenido material de dicho Ordenamiento resulta contrario a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos⁹⁹.

d) La cooperación internacional en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones

1º) Consideraciones previas

Al margen de la consideración, en términos generales, del reconocimiento como una de las principales modalidades de cooperación internacional pasiva¹⁰⁰, y de las relaciones entre este sector del DIPr. y la cooperación internacional en su vertiente tradicionalmente estudiada (cooperación en el ámbito del proceso)¹⁰¹, en este momento interesa contemplar el principio de cooperación internacional en su vertiente de principio general, de elemento vertebrador de todo el sistema, y consecuentemente, apuntar su incidencia y trascendencia en el marco del sector de la

⁹⁸ En la doctrina extranjera destaca especialmente la construcción de E. Jayme («Métodos para la concretización del orden público...», *cit.*, 217-270); autor que destaca la importancia de aquellos valores recogidos en Convenios internacionales y, conforme a su tesis, sólo si la *police* del Derecho del foro concuerda con estos principios podrá pasarse en un segundo momento al rechazo del Derecho extranjero reclamado si vulnerase los criterios comúnmente aceptados. En la doctrina española, con relación a los Derechos humanos como integrantes de dichos estándares internacionales, *vid.*, especialmente, P. A. de Miguel Asensio, «Derechos humanos...», *cit.*, pp. 548-549; respecto al «interés del menor» incluido en los citados principios, *vid.*, *ad. ex.*, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, 1998, pp. 216-226.

⁹⁹ La integración de los valores jurídicos reconocidos en la CE en la noción de orden público del art. 12.3 Cc., ha sido destacada tanto por la jurisprudencia de nuestro TS como del TC (*vid.*, *ad. ex.*, Auto del TS (Sala 1ª) de 21 de octubre de 1979, STC 43/1986, de 15 de abril).

¹⁰⁰ En el sentido que implica una renuncia a la propia potestad decisoria sobre un determinado supuesto, para permitir que la decisión adoptada por una autoridad extranjera despliegue sus efectos en el foro (*vid.*, esta acepción, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, pp. 31-53; en la misma línea, en la doctrina española, D. P. Fernández Arroyo, «Cooperación internacional...», *cit.*, p. 568).

¹⁰¹ *Vid.*, en la doctrina española, R. Arenas García, «Relaciones entre reconocimiento y cooperación entre autoridades», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 231-260.

eficacia extraterritorial de decisiones en su consideración de sector autónomo del DIPr¹⁰².

2º) La cooperación internacional como fundamento: replanteamiento constitucional

La doctrina, tradicionalmente, una vez más, ha recurrido al principio de cooperación internacional como el fundamento último de este conjunto de problemas. La construcción clásica se planteó principalmente (y hoy día aún se plantea por algunos autores) en términos de DIPúb. De este modo, se sostenía que al igual que ocurre en el sector del Derecho aplicable, el DIPúb. no obliga a los Estados a reconocer las decisiones de tribunales extranjeros, no existe regla alguna, sino que son los principios de coexistencia y de cooperación entre los sistemas jurídicos estatales los que, por razones de utilidad, conllevan un reconocimiento recíproco tanto de las normas como de las resoluciones de otros Estados extranjeros¹⁰³.

Esta fundamentación, tras la entrada en vigor de la CE de 1978, y concretamente *ex art. 24*, exige, al igual que se ha hecho con relación al resto de los sectores, un replanteamiento más acorde con el punto de vista constitucional. La incidencia del art. 24 CE en este sector del DIPr. es especialmente relevante¹⁰⁴, pero aquí, únicamente se

¹⁰² Aunque este sector, como es sabido, se incluía tradicionalmente en la categoría más amplia de Derecho procesal civil internacional, sin embargo, actualmente, la doctrina es unánime en considerar su autonomía (*vid.*, en la doctrina española, entre otros, M. Amores Conradi, *Eficacia de resoluciones extranjeras en España. Aspectos estructurales*, Trabajo presentado al segundo ejercicio del concurso de provisión de la Cátedra de DIPr. de la Universidad de Cádiz, *Inédito*, 1992, pp. 27-30; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 47-48; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 20).

¹⁰³ Esta construcción tradicional puede verse en la doctrina española en algunas de las obras anteriores a la CE (*ad. ex.*, J. D. González Campos y R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, *cit.*, pp. 147-196), y también en trabajos posteriores (entre otros, J. D. González Campos, *Derecho internacional privado*, UAM, *cit.*, pp. 140-141; A. Marín López, «La cooperación internacional en materia procesales», en F. Aldecoa Luzarraga (Coord.), *La Cooperación internacional...*, *cit.*, pp. 247- 253).

¹⁰⁴ *Vid.*, especialmente, M. A. Amores Conradi, *Eficacia de resoluciones...*, *cit.*, pp. 16-26; *id.*, «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones», *Cursos de Vitoria-Gasteiz 1995*, Bilbao, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 1996, pp. 267-316, esp. pp. 273-278; indirectamente, F. J. Garcimartín Alférez, «La argumentación más favorable al derecho fundamental, el acceso a los recursos y las decisiones judiciales extranjeras (A propósito de la STC 199/1994, de 4 de julio)», *Derecho privado y Constitución*, 1993, año 3, núm. 5, pp. 329-349; con especial referencia a la doctrina constitucional, J. M. Suárez Robledano, «Incidencia del art. 24 de

trata de modificar constitucionalmente el sentido de la cooperación internacional como fundamento de este conjunto de problemas, recordando su sentido instrumental¹⁰⁵. Y de este modo, debe tenerse presente que el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares en el ámbito internacional exige que la decisión adoptada por los tribunales de un Estado sea segura, estable y continua, pudiendo desplegar sus efectos en otros países¹⁰⁶. El legislador español resulta obligado no sólo a reconocer eficacia a las decisiones dictadas por otros tribunales¹⁰⁷, sino a regular un sistema de eficacia extraterritorial de decisiones que garantice adecuadamente el derecho de los particulares a la tutela judicial efectiva en el sentido expuesto¹⁰⁸.

De esta obligación pueden deducirse dos ideas: de un lado, que este sector del DIPr. requiera quizá como ningún otro del desarrollo de mecanismos de cooperación internacional, razón que explica el complejo entramado convencional (al que se une actualmente el institucional) que caracteriza a nuestro sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras¹⁰⁹ y, de otro, y dado que no puede olvidarse que es el sistema del DIPr. del foro el que determina cuáles son los requisitos a los que se subordina la producción de efectos de una decisión judicial extranjera, que el mayor o menor número de requisitos a los que se condicione la producción de dichos efectos, se convierta en criterio de medición del grado de apertura de dicho Ordenamiento hacia los sistemas extranjeros o, en otros términos, del grado de cooperación internacional que inspira al sistema del foro.

la Constitución en el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: régimen común y régimen convencional», en J. C. Fernández Rozas (Dir.), *Problemas actuales...*, cit., pp. 231-286.

¹⁰⁵ Incidiendo en el carácter instrumental de la cooperación internacional en este sector, *vid.*, M. A. Amores Conradi, *Eficacia de las resoluciones...*, cit., pp. 9-13.

¹⁰⁶ *Vid.*, M. Virgós Soriano, «El reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*. vol. I., UNED, 2000, Madrid, 2ª ed., pp. 409-450, esp. pp. 423-424.

¹⁰⁷ Naturalmente, dentro de unos límites, pues no puede olvidarse que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto e incondicionado, sino de configuración legal. Uno de los principales límites en este sector sería el operado como consecuencia de la intervención del orden público, que impediría reconocer en España decisiones adoptadas por tribunales extranjeros, contrarias a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos.

¹⁰⁸ Ello obligaría, con carácter general, a relegar por siempre el principio de reciprocidad [*vid.*, I. García de Velasco, *Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)...*, cit., pp. 143-144].

¹⁰⁹ Sobre ésta pluralidad de regímenes, denunciando su falta de unidad esencial, y poniendo de manifiesto la contradicción existente entre su filosofía (relaciones entre Estados) y la materia a la que se refiere (relaciones entre particulares), puede verse, especialmente, al hilo de este discurso, M. A. Amores Conradi, «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes...», cit., pp. 270-314.

3º) Exigencias del principio de cooperación internacional

El principio de cooperación internacional exige adoptar en este sector del DIPr. una postura claramente aperturista con relación a una serie de aspectos: *ad. ex.*, defender una concepción amplia de resolución judicial; introducir el reconocimiento automático de las decisiones extranjeras; suprimir o reducir el control de la competencia legislativa; restringir el control de la competencia judicial del tribunal de origen; sostener la vinculación del tribunal requerido por las constataciones de hecho en que hubiera fundado su competencia el tribunal de origen; introducir la posibilidad del *exequátur* parcial; incorporar un procedimiento de *exequátur* simplificado y rápido; conceder el beneficio de la asistencia jurídica gratuita en el Estado requerido al solicitante de la ejecución que lo hubiera disfrutado en el Estado de origen¹¹⁰.

La reglamentación de este sector en el DIPr. español de origen internacional, tanto de fuente institucional¹¹¹, como de fuente convencional (multilateral o bilateral), responde de distinto modo¹¹², pero, en cualquier caso, en mayor grado que nuestro régimen autónomo, a las exigencias requeridas por la cooperación internacional en este sector¹¹³. El DIPr. autónomo español en el sector del reconocimiento, como es sabido, se caracteriza por sus insuficiencias, deficiencias, y sobre todo, su carácter obsoleto (arts. 951-958 LEC de 1881)¹¹⁴, que contrasta en gran medida con la

¹¹⁰ *Vid.*, especialmente, en la doctrina española, desde esta perspectiva, M. Aguilar Benítez de Lugo, «Una actitud crecientemente internacionalista en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras», *RCEA.*, 1992, pp. 93-116.

¹¹¹ La «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil tras el Tratado de Ámsterdam ha alterado, como es sabido, la delimitación de las fuentes en este sector, superponiéndose la primacía del Derecho institucional (*vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado, cit.*, p. 272).

¹¹² Aparte de diferencias puntuales (*ad. ex.* en cuanto a la admisión del reconocimiento sin procedimiento o reconocimiento automático), esta falta de unidad se muestra especialmente patente y relevante con relación al procedimiento de reconocimiento y ejecución (*vid.*, M. A. Amores Conradi, «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad...», *cit.*, p. 309, pp. 314-317).

¹¹³ *Vid.*, un análisis exhaustivo de esta comparación con relación al marco convencional, M. Aguilar Benítez de Lugo, «Una actitud crecientemente internacionalista...», *cit.*, 93-106.

¹¹⁴ Régimen, como es sabido, de aplicación transitoria, conforme a lo previsto en la disposición derogatoria única 1. 3ª de la LEC 1/2000, hasta que sea sustituido por una futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (sobre estos trabajos, puede verse el no bien recibido doctrinalmente Anteproyecto de Ley de Cooperación Internacional en materia civil de 22 de diciembre de 1997, que introduce algunas reformas positivas respecto al texto de 3 de septiembre de 1997, que había revisado el texto de 9 de diciembre de 1996). Basta sólo una lectura de los últimos manuales de nuestra disciplina para hacerse eco de esta crítica generalizada, *vid.*, *ad ex.*, J. C Fernández Rozas y S.

evolución generalizada en la mayoría de los países de nuestro entorno¹¹⁵. Debe insistirse de *lege ferenda* en la necesidad de una reforma radical del sistema más acorde con las tendencias cooperadoras imperantes en el marco institucional, convencional y comparado. La reforma debe abordar desde esta perspectiva, entre otras cuestiones, principalmente, una eliminación del sistema de reciprocidad, incorporación de un sistema de reconocimiento automático, junto con la posibilidad de obtener un reconocimiento *erga omnes* mediante el procedimiento de *exequátur* adaptado, la inclusión de la posibilidad de reconocimiento y/o ejecución parcial, enumeración tasada de las causas de denegación, simplificación y agilización de los aspectos procedimentales del *exequátur* (poniendo fin también al monopolio competencial del TS, a favor de la descentralización en los Juzgados de Primera Instancia, y favoreciendo la posibilidad de recurso, como un contenido más del derecho a la tutela judicial efectiva)¹¹⁶.

Debe destacarse en este momento, sin perjuicio de volver sobre este tema más adelante, la importancia que desde *ab initio* se concedió en la Unión Europea a la cooperación judicial, en general, y al objetivo de facilitar el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales entre los Estados Miembros, en particular. Aunque hasta fechas recientes el Convenio de Bruselas de 1968 había constituido el único instrumento general en materia de cooperación judicial civil en el ámbito de la Unión, sin embargo, a raíz del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, y la conocida «comunitarización» de la cooperación judicial en material civil¹¹⁷, la

Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, cit., pp. 277-281; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, cit., p. 329; en particular, M. A. Amores Conradi, «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad...», cit., 270-314.

¹¹⁵ Estados como Italia, Portugal o Suiza, han experimentado en los últimos años, como es sabido, revisiones legislativas en este sector que, en general y a pesar de sus diferencias, ofrecen respuestas mucho más satisfactorias y cooperantes que nuestro régimen.

¹¹⁶ *Vid.*, con carácter general, P. A. de Miguel Asensio, «Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 337-366.

¹¹⁷ Sobre la incidencia del Tratado de Ámsterdam en la cooperación judicial en materia civil y, concretamente en el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, *vid.*, entre otros, J. De Miguel Zaragoza, «La cooperación judicial en el Título VI del Tratado de Ámsterdam», *BIMJ*, núm. 1807, 1997, pp. 5-19; P. A. De Miguel Asensio, «El Tratado de Ámsterdam y el Derecho internacional privado», *La Ley (CE)*, núm. 4510, 30 de marzo de 1998, pp. 1-3; J. L. Iglesias Buhigues, «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después de Ámsterdam (1)», *RGD*, n° 644, 1998, pp. 5847-5862; *id.*, «La cooperación judicial en materia civil», en S. Álvarez González y J. R. Remacha Tejada (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, cit., pp. 47-58; C. Kohler, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Ámsterdam», *Riv. crit. dr. int. pr.* 1999, 1,

llamada «quinta libertad comunitaria»¹¹⁸ experimentó un primer salto cualitativo en este ámbito, que hasta el momento se ha traducido en la elaboración y entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 44/2001 en materia patrimonial (Bruselas I), y 1347/2000 (Bruselas II) en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. A este importante jalón en la tarea de la facilitación del reconocimiento de decisiones, se añade de manera decisiva la aprobación por parte del Consejo y la Comisión en diciembre de 2000 del «Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil»¹¹⁹. El ambicioso objetivo de este Programa gradual de reconocimiento mutuo consiste, junto con la ampliación a las materias no cubiertas por los instrumentos comunitarios existentes, en la progresiva supresión del *exequátur* en tres etapas, culminando en su supresión global en algunos ámbitos, en forma de Título Ejecutivo Europeo, directamente ejecutorio en todo los Estados miembros, sin ninguna medida intermedia¹²⁰.

El principio de cooperación internacional, como ha podido verificarse, experimenta actualmente en el ámbito convencional e institucional uno de sus momentos álgidos en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones. Esta afirmación puede completarse aún más si se toma en consideración la gran tarea que desde hace años se lleva a cabo en el seno de la Conferencia de La Haya con objeto de alcanzar un Convenio universal sobre *exequátur* en materia civil y mercantil¹²¹. Lástima que como contrapartida a este auge convencional y comunitario, nuestro régimen común continúe aún anclado en los vestigios de una normativa decimonónica,

pp. 1-30; S. Leible y A. Staudinger, «El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?», *AEDIPr.*, t. 1, 2001, pp. 89-115.

¹¹⁸ J. L. Iglesias Buhigues y M. Desantes Real, «La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea», en E. García de Enterría, J. D. González Campos y S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Madrid, Civitas, 1986.

¹¹⁹ *DO* C 12, de 15 de enero de 2001.

¹²⁰ Los hitos y progresivos resultados del «Programa de reconocimiento mutuo» pueden consultarse en <http://europa.eu.int/>

¹²¹ Sobre la elaboración del futuro Convenio universal sobre competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil, *vid.*, las sucesivas notas publicadas en *REDI* por A. Borrás tras cada una de las reuniones de la Comisión especial constituida al efecto (*R.E.D.I.*, 1994, nº 2, pp. 916 y ss; *R.E.D.I.*, 1996, nº 2, pp. 357 y ss; *R.E.D.I.*, 1998, nº 1, pp. 370 y ss. También, con relación al mismo, puede verse, entre otros., A. Boggiano, *Relaciones judiciales internacionales*, 1994).

conectada con la vieja idea de soberanía, y no acorde a las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva.

D) La cooperación legislativa

a) Consideraciones previas

Con la expresión cooperación legislativa se hace alusión a la modalidad más clásica de cooperación entre los Estados en el marco del DIPr., es decir, al fenómeno de la unificación normativa en el plano internacional. J. H. A. Loon, en un estudio en el que analiza el fenómeno de la cooperación internacional en el ámbito del DIPr. durante el siglo XX, con relación al *status* actual de las relaciones internacionales y al DIPúb., distingue claramente entre esta modalidad de cooperación, y la que denomina «cooperación judicial y administrativa».¹²² Según este autor, la cooperación legislativa tendría únicamente como objeto la unificación convencional de las normas de competencia judicial internacional, normas de conflicto y normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, reglas que reemplazarían al derecho autónomo. Por el contrario, la cooperación judicial y administrativa tendría un objetivo más limitado, en cuanto que no aspiraría a la unificación normativa, sino al establecimiento de cauces de cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas de los distintos Estados, incidiendo en el Derecho autónomo, pero no reemplazándolo, y con el objeto último de satisfacer determinados intereses privados.

Esta distinción de la cooperación internacional es una opción perfectamente válida, que ayuda ya a intuir las peculiaridades de la normativa convencional sobre protección de menores que es objeto de esta tesis. No obstante, en este momento destinado al análisis de la cooperación internacional *in genere*, se considera más oportuno retener la acepción tradicional de cooperación legislativa, identificada con la acción de varios Estados dirigida a la creación de normas de DIPr. comunes a varios

¹²² *Vid.*, J. H. A. van Loon, «The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law», *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 1990, pp. 101-122. *Vid.*, esta misma distinción en un trabajo limitado a materia de familia en el seno de la Conferencia de La Haya, *id.*, «Unification and Co-operation in the Field of international family law: A perspective from the Hague», A. Borrás y otros (Eds.), *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz. Sur l'Unification Progressive du Droit international Privé*, Kluwer Law International, 1996, La Haya, pp.173-190.

Ordenamientos estatales, y que puede realizarse mediante dos fuentes distintas: el Convenio internacional (Derecho convencional), y los actos con eficacia normativa de las Organizaciones internacionales (Derecho institucional).¹²³ En esta concepción amplia de la cooperación legislativa tendría cabida perfectamente las dos modalidades de cooperación distinguidas por el citado autor, con sus respectivas peculiaridades. Lejos de profundizar en el amplio fenómeno de la unificación del DIPr.¹²⁴, en este momento interesa poner de relieve los dos aspectos que caracterizan a la cooperación legislativa en nuestros días, con una mirada especial al DIPr. español. En primer lugar, la extensa proliferación convencional acaecida en los distintos sectores del DIPr. español (al igual que ocurre en las legislaciones de nuestro entorno). Los Convenios internacionales van abarcando progresivamente las diferentes materias, con una pluralidad de técnicas diversas, e introduciendo un elemento de complejidad importante en el DIPr. actual¹²⁵. En segundo lugar, la incidencia de los procesos de integración económicos actuales, esencialmente de la Unión Europea, en los procesos de unificación del Derecho, y la aparición de nuevos cauces de positivización de cooperación legislativa; fenómeno que a diferencia del primero, que afecta en mayor o menor medida a todos los sistemas de DIPr., adquiere relevancia sólo en los Estados que, como España, participan en un proceso de integración.

¹²³ J. D. González Campos, *Derecho internacional privado*, UAM, cit., p. 126.

¹²⁴ Sobre los diversos métodos de unificación puede verse, entre otros, G. A. L. Droz, «La Conférence de La Haye de Droit international privé et les méthodes d'unification du droit: Traités internationaux ou lois modèles?», *Rev. int. dr. comp.*, 1961, vol. 13, pp. 507-521; R. Viñas Farre, *Unificación del Derecho internacional privado. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Bosh, 1978; H.U. Jessurun d'Oliveira, «Codification et unification du Droit international privé. Problèmes de coexistence», *Unification. Liber Amicorum Jean Georges Sauveplanne*, Kluwer, 1984, pp. 117-130; H. P. Glenn, «Unification of Law, Harmonization of Law and Private International Law», *Liber Memorialis François Laurent*, 1989, pp. 783-793.

¹²⁵ El fenómeno de expansión convencional es hoy día de carácter universal, afectando a la mayor parte de los sistemas estatales de DIPr. En el continente americano el impacto convencional ha sido enorme en las últimas décadas, *vid.*, entre otros, D. P. Fernández Arroyo, *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Eurolex, Madrid, 1994; D. Operti Badán, «L'oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel», en A. Borrás Rodríguez y otros (Eds.), *Liber Amicorum Georges A. L. Droz...*, cit., pp. 269-286; *id.*, «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», *España y la codificación...*, cit., pp. 259-283; J. Samtleben, «Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea», *España y la codificación...*, cit., pp. 293-302.

b) La cooperación legislativa en el marco convencional

El Convenio internacional continúa siendo hasta el momento el principal instrumento de cooperación legislativa, bien sea por vía bilateral o multilateral, de eficacia *erga omnes* o de alcance *inter partes*, e independientemente de la técnica utilizada en su elaboración¹²⁶. En el Ordenamiento jurídico español, como es de sobra conocido, el índice convencional ha crecido vertiginosamente desde finales de los 70 hasta nuestros días (principalmente en el ámbito multilateral)¹²⁷, y la participación activa de nuestro país en los numerosos foros que con distinto alcance se ocupan de la unificación del DIPr., ha permitido afortunadamente que España se haya incorporado de manera progresiva al clima de cooperación legislativa que preside actualmente las relaciones internacionales.¹²⁸

¹²⁶ Las técnicas normativas utilizadas en los Convenios internacionales en aras de la unificación pueden ser, como es sabido, bien distintas: normas materiales (sector de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras), exclusivamente normas de conflicto uniformes (especialmente en el sector del Derecho aplicable), normas materiales especiales, normas materiales de auténtico Derecho uniforme o, incluso, una combinación de diversas técnicas, como la conjunción de normas materiales especiales para algunos aspectos y normas de conflicto para otros (*ad. ex.*, Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 sobre contrato de transporte terrestre internacional de mercancías). Por otra parte, tampoco puede olvidarse la existencia de otras técnicas, alternativas al Convenio internacional y que igualmente pueden utilizarse en la unificación del DIPr. Aparte de los gestadas en marcos de integración económica como el de la Unión Europea, a los que posteriormente se hará referencia, la unificación de las normas del DIPr. puede lograrse unilateralmente por los legisladores internos (técnicas de la incorporación por referencia o material de los convenios internacionales al Derecho autónomo) o mediante el conjunto de técnicas más flexibles conocidas como *Soft Law* o *Diritto morbido* (Leyes Modelo, recomendaciones no vinculantes, etc.), técnicas que a pesar de su impulso en los últimos años por Organizaciones como la UNCITRAL, puede decirse que están aún en proceso de consolidación dada su escasa eficacia real. Puede verse, entre otros, P. Sarcevic, «Unification and Soft Law», *Conflicts et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred Von Overbeck*. Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1990, pp. 87-101. Sobre las ventajas e inconvenientes del Convenio internacional y las Leyes Modelos como instrumentos de unificación puede verse, entre otros, G. A. L. Droz, «La Conférence de La Haye...», *cit.*, pp. 509-516. Actualmente, sobre la *vis atractiva* que el Convenio internacional continúa disfrutando en el seno de la Conferencia de La Haya, *versus* otros instrumentos de unificación, *vid.*, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 100-105, esp., pp. 104-105.

¹²⁷ El número de Convenios internacionales vigentes en nuestro ordenamiento hasta la década de los 70, como es sabido, fueron escasos. La apertura política, la Constitución española de 1978, y la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1985 propició una incorporación masiva y poco medida de numerosos Convenios internacionales en nuestro sistema. Este fenómeno, ya conocido como «euforia internacionalista», es actualmente contemplado desde una perspectiva más relajada, e incluso crítica, por nuestra doctrina (*vid.*, J. C. Fernández Rozas, «Los Tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado», en J. C. Fernández Rozas (Dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado...*, *cit.* pp. 61-158; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción...*, *cit.*, pp. 77-84).

¹²⁸ La institucionalización de la cooperación, como ha sido apuntado, es una de las características que definen al DIPr. actual frente a la cooperación exclusivamente interestatal de épocas anteriores. Puede afirmarse que este proceso es la traducción de lo que en el ámbito del DIPúb. ha sido el paso del

En el momento presente, la incidencia convencional en el sistema español de DIPr. es muy diversa en los distintos sectores y materias; fenómeno que suscita numerosos problemas desde diferentes frentes, y fundamentalmente, aquéllos relativos a la interacción de las normas convencionales y autónomas.¹²⁹ Una visión rápida, sin ánimo de exhaustividad, del *status* convencional actual en el DIPr. español, podría ser la siguiente: el sector donde el peso convencional es mayor coincide con el conjunto de Convenios que inciden o son analizados en este trabajo, es decir, los Convenios que incorporan mecanismos de cooperación internacional entre autoridades centrales o intermediarios especializados (CIA). En el sector de la competencia judicial internacional, el peso específico se encuentra delimitado espacialmente al ámbito de la Unión Europea y, de manera principal, materialmente, a las relaciones patrimoniales, por los Convenios multilaterales de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988¹³⁰. Al margen de estos textos, existen también en el marco multilateral otros Convenios internacionales que contienen normas sobre competencia y que suelen dividirse por la doctrina en dos grupos¹³¹: de un lado, aquéllos que regulan materias concretas (principalmente, transporte internacional, responsabilidad no contractual y Derecho marítimo), y que incorporan algunas normas específicas sobre competencia judicial internacional.¹³² De otro, ciertos Convenios cuyo objeto específico es la unificación de las normas sobre competencia judicial internacional en materias concretas (abordaje, embargo preventivo de buques).¹³³ En el sector del Derecho aplicable resulta muy

«Derecho de la coexistencia» al «Derecho de la cooperación» (*vid.*, W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, citado en J. H. A. Van Loon, «The Increasing Significance...», *cit.*, nota 1).

¹²⁹ Problemas derivados de las insuficiencias y deficiencias de la política convencional española, problemas de incorporación a nuestro sistema, problemas de identificación, interpretación y aplicación de los numerosos Convenios internacionales vigentes, etc. (*vid.*, *amplius*, J. C. Fernández Rozas, «Los Tratados internacionales...», *cit.* pp. 87-158, y la bibliografía allí contenida).

¹³⁰ La vía convencional utilizada por los Estados miembros de la UE para ampliar los objetivos comunitarios y el ámbito de las normas de DIPr., como se verá a continuación, no permite su caracterización como Derecho institucional sino, todo más, como Derecho internacional privado convencional específico (*vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, «Derecho internacional privado», *cit.*, pp. 67-68).

¹³¹ Una relación detallada de éstos, y de otros de relativa menor importancia, *vid.*, J. C. Fernández Rozas, «Los Tratados internacionales...», *cit.*, pp. 82-87.

¹³² *Ad ex.*, Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 de octubre de 1929 (art. 28); Convenio de Roma sobre daños causados a terceros en superficie por aeronaves extranjeras, de 7 de octubre de 1952 (art. 20).

¹³³ Entre otros, Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 de mayo de 1952; Convenio internacional para la unificación de

difícil hacer un balance global sobre la incidencia del Derecho convencional, que afecta de distinto modo a variadas materias. En general, se aprecia una gran concentración en el marco europeo, esencialmente en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado¹³⁴, dejando a un lado como regla general la opción bilateral y la de la codificación americana. A diferencia de lo que ocurre en el sector de la competencia judicial internacional, y como se verá ahora en el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, los Convenios sobre Derecho aplicable suelen ser Convenios multilaterales, de eficacia universal, que provocan un desplazamiento de la normativa autónoma, suscitando algunos problemas para los aplicadores españoles¹³⁵. En este ámbito de unificación elegido por España, existen materias cuya regulación queda exclusivamente o en gran parte afectada por el Derecho convencional (*ad ex.*, obligaciones alimenticias, contratos internacionales en general, Derecho aplicable al proceso), otras en las que sólo incide sectorialmente (*ad. ex.*, obligaciones no contractuales) y, finalmente, también existen materias en las que la incidencia del Derecho convencional es muy escasa (*ad. ex.*, derechos de la personalidad, derechos reales en general). Por último, el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, como acaba de comprobarse, se caracteriza precisamente en nuestro Ordenamiento jurídico por la destacada presencia de la normativa convencional, que a su vez presenta una tipología muy variada. Al margen de los progresos realizados en el marco comunitario que, sin duda, han sido los que han tenido mayor trascendencia en nuestro sistema, el conjunto se completa de manera sorprendente, como es sabido, por un amplio abanico de Convenios bilaterales concluidos por España en este sector, aplicables a un sector amplio de materias¹³⁶, y

ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 10 de mayo de 1952.

¹³⁴ En general, sobre la evolución de la unificación en la Conferencia de La Haya, *vid.*, J. H. A., «Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye», *Liber Memorialis François Laurent*, 1989, pp. 1133-1149; con relación a España, *vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Cien años de participación de España en la Conferencia de La Haya», *R.E.D.I.*, vol. XLV, 1993, pp. 149-201.

¹³⁵ *Vid.*, en general, sobre el alcance de la diversificación con relación al propio Derecho convencional entre Convenios internacionales multilaterales fundados sobre la reciprocidad, y los Convenios de carácter *erga omnes*, *vid.*, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 105-120.

¹³⁶ Los Convenios bilaterales suscritos por nuestro país en este sector ascienden, como es sabido, aproximadamente, a una veintena, y entre ellos presentan a su vez una tipología muy variada, con una tendencia hacia la incorporación de normas reguladoras de la asistencia judicial (*vid.*, A. Borrás, N. Bouza Vidal, J. D. González Campos, M. Virgós Soriano (Eds.), *Legislación básica de Derecho*

con ciertos Convenios reguladores de la eficacia extraterritorial de decisiones en materias específicas, de carácter multilateral como regla general¹³⁷.

c) La cooperación legislativa regionalizada en los marcos de integración: especial referencia a la Unión Europea

Los límites y dificultades que experimenta la cooperación legislativa en el marco general del Derecho convencional conllevan una reducción considerable de sus resultados, que no aparecen en los «fenómenos de regionalización de la cooperación», cuya manifestación esencial son los fenómenos de integración.¹³⁸ Estos se asientan en unos principios y elementos comunes, persiguen unos determinados fines y objetivos, y propician una cooperación internacional más intensa entre los Estados miembros en el desarrollo normativo del DIPr. (dando lugar a lo que se conoce como «Derecho institucional» desde el punto de vista del análisis de las fuentes de un sistema de DIPr. estatal)¹³⁹. Hasta el momento, el fenómeno de la integración y su relación con el DIPr. se ha estudiado básicamente desde el prisma europeo¹⁴⁰, sin embargo es importante tener en cuenta que otras experiencias similares están cobrando carta de naturaleza en todo el mundo: Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Tratado de Libre comercio de América del Norte, Asociación del Asia Meridional para la Cooperación regional etc.

Centrándose en el modelo de integración europea, que afecta a nuestro país, y consciente de los múltiples criterios susceptibles de utilizar en el análisis de las

internacional privado, 11ª ed., 2001, Tecnos, pp. 31-51). La doctrina viene denunciando desde hace años la ausencia de una política convencional española en su conclusión, aconsejando la adopción de un texto modelo, que permita tener en cuenta paralelamente las especificidades que estos instrumentos deben contener (*vid.*, un análisis crítico, J. C. Fernández Rozas, «Los Tratados internacionales...», *cit.*, pp. 87-98).

¹³⁷ Su sistematización es difícil, aunque básicamente pueden distinguirse dos grupos (*vid.*, al respecto, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción...*, *cit.*, pp. 521-522).

¹³⁸ *Vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 32-33.

¹³⁹ *Vid.*, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, p. 120; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 55.

¹⁴⁰ *Vid.*, la distinta incidencia de estos fenómenos en el DIPr., en función de los niveles de integración obtenidos, así como la exclusividad del modelo europeo, en J. C. Fernández Rozas, «Los modelos de integración en América Latina y el Derecho internacional privado», *Iberoamérica ante los procesos de integración*, XIV Jornadas de la AEPDIRI, 1999, pp. 151-192.

relaciones entre Unión Europea/DIPr.¹⁴¹, en este momento interesa analizar la vertiente conocida como «dimensión *ad intra*» de la labor codificadora de la Comunidad Europea respecto del DIPr.¹⁴², y más concretamente, las técnicas o instrumentos normativos de cooperación legislativa mediante los que pueden presentarse las normas de DIPr comunitario¹⁴³. En este sentido, la Comunidad, de un lado y frente a otros foros de unificación del DIPr., ha dispuesto siempre de sus propios instrumentos jurídicos de armonización/unificación (Derecho derivado, principalmente Reglamentos y Directivas) y de otro, ha podido utilizar el mecanismo tradicional del Convenio internacional (Derecho convencional en cuanto que queda sometido a las normas del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, y

¹⁴¹ Resultan interesantes las facetas en su día esbozadas por J. C. Fernández Rozas, («Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *RIE*, 1990, pp. 785-826), y que pueden resumirse en las siguientes: papel de las Comunidades europeas en el proceso codificador del DIPr. *ad intra* y *ad extra*; participación de la Comunidad en el tráfico jurídico externo como sujeto de DIPr.; utilización de las distintas técnicas del DIPr. en diversos sectores del Derecho comunitario y, conectada con ésta, el recurso al DIPr. en orden a colmar ciertas lagunas del DIPr. La bibliografía sobre las relaciones DIPr. y Comunidades europeas es amplísima. Sin ánimo de exhaustividad, y limitado a las obras monográficas clásicas de carácter general, pueden verse, entre otras, P. Bourel, U. Drobning, G. Droz, B. Goldman, O. Lando, K. Lipstein, C. Morse, J. Pipkorn y F. Pocar, *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé*, Bruselas, Larcier, 1981; I. F. Fletcher, *Conflict of Laws and European Community Law; with especial reference to the Community Conventions on Private International Law*, Ámsterdam, 1982; M. R. Saulle, *Diritto comunitario e diritto internazionale privato*, Napoles, 1983; G. Badiali, «Le droit international privé des Communautés Européenes», *R. des C.*, t. 191, 1985-II, pp. 9-182; A.V.M. Struyken, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *R. des C.* t. 232, 1992, pp. 257-383.

¹⁴² Frente a la dimensión *ad extra*, que también merece destacarse por la progresiva importancia que va adquiriendo en paralelo a la consolidación de la Unión Europea, y por la trascendencia que, como a continuación se advertirá, ha aparejado hacia el exterior la «comunitarización» de la cooperación jurídica internacional en materia civil. Con ella, se hace alusión a la actuación de la Comunidad en los procesos de unificación legislativa llevados a cabo en otros foros internacionales, y que puede resumirse en relaciones de cooperación y relaciones de presión. La cooperación principal se lleva a cabo básicamente con el Consejo de Europa, limitada a intercambios de información. Las relaciones de presión se ejercen sobre todo en el seno de la Conferencia de La Haya, donde los Estados comunitarios llevan a cabo una política de bloque, tratando de proteger los intereses de la Comunidad frente a propuestas que de uno u otro modo les resultarían perjudiciales (*vid.* J. C. Fernández Rozas, «DIPr. y Derecho comunitario...», *cit.*, pp. 810-814; *id.*, «Los modelos de integración...», *cit.*, pp. 163-165; J. D. González Campos, «Cuestiones de DIPr. en las Comunidades Europeas», *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1983, pp. 111-131; más recientemente, *vid.*, M. J. Elvira Benayas, «La cooperación judicial internacional como observatorio de las fricciones entre la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Comunidad Europea. ¿Posibles vías de coordinación?», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 261-274).

¹⁴³ *Vid.*, en nuestra doctrina, antes de la «comunitarización», M. V. Cuartero Rubio, «Técnicas de unificación del DIPr. en la C.E.E.», *España y la codificación...*, *cit.*, pp. 247-256; I. García Rodríguez, «El Derecho comunitario como fuente del Derecho internacional privado», *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 12, 1994, pp. 75-99. Después de la «comunitarización» y del cambio sustancial que ésta ha implicado para el Derecho internacional privado, los trabajos relacionados con esta cuestión (*vid.*, *supra*, nota 117), se han sucedido rápidamente.

Derecho comunitario funcional en la medida que persiguen los fines y objetivos de la Comunidad¹⁴⁴). El uso de una u otra técnica ha dependido tradicionalmente (antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam) de la opción elegida entre armonización (Directiva) o unificación de las normas de DIPr. (Convenios o Reglamentos). Si bien en un principio la armonización a través de la Directiva (art. 100 –actual art. 94- TCE) fue la opción legislativa diseñada para superar el carácter nacional de las normas de Derecho privado, las dificultades específicas de este método y, esencialmente, la inseguridad jurídica que conllevaba, hacía poco atractiva esta vía para la regulación de las cuestiones de DIPr. en el seno de la Comunidad, y se reclamaría el uso de vías que asegurasen una unificación real y duradera del DIPr.¹⁴⁵ En el marco comunitario, hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Convenio internacional había sido, sin duda, la técnica legislativa «estrella» utilizada en el proceso de unificación. En primer lugar, directa o indirectamente por la vía del art. 220 (actual art. 293) TCE¹⁴⁶; en segundo lugar, en el marco de la Cooperación en materia de Política Exterior y la Cooperación Política Europea, introducidos por el art. 30 del Acta Única Europea de 1985, y antecedente inmediato de la cooperación judicial en materia civil (CJC), los Convenios CPE¹⁴⁷ y, en tercer lugar, los Convenios

¹⁴⁴ Vid., A. Borrás, «Los Convenios complementarios entre los Estados miembros de la CEE», *Noticias CEE*, nº 21, 1986, pp. 115-118. Junto a los Convenios concluidos entre los Estados partes a partir de las vías que el legislador comunitario ha previsto sucesivamente para ellos, existen otros Convenios internacionales en el seno de la Comunidad que en distinto grado afectan al Derecho comunitario: Los Convenios celebrados entre los Estados parte en su condición de Estados; los Convenios negociados por la Comisión en el marco de la política comercial común; y los Convenios celebrados por los Estados miembros y terceros Estados.

¹⁴⁵ Vid., I. García Rodríguez, «El Derecho comunitario...», *cit.*, p. 92; P. A. de Miguel Asensio, «Integración europea y Derecho internacional privado», *cit.*, pp. 413-444.

¹⁴⁶ Vía que en cuanto a su desarrollo posterior ha sido objeto de múltiples consideraciones, al haber sido utilizado tanto rebasando su contenido *stricto sensu*, como por su insuficiente desarrollo. Sus realizaciones, al margen de algunos proyectos, han sido: a) Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; b) Indirectamente o como *prolongación* del primero, Convenio de Roma sobre de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; c) Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia (Convenio que no llegó a entrar en vigor tras la «comunitarización»); d) Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968 sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas (texto que fue abandonado definitivamente).

¹⁴⁷ Sus realizaciones fueron dos Convenios que no llegaron a entrar en vigor, y que presumiblemente se conviertan en futuros Reglamentos comunitarios: a) Convenio de Bruselas de 25 de mayo de 1987 relativo a la supresión de la legalización de documentos en los Estados miembros de las Comunidades Europeas; b) Convenio de Roma de 6 de noviembre de 1990 sobre la simplificación de los procedimientos relativos al cobro de la deuda alimenticia.

concluidos por la vía del antiguo art. K.3.2 c) del TUE¹⁴⁸. Sin embargo, a pesar del éxito del Convenio internacional frente al Reglamento y a la Directiva (vías que hasta la entrada en vigor del Reglamento (CE) 1347/2000, sólo habían servido a la unificación y sobre todo, armonización del DIPr., fragmentada y limitada a materias económicas¹⁴⁹), los numerosos inconvenientes de la técnica convencional (*ad. ex.*, la posibilidad de formular reservas y las dificultades anejas a la falta de simultaneidad de la entrada en vigor de los Convenios en los distintos Estados miembros, con la consecuencia que hayan de aplicarse en un mismo Estado varias versiones del mismo Convenio), hicieron reivindicar por algunos autores el mayor empleo de los mecanismos de Derecho derivado y, esencialmente, de la vía del Reglamento¹⁵⁰.

Este resultado es precisamente el obtenido tras las decisivas reformas producidas en el TCE en virtud del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y, concretamente, de los nuevos arts. 61, 65 y 67, que como se ha dicho, implican un cambio sustancial o copernicano para el Derecho internacional privado comunitario, en tanto que, por primera vez, *ex art.* 65 TCE, se consigue un título competencial que habilita expresamente a la Comunidad europea para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Como consecuencia de esta transposición de pilares, la Comunidad europea rápidamente, e incluso de manera acelerada, ha procedido a ejercer tales competencias, comunitarizando algunos Convenios o proyectos legislativos existentes en materia de Derecho internacional privado mediante su conversión en Reglamentos comunitarios¹⁵¹, y adoptando nuevos

¹⁴⁸ Sobre la base de este artículo se concluyeron dos Convenios: a) Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Bruselas II); b) Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. Estos Convenios, como es sabido, nunca llegaron a entrar en vigor, puesto que la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam obligó a su conversión.

¹⁴⁹ Sobre las realizaciones concretas en esta etapa que afectan al DIPr. español, y su alcance, *vid.*, I. García Rodríguez, «Derecho comunitario...», *cit.*, pp. 90-95.

¹⁵⁰ *Vid.*, en la doctrina española, I. García Rodríguez, «Derecho comunitario...», *cit.*, pp. 92-95; M. V. Cuartero Rubio, «Técnicas de unificación...», *cit.*, pp. 252-253.

¹⁵¹ Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes; Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (*DOCE L*, núm. 160, de 30 de junio de 2000); Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (*DOCE L* 160, de 30 de junio de 2000); Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000,

instrumentos legislativos comunitarios, *ad. ex.*, en materia de obtención de pruebas¹⁵². Actualmente, la Comunidad continua en una incesante línea de trabajo con relación a la cooperación judicial en materia civil que afecta *ad. ex.*, al proceso civil¹⁵³ o, como se ha visto, en general, al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, con una especial atención al reconocimiento mutuo de resoluciones en materia de responsabilidad parental¹⁵⁴.

El proceso de institucionalización o «comunitarización» experimentado por el Derecho internacional privado, que ha implicado la relegación de la técnica del Convenio internacional, ofrece indudablemente ventajas importantes, puesto que *a priori* supera los citados inconvenientes que lleva aparejado la adopción del instrumento convencional. Sin embargo, como es sabido, son también muchos los problemas y cuestiones que esta institucionalización conlleva, y algunos de los cuáles sólo podrán ser valorados en términos adecuados con el transcurso de los años. Entre estas cuestiones, con ánimo puramente enunciativo, destacan las siguientes: controvertido alcance de las competencias normativas resultantes de los artículos 61 c) y 65 TCE¹⁵⁵, problemas de relación entre las fuentes de Derecho internacional privado

relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹⁵² Reglamento (CE) número 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (*DOCE* núm. L 174, de 27 de junio).

¹⁵³ *Vid., ad. ex.*, Propuesta de Directiva del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los juicios civiles, COM (2002) 013 final, Bruselas 18 de enero de 2002.

¹⁵⁴ *Vid.,* Documento de trabajo de la Comisión «Reconocimiento mutuo en materia de responsabilidad parental», COM (2001) 166 final, 27 de marzo de 2001. El último resultado de estos trabajos es la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n° 1347/ 2000 y modificando el Reglamento 44/2001 en materia de alimentos (COM 2002/ 0222 final, 3 de mayo de 2002). Esta ambiciosa Propuesta refunde en un solo texto los trabajos de ampliación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental (*DOCE* C 332, 27 de junio de 2001), y la Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos (*DO* C 234, de 15 de agosto de 2000).

¹⁵⁵ Fundamentalmente, desde un punto de vista objetivo, la delimitación del ámbito específico de competencias del art. 65 TC, así como los presupuestos para su ejercicio; desde un punto de vista subjetivo, la reducción de su alcance, en tanto que, como es sabido, tanto Dinamarca como el Reino Unido e Irlanda, a través de los correspondientes Protocolos, han formulado reservas frente a los actos normativos basados en el art. 61 TCE; y desde un punto de vista temporal, que afecta al propio procedimiento de adopción de los actos normativos, puesto que durante un primer período transitorio de

institucional y las normas de origen convencional o autónoma¹⁵⁶, forma de los instrumentos jurídicos normativos relevantes en relación con el art. 65 TCE¹⁵⁷, problemas de delimitación dentro del propio Derecho internacional privado comunitario, entre el Derecho internacional privado institucional y el Derecho internacional privado convencional¹⁵⁸, y consecuencias de la «comunitarización» *ad extra* con especial referencia al problema del alcance de las competencias externas de la Comunidad¹⁵⁹.

3. La cooperación internacional entre autoridades

A) Acercamiento a la CIA

a) Consideraciones previas

Dos son las razones que justifican el tratamiento separado de la cooperación internacional entre autoridades (CIA) clásica dentro de las manifestaciones tradicionales de la cooperación internacional en el seno de nuestra disciplina. De un lado, se trata de la modalidad más pragmática de cooperación internacional en el DIPr., y la que ha alcanzado resultados más visibles en su ámbito; o en otros términos, la CIA es la modalidad activa de la cooperación internacional, y quizás por esta razón

cinco años el Consejo adoptará las decisiones por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y, posteriormente, se abrirá un segundo periodo, en el que las decisiones serán adoptadas por mayoría y sólo la Comisión conservará la iniciativa legislativa.

¹⁵⁶ Relaciones que, como es sabido, parten del principio de primacía del Derecho comunitario, pero que merecen un análisis detenido en diversas direcciones (*vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 70-72).

¹⁵⁷ Aunque por algún sector doctrinal se haya querido excluir el empleo de los Reglamentos a tales efectos, en realidad, la Comunidad dispone de todos los actos normativos contemplados en el art. 249 TCE (reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones o meros dictámenes), y el Reglamento por su efecto directo, obligatorio, y carácter unitario, se presenta como un acto normativo idóneo, tal como demuestran las medidas legislativas adoptadas hasta el momento (*vid.*, S. Lieble y A. Staudinger, «El artículo 65 TCE...», *cit.*, pp. 109-111).

¹⁵⁸ Problemas que deben resolverse, en principio, a favor de la primacía del Derecho institucional sobre el régimen convencional (*vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 72-73).

¹⁵⁹ Conforme a la jurisprudencia del TJCE, como es sabido, una vez que la Comunidad ejercita sus competencias internas adoptando actos normativos, asume una competencia externa implícita, de modo que los Estados miembros pierden su libertad de celebrar tratados con terceros Estados individual o colectivamente, que afecten al acto adoptado. Paralelamente, se plantea si en el futuro exclusivamente la Comunidad posee competencia para negociar convenios internacionales con terceros Estados (sobre el delicado significado y alcance de estas cuestiones, a las que habrá ocasión de volver más adelante, *vid.*, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 134-142; S. Lieble y A. Staudinger, «El artículo 65 TCE...», *cit.*, pp. 111-114).

su tratamiento ha polarizado todo el fenómeno de la cooperación internacional¹⁶⁰. De otro, aunque parezca obvio, si se pretende analizar el alcance de esta modalidad de cooperación internacional en un ámbito material concreto, sus manifestaciones tradicionales requieren un estudio más detallado, que permita comprender las diferencias específicas de estas formas de colaboración entre autoridades respecto a las que son objeto específico de este trabajo. Ahora bien, al abordar la CIA se encuentra un escenario jurídico cualitativamente distinto a los analizados hasta el momento.

En primer lugar, es necesario partir de la idea que condiciona todo posible estudio sobre la CIA, de que se trata de un sector de problemas que originariamente ha estado vinculado al fenómeno de «la cooperación jurídica internacional» o «asistencia judicial internacional»¹⁶¹. Desde esta perspectiva, la cooperación internacional entre autoridades ha poseído una cierta autonomía científica en el DIPr. (incluida en el seno de la conocida categoría de Derecho Procesal Civil Internacional), ha sido objeto de numerosísimos Convenios internacionales (como se anunciaba con ocasión de la cooperación legislativa en nuestro marco convencional, es el sector más internacionalizado de nuestro sistema¹⁶²), y la bibliografía en torno a la misma es extensísima¹⁶³. Ahora bien, en segundo lugar, es una realidad conocida por todos, la

¹⁶⁰ De esta manera cobra sentido la distinción que realiza P. Schlosser de la cooperación internacional, separando cooperación pasiva *versus* cooperación activa. Para este autor, la cooperación activa equivaldría a la CIA, mientras que, como se ha visto, en la categoría de cooperación pasiva se incluirían el reconocimiento y los procedimientos de abstención similares al *forum non conveniens* (*vid.*, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 29).

¹⁶¹ Estas son las denominaciones más frecuentes, aunque también es común referirse al fenómeno como «cooperación judicial internacional» o «auxilio judicial internacional». Cada denominación incorpora determinados matices al concepto, denotando la concepción jurídica sobre la actividad a desarrollar (*vid.*, sobre estos distintos matices, J. Pérez Milla, *La notificación judicial...*, *cit.*, p. 9). A efectos de este trabajo interesa especialmente destacar la contraposición «cooperación jurídica internacional» *versus* «cooperación judicial internacional». Mientras que la cooperación a la que se refiere la primera es susceptible de llevarse a cabo tanto entre autoridades judiciales, como entre autoridades que con responsabilidades jurídicas no son judiciales (frecuentemente, autoridades de carácter administrativo), la segunda se limita exclusivamente a la cooperación entre autoridades judiciales (*vid.*, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento...», *cit.*, p. 233, nota 10).

¹⁶² La asistencia judicial internacional ha sido objeto de desarrollo en diversos foros internacionales (destacando la labor de la Conferencia de La Haya), y actualmente existe tal inflación convencional que resulta difícil identificar la normativa aplicable al caso concreto (para una visión general de la aportación en esta sede de la Conferencia de La Haya puede verse en nuestra doctrina, J. C. Fernández Rozas, «La cooperación judicial...», *cit.*, pp. 189-242).

¹⁶³ Sin ánimo de exhaustividad, y limitado sólo a obras de carácter general, puede verse, entre otros muchos, en la doctrina extranjera, G. Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, Padua, CEDAM, 2ª ed., 1954; F. Pocar, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, CEDAM,

aparición progresiva en el seno del DIPr. de nuevas fórmulas de colaboración entre autoridades que superan su tradicional objeto. Ejemplos de estas nuevas manifestaciones desligadas al proceso, no son sólo las formas de cooperación ya conocidas entre las autoridades encargadas del Registro civil, sino también otras que acaecen con una cierta novedad en ámbitos materiales distintos, y entre las que destacan las que tienen lugar con ocasión de la reglamentación de la protección del menor, objeto de este trabajo.

b) Cooperación legislativa *versus* CIA

Resaltando la importancia cuantitativa de los fenómenos de CIA en las últimas décadas, J. H. A. van Loon, como ha sido apuntado, opta por incluir todos aquellos Convenios internacionales, unidos por el denominador común de establecer cauces de cooperación entre las autoridades de los diferentes Estados partes, en la categoría de «Convenios de cooperación judicial y administrativa» u omnicomprendidamente «Cooperación internacional ente autoridades», en contraposición con los tradicionales «Convenios de cooperación legislativa»¹⁶⁴.

Entre las diferencias que separan las categorías de «cooperación internacional entre autoridades» *versus* «cooperación legislativa» pueden señalarse, sin ánimo de exhaustividad: a) En cuanto a su objeto: la cooperación legislativa se dirige esencialmente a la unificación convencional o institucional de las normas de los

Padova, 1967; I. Szászy, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1967; O. Capatina, «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *cit.*, pp. 305-408; en la doctrina española, M. De Angulo Rodríguez, *Lecciones de Derecho procesal internacional*, Granada, Gráficas del Sur, 1974; J. D. González Campos y R. Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2ª ed., 1981; V. Cortés Domínguez, *Derecho procesal civil internacional (Ordenamiento español)*, Madrid, Edersa, 1981; J. M. Espinar Vicente, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1993; M. D. Adam Muñoz, *El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Judicial Internacional*, Aranzadi, 2ª ed., 1997.

¹⁶⁴*Vid.*, J. H. A. van Loon, «The Increasing Significance...», *cit.*, p. 102; *id.*, «Unification and cooperation...», *cit.*, p. 175, nota 8. Puede verse también esta distinción en G. A. L. Droz, «Évolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de Droit international privé au cours du premier siècle de La Conférence de La Haye», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Ed. Litec, Paris, 1991, pp. 129-147; esp. pp. 129-130. La contraposición de cooperación legislativa *versus* cooperación judicial y administrativa progresivamente va adquiriendo firmeza entre nuestra doctrina (*vid., ad. ex.*, P. Orejudo Prieto de los Mozos, «Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial», *cit.*, pp. 405-407).

diferentes Estados partes sobre competencia judicial internacional, derecho aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones, en cambio, la CIA no tiene por objeto prioritario la unificación de normas, sino el establecimiento de canales o cauces de comunicación entre las autoridades judiciales y administrativas de los diferentes Estados; b) En cuanto a la técnica: la cooperación legislativa utiliza exclusivamente, como se ha visto, el cauce del Convenio internacional o los instrumentos jurídicos emanados de los organismos de integración; la CIA, en cambio, precisa siempre a partir de dichos instrumentos, un desarrollo por los respectivos Derechos internos de los Estados partes; c) distinta incidencia en el Derecho autónomo de los Estados partes de los Convenios de cooperación legislativa y de los Convenios de CIA. En efecto, mientras que los primeros suelen reemplazar al Derecho autónomo de los Estados parte, los segundos en cambio, no aspiran a dicha sustitución, sino que inciden únicamente en el mismo con distinto alcance; d) La intervención o no intervención de las autoridades administrativas en la aplicación de los Convenios sobre cooperación legislativa y CIA. Mientras que en los Convenios de cooperación legislativa, en ningún momento el aparato administrativo de los Estados partes interviene directamente en su aplicación, en los Convenios de cooperación internacional entre autoridades los órganos administrativos intervienen siempre a título principal o accesorio¹⁶⁵; f) En cuanto a su finalidad esencial, los Convenios de CIA se encuentran mucho más orientados a la realización de determinados derechos o intereses de los particulares en el ámbito internacional, mientras que en los Convenios de cooperación legislativa esta finalidad aparece mucho más mediatizada por el objetivo de la unificación en sí mismo. Estas características presentan muy distinto alcance dependiendo de la modalidad de CIA de la que se trate, que en definitiva vendrán determinadas por el fin que persigan cada una de ellas. No obstante, debe anunciarse que las diferencias señaladas entre la cooperación legislativa y la CIA, como se comprobará a continuación, se aprecian mucho más acusadamente en materia de protección de menores o en otros regímenes de protección, que en las modalidades clásicas de CIA.

¹⁶⁵ Como indica G. A. L. Droz («Évolution du rôle...», *cit.*, p. 129), los Convenios de cooperación legislativa están destinados a ser alegados por los interesados y a ser aplicados por los órganos jurisdiccionales; corresponde a las partes invocar la norma de conflicto convencional que designe la ley aplicable, y al interesado en la ejecución solicitarla en el Estado contratante en el que la desee. La Administración de los Estados partes no interviene en modo alguno.

c) Aproximación a un concepto y a sus modalidades

Teniendo presente estas diferencias, si hubiera de esbozarse un concepto omnicomprendido de cooperación internacional entre autoridades en el ámbito del DIPr., éste podría ser el siguiente: «toda reglamentación que organice los distintos mecanismos de colaboración entre autoridades judiciales y administrativas de los distintos Estados, orientados a una más efectiva realización de los fines del DIPr.». Esta definición, podría defenderse como una concepción amplia de la CIA, en la que junto a la concepción estricta sostenida por J. H. A. van Loon, limitada exclusivamente a la reglamentación internacional, se incluirían también las normas producidas unilateralmente por los Estados parte en aplicación de normas internacionales incorporadas en sus respectivos Ordenamientos jurídicos¹⁶⁶.

También en dicha acepción tendrían cabida las modalidades de CIA tradicionalmente analizadas en nuestra disciplina. La mejor doctrina que se ha ocupado del estudio de la CIA ha venido distinguiendo dos modalidades o clases de cooperación internacional, en atención al objeto perseguido por cada una de ellas. De este modo, O. Capatina separa netamente la cooperación judicial de la cooperación administrativa en el ámbito internacional¹⁶⁷. Desde esta concepción, la «cooperación judicial» se enmarca únicamente en el ámbito del proceso judicial, y tiene por objeto facilitar el ejercicio de la función jurisdiccional de los Estados (administración de justicia), suprimiendo los inconvenientes derivados de la existencia de fronteras respecto al ejercicio de dicha función¹⁶⁸. Sería esta modalidad de CIA la que, como se ha dicho, ha polarizado hasta el momento el estudio de la CIA. En contraposición, la «cooperación administrativa» se produciría siempre al margen del proceso, persiguiendo muy diferentes fines, si bien tradicionalmente ha estado destinada a

¹⁶⁶ Una concepción amplia de la CIA es también sostenida en nuestra doctrina por D. P. Fernández Arroyo, «Cooperación internacional...», *cit.*, pp. 567-568.

¹⁶⁷ *Vid.*, la retención de este criterio, con abstracción de la naturaleza de las autoridades intervinientes, O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, pp. 319-320; También implícitamente, A. Borrás, «El papel de la Autoridad Central: Los Convenios de La Haya y España», *REDI*, vol. XLV (1993), 1, pp. 63-79; esp. p. 65.

¹⁶⁸ *Vid.*, una clara delimitación conceptual, J. Pérez Milla, *La notificación judicial internacional*, *cit.*, pp. 5-6.

facilitar las funciones de ciertos servicios públicos, y ha encontrado su principal exponente en el marco del Registro civil¹⁶⁹.

Esta distinción continua siendo perfectamente válida siempre que se opere en el marco de las manifestaciones de CIA ajenas al ámbito de la protección de menores, o de otros regímenes de protección como la prestación de alimentos. Sin embargo, como habrá ocasión de comprobar más adelante, mantener exclusivamente esta dicotomía en el sentido tradicional (cooperación judicial *versus* cooperación administrativa), al estudiar las nuevas modalidades de CIA, resulta insuficiente. En este sentido, será necesario acudir paralelamente, para un adecuado análisis de éstas, al criterio de la naturaleza jurídica del órgano que interviene en la actividad de cooperación. De este modo, se distinguiría la «cooperación judicial», cuando se trate de actividades de cooperación ejecutadas bajo la responsabilidad de órganos de naturaleza jurisdiccional *versus* «cooperación administrativa», cuando se trate de actividades o procedimientos de cooperación llevadas a cabo bajo la responsabilidad de autoridades administrativas con determinadas competencias en el ámbito jurídico (y con independencia de que tanto en una como en otra modalidad puedan intervenir autoridades de naturaleza distinta a la naturaleza de la autoridad responsable). No obstante, pese a esta previa aclaración, como se ha indicado, la distinción tradicional, en atención al objeto o la naturaleza de los actos a realizar, continúa siendo perfectamente adecuada para analizar las modalidades de CIA clásicas.

B) La cooperación judicial o cooperación procesal internacional

a) Objeto

Debe destacarse *a priori* que la cooperación jurídica internacional ha padecido tradicionalmente un problema de delimitación objetiva, es decir, han existido, y continúan existiendo, discrepancias doctrinales en cuanto a la determinación de las materias que están incluidas específicamente en su ámbito. El alcance de esta determinación trasciende de la mera discusión doctrinal, puesto que la correcta

¹⁶⁹ En la aproximación de P. Schlosser a la cooperación internacional, esta distinción desaparece, y opta por distinguir entre cooperación judicial en el proceso y cooperación judicial en ámbitos materiales específicos (*vid.*, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, pp. 8-380).

delimitación de la cooperación jurídica internacional sigue enturbiando sus relaciones con el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, por no decir con el entero DIPr.¹⁷⁰

Varias tesis en torno a su ámbito material han sido apuntadas, siendo necesario hacer referencia, al menos, a tres de ellas¹⁷¹: una concepción estricta, que limita su objeto exclusivamente a la notificación de actos judiciales en el extranjero y a la práctica de pruebas en el extranjero (comisiones rogatorias); otra intermedia, que añade a las anteriores la información sobre el Derecho extranjero y, finalmente, una concepción amplia que extiende su ámbito al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras¹⁷². Del conjunto de ellas, y teniendo en cuenta que al final del discurso de todos los autores que se ocupan de la cuestión, existe siempre una cierta unanimidad en considerar a la eficacia extraterritorial de decisiones como un sector autónomo, merecedor de un tratamiento independiente¹⁷³, a mi juicio, debe rechazarse la concepción amplia. Ahora bien, entre la tesis intermedia, sostenida por la mayoría de los autores¹⁷⁴, y la tesis estricta, que separa la información del Derecho extranjero, desde un punto de vista general, en atención al objeto de ésta, debe retenerse la tesis intermedia, en tanto en cuanto las solicitudes de información se realizan como una

¹⁷⁰ *Vid.*, principalmente, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento...», *cit.*, pp. 246-249.

¹⁷¹ En general, para una delimitación de la asistencia judicial internacional en atención a diferentes criterios, *vid.*, *amplius*, F. Pocar, *L'assistenza...*, *cit.*, pp. 4-38; O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, pp. 319-325.

¹⁷² Resulta interesante hacer referencia a la tesis recientemente sostenida por P. Schlosser («Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, pp. 88-89). Este autor añade a la tesis intermedia, la asistencia jurídica gratuita, las medidas provisionales, y la ejecución (en tanto *exequatur* y, desde luego, separada del reconocimiento, puesto que en la concepción de este autor el reconocimiento es sólo cooperación internacional pasiva).

¹⁷³ Con diversas matizaciones es la opción mayoritaria en la doctrina (*vid.* entre otros, O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, p. 325; F. Pocar, *L'assistenza...*, *cit.*, pp. 16-22; I. Szászy, *International Civil...*, *cit.*, pp. 643-644; J. D. González Campos y R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal...*, *cit.*, pp. 143-144). También P. Schlosser excluye el reconocimiento, aunque, como se ha visto, incluye la ejecución («Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 200).

¹⁷⁴ Así se ha sostenido tradicionalmente (*ad. ex.* O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, p. 325), y se mantiene en nuestra doctrina actualmente en los diversos manuales de DIPr.: *vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 366-367; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, pp. 374; P. P. Miralles Sangro, «Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional», en E. Pérez Vera (Dir.) *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, *cit.*, pp. 373-410, esp. pp. 402-410. *Vid.*, también, A. L. Calvo Caravaca, «Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional», *R.G.D.*, 1986, año XLIII, núm. 507, pp. 5095-5122, esp. pp. 5111-5119; J. Pérez Milla, *La notificación judicial internacional*, *cit.*, p. 6.

cuestión de prueba en el proceso. Sin embargo, como se comprobará más adelante, desde el punto de vista de la articulación de la CIA en este ámbito material, la información sobre el Derecho extranjero presenta ciertas peculiaridades respecto al modelo de CIA que opera en materia de notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero, que desde esta perspectiva podría justificar su tratamiento autónomo.

b) Fundamento: de nuevo la necesidad de un replanteamiento constitucional

Analizar cuál sea el fundamento último de la cooperación internacional entre autoridades en cada una de las materias en la que se utilice dicha técnica, no es una cuestión meramente teórica, irrelevante o trivial. La intervención de autoridades públicas en la reglamentación de materias conectadas con situaciones privadas internacionales obedece naturalmente a un fundamento, a una causa, y la determinación de ésta adquiere gran relevancia en la medida en que al margen de traducirse inevitablemente al Derecho positivo, puede y debe utilizarse como criterio interpretativo y teleológico de todo el sistema. En el ámbito de la cooperación procesal internacional¹⁷⁵ obedece a un fundamento concreto, y a otro bien distinto en materia de protección de menores.

Respecto a la fundamentación de la cooperación jurídica internacional, es decir, en responder a la cuestión de porqué los Estados cooperan judicialmente, el planteamiento clásico, una vez más, ha sido realizado en términos de DIPúb. En esta línea, la doctrina más autorizada, ha sido unánime en rechazar la existencia de una norma consuetudinaria internacional, conforme a la cual los Estados se encuentren obligados a cooperar recíprocamente en el ámbito del proceso con elemento extranjero, ya que no existe una auténtica *opinio iuris* al respecto. Por tanto, salvo que exista un Convenio internacional, conforme al cual los Estados se hayan obligado a prestarse auxilio judicial (acto también discrecional por parte de los Estados, salvo en el marco institucional), la argumentación tradicional concluye en que el auxilio judicial internacional no es una obligación de los tribunales de un Estado respecto a

¹⁷⁵ Se considera adecuada la denominación de «cooperación procesal internacional» en tanto que delimita perfectamente esta modalidad de CIA, que opera en el proceso, respecto a otras modalidades de CIA, como es la que tiene lugar en materia de protección de menores.

los de otro, sino sólo un acto discrecional, producto de la noción de la «cortesía internacional» o *comitas gentium*¹⁷⁶.

Esta forma de plantear la cooperación procesal internacional no sólo se reduce a una respuesta doctrinal, sino que desgraciadamente se proyecta a la legislación interna de los Estados, reconduciéndose a la categoría de actos políticos¹⁷⁷, y para comprobar esta afirmación, nada mejor que acudir a nuestro régimen interno en los supuestos en que España actúa como Estado requerido: pervivencia del principio de reciprocidad, reciprocidad apreciada por el Gobierno y no por los órganos jurisdiccionales que intervienen en el proceso, controles inusitados para la realización de la cooperación (llegando incluso a extrapolar el control de la competencia judicial en el ámbito del reconocimiento a este sector)¹⁷⁸.

Esta consideración de la cooperación procesal internacional como una cuestión exclusivamente interestatal, tras más de veinte años de vigencia de la CE, parece actualmente insostenible, al igual que se ha verificado respecto a los sectores clásicos del DIPr. En esta línea, dicha construcción ha sido recientemente objeto de crítica por algunos autores de nuestra doctrina, reivindicándose la urgencia de llevar a cabo una «depuración constitucional» de este sector del DIPr.¹⁷⁹ Sin pretender un análisis exhaustivo, deben retenerse los siguientes datos esenciales de este replanteamiento constitucional: 1º) Para determinar el fundamento de la cooperación jurídica

¹⁷⁶ Esta fundamentación clásica desde el ángulo del DIPúb. se ha sostenido tanto en la doctrina extranjera como en la española, desde las obras más clásicas hasta las más recientes. Entre otros muchos puede verse, F. Pocar, *L'assistenza giudiziale...*, cit., pp. 44-67; O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», cit., 326-327; J. D. González Campos y R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal...*, cit., p. 132; A. L. Calvo Caravaca, «Régimen del proceso civil...», cit., p. 5111; J. C. Fernández Rozas, «La cooperación judicial...», cit., p. 83; M. D. Adam Muñoz, *El proceso civil...*, cit., pp. 121-123.

¹⁷⁷ F. J. Garcimartín Alférez pone de ejemplo paradigmático de esta reconducción de la cooperación internacional a actos políticos el modelo alemán (vid., «Sobre el fundamento de la cooperación internacional», cit., p. 62).

¹⁷⁸ La supervivencia del principio de reciprocidad, así como la previsión de denegación de la cooperación cuando el proceso del que dimana la solicitud sea competencia exclusiva de nuestro Estado (art. 278 LOPJ), ha sido objeto, como es sabido, de una severa crítica por nuestra doctrina (vid., *ad. ex.*, A. L. Calvo Caravaca, «El proceso...», cit., pp. 5112-5115; M. D. Adam Muñoz, *El proceso civil...*, cit., p. 128).

¹⁷⁹ Vid., especialmente, F. J. Garcimartín Alférez, «Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional», cit., pp. 61-68. En esta misma línea se encuentran también las reflexiones de I. García de Velasco (*Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)*, cit., pp. 129-130, 144-145; concretamente, con relación a la notificación judicial internacional y sus relaciones con el principio de la tutela judicial efectiva, vid., *amplius*, J. Pérez Milla, *La notificación judicial internacional*, cit., pp. 51-141).

internacional debe superarse la tradicional visión ligada al DIPúb., y centrarse en la Constitución Española de 1978, concretamente, en las garantías procesales establecidas *ex art. 24*¹⁸⁰; 2º) El art. 24 CE debe contemplarse como un binomio derecho/deber; derecho a favor de todos los particulares (sin distinción de la nacionalidad), y deber de carácter prestacional del Estado español (aunque ni uno ni otro sean de carácter absoluto e incondicionado); 3º) Este deber de cooperar con los otros Estados le corresponde al Estado español en su doble vertiente, es decir, tanto desde la vertiente de Estado de origen, como desde la de Estado requerido. Desde la primera, las autoridades españolas en un proceso abierto en nuestro país están obligadas a solicitar y a hacer todo lo posible para que el auxilio judicial sea efectivo, satisfaciendo de este modo el correlativo derecho de las partes a la tutela judicial efectiva. Desde la segunda, aunque en estos supuestos nuestros tribunales no resultan competentes para conocer de una determinada situación privada internacional, y remiten implícitamente a las partes a otros tribunales extranjeros, en este proceso de remisión, las autoridades españolas continúan vinculadas por las exigencias constitucionales, y de este modo se encuentran obligadas a contribuir, en la medida de sus posibilidades, a que el proceso desarrollado en el extranjero se lleve a cabo con todas las garantías procesales, asegurando así a los particulares su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, y a no quedar en indefensión¹⁸¹.

c) Reglamentación: pluralidad de regímenes

No sólo el fenómeno de la cooperación internacional entre autoridades ha quedado tradicionalmente polarizado en torno al proceso, sino que éste continúa siendo su principal campo de acción, enfrentándose con una pluralidad de regímenes que se suceden y superponen. Junto al régimen de nuestro Derecho autónomo, contenido hasta el momento básicamente en los arts. 276 (cooperación procesal

¹⁸⁰ Para un análisis exhaustivo de cuáles son las concretas garantías constitucionales que deben inspirar al proceso civil internacional en general, puede verse, *ad. ex.*, P. P. Miralles Sangro, «Régimen del proceso civil ...», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, *cit.*, pp. 377-382.

¹⁸¹ En esta línea puede verse también implícitamente, J. D. González Campos, «El sistema español del Derecho internacional privado...», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, *cit.*, pp. 53-54.

internacional *ad extra*), 277 (cooperación procesal *ad intra*), 278 (causas de denegación de la cooperación) de la LOPJ y art. 177 de la LEC 1/2000 (cooperación *ad extra* y *ad intra*)¹⁸², el impacto de la reglamentación convencional en la materia es tan profundo, que prácticamente convierte al primero en residual¹⁸³. Por otro lado, la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil, a partir de la entrada en vigor del Convenio de Ámsterdam, promete diseñar en un futuro muy próximo un completo sistema de asistencia judicial internacional¹⁸⁴.

El marco nuclear de nuestro Derecho convencional ha girado principalmente en torno a La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, donde después de dos Convenio sucesivos de carácter general sobre el procedimiento civil internacional (1896 y 1905), se elaboraría el Convenio marco o Convenio general de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil¹⁸⁵; Convenio general, en contraposición a los posteriores Convenios de La Haya, también ratificados por España, complementarios del primero y destinados a regular ciertas materias procesales específicas, sustituyendo así entre los Estados partes, las disposiciones relativas a dichas materias contenidas en los anteriores Convenios de 1905 y 1954. Concretamente, como es sabido, se trata del Convenio de La Haya sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de 15 de noviembre de 1965¹⁸⁶, y del Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de 18 de marzo de 1970¹⁸⁷ y, en distinta medida, el Convenio de La Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia de 25 de octubre de 1980¹⁸⁸. Este régimen convencional de

¹⁸² *Vid.*, sucintamente, P. P. Miralles Sangro, «Régimen del proceso civil ...», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, *cit.*, pp. 402-403. Más ampliamente, con relación también a la normativa de origen internacional, R. Arenas García, «Fundamento, condiciones y procedimiento de la asistencia judicial internacional», S. Álvarez González y J. R. Remacha y Tejada (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, *cit.*, pp. 69-124.

¹⁸³ *Vid.*, especialmente, J. C. Fernández Rozas «La cooperación judicial...», *cit.*, p. 85.

¹⁸⁴ *Vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 369.

¹⁸⁵ *BOE*, núm. 297, de 13 de diciembre de 1961.

¹⁸⁶ *BOE*, núm. 203, de 25 de agosto de 1987; corr. de err., *BOE*, núm. 88, de 13 de abril de 1989.

¹⁸⁷ *BOE*, núm. 203, de 25 de agosto de 1987.

¹⁸⁸ *BOE*, núm. 77, de 30 de marzo de 1988; corr. de err., *BOE*, núm. 86, de 11 de abril de 1989. En distinta medida puesto que la asistencia jurídica gratuita no se enmarca en la delimitación que se ha adoptado con relación al objeto de la cooperación procesal internacional, conectándose más bien con cuestiones de extranjería procesal. Esta regulación se completa esencialmente con el Acuerdo Europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia judicial gratuita, hecho en Estrasburgo el 27 de

La Conferencia de La Haya se completa en nuestro sistema con una serie de Acuerdos bilaterales suscritos por España, adicionales, principalmente, al Convenio de 1954¹⁸⁹. En el ámbito interamericano, nuestro país haciendo uso del carácter abierto de estos Convenios, forma también parte de la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975¹⁹⁰, y en el seno del Consejo de Europa, y al margen del Acuerdo Europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia judicial gratuita de 27 de enero de 1977¹⁹¹, se encuentra el Convenio de Estrasburgo de 24 de noviembre de 1977 sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa¹⁹².

Junto a esta numerosa normativa multilateral, el marco convencional en la materia se completa con un numeroso conjunto de Convenios bilaterales concluidos por nuestro país con muy diferentes países, que tienen por objeto organizar exclusivamente la colaboración entre las autoridades de los respectivos países en el ámbito de la asistencia judicial internacional, o bien que dirigidos a establecer esencialmente un régimen de reconocimiento y ejecución, incorporan disposiciones específicas complementarias en materia de cooperación internacional. Entre los primeros, se encuentran, el Convenio de España con Gran Bretaña sobre mutua

enero de 1977, con la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita en nuestro Derecho autónomo (BOE, núm. 11, de 12 de enero de 1996), modificado su art. 6.6. por la disposición final decimoquinta de la LEC de 7 de enero de 2000, y con ciertos Convenios bilaterales concluidos por España y dedicados específicamente a la regulación de este instituto, o bien que incorporan disposiciones puntuales sobre el mismo en el ámbito más amplio de la asistencia judicial en general, o sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones. Sobre la asistencia judicial gratuita en nuestro Derecho autónomo, puede verse, especialmente, A. Marín López, «La asistencia judicial gratuita», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 311-322; J. M. de Dios, *La asistencia jurídica gratuita en Derecho internacional privado español*, Eurolex, Madrid, 1999; M. Aguilar Benítez de Lugo, «La asistencia judicial gratuita en Derecho internacional privado», *BIMJ.*, n° 1805, 1997, pp. 5-42.

¹⁸⁹ *Vid.*, Acuerdo entre España y Francia de 19 de febrero de 1968 adicional al Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil (BOE, 11 de mayo de 1968); Convenio entre España y Austria de 14 de noviembre de 1979 complementario del de La Haya de 1 de marzo de 1954 (BOE, núm. 189, de 8 de agosto de 1981); Convenio entre España y Rumania complementario del Convenio de La Haya relativo al procedimiento civil de 1 de marzo de 1954, hecho *ad referendum* en Bucarest el 17 de noviembre de 1997 (BOE, núm. 109, 7 de mayo de 1998).

¹⁹⁰ BOE, núm. 195, de 15 de agosto de 1987. Este Convenio tiene la ventaja respecto a nuestro país de contener una regulación mucho más moderna que la recogida en algunos Acuerdos bilaterales suscritos por España a principios del siglo XX (*vid.*, J. C. Fernández Rozas, «La cooperación judicial...», *cit.*, p. 86).

¹⁹¹ BOE, 21 de diciembre de 1985. El contenido de este Convenio se limita a organizar un sistema de cooperación internacional dirigido exclusivamente a facilitar la presentación en el extranjero de la solicitud de este beneficio procesal. Sobre el mismo, puede verse, *ad., ex.*, J. Detienne, «L'accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire», *Jour. Trib.*, 1978, pp. 740-741.

¹⁹² BOE, 2 de octubre de 1987.

asistencia en procedimientos civiles y comerciales, de 27 de junio de 1929¹⁹³; con la República Alemana sobre asistencia judicial en materia civil de 3 de febrero de 1988¹⁹⁴; con la República portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil de 19 de noviembre de 1997¹⁹⁵; con Uruguay sobre cooperación jurídica de 4 de noviembre de 1997¹⁹⁶; y con Tailandia, de asistencia judicial en materia civil y mercantil de 15 de junio de 1998¹⁹⁷. Entre los segundos, el Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 22 de mayo de 1973 (Título II)¹⁹⁸; con Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles de 4 de mayo de 1987 (Capítulo II)¹⁹⁹; con Brasil sobre cooperación jurídica de 13 de abril de 1989²⁰⁰ (Capítulos I y II); con la Federación Rusa sobre asistencia judicial en materia civil de 26 de octubre de 1990 (Capítulo II)²⁰¹; con China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil de 2 de mayo de 1992 (Capítulos II y III)²⁰²; con Bulgaria de asistencia judicial en materia civil de 23 de mayo de 1993 (Capítulos II y III)²⁰³; y con Marruecos sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, de 30 de mayo de 1997 (Título II)²⁰⁴.

¹⁹³ *Gaceta*, 10 de abril de 1930.

¹⁹⁴ *BOE*, núm. 119, de 19 de mayo de 1989

¹⁹⁵ *BOE*, núm. 18, de 21 de enero de 1999 (*vid.*, M. A. Rodríguez Vázquez, «El Convenio entre España y la República Portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997», *REDI*, vol. LI, 1999, 1, pp. 298-300).

¹⁹⁶ *BOE*, núm. 103, de 30 de abril de 1998.

¹⁹⁷ *BOE*, núm. 109, de 7 de mayo de 1999; corr. err., *BOE*, de 2 de junio de 1999 (*vid.*, M. A. Rodríguez Vázquez, «El Convenio entre el Reino de España y el Reino de Tailandia de asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 15 de junio de 1998», *REDI*, vol. LI, 1999, 2, pp. 807-810).

¹⁹⁸ *BOE*, 15 de noviembre de 1977 (*vid.*, F. Ramos Méndez, «El Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial civil y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Balance de diez años de vigencia», *Justicia*, 1988, pp. 57-66).

¹⁹⁹ *BOE*, 22 de septiembre de 1988.

²⁰⁰ *BOE*, 10 de julio de 1991, corr. de err. 13 de agosto de 1991.

²⁰¹ *BOE*, 25 de junio de 1997 (*vid.*, M. D. Adam Muñoz, «El Convenio entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial», *PJ*, nº 51, 1998, pp. 377-407).

²⁰² *BOE*, 31 de enero de 1994, corr. de err. 11 de marzo de 1994 (*vid.*, M. A. Rodríguez Vázquez, «El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en el Convenio entre España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil», *BIMJ*, núm. 1721, 1994, 5131-5141).

²⁰³ *BOE*, 30 de junio de 1994 (*vid.*, R. Viñas Farre, «El Convenio entre el Reino de España y la República de Bulgaria sobre asistencia judicial en materia civil», *REDI*, vol. XLVI, 1994, 2, pp. 925-929).

²⁰⁴ *BOE*, núm. 151, 25 de junio de 1997.

De este variadísimo y complejo conjunto de regímenes de cooperación procesal internacional de origen convencional, se deducen inevitablemente serios problemas de delimitación de la normativa aplicable a una determinada relación bilateral. La cooperación judicial clásica es actualmente uno de los sectores, por no decir, el primero de los sectores de nuestro DIPr., que padece el extendido fenómeno en las últimas décadas de «inflación convencional», proceso generador de numerosos supuestos de colisión entre Convenios²⁰⁵. Como se deduce de la relación expuesta, la cooperación procesal internacional no sólo es regulada mediante Convenios bilaterales y multilaterales, sino que es objeto de atención de distintos foros internacionales, e incluso en un mismo foro codificador (*ad. ex.*, Conferencia de La Haya), se suceden diversos Convenios internacionales relativos a la misma materia²⁰⁶. Esta pluralidad normativa de origen convencional, superposición de regímenes, y sucesión en el tiempo de las normas reguladoras, exige una rigurosa delimitación de los ámbitos material, territorial y temporal de los Convenios presentes en una concreta relación bilateral, teniendo siempre en cuenta la propia opción de las partes y el principio de compatibilidad entre Convenios²⁰⁷.

Finalmente, a este copioso y complejo entramado convencional se suma actualmente en nuestro Ordenamiento jurídico, como ha sido apuntado, los recientes Reglamentos comunitarios adoptados en el marco de la integración Europea, que anuncian un completo sistema intracomunitario en la materia. De un lado, el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil²⁰⁸ y, de otro, el Reglamento (CE) núm.

²⁰⁵ En nuestra doctrina, *vid.*, S. Álvarez González, «Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr.», *R.E.D.I.*, vol. XLV, 1993, pp. 39-62.

²⁰⁶ No obstante, la jurisprudencia de nuestro país ha dado muestra, en líneas generales, de una correcta interpretación y aplicación de este complejo entramado convencional (*vid.*, un análisis de las sentencias más recientes con relación al concreto régimen de las notificaciones, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La notificación de documentos en el extranjero», *BIMJ*, núm. 1829, 1998, pp. 5-46; esp. pp. 15-22).

²⁰⁷ *Vid.*, J. C. Fernández Rozas, «La Cooperación judicial...», *cit.*, pp. 87-88.

²⁰⁸ El Reglamento entró en vigor el 31 de mayo de 2001 y, como ha sido apuntado, es el resultado de la conversión, tras la comunitarización de la cooperación judicial en materia civil, del Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997 relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (texto que no llegó a entrar en vigor, pero cuyo contenido material queda ampliamente recogido en el nuevo instrumento). El Reglamento se aplica en el ámbito intracomunitario, con la excepción de Dinamarca, y prevalece en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión, y en materia de transmisión de los

1206/2001 del Consejo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil²⁰⁹.

d) Técnicas de CIA

1º) Consideraciones previas

Hasta la creación e instauración de la figura de la Autoridad Central en el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, no puede hablarse *stricto sensu* de la existencia de unas técnicas de cooperación, en cuanto al establecimiento de estructuras específicas de cooperación entre los Estados parte de un Convenio con objeto de llevar a cabo la finalidad de éste. Hasta entonces, sólo puede decirse que los Estados, respetando las fronteras de su soberanía, hacían uso de los cauces tradicionales de las relaciones internacionales previstos por el Derecho internacional (vía diplomática y vía consular)²¹⁰. Ahora bien, el hecho que en los Convenios sobre procedimiento civil, los Estados se apropiaran de estas vías tradicionales de comunicación interestatal, con objeto de facilitar las notificaciones en el extranjero y de organizar la transmisión de las solicitudes de comisiones rogatorias,

documentos a los fines de notificación o traslado, a los Convenios de La Haya de 1954 y de 1965 (art. 20. 1). No obstante, permite acuerdos bilaterales compatibles que aceleren o simplifiquen el sistema de transmisión de documentos (art. 20.2). Sobre el mismo, *vid.*, «Informe explicativo sobre el Convenio celebrado en base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o mercantil», *DOCE*, núm. C 261 de 27 de agosto de 1997; y en la doctrina, entre otros, F. R. Paulino Pereira, «La Convention relative a la signification et à la notification dans les Etats membres de l'Union Européenne des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 415, février 1998, pp. 111-115; R. García Gallardo y J. Hernández Obelart, «Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales», *La Ley (Unión Europea)*, 27 de mayo de 1997, pp. 1-3; N. Marchal Escalona, «Algunas reflexiones en torno al Reglamento (CE) número 1348/2000 de 29 de mayo» *La Ley (CE)*, núm. 5320, 31 de mayo de 2001, pp. 1-6.

²⁰⁹ Aunque el Reglamento entró en vigor el 1 de julio de 2001, su núcleo normativo esencial sólo se aplicará a partir del 1 de enero de 1994 (art. 24). Hasta dicha fecha sólo se aplicarán las reglas técnicas (arts. 19, 21 y 22), referidas a las tareas, comunicaciones e informaciones que deben llevar a cabo la Comisión y los Estados Miembros, y el art. 14, cuya aplicación transitoria no parece encontrar justificación razonable (*vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 380).

²¹⁰ Señala en este sentido J. H. A. Van Loon («The Increasing Significance...», *cit.*, p. 113), que hasta el Convenio de La Haya de 1965, los Convenios sobre procedimiento civil estaban hechos más a la medida del Derecho internacional de la coexistencia.

supone ya una idea de colaboración implícita en beneficio del proceso y de los particulares. De ahí que, como indica G. A. L. Droz, el establecimiento de la cooperación por medio de las Autoridades Centrales sea el resultado de un largo proceso evolutivo, que coincide en su origen casi con la creación de La Conferencia de La Haya²¹¹.

2º) La vía diplomática

La vía diplomática fue elevada como sistema principal de comunicación entre los Estados parte por el Convenio de La Haya de 1896 sobre procedimiento civil. Conforme a éste, el órgano requirente formula la petición de notificación en el extranjero o de la comisión rogatoria, que será transmitida por vía diplomática y ejecutada por una autoridad del Estado requerido (no precisada en el Convenio). La comunicación entre Estados se llevaba a cabo pues mediante el cauce tradicional de las relaciones internacionales: la solicitud del órgano jurisdiccional era transmitida al Ministerio de Justicia del Estado requirente, quien la enviaba al Ministerio de Asuntos Exteriores, quien a su vez la transmitía a su Embajada en el Estado requerido. Ésta la remitía al Ministerio de Asuntos Exteriores, que la enviaba al Ministerio de Justicia, para que allí definitivamente se le diera el curso correspondiente por la autoridad respectiva. El documento en que se certificaba la realización de las actuaciones, retornaba por la misma vía en sentido inverso. Este rudimentario procedimiento de comunicación, denominada por G. A. L. Droz como «El tiempo de los embajadores», en el que todo se hacía con «majestad y lentitud»²¹², fue enormemente criticado por razones evidentes: su complejidad mediante la intervención de los respectivos Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores de ambos Estados interesados; su consiguiente lentitud, en contraste con el avance de las comunicaciones; y, como consecuencia más grave, sus graves perjuicios para las partes, tanto para el demandante, que desea un desarrollo y fin del proceso rápido, como principalmente para el demandando, que ve seriamente agravado su derecho a la defensa, al ser

²¹¹ *Vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, pp. 129-130.

²¹² *Vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, pp. 130-131.

notificado en muchas ocasiones después de haber expirado el plazo para ejercitarla²¹³. De ahí, que con objeto de modernizar el sistema y poner fin a sus graves inconvenientes, en los Convenio de 1905 y 1954 sobre procedimiento civil, desaparezca el protagonismo de la vía diplomática, dando paso a la vía consular indirecta, y quedando aquella relegada, primero, únicamente a mecanismo subsidiario²¹⁴, y más adelante en el Convenio de 1965, exclusivamente excepcional²¹⁵. No obstante, esta vía continua siendo mantenida de manera expresa en algunos Convenios bilaterales²¹⁶, y reservada de manera excepcional en el Reglamento (CE) 1348/2000 *ex art.* 12, al igual que en el marco del Convenio de La Haya de 1965, del que se inspira en gran medida.

3º) La vía consular indirecta

Los Convenios de La Haya de 1905 y 1954 optan pues por la vía consular indirecta como sistema de comunicación protagonista entre los Estados parte, simplificando en gran parte el proceso anterior.²¹⁷ Mediante esta vía, el Cónsul del Estado requirente no transmite directamente la petición de notificación o de comisión rogatoria al interesado, sino a la autoridad designada para ello por el Estado requerido, y una vez ejecutada la actuación, se transmite el resultado en sentido inverso por la misma vía. Como señala G. A. L. Droz, el nuevo sistema de transmisión supone un avance cualitativo importante respecto al anterior, y el germen de un auténtico sistema

²¹³ *Vid.*, entre otros, G. A. L. Droz, «La Conférence de La Haye...», *cit.*, p. 168.

²¹⁴ Efectivamente, ambos Convenios adoptan el mismo sistema de comunicación vía consular indirecta, pero facultan a los Estados partes a declarar mediante una comunicación dirigida a los demás Estados contratantes, que la petición de notificación o relativa a la comisión rogatoria que deba hacerse en su territorio se dirija por la vía diplomática (arts. 1 y 9 del Convenio de 1954). Esta facultad ha sido raramente utilizada en la práctica (*vid.*, O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, p. 339).

²¹⁵ Aunque en los trabajos preparatorios del Convenio de 1965 se propuso la desaparición definitiva de la vía diplomática, finalmente, no se consiguió y continuó vigente como sistema excepcional (*vid.*, V. Tabora Ferreira, «Rapport de la Commission spéciale», *Actes et documents de la dixième session*, Conférence de La Haye de droit international privé, t. III, pp. 91-92). Cada Estado contratante podrá utilizarla para remitir a los fines de notificación o traslado, los documentos judiciales a las autoridades de otro Estado contratante, *si así lo exigen circunstancias excepcionales*. (art. 9). Aunque se permite en dichas circunstancias la utilización de este sistema por el Estado requirente, sin embargo, es muy importante apuntar que, a diferencia de lo previsto en el Convenio de 1954, se prohíbe que el Estado requerido pueda exigir la utilización de dicha vía.

²¹⁶ *Vid.*, art. 3 c) del Convenio hispano-brasileño de 13 de abril de 1989, y art. 6. 1 del Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997.

²¹⁷ *Vid.*, A. Borrás Rodríguez, «El papel de la Autoridad Central...», *cit.*, pp. 65-66.

de cooperación entre Estados²¹⁸. El único problema surgió de la ausencia de obligación de los Estados partes de comunicar la lista de sus autoridades competentes, hecho que provocó numerosas dificultades prácticas en la aplicación del Convenio²¹⁹. Con el Convenio sobre notificaciones de 1965, y el nacimiento de la Autoridad Central como auténtica técnica de cooperación internacional entre autoridades, elevada por el Convenio a sistema principal de transmisión, la vía consular va a perder definitivamente todo su protagonismo, quedando reducida en los Convenios de La Haya únicamente a vía de transmisión subsidiaria o accidental²²⁰. Entre aquéllos que defendieron su utilización, basándose en que el sistema consular indirecto sería más simple que el sistema de las Autoridades centrales, y aquellos otros que desearon su supresión total, el texto definitivo logró plasmar una posición intermedia o de compromiso, en tanto que no llega a ser relegada a vía excepcional (como la vía diplomática), y se inserta como otra vía alternativa más en el mecanismo del Convenio²²¹. No obstante, aunque lo preferible hubiera sido que el Cónsul remitiera la petición a la Autoridad Central del Estado requerido, se mantiene que la Autoridad podrá ser designada libremente por cada Estado parte. De este modo, se logra que si bien el Estado requerido no puede rechazar la vía consular, sí que puede canalizarla del modo que estime conveniente²²². Por otra parte, y para suprimir las dificultades prácticas que se suscitaron en la aplicación de los Convenios de 1905 y 1954, como consecuencia del desconocimiento inicial de dichas autoridades, se obliga a los Estados contratantes a notificar al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, la designación de la autoridad competente para recibir los documentos remitidos por vía consular [art. 21.1.b)]. La vía consular se prevé también con distinto

²¹⁸ En tanto que existe una autoridad determinada en cada Estado miembro encargada de recibir las peticiones y darles el curso correspondiente.

²¹⁹ Cada Estado contratante se vio obligado a remitir numerosos cambios de notas y a expedir circulares para conocer las autoridades competentes en el resto de los Estados contratantes (*vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 132).

²²⁰ Aunque el Convenio de La Haya de 1970 no se refiera específicamente a la vía consular indirecta como vía de remisión de las comisiones rogatorias, no por ello debe interpretarse que se encuentra prohibida (*vid.*, en este sentido, F. Benzo Sainz, «El auxilio judicial internacional. Estudio de los principales Convenios internacionales», *BIMJ.*, Suplemento al núm. 1756, 1995, pp. 1-55, esp. p. 13; O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, p. 341).

²²¹ *Vid.*, V. Taborda Ferreira, «Rapport...», *cit.*, p. 92.

²²² Sobre esta solución de compromiso, *vid.*, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La notificación de documentos...», *cit.*, p. 35.

alcance en algunos de los Convenios bilaterales concluidos por nuestro país²²³, con carácter alternativo en la Convención de Panamá de 30 de enero de 1975, con estatuto de subsidiaridad en el art. 12 del Convenio del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1977 y, en circunstancias excepcionales, en el art. 12 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000.

4º) Otras vías de transmisión complementarias anteriores a las AACC

La vía consular indirecta adoptada como principal por los Convenios de 1905 y 1954²²⁴, continuaba sin satisfacer los objetivos de rapidez y de seguridad en la transmisión de las notificaciones entre los Estados partes. A causa de la lentitud de este sistema clásico de comunicación, el demandado que residía en el extranjero, conocía la citación después de que hubiese expirado el plazo para defenderse (produciéndose así una vulneración relevante de sus derechos de defensa). La revisión de los Convenios de 1905 y 1954, respondió a las inquietudes de la Unión Internacional de Oficiales de Justicia y Agentes judiciales, conscientes desde su experiencia de la necesidad de un nuevo sistema de transmisión, que asegurase la remisión rápida y eficaz de los documentos judiciales y extrajudiciales, a los interesados residentes en el extranjero²²⁵. En la elaboración del Convenio de 1965, se procuraría ante todo buscar una técnica de cooperación entre los Estados parte que asegurase dichos objetivos²²⁶. Dado el fracaso por su lentitud de las vías clásicas de comunicación (diplomática y consular indirecta), se estudió la posibilidad de elevar a rango principal, alguna de las vías de transmisión complementarias previstas en los Convenios anteriores (específicamente, la vía por representación diplomática o

²²³ Elevada a rango principal en el Convenio con Gran Bretaña de 1929 [(art. 3 a)]; con carácter subsidiario en el Convenio con Italia adicional al Convenio de La Haya de 1954 (art. 4. 2), y con carácter alternativo en su funcionamiento, aunque acreedora de una regulación detallada, en el Convenio con Uruguay de 1987 (art. 21. 2).

²²⁴ El Convenio de 1954, como es sabido, apenas se diferenciaba del de 1905, y su elaboración respondió únicamente a razones diplomáticas y formales (*vid.*, entre otros, G. A. L. Droz, «La Conférence de La Haye...», *cit.*, pp. 165-166).

²²⁵ Así se señala en el Acta Final de la Novena Sesión, de 26 de octubre de 1960 (*vid.*, *Actes et documents de la neuvième session*, Conférence de La Haye de Droit international privé, t. I, p. 314). Puede verse también, G. A. L. Droz, «La Conférence de La Haye...», *cit.*, p. 168.

²²⁶ *Vid.*, Exposición de motivos del Convenio.

consular directa, la vía directa postal o la comunicación directa)²²⁷. Sin embargo, ninguno de dichos sistemas logró teóricamente satisfacer los objetivos perseguidos, y no pudo llegarse a un consenso entre los Estados intervinientes respecto a cual podría ser el sistema principal²²⁸.

En contra de la vía directa por representación diplomática o consular²²⁹, se alegó principalmente que los Estados podían oponerse a su realización, y que aún en el caso de que no existiera oposición, quedaba sólo limitada a los supuestos en que el interesado en el Estado requerido aceptase voluntariamente la notificación²³⁰. Respecto a la transmisión directa por vía postal, a pesar de sus ventajas de simplicidad, rapidez y supresión de las vías intermedias, se alegaron en su contra diversos argumentos por Estados como Alemania o Austria, que se opusieron tajantemente a su utilización: objeciones de corte internacional publicista, en el

²²⁷ Sólo la última de ellos pasaría después en el marco comunitario a elevarse como vía principal. La distinción entre vías principales y complementarias o subsidiarias es aceptada tanto en el ámbito doctrinal como convencional. Mientras las primeras se refieren a aquéllas que han sido reguladas específicamente en algún Convenio (aunque en regulaciones posteriores perdieran este carácter), las segundas son aquéllas que sin encontrar una regulación *ad hoc* están permitidas o contempladas por los Convenios (*vid.*, J. Pérez Milla, *La notificación judicial internacional, cit.*, pp. 147-148).

²²⁸ *Vid.*, V. Taborda Ferreira, «Rapport...», *cit.*, pp. 81-83.

²²⁹ Este sistema consiste, como es sabido, en la notificación directa por parte de los agentes diplomáticos y consulares del Estado requirente a las personas que se encuentren en el territorio del Estado donde estén acreditados.

²³⁰ La utilización de esta vía se permitía en los Convenios de 1905 y 1954 sólo cuando los Estados partes la admitiesen en los Convenios celebrados entre ellos o, a falta de dichos Convenios, el Estado en cuyo territorio debiera de hacerse la notificación no se opusiera a ello (art. 6). En el Convenio de 1965 vuelve a recogerse con carácter subsidiario, pero superando la incertidumbre anterior en cuanto al órgano del cual debe provenir la oposición, y obligando a su comunicación al resto de los Estados partes. En efecto, el art. 8 del Convenio de 1965 supone un avance en seguridad jurídica respecto a los arts. 6 de los Convenios de 1905 y 1954, exigiendo una actitud positiva del Estado requerido, al estar obligado a declarar por cualquier medio apropiado que se opone a su utilización. En cualquier caso, en los tres textos se mantiene el límite a la utilización de este sistema a los supuestos en que la notificación se efectúe sin coacción, es decir, que sea voluntariamente aceptada por el interesado. Igualmente, los Estados no podrán oponerse a su utilización cuando la notificación o traslado deba hacerse sin coacción a un nacional del Estado requirente. Con las mismas limitaciones se recoge la posibilidad de utilizar esta vía de transmisión en el Reglamento (CE) 1348/2000 (art. 13), y con algunos matices (pero manteniendo la regulación esencial de este sistema), en el Convenio del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1977, y en la mayoría de los Convenios bilaterales que España ha concluido [*ad. ex.*, Acuerdo con Francia, adicional al Convenio de La Haya de 1954 (art. 2); con Italia (art. 5); con Austria, complementario al de La Haya de 1954 (art. 3); con Checoslovaquia (art. 7); con Alemania (art. 13); con Bulgaria (art. 9); con China (art. 7); con la Federación Rusa (art. 9); con Marruecos (art. 11); Tailandia (art. 9). El Convenio con Brasil se limita a atribuir a los funcionarios consulares la competencia que les atribuyan los Convenios internacionales en que ambos sean parte (art. 1), y el Convenio con Portugal deja la vía abierta, mediante la posibilidad de utilizar las distintas vías de transmisión previstas en los Convenios en vigor entre ambos (art. 3). Puede verse más ampliamente sobre la utilización convencional de esta vía, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La notificación de documentos...», *cit.*, pp. 36-38; J. Pérez Milla, *La notificación judicial internacional, cit.*, pp. 163-166.

sentido que este sistema podía atentar a la soberanía estatal (dado que la remisión de la carta postal puede ser considerada incluso como un acto de notificación competencia exclusiva del Estado requerido); imposibilidad de ejercer un control de legalidad de los documentos notificados en el Estado requerido; diferencias de idiomas, diferencias en cuanto al funcionamiento del sistema postal en los diferentes Estados, falta de seguridad en la transmisión de la notificación etc.²³¹ En resumen, puede decirse que esta vía de transmisión aseguraba la rapidez pero no ofrecía todas las garantías necesarias desde el punto de vista de la seguridad jurídica, como para ser erigida como sistema principal²³². Finalmente, la comunicación directa entre las Autoridades respectivas de los Estados partes, vía que también se había utilizado *ab initio* como subsidiaria en los Convenios de La Haya de 1905 y 1954 (permitiendo el acuerdo entre dos Estados contratantes respecto a su utilización *ex arts. 1.4*), tampoco parecía garantizar demasiada seguridad en la transmisión, a pesar de la simplificación considerable del procedimiento que implicaba²³³. Contra ella, se vertieron numerosas críticas: *ad. ex.*, las importantes diferencias existentes entre los Estados miembros de La Conferencia de La Haya en sus respectivas organizaciones judiciales y administrativas; los numerosos problemas que provocaba la llegada de solicitudes del extranjero, formuladas por autoridades cuya competencia resultaba difícil de apreciar,

²³¹ *Vid.*, V. Taborda Ferreira, «Rapport...», *cit.*, pp. 82-83; O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, 359-360.

²³² Así aparece en el Informe Jenard respecto a la posibilidad que se contempló de emplear la vía del correo certificado para la transmisión de los documentos judiciales entre los Estados parte en el Convenio de Bruselas de 1968. Por la ausencia de seguridad en la transmisión mediante este sistema se optaría por el sistema de comunicación directa entre los oficiales de los Estados parte (art. IV del Protocolo), que garantizaba los objetivos de rapidez y seguridad (*vid.*, P. Jenard, «Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *DOCE*, núm. C 189, de 29 de junio de 1990). En el ámbito de la Conferencia de La Haya, los Convenios de 1905 y 1954 recogían esta vía siempre que se hubiera previsto en los acuerdos celebrados entre los Estados parte, o bien no se opusiera a su utilización el Estado destinatario (arts. 6). En el Convenio de 1965 su empleo, al igual que la vía consular indirecta, queda limitado únicamente a la oposición del Estado destinatario, que deberá ser notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos [arts. 10 a) y 21, párr. 1º, a)]. También en el Convenio del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1977 se recoge expresamente este procedimiento limitado a la posible oposición del Estado destinatario. En contraposición a esta aceptación subsidiaria y limitada de la vía postal, en la esfera de nuestras relaciones bilaterales no suele incorporarse su utilización, salvo excepciones (*vid.*, art. 10 del Convenio con Bulgaria), y tampoco en el ámbito interamericano. Rompiendo la pauta general, se incorpora de una manera mucho más permisiva y clara en el marco comunitario *ex art. 14* del Reglamento (CE) núm. 1348/2000, si bien los Estados parte pueden especificar las condiciones en las que se aceptarán las notificaciones o el traslado de documentos por correo.

²³³ *Vid.* O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, p. 358.

o las dificultades originadas por la diversidad de lenguas²³⁴. Dichos inconvenientes justifican que el sistema de transmisión directa en sus diferentes modalidades²³⁵, quedase reducido en los Convenios de La Haya, a una vía de transmisión subsidiaria o accidental y, en cualquier caso, subordinada siempre a la voluntad de los Estados partes, que en algunos casos deberán acordar específicamente su utilización, y en otros podrán declarar su oposición²³⁶. Ahora bien, no debe olvidarse que en otros ámbitos distintos a La Conferencia de La Haya, especialmente en el ámbito bilateral o comunitario (donde la determinación o determinabilidad de las autoridades competentes, y su posterior comunicación/seguimiento resultan más factibles), esta técnica, en sus diferentes variantes, disfruta de un importante predicamento, y sobre

²³⁴ *Vid.*, V. Taborda Ferreira, «Rapport...», *cit.* p. 82.

²³⁵ Efectivamente, los Convenios sobre procedimiento pueden incluir tres modalidades de comunicación directa entre Autoridades: a) La comunicación directa entre las autoridades judiciales respectivas; b) La comunicación directa entre funcionarios ministeriales o judiciales u otras personas competentes de los respectivos Estados; c) La comunicación solicitada por el particular interesado a una autoridad extranjera competente en el Estado requerido.

²³⁶ La opción de la comunicación directa entre los respectivos órganos jurisdiccionales se recogió ya en el art. 1.4 del Convenio de La Haya de 1954 y pasó a incorporarse en el art. 11 del Convenio de 1965 y en el art. 27 a) del Convenio de 1970. También se prevé en el art. 12. 2 del Convenio del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1977. Esta modalidad de transmisión, que exige siempre el acuerdo entre dos o más Estados en cuanto a su utilización, causó numerosos problemas en la práctica anterior al Convenio de la Haya de 1965, por el desconocimiento o confusión de las autoridades competentes en los respectivos Estados para recibir las demandas (*vid.*, O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, pp. 340-341). De ahí, que actualmente siga siendo un modelo poco utilizado en los ámbitos multilaterales, aunque no pueda afirmarse lo mismo respecto a la esfera bilateral, ya que hoy día se asiste a una revitalización de este sistema en recientes Convenios bilaterales, como el concluido por nuestro país y la República Portuguesa en 1997. Respecto a la segunda de las modalidades de comunicación directa, ya se incorporó en el art. 6. 2º del Convenio de 1954, subordinada a la existencia de un acuerdo entre los Estados interesados (o al menos a su aceptación tácita por el Estado requerido), y limitada exclusivamente a «empleados públicos o funcionarios competentes». Con el Convenio de 1965 se avanzó respecto a esta vía en varios sentidos: el consentimiento del Estado de destino se presume salvo que declare su oposición; se amplían las personas autorizadas para solicitar notificaciones; y se desglosa el antiguo art. 6.2, en función de la naturaleza de la persona que solicita la notificación, incorporándose un nuevo apartado en el que se recoge específicamente la tercera de las modalidades. Respecto a esta última, es decir, la realizada por el particular a la autoridad competente en el Estado requerido, iniciada con el art. 6.2 del Convenio de 1954, queda consagrada en el Convenio de 1965, subordinada a la posible oposición del Estado de destino y limitada en cualquier caso a los efectos previstos por la ley del Estado de destino a este supuesto de comunicación [art. 10, c)]. Se recoge igualmente en el art. 15 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000, y en el ámbito convencional bilateral en el art. 5 del Convenio con Gran Bretaña y, de forma más confusa, en el art. 10 del Convenio con Bulgaria. A pesar de la problemática de esta modalidad, parece que no altera el esquema de comunicación directa entre autoridades, pues el particular no actúa en calidad de individuo sino de acuerdo con la posición que asume en el proceso del Estado de origen (*vid.*, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, pp. 235-237).

todo ha sido alzada como técnica principal de CIA en los nuevos Reglamentos comunitarios²³⁷.

En resumen, en dicho momento, la vía principal existente resultaba lenta y sinuosa, vulnerando con frecuencia los derechos del demandado que residía en el extranjero, y las vías complementarias, aunque teóricamente podían satisfacer el objetivo de la celeridad en la transmisión, no garantizaban adecuadamente la seguridad. Por otra parte, la práctica y la experiencia habían tenido ocasión de demostrar que la utilización de estas otras vías por los Estados parte había sido escasa y accidental²³⁸. En general, resultaban desconocidas por la mayoría de los particulares y sus representantes y, en particular, muchas de ellas habían sido prohibidas de diferentes modos por numerosos Estados²³⁹.

5º) Las AACC

Dadas estas circunstancias, se impuso en la elaboración del Convenio de La Haya de 1965 la creación de un nuevo sistema o técnica de cooperación internacional, que superase los inconvenientes de los restantes sistemas barajados, y asegurase los objetivos perseguidos por el Convenio. De ahí, el establecimiento del nuevo sistema que se construye en torno al eje de una «Autoridad central», creada en cada Estado contratante con el fin de centralizar en el Estado requerido las distintas solicitudes de

²³⁷ Entre las distintas modalidades del sistema de comunicación directa, la que ha gozado y continúa disfrutando de un mayor éxito es, sin duda, la llevada a cabo entre los respectivos funcionarios públicos competentes de los Estados interesados. Se recoge ampliamente en numerosos de los Convenios bilaterales que vinculan a España en la materia (*ad. ex.*, art. 1 del Convenio con Francia adicional al Convenio de La Haya de 1954, art. 4 del Convenio con Italia, art. 3 del Convenio con Brasil, art. 2 del Convenio con Austria complementario al Convenio de La Haya de 1954). En el marco comunitario, como se ha apuntado, es el modelo de comunicación que triunfó *ab initio*, art. IV (párrafo 2º) del Protocolo anejo al Convenio de Bruselas, y ha quedado consolidado en el Reglamento (CE) 1348/2000 (sobre la comunicación directa, en general, *vid.*, J. P. Milla, *La notificación judicial internacional...*, *cit.*, pp. 154-163).

²³⁸ *Vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, pp. 134-135.

²³⁹ En el marco del Convenio de La Haya de 1965 han sido muy numerosos los Estados que han declarado su oposición al uso de las vías complementarias en su territorio. *Ad. ex.*, a la vía consular directa (Alemania, Bélgica, República Checa, China, Egipto, Eslovaquia, Estados Unidos, Francia, Luxemburgo, Noruega etc.); a la vía postal (entre otros, Alemania, República Checa, China, Egipto, Eslovaquia, Estados Unidos, Noruega, Suiza, Turquía); a los supuestos de comunicación directa previstos en los apartados b) y c) del art. 10 (Alemania, Botswana, República Checa, China, Egipto, Eslovaquia, Estados Unidos, Finlandia, Irlanda, Israel, Japón, Noruega, Suiza y Turquía han declarado su oposición al uso de estas vías, y otros Estados como Luxemburgo han establecido ciertas precisiones en cuanto a su utilización).

notificación o traslado provenientes del extranjero. A partir del nacimiento de esta técnica de cooperación internacional entre autoridades, que tiene lugar *stricto sensu* con el Convenio de La Haya de 1965²⁴⁰, el sistema de las AACC se va a convertir en la técnica modelo de CIA adoptada no sólo en los sucesivos Convenios sobre cooperación procesal internacional, sino también en otras materias tan diversas, como son la información del Derecho extranjero, o la protección internacional de menores que es objeto de esta trabajo. En cada materia, naturalmente, la intervención de las AACC es muy distinta y, para poder apreciar las diferencias es necesario *ab initio* conocer su papel y funcionamiento en los Convenios sobre cooperación procesal.

En el Convenio de La Haya de 1965, la técnica de la Autoridad Central se erige como vía principal de transmisión, dejando relegadas, como se ha visto, a vías subsidiarias el resto de los mecanismos clásicos de CIA²⁴¹. Aunque la idea de este sistema, como se ha apuntado, no es original del Convenio de 1965, sí lo es en cambio su denominación. En efecto, entre la terminología barajada en su la elaboración del texto se optó finalmente por el término de «autoridad», principalmente frente al de «órgano», para hacer hincapié en el objetivo de seguridad que deseaba inspirar el nuevo sistema²⁴². Es competencia de cada Estado contratante designar su Autoridad central, y notificar dicha designación al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, bien en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, bien ulteriormente. El Convenio no impone la obligación a los Estados de crear un organismo *ex novo*, sino que podrán atribuir el papel de la Autoridad Central a cualquiera de las autoridades ya existentes en su Derecho interno²⁴³. En España, la Autoridad Central es la Dirección General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia²⁴⁴ y, en general, entre los diversos Estados, la

²⁴⁰ Como indica G. A. L. Droz, y más tarde se volverá sobre ello, el precedente inmediato de esta estructura es la «Institución intermediaria» del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero (*vid.*, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 136).

²⁴¹ Esta prioridad jerárquica del sistema de las Autoridades centrales se desprendía claramente del texto del Anteproyecto dividido en dos secciones en cuanto a las vías de transmisión. La primera sección dedicada a la Autoridad central como vía ordinaria, y la segunda que hacía referencia a las demás medios como vías facultativas. El texto final no recoge dicha división, pero indubitadamente el sistema de la Autoridad central es el protagonista, no sólo entre las vías de transmisión, sino del entero Convenio (*vid.*, V. Tabora Ferreira, «Rapport...», *cit.*, p. 65).

²⁴² *Vid.*, V. Tabora Ferreira, «Rapport...», *cit.*, p. 83.

²⁴³ *Vid.*, V. Tabora Ferreira, «Rapport...», *cit.*, p. 83.

²⁴⁴ *Vid.*, BOE, de 18 de octubre de 1995.

Autoridad Central radica en el Ministerio de Justicia²⁴⁵, en el Ministerio de Asuntos Exteriores²⁴⁶, o en un órgano determinado de la Administración de Justicia²⁴⁷. En el Convenio de 1965, se posibilitaba que los Estados contratantes designen junto a la Autoridad central otras autoridades (subsidiarias o adicionales)²⁴⁸, y ya se tomó en consideración el problema de los Estados con organizaciones jurídicas complejas. Respecto a este problema, se asentó como precedente seguido por el resto de los Convenios que utilizan el sistema de la Autoridad central, la posibilidad que dichos Estados designen varias AACC²⁴⁹. La organización de la Autoridad central es competencia del Estado que la designa, es decir, del Estado requerido, puesto que es preciso resaltar en este momento que el sistema de cooperación previsto en el Convenio de La Haya de 1965 es un «sistema de una sola dirección», es decir, la centralización de autoridades en la figura de la Autoridad central tiene lugar únicamente en el Estado requerido, manteniéndose la pluralidad de autoridades que, de acuerdo con la ley del Estado requirente, son competentes para solicitar la notificación o traslado de los documentos en el extranjero. Hubiera sido preferible, como se propuso, instaurar un «sistema de doble dirección», centralizado en los dos Estados interesados²⁵⁰; técnica que, como se comprobará más adelante, es más frecuente en los Convenios de CIA en materia de protección de menores, interesados más bien en la realización del interés del menor *in casu*, y más alejados de la idea del control de la soberanía por parte de los Estados que prestan la cooperación.

²⁴⁵ *Ad. ex.*, Bélgica, República Checa, China, Chipre, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Estados Unidos, Finlandia, Francia, o Noruega.

²⁴⁶ *Ad. ex.*, Finlandia, Grecia, Japón, Reino Unido, Suecia y Venezuela.

²⁴⁷ Irlanda (*The Master of the Hight Court*), Italia (*Secretaria del Tribunal de Apelación de Roma*), Luxemburgo (*Parquet général près de la Court Supérieure de Justice*). Puede consultarse la relación actualizada de todas las Autoridades Centrales en <http://www.hcch.net/>.

²⁴⁸ El párr. 1º del art. 18 prevé esta posibilidad que fue introducida a petición de la delegación británica (*vid.*, *Actes et documents de la dixième session*, t. III, *cit.*, p. 172). Tanto el Reino Unido como Chipre hicieron uso de la misma. El alcance competencial de las citadas autoridades corresponde a los Estados, pero el requirente tiene siempre abierta la posibilidad de dirigirse a ellas o a la Autoridad central (art. 18. 2).

²⁴⁹ Pluralidad de AACC a elección de los Estados parte, recogida por primera vez en el art. 18.3 del Convenio de La Haya de 1965, a petición de la delegación alemana (*vid.*, *Actes et documents de la dixième session*, t. III, *cit.*, p. 173). Esta solución puede ya considerarse hoy día como tradicional en los Convenios de La Haya (*vid.*, A. Borrás Rodríguez, «El papel de la Autoridad central...», *cit.*, pp. 73-75).

²⁵⁰ Este sistema de doble sentido, basado en la transmisión directa de la Autoridad central del Estado requirente a la Autoridad central del Estado requerido, y en una comunicación directa entre las AACC respectivas, fue propuesto por el delegado de Egipto, y apoyado por el delegado español en la elaboración del Convenio (*vid.*, *Actes et documents de la Dixième session*, t. III, *cit.*, pp. 170-171).

Se afirma de manera reiterada por la doctrina que el papel de la Autoridad central en el Convenio de La Haya de 1965, y en los posteriores Convenios sobre procedimiento civil que la incorporan es un papel activo, y no limitado a ser «un buzón de correo»²⁵¹, y efectivamente los arts. 4, 5, y 6 del texto, le atribuyen competencias específicas en el procedimiento de notificación (básicamente, recepción de la petición de notificación de acuerdo con una fórmula modelo de solicitud anexa al Convenio; llevar a cabo u ordenar la petición conforme a las formas prescritas por la legislación del Estado de recepción o según la forma particular solicitada por el Estado requirente si es compatible con la ley del Estado requerido, y expedición de una certificación, conforme a una fórmula también modelo, del cumplimiento de la notificación o traslado). Sin embargo, como se desprende sencillamente de la lectura de estas funciones, la intervención de la Autoridad central en los Convenios sobre procedimiento civil no altera la naturaleza de la solicitud que realiza la autoridad del Estado requirente. En esencia, sigue siendo una solicitud de la autoridad judicial del Estado requirente dirigida a las autoridades judiciales del Estado requerido, y en cuyo proceso la Autoridad central actúa básicamente como intermediario y filtro²⁵², no desprendiéndose nunca de la tarea de protección de los intereses de su Estado²⁵³.

Teniendo en cuenta estas peculiaridades, no por ello debe ignorarse el avance que implicó la técnica de las Autoridades centrales, en cuanto mecanismo de CIA *versus* los sistemas clásicos principales y complementarios de cooperación internacional en el marco del proceso. Entre sus ventajas merecen destacarse especialmente las siguientes: la simplificación y rapidez del procedimiento frente a la lentitud del sistema consular indirecto²⁵⁴; la seguridad en la transmisión; la seguridad y rapidez desde el punto de vista del particular requirente, en el sentido que existe únicamente una sola autoridad en cada Estado parte para hacer proceder a sus

²⁵¹ *Vid.*, entre otros, O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, p. 340; G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 135; A. Borrás, «El papel de la Autoridad central...», *cit.*, p. 67.

²⁵² *Vid.*, en el mismo sentido, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, p. 251, nota 59.

²⁵³ Este papel de la Autoridad central referido al control del orden público que debe llevar a cabo en el Estado requerido, aparece puesto de relieve de manera expresa en el informe del Convenio (*vid.*, V. Tabora Ferreira, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 83).

²⁵⁴ Como expresa G. A. L. Droz («Évolution du rôle...», *cit.*, p. 135), al dirigirse directamente la autoridad competente del Estado requirente a la Autoridad central del Estado requerido «cortocircuita la vía sinuosa y complicada de las transmisiones consulares».

notificaciones²⁵⁵, y el alto nivel técnico que ofrecen las AACC, en cuanto estructuras identificadas en la práctica con órganos especializados de los Ministerio de Justicia o de Exteriores, cuyos funcionarios poseen gran experiencia en las relaciones internacionales²⁵⁶. A estas ventajas inherentes al sistema, debe añadirse que las reuniones periódicas en Comisiones especiales llevadas a cabo entre los representantes de las AACC, con objeto de analizar la aplicación de los Convenios en que actúan, han contribuido decisivamente en la práctica al buen funcionamiento de los Convenios que utilizan dicha técnica²⁵⁷.

Las ventajas de la nueva técnica de CIA instaurada en el Convenio de La Haya de 1965, así como su buen funcionamiento en la práctica, justifica su exportación a los sucesivos Convenios internacionales que en diferentes ámbitos se van concluyendo en materia procesal. Así, en el marco convencional multilateral, y en el seno de La Conferencia de La Haya, no es de extrañar que el Convenio de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil reutilice la técnica de las Autoridades centrales con el mismo esquema de funcionamiento. La Autoridad central del Estado requerido recibe las comisiones rogatorias expedidas por la autoridad judicial del Estado requirente y las remite a la autoridad encargada para su ejecución. Una vez ejecutada se remite a la autoridad requirente por la misma vía. Como regla general, los Estados parte del Convenio de 1970 han designado al firmar este Convenio la misma autoridad que fue designada para el Convenio de 1965²⁵⁸.

Un nuevo jalón muy importante en la trayectoria de la técnica de cooperación de las AACC en el marco de La Conferencia de La Haya, lo constituye el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre el acceso internacional de la justicia (materia que *stricto sensu*, como se ha visto, no forma parte del contenido de la asistencia judicial internacional, pero que en este momento resulta interesante traer a colación,

²⁵⁵ *Vid.*, O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, p. 340.

²⁵⁶ *Vid.*, G. A. L. Droz, «Conférence de La Haye...», *cit.*, p. 169.

²⁵⁷ Dado el éxito de las primeras Comisiones especiales en la valoración respectiva de la aplicación de los Convenios de Haya de 1965 y de 1970, esta forma de seguimiento se ha extendido, como se verá a continuación, a todos aquellos textos que emplean el sistema de las AACC como técnica de CIA, con independencia de la materia sobre la que verse el Convenio, y elevándose como característica intrínseca de los mismos [*vid.*, *infra*, Cap. I, III. 8. B) a)].

²⁵⁸ Además, algunos Estados (entre ellos, España) le han atribuido también la función de conceder la autorización previa necesaria para que miembros del personal judicial de la autoridad requirente puedan presenciar la práctica de la prueba en el Estado requerido (*vid.*, art. 8).

en cuanto contribuye al desarrollo de la técnica de colaboración analizada). En este sentido, y de manera relevante, por primera vez se contempla en este ámbito, de un lado, un sistema de doble dirección centralizado en autoridades concretas y, de otro, un espíritu de cooperación entre autoridades con el fin de satisfacer los objetivos convencionales. Si bien sigue existiendo sólo una Autoridad central en el Estado requerido, encargada de recibir las solicitudes de asistencia que provengan del extranjero, no obstante, se incorporan en el texto unas «autoridades expedidoras», encargadas de recibir en su territorio las peticiones de asistencia de personas que residan en el mismo y tramitarlas, conforme a una fórmula modelo, a la Autoridad central del Estado requerido²⁵⁹. Aunque teóricamente los negociadores del Convenio habían pretendido que la Autoridad central y las Autoridades expedidoras fueran organismos diferentes, en la práctica, las funciones de ambas se han centralizado en la misma Autoridad²⁶⁰, que de hecho, suele coincidir con la designada (o designadas) en los dos anteriores Convenios de La Haya²⁶¹. Puede encontrarse un precedente a esta técnica de cooperación internacional entre autoridades de doble dirección en materia de asistencia judicial en el ámbito del Consejo de Europa y, concretamente, en el Convenio Europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia judicial gratuita, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977²⁶². Volviendo al contenido nuclear de la asistencia judicial internacional, puede comprobarse como la utilización del sistema de las AACC ha superado el ámbito de la Conferencia de La Haya donde

²⁵⁹ La cooperación internacional mediante la intervención de estas autoridades se requiere en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita y no con relación a la *cautio judicatum solvi* y al arresto o detención (vid., G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», cit., pp. 136-137).

²⁶⁰ Vid., relación actualizada de AACC en <http://www.hcch.net>.

²⁶¹ Aunque el Convenio prevé ex art. 6.2, al igual que los anteriores, la posibilidad de designación de varias AACC en los supuestos de Estados federales y de Estados en que estén en vigor varios sistemas de derecho, España, a pesar de que ciertas CCAA poseen competencia propia en determinadas cuestiones relativas a la Administración de Justicia, ha procedido a la designación de una sola Autoridad central (Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia; actualmente, funciones desempeñadas por la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional). En este sentido, J. M. de Dios propone que, a imagen de Estados como Suiza, sería conveniente una descentralización de dichas autoridades, designando una para cada Comunidad Autónoma con competencias específicas sobre asistencia jurídica gratuita (vid., *La asistencia jurídica gratuita...*, cit., pp. 93-94).

²⁶² El texto parte, al igual que el Convenio de La Haya de 1980, de la designación por los Estados miembros de unas autoridades expedidoras y receptoras de solicitudes, no especificando si debe ser la misma autoridad quién lleve a cabo ambas funciones, por lo que la decisión queda delegada en los respectivos Estados parte. De este modo, J. M. de Dios considera igualmente conveniente, al igual que en el Convenio de La Haya de 1980, la descentralización de estructuras (vid., *La asistencia jurídica gratuita...*, cit., p. 101).

tuvo su origen *stricto sensu*, extendiendo su empleo a otras esferas. En efecto, este mecanismo de CIA ha sido utilizado por el Convenio de Estrasburgo de 24 de noviembre de 1977, instaurando un modelo de doble dirección facultativo (tal como apareció en el proyecto del Convenio de 1965 sin que llegase a plasmarse en el texto definitivo). Se establece la obligación de los Estados parte de designar imperativamente una Autoridad central encargada de recibir y dar curso a las solicitudes de notificación que provengan del extranjero²⁶³, y se concede facultativamente la posibilidad de centralizar también las demandas de notificación procedentes de las autoridades de su Estado y transmitir las a la Autoridad central extranjera competente en una autoridad expedidora²⁶⁴.

En el marco convencional interamericano también ha sido aprehendido el sistema de las AACC, pero sin gozar del protagonismo que disfruta en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Así sucede en la Convención de Panamá de 30 de enero de 1975 sobre exhortos o cartas rogatorias, en la cual la técnica de las AACC se incorpora junto la pluralidad de medios de comunicación alternativos que recoge su art. 4, contemplando la posible transmisión al órgano requerido por medio de la Autoridad central del Estado requirente o requerido según el caso (sistema de doble sentido)²⁶⁵. Finalmente, en el ámbito convencional bilateral que vincula a nuestro país en la materia, el éxito del sistema de las AACC en su vertiente de doble dirección ha sido indubitado en los últimos años, logrando erigirse como sistema principal de cooperación entre las autoridades de los respectivos Estados²⁶⁶.

²⁶³ Al igual que en los Convenios de la Haya se prevé la posibilidad que los Estados designen a otras autoridades con las mismas funciones que la Autoridad central y sus respectivas competencias. En todo caso, en aras de la seguridad, se sigue manteniendo que la autoridad requirente podrá siempre dirigirse directamente a la Autoridad central.

²⁶⁴ España, sin demasiado acierto, no ha hecho uso de esta facultad, y sólo ha designado como Autoridad central a la Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores. También el Convenio prevé la posibilidad para los Estados federales de designar varias Autoridades centrales y varias Autoridades expedidoras.

²⁶⁵ Los Estados parte deben comunicar a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos acerca de cuál es la Autoridad central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias. En España fue designada, una vez más, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (actualmente, funciones que desempeña la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional).

²⁶⁶ La regla general por la naturaleza de estos Convenios es que las AACC sean designadas en el mismo texto convencional, recayendo dicha designación en los respectivos Ministerios de Justicia. Así se

Sin infravalorar la conquista de la técnica de las AACC en los Convenios de cooperación procesal internacional (sistema que como se ha comprobado, ha ido perfeccionándose progresivamente, pasando de un sistema de un solo sentido a otro de doble dirección), no obstante, deben resaltarse dos ideas que completan una visión real del alcance de esta técnica en la materia. De un lado, debe tenerse presente que el sistema de las AACC en el ámbito del procedimiento civil en modo alguno es rígido, cerrado o exclusivo, sino que al contrario y, como se ha demostrado, su uso prioritario (como regla general) se combina siempre, con distinto alcance, con el establecimiento de las técnicas más clásicas y tradicionales de comunicación. De otro, también debe apuntarse que el triunfo de esta técnica no debe valorarse en términos absolutos, puesto que, en cierto modo, sigue siendo cuestionado en la práctica si resulta el método más idóneo para realizar los objetivos de rapidez, celeridad y simplificación del procedimiento que se persiguen en esta materia. Debe recordarse que, en definitiva, las AACC en los Convenios sobre procedimiento civil son un paso más, un escalón intermedio entre la autoridad judicial requirente y la autoridad judicial requerida, y la multiplicación de su número en los recientes Convenios, al procurar atender a las peculiaridades de cada Estado parte, agrava aún más el problema, restando al objetivo de la simplificación. De ahí, que sea perfectamente comprensible que en marco comunitario, se haya apostando por la vía de la transmisión directa entre autoridades en sus diferentes modalidades (a pesar de las dificultades señaladas), procurando suprimir, ante todo, cualquier etapa intermedia en la solicitud de asistencia entre el Estado requirente y el Estado requerido. En esta línea, junto a los antecedentes comunitarios ya conocidos del Convenio de Bruselas de 1968, el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil abandona el sistema centralizado de las AACC, partiendo de una técnica de cooperación que procura ante todo la transmisión directa de los documentos para su notificación o traslado entre organismos

recoge en los Convenios bilaterales concluidos por España en las últimas décadas: Convenio con Brasil de 13 de abril de 1989; Convenio con la República Popular China de 2 de mayo de 1992 (art. 3); Convenio con la República de Bulgaria de 23 de mayo de 1993 (art. 1); Convenio con la Federación Rusa de 26 de octubre de 1990 (art. 4), (aunque en este texto las Partes optaron por la denominación de «Organismos centrales»); Convenio con Marruecos de 30 de mayo de 1997 (art. 4); Convenio con la República Oriental de Uruguay (art. 27); Convenio con Tailandia de 15 de julio de 1998 (art. 3).

descentralizados²⁶⁷. Establece *ex art. 3* la designación por cada Estado parte de «organismos transmisores», encargados de transmitir los documentos judiciales o extrajudiciales a los fines de notificación o traslado en otro Estado miembro, y de «organismos receptores» competentes para recibir los documentos procedentes de otros Estados miembros²⁶⁸. Junto a estos organismos, que constituyen la pieza clave o nuclear del sistema, se incorpora sólo en un segundo plano la figura de la «Entidad central»²⁶⁹, mecanismo excepcional de transmisión y, en todo caso, auxiliar, a los organismos transmisores y receptores²⁷⁰. La misma filosofía de transmisión directa inspira el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil. El nuevo instrumento prevé la posibilidad de obtener pruebas a través de los órganos jurisdiccionales requeridos mediante solicitudes dirigidas directamente a ellos (art. 2) y, excepcionalmente, la opción en que las pruebas sean obtenidas directamente por el órgano jurisdiccional requirente mediante solicitud al órgano central del Estado requerido (art. 3)²⁷¹. No sólo la

²⁶⁷ El Reglamento 1348/2000 reproduce una de las innovaciones más importantes del Convenio de 1997, cual es el establecimiento de un sistema de transmisión directa entre organismos descentralizados. El «principio de descentralización» se argumenta por la utilización de términos plurales en el art. 2, párrafo. 1 y 2 y el art. 3.2 (sobre el funcionamiento del sistema puede verse más ampliamente, N. Marchal Escalona, «Algunas reflexiones en torno al Reglamento (CE) número 1348/2000...», *cit.*, pp. 2-4; J. Pérez Milla, *La notificación judicial internacional*, *cit.*, pp. 159-163).

²⁶⁸ En España los organismos transmisores son los Secretarios de Judiciales de los Juzgados de Primera Instancia.

²⁶⁹ La Entidad central designada por España es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia. El sistema de la Entidad central, como indica su propia denominación no es idéntico al de las AACC, aunque el informe del Convenio de Bruselas de 1997 señalaba la oportunidad para los Estados parte del Convenio de La Haya de 1965 de designar, en calidad de tal, a la Autoridad central que hubieran designado en aplicación de aquél (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 30).

²⁷⁰ La función de la entidad central aparece algo difusa en el texto, aunque básicamente, son tres sus competencias: a) Facilitar información a los organismos transmisores; b) Solucionar las dificultades que se presenten con ocasión de la transmisión de los documentos; y c) Cursar, excepcionalmente, una petición de notificación o traslado de un organismo transmisor al organismo receptor competente. Señalaba el informe del Convenio de 1997 que su misión esencial es resolver las dificultades que surjan en la aplicación del texto, mediante el contacto directo entre el organismo transmisor y la entidad central del Estado requerido, pero siempre y cuando éstas no puedan ser resueltas *a priori* entre los organismos transmisores y receptores, ya que el mismo Convenio contiene disposiciones que permiten a los organismos principales resolver dichas dificultades, y que deben ser aplicadas antes de recurrir a la Entidad central (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 29). Su función de transmisora directa es sumamente excepcional (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 29-30; F. R. Paulino Ferreira, «La Convention...», *cit.*, p. 113).

²⁷¹ La figura del órgano central se identifica en cuanto a sus funciones con la entidad central del Reglamento 44/2001 (adaptadas naturalmente al objeto de la cooperación) y, por tanto, se separa diametralmente del sistema de las AACC.

Comunidad Europea ha apostado decididamente por el sistema de comunicación directa, sino que éste ha inspirado algunos de los recientes Convenios bilaterales concluidos por España en materia de cooperación judicial, como *ad ex.*, Convenio hispano-portugués de 18 de noviembre de 1997. El citado Convenio apuesta en primer lugar por la modalidad de transmisión directa entre los órganos jurisdiccionales implicados²⁷², y en el resto de los supuestos por la transmisión entre los respectivos Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores.

Esta última tendencia institucional y, en ocasiones, bilateral, hacia la técnica de la comunicación directa, en perjuicio de la técnica de las AACC, obliga a reflexionar sobre el protagonismo absoluto que ha llegado a adquirir el sistema de las AACC en las últimas décadas en los Convenios sobre procedimiento civil²⁷³. No se trata en modo alguno de desvalorar sus ventajas (sobre todo con relación a la lentitud de los mecanismos clásicos de comunicación), sino de no olvidar las que pueden ofrecer otras técnicas alternativas en determinados ámbitos y, especialmente, una combinación adecuada de la técnica de las AACC con el sistema de la comunicación directa. En esta combinación naturalmente debe atenderse de manera prioritaria a la naturaleza y las peculiaridades de cada instrumento internacional, y sobre todo a su ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, y al margen del fenómeno de la integración europea, en el marco convencional bilateral, la transmisión directa puede ser muy útil en beneficio de la simplificación y aceleración del procedimiento, ya que al quedar determinadas o determinables las autoridades competentes en el mismo Convenio internacional, desaparecen todos los problemas derivados de la posible confusión de autoridades. Sin embargo, tratándose de Convenios multilaterales abiertos a la firma de múltiples Estados, el sistema de la transmisión directa continúa provocando problemas, como el relativo a la confusión de autoridades (sobre todo con relación a

²⁷² Transmisión que tendrá lugar cuando se trate de tribunales transfronterizos (categoría que el mismo Convenio define), correspondiendo a los dos Estados elaborar una lista de sus respectivos tribunales que reúnan tales características (*vid.*, M. A. Rodríguez Vázquez, «El Convenio entre el Reino de España...», *cit.*, p. 299).

²⁷³ En esta línea, en la doctrina española, R. Arenas García sostiene que aunque la utilización del mecanismo de las AACC permite conseguir un importante grado de fluidez en la transmisión de las solicitudes de cooperación, esta fluidez es mayor en los supuestos en los que el órgano jurisdiccional que se encuentra conociendo pueda dirigirse directamente al responsable de ejecutar en el Estado requerido la diligencia solicitada («Fundamento, condiciones y procedimiento de la asistencia judicial internacional», S. Álvarez González y J. R. Remacha Quesada, (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, *cit.*, pp. 118-119).

los particulares), o el de apreciación de competencia de la Autoridad requirente por parte de la Autoridad requerida²⁷⁴. En estos supuestos, el establecimiento del sistema de las AACC como prioritario, en perjuicio de la transmisión directa, logra equilibrar en mejor medida el difícil binomio entre los objetivos de rapidez y seguridad.

Por último, para terminar este análisis de la técnica de la Autoridad central en el marco de la cooperación procesal, es necesario resaltar que la idea expuesta de favorecer en determinados supuestos la técnica de la comunicación directa en detrimento de aquella de las AACC, debe entenderse referida exclusivamente al marco del proceso civil, ya que en materia de protección de menores, el papel de la Autoridad central, como se verá a continuación, no queda reducido a una función de intermediario y filtro entre órganos jurisdiccionales, sino que su intervención supera con creces esta consideración, situándose en un nivel competencial y teleológico bien distinto.

e) La CIA en la aplicación judicial del Derecho extranjero: el proceso informativo del Derecho extranjero

1º) Su posición respecto a la cooperación judicial

Otra modalidad tradicional de cooperación internacional entre autoridades es la que tiene lugar al hilo del procedimiento de información del Derecho extranjero, que se produce principal, aunque no exclusivamente, en el proceso de aplicación judicial del Derecho extranjero²⁷⁵. Como ha sido apuntado, la mayoría de la doctrina

²⁷⁴ De ahí que, con objeto de evitar tales problemas, sea frecuente incluir entre los Acuerdos complementarios o adicionales realizados entre los Estados contratantes de los Convenios de La Haya, las autoridades competentes en sus respectivos Estados para transmitir directamente los documentos, para recibirlos y notificarlos. Así, *ad ex.*, en el Acuerdo entre España y Francia de 29 de noviembre de 1996 sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1965 se enumeran tasadamente en su artículo primero [en aplicación del art. 10 b) del citado Convenio], cuales son tales Autoridades en ambos Estados. En España son competentes, tanto para transmitir documentos directamente como para recibirlos y darles curso, los Secretarios judiciales de los Juzgados de Primera Instancia, y en Francia son competentes para transmitirlos, el Procurador general de la *Cour de Cassation*, los Procuradores generales de la *Cour d'appel* y los Procuradores de la República de los tribunales de *Grande Instance*, y para recibirlos y transmitirlos, únicamente los últimos.

²⁷⁵ La aplicación del Derecho extranjero y el procedimiento de información de su contenido, como ha destacado la doctrina, trasciende del ámbito estrictamente judicial a otros ámbitos de la actividad oficial y profesional del Derecho. Actualmente, cada día adquieren mayor relevancia los distintos supuestos de aplicación extrajudicial en España: órganos jurisdiccionales que no actúan como tales en el ámbito del

procesalista suele incluir esta modalidad de cooperación en el ámbito material de la cooperación procesal internacional, pero separada de su contenido estricto o nuclear, que únicamente queda reducido a la práctica de notificaciones y a la obtención de pruebas en el extranjero²⁷⁶. En realidad, esta delimitación obedece al hecho que la CIA que se produce en el proceso informativo del Derecho extranjero puede considerarse como cooperación judicial (*versus* cooperación administrativa), en el sentido que se inserta en el ámbito del proceso con elemento extranjero, y tiene por finalidad facilitar la realización de éste. Se argumenta, además que las técnicas jurídicas de CIA arbitradas en este ámbito han sido desarrolladas de manera paralela a las empleadas en el seno de la cooperación judicial en sentido estricto.²⁷⁷ Sin embargo, pese a participar de la naturaleza de cooperación judicial, la información del derecho extranjero presenta una serie de particularidades respecto de la cooperación procesal internacional *stricto sensu* que exigen un tratamiento diferenciado. Entre éstas, debe tenerse presente que la información de la Ley extranjera se encuentra, más que ligada al proceso, supeditada siempre al problema de fondo más amplio de la aplicación del Derecho extranjero por el tribunal del foro. Sin embargo, la diferencia esencial en lo que a este estudio se refiere, hace referencia al sentido de la cooperación internacional arbitrada en este ámbito respecto a la estudiada en el apartado anterior.

Mientras que en el sector de la cooperación procesal internacional clásica, el esquema de comunicación es, como se ha visto, solicitud de una determinada actuación procesal de las autoridades judiciales del Estado requirente a las autoridades judiciales del Estado requerido, en el que las AACC actúan como intermediarios y filtros, la técnica de CIA en el proceso informativo no se produce entre órganos jurisdiccionales homónimos. En este caso, la solicitud que sí proviene de un órgano

Registro Civil, autoridades administrativas, funcionarios como Notarios o Encargados del Registro de la Propiedad, Letrados, particulares (actividad de «prospectiva jurídica de la ley extranjera» o «técnica de la simulación»), etc. Apuntados éstos, este breve análisis queda limitado exclusivamente al proceso informativo en el ámbito judicial, ya que indudablemente continúa siendo el ámbito donde éstos problemas presentan mayor importancia cuantitativa y cualitativa (*vid.*, en nuestra doctrina con relación a los diversos supuestos de aplicación extrajudicial del Derecho extranjero, entre otros, A. Pérez Voitúriez, *El procedimiento de información de la ley extranjera en Derecho español. Manual de aplicación*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 111-120; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 261-265.

²⁷⁶ *Vid.*, *supra*, Cap. introd., I. 3. B) a).

²⁷⁷ *Vid.*, A. Pérez Voitúriez, *El procedimiento de información...*, *cit.*, pp. 26, 76.

jurisdiccional (del Estado requirente), no se refiere a la realización de un determinado acto procesal, sino que forma parte de la obligación del juez del foro de investigar el contenido de la ley extranjera reclamada por su norma de conflicto en el proceso que ante él se ventila, y no se dirige a su homónimo en el Estado requerido (pues no es petición de que otro igual haga algo por él), sino a las autoridades u órganos competentes determinados por el Estado requerido, quienes sí asumen aquí un papel activo (no sólo de intermediario) para auxiliar al órgano jurisdiccional en el proceso informativo del Derecho extranjero, informando sobre el contenido, vigencia y sentido de su propio Ordenamiento jurídico²⁷⁸.

2º) Técnicas de CIA

El perfeccionamiento y la evolución que en este ámbito han experimentado las técnicas de cooperación internacional, como ha sido apuntado, han discurrido en paralelo al desarrollado en materia de auxilio judicial internacional. De los certificados internos de ley extranjera y los dictámenes e informes de letrados en el extranjero, se pasaría en un primer momento, a una comunicación indirecta entre autoridades mediante el uso de las vías clásicas de comunicación (vía diplomática o consular) y, finalmente, inspirándose en los Convenios sobre procedimiento civil, se instauraría la centralización y la comunicación directa entre las autoridades de los respectivos Estados.

De este modo, la cooperación internacional entre autoridades queda institucionalizada convencionalmente en el proceso informativo de la legislación extranjera, de modo independiente a los Convenios sobre procedimiento civil, y después de algunos intentos poco fructíferos²⁷⁹, en dos ámbitos multilaterales bien distintos: de un lado, en el seno del Consejo de Europa (pero abierto a Estados no miembros), con el Convenio europeo de Londres de 7 de junio de 1968 sobre

²⁷⁸ A pesar de estas diferencias cualitativas entre ambos procesos de cooperación internacional, no han faltado autores que han llegado incluso a asimilar ambos, defendiendo que podrían ser los tribunales de los distintos Estados los encargados de suministrar la información (*vid.*, A. Pérez Voituriez, *El procedimiento de información...cit.*, p. 26).

²⁷⁹ Sobre algunos de estos antecedentes convencionales, puede verse, en la doctrina española, J. A. Tomás Ortiz de la Torre, «El conocimiento del Derecho extranjero y la adhesión de España al Convenio de Londres de 7 de junio de 1968», *RGLJ.*, 1972, vol. LXIV, núm. 232, pp. 721-738, esp. pp. 726-728.

información del Derecho extranjero, actualizado años más tarde por un Protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978²⁸⁰; y de otro, en el ámbito interamericano, con la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979²⁸¹. A estos textos multilaterales debe añadirse también el régimen bilateral de información jurídica, contenido como regla general en numerosos de los textos bilaterales concluidos por España en materia de cooperación procesal internacional.

El Convenio de Londres de 1968 establece en esta línea un ágil mecanismo de cooperación en la información de los Ordenamientos jurídicos de los Estados parte: cada Estado parte designa imperativamente un único «órgano de recepción», encargado de recibir las peticiones del Estado que solicita la información sobre su sistema jurídico y de darles curso. Una vez obtenida la respuesta, ésta se remite al correspondiente «órgano de recepción» del Estado requirente a través de «los órganos de transmisión»²⁸². Los Estados pueden designar uno o varios organismos de transmisión o atribuir dicha función a su órgano de recepción, y es precisamente esta posibilidad de la que ha hecho uso nuestro país, atribuyendo ambas funciones, una vez más, como en todos los Convenios que utilizan la técnica de cooperación entre autoridades clásica, al Ministerio de Justicia²⁸³. Es importante insistir en el dato que la

²⁸⁰ El Convenio de Londres constituye en la actualidad el instrumento convencional más importante en esta materia, agrupando a casi treinta Estados, aunque desafortunadamente su aplicación por los Tribunales de los Estados partes ha sido muy escasa (*vid.*, A. Pérez Voituriez, *La información de la ley extranjera en el Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 1988, esp. pp. 149-206). En nuestro país, el Convenio se firmó incluso antes de la entrada de España en el Consejo de Europa (*BOE* núm. 240, de 7 de octubre de 1974), y su Protocolo adicional (*BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1982). Respecto a éste también puede verse en nuestra doctrina, J. A. Tomás Ortiz de La Torre, «El conocimiento del Derecho...», *cit.*, pp. 728-738; A. Pérez Voituriez, «La información del Derecho extranjero», *BIMJ.*, 1985, núm. 1382, pp. 3-8, esp. pp. 4-8.

²⁸¹ *BOE*, núm. 11, de 13 de enero de 1988. Son parte de esta Convención elaborada en el seno de la CIDIP II, los siguientes países junto a España: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

²⁸² La constitución de los organismos de transmisión no se configuró como obligatoria en un primer momento en el Convenio, ya que estos sí actúan como meros intermediarios en el proceso de información, centralizando las peticiones provenientes de los órganos jurisdiccionales de su país, y transmitiéndolas al órgano de recepción competente en el Estado requerido. *A priori* su naturaleza era, por tanto, sólo complementaria, aunque más tarde se observó su conveniencia práctica y se dio un paso más en el Protocolo Adicional de 1978, estableciendo su obligatoriedad (aunque por ello no deja de perder su naturaleza complementaria y de órgano meramente intermediario).

²⁸³ Actualmente, dentro del Ministerio de Justicia, estas funciones corresponden a la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

autoridad requirente de la petición de datos debe ser una autoridad judicial del Estado parte, con ocasión de una instancia ya incoada, y la autoridad encargada de la respuesta es el órgano de recepción, quién debe formularla por sí mismo, aunque se permite que transmita la petición a otro órgano estatal u oficial e incluso a un Organismo privado o a un jurista cualificado para emitir la respuesta. La comunicación entre las autoridades respectivas no se agota en las fases de petición de la solicitud y transmisión de la respuesta, sino que el espíritu de cooperación directa entre autoridades se extiende a todo el proceso informativo (*ad. ex.*, el órgano de recepción podrá solicitar de la autoridad requirente las informaciones complementarias que estime precisas para la elaboración de la respuesta)²⁸⁴.

En el ámbito interamericano, la técnica de cooperación directa entre autoridades también queda consagrada en esta materia, independientemente a la cooperación procesal, con la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero. A diferencia del Convenio de Londres, se establece la figura de la Autoridad central instituida en cada Estado parte, aunque en realidad se trata únicamente de una diferencia terminológica, puesto que ésta asume las mismas funciones que acumulativamente tienen atribuidas en el Convenio de Londres los órganos de transmisión y los órganos de recepción. El mecanismo puede actuarse bien directamente por la autoridad judicial del Estado requirente, o bien a través de su Autoridad central a la Autoridad central del Estado requerido, quién está obligada a realizar la respuesta sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su respectivo Derecho, aunque puede transmitir igualmente la consulta a otros órganos del mismo Estado. Una vez obtenida la respuesta se remite por la misma vía en sentido inverso.

Junto a estos resultados multilaterales, que en su aplicación práctica no han sido tan positivos como los alcanzados en materia procesal, y al margen de la experiencia bilateral limitada que supuso la conclusión de un Acuerdo específico para el

²⁸⁴ El Convenio es actualizado, como se ha visto, por el Protocolo adicional de 1978, que aparte de extender su ámbito material al ámbito del Derecho penal, amplía las autoridades habilitadas para solicitar la información y el momento en que puede ser realizada la petición (no sólo una vez iniciado el procedimiento, sino también cuando se prevea su instrucción). Respecto a la posible ampliación de autoridades habilitadas para realizar la petición se faculta a autoridades distintas a las judiciales, posibilidad que ya aparecía en el art. 3. 3 del Convenio, aunque nuestro país en este aspecto sigue manteniendo un sistema muy rígido, exigiendo siempre la intervención judicial, y sólo una vez incoado el proceso (*vid.*, A. Pérez Voituriez, *El procedimiento...*, *cit.*, p. 94).

intercambio de información sobre los respectivos ordenamientos jurídicos entre España y Méjico de 1 de diciembre de 1984²⁸⁵, la cooperación directa entre autoridades en el proceso informativo legislativo se ha ido incorporando progresivamente en los Convenios bilaterales generales de asistencia judicial internacional, contemplada como un aspecto más dentro de ésta. En esta línea, y haciendo uso prioritariamente de la figura de la autoridad central, pueden apuntarse *ad. ex.*, el art. 10 del Convenio entre España y Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles de 4 de mayo de 1987; el art. 27 del Convenio entre España y Uruguay de 4 de noviembre de 1987 de cooperación jurídica; los arts. 31 a 33 del Convenio entre España y Brasil sobre cooperación jurídica en materia civil de 13 de abril de 1989; los arts. 5 y 13 del Convenio entre España y la Federación Rusa de 26 de octubre de 1990 sobre asistencia judicial en materia civil; el art. 25 del Convenio entre España y Bulgaria de 23 de mayo de 1993 de asistencia judicial; los arts. 33 a 37 del Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997 de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa; y el art. 17 del Convenio entre España y Tailandia de asistencia judicial en materia civil y mercantil.

Finalmente, debe tenerse presente que las vías de cooperación arbitradas por nuestro Derecho en el proceso informativo de la ley extranjera, no se agotan en los sistemas instituidos convencionalmente arriba analizados. Naturalmente, en los supuestos en que la norma de conflicto española designe la legislación de un Estado con el que España este vinculado convencionalmente por alguno de los Convenios apuntados, el juez español debe acudir imperativamente a las vías de cooperación previstas en dicho Instrumento²⁸⁶. En caso contrario, es decir, en aquellos supuestos

²⁸⁵ Acuerdo de Cooperación para el Intercambio de información sobre los Ordenamientos Jurídicos de España y de los Estados Unidos Mexicanos (Madrid, 1 de diciembre de 1984). El Acuerdo entró en vigor el mismo día de su firma (el texto puede verse en *Tratados bilaterales sobre materias civiles*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 157-159), y a pesar de su novedad presenta un alcance muy limitado. A diferencia de los Convenios multilaterales, el propio Acuerdo determina cuales son exclusivamente los aspectos jurídicos objeto de intercambio, y en la práctica la comunicación se limita únicamente a un simple intercambio periódico de publicaciones oficiales (sobre su limitado alcance, *vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 260).

²⁸⁶ Sobre los requisitos y trámites del procedimiento informativo en estos supuestos de aplicación imperativa de los cauces convencionales, puede verse, con especial relación al Convenio de Londres de 1968, A. Pérez Voituriez, *El procedimiento...*, *cit.*, pp. 90-99.

en que la norma de conflicto designe aplicable la ley extranjera de un tercer Estado, el órgano jurisdiccional podrá optar entre una diversidad de métodos que ofrece nuestro Derecho interno (art. 281. 2 LEC 1/2000), aunque antes de acudir a expedientes como el certificado de vigencia del Derecho comparado al Ministerio de Justicia, resulta más acorde con el espíritu de cooperación de las actuales relaciones internacionales, revitalizar (al igual que se ha hecho en el Derecho comparado) los expedientes incoados por la vía diplomática o consular en sus diferentes modalidades²⁸⁷.

C) La cooperación administrativa: la cooperación internacional en el ámbito del Registro Civil

a) Consideraciones previas

Tradicionalmente la cooperación registral ha constituido el ejemplo más significativo de CIA fuera del proceso o de cooperación administrativa. Mediante ella, los Encargados del Registro civil de los diferentes Estados cooperan interregistralmente en los asuntos relacionados con el estado civil de las personas físicas.

Aunque esta modalidad de cooperación puede preverse unilateralmente por las legislaciones internas de cada uno de los Estados²⁸⁸, sin embargo el establecimiento de instrumentos convencionales dedicados específicamente a su promoción, ha contribuido decisivamente a su desarrollo de un modo más práctico y eficiente. En este proceso de colaboración interregistral debe hacerse referencia inexcusablemente a la labor de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), entre cuyos objetivos destaca específicamente el de favorecer la colaboración entre las oficinas del Estado civil de los respectivos Estados contratantes²⁸⁹.

²⁸⁷ Respecto a estos mecanismos en nuestro Derecho autónomo con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Londres de 1968, *vid.*, J. A. Tomás Ortiz de La Torre, «El conocimiento...», *cit.*, pp. 735-738; con posterioridad, *vid.*, A. Pérez Voituriez, *El procedimiento...*, *cit.*, pp. 99-109.

²⁸⁸ Así, por ejemplo, en nuestro Derecho autónomo, el RRC en su art. 96 dispone que: «*Los órganos del Registro prestarán auxilio a los Registros extranjeros en régimen de reciprocidad.*».

²⁸⁹ La Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) fue creada, como es sabido, en virtud del Convenio de Berna de 25 de septiembre de 1950, con el objeto de asegurar la información y la circulación internacional de datos de identificación de las personas físicas en las situaciones del tráfico jurídico externo. Nuestro país se adhirió a la CIEC (en la que participan Estados europeos de sistema

b) Modalidades de cooperación internacional

1º) Consideraciones previas

En el marco de la CIEC, y sin ánimo de analizar exhaustivamente esta especialidad de CIA, los logros de esta Organización en su difícil labor de combinar los deseos de una amplia colaboración interregistral entre sus Estados Parte, con el marcado carácter territorialista de las regulaciones registrales de cada uno de ellos, merecen unas breves reflexiones, que ayudarán a diferenciar claramente la distinta naturaleza de la cooperación administrativa respecto a la cooperación judicial y, posteriormente, con relación a la CIA en materia de protección de menores.

De este modo, en el marco del Registro civil pueden distinguirse tres modalidades de Convenios de cooperación internacional en el seno de la CIEC²⁹⁰, aunque no todas ellas responden a la naturaleza de CIA: a) Convenios que favorecen la cooperación interregistral entendida en sentido amplio, pero que no regulan específicamente la cooperación internacional entre las autoridades encargadas del Registro civil; b) Convenios de CIA que regulan a título principal la cooperación entre los Encargados del Registro civil de los Estados miembros; y c) Convenios de

jurídico continental) en 1974, y, el RD 635/1993 regula la organización y funcionamiento de la Sección española de CIEC. Tradicionalmente, la doctrina ha venido distinguido la elaboración de dos tipos de Convenios en su seno: de un lado, aquéllos de carácter técnico y, de otro, aquéllos que tratan cuestiones de fondo (*vid.*, por todos, J. Massip, «La Commission Internationale de L'Etat Civil», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 215-229, esp. p. 217). Actualmente, la más reciente doctrina clasifica sus Convenios en atención al método empleado en su elaboración, independientemente que un mismo Convenio quede englobado en dos o más categorías. De este modo, J. M. Bischoff («Harmonisation du droit privé: l'exemple du travail de la Commission Internationale de L'Etat Civil», *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Friburgo, Editions Universitaires Friburgo, 1990, pp. 117-130, esp. pp. 123-124) distingue entre Convenios que tienen por objeto la unificación de reglas de fondo de Derecho interno; la unificación de reglas de forma de Derecho interno; Convenios que contienen disposiciones de DIPr. material, estableciendo modelos de actas destinadas al extranjero; Convenios de competencia de autoridades; Convenios que establecen reglas unificadas de conflicto de leyes; Convenios sobre reconocimiento de actos y decisiones; y, finalmente, Convenios de cooperación entre autoridades de los Estados miembros (categoría que es la que interesa a efectos de este estudio). Sobre la labor de la CIEC en general, y la participación de nuestro país en la misma, puede verse, M. Aguilar Benítez de Lugo e H. Grieder Machado, «La labor codificadora de la Comisión Internacional del Estado Civil y su repercusión en el Derecho internacional privado español», *España y la codificación...*, *cit.*, pp. 171-185.

²⁹⁰ Sobre la cooperación en el marco de la CIEC, puede verse en nuestra doctrina, especialmente, E. Rodríguez Gayán, «La cooperación internacional en el ámbito del Registro Civil y la aportación de la CIEC», *España y la codificación...*, *cit.*, pp. 188-200, *id.*, *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 73-83.

cooperación dirigidos a eliminar la necesidad de auxilio entre los órganos encargados del Registro civil, instaurando un «principio de equivalencia funcional entre las autoridades de los distintos Estados miembros», procurando de este modo la «movilidad de los asientos» entre los Registros de los Estados contratantes de la CIEC. De estas tres categorías, sólo las dos últimas corresponden *stricto sensu* a modalidades de cooperación internacional entre autoridades, constituyendo la primera sólo una manifestación de la cooperación internacional *in genere* en este ámbito.

2º) Convenios que favorecen la cooperación registral

Entre estos Convenios que favorecen la colaboración interregistral, pero que no regulan concretamente el auxilio entre las autoridades encargadas del Registro civil de los distintos Estados parte, pueden diferenciarse en atención a su objeto dos modalidades distintas: de un lado, los Convenios de cooperación dirigidos a facilitar la circulación internacional de los datos relativos al estado civil de las personas físicas; y de otro, los Convenios de cooperación que favorecen la creación del acto del estado civil.

Los Convenios de cooperación dirigidos a facilitar la circulación internacional de los datos relativos al estado civil de las personas físicas, pueden definirse como Convenios de colaboración interregistral en el sentido que favorecen el acceso a los Registros de los Estados contratantes de actas o certificaciones que provengan del extranjero, disminuyen los inconvenientes en el traslado de certificaciones de los asientos de unos Registros a otros, y consiguen de este modo, la libre circulación de los datos relativos al estado civil de las personas físicas²⁹¹. En esta categoría de Convenios de cooperación de carácter formalista (en el sentido que disminuyen formalidades con relación al acceso de certificaciones o actas extranjeras susceptibles de acceder a otros Registros)²⁹² se incluirían esencialmente: el Convenio nº 1 sobre expedición de certificaciones de actas del estado civil destinadas al extranjero (firmado en París el 27 de septiembre de 1957), sustituido por el Convenio nº 16

²⁹¹ *Vid.*, en este sentido, B. Ancel, «Le bilan des Conventions de la Commission internationale de l'état civil: l'expérience française», *España y la codificación...*, *cit.*, pp. 154-170, esp. pp. 163-167.

²⁹² *Vid.*, E. Rodríguez Gayán, «La cooperación internacional...», *cit.*, pp. 193-194.

relativo a la expedición de certificaciones plurilingües de actas de Estado civil (firmado en Viena el 8 de septiembre de 1976)²⁹³; el Convenio nº 2 sobre expedición gratuita y dispensa de legalización de expedición para actas del estado civil (firmado en Luxemburgo el 26 de septiembre de 1957), sustituido por el Convenio nº 17 relativo a la dispensa de legalización de ciertos documentos (firmado en Atenas el 15 de septiembre de 1977)²⁹⁴.

Los Convenios de cooperación que favorecen la creación del acto del estado civil, a diferencia de los primeros que reducen las formalidades para que datos de un Registro accedan al del resto de los Estados partes, puede sostenerse que avanzan en la colaboración interregistral, en el sentido que mediante ellos se pretende favorecer la configuración misma del acto del Registro Civil. Esta modalidad de cooperación encuentra su principal exponente en materia matrimonial mediante el Convenio nº 7 tendente a facilitar la celebración de matrimonios en el extranjero (firmado en París el 10 de diciembre de 1964)²⁹⁵ y el Convenio nº 20 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial (firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980)²⁹⁶. Ambos textos convencionales favorecen la celebración del matrimonio: el primero, a través de la dispensa de impedimentos según la ley personal del interesado, y el segundo, mediante la expedición de un certificado conforme al modelo anejo al Convenio (según una fórmula uniforme y plurilingüe), cuando uno de sus nacionales lo solicite para la celebración de su matrimonio en el extranjero y reúna, conforme a la ley del Estado que expida el certificado, las condiciones necesarias para contraer dicho matrimonio»²⁹⁷. Estas normas convencionales suponen normas de avance en la

²⁹³ Ratificado por España el 30 de enero de 1980 (*BOE*, 22 de agosto de 1983). *Vid.*, también, con relación a su aplicación en nuestro país, Instrucción sobre la utilización de las certificaciones plurilingües del Registro Civil en la Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 1983, *Convenios y Recomendaciones de la Comisión Internacional del Estado Civil*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 59-61.

²⁹⁴ Ratificado por España el 27 de enero de 1981 (*BOE*, 11 de mayo de 1981, corr. de err., 16 de julio de 1981). Sobre el alcance de este Convenio con relación al resto de normas convencionales y disposiciones que dispensan de la legalización o cualquier formalidad equivalente puede verse el Informe explicativo del Convenio, y la Circular de la DGRN sobre la exención de legalización y, en su caso, de traducción por aplicación de los Convenios números 16 y 17 de la CIEC, ambos en *Convenios y Recomendaciones...*, *cit.* pp. 69-72, 72-73, respectivamente.

²⁹⁵ España se adhirió el 20 de junio de 1976 (*BOE*, 19 de enero de 1977).

²⁹⁶ Ratificado por España el 10 de febrero de 1988 (*BOE*, 16 de mayo de 1988).

²⁹⁷ Sobre los avances de este Convenio, sus limitaciones, e incidencia en la evicción de matrimonios claudicantes, *vid.*, en nuestra doctrina, P. Orejudo Prieto de los Mozos, «Cooperación internacional en

colaboración interregistral para que un determinado acto pueda llegar a existir en territorio extranjero²⁹⁸. De forma parecida, también pueden incluirse en este apartado aquellos Convenios que, principalmente en materia de filiación, regulan declaraciones y reconocimientos según la ley personal del interesado ante Autoridad extranjera, contribuyendo de este modo a la formación del acto en países diferentes a los de origen del interesado²⁹⁹.

3º) Convenios que regulan la cooperación internacional entre las autoridades encargadas del Registro civil

Frente a los anteriores Convenios que favorecen la cooperación internacional de distinto modo, pero no articulan la cooperación entre los órganos del Registro civil de los Estados contratantes, se encuentran una serie de Convenios que favorecen los intercambios registrales entre autoridades en materia de estado civil, regulando vías de transmisión. Ejemplo de estos convenios es el Convenio relativo a las disposiciones rectificativas de actas civil, hecho en París el 10 de septiembre de 1964³⁰⁰, que establece un sistema de comunicación directa entre las autoridades competentes y, sin duda, la pieza clave de esta modalidad de CIA viene dada por el Convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958 relativo al intercambio internacional de informaciones en materia de estado civil, y su Protocolo Adicional de Patrás de 6 de septiembre de 1988, ambos en vigor en nuestro país desde 1994³⁰¹.

la celebración del matrimonio...», *cit.*, pp. 411-414; *id.*, *La Celebración y el Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Aranzadi, 2002, esp. pp. 144-147.

²⁹⁸ *Vid.*, E. Rodríguez Gayán, *Derecho Registral...*, *cit.*, p. 78.

²⁹⁹ Entre estos Convenios pueden incluirse, entre otros, el Convenio nº 18 sobre reconocimiento voluntario de niños nacidos fuera del matrimonio, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980 (Convenio que no ha sido ratificado por España por su posible contradicción con el art. 9.4 Cc., *vid.*, M. Aguilar Benítez de Lugo y H. Grieder Machado «La labor codificadora...», *cit.*, p. 195); el Convenio nº 5 relativo a la extensión de la competencia de los funcionarios cualificados para autorizar reconocimiento de hijos no matrimoniales, firmado en Roma, el 14 de septiembre de 1961 (España se adhirió el 2 de junio de 1987, *BOE*, 12 de agosto de 1987); el Convenio nº 6 en torno a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, firmado en Bruselas el 12 de septiembre de 1962 (España se adhirió el 27 de enero de 1984, *BOE*, 17 de abril de 1984). Sobre el alcance de estos Convenios en el ámbito de la cooperación interregistral, *vid.*, *amplius*, E. Rodríguez Gayán, «La cooperación...», *cit.*, pp. 194-197; *id.*, *Derecho Registral...*, *cit.*, pp. 78, 81-83.

³⁰⁰ *Vid.*, *BOE* de 13 de enero de 1973, corr. err., *BOE*, 1 de abril de 1977.

³⁰¹ Nuestro país ha ratificado este Convenio bastante tarde, demora que fue criticada por nuestra doctrina (*vid.*, E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral...*, *cit.*, pp. 79-80), y que respondía a problemas

El Convenio de Estambul es fruto del deseo de los Estados parte de la CIEC de organizar un intercambio internacional de informaciones en materia de estado civil. Para ello, según su art. 1 todos los encargados del Registro civil que ejerzan sus funciones en territorio de uno de los Estados contratantes, cuando extiendan o transcriban un acta de matrimonio o de defunción, deberán comunicarlo al encargado del Registro civil del lugar de nacimiento de cada uno de los cónyuges o del difunto, siempre que dicho lugar esté situado en territorio de uno de los Estados contratantes³⁰². El Protocolo adicional permite la transmisión postal de actas de matrimonio o de defunción.

De igual modo, este tipo de colaboración interregistral ha sido regulada en el Convenio nº 22 relativo a la cooperación internacional en materia de ayuda administrativa a los refugiados (firmado en Bâle el 3 de septiembre de 1985)³⁰³. El intercambio internacional de informaciones con relación a los refugiados supone un gran acierto si se toma en consideración las enormes dificultades existentes en la práctica para determinar la identidad y estado civil de dichos sujetos³⁰⁴. Los Convenios internacionales que regulan su estatuto prevén la expedición de documentos o certificados por el Estado en que aquéllos residan, y el Convenio nº 22 de la CIEC a estos efectos organiza un mecanismo de cooperación entre órganos registrales con objeto de centralizar en el Estado de refugio el conjunto de informaciones relativas a su identidad y estado civil³⁰⁵. Igualmente, se incluiría en esta categoría de Convenios que intentan superar la barrera de las fronteras entre los

con relación al idioma. Superado dicho inconveniente, España se incorporó al principal de los Convenios de colaboración interregistral en este ámbito (Convenio y Protocolo Adicional ratificados el 31 de mayo de 1994, *BOE*, núm. 174, de 22 de julio de 1994).

³⁰² Cada Estado, no obstante, está facultado para subordinar el envío de dicha comunicación a la condición de que se refiera a un nacional del Estado destinatario. España no ha realizado dicha declaración, pero la DGRN sí ha dictado la Instrucción de 17 de abril de 1995 sobre comunicación a determinados Registros extranjeros de nacimiento de matrimonios y defunciones inscritos en España (*BOE*, núm. 101, de 28 de abril de 1995), en la que entre otros aspectos, subordina dicho envío a la condición de que el interesado haya nacido en el Estado destinatario.

³⁰³ Ratificado por España el 29 de abril de 1987 (*BOE*, 11 de junio de 1987).

³⁰⁴ Este tema ya había preocupado anteriormente a la CIEC, y como prueba de su interés puede citarse su Recomendación nº 1, de 8 de septiembre de 1967, relativa a la expedición y al reconocimiento de los documentos expedidos a los refugiados en aplicación del Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 (el texto puede verse en *Convenios y Recomendaciones...*, *cit.*, p. 111). En aplicación de ésta, *vid.*, en nuestro país, Instrucción de la DGRN, de 11 de marzo de 1985, relativa a la prueba del estado civil de los refugiados y otros extranjeros domiciliados en España (el texto puede consultarse en A. Benítez Benítez, *Ley y Reglamento del Registro Civil*, 3ª ed., 2001, Colex, pp. 443-454).

³⁰⁵ *Vid.*, realzando su importancia, B. Ancel, «Le bilan des Conventions...», *cit.*, p. 165.

Estados parte, el Convenio nº 8 concerniente al cambio de información en materia de adquisición de la nacionalidad, firmado en París el 10 de septiembre de 1964³⁰⁶.

Con relación a la técnica utilizada en estos Convenios de cooperación internacional entre autoridades, ésta responde a los objetivos perseguidos por cada uno de ellos y así, cuando tienen por objeto únicamente el cambio de información entre Registros, emplean el sistema de la comunicación directa entre sus respectivos Encargados y, en el caso del Convenio nº 22, como su finalidad puede exigir la intervención de otras Autoridades, acude a la figura de la Autoridad central como intermediaria en el proceso de centralización de la información relativa al estado civil del refugiado en su Estado de residencia.

4º) Convenios tendentes a eliminar la necesidad de auxilio

Se trata de una modalidad de Convenios de colaboración registral cuyo objeto se dirige a eliminar la necesidad de auxilio entre autoridades, favoreciendo la movilidad de los asientos entre los Registros de los diversos Estados parte. Se incluirían básicamente en esta categoría de textos el Convenio nº 15 creador de un Libro de familia internacional, firmado en París el 12 de septiembre de 1974³⁰⁷, y el Convenio nº 24 sobre reconocimiento y actualización de los libros de estado civil (firmado en Patrás el 7 de septiembre de 1989)³⁰⁸. En ambos, con distinta terminología³⁰⁹,

³⁰⁶ Convenio que España todavía no ha ratificado, por el mismo problema respecto al idioma español que concurría con relación al Convenio de Estambul. Actualmente está pendiente la adhesión española de un Protocolo Adicional en estudio que solucione el problema (*vid.*, *Convenios y Recomendaciones...*, *cit.*, p. 12).

³⁰⁷ Convenio que no ha sido ratificado por nuestro país, y que en general ha tenido poca aceptación entre los Estados parte de la CIEC (*vid.*, sobre los motivos de su fracaso, J. M. Bischoff, «Harmonisation...», *cit.*, pp. 125-126). Con relación a España, la causa por la que no se propone su adhesión es que el libro de familia internacional creado por el Convenio supone una clara discriminación respecto a los hijos no matrimoniales, al margen que tampoco beneficia a las uniones de hecho y a los progenitores solteros. En el Convenio de 1974 se estipula que en el libro de familia internacional constan únicamente las inscripciones originarias y menciones posteriores de las actas del registro civil, que se refieran *al matrimonio de los esposos, el nacimiento de los hijos así como las defunciones de los esposos y de sus hijos*.

³⁰⁸ Convenio que sí ha sido ratificado por nuestro país el 5 de septiembre de 1990 (*BOE.*, núm. 127, de 27 de 1990). Respecto a éste, España ha formulado una declaración en el sentido que el Convenio se aplica exclusivamente al libro de familia expedido por el Ministerio de Justicia español (corr. de err., *BOE.*, núm. 187, de 5 de agosto de 1992). Sobre el Convenio de Patrás y sus problemas de adaptación con el Registro civil español, *vid.*, E. M. Rodríguez Gayán, «Convenio de Patrás sobre reconocimiento y actualización de los libros de estado civil», *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 740-742.

metodología³¹⁰ y una diferencia esencial en cuanto al elemento subjetivo que determina la expedición del libro de familia (en el primero, los cónyuges que celebran matrimonio, y en el segundo, el individuo particular que abre asiento por nacimiento, matrimonio o defunción), persiguen que cualquier persona provista de un libro de familia internacional (conforme al Convenio de París) o un libro de estado civil (conforme al Convenio de Patrás), puedan en cualquier país contratante hacer inscribir los acontecimientos de estado civil correspondientes a su familia (en el primer caso), o a su persona (en el segundo).

Se instaura en estos Convenios según B. Ancel la «técnica de la equivalencia funcional entre las Autoridades de los diferentes Estados partes»³¹¹, de modo que una vez expedido el libro de familia por el Encargado del Registro civil de un Estado parte, el libro podrá recorrer los diferentes Estados, y en el momento en que en otro Estado contratante se constituya un asiento, el interesado podrá presentar el libro ante la autoridad ante la que ha efectuado el asiento para que quede constancia del mismo. Los Libros de familia se convierten de este modo en «Registros móviles», circulando de unos países a otros, eliminando así la exigencia del intercambio de información de la autoridad que extiende o transcribe el acta de matrimonio o defunción al encargado del Registro civil del lugar del nacimiento de cada uno de los cónyuges o del difunto.

La técnica de la comunicación directa entre autoridades es sustituida en estos Convenios por la equivalencia funcional de dichas autoridades, como una especie de modalidad de CIA implícita, más perfecta que la explícita, en tanto que elimina cualquier etapa intermedia (y sobre todo desde el punto de vista de los particulares). No obstante, como ha puesto de relieve E. Rodríguez Gayán, desde la perspectiva del Registro civil español, sería conveniente, por cuestiones de seguridad jurídica, que se acumulase en el Convenio de Patrás la obligación del Encargado del Registro civil que expide un libro de familia internacional o que realiza una nueva inscripción en el

³⁰⁹ Aunque el Convenio de Patrás recoja la denominación de «libros de estado civil», el Convenio utiliza este concepto en el sentido de libro de familia (*vid.*, E. Rodríguez Gayán, «Convenio de Patrás...», *cit.*, p. 740; *id.*, *Derecho Registral...*, *cit.*, pp. 75-76).

³¹⁰ Mientras el primero unifica reglas de forma de Derecho interno (los libros de familia de los Derechos internos desaparecen), el segundo, menos ambiciosamente, opta por el método del simple reconocimiento entre los Estados parte de los libros de estado civil (o libros de familia) nacionales, y la técnica de la cooperación interregistral (*vid.*, J. M. Bischoff, «Harmonisation...», *cit.*, pp. 125-126).

³¹¹ *Vid.*, art. 4 del Convenio de Patrás. Al respecto, *vid.*, B. Ancel, «Le bilan...», *cit.*, p. 165.

mismo, de comunicarlo al Estado interesado, ya que de este modo se evitaría que pudieran constar hechos y actos que afecten a españoles en un libro de familia, que no tienen reflejo en el Registro civil español³¹².

c) Breve referencia a la situación española respecto a la colaboración interregistral

La posición de España con respecto a la labor de la CIEC en el ámbito de la colaboración interregistral, como se ha comprobado, ha mejorado sensiblemente en los últimos años. Junto a la incorporación de nuestro país a los nuevos Convenios que favorecen los intercambios registrales en el marco de una cooperación formalista, el jalón esencial en este proceso ha venido constituido por la entrada en vigor del Convenio de CIA de Estambul y de su Protocolo Adicional en 1994, aunque todavía reste en este ámbito de intercambio de información, la adhesión al Convenio nº 8 en materia de nacionalidad (pendiente, como se ha visto, de la aprobación de su Protocolo). El Convenio de Patrás, del que nuestro país también forma parte, supone un avance cualitativo muy importante respecto al Convenio de 1974, en su objetivo de eliminar las fronteras estableciendo una especie de Registro móvil entre los Estados, a través de la técnica de la equivalencia funcional de las autoridades, aunque no exento por ello de problemas de adaptación respecto a nuestro Derecho registral interno. A pesar de estas insuficiencias y deficiencias, el balance de la posición española en el ámbito multilateral de la cooperación interregistral en general, y en el de la CIA, en particular, merece en líneas generales un juicio positivo. No obstante, quizás la materia relativa al acceso registral imponga en este momento, y antes de seguir avanzando en la cooperación entre autoridades, incidir en la cooperación legislativa entre los Estados miembros de la CIEC³¹³.

Junto a los avances obtenidos en el marco de la CIEC, también debe hacerse referencia a los tímidos resultados alcanzados en esta modalidad de cooperación internacional entre autoridades en el marco de nuestro Derecho convencional bilateral.

³¹² Vid. E. Rodríguez Gayán, «Convenio de Patrás...», *cit.*, p. 742.

³¹³ Puede verse esta idea implícita en E. Rodríguez Gayán, «La cooperación internacional...», *cit.*, pp. 198-199; *id.*, *Derecho registral...*, *cit.*, p. 79.

En este ámbito, deben citarse dos Convenios bilaterales de CIA. En primer lugar, el Convenio entre España e Italia de 10 de octubre de 1983, sobre intercambio de documentación en materia de Registro civil y dispensa de legalización de ciertos documentos³¹⁴. Texto que recoge el intercambio de documentación entre los respectivos Encargados del Registro civil de cada uno de los dos Estados y la mutua expedición de certificados del Registro civil. En segundo lugar, el Canje de Notas entre España y la URSS de 24 de febrero de 1984 sobre supresión de legalizaciones y expedición de certificados del Registro civil³¹⁵. Este texto, presenta a diferencia del primero, un alcance más limitado en la CIA, ya que la cooperación internacional queda reducida principalmente a una cooperación de carácter formalista, incorporando sólo un intercambio de información vía diplomática.

Estos avances bilaterales en la CIA deben ser acogidos positivamente, y sobre todo con relación a la Federación Rusa, al no ser Estado parte de la CIEC. De *lege ferenda* la experiencia con este país debería ser ampliada, insistiendo en el contenido de la cooperación, con relación a otros Estados, y sobre todo si se advierte que en los supuestos en que no resulte aplicable régimen convencional alguno, continua rigiendo nuestro Derecho autónomo, recogido en el art. 96 del RRC, que una vez más, en materia de cooperación internacional entre autoridades, al igual que en el marco de la cooperación procesal internacional, continúa rigiéndose por el criticado principio de reciprocidad³¹⁶.

D) Otras modalidades de CIA conectadas a la cooperación judicial

Existen ciertas manifestaciones clásicas de CIA cuya inclusión en las categorías tradicionalmente distinguidas (cooperación judicial *versus* cooperación administrativa) resulta cuestionable y, de *lege ferenda*, incluso con algunas respuestas legislativas, se viene sosteniendo por la doctrina la exportación de esta técnica a la

³¹⁴ BOE de 24 de mayo de 1986.

³¹⁵ BOE de 18 de abril de 1985.

³¹⁶ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo (*Derecho internacional privado, cit.*, p. 385), añaden que la reciprocidad debería al menos operar de forma positiva, para proceder a prestar el auxilio por analogía no sólo cuando exista reciprocidad, sino también cuando ésta se ofrezca.

regulación de otras cuestiones, que no siempre pueden ser vinculadas al proceso judicial³¹⁷.

Entre las primeras se encuentra principalmente la comunicación de actos extrajudiciales, entendiéndose por tales todas aquellas notificaciones de actos que no están vinculados a un proceso judicial (por tanto, no pueden englobarse en la categoría de cooperación judicial), pero que requieren la intervención de una autoridad (principalmente, las notificaciones realizadas por un fedatario público, por lo general, un notario, mediante acta de notificación o de requerimiento)³¹⁸. Respecto a estas comunicaciones extrajudiciales, a pesar de la ausencia de criterios legislativos claros al respecto, la doctrina interpreta que se benefician del régimen de asistencia judicial internacional previsto en la mayoría de los textos relativos a la cooperación procesal civil internacional, en tanto que éstos explícita o implícitamente extienden el sistema de comunicación previsto para el traslado internacional de documentos judiciales también al traslado de los documentos extrajudiciales³¹⁹. Así, pueden citarse, *ad. ex.*, implícitamente, los arts. 1 a 7 del Convenio de La Haya de 1954 sobre procedimiento civil, mediante una asimilación explícita, art. 17 del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial; y, en la misma línea explícita, art. 16 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil³²⁰. También en algunos Convenios bilaterales se produce

³¹⁷ Debe reiterarse que quedan excluidas de estas modalidades de CIA, aquéllas que operan con gran intensidad en algunos ámbitos del Derecho Público, como la CIA en el marco penal, en general, y en particular, en el seno de la Unión Europea (*vid.*, respecto de estas nuevas modalidades de CIA en ámbitos específicos del Derecho público, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, pp. 356-380).

³¹⁸ *Vid.*, J. Pérez Milla, *La notificación judicial internacional*, *cit.*, p. 43. Ejemplos de actos extrajudiciales no vinculados al proceso pueden ser un protesto notarial, ejecución extrajudicial de hipoteca, solicitud de pago, rescisión de un contrato de arrendamiento etc.

³¹⁹ La cuestión, en realidad, radica en determinar que se entiende por «actos o documentos extrajudiciales». La doctrina más autorizada entiende que, a pesar de la ausencia de criterios legislativos específicos, el carácter judicial o extrajudicial es independiente de la naturaleza pública o privada de quienes cumplimentan el acto, siendo el objeto de la cooperación el único criterio relevante en su clasificación. De este modo, se trataría de «documentos judiciales» todos aquellos en relación con un proceso, y «documentos extrajudiciales» los destinados a producir efectos fuera de todo proceso emprendido delante de una jurisdicción (*vid.*, O. Capatina, «L'entraide judiciaire...», *cit.*, pp. 347-348).

³²⁰ Antes del nuevo Reglamento (CE) 1348/2000, en el ámbito comunitario, *vid.*, especialmente, en la doctrina española, J. M. Sánchez Felipe, «Las notificaciones extrajudiciales en los Convenios de

esta extensión o se contienen disposiciones específicas: *ad ex.*, con Gran Bretaña (arts. 2 a 6); Italia (art. 4); Checoslovaquia (art. 13); China (art. 2); Bulgaria (art. 7 a 10); Federación Rusa (art. 5); Marruecos (arts. 6 y 7).

En defecto de régimen convencional aplicable, el Derecho autónomo español presenta una importante laguna con relación a la CIA en el ámbito extrajudicial, que deberá integrarse aplicando los principios y requisitos generales de nuestro Derecho interno³²¹ (*ad. ex.*, art. 35 de la Ley del Notariado, que prevé que las comisiones rogatorias extrajudiciales, de carácter civil o mercantil, que tengan por objeto la notificación o entrega de documentos, podrán practicarse notarialmente en los términos que reglamentariamente se establezcan³²², o el citado art. 96 RRC).

Entre las segundas modalidades de CIA, sostenidas de *lege ferenda* desde hace años por la doctrina, se encuentra el ámbito del proceso arbitral y las medidas cautelares. Respecto al proceso arbitral, algunos autores han defendido la exportación a este marco de la técnica de la CIA prevista en determinados sectores de la cooperación procesal internacional³²³. En este sentido, y deseando reducir en la medida de lo posible las interferencias del poder judicial en el proceso arbitral³²⁴, se

Bruselas y de Lugano. Art. 20 en relación con el art. 50», en A. Borrás (Ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988...*, cit., pp. 419-425. La inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario de documentos extrajudiciales en el sentido expuesto se refleja claramente en el informe explicativo al Convenio de 1997, donde se recoge que éstos se relacionan con «documentos redactados por un funcionario ministerial, tales como actas notariales o de agente judicial, o documentos establecidos por una autoridad del Estado miembro, o bien documentos que por su naturaleza e importancia justifican ser transmitidos y comunicados a sus destinatarios según un procedimiento oficial (*vid.*, «Rapport explicatif...», cit., p. 28); *vid.*, posteriormente, «Decisión de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001, por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil», DO L 298, de 15 de noviembre de 2001.

³²¹ *Vid.*, en este sentido, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, cit., pp. 384-385.

³²² Redactado según la Disp. Adicional de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de Reforma del C.c. en materia de nacionalidad (BOE, 18 de diciembre de 1990).

³²³ *Vid.*, en nuestra doctrina, *amplius*, I. García Velasco, «Arbitraje comercial y cooperación jurídica internacional», *El arbitraje internacional*, Zaragoza, Secret. Public. Univ., 1989, pp. 189-242, esp. pp. 212-240.

³²⁴ Objetivo que se deduce del Preámbulo de la Ley 36/ 1988 de arbitraje, pero sin que deba olvidarse que la colaboración de los órganos jurisdiccionales estatales y los árbitros puede ser en ocasiones no sólo necesaria, sino deseable para una buena administración de la justicia privada (*ad. ex.*, respecto a la adopción de medidas cautelares que aseguren la efectividad del arbitraje). Sobre esta modalidad de CIA entre jueces y árbitros en las diferentes fases del proceso arbitral, puede verse, en nuestra doctrina, C. Esplugues Mota, «El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional», en J. C. Fernández Rozas

sostiene la conveniencia de utilizar la cooperación internacional entre los tribunales arbitrales y las respectivas autoridades extranjeras competentes, en aquellos procesos en que sea necesario la obtención de pruebas en un Estado distinto al que se desarrolla el proceso arbitral.³²⁵ Por otro lado, también desde hace años se viene cuestionando en la doctrina la oportunidad de utilizar los mecanismos de colaboración entre autoridades con el fin de obtener la eficacia extraterritorial de las medidas cautelares, en detrimento del expediente clásico hasta ahora arbitrado, es decir, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales³²⁶. Los tribunales y, en ocasiones, con traslaciones legislativas, han desarrollado ciertos mecanismos de asistencia entre autoridades para adoptar la regulación existente en el contexto de las medidas cautelares a las necesidades de cooperación. Sin embargo, los avances en esta dirección continúan siendo escasos y limitados, debido fundamentalmente a las enormes divergencias existentes entre los sistemas nacionales en cuanto a la regulación de las medidas cautelares, integrada en sus respectivos sistemas de reconocimiento y ejecución³²⁷.

Si bien la posible articulación de las medidas cautelares mediante la técnica de la CIA se incluiría pacíficamente en el marco de la cooperación judicial, no ocurre igual con las materias relativas a las notificaciones extrajudiciales y, en su caso, al proceso arbitral. Estas modalidades de CIA *stricto sensu*, en atención a su objeto, no podrían englobarse en la categoría de cooperación judicial, puesto que no se encuentran destinadas a producir efectos en un proceso judicial. En todo caso, se podrían conectar o vincular con la cooperación judicial en tanto que, en definitiva, únicamente exportan o tratan de exportar las técnicas de cooperación judicial al

(Dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado...*, cit., pp. 14-57, esp. pp. 23-57.

³²⁵ I. García de Velasco (Arbitraje internacional..., cit., pp. 212-240) realiza un pormenorizado estudio sobre la conveniencia de exportar la CIA judicial en sus distintos sectores (notificaciones, obtención de pruebas en el extranjero, e información sobre el Derecho extranjero) al campo del proceso arbitral. El autor llega a la conclusión que sólo sería conveniente trasladar la técnica de la CIA judicial respecto a la obtención de pruebas en el extranjero.

³²⁶ Defienden la CIA en detrimento del reconocimiento y ejecución en esta materia, entre otros, en nuestra doctrina, V. Cortés Domínguez, *Derecho procesal...*, cit., pp. 124-125; M. de Angulo Rodríguez, *Lecciones...*, cit., p. 69; F. J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 134.

³²⁷ Sobre las diferencias de reglamentación y posibles formas de cooperación, *vid.*, *amplius*, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», cit., pp. 156-200.

ámbito de las notificaciones extrajudiciales y al proceso arbitral, sin modificar su esencia.

La imposibilidad de incluir pacíficamente estas dos últimas modalidades de CIA en la dicotomía clásica de cooperación judicial *versus* cooperación administrativa anuncia o pone de relieve, como se anunciaba al principio, la quiebra de la clasificación tradicional de la CIA para englobar todas las modalidades de CIA actuales en nuestra disciplina. Esta ruptura, sin embargo, se hace realmente patente cuando la CIA comienza a incorporarse en la reglamentación de materias o situaciones privadas internacionales particulares, alterando su naturaleza clásica, y orientada directamente a los objetivos de los respectivos procedimientos en los que se incorpora.

E) Hacia las nuevas modalidades de CIA: CIA y DIPr.

Después de este recorrido por las distintas modalidades de CIA clásica en el seno del DIPr., puede afirmarse que la CIA clásica ha experimentado un cierto ensanchamiento objetivo. Pero junto a este proceso de ampliación, que tampoco es tan relevante, sí llama la atención como ésta, desde su concepción clásica, atraviesa actualmente un proceso de crisis con relación al contenido del DIPr. La CIA clásica se enfrenta, por tanto, a un doble proceso de signo contrario, uno de crisis, y otro de expansión.

Puede observarse que la CIA clásica experimenta un momento de crisis respecto al contenido del DIPr., si se analiza desde el prisma en el que tradicionalmente ha sido estudiada, es decir, desde el ámbito del Derecho procesal civil internacional³²⁸. La CIA ha encontrado su sede natural de estudio en el seno de la cooperación procesal internacional, y mientras se mantuvo científicamente la categoría de Derecho procesal civil internacional era aceptado de manera más o menos unánime que la CIA representaba un sector o conjunto de problemas dentro de aquél.³²⁹ Hoy día, este

³²⁸ Sobre la crisis del concepto de Derecho procesal civil internacional, *vid.*, en general, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción...*, *cit.*, pp. 38-39; en particular con relación a la CIA, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, pp. 232-233.

³²⁹ Así se planteaba en las obras tradicionales de la doctrina española dedicadas al Derecho procesal civil internacional (*vid. ad. ex.*, J. D. González Campos y R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho*

planteamiento ya no puede sostenerse, ya que con independencia de la posición que se adopte en torno al contenido del DIPr.³³⁰, parece que nadie duda que los sectores de la competencia judicial internacional y de la eficacia extraterritorial de decisiones poseen tal autonomía científica, que es imposible seguir defendiendo la unidad intrínseca del Derecho procesal civil internacional³³¹. Como consecuencia de esta fragmentación, la CIA ha perdido su encaje o sede natural de análisis, y surge la duda en torno a su consideración con relación al contenido del DIPr.

Junto a este proceso de crisis, la CIA en su concepción clásica, como se ha verificado, amplía significativamente su objeto, separándose de su tradicional visión limitada al proceso judicial. De un lado, el modelo y las técnicas de CIA utilizadas en la cooperación judicial se exportan a sectores cercanos, pero distintos al proceso judicial como son las comunicaciones extrajudiciales. Esta traslación se reivindica, además, al ámbito del proceso arbitral, respecto a la obtención de pruebas en el extranjero, y a la regulación de las medidas cautelares. De otro lado, con relación a la CIA en su vertiente administrativa, su principal campo de acción continúa siendo el Registro civil, aunque también se ha comprobado una importante evolución en su sede, tanto respecto a las materias que son objeto de CIA, como respecto a las técnicas arbitradas. A pesar de esta visible ampliación de la CIA clásica, como antes se apuntaba, no son las nuevas manifestaciones de CIA clásicas las que obligan a reflexionar sobre el proceso de expansión que experimenta la CIA en el DIPr. de nuestros días. Es cierto que las técnicas de CIA clásicas han evolucionado, pero no hay muchas más nuevas modalidades, se trata sólo de progresar en las ya existentes, y analizar la oportunidad de su exportación a ámbitos cercanos. En realidad las manifestaciones de CIA que permiten afirmar como característica del actual DIPr. el proceso de expansión de la CIA, y que obligan a reflexionar sobre su alcance en el

procesal..., cit., pp. 131-146; M. de Angulo Rodríguez, *Lecciones de Derecho procesal...*, cit., pp. 69-78, I. Szászy, *International Civil...*, cit., pp. 643-665).

³³⁰ En este trabajo, como se ha apuntado, se sostiene la conocida concepción tripartita o intermedia del DIPr., aunque es conocida por todos su no aceptación unánime (*vid.*, sobre las posturas actuales con relación al contenido del DIPr., J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, cit., pp. 42-45).

³³¹ Aparte que en el tradicional sector del Derecho procesal civil internacional existen cuestiones de Derecho de extranjería y de Derecho aplicable (*vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, cit., p. 45; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción...*, cit., pp. 38-39).

seno de la disciplina, son las nuevas modalidades de CIA que surgen en ámbitos materiales específicos, que tradicionalmente han sido regulados mediante las técnicas clásicas del DIPr., y en donde la CIA aparece alterada respecto a su concepción clásica, y orientada a las particularidades de las materias objeto de regulación.

Entre las manifestaciones de CIA en ámbitos específicos, sin lugar a dudas, el Derecho de familia en general, y en particular, la protección del menor, en cuanto régimen de protección, ha sido de *lege lata* el ámbito material del DIPr. donde la CIA ha experimentado un proceso real y significativo de expansión en las últimas décadas. La protección internacional del menor (e íntimamente relacionado con el mismo la prestación de alimentos, en tanto régimen de protección también específico, que además afecta fundamentalmente a menores) se erige como el primer ámbito material del DIPr. que desde hace años y de manera progresiva acude a técnicas de CIA en su reglamentación, en paralelo o en detrimento de los expedientes clásicos de DIPr., que anteriormente habían sido utilizados en su reglamentación. De ahí que, por tanto, la reglamentación de la protección del menor se ofrezca como el ámbito material más idóneo, o «banco de pruebas» más adecuado, para analizar el alcance de la CIA en nuestra disciplina.³³²

La exportación de la CIA clásica a ámbitos cercanos, su utilización en otros nuevos, desplazando en apariencia el protagonismo de los métodos clásicos de DIPr, unido todo ello a la fragmentación científica de la categoría de Derecho procesal civil internacional (que impide seguir considerando la CIA en su sede), a mi juicio, parece que no sólo hace plantear de nuevo la naturaleza jurídica de la cooperación internacional en nuestra disciplina, sino que obliga a reflexionar sobre el sentido y alcance de la CIA en el DIPr. de nuestros días. Ahora bien, si se está en presencia de un nuevo sector autónomo del DIPr., o por el contrario puede encontrar su sede en

³³² Junto a la protección del menor (o desde una perspectiva amplia, el Derecho de familia donde también tendría cabida la reciente CIA en la protección internacional de los adultos), los procedimientos de insolvencia serían la otra gran materia que desde hace años reclama y acude a la CIA de una manera específica e independiente al proceso judicial en general. Los avances de la CIA en este ámbito, que desde luego responden a una justificación completamente distinta al recurso de la CIA en materia de protección de menores, y que reclaman actividades o procedimientos de CIA específicos, pueden considerarse hasta el momento muy tímidos, y prueba de ello es el reciente Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo sobre procedimientos de insolvencia (*vid., amplius*, tanto en relación con la CIA en general en la materia, como respecto al limitado alcance del Reglamento comunitario, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, pp. 227-282).

algunas de las estructuras actuales del sistema, bien como parte integrante de algún sector, o bien como técnica puesta al servicio de cada uno de ellos, es una cuestión sobre la que se volverá en el último capítulo, una vez analizados los Convenios de CIA en materia de protección de menores.

II. Marco general de la protección internacional del menor

1. Claves en la evolución de la protección internacional del menor

A) Consideraciones previas

Para comprender la complejidad de la situación del menor en nuestros días, el proceso de publicación que ha experimentado la materia, y explicar a partir de estos datos la exigencia de la cooperación internacional en su ámbito, resulta necesario conocer una serie de factores de distinta naturaleza que explican el gran desarrollo acaecido universalmente en el ámbito de los derechos de los menores durante el siglo XX³³³, así como las transformaciones operadas en el marco jurídico de su protección en general, y en el ámbito del DIPr. en particular.

B) Claves sociológicas

a) Consideraciones previas

Nadie duda actualmente de la importancia de una aproximación sociológica en cualquier trabajo de investigación relativo al DIPr³³⁴. Aprender los datos de la realidad social para analizar y explicar las respuestas que ofrece el DIPr. a un determinado problema de tráfico jurídico externo, se muestra especialmente relevante, en general, en el ámbito del Derecho de familia y, en particular, en el estudio de la protección del menor³³⁵.

³³³ Hasta el punto que el siglo XX es conocido como «el siglo de la infancia» (*vid.*, A. E. von Overbeck, «L'intérêt de l'enfant et l'évolution du Droit international privé de la filiation», *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, 1979, pp. 361-380; M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales del Derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998, pp. 6-7).

³³⁴ *Vid.*, especialmente, J. Déprez, «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques», *R. des. C.*, 1988-IV, t. 211, pp. 11-341, esp. pp. 219-225.

³³⁵ La especial trascendencia de los datos de la realidad social en estos ámbitos materiales, frente a otros sectores más marcados por los conceptos y las tradiciones jurídicas, es una idea de sobra conocida.

En este sentido, la protección del menor va a venir reclamada a la sociedad internacional desde finales del siglo XIX desde diferentes frentes confluyentes de distinta índole (económicos, sociales, demográficos, culturales, religiosos, etc.) y, entre los que cabe destacar, en mi opinión, dos³³⁶. De un lado, las profundas transformaciones socioeconómicas del mundo contemporáneo, que colocan al menor en situación de desprotección y, de otro, posterior en el tiempo, la creciente internacionalización de los conflictos familiares.

b) Transformaciones socioeconómicas del siglo XX

Los importantes movimientos migratorios de familias, derivados de la fuerte crisis de finales del siglo XIX y principios de éste, se tradujo ya en menores abandonados y necesitados de protección. Esta situación se agravaría profundamente en la segunda mitad del siglo XX en el continente europeo tras la inestabilidad general nacida de la II Guerra mundial (incremento de movimientos migratorios, éxodo de poblaciones enteras, aumento del reclutamiento de la mano de obra etc.); situaciones que desembocaron en la separación de muchas familias (iniciándose ya un relajamiento de los vínculos familiares), y en la colocación de los menores en

Puede verse, entre otros, W. E. von Steiger, «La protection des mineurs en Droit international privé», *R. des C.*, 1961-II, t. 112, pp. 473-525, esp. pp. 473-474; D. Mayer, «Évolution du statut de la famille en Droit international privé», *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 447-469, esp. p. 477; en nuestra doctrina, J. M. Espinar Vicente (*El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 321-325), destaca que cualquier cambio introducido por el Derecho en la regulación de la protección del menor, debe ser realizado con enormes cautelas, so riesgo de desconectarse con las demandas sociales reales.

³³⁶ Aunque la conciencia internacional de protección del menor se sitúa en el siglo XX, es importante no olvidar que según muestran los estudios sociopolíticos sobre la infancia, el concepto de menor nace en el siglo XVIII, coincidiendo con la toma de conciencia de la necesidad de su protección (Sobre la génesis de la infancia, puede verse, entre otros, P. Buiette, «Réflexions sur la Convention internationale des droits de l'enfance», *Rev. belge dr. int.*, 1990, 1, vol. XXII, pp. 54-73, esp. pp. 56-61; G. Raymond, *Droit de l'enfance et de l'adolescence. Le droit français est-il conforme a la Convention internationale des droits de l'enfant*, Litec, París, 1995, esp. pp. 3-16; J. Rubellin-Devichi, «Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1996-1, pp. 113-159, esp. pp. 115-119, y las indicaciones bibliográficas allí contenidas). Desde una perspectiva más amplia, sobre la evolución histórica de la protección de la infancia, *vid.*, entre otros, en nuestra doctrina, R. Melia Llacer, «La protección internacional de los Derechos de los niños», *R.G.D.*, 1998, vol. 536, pp. 2907-2928, esp. pp. 2907-2913; M. D. Adam Muñoz, *La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor y su repercusión en el sistema de Derecho internacional privado*, Córdoba, 1996, *Inédito*, pp. 1-13.

situación de desprotección.³³⁷ Sería entonces cuando la mayoría de los Estados europeos comenzaron a elaborar una legislación protectora sobre la infancia abandonada, y se tomó conciencia de la necesidad de transponer esas normas de Derecho interno al Ordenamiento jurídico internacional³³⁸.

Posteriormente, situaciones coyunturales en determinados países van a influir decisivamente en una situación desfavorable hacia la infancia, reforzando la idea de protección de los derechos de los niños a escala internacional. En esta línea, cabe citar, entre otras, la desaparición del régimen comunista, la explotación de menores en los países subdesarrollados³³⁹, los regímenes dictatoriales en Latinoamérica, África y Asia, o los conflictos bélicos de la Europa del Este y África en las últimas décadas. Fenómenos todos ellos que vuelven a desembocar en nuevas corrientes de emigración de países pobres a países ricos, rupturas de familias y colocación de menores en situaciones precarias.

c) Internacionalización de los conflictos familiares

Junto a estos factores, que obligan a la sociedad internacional a tomar conciencia de la necesidad de una protección especial hacia sus menores, debe destacarse un dato sociológico relevante que explica la internacionalización de la condición del niño, y la exigencia de su protección en este marco: la internacionalización de los conflictos familiares³⁴⁰. En este sentido, el importante

³³⁷ Sobre la inestabilidad social del siglo XX y su influencia en la protección internacional de los menores, *vid.*, W. E. von Steiger, «La protection...», *cit.*, pp. 498-499; M. Simon Depitre, «La protection des mineurs en Droit international privé après l'arrêt Boll de la Cour internationale de justice», *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1960-1962, pp. 109-138, esp. pp. 112-113; J. M. Castro-Rial Canosa, «El Convenio de La Haya sobre protección de menores. IX Conferencia de Derecho Internacional privado», *R.E.D.I.*, 1961, vol. XIV, pp. 11-45, esp. p. 19; R. Melia Llacer, «La protección...», *cit.*, pp. 2913-2915.

³³⁸ *Vid.*, J. L. Clergerie, «L'adoption d'une Convention internationale sur les droits de l'enfant», *Rev. dr. public.*, 1990, 2, pp. 435-451, esp. p. 439.

³³⁹ *Ad. ex.*, respecto a los menores latinoamericanos, *vid.*, M. Cristina Salazar, «Explotación económica y educación del niño en América Latina», M. A. Verdugo y V. Soler-Salas (Eds.), *La Convención de los Derechos del niño hacia el siglo XXI*, Ediciones Universidad Salamanca, 1996, pp. 175-187.

³⁴⁰ En general, sobre la internacionalización del DIPr. de familia contemporáneo, *vid.*, entre otros, I. Barrière-Brousse, «L'enfant et les conventions internationales», *Journ. dr. int.*, 1996, pp. 843-888; Y.

aumento de matrimonios mixtos en las últimas décadas, como consecuencia en general del aumento cuantitativo y cualitativo de las situaciones de tráfico jurídico externo³⁴¹, unido a la relajación del vínculo conyugal, aumento incesante de separaciones y de divorcios³⁴², va a desembocar en un número cada vez mayor de conflictos familiares que presentan elementos de internacionalidad³⁴³. Conflictos familiares que se ven agravados seriamente por el señalado conflicto de civilizaciones³⁴⁴, afectando especialmente a los hijos comunes del vínculo roto (ya sea de Derecho o de hecho), y desembocando no sólo en el espectacular fenómeno de la sustracción internacional de los menores³⁴⁵, sino también, en todos los problemas relativos a la satisfacción a dichos menores de sus respectivos derechos alimenticios, por el progenitor o persona obligada.

En conclusión, las transformaciones económicas operadas en la sociedad internacional, y la internacionalización de los conflictos familiares van a influir

Lequette, «Le droit international privé de la famille à la épreuve des conventions internationales», *R. des C.*, 1994-II, t. 246, pp. 13-233.

³⁴¹ Fenómeno que debe su existencia básicamente a tres factores: el incremento de los movimientos internacionales de trabajadores, los desplazamientos derivados de la sociedad de ocio, y la globalización de la economía (*vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 16-17).

³⁴² *Vid.*, W. E. von Steiger, «La protection...», *cit.*, p. 499; F. Dekeuwer-Defossez, «Reflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, 2, pp. 249-270, esp., pp. 255-258). Además, debe tenerse presente que sociológicamente los matrimonios mixtos tienen un índice de litigiosidad mayor que los matrimonios internos: el número de separaciones y de divorcios es mayor. Dato que se explica fundamentalmente, aunque no sólo, por el axioma ya clásico de detrás de un matrimonio mixto hay no sólo un conflicto de leyes, sino también un conflicto de civilizaciones.

³⁴³ Sobre la internacionalización de los conflictos familiares en general puede consultarse, B. Sturlèse, «Elaboration et mise en oeuvre des instruments relatifs à la protection des mineurs», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1991, pp. 280-284; D. Henrich, «Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends», N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers*, 1996, Kluwer, Netherland, pp. 41-51.

³⁴⁴ El derecho de familia, en general, es el sector del DIPr. donde efectivamente mayor trascendencia presentan los conocidos «conflictos de civilizaciones», entendiéndose por tales, las divergencias de regulación de carácter estructural que se aprecian entre sistemas jurídicos con concepciones contrapuestas inspiradas en valores fundamentales diferentes (*vid.*, en general, *amplius*, J. Déprez, «Droit international privé et conflits de civilisations...», *cit.*, pp. 9-341; E. Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *R. des C.*, 1995-II, t. 251, pp. 9-268; *id.*, «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, núm. 2, pp. 295-304; en nuestra doctrina, A. Quiñones Escámez, «El estatuto personal...», *cit.*, pp. 181-194.

³⁴⁵ *Vid.*, entre otros, una dimensión sociológica del fenómeno de la sustracción internacional de menores, P. P. Miralles Sangro, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, 1989, pp. 17-21; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas del secuestro internacional de menores», *A.C.*, 1998, núm. 21, pp. 2207-2221.

decisivamente en el desarrollo internacional de los derechos del niño durante el siglo XX, y como se comprobará, en la regulación de la protección del menor desde el prisma del DIPr. aunque, en realidad, el dato que va a marcar la evolución de esos derechos va a ser el *status* que el menor va adquiriendo en el seno de la familia y de la sociedad, como consecuencia de las transformaciones jurídico-políticas acaecidas en su entorno³⁴⁶.

C) Claves jurídico-políticas

a) La progresiva intervención estatal

La acentuación de la idea de la responsabilidad pública en la protección del menor puede (y debe) explicarse desde el fenómeno más amplio del paso del Estado liberal del siglo XIX, al Estado social y democrático del siglo XX³⁴⁷. El siglo XIX, como es sabido, se caracterizó por el principio de no intervencionismo estatal, el Estado se concebía sólo como un guardián del orden público y, consecuentemente, el papel del Derecho se limitaba a ofrecer a través del Estado un marco de interacción formal en el que la sociedad podría vivir su propia dinámica espontánea³⁴⁸. El sistema social ha tenido que desarrollar, durante el siglo XX, instituciones y mecanismos de intervención de índole público, destinados a corregir los desequilibrios generados por el funcionamiento espontáneo de los sistemas sociales primarios. De este modo, el Estado por medio del Derecho fija cuáles son los valores e intereses que deben orientar las relaciones sociales, y con el fin de asegurarlos, procede a regular lo que

³⁴⁶ *Vid.*, P. Buirette, «Réflexions sur la Convention...», *cit.*, p. 61.

³⁴⁷ *Vid.*, esta orientación, entre otros, E. Zamora Chavarría y U. Calvento Solari, «Nuevas corrientes en la legislación de menores. Derecho internacional de la infancia», Ponencia presentada en el Congreso Internacional de educación infantil, Aspectos Jurídicos y Sociales (*Inédita*), Madrid, 1990, pp. 91-98, esp. pp. 94-96; M. Calvo García, «La protección del menor y sus Derechos», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas*, oct. 1993-marzo 1994, pp. 177-199, esp. 179-185; L. L. Hierro, «Los Derechos de la infancia. Razones para una ley», *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, t. IV, Civitas, 1996, Madrid, pp. 5473-5491, esp. pp. 5473-5482; G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional de menores: Régimen jurídico*, Comares, 2000, esp. pp. 1-6. Desde una perspectiva más amplia, como justificación de la crisis del estatuto personal en DIPr., puede verse, H. Batiffol, «Una crisis del Estatuto personal», *Cuadernos de la Cátedra Dr. James B. Scott*, Universidad de Valladolid, 1968, pp. 7-72.

³⁴⁸ *Vid.*, M. Calvo García, «La protección del menor...», *cit.*, pp. 179-180.

hasta ese momento era un marco privado de relaciones³⁴⁹. Esta evolución se hace especialmente patente en el ámbito de los derechos en general. Actualmente, el Estado no se limita a reconocer y proteger los derechos civiles y políticos de los individuos, como se desprende de las declaraciones de derechos de finales del siglo XIX y principios del XX, sino que a través de los denominados derechos civiles, económicos y culturales (incorporados en las modernas constituciones y en los Convenios internacionales), y el reconocimiento de una función promocional del Estado en la realización de dichos derechos (*ad. ex.*, art. 39.2 CE), los poderes públicos tienen la obligación de intervenir activamente para hacer efectivo el ejercicio de esos derechos³⁵⁰.

El desarrollo internacional de los derechos del niño, en consonancia con estas transformaciones, refleja una clara tendencia hacia la acentuación de la responsabilidad estatal en la protección y promoción de los derechos del menor. Desde una primera fase de protección del menor en el seno del núcleo familiar, sin posible intervención del Estado en dicho ámbito, y en la que no existían derechos del menor³⁵¹, se pasaría a una segunda etapa, correspondiente al avance de las ideas igualitarias del siglo XIX, en donde el Estado protege esencialmente a la familia como núcleo social básico, pero comienza a asegurar ya un mínimo de derechos a la infancia, convirtiendo al menor en sujeto de derechos, cuya plasmación positiva legitiman al Estado a intervenir en supuestos excepcionales, hasta llegar progresivamente al estado actual de la cuestión en el siglo XX, donde los Estados asumen la obligación constitucional o convencional de proteger al menor en cuanto

³⁴⁹ Sobre ambos modelos en la actual construcción del Derecho y sus exigencias en la regulación del tráfico jurídico externo, *vid.*, J. M. Espinar Vicente, *Teoría General del Derecho internacional privado*, Monografías de Derecho Internacional privado, vol. I, Universidad de Alcalá, 2000, esp., pp. 79-81.

³⁵⁰ Esta evolución general en el marco de los derechos humanos se constata en la propia evolución de los términos empleados en su formulación. De este modo, en las Declaraciones de Derechos y Constituciones del siglo XIX (*ad. ex.*, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) se empleaban términos como garantizar, proteger o no prohibir, por el contrario en las modernas Constituciones se incorporan expresiones como promover o fomentar (*ad. ex.*, arts. 40, 44, 51CE).

³⁵¹ En esta etapa del siglo XIX, el menor queda sometido a la autoridad parental en razón de su condición de descendiente y no de menor. Aunque se comience a reconocer la dignidad del individuo frente al Estado, esta afirmación se predica únicamente respecto al individuo propietario-varón-adulto. El Estado, por mediación del juez, no puede intervenir nunca para limitar la autoridad parental y no existe jamás una tutela pública de los menores abandonados (*vid.*, respecto a esta primera fase de protección del menor en el núcleo familiar bajo la autoridad parental, entre otros, P. Buirette, «Réflexions sur la la Convention...», *cit.*, pp. 58-59; L. L. Hierro, «Los derechos de la infancia...», *cit.*, pp. 5476-5477).

portador de un interés digno de especial protección y titular de derechos, comprometiéndose a promover la realización efectiva de éstos³⁵². Esta evolución en el marco de la protección del menor se traduce en lo que se ha denominado «nueva dimensión de la función tutelar del Estado en materia de menores»³⁵³ o «estatalización de la condición del menor»³⁵⁴. Desde esta nueva concepción, la intervención del Estado no se limita sólo a proteger al menor como objeto especial de protección en situaciones anómalas, sino que se compromete a adoptar una política activa en su entera protección, adoptando las medidas necesarias para el desarrollo de su personalidad y una función más ampliamente promocional³⁵⁵.

Por otra parte, debe dejarse constancia, que esta acentuación de la responsabilidad estatal en materia de protección de menores, no choca en modo alguno con las orientaciones doctrinales postmodernas, que ponen el acento en la reprivatización del DIPr., ya que como ha sido resaltado por nuestra doctrina, un DIPr. despolitizado (es decir, que pone el acento en las relaciones privadas internacionales como eje del objeto de DIPr, huyendo del concepto de soberanía estatal), no significa un DIPr. desmaterializado, y la protección del menor es un valor que exige dicha materialización³⁵⁶.

³⁵² Sobre las funciones promocionales del Derecho puede verse, en general, N. Bobbio, «La función promocional del Derecho», A. Ruíz Miguel (Ed.), *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, 1980, pp. 367-382.

³⁵³ *Vid.*, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento de menores y la delegación de la patria potestad en el Derecho internacional privado español*, tesis doctoral, Jaén, 1998, pp. 155-156.

³⁵⁴ *Vid.*, B. Surlèse, «Elaboration et mise en oeuvre...», *cit.*, p. 281.

³⁵⁵ El Estado, de este modo, no interviene solo subsidiariamente en los supuestos de suspensión, privación, extinción o inexistencia de la patria potestad (como medio de protección del menor prioritario), sino que extiende su protección a los menores que se encuentran en el seno de la familia, garantizando el respeto a sus derechos en cada situación que les afecten, y sobre todo en las derivadas de crisis matrimoniales. Este nuevo sistema de protección del menor no debe interpretarse en el sentido de exclusión de la órbita familiar del mismo, sino que al contrario debe entenderse como un sistema mixto, integrado y global en el que los menores no incumben solo a la familia sino a toda la sociedad (*vid.*, en general, esta dimensión, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La protección del menor en Derecho internacional privado», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 33-46, esp. pp. 34-37).

³⁵⁶ *Vid.*, especialmente, en nuestra doctrina, S. A. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *cit.*, pp. 566-576. La asunción por el Estado de la obligación de proteger y promover determinados valores e intereses constitucionales (en este caso, protección del menor) no va en contra de la reprivatización del DIPr., sino que muy al contrario debe incorporarse al discurso del DIPr., siempre entendiendo que se orienta a la realización de los intereses privados y no a la consecución de la soberanía estatal.

b) La interrelación entre Derecho público y Derecho privado

Esta progresiva intervención del Estado en la protección del menor va a justificar la presencia cada vez más frecuente de la intervención de autoridades públicas, no sólo judiciales, sino también administrativas, en su protección y, consecuentemente, la proliferación de elementos de Derecho público en las regulaciones internas, y por ende, internacionales, relativas a dicha protección³⁵⁷.

Como apuntó W. E. von Steiger en los años sesenta, puede afirmarse que la evolución de la protección de los menores se caracteriza en el siglo XX por un desplazamiento de la *sedes materiae* del Derecho de familia hacia el Derecho público³⁵⁸. En efecto, ya ha sido destacado por la doctrina más autorizada, como la protección internacional de los menores se encuadra en una de esas conocidas «zonas grises», en la que resulta cada día más difícil delimitar hasta donde llega el predominio de la intervención del Derecho público y del Derecho privado³⁵⁹.

Esta progresiva relación entre los ámbitos públicos y privados en la protección internacional del menor, que debe entenderse así, en términos de interrelación y no de delimitación, va a plantear interesantes cuestiones trasladada al ámbito del DIPr. La incidencia pública en la materia ya en su día no sólo exigió abandonar los esquemas clásicos de protección del menor en nuestra disciplina³⁶⁰, sino que obligó a cuestionarse si las cuestiones relativas a la protección internacional del menor

³⁵⁷ Para una visión general de la concurrencia de sectores del Ordenamiento jurídico español en la protección del menor, *vid.*, L. Tolivar Alas, «Aspectos jurídicos-administrativos de la protección del menores», *R.A.P.*, núm 124, 1991, pp. 35-63.

³⁵⁸ *Vid.*, W. E. von Steiger, «La protection...», *cit.*, pp. 476-477.

³⁵⁹ *Vid.*, entre otros, M. Simon Depitre, «La protection...», *cit.*, pp. 109-111; Y. Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapable*, Dalloz, 1976, esp. pp. 3-7, 148-151. En nuestra doctrina, P. P. Miralles Sangro, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España...*, *cit.*, pp. 77-78; *id.*, «La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño», *A.C.*, 1991-3, pp. 525-538, esp. pp. 527-528; B. Cass, «The limits of the public/private dichotomy: a comment on Coady & Coady», *Int. Journ. of Law and the Family* 6, 1992, pp. 140-147. En nuestro días se constata una nueva dimensión de esta interrelación entre lo público y lo privado, ya que como consecuencia del fenómeno general de privatización de la gestión estatal, en algunos Derechos internos se abren nuevas posibilidades o vías de intervención de los particulares en la administración y gestión de los mecanismos de tutela [sobre esta nueva dialéctica público y privado en la protección del menor, *vid.*, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento...* (tesis doctoral), *cit.*, pp. 156-157].

³⁶⁰ En materia de protección de menores en el ámbito del DIPr., como es sabido, existe un antes y un después al famoso «*caso Boll*» (resuelto por la Sentencia del TIJ, de 28 de noviembre de 1958, *Recueil CIJ*, 1958, pp. 55-62).

pertenecían aún al DIPr. concebido en su sentido tradicional³⁶¹, y actualmente, nadie duda que dicha intervención pública es precisamente la causa que explica la evolución en la reglamentación del menor, desde el prisma del DIPr., hacia el sistema de CIA.

c) La tendencia hacia el individualismo de los derechos

Otro de los factores que decisivamente han contribuido al proceso de desarrollo de los derechos del menor en el siglo XX, y que explican la evolución de su tratamiento desde la óptica del DIPr., ha sido la tendencia jurídico-política a la promoción de los derechos de los miembros que componen el núcleo familiar, frente a la protección de la familia concebida como grupo social³⁶². Con este desplazamiento del familismo del siglo XIX hacia el individualismo del siglo XX³⁶³, los derechos de la familia van a ceder progresivamente a favor de los derechos del menor o los derechos de la mujer durante dicha centuria³⁶⁴. Sin embargo, el problema se plantea cuando esta tendencia, que se refleja claramente en las modernas Constituciones de nuestro entorno y también en la Convención de las NU de 1989, se contempla en el marco internacional, y se constata que sólo se predica respecto de los países occidentales, y no de los países islámicos o africanos, que continúan inmersos en una visión tradicional de la familia, en la que no hay primacía del individuo sobre el grupo, sino interacción entre ambos³⁶⁵. Esta visión excesivamente individualista del

³⁶¹ *Vid.*, W. E. von Seiger, «La protection...», *cit.*, p. 476.

³⁶² Una visión crítica de este proceso de individualización de los derechos, puede verse en J. Parra Junquera, «Políticas de familia: controversias y tendencias actuales», en J. Rodríguez Torrente (Ed.), *Familia y política: Controversias y futuro*, Instituto Universitario «Matrimonio y familia», UPCO, Madrid, 1996, pp. 18-21.

³⁶³ La familia durante el siglo XIX en los países occidentales fue considerada, como es sabido, como la célula base de la sociedad, que debía ser privilegiada por su dimensión comunitaria, con relación al papel singular del individuo (*vid.*, P. Buirette, «Réflexions sur la Convention...», *cit.*, pp. 59-61, y la bibliografía allí citada).

³⁶⁴ La promoción de la mujer característica de las legislaciones de Europa occidental también va a plantear importantes cuestiones en el ámbito del DIPr. (*vid.*, entre otros, D. Mayer, «Évolution...», *cit.*, p. 456; A. Bucher, «La famille en droit international privé», *R. des C.*, t. 283, 2000, pp. 9-186, esp., pp. 42-49). Por otro lado, el citado desplazamiento de la familia por el individuo, no debe interpretarse en el sentido que desaparezca el interés público en la protección de primera. Aunque exista un cierto proceso de privatización en el ámbito familiar, la institución de la familia sigue siendo relevante para el Derecho (*ad. ex.*, art. 39.1 CE), y prueba de ello es que la protección básica del menor se canaliza siempre prioritariamente en su seno (*vid.*, en nuestra doctrina, J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias...*, *cit.*, pp. 23-26).

³⁶⁵ *Vid.*, entre otros, G. Kéré, «Les difficultés d'application par les Etats africains de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989», en J. Rubellin-Devichi y R. Frank (Dir.),

menor, en y frente a la familia y el Estado, como sujeto autónomo e «independiente», titular de derechos y libertades, y que olvida su carácter de persona, que por su menor edad debe ser objeto de especial protección, a mi juicio, se presenta como uno de los principales «talones de Aquiles» de la reglamentación actual de la protección del menor, y no sólo en el marco de la Convención de los Derechos de las NU de 1989³⁶⁶, sino también en la regulación convencional y autónoma de su protección desde la óptica del DIPr. (y no sólo en los países islámicos, sino también en aquellos otros que suelen encuadrarse como occidentales)³⁶⁷.

No obstante, en los países de nuestro entorno, donde si es constatable esta tendencia hacia la individualización de los derechos, este proceso se va a traducir paralelamente en una lenta, pero progresiva retirada del Derecho del ámbito de la familia, y además, encaja perfectamente en el ya aludido «proceso de privatización del DIPr.», que encuentra su máximo exponente en el ámbito no patrimonial, mediante la progresiva expansión de la autonomía de la voluntad en su regulación³⁶⁸.

L'enfant et les Conventions internationales, Lyon, 1996, pp. 151-161; A. E. Kharofa, «La garde de l'enfant dans la loi islamique et la Convention des Nations Unies relative aux droits de enfants», *ibid*, pp. 351-373.

³⁶⁶ BOE, núm. 313, de 1 de diciembre de 1990.

³⁶⁷ Efectivamente, la progresiva asunción de derechos subjetivos por el menor (a imitación de los Derechos del Hombre), tales como el derecho de religión o el derecho de asociación en la Convención de las NU de 1989, ha abierto un serio debate doctrinal sobre el alcance del llamado «dogma de la autonomía del menor», ya que esta visión individualista, *puerocéntrica*, y superprotectora de la infancia parece perder de vista la esencia del marco jurídico específico de la protección del menor. En esta línea crítica, algunos autores han denunciado que el proceso de positivización de los derechos del menor, en realidad, esta consiguiendo anular el derecho a la infancia (*vid., ad. ex.*, I. Barrière-Brousé, «L'enfant...», *cit.*, pp. 874-883; P. Buirette, «Réflexions sur la Convention...», *cit.*, pp. 71-73; F. Dekeuwer-Defossez, «Reflexions sur les mythes...», pp. 261-270.; V. Pouleau, «A propos de la Convention des droits de l'enfant. L'enfant, sujet de droits: enfin une réalité?», *Journal des Tribunaux*, 27 de octubre de 1990, pp. 617-628, esp. p. 619). En contra, entre otros, J. Rubellin-Devichi, «Le principe de l'intérêt...», *cit.*, pp. 126-127, 130-131.

³⁶⁸ Sobre la fuerza expansiva de la autonomía de la voluntad en el DIPr. no patrimonial, *vid.*, entre otros, P. Gannagé, «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, 3, pp. 425-454; A. E. von Overbeck, «L'irrésistible extension de l'autonomie en Droit international privé», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 619-627; E. Mostermans, «Party Autonomy: Why and When?», *Forty Years On...*, *cit.*, pp. 123-141, esp., pp. 134-141; S. A. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo...», *cit.*, pp. 574-576; sobre su aportación a las problemas de DIPr. derivados del multiculturalismo, J. Y. Carlier, «Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad*, Colex, 2000, pp. 27-38. La orientación hacia la privatización del matrimonio en nuestro sistema puede verse en J. Carrascosa González, «Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo», *ibid*, pp. 39-66.

d) Crisis del modelo tradicional de familia: aparición del Derecho de familia puerocéntrico

No puede desconocerse que la evolución del concepto de familia operada en los Derechos internos de los países occidentales durante el siglo XX, y la consiguiente ruptura de su modelo tradicional, ha incidido en gran medida en el desarrollo de la protección internacional del menor, y en la progresiva asunción de la responsabilidad pública en dicha protección³⁶⁹. Las diferencias materiales tradicionalmente existentes en los Derechos internos de los Estados europeos se van atenuando³⁷⁰, y prueba de ello es el fenómeno de crisis experimentado en todos ellos respecto al modelo tradicional de familia y de matrimonio. Fenómeno de crisis, que se refleja principalmente en estos datos: desaparición de las estructuras familiares amplias; aumento de las crisis matrimoniales, como consecuencia del relajamiento del vínculo familiar indisoluble y del proceso de laicización del Derecho de familia; retroacción del Derecho con relación al matrimonio; ruptura del modelo clásico matrimonial en su consideración de institución, con derechos y deberes perfectamente regulados por Ley, para dar paso a un modelo matrimonial contractual, disoluble por mutuo acuerdo de los cónyuges y privatizado en su función³⁷¹; y, fundamentalmente, la aparición de

³⁶⁹ Esta idea puede verse en la doctrina española, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, cit., p. 8; Para un análisis más exhaustivo sobre los factores que inciden en este proceso de crisis, puede verse, J. Carrascosa González, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Ciencia Jurídica y Derecho internacional, Comares, Granada 2000, pp. 73-81, y la bibliografía allí contenida. Desde una visión más amplia y centrada en los aspectos de DIPr., vid., *amplius*, H. Muir Watt, «Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de Droit international privé)», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 11-22.

³⁷⁰ El acercamiento entre los diferentes Derechos estatales de determinados círculos jurídicos es cada día mayor, facilitando de este modo la armonización/unificación de ciertos ámbitos del Derecho de familia (vid. D. Goubau, «L'objectivation des normes en droit familial: une mission possible», *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, 1, pp. 7-31; L. Rousel, «La famille en Europe occidentale: divergences et convergences», *Population*, 1992-1, pp. 133-151; J. Carrascosa González, *Matrimonio y elección de ley...*, cit., p. 30). Ello no implica defender que la vía de la armonización gradual de los derechos de familia sea el camino idóneo de reglamentación, sino que es adecuado una cierta armonización en torno a ciertos principios esenciales, junto al mantenimiento de las peculiaridades estatales de los modelos de familia, logrando un sistema de DIPr. que establezca «puentes» para la validez de las instituciones foráneas, permitiendo así la salvaguardia de las diferencias culturales y sociales.

³⁷¹ Vid., entre otros, respecto a la crisis del modelo matrimonial, M. T. Meulders, «L'évolution du mariage et le sens de l'histoire: De la institution au contrat, et au-delà», en R. Ganghofer (Dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 215-233; S. M. Cretney y J. M. Masson, *Principles of Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 6ª ed., 1997, esp., pp. 1-7, 11-37; R. Navarro Valls, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, 1995; J. Carrascosa González, «Divorcios extranjeros...», cit., pp. 39-66; id., *Matrimonio y elección de Ley...*, cit., pp. 224-231.

nuevos modelos de familia, separados del modelo clásico articulado en torno al matrimonio, *ad. ex.*, uniones de hecho o familias monoparentales, que da lugar a lo que se conoce como la aparición de la polifamilia³⁷².

Esta ruptura del modelo clásico de familia, vertebrado en función del matrimonio, unido a la asunción generalizada por la sociedad de la obligación de proteger al menor y, por tanto, obligación del Estado a través del Derecho³⁷³, ha llegado al punto de transformar la concepción de la familia, invirtiendo el protagonismo de sus miembros³⁷⁴. Actualmente, la familia no surge como lo hacía tradicionalmente como consecuencia del matrimonio, sino que se constituye precisamente en torno a la filiación, confluyendo en la sociedad una pluralidad de modelos de familia, cuyo vértice común es el hijo³⁷⁵. De este modo, el Derecho de familia pasa a convertirse en un Derecho *puerocéntrico*, concebido como un sector del Derecho orientado al desarrollo de la persona del individuo, cuya regulación imperativa se concentra únicamente alrededor del menor.³⁷⁶

D) El interés del menor como pieza axiológica clave del sistema

a) Consideraciones previas

El siglo XX, como es sabido, es denominado como el siglo de la infancia. A. E. von Overbeck, afirmaba que el interés del menor ha sido el *leitmotiv* del movimiento casi universal de reformas, que a partir de 1945 se produce en los Ordenamientos

³⁷² *Vid.*, F. Dekeuwe-Defoser, «Réflexions sur les mythes...», pp. 251-255. Respecto a los modelos de familia recogidos en nuestra Constitución, *vid.*, J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias...*, *cit.*, pp. 321-326.

³⁷³ Obligación estatal que crece si se relaciona con la idea de la enorme inestabilidad de la familia contemporánea, y la facilidad de ruptura de la misma. Desde esta perspectiva, como expresa M. Moya Escudero (*Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 8), los derechos de los hijos en estos supuestos constituyen la legitimación de la intervención del Estado en el seno de la familia.

³⁷⁴ Puede verse esta idea con relación al estatuto familiar en el DIPr., D. Mayer, «Évolution...», *cit.*, pp. 456-457.

³⁷⁵ Como ha puesto de relieve J. M. Espinar Vicente, «*allí donde exista un hijo existe una relación jurídica familiar*» (*vid.*, *El matrimonio y las familias...*, *cit.*, pp. 257-259; *id.*, «La protección del menor extranjero en el sistema jurídico español», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 81-106).

³⁷⁶ Sobre el *puerocentrismo* del actual DIPr. de familia, puede verse, entre otros, I. Barrière- Brousse, «L'enfant et les conventions...», *cit.*, pp. 843-888; E. Jayme, «Diritto di famiglia...», *cit.*, pp. 295-304; F. Dekeuwe-Défosse, «Réflexion sur les mythes...», *cit.*, pp. 261-281; J. Carrascosa, *Matrimonio y elección de ley...*, *cit.*, pp. 30-31.

jurídicos internos³⁷⁷. También se ha afirmado en nuestra doctrina que el desarrollo de la noción del interés del menor ha modificado el sentido de las relaciones familiares³⁷⁸, y en el marco del DIPr. se ha defendido que constituye un factor de progreso y unificación³⁷⁹.

La utilización de expresiones como «bienestar del menor», «interés del menor» o «interés superior del menor» ha ido experimentado un proceso creciente a lo largo del siglo XX, tanto en la jurisprudencia, como en los Derechos internos y, posteriormente, extrapolado a las situaciones privadas internacionales, ha sido incorporado a los Convenios internacionales, que de distinto modo, y con diferente alcance, se ocupan de la protección del menor³⁸⁰. Así, respecto a nuestro Ordenamiento jurídico, el interés del menor aparece recogido implícita o expresamente, *ad. ex.*, art. 39.4 CE, art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)³⁸¹, arts. 3.1, 9.1 y 3, 18.1, 20.1, 21, 37.c), 40.2b) III, de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, art. 1 a) del Convenio de La Haya

³⁷⁷ *Vid.*, A. E. von Overbeck, «L'intérêt de l'enfant...», *cit.*, p. 361.

³⁷⁸ *Vid.*, D. Mayer, «L'Évolution...», *cit.*, p. 456.

³⁷⁹ *Vid.*, en la doctrina española, A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», *R.J.C.*, 1994, pp. 915-967.

³⁸⁰ El estudio del «interés del menor» requeriría una investigación exhaustiva que excede de este trabajo, por lo que aquí se hará referencia exclusivamente a su trascendencia jurídica como valor axiológico vertebrador de todo el sistema de protección de menores, y como elemento que justifica la adopción de estructuras de CIA en la reglamentación internacional de dicha protección. Sobre el interés del menor puede verse, aparte de los trabajos ya citados relativos a la protección del menor, entre otros, A. Shapira, «Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases», *R. des C.*, 1989-II, t. 214, pp. 127-250, esp. pp. 143-150; M. Moya Escudero, *Los aspectos personales de la relación paterno-filial en Derecho internacional privado español*, Granada, 1995, *Inédito*, pp. 11-38; P. Alston y B. Gilmour-Walsh, «The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values», en M. A. Verdugo y V. Soler Sala (Eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, pp. 253-289; H. Fulchiron, «L'évolution historique de la notion de l'intérêt de l'enfant: de l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant», *Les droit de l'enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l'Enfant, Suiza, 1997, pp. 29-39; M. D. Fernández Casado, «Una aproximación al principio de interés superior del menor», en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Granada, Comares, 1997, pp. 247-252; M. Freeman, «The best interest of the child? is the best interest of the child in the best interest of children?», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 11, 1997, pp. 360-388; en nuestro Derecho interno, especialmente, F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, 2000.

³⁸¹ Ley Orgánica 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*, núm. 15, de 17 de enero de 1996).

de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional³⁸².

Se ha escrito mucho sobre la expresión del interés del menor, se ha criticado su carácter vago, impreciso, arbitrario e, incluso nacionalista en su dimensión internacional. Desde un punto de vista del análisis jurídico, el interés del menor presenta, fundamentalmente, tres perspectivas de estudio: naturaleza jurídica; concepto y contenido; y dimensión internacional.

b) Naturaleza jurídica

Para algunos autores que se han ocupado del tema, el interés del menor se encuadraría en la categoría de conceptos jurídicos indeterminados³⁸³, para otros se estaría en presencia de un principio general del Derecho³⁸⁴, y para otros se trataría de un valor jurídico³⁸⁵. A mi juicio, estas tres posturas no implican concepciones enfrentadas, sino que al contrario, son complementarias. El interés del menor es, efectivamente, un concepto jurídico indeterminado, pero esta consideración hace referencia más bien a su concepto y a sus elementos configuradores, que a su propia naturaleza jurídica. Respecto a ésta, el interés del menor, en mi opinión, se encuentra más cercano al tratamiento de un valor jurídico, que al de un principio general del Derecho, en el sentido que los valores, frente a los principios, parecen situarse más bien en la misma frontera del Derecho, en su zona de contacto con la realidad política, social y ética, mientras que los principios quedan relegados al interior del Derecho³⁸⁶.

³⁸² Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del menor y a la cooperación en materia de adopción internacional (BOE, núm. 182, de 1 de agosto de 1995).

³⁸³ Vid., entre otros, P. P. Miralles Sangro, *El secuestro internacional...*, cit., pp. 93-98; E. Pérez Vera, «El Convenio sobre los Derechos del niño», *Garantía internacional de los Derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 167-185, esp. pp. 180-182; M. Aguilar Benítez de Lugo, «La protección del menor...», cit., p. 36; M. D. Adam Muñoz, *La Ley Orgánica 1/1996...*, cit., p. 93.

³⁸⁴ Vid., ad. ex., G. Esteban de la Rosa [*El acogimiento...* (tesis doctoral), cit., pp. 147-148] sostiene que se trata de un principio general del Derecho, en el sentido que cumple la triple función de los principios jurídicos: función fundamentadora, función interpretativa y función integradora de un Ordenamiento, a los que la autora añade la función de control de las decisiones. En el mismo sentido, P. Buirette, «Réflexions sur la Convention...», cit., p. 62.

³⁸⁵ Vid., en nuestra doctrina, J. M. Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría...*, cit., pp. 134-145.

³⁸⁶ Sobre los principios generales y los valores jurídicos de un Ordenamiento jurídico, puede verse, entre otros, L. Parejo Alonso, «Constitución y valores del Ordenamiento», *Estudios sobre la*

La diferencia entre principio y valor sólo tiene relevancia si se advierte que el contenido del interés del menor no es inmutable, sino que es reflejo de la evolución familiar y social³⁸⁷. En definitiva, con independencia de que se denomine principio general o valor jurídico axiológico, lo importante es retener que el «interés del menor» se sitúa en la cúspide de todo el sistema de protección de menores, englobando todas las instituciones que bajo cualquier forma pretendan dar respuesta a su protección integral, como su pieza clave o elemento vertebrador³⁸⁸.

c) Aproximación a su concepto y contenido

El interés del menor, en cuanto concepto jurídico indeterminado, se revela *a priori* como una noción intrínsecamente amplia, genérica, vaga, movediza e indefinible³⁸⁹. En un segundo momento, sin embargo, es indispensable realizar un esfuerzo de concreción en cuanto a su contenido, que permita trasladarlo al DIPr. en propuestas específicas³⁹⁰. En este sentido, en mi opinión, la concreción de que cual sea el interés del menor, debe estar presidida por las siguientes pautas: 1º) Como concepto jurídico indeterminado no debe olvidarse que existe siempre en el mismo un núcleo o zona de certeza en su concreción³⁹¹. Esta zona de certeza en la concreción del interés del menor viene dada en muchas ocasiones por los mismos datos legislativos o

Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, t. I, pp. 28-134, y la extensa bibliografía allí contenida.

³⁸⁷ J. Carbonier inscribió la noción de interés del menor en el marco de las nociones de contenido variable (*vid.*, «Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille», *La notion à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruyant, 1984, citado en J. Rubellin-Devichi, «Le principe de l'intérêt de l'enfant...», *cit.*, p. 124).

³⁸⁸ *Vid.*, esta orientación con independencia de la terminología entre principio y valor, M. Moya Escudero, *Los aspectos personales...*, *cit.*, pp. 11-18, 34-38; V. Pouleau, «A propos de la Convention...», *cit.*, p. 620. J. Rubellin-Devichi, «Le principe de l'intérêt...», *cit.*, pp. 119-131.

³⁸⁹ *Vid.*, *ad. ex.*, A. Shapira, «Private International Law...», *cit.*, p. 146; P. Alston y B. Gilmour, «The Best Interest...», *cit.*, pp. 267-279; M. Moya Escudero (*Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 9) lo define como «un concepto multiforme y susceptible, en principio, de tantas concreciones como operadores jurídicos, y variable de país a país, con una maleabilidad de fuerte acento nacionalista».

³⁹⁰ Sobre el peligro que supone el actual fenómeno en nuestro Derecho interno de incorporación progresiva de los conceptos jurídicos indeterminados en la reglamentación de la protección del menor, *vid.*, M. A. Navarro Atienza, «La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados», *Protección jurídica del menor...*, *cit.*, pp. 177-182.

³⁹¹ Puede verse una construcción jurídica del interés del menor en cuanto concepto jurídico indeterminado en el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (*B.O.E.*, núm. 202, de 24 de agosto de 1987, corr. de err., *B.O.E.*, núm. 155, de 30 de junio de 1989 y *B.O.E.*, núm. 21, de 24 de enero de 1996) en P. P. Miralles Sangro, *El secuestro internacional...*, *cit.*, pp. 96-98.

convencionales (*ad. ex.*, en los supuestos de sustracción internacional de menores, el interés del menor es que no sea desplazado de su residencia habitual, sin las garantías suficientes de estabilidad en la nueva situación, y su realización implica su retorno inmediato y la garantía del derecho de visita³⁹²; en los supuestos en que se discute sobre las pensiones alimentarias respecto al menor, su interés es siempre la obtención efectiva de dichos alimentos). Por tanto, para concretar el interés del menor hay que acudir siempre, en primer lugar, a los elementos de precisión que el Derecho suministra, cuantos más elementos de concreción facilite la norma, menor será el riesgo de atentado a la seguridad jurídica que ha de presidir todo procedimiento³⁹³. No obstante, no puede desconocerse, de un lado, que estos elementos no siempre existen positivizados de manera uniforme, y de otro, que en dicho proceso de concreción se entremezclan exigencias metajurídicas, más cercanas a la psicología que al Derecho³⁹⁴; b) La concreción de cuál sea el interés del menor debe ser realizada *in casu*, tanto por el legislador en el momento de regular una situación concreta que afecte a los menores, como por las autoridades judiciales y administrativas que, en cada caso concreto, deban aplicar la norma de Derecho interno o Derecho convencional/institucional específica³⁹⁵; c) La importancia del papel desempeñado por el interés del menor ha sido además acrecentada por algunos textos internacionales

³⁹² *Vid., amplius*, sobre este aspecto, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif sur la Convention concernant les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», *Actes et documents de la quatorzième session de la Conférence de La Haye de Droit international privé*, 1982, t. III, pp. 426-473, esp. pp. 430-432.

³⁹³ *Vid.*, sobre el papel del juez en la aplicación de normas orientadas a la obtención de soluciones favorables a los intereses de ciertas personas, E. Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du Droit international privé en Europe*, L.G.D.J., París, 1987, esp. pp. 257-269. Concretamente, sobre el interés del menor, M. Moya Escudero, *Los aspectos personales...*, *cit.*, pp. 17-18; J. Rubellin-Devichi, «Le principe de l'intérêt de l'enfant...», *cit.*, pp. 123-124.

³⁹⁴ A pesar de estas dificultades, pueden enunciarse desde un punto de vista exclusivamente jurídico, cuatro principios o criterios jurídicos que esbozan las principales pautas interpretativas en la apreciación del interés del menor: a) El derecho del menor a una familia; b) La primacía del papel familiar con relación al de las autoridades públicas; c) El derecho del menor a conservar las relaciones con sus dos progenitores; d) La toma en consideración de la opinión del propio menor (*vid.*, sobre estos elementos configuradores y su plasmación positiva, H. Fulchiron, «L'Évolution...», *cit.*, pp. 38-39).

³⁹⁵ Esta concreción del interés del menor *in casu* correspondería concretamente a la «zona intermedia» o «zona de certidumbre» de la estructura interna del concepto jurídico indeterminado (*vid.*, P. P. Miralles Sangro, *El secuestro internacional...*, *cit.*, p. 98). El problema del margen de discrecionalidad, que aparentemente se le atribuye a las autoridades judiciales en el proceso de concreción del interés del menor, es uno de los «talones de Aquiles», que han girado tradicionalmente en torno al interés del menor (*vid.*, *ad. ex.*, M. Moya Escudero, *Los aspectos personales...*, *cit.*, pp. 33-38). No obstante, debe recordarse que existe siempre una zona de certeza proporcionada expresa o implícitamente por la norma, que puede conducir a una variabilidad en el resultado, pero en ningún caso supone discrecionalidad (*vid.*, E. Pérez Vera, «El Convenio...», *cit.*, pp. 180-181).

que introducen la noción de «interés superior del menor». En este sentido, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 ha significado un salto cualitativo en orden a la concreción del interés del menor, haciendo alusión, principalmente en su art. 3, al «interés superior del menor». Aunque dicha expresión siga siendo imprecisa, dejando un gran margen de interpretación a los operadores jurídicos en su concreción, su inclusión constituye un progreso importante con relación a las legislaciones nacionales, en cuanto revela que en caso de un eventual conflicto entre los intereses del menor, de un lado, y los intereses de los padres, del Estado o, incluso, de la sociedad, de otro, prevalecerá el interés del menor³⁹⁶.

d) El interés del menor en su dimensión internacional

Las dificultades señaladas con relación a la concreción del interés del menor en el marco de los Derechos internos, se acrecientan desde diferentes ópticas cuando el concepto de interés del menor o de interés superior del menor se incorpora a los textos internacionales. En primer lugar, si dentro de un mismo Estado pueden surgir diferentes interpretaciones sobre cual sea la solución justa *in casu* para el interés del menor, estas dificultades se multiplican en los supuestos internacionales, como consecuencia en general de los conflictos culturales. Las diferencias entre las concepciones occidentales y otras culturas (fundamentalmente islámicas) sobre la familia y la sociedad conllevan inevitablemente que la misma noción de interés del menor cubra valores diferentes en unas y otras³⁹⁷. En segundo lugar, la noción del interés del menor, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina, corre el riesgo de convertirse en un elemento de «oscurantismo nacionalista», en los supuestos en que la familia del menor se conecta con varios Estados³⁹⁸. Este oscurantismo nacionalista,

³⁹⁶ Una valoración positiva sobre la introducción de este principio como criterio vector, puede verse, entre otros, P. Buirette, «Réflexions sur la Convention...», *cit.*, p. 62; V. Poleau, «A propos de la Convention...», *cit.*, p. 620; M. Moya Escudero, *Los aspectos personales...*, *cit.*, p. 18; H. Fulchiron, «L'Évolution historique...», *cit.* pp. 33-34.

³⁹⁷ Como pone de relieve E. Pérez Vera («El Convenio...», *cit.*, p. 181), los enfrentamientos culturales impiden la existencia de una noción única de lo justo. Sobre la influencia de los conflictos culturales en este aspecto, *vid.*, I. Barrière Brousse, «L'enfant...», *cit.*, pp. 883-888.

³⁹⁸ *Vid.*, entre otros, L. Chatin, «Les conflits relatifs a la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé», *Trav. Com. fr. dr. int.*, 1981-82, pp. 106-138, esp. p. 112; B. Sturlèse, «Autorité parentale. Soustraction internationale de mineurs et droit conventionnel de l'entraide judiciaire civile»,

desgraciadamente, continúa estando a la orden del día en los supuestos de ruptura de un matrimonio mixto, y decisión sobre los derechos de custodia y de visita de los hijos. En estos casos es una realidad constatada que la jurisprudencia suele inclinarse a favor del progenitor que ostenta la nacionalidad del foro, fundándose en el margen de apreciación que le atribuye la noción del interés del menor.

En conclusión, el interés del menor, a pesar de las dificultades inherentes a su concreción y a la maleabilidad nacionalista del término, debe situarse en la cúspide de todo el sistema de protección de menores, concebido como el principio axiológico básico que debe guiar la elaboración, interpretación y aplicación de las normas de DIPr. y de Derecho material que, desde cualquier óptica y alcance, se ocupen de la protección del menor. No obstante, la realización efectiva del interés del menor sólo tendrá lugar cuando esta expresión no se utilice retóricamente como una cláusula de estilo, sino que como ha puesto de relieve A. Borrás Rodríguez, «*el interés del menor constituirá un factor de progreso y unificación del DIPr., en cuanto conduzca a la adopción de medidas eficaces de protección que lo positivicen, de lo contrario no pasará de ser una mera declaración de intenciones*»³⁹⁹.

2. Positivización de la responsabilidad estatal en la protección del menor y de la exigencia de la CIA

A) Consideraciones previas

No se pretende en este momento hacer un análisis exhaustivo del complejo conjunto normativo que regula o incide en la protección del menor, sino que a efectos de este trabajo interesa analizar las normas de Derecho material (y no de DIPr.) que se ocupan de la protección del menor, pero no desde una perspectiva casuística de cuáles sean los derechos fundamentales reconocidos al niño, sino desde la perspectiva de la obligación estatal de satisfacer el interés del menor en cada supuesto concreto, y su consecuencia, trasladada al ámbito de las situaciones privadas internacionales, de la obligación de cooperar con las autoridades nacionales de otros Estados en dicha

J.-Cl. dr. int., fasc. 549, 1994, esp., p. 24; A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor...», *cit.*, p. 926; M. Moya Escudero, «Aspectos personales...», *cit.*, p. 6.

³⁹⁹ *Vid.*, A. Borrás, «El interés del menor...», *cit.*, p. 57.

satisfacción. Este recorrido normativo se hará analizando dicho proceso de positivización en los tres ámbitos distintos que afectan a nuestro Ordenamiento jurídico: ámbito universal, que conduce a la Convención de las NU de 1989 sobre los Derechos del Niño, como Norma Suprema de los Derechos de los menores, ámbito regional europeo, y régimen interno⁴⁰⁰.

B) El principio de la responsabilidad estatal en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989

La Convención de los Derechos del niño de 1989 constituye, como es sabido, la Carta Magna de los Derechos del niño, y desde su ratificación por nuestro país el 30 de noviembre de 1990, se ha erigido como el primer punto de referencia obligado en la consideración jurídica y social del menor⁴⁰¹. Existen numerosísimos estudios sobre la misma, que se encargan de resaltar su trascendencia, en cuanto que como norma

⁴⁰⁰ Por tanto, la positivización de la protección y promoción de los Derechos del Niño en el ámbito interamericano queda fuera de este trabajo, aunque no implica que no se haga referencia más tarde a los instrumentos convencionales de DIPr., que emplean la técnica de la CIA en la reglamentación de la protección del menor en este ámbito. Sobre los Derechos del niño en este marco espacial, puede verse, entre otros, H. Gros Espiel, «Los Derechos del Niño en América Latina», *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, 1999, 12, pp. 49-57; A. Molina, «La Convención de los Derechos del Niño. Su concreta aplicación en América del Sur», *Les droits de l'enfant entre théorie..., cit.*, pp. 119-129; M. D. Adam Muñoz, *La Ley Orgánica 1/1996..., cit.*, pp. 22-27.

⁴⁰¹ La Convención se haya en vigor en nuestro país desde el día 5 de enero de 1991, y vincula actualmente a la mayoría de los Estados que componen la Comunidad internacional. La adhesión al Convenio ha superado con creces el número inicial de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, y se ha convertido de este modo en el cuerpo definitivo de Derecho internacional sobre los derechos del niño. Su antecedente más inmediato (aunque existen otras manifestaciones anteriores, sobre todo en el marco general de la protección de los Derechos humanos) es la Declaración Universal de los Derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 1836 (XIV) de 20 de noviembre de 1959, texto que supone el punto de partida en el proceso de positivización de los derechos de los niños. Con posterioridad a dicha Declaración, diversos textos en el marco de los Derechos humanos recogieron de manera dispersa algunos derechos correspondientes a los menores. La elaboración de la Convención de 1989 responde al deseo de recoger de una manera conjunta todos los derechos del menor, y de establecer obligaciones específicas de los Estados (sobre la génesis del Convenio y sus antecedentes puede verse, entre otros, J. L. Clergerie, «L'adoption d'une Convention...», *cit.*, pp. 435-451; V. Muntarhorn, «The Historical Evolution of Children's Rights in Parallel with Human Rights», *Les droits de l'enfant entre théorie..., cit.*, pp. 85-96; A. Lopatka, «La Convención internacional de los Derechos del niño», *I Congreso internacional «Infancia y Sociedad». Bienestar y Derechos sociales de la infancia*, 1989, Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 33-46, *id.*, «¿Por qué es indispensable la Convención de los Derechos del Niño?», *Menores*, núm. 17-18, 1989, pp. 6-19, M. Carreras, «Los Derechos del niño: De la Declaración de 1959 a la Convención de 1989», J. Ballesteros (Ed.), *Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, 1992, pp. 185-192; M. I. Álvarez Vélez, *La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, UPCO, Madrid, 1994, esp. pp 35-106).

positiva mínima, recoge de una manera global todos los derechos del menor anteriormente expresados de modo disperso en otros tratados y declaraciones internacionales⁴⁰². Se destaca que la Convención de los Derechos del niño se erige como el verdadero estatuto del menor, sancionando el principio del interés superior del niño, y realzando la dimensión del menor como sujeto de derechos. Sin desconocer estos méritos de la Convención, el aspecto que interesa poner de relieve a efectos de este estudio, y que no suele ser resaltado suficientemente por la doctrina en la valoración global del Convenio, es que éste, a diferencia de otros textos internacionales anteriores, sienta tajantemente el principio de la responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos del menor, sancionando la ineludible acción estatal positiva para garantizar la eficacia de su protección y de sus derechos.

La Convención, efectivamente, consagra un auténtico estatuto universal sobre los Derechos del menor y su régimen de protección, pero lo importante es que atribuye a los Estados parte la obligación de respetar, asegurar y promover, según los casos, dicha protección. Para ello, les obliga a adecuar sus legislaciones estatales a la Convención (art. 4), y sobre todo les impone la obligación de control y de cooperación en la articulación de la protección del menor y la satisfacción de sus derechos.

La obligación de control se despliega tanto respecto a la obligación de los padres de respetar los derechos del niño en sus actuaciones, como respecto a las actuaciones de las autoridades nacionales encargadas de la protección del menor. En efecto, la Convención, al igual que nuestra CE, atribuye a la familia el papel prioritario en el

⁴⁰² Aparte de los trabajos ya citados al respecto, puede verse en la doctrina española, especialmente, C. M. Díaz Barrado, «La Convención sobre los Derechos del Niño», *Estudios Jurídicos en Conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho*, Córdoba, 1991, t. I, pp. 183-221; P. Rodríguez Mateos, «La protección jurídica del menor en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989», *R.E.D.I.*, vol. XLIV (1992), 2, pp. 465-498; P. P. Miralles Sangro, «La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas...», *cit.*, pp. 525-538; en la doctrina extranjera, *vid.*, también, M. Benounna, «La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant», *A.F.D.I.*, 1989, pp. 433-445. La consideración del Convenio como norma positiva mínima hace referencia esencialmente a que el Convenio no pretende agotar en el mismo los derechos del niño, sino que es una regla mínima, absolutamente compatible con regímenes internos o internacionales más favorables (art. 49). Respecto a esta naturaleza, *vid.*, M. Bennounna, «La Convention...», *cit.*, pp. 435-436, y P. Rodríguez Mateos, «La protección...», *cit.*, p. 471. No obstante, la mayoría de la doctrina interpreta la consideración de norma positiva mínima, en el sentido que necesita un desarrollo legislativo por parte de los Estados parte para obtener la efectividad de los derechos que recoge (*vid.*, entre otros, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 156; G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento...*, *cit.*, p. 37, nota 65).

proceso de desarrollo de la persona del menor, pero esta atribución no es obstáculo para que el Convenio reglamente las relaciones familiares y obligue a respetar a los padres los derechos de los menores en sus actuaciones (*ad. ex.*, arts. 6 y 18). El principio de responsabilidad pública determina igualmente que se establezca como obligación subsidiaria del Estado, *ex art.* 19, la protección del menor y de sus derechos, frente a situaciones de grave perjuicio o abuso del menor (casos en lo que está previsto incluso la posible separación temporal o definitiva del niño de su medio familiar en atención a su interés superior *ex arts.* 9.1, 20). En estos supuestos, los Estados se encuentran obligados de un lado, a prestar protección y asistencia al menor y, de otro, a instaurar mecanismos de control de las actuaciones de las autoridades nacionales (art. 3.3).

Junto a esta actuación de control, se impone la obligación estatal de establecer mecanismos o instrumentos de cooperación entre las autoridades nacionales que garanticen la protección y los derechos del menor. Este es precisamente el punto que más interesa a efectos de este trabajo, ya que la Convención es consciente que en el actual contexto internacional, la protección del menor requiere ineludiblemente el establecimiento de canales de comunicación y de cooperación entre las diferentes autoridades nacionales que en un supuesto concreto puedan tener relación con la situación del menor⁴⁰³. La importancia de la cooperación internacional en el marco del Convenio es resaltada en su Preámbulo, y se sienta como principio general en el art. 4. Junto a esta regla general, la Convención insta a los Estados en algunos supuestos concretos, en los que la cooperación internacional se muestra especialmente importante en orden a obtener la satisfacción del interés del menor en su dimensión internacional, a establecer mecanismos de cooperación, promoviendo o adhiriéndose a los instrumentos convencionales pertinentes. Se trata principalmente de los supuestos de sustracción internacional de menores (art.11), obtención y aseguramiento del pago de la pensión alimenticia al menor por parte de los padres o personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (art. 27.4), y de la adopción internacional (art. 21). Supuestos específicos de protección del menor, que coinciden precisamente con

⁴⁰³ La relevancia de la cooperación internacional en el marco de la Convención ha sido puesto de relieve implícitamente por algunos autores (*vid.*, entre otros, M. Moya Escudero, *Los aspectos personales...*, *cit.*, p. 21; M. Benounna, «La Convention...», *cit.*, p. 443).

ámbitos materiales en los que el DIPr., en su reglamentación, se ha visto obligado a emplear la técnica de la CIA; empleo que encuentra su primera fundamentación en la misma Convención de las NU sobre los Derechos del niño. Esta clara alusión a la relevancia de la cooperación internacional en la Carta Magna de los Derechos del niño merece sin duda ser bien acogida, aunque desgraciadamente, como ocurre con el resto del articulado de la Convención, su consagración positiva resulta vaga e imprecisa, más cercana a una invitación que a la formulación de una obligación jurídicamente exigible, por lo que su directa aplicabilidad y exigibilidad, al igual que el entero Convenio, deviene seriamente discutible⁴⁰⁴.

Los mecanismos de control previstos por el Convenio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados, tampoco facilitan la labor de obligar a éstos a cumplir sus obligaciones asumidas convencionalmente⁴⁰⁵. El Comité de los Derechos del niño, instaurado para examinar los progresos realizados por los Estados en dicho cumplimiento, sobre la base de los informes que éstos le someten periódicamente (arts. 43-44), no es un órgano jurisdiccional, sino solo un órgano de control, sin poder coercitivo alguno⁴⁰⁶. Doctrinalmente se han propuesto algunas opciones para asegurar la imperatividad de los derechos y obligaciones

⁴⁰⁴ Toda la doctrina es unánime en señalar el carácter vago e impreciso de las formulaciones del Convenio, que conlleva que la gran mayoría de sus disposiciones sean no *self-executing* (*vid.*, entre otros, P. Rodríguez Mateos, «La protección del menor...», *cit.*, p. 468, nota 10; M. Bennouna, «La Convention...», *cit.*, pp. 443-445). El debate sobre la directa aplicabilidad del Convenio ha sido abierto sobre todo a raíz de la jurisprudencia francesa (*vid.*, entre otros, P. Lagarde en el comentario a la Sentencia del Tribunal de Casación francés de 10 de marzo de 1993, que dispuso la no invocabilidad directa de la Convención, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993, 3, pp. 449-456; M. Guillaume, «Le juge français, le Droit international et la Convention de droits de l'enfant», *Droit de l'enfance et de la famille*, núm. 36, 1992/93, pp. 112-116; C. Byk, «La réception des conventions internationales par le juge français à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant», *Journ. dr. int.*, 1994, 4, pp. 967-976; F. Granet, «La Convention de New York sur les droits de l'enfant et sa mise en oeuvre en France», en J. Rubellin-Devichi y R. Frank (Dirs.), *L'enfant et les Conventions...*, *cit.*, pp. 95-114). El debate ha sido también abierto en el Ordenamiento jurídico alemán (*vid.*, al respecto, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento...*, *cit.*, p. 37, nota 66).

⁴⁰⁵ La mayoría de la doctrina ha denunciado y criticado la fragilidad e insuficiencia de los mecanismos de garantía y control instaurados en la Convención (*vid.*, entre otros, E. Pérez Vera, «El Convenio...», *cit.*, pp. 182-185; P. P. Miralles Sangro, «La ratificación...», *cit.*, pp. 530-532; J. A. Carrillo Salcedo, «Procedimientos para la protección de los Derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas», en M. A. Verdugo y V. Soler-Salas (Eds.), *La Convención de los Derechos del niño hacia el siglo XXI*, *cit.*, 93-98; M. Bennouna, «La Convention...», *cit.*, pp. 93-98).

⁴⁰⁶ Debe valorarse positivamente, no obstante, la independencia de los miembros del Comité de los Derechos del Niño, que a diferencia de la Comisión de Derechos Humanos, no representan a Gobiernos y ejercen sus funciones a título personal. También resulta positivo el establecimiento de una cooperación en orden al seguimiento del Convenio con organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, y demás órganos de las Naciones Unidas (art. 45).

consagradas en el Convenio⁴⁰⁷, y ciertamente, en mi opinión, la solución sólo puede encontrarse en el establecimiento de instituciones u órganos independientes, dotados de reglas de procedimiento y de poder coercitivo, ante los que se puedan presentar tanto denuncias interestatales como de particulares contra Estados⁴⁰⁸.

A pesar que la mayoría de las disposiciones de la Convención no son *self-executing*, y los instrumentos para controlar el cumplimiento de las obligaciones estatales son claramente insuficientes, no debe olvidarse que tanto los derechos del menor positivizados en la misma, como las obligaciones impuestas a los Estados, se han incorporado a un texto que no es sólo una mera declaración, sino un auténtico Convenio internacional⁴⁰⁹. Por tanto, el Estado español al haber ratificado la Convención de los Derechos del Niño de 1989 se ha obligado convencionalmente a adoptar todas las medidas legislativas y de cualquier otra índole, que sean necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones convencionales y, entre ellas, celebrar o adherirse a instrumentos que garanticen la cooperación internacional interestatal en materia de protección de menores, y desde la perspectiva del DIPr., indudablemente, esta obligación sólo puede llevarse a cabo por la vía del instrumento internacional.

C) La promoción de los derechos del menor en el marco europeo

a) La labor del Consejo de Europa

La labor del Consejo de Europa en la protección y promoción de los derechos del menor se inscribe en la línea de protección a la familia que esta Organización lleva a cabo desde los años 60 en el marco de los Derechos humanos en general⁴¹⁰. La

⁴⁰⁷ *Ad. ex.*, atribuir competencia a la Corte Internacional de Justicia en orden a las controversias que puedan surgir con relación a la aplicación e interpretación de la Convención, o incorporar un mecanismo cuasi-contencioso de quejas o reclamaciones ante el Comité de los Derechos del Niño, permitiendo que los particulares puedan dirigirse a él presentando sus denuncias contra un Estado determinado (*vid.*, J. A. Carrillo Salcedo, «Procedimientos...», *cit.*, pp. 97-98; P. P. Miralles Sangro, «La ratificación por España...», *cit.*, p. 531).

⁴⁰⁸ *Vid.*, en este sentido, en nuestra doctrina, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 6.

⁴⁰⁹ Por tanto, tiene la fuerza normativa de los Convenios publicados en el *BOE*, prevista por el art. 1 Cc, e indirectamente por los arts. 93 y ss. de la CE.

⁴¹⁰ *Vid.*, especialmente, E. Fosar Benlloch, «El Derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas», *Documentación jurídica*, nº 41, 1984, pp. 109-145; P. Boucaud, «La protection de l'enfant en Europe», *Ann. eur.*, 1990, vol. XXXVIII, pp. 21-39; M. Killerby, «The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)», en N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers*, Kluwer, 1996, pp. 13-25, esp. pp. 18-25; J.

pedra angular de estos trabajos es el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por sucesivos Protocolos⁴¹¹. El CEDH no incluye ninguna referencia específica a los derechos de los menores, aunque en algunos de sus preceptos se recogen diferencias implícitas o directas a los menores (*ad. ex.*, arts. 3, 8, 14) y, obviamente, al utilizar en muchos de sus preceptos la expresión de «toda persona tiene derecho a...», se está también comprendiendo a ellos⁴¹². El precepto nuclear en materias de Derecho privado, como es sabido, es el art. 8 del Convenio, artículo que garantiza el respeto a la vida familiar, previendo en su apartado segundo la posible ingerencia estatal en dicho derecho. Este precepto ha sido interpretado en numerosas ocasiones por la Comisión y el Tribunal, dejando entrever, entre otras cuestiones, que en caso de conflicto entre los padres y el menor se impone siempre el interés del menor, así como la dimensión internacional implícita en el mismo, en el sentido que ha de ser asegurado en todos los demás Estados en los que la relación jurídica tienda a desplegar sus efectos (orden público europeo)⁴¹³. Por su parte, los arts. 7, 16 y 17 de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, reconocen ya de una manera expresa el derecho de los menores a una protección especial, que corresponde promocionar a los Estados parte⁴¹⁴.

Junto a esta protección general de los niños en el marco de la familia, ha existido también una preocupación creciente por parte de esta organización de proteger a los menores en situaciones particulares y específicas, mediante una

A. Pérez Beviá, «La protección de menor en el Consejo de Europa en el ámbito del Derecho Privado», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Mundialización y Familia*, *cit.*, pp. 51-81.

⁴¹¹ Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (*B.O.E.*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

⁴¹² *Vid.*, en este sentido, J. A. Pérez Beviá, «la protección del menor...», *cit.*, p. 53.

⁴¹³ Sobre la jurisprudencia en relación a este precepto que directa o indirectamente afecta a menores, *vid.*, *ad. ex.*, CIAS (Centro Internacional de Abogados de Estrasburgo) y el MIJC (Movimiento Internacional de Juristas Católicos), «La protección de los niños menores en el marco de la Convención Europea de los Derechos del niño», *B.I.M.J.*, núm. 1632, 1992, pp. 2020-2035; K. O' Donell, «Parent-Child Relationships within the European Convention», en N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers*, *cit.*, pp. 135-150; M. Buquicchio-De Boer, «The Impact of the European Convention on Human Rights of the children», en M. A. Verdugo y V. Soler-Sala (Eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, *cit.*, pp. 99-110; M. Salanova Villanueva, «Derecho del menor a ser separado de sus padres?. Nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de mayo 2001 (TEDH 2001, 332), caso Z y otros v. Reino Unido», *Aranzadi Civil*, 2001- II, pp. 2371-2391; con especial referencia al componente internacional, J. A. Pérez Beviá, «La protección del menor...», *cit.*, pp. 56-58.

⁴¹⁴ Ratificada por España el 29 de abril de 1990 (*B.O.E.*, núm. 153, de 26 de junio de 1980, corr. de err., *B.O.E.*, núm. 192, de 11 de agosto), y revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

normativa sectorial que se recoge en numerosas Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria y del Comité de Ministros, así como en cuatro Convenios internacionales. Entre las Recomendaciones relativas a la protección del menor en supuestos específicos⁴¹⁵ destacan a efectos de este trabajo, por poner de relieve la importancia de la función promocional estatal en la protección del menor, y la consecuente obligación de cooperación en el marco internacional, concretamente, respecto al derecho de alimentos, y las exigencias de la cooperación internacional entre Estados para lograr su satisfacción efectiva, la Recomendación del Comité de Ministros 869 (1979), de 4 de febrero, relativa al pago por el Estado de anticipos sobre alimentos debidos a los niños, en la que se invita a los Estados parte a facilitar el reconocimiento y la ejecución de las obligaciones alimenticias debidas a los niños, ratificando los instrumentos convencionales apropiados⁴¹⁶; y la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1443 (2000) relativa al respeto de los derechos del menor en la adopción internacional, en la que la Asamblea pide al Comité de Ministros que inste a los Estados miembros a ratificar el Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional, y que se comprometan a respetar los principios y reglas de éste en las relaciones con Estados que no lo hayan ratificado, así como a desarrollar la cooperación bilateral o multilateral indispensable para la aplicación efectiva de aquél.

Entre los cuatro Convenios internacionales específicos adoptados por el Consejo de Europa en materia de protección de menores resulta de trascendental relevancia ya en el marco del DIPr., y será analizado ampliamente en este trabajo, el Convenio Europeo relativo al 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, por ser uno de los primeros Convenios que, aún inspirados en la línea clásica del reconocimiento y ejecución de decisiones, incorpora la técnica de la CIA en problemas conectados con la protección internacional del menor⁴¹⁷. Las

⁴¹⁵ Para una relación actualizada de estas Resoluciones y Recomendaciones, *vid.*, <http://www.coe.fr/>.

⁴¹⁶ Sobre los principios e ideas directrices de esta Recomendación, que ya ponen de relieve la exigencia de estructuras de CIA entre los Estados, *vid.*, más ampliamente, E. Fosar Benlloch, «El Derecho internacional...», *cit.*, pp. 135-136.

⁴¹⁷ *B.O.E.*, núm. 210, de 1 de diciembre de 1984. Los otros tres Convenios adoptados por el Consejo de Europa en materia de protección de menores son: a) Convención Europea en materia de adopción de Niños, de 24 de abril de 1967; b) Convenio europeo sobre repatriación de menores de 28 de mayo de 1979; c) Convenio europeo sobre el Estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio de 15 de

insuficiencias de este texto con relación a la protección de los derechos de custodia y de visita, como se analizará más adelante, junto con las actuales exigencias de mejorar en el contexto nacional e internacional los aspectos relativos al derecho de visita, justifican los actuales trabajos de la Organización en esta materia; trabajos que, hasta el momento, han culminado en el Proyecto, de 7 de diciembre de 2001, de Convenio sobre las relaciones personales con los hijos⁴¹⁸.

Junto a esta regulación, primero general en el marco de los Derechos humanos, y luego sectorial, con relación a la protección del menor, comienza a gestarse a partir de los años 80 en el seno del Consejo de Europa, la necesidad de armonizar las legislaciones internas de los Estados parte respecto a la situación jurídica del menor en el binomio familia-Estado. En esta línea, se encuentra la Recomendación 874/1979, de 4 de octubre, de la Asamblea Parlamentaria relativa a la redacción de una Carta Europea de los Derechos del niño, y la Recomendación 1121/1990, de 1 de febrero, relativa a los derechos del niño. A partir de esta última Recomendación, el Consejo, consciente que la Convención de los Derechos del Niño de las NU es la Carta Magna de los Derechos del niño, opta por no elaborar un Convenio que reproduzca los derechos ya consagrados en ella, sino por desarrollar lo dispuesto en su art. 4, especialmente con relación a los derechos de los menores en los procedimientos que estén implicados. Este desarrollo se ha llevado a cabo con el Convenio sobre el Ejercicio de los Derechos del niño, de 25 de enero de 1996, Convenio en vigor desde el 1 de julio de 2000, pero que España todavía no ha ratificado.⁴¹⁹ Este nuevo texto no *self-executing* tiene por finalidad esencial facilitar el ejercicio de los derechos materiales del menor, atendiendo a su interés superior, creando y reforzando ciertos derechos procesales, que aseguren la información y participación del niño en los procedimientos que les afecten (*ad ex.*, aparte del derecho del menor a ser informado y expresar sus opiniones, derecho del niño a solicitar el nombramiento de un representante especial, cuando no se permita a los titulares de la responsabilidad

octubre de 1985 (sobre éstos, y al margen de las consideraciones que se realizarán sobre algunos de ellos más adelante, *vid.*, en general, J. A. Pérez Beviá, «La protección del menor...», *cit.*, pp. 58-70).

⁴¹⁸ El proyecto de este Convenio, así como el proyecto de su Informe explicativo puede consultarse en <http://www.coe.fr/>.

⁴¹⁹ Son Estados parte: República Checa, Alemania, Grecia, Letonia, Polonia y Eslovenia.

parental representarle)⁴²⁰. La elaboración y entrada en vigor de este nuevo Convenio, ha vuelto de nuevo a abrir la polémica doctrinal subyacente en toda la reglamentación de la protección del menor, entre aquellos autores que defienden la conveniencia de afirmar y desarrollar la individualidad del menor, en cuanto sujeto de derechos a imagen del adulto (y frente a sus progenitores), y aquellos otros, que más acertadamente, a mi juicio, sostienen que el proceso de positivización de los derechos del menor debe hacerse en torno a la idea que el menor es efectivamente sujeto de derechos pero, sobre todo, debe ser objeto de una especial protección⁴²¹.

b) La protección y promoción de los derechos de los menores en el proceso de integración europea

La protección del menor, lógicamente, no estuvo presente entre los objetivos de la integración europea en un primer momento, orientados exclusivamente a lograr la integración económica⁴²². La situación ha cambiado cualitativamente desde entonces, y el fenómeno de la integración, como es sabido, ha superado con creces el objetivo económico, afectando cada día más a todos los ciudadanos europeos⁴²³. Desde los años 80 comienza a detectarse por parte de las instituciones comunitarias una especial preocupación por la protección de la familia, en general, y por el menor, en particular. Actualmente, la Unión Europea continúa sin disponer de una política orientada

⁴²⁰ El texto del Convenio (ETS 160), así como el estado de sus ratificaciones puede consultarse en <http://www.coe.fr/>. Sobre su contenido, *vid.*, entre otros, Y. Benhamou, «La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants. Regard critique», *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 23-34; S. García Cano, «El Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niños de 25 de enero de 1996», *REDI*, vol. LII, 2000, 2, pp. 678-686.

⁴²¹ Entre los que han acogido satisfactoriamente el nuevo Convenio, *vid.*, A. Isola, «La Convention européenne sur l'exercice des droits de enfants», en J. Rubellin-Devichi y R. Frank (Dirs.), *L'enfant et les Conventions...*, *cit.*, pp. 83-88; N. Riomet, «Présentation de la Convention européenne et du projet sur l'exercice des droits des enfants», *ibid.*, pp. 89-94; entre los que, por el contrario, consideran que la Convención refuerza desmesuradamente el dogma de la autonomía del menor, *vid.*, *ad. ex.*, I. Barrière-Brousse, «L'enfant et les convention...», *cit.*, pp. 878-883.

⁴²² Todos los autores que se han ocupado de analizar la protección del menor en el Derecho comunitario, han denunciado unánimemente la escasa preocupación de las instituciones comunitarias sobre el tema (*vid.*, entre otros, M. Castillo, «La protection des enfants dans la Communauté Européenne», *Revue du Marche Commun*, núm. 337, 1990, pp. 361-369; P. Madrigal de Torres, «Síntesis de la Legislación comunitaria sobre derechos y protección social de los niños», *R.E.E.*, 1993, nº 5, pp. 109-121; F. J. García Más, «El menor ante el Derecho comunitario», *A.C.*, nº 38, 19 al 25 de octubre de 1998, pp. 923-938).

⁴²³ *Vid.*, *amplius*, sobre esta evolución, M. Fallon, «Droit familial et droit des Communautés européennes», *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, 3, pp. 361-400.

directamente a los niños, pero puede decirse que se encuentra en un momento de adaptación y puesta al día del Derecho comunitario europeo en materia de protección internacional de los menores, y sobre todo, con relación al resto de los instrumentos internacionales existentes en la materia⁴²⁴.

La protección y promoción del menor en el seno de la Unión, con carácter general, se ha llevado a cabo de manera dispersa, fragmentada y vertical, a través de diversos instrumentos jurídicos de distinto alcance, y sin alcanzar una regulación específica⁴²⁵. En este marco sectorial destacan, especialmente, en cuanto ponen de relieve la función promocional de los Estados miembros de la Unión en relación con los derechos de los niños, así como las exigencias de la cooperación internacional en situaciones internacionales que afectan a los niños: Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 sobre sustracción internacional de menores⁴²⁶; Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de julio de 1990, referente a la Convención de los Derechos del Niño⁴²⁷; Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 1991, sobre los problemas de los Niños en la Comunidad Europea⁴²⁸; Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño⁴²⁹; Resolución del Parlamento europeo sobre secuestro de niños de 9 de marzo de 1992⁴³⁰; Resolución del Parlamento Europeo de 18 de julio de 1996 sobre el secuestro de niños de matrimonios de distinta nacionalidad en los Estados miembros, Resolución del Parlamento Europeo sobre la mejora del derecho y de la

⁴²⁴ *Vid.*, sobre este proceso de adaptación, P. P. Miralles Sangro, «La obligación alimenticia. Hacia nuevas fórmulas de protección internacional de menores», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, *Derecho civil internacional*, pp. 207-236, esp., pp. 225-226.

⁴²⁵ *Vid.*, los distintos instrumentos, <http://europa.eu.int/>

⁴²⁶ Doc. A2-154/89, *D.O. C.*, núm. 158, de 26 de mayo de 1989. *Vid.*, también al respecto de este problema, pregunta escrita nº 952/90 del Sr. Ernest Glinne a la Comisión de las Comunidades Europeas, de 25 de abril de 1990 (*D.O. C* 233, 17 de septiembre de 1990), y pregunta escrita nº 3064/90 de la Sra. Mary Bannotti a la Comisión de las Comunidades Europeas, de 28 de enero de 1991 (*D.O. C* 227, 31 de agosto de 1991).

⁴²⁷ Doc. B3-1436/90, *D.O. C* 231, 17 de septiembre de 1990. En esta Resolución, el Parlamento Europeo insta a los Estados miembros su adhesión, sin reservas, al Convenio de las NU sobre los Derechos del Niño de 1989, sin perjuicio de la posterior adhesión de la Comunidad.

⁴²⁸ Doc. A3-314/91, *D.O. C* 13, 20 de enero de 1992.

⁴²⁹ Doc. A3-0172/92, *D.O. C* 241, 21 de septiembre de 1992.

⁴³⁰ Resolución A-3-0051/93, *DOCE*, nº C 115/34, de 26 de abril de 1993. Esta Resolución insta expresamente a la cooperación internacional entre autoridades, administrativas y judiciales, como mecanismo que se ha revelado especialmente eficaz en aras de lograr una mayor protección internacional de los menores. Se insta a los Estados miembros, que no lo hayan hecho, a ratificar el Convenio del Consejo de Europa de 20 de mayo de 1980 y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

cooperación entre los Estados Miembros en materia de adopción de menores de 12 de diciembre de 1996⁴³¹, Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 12 de diciembre de 1996⁴³², como especial jalón de este proceso, inspirándose directamente en los derechos sustantivos y procesales recogidos en la Convención de las NU sobre los Derechos del niño, art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento europeo, el Consejo, y la Comisión, en el Consejo Europeo de Niza el 7 diciembre de 2000⁴³³; y Resolución del Parlamento Europeo de 3 de marzo de 2001 sobre la sustracción de menores por uno de los padres.⁴³⁴

En el marco del DIPr., y como consecuencia de la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil, la Comunidad ha emprendido, como se apuntó anteriormente, y se volverá sobre ello más adelante, el «Proyecto de Reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil»⁴³⁵. En el ámbito de actuación de este programa se incluyen cuestiones relacionadas con la protección del menor, como son la de facilitar la ejecución de decisiones judiciales relativas al derecho de visita a fin de mejorar el ejercicio transfronterizo de dichos derechos, elaborar una solución comunitaria específica en los supuestos de sustracción internacional de menores, o ampliar el ámbito del Reglamento (CE) núm. 1347/2000, abordando la cuestión de la separación de las parejas no casadas, con especial

⁴³¹ Resolución A4-0392/96, DO C de 20 de enero de 1997. En esta Resolución se pide a los Estados miembros y a los Estados candidatos a la adhesión, que no lo hayan hecho, que ratifiquen cuanto antes el Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional.

⁴³² Resolución A4-0393/96. En esta Resolución el Parlamento insta a todos los Estados miembros a que suscriban, ratifiquen e integren en el ordenamiento jurídico nacional los instrumentos jurídicos ya existentes.

⁴³³ Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea-Proclamación solemne, DO 2000 C 364/1 Art. 24. 1º. «Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que le afecten, en función de su edad y su madurez»; 2. «En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial»; 3. «Todo menor tiene derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrario a sus intereses».

⁴³⁴ En esta nueva Resolución sobre sustracción internacional de menores, el Parlamento Europeo reitera su preocupación por los numerosos casos de sustracción internacional de menores por sus padres, y pide al Secretario General de las Naciones Unidas que adopte iniciativas para que la Convención de La Haya sea ratificada sin reservas por todos los países miembros de las Naciones Unidas y para que la apliquen.

⁴³⁵ Sobre éste, en general, *vid.*, C. González Beilfuss, «El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *REDI*, vol. LII, 2000, 2, pp. 662-668.

referencia al ejercicio de la responsabilidad parental respecto de los hijos comunes. En realidad, el único ámbito material nuevo de actuación del Programa relacionado con el menor distintos a los existentes ya en otros instrumentos comunitarios, es la solución comunitaria *ad hoc* en materia de sustracción⁴³⁶ y, tanto ésta como la seguida en materia de responsabilidad parental, como se verá a continuación, provoca problemas de fricción respecto a los Convenios específicos en estas materias existentes en el seno de la Conferencia de La Haya.

D) El modelo estatal de protección del menor en el Derecho español

a) Marco constitucional

Nuestra Constitución española de 1978 es un fiel ejemplo, al igual que la Convención de las NU sobre los Derechos del Niño de 1989, y que las modernas Constituciones del círculo jurídico de los países europeos, del proceso de publicación experimentado por el Derecho de los menores y del fenómeno del *puerocentrismo* operado en el Derecho de familia durante el siglo XX.

El art. 9.2 CE sanciona de manera general la función promocional del Estado en la realización de los derechos de los individuos, y diversos artículos del Título I desarrollan dicha función de manera específica. El Estado, los poderes públicos, están obligados en general a intervenir activamente no sólo para proteger, sino también para promover determinados valores y objetivos, y entre ellos se encuentra consagrado «la protección del menor». La plasmación constitucional de la relevancia de este principio se realiza principalmente por vía del art. 39.4: «*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*». La remisión que realiza este precepto (actualmente, de modo principal a la Convención de las NU sobre los Derechos del Niño de 1989) parece *a priori* innecesaria, ya que con carácter general, como es sabido, los Tratados internacionales ratificados por España se convierten en normas integradas en nuestro Ordenamiento jurídico, conforme a los

⁴³⁶ Respecto al derecho de visita, *vid.*, Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos; y respecto a la responsabilidad parental, se parte del Reglamento (CE) 1347/2000. Los trabajos de la Unión en materia de sustracción internacional de menores tienen su origen en la reunión informal de los ministros de Justicia e Interior de 14 de febrero de 2002.

arts. 96 CE y 1.5 C.c, y de acuerdo con el art. 10.2 CE, las normas relativas a los Derechos y libertades han de interpretarse conforme a los textos internacionales sobre Derechos humanos ratificados por nuestro país⁴³⁷. Sin embargo, a mi juicio, el art. 39.4 CE, debe interpretarse no sólo como un deseo del constituyente de resaltar la importancia de la protección del niño en nuestro Ordenamiento, sino también y principalmente, como se deduce de su encuadre sistemático en el marco de la Constitución, como un principio rector de la política social y económica, cuyo desarrollo vincula a todos los poderes públicos⁴³⁸. Principio rector de la política social que encuentra más expresamente su consagración en el marco de la protección que la CE confiere a la familia, concretamente, en el art. 39.2. Este precepto obliga a los poderes públicos a la protección integral de los hijos con independencia de su filiación, y pone a su vez de manifiesto el *puerocentrismo* que caracteriza al Derecho de familia en nuestros días, de modo que la protección que nuestra Constitución otorga a la familia gira en torno a la misma existencia de un menor, conllevando que sólo las normas que afecten a los menores presenten un carácter rigurosamente imperativo en el marco del Derecho de familia⁴³⁹.

Este modelo de protección constitucional del menor se diseña, de un lado, atribuyendo el deber prioritario de asistencia de los hijos a sus padres (art. 39.3), de otro, atribuyendo a los poderes públicos los deberes subsidiarios y complementarios de dicha protección; deberes que comprenden principalmente: la protección del núcleo familiar (art. 39.1), el no establecimiento de impedimentos legales que dificulten o discriminen algún modelo de familia, y la adopción de todas las medidas que

⁴³⁷ Puede verse sobre esta polémica, M. I. Álvarez González, *La protección de los Derechos...*, cit., pp. 154-156.

⁴³⁸ El encuadre sistemático de este principio constitucional ha sido objeto de crítica por algunos constitucionalistas, en el sentido que su tratamiento debería haberse singularizado en un artículo independiente a la protección de la familia, encuadrable también en el Capítulo III del Título I (*vid.*, en este sentido, J. Gálvez, «Artículo 39», en F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980, pp. 473-482, esp. pp. 475-476; O. Alzaga Villamil (*Derecho político español según la Constitución de 1978*, vol. II, Madrid, 1998, p. 209) se refiere al art. 39.4, como el «broche asistemático del precepto», considerándolo «muy laudable y digno de ser cumplido con particular esmero, pero que desde luego debería ir en artículo aparte, dentro del propio capítulo tercero en que se emplaza el art. 39, pues poco tiene que ver ni con las relaciones paterno filiales ni con las conyugales»). Sin embargo, en mi opinión, el art. 39.4 no puede ser interpretado aisladamente, sino en el conjunto del modelo de familia diseñado por nuestra Constitución en el art. 39 y, especialmente, respecto al apartado segundo de este precepto.

⁴³⁹ *Vid.*, J. Carrascosa González, *Matrimonio y elección de ley...*, cit., p. 77.

garanticen el desarrollo integral de los niños como personas humanas, colaborando y vigilando las instituciones creadas en el marco del Derecho de familia, y no limitando el alcance de su protección únicamente a los menores abandonados (art. 39.2)⁴⁴⁰.

Se es consciente, por una parte, que todos estos preceptos se enmarcan en el Capítulo III del Título I de nuestra Carta Magna, dentro de los principios rectores de la política social y económica, y no en el marco de los derechos fundamentales, estableciéndose por ello, como se sabe, una diferencia cualitativa muy importante en orden a su protección. Los primeros, conforme al art. 53.2, no recogen derechos individualmente exigibles, sino que contienen los principios informadores que deben orientar la actuación de todos los poderes públicos. Por otra parte, es cierto que algunos autores en nuestra doctrina han defendido por diferentes vías el carácter de derecho fundamental del «derecho a la protección y a la promoción del niño»⁴⁴¹, pero a mi juicio, junto con otro sector de la doctrina, el constituyente no ha elevado el principio de la protección del menor a la categoría de derecho fundamental⁴⁴², sino que ha asumido dicho principio como valor jurídico esencial, que debe inspirar a todo el Ordenamiento jurídico español, y ha vinculado a todos los poderes públicos a su efectiva realización, cada uno en su medida, siendo el legislador estatal el principal destinatario de dicha obligación⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Vid., sobre el modelo constitucional de protección del menor, Y. Gómez, *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1990, pp. 309-347; M. Moya Escudero, *Los aspectos personales...*, cit., pp. 19-20; J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias...*, cit., pp. 257-259, 321-326.

⁴⁴¹ Vid., especialmente, G. Esteban de la Rosa (*El acogimiento...*, cit., p. 32), quién defiende la existencia del «derecho fundamental a la protección y a la promoción del niño», como un derecho de estructura compleja que se caracterizaría por asumir las normas de «tutela judicial efectiva» y «contenido esencial» (art. 53.2 CE). Otros autores, más matizadamente, plantean la cuestión en otro sentido, interpretando que aunque el art. 39 no se encuentre entre los preceptos que reciben la especial tutela de los derechos y libertades fundamentales (arts. 53 y 54), en la medida que los niños son personas, también son titulares de esos derechos y libertades que merecen dicha tutela (vid., esta dirección, ad. ex., M. D. Adam Muñoz, *La Ley Orgánica 1/1996...*, cit., pp. 61-66; P. P. Miralles Sangro, «La ratificación por España...», cit., pp. 533).

⁴⁴² Vid., en este mismo sentido, entre otros, J. Gálvez, «Artículo 39», cit., pp. 478-480; J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias...*, cit., pp. 257-259. En mi opinión, creo que si el constituyente hubiera querido elevar el principio de la protección y promoción del menor a la categoría de derecho fundamental, lo hubiera incluido expresamente en el capítulo segundo, tal como se propuso en la enmienda núm. 481 del Grupo Parlamentario Mixto (vid., la citada enmienda en J. Gálvez, «Artículo 39», cit., p. 476, nota 1).

⁴⁴³ Vid., sobre la importante eficacia de estos principios en el conjunto de la Constitución, *amplius*, E. Cobreros Mendazosa, «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1987, nº 19, pp. 27-59. Este autor define a

b) Normativa estatal

El nuevo modelo estatal de protección del menor diseñado por nuestra CE va a inspirar las sucesivas reformas legislativas realizadas en nuestro Derecho interno en materia de familia y de protección de menores. Dicho proceso de adaptación se ha llevado a cabo ciertamente de manera desordenada, mediante sucesivas reformas legislativas que se jalonan principalmente en las siguientes leyes: Ley 11/1981 que modificó el régimen de filiación y patria potestad⁴⁴⁴; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela⁴⁴⁵; Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la LEC en materia de adopción y otras formas de protección de menores⁴⁴⁶; Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del

los principios rectores constitucionales como «determinaciones de fines de Estado», que no son sólo directivas cuyo destinatario es el legislador, sino que es el Estado en su conjunto el que se ha implicado en su consecución.

⁴⁴⁴ Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (*B.O.E.*, núm. 119, de 19 de mayo). Ley fundamental que suprimió la distinción entre la filiación legítima e ilegítima, equiparó a ambos progenitores a efectos del ejercicio de la patria potestad, e introdujo la investigación de la paternidad.

⁴⁴⁵ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela (*B.O.E.*, núm. 256, de 26 de octubre de 1983).

⁴⁴⁶ Ley 11/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (*B.O.E.*, núm. 275, de 17 de noviembre). Esta ley confirió el principal impulso a la acentuación de la responsabilidad estatal en nuestro sistema de protección de menores, desjudicializando los escalones primarios de la protección del menor, potenciando el papel de las entidades públicas, reforzando la figura del Ministerio Fiscal, y generalizando el interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el mismo (tanto administrativas como judiciales). Desde la óptica del DIPr. también significó una importante reforma, en cuanto que modificó el art. 9.5 C.c. relativo al régimen común de la adopción internacional hasta ese momento. Respecto al giro copernicano que significó esta Ley en nuestro sistema de protección de menores desde la óptica del DIPr., puede verse, entre otros, J. M. Espinar Vicente, «La modificación del artículo 9.5 del Código Civil en el Proyecto de reforma sobre la adopción», *La Ley*, 1986, núm. 4, pp. 996-1001; N. Bouza Vidal, «La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado», *R.G.L.J.*, 1987, 6, pp. 897-931; P. Rodríguez Mateos, «La nueva orientación en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre», *La Ley*, nº 2070, 4 de octubre de 1988, pp. 1-4; entre la doctrina civilista y procesalista, F. Lledó Yagë, «Comentario al Proyecto de Ley de adopción», *A.D.C.*, 1986, t. XXXIX, pp. 1193-1216; J. Arce y Flores-Valdés, «El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987», *R.G.L.J.*, 1987, núm. 5, pp. 741-784; E. Valladares Rascón, «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *P.J.*, 1988, núm. 9, pp. 29-59; M. Ortells Ramos, «La competencia judicial en la Ley de la adopción», *Justicia*, 1988, núm. IV, pp. 835-857; J. Ramos Sánchez, «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», *La Ley*, 1989, núm. 2, pp. 997-1012; I. Díaz de Lezcano Sevillano, «Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción», *R.C.D.I.*, 1989, nº 590, pp. 9-35; J. J. Muerza Esparza, «Principios procesales de la nueva Ley de Adopción», *La Ley*, 1990, núm. 1, pp. 1109-1116; B. Vargas Cabrera, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», *A.D.C.*, 1991, t. XLIV, pp. 611-695.

Menor (LOPJM), que ha aspirado a erigirse como la Carta Magna o el estatuto de la protección de los niños en nuestro sistema interno; y finalmente, con relación a la adopción internacional, Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5º, del Código civil⁴⁴⁷

Entre las ideas directrices de la LOPJM, que como se sabe no ha sido acogida con demasiada fortuna por nuestra doctrina⁴⁴⁸, se encuentra una clara acentuación de la responsabilidad pública en la protección del menor, en desarrollo del modelo del modelo de protección integral de los menores definido en el art. 39 CE. La nueva Ley pretende dirigirse no sólo a los menores que se encuentren en situación irregular, sino a cualquier menor en cualquier situación jurídica⁴⁴⁹. Entre las muchas críticas que ha suscitado este pretendido Estatuto del Menor, a mi juicio, la más importante a efectos de este estudio, es que el legislador español con esta ley no ha cumplido adecuadamente sus obligaciones convencionales, asumidas como se ha visto con anterioridad en la Convención de las Naciones Unidas de 1989, así como en otros Convenios internacionales que se ocupan de la reglamentación de la protección del menor en el ámbito del DIPr., y que forman parte de nuestro Ordenamiento jurídico. En ocasiones, el legislador se ha limitado a declarar algunos de los derechos ya recogidos en el primero de los Convenios, cuando debería haberlos desarrollado legislativamente para hacer posible su efectiva realización (*ad. ex.*, derecho de los hijos a mantener relaciones con ambos padres previsto en el art. 10.2 del Convenio de

⁴⁴⁷ BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1999.

⁴⁴⁸ Las críticas han sido vertidas fundamentalmente respecto a la primera parte de la Ley (donde se encariñan los derechos del menor, las medidas y principios rectores de la acción administrativa, las actuaciones en situación de desprotección social del menor, e instituciones de protección de menores, *versus* una segunda parte, técnicamente mucho más sistemática y perfecta, que es la relativa esencialmente a la modificaciones del C.c., a los efectos de armonizar las instituciones ya existentes o nuevas). Puede verse una dura crítica a la primera parte, entre otros, A. Gullón Ballesteros, «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, 1996, núm. 3970, pp. 1-8; M. D. Adam Muñoz, *La Ley Orgánica 1/1996...*, *cit.*, pp. 52-55; M. Linacero de la Fuente, «La protección del menor en el Derecho español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *A.C.*, núm. 48, pp. 1573-1626.

⁴⁴⁹ Esta idea de acentuación de la responsabilidad estatal se desprende tanto de la extensa Exposición de Motivos de la ley, como de su articulado (*vid.*, entre otros, C. García Varela, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto», *A.C.*, nº 12, pp. 261-282, esp., pp. 275-276). No obstante, tampoco han faltado autores que han criticado la preeminencia de los poderes públicos (*vid.*, *ad. ex.*, A. Gullón Ballesteros, «Sobre la Ley 1/1996...», *cit.*, p. 1; M. Alonso Pérez, «La situación jurídica del menor...», *cit.*, p. 23).

las NU⁴⁵⁰) y, en otros casos, aunque procedió a su regulación efectiva dictando normas procesales de desarrollo, el resultado ha sido claramente insuficiente e insatisfactorio (*ad. ex.*, como se verá a continuación, adopción de medidas relativas al retorno de los menores en supuestos de sustracción internacional, con relación al art. 11 del Convenio de las NU)⁴⁵¹.

c) Normativa autonómica

Al mismo tiempo que se producían estas desordenadas reformas al nivel de carácter interno, las Comunidades Autónomas (CCAA) iban asumiendo progresivamente a partir de 1987, por distintas vías, competencias y potestades en materia de protección de menores, promulgando normas relacionadas con dicha protección en el ámbito territorial correspondiente a cada una de ellas⁴⁵².

⁴⁵⁰ *Vid.*, especialmente, la severa crítica en este sentido de M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 13.

⁴⁵¹ *Vid.*, *infra*, Cap. III, 3. 4. D) b) 2º.

⁴⁵² Todas las CCAA han legislado en materia de protección de menores, ANDALUCÍA, Ley 1/1998 de 20 de abril, de regulación de los derechos y la atención al menor (*BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1998); ARAGÓN, Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores (*BOE* núm. 5, de 5 de enero de 1990); ASTURIAS, Ley 1/1995, de 27 de enero, sobre protección de menores (*BOE* núm. 94, de 20 de abril de 1995); CANARIAS, Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (*BOE* núm. 63, 14 de marzo de 1997); CANTABRIA, Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de infancia y adolescencia (*BOE* núm. 127, de 28 de mayo de 1999); CASTILLA LA MANCHA, Ley 3/1999, de 31 de marzo, de menores (*BOE* núm. 124, de 25 de mayo de 1999); CATALUÑA, Ley 8/1995, de 27 de junio, de atención y protección de los niños y los adolescentes (*BOE* núm. 207, de 30 de agosto de 1995); EXTREMADURA, Ley 4/1994 de 10 de noviembre de protección y atención a menores (*BOE* núm. 309, de 27 de diciembre de 1994); GALICIA, Ley 3/1997, de 9 de junio de familia, infancia y adolescencia: protección jurídica, económica, y social (*BOE* núm. 165, de 11 de julio de 1997); ISLAS BALEARES, Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados (*BOE* núm. 119, de 19 de mayo de 1995); LA RIOJA, Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor (*BOE* núm. 79, de 2 de abril de 1998); MADRID, Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantía de los derechos de la infancia y de la adolescencia (*BOE*, núm. 183, de 2 de agosto de 1995); COMUNIDAD VALENCIANA, Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia (*BOE* núm. 21, de 25 de enero de 1995); MURCIA, Ley 3/1995, de 21 de marzo de la infancia (*BOE* núm. 86, de 12 de abril de 1995). Un análisis de las distintas leyes, puede verse, C. Hernández Ibáñez, *La situación jurídica del menor en el marco de las Leyes de las Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 1998. Respecto a algunas normativas concretas, *vid.*, A. Borrás, «Protección de menores, tutela y adopción: la nueva regulación en Cataluña y en Castilla-León», *R.E.D.I.*, vol. XLIV, 1992, 1, pp. 276-277; I. Tena Piazuelo, «Instrumentos de protección de menores de la ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989», *R.D.P.*, 1993, pp. 685-721; J. J. Forner Delaygua, «Protección de menores: modificación de la legislación catalana», *R.E.D.I.*, vol. XLVII, 1995, 2, pp. 480-485; B. Campuzano Díaz, «La Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y atención al menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía», *R.E.D.I.*, vol. L, 1998, 2, pp. 304-307; A. Rodríguez Benot y C. Hornero Méndez (Eds.), *La protección del menor en Andalucía. Tres estudios sobre la Ley Andaluza de los Derechos y la Atención al Menor*, Comares, Granada, 2000; D. Palacios González, *Aspectos civiles de la protección de menores en el*

La LOPJM ha significado un importante impulso en la acción normativa de las CCAA, erigiéndolas como piezas claves del sistema de protección articulado en ella, y delimitando el ámbito normativo correspondiente a la legislación estatal y a la legislación autonómica⁴⁵³. En la LOPJM, al igual que en todos los textos relativos a la protección del menor, el desarrollo de la persona del menor y su protección corresponde prioritariamente a su familia de origen⁴⁵⁴, pero cuando esta protección quiebra, se prevén por la Ley una amplia serie de actuaciones e instituciones de protección para prevenir y, en su caso, reparar la situación de desprotección social en la que el menor pueda hallarse, atribuyendo a las Entidades públicas a las que en el respectivo territorio, este encomendada la protección de menores, importantes potestades y facultades tuitivas en la materia⁴⁵⁵. La progresiva asunción de competencias por parte de las CCAA en el sistema estatal de protección de menores plantea interesantes cuestiones desde el prisma del DIPr., incorporando el problema de

Principado de Asturias. La Ley 1/1995 del Principado de Asturias tras la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, Principado de Asturias, Consejería de Asuntos Sociales, 1999; desde una perspectiva comparada, C. Girón López, «Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores», en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, cit., pp. 29-45.

⁴⁵³ *Vid.*, especialmente, el apartado tercero de su Exposición de Motivos, en el que se proclama el deseo de ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre el Estado y las CCAA; y la disposición final vigésima primera, en la que se procede a clarificar dicho reparto, que ha suscitado tanta polémica doctrinal. Sobre las competencias autonómicas en materias de protección de menores, *vid.*, entre otros, J. I. Iglesias Redondo, *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedes, Barcelona, 1996, pp. 27-62; *id.*, «La competencia legislativa en materia de protección de menores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 23, monográfico, *Protección de Menores*, 1998; E. Hinojosa Martínez, «La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas y el alcance de la intervención judicial en relación con la protección de menores», en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *La protección jurídica del menor*, cit., pp. 1-14; C. Carretero Espinosa de los Monteros, «La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores», *ibid.*, pp. 15-27.

⁴⁵⁴ Entre los principios rectores de la acción administrativa recogidos en el Cap. III del Tit. I figura el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés [art. 11.2 b)].

⁴⁵⁵ El protagonismo que las Entidades públicas autonómicas competentes han ido adquiriendo en materia de protección de menores en nuestro sistema es consecuencia de una de las finalidades que persiguió el legislador de 1987: superar la consideración de la protección de los menores como una cuestión preponderantemente propia o exclusiva de la Administración de Justicia, y considerarla mucho más como competencia de los servicios sociales de la Administración. Las Entidades públicas se convierten ya en pieza clave del sistema con la Ley 1987 (*vid.*, párr. octavo del Preámbulo), y con la LOPJM sus funciones van a quedar descentralizadas, acercándose mucho más al menor. De este modo, la Disposición final vigésima segunda de la LOPJM, que deroga el párrafo primero de la Disposición Adicional primera de la Ley de 1987, establece que las Entidades Públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización (sobre éstas, *vid.*, entre otros, J. L. Sevilla Bujalance, «El papel de las Entidades Públicas de protección del menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *BIMJ*, núm. 1794, 1997, pp. 823-835).

la dimensión interna en su ámbito, es decir, el denominado problema de Derecho interregional en España y, especialmente, el no siempre tomado en consideración, carácter expansivo de la normativa convencional a las relaciones heterogéneas de carácter interno⁴⁵⁶. En efecto, la incidencia de la normativa convencional en nuestro Derecho interno en materia de protección de menores plantea importantes y delicadas cuestiones, como ad., ex., la alteración de la competencia exclusiva del Estado para dictar normas que solucionen conflictos de leyes (art. 149.1.8. CE)⁴⁵⁷, o la posibilidad de aplicar determinados Convenios sobre ley aplicable de carácter *erga omnes* a las relaciones interregionales que impliquen un conflicto de leyes, sustituyendo a la correspondiente norma de conflicto del C.c., inicialmente aplicable a partir de lo dispuesto en el art. 16 C.c.⁴⁵⁸.

A efectos de este estudio sobre los Convenios internacionales que en materia de protección de menores establecen mecanismos de cooperación internacional entre autoridades judiciales y administrativas, la cuestión principal que plantea mayor interés es la conocida problemática de la proyección externa de las competencias asumidas en materia de protección de menores por las CCAA⁴⁵⁹. La gran mayoría de los Convenios internacionales sobre protección de menores en el ámbito del DIPr. analizados en este trabajo contemplan la posibilidad de la diversificación territorial de

⁴⁵⁶ *Vid.*, en general, en nuestra doctrina, entre otros, J. D. González Campos, «Los conflictos internos en el sistema español de Derecho internacional privado», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, UNED, vol. I, *cit.*, pp. 67-81; M. E. Zabalo Escudero, «Artículo 16, Apartado 1», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 2ª ed., 1995, pp. 1529-1282; J. J. Álvarez Rubio, «La actual configuración de los presupuestos generales del sistema español de Derecho interregional», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 48, 1997, pp. 9-42, *id.*, «La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz 1997*, Madrid, 1998, pp. 275-321; S. A. Sánchez Lorenzo, «La aplicación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española», *REDI*, vol. XLV, 1993-1, pp. 131-148.

⁴⁵⁷ Esta alteración se deduce del hecho de que las leyes autonómicas sobre protección de menores dictan normas que solucionan conflictos de leyes, determinando el ámbito de aplicación espacial de la propia norma autonómica mediante normas autolimitadas: *ad. ex.*, art. 2 de la Ley de Extremadura 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a los menores, cuando a través de una norma autolimitada extiende la aplicación de la legislación autonómica a los menores de edad que tengan su domicilio o se hallen eventualmente en la correspondiente Comunidad (*vid.*, sobre esta cuestión, *ad. ex.*, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La protección del menor...», *cit.*, pp. 47-48).

⁴⁵⁸ Debe recordarse que existen Convenios que permiten al Estado decidir acerca de su aplicación (o no) a las situaciones internas, siempre que éstas generen un conflicto de leyes [*vid.*, más detenidamente, *infra*, Cap. I, III. 6. C)].

⁴⁵⁹ *Vid.*, J. D. González Campos, «Los conflictos internos en el sistema español...», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, esp. pp. 80-81.

las Autoridades centrales que instituyen para alcanzar sus objetivos. La cuestión que las CCAA puedan realizar actuaciones en materia de protección de menores que se proyecten fuera de España, es un nuevo problema derivado del carácter expansivo de la normativa convencional a la dimensión interna en nuestro país, al que se prestará especial atención en este trabajo, y que es reflejo una vez más del creciente protagonismo de los entes públicos en este sector⁴⁶⁰.

En conclusión, deben retenerse las siguientes ideas para justificar la exigencia de la CIA en la reglamentación de la protección internacional del menor: 1º) La progresiva presencia de autoridades judiciales y administrativas en la articulación de la protección del menor, y la consecuente interrelación entre el Derecho privado y el Derecho público en su reglamentación, debe explicarse desde el fenómeno de publicitación experimentado en el Derecho de los menores durante el siglo XX. Los Estados asumen la obligación constitucional y/o internacional de proteger integralmente a los menores en el marco de la familia y de la sociedad, y desde el punto de vista jurídico, esta obligación, junto con la progresiva retirada del Derecho del ámbito familiar, conduce a un Derecho de familia *puerocéntrico*. Respecto al Estado español, dicha obligación se impone principalmente en la Carta Magna (art. 39.2 y 4) y en la Convención de los Derechos de las NU de 1989 sobre los Derechos del Niño; 2º) En el actual contexto internacional descrito de internacionalización de los conflictos familiares, conflicto de civilizaciones, e internacionalización de la condición del menor, esta obligación estatal lleva implícita la obligación de las autoridades públicas de un Estado de cooperar con las autoridades judiciales y administrativas de otros Estados que puedan verse implicadas en una determinada situación respecto a un menor. Así se recoge expresamente en la Convención de las NU sobre los Derechos del Niño, y se deduce implícitamente del contenido del art. 39.2 CE. Por tanto, en materia de protección de menores, al igual que se sostenía anteriormente respecto a la fundamentación de la obligación de cooperar de nuestras autoridades en el proceso civil con elemento extranjero, las autoridades españolas están obligadas a cooperar porque el Estado español ha asumido la obligación constitucional y convencional de proteger integralmente a los menores y,

⁴⁶⁰ *Vid.*, especialmente, *infra*, Cap. II, III. 3. C) b).

consecuentemente, de cooperar en el ámbito internacional con las autoridades judiciales y administrativas de otros Estados para realizar dicha protección. En la materia relativa a la cooperación procesal internacional, la justificación de la CIA se halla en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24), y en materia de protección de menores se encuentra más concretamente, relacionado con éste, en el valor constitucional del interés del menor (art. 39. 2 y 4 CE); 3º) Paralelamente, desde la perspectiva de la reglamentación de la protección del menor en el DIPr., el interés del menor, como se verá a continuación, no sólo ha obligado a una revisión progresiva de los métodos tradicionales de DIPr. (*vid.*, Cap. I), sino que ha puesto de relieve la insuficiencia del tríptico normativo clásico *per se* para su efectiva realización, y la necesidad de acudir al empleo progresivo de la técnica de la CIA en los Convenios internacionales que reglamentan dicha protección. Finalmente, el mismo interés superior del menor ha exigido, como es aceptado por cierta parte de la doctrina, reivindicar la autonomía de un Derecho internacional privado del menor, separado de su sede natural estudio, es decir, el estatuto personal⁴⁶¹.

III. Delimitación de la normativa objeto de estudio

1. Consideraciones previas

En este Capítulo introductorio, finalmente, debe realizarse un proceso de delimitación de la normativa sobre protección de menores que utiliza la CIA en su reglamentación, y que va a ser la analizada en los capítulos que siguen. Para ello resulta imprescindible conocer su relación y posición en el sistema español de DIPr. sobre protección de menores. En primer lugar, debe partirse de la idea nuclear que la protección del menor queda organizada en nuestro sistema en dos niveles distintos y complementarios, que han venido determinados en gran medida por la normativa convencional al respecto. En efecto, los problemas relativos a la protección internacional de los menores en las relaciones privadas internacionales han centrado la

⁴⁶¹ *Vid.*, entre otros, E. Pérez Vera, «El menor en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado», *R.E.D.I.*, vol. XLV, 1993-1, pp. 101-114, esp. p. 113; P. P. Miralles Sangro, «La obligación alimenticia. Especial referencia a la protección de la persona del menor», p. 222; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado, cit.*, pp. 419-424.

atención del legislador internacional durante todo el siglo XX. Entre los Convenios que se han ocupado de reglamentar su protección se distinguen claramente dos categorías o modalidades de textos en atención al específico objeto de su regulación. De un lado, aquellos textos que pueden denominarse Convenios generales de la protección del menor, en el sentido de que procuran potencialmente regular de una manera global la totalidad de los problemas que afectan a su persona y a sus bienes en las relaciones privadas internacionales; y, de otro, los Convenios que se ocupan de aspectos específicos concernientes a los menores en el contexto internacional que por su particular importancia justifican un tratamiento autónomo (sustracción internacional de menores, obligaciones alimenticias respecto a menores, y adopción internacional)⁴⁶². La CIA interviene, como se verá ampliamente, de muy distinto modo en cada una de estas dos categorías, y para llevar a cabo la delimitación sobre la reglamentación de la misma se ha optado por presentar, en primer lugar, la regulación sobre las medidas de protección del menor en general y, en segundo lugar, por acercarse a cada uno de los problemas específicos que han dado lugar a una reglamentación específica.

2. La reglamentación de las medidas de protección del menor in genere

A) Consideraciones previas

Los Convenios internacionales que tratan sobre las mismas, al tratar de ofrecer una respuesta global a la protección de los menores, se refieren en términos generales a la competencia judicial internacional, al Derecho aplicable y al reconocimiento de decisiones. En esta línea, en el ámbito de la Conferencia de La Haya se han adoptado tres Convenios sucesivos que han ido adaptándose a la evolución y, fundamentalmente, publicación que, como se ha analizado, ha experimentado la protección del menor durante el siglo XX. En ellos la CIA ha ido incorporándose progresivamente en su reglamentación desde un simple intercambio de información

⁴⁶² *Vid.*, sobre la protección de los menores en general en el ámbito del DIPr., en la doctrina española, entre otros, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La protección del menor...», *cit.*, pp. 33-56; *id.*, «La tutela y las demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado», *B.I.M.J.*, núm. 1766, 1996, pp. 7-30; con especial referencia a la Conferencia de La Haya, E. Pérez Vera, «El menor en los Convenios...», *cit.*, pp. 101-114; A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor...», *cit.*, pp. 47-99.

entre las autoridades nacionales competentes hasta convertirse en pieza esencial mediante el establecimiento de un sistema de Autoridades centrales. Los principales hitos, a modo de presentación, han sido tres sucesivos Convenios internacionales.

B) Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre tutela de los menores.

Este Convenio, como su denominación indica, extiende su ámbito de aplicación material exclusivamente a la tutela *stricto sensu*, en consonancia con la dimensión familiar que presidía a principios de siglo la protección del menor. El Convenio fue ratificado en su día por España⁴⁶³, y actualmente todavía sigue en vigor en las relaciones de nuestro país con Bélgica y Rumania. Su ámbito de aplicación personal se limita a los menores que sean nacionales y tengan la residencia habitual en uno de dichos Estados⁴⁶⁴. Es un Convenio fundamentalmente, y como se verá más detenidamente, de Derecho aplicable, que se refiere sólo accesoriamente a la competencia de las autoridades para adoptar medidas de tutela, y que no regula de manera expresa el reconocimiento y la ejecución en otro Estado de las medidas de protección adoptadas por otro. Consagra un sistema articulado en torno a la competencia de las autoridades y de la ley del país de la nacionalidad del menor, y unos muy limitados mecanismos de cooperación entre las autoridades competentes.

C) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores

El Convenio de La Haya de 1961 surge de las insuficiencias del mecanismo previsto en el Convenio de La Haya de 1902, puestos de manifiesto, como se verá más adelante, por el caso *Boll*⁴⁶⁵. Actualmente, constituye el texto en vigor en nuestro sistema en la materia, aplicándose personalmente a los menores que tengan su

⁴⁶³ Ratificado el 30 de junio de 1904, *Gaceta de Madrid*, núm. 121, 1 de mayo de 1995 (*vid.* sobre su incidencia en nuestro sistema, A. Marín López, «Los conflictos de leyes en materia de tutela», *R.E.D.I.*, 1960, pp. 413-542, esp. p. 440).

⁴⁶⁴ Aunque también se admite excepcionalmente su aplicación para adoptar medidas de urgencia o provisionales en relación con los menores que sean nacionales de un Estado contratante y no tengan su residencia habitual en el territorio de uno de esos Estados (art. 9).

⁴⁶⁵ *B.O.E.*, núm. 199, 20 de agosto de 1987. El Convenio de 1961 sustituye en las relaciones entre los Estados parte al Convenio de 1902 (art. 18).

residencia habitual en uno de los Estados contratantes⁴⁶⁶ y, materialmente, en sentido amplio, a diferencia de su precedente, a la adopción de cualquier tipo de medida encaminadas a proteger la persona o bienes del menor⁴⁶⁷. Se trata de un texto de compromiso que ya pone el acento en el problema de la competencia de las autoridades, primando teóricamente a las autoridades de la residencia habitual, con una serie de excepciones; y desde el punto de vista del Derecho aplicable acoge el principio de la coincidencia entre *forum-ius*, siendo aplicable la ley interna de la autoridad interviniente. A pesar de la primacía teórica de la conexión de la residencia habitual del menor, una serie de excepciones y mecanismos, fundamentalmente su polémico art. 3, limitan la competencia de las autoridades facultadas para adoptar medidas de protección del menor, y aseguran la primacía de ley nacional de éste. El Convenio tampoco regula de manera expresa el reconocimiento y ejecución de las medidas adoptadas por otro Estado, y aunque ya en su espíritu late el deseo de potenciar la cooperación entre las autoridades competentes en el funcionamiento del texto, el sistema instaurado se ha mostrado claramente insuficiente

D) Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños

El Convenio de La Haya de 1996 está llamado a sustituir, según su art. 51, entre los Estados contratantes, a los Convenios precedentes de 1902 y 1961, y nace como consecuencia de la necesaria revisión de este último, introduciendo importantes

⁴⁶⁶ Son Estados Parte: Alemania, Austria, China (Región administrativa especial de Macao), España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza, y Turquía (para otras informaciones relativas al Convenio, *vid.*, <http://www.hcch.net>).

⁴⁶⁷ Esta delimitación material no es ajena al espíritu y fin del Convenio, que persigue la protección del menor *in genere*, procurando englobar en su ámbito, no sólo la tutela e instituciones de protección del menor de carácter privado, sino fundamentalmente las medidas de carácter administrativo. De este modo se evita cualquier cuestión de calificación jurídica y puede (y debe) interpretarse su ámbito de aplicación material de manera amplia y extensiva (*vid.*, S. Álvarez González, «Artículo 9, Apartado 6», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., *cit.*, pp. 259-282, esp. pp. 271-282; J. M. Castro-Rial Canosa, «El Convenio...», *cit.*, pp. 19 y 20). Esta opción, no obstante, no deja de plantear algunos problemas [*vid.*, *infra*, Cap. I, III. 1. D) c)].

novedades respecto al mismo⁴⁶⁸. Aparte de delimitar minuciosamente su ámbito de aplicación, regula como eje nuclear del texto la cuestión de la competencia de las autoridades, primando las de la residencia habitual del menor; respecto a la cuestión del Derecho aplicable, hace coincidir una vez más *forum-ius*, pero permitiendo excepcionalmente la separación de competencias vía cláusula de excepción en interés del menor; por primera vez de manera expresa regula la cuestión del reconocimiento y ejecución de decisiones adoptadas por otros Estados y, fundamentalmente, por primera vez en este ámbito, introduce un capítulo específico destinado a establecer y regular los mecanismos de CIA considerados oportunos para el logro de los objetivos convencionales.

El Convenio, que entró en vigor, el 1 de enero de 2002 en Mónaco, Eslovaquia y la República Checa, no ha sido ratificado aún por España ni por algún otro de los Estados miembros de la Unión Europea⁴⁶⁹, puesto que, como consecuencia de las citadas consecuencias *ad extra* de la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil y la regulación de la Comunidad en este ámbito material, se encuentra abierta en el seno de la Unión Europea una delicada cuestión en torno a las competencias externas de la Comunidad y la posible adhesión por los Estados miembros y/o la Comunidad al citado Convenio⁴⁷⁰. El estado actual de la cuestión, tomando en consideración que la Comunidad no puede adherirse al Convenio de La Haya de 1996, y que ésta reconoce que el Convenio constituiría una valiosa contribución a la protección de los niños en las situaciones que superan el ámbito comunitario, complementando las actuales y futuras normas comunitarias en la materia, se encuentra en una Propuesta de Decisión del Consejo, presentada por la

⁴⁶⁸ El Convenio y su Informe explicativo, realizado por P. Lagarde («Rapport explicatif de la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants»), puede consultarse en <http://www.hcch.net>

⁴⁶⁹ El Convenio además ha sido firmado, pero no ratificado, por Marruecos, Países Bajos y Polonia y Letonia (para otras informaciones relativas al Convenio, *vid.*, <http://www.hcch.net>).

⁴⁷⁰ En efecto, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE sobre competencias externas, los Estados miembros ya no son libres de adherirse individualmente al Convenio de 1996, en la medida que sus disposiciones sobre competencia judicial y ejecución afectan a normas comunitarias (Reglamento «Bruselas II»). Por tanto, se trata de una competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros. El citado Reglamento 1347/2000 queda excluido básicamente de este estudio, en tanto que puede encuadrarse en un instrumento de corte clásico, que introduce normas sobre competencia judicial internacional y normas de reconocimiento, sin incorporar la técnica de la CIA.

Comisión, por la que ésta le propone al Consejo que autorice a los Estados miembros vinculados por normas comunitarias en esta materia a firmar en interés de la Comunidad Europea el Convenio de La Haya de 1996⁴⁷¹. Esta autorización, que debe considerarse excepcional⁴⁷², queda supeditada a que los Estados miembros hagan una declaración específica al firmar el Convenio⁴⁷³, y a la apertura de negociaciones con vistas a la adhesión de la Comunidad lo antes posible.

3. La reglamentación de la protección del menor en supuestos específicos

A) La sustracción internacional de menores

a) Aproximación al fenómeno

No cabe duda que el fenómeno de la sustracción internacional de menores, secuestro, retención, traslado ilícito, o *Legal Kidnapping*, ha sido el tema estrella en materia de protección internacional de menores en la década de los 80 y 90, dando lugar a una extensísima literatura jurídica al respecto⁴⁷⁴. Aunque no es un problema

⁴⁷¹ Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad Europea el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (Convenio de La Haya de 1996), Bruselas, 20 de noviembre de 2001, COM (2001) 680 final.

⁴⁷² En tanto que implica una excepción al procedimiento habitual del ejercicio de la competencia comunitario en virtud del art. 300 TCE. La Comisión justifica su excepcionalidad en el interés que ofrece el Convenio de 1996 para la protección de los niños y por la necesidad que entre en vigor lo antes posible, pero insiste, en todo caso, en que la decisión no debe de ninguna manera sentar precedente alguno (*vid.*, «Propuesta de Decisión del Consejo...», *cit.*, p. 29 de la Exposición de Motivos).

⁴⁷³ Dicha declaración consiste en lo siguiente: «*Los Estados miembros de la Comunidad Europea han sido autorizados, en interés de la Comunidad, a expresar su consentimiento a vincularse por las disposiciones del Convenio que son competencia de la Comunidad. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 52 del Convenio, éste primará sobre las normas comunitarias por cuanto respecta a los menores que no tengan su residencia habitual en un Estado miembro sino en otro Estado contratante. Se tomarán, a la mayor brevedad posible, las disposiciones necesarias para iniciar la negociación de un protocolo que posibilite la adhesión de la Comunidad y preserve la aplicación de las normas comunitarias para el reconocimiento y la ejecución en un Estado miembro de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro. A efectos de la presente declaración, se entenderá por "Estado miembro" los Estados miembros de la Comunidad Europea vinculados por normas comunes en los ámbitos regulados por el Convenio*» (*vid.*, «Propuesta de Decisión del Consejo...», *cit.*, Anexo).

⁴⁷⁴ La bibliografía suscitada en torno al tema de la sustracción internacional de menores es amplísima. En la doctrina extranjera, sólo con carácter general, puede verse, entre otros, A. Dyer, «International Child Abduction by parents», *R. des C.*, 1980-III, t. 168, pp. 231-268; L. Chatin, «Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en Droit international privé», *Travaux Com. fr.dr. int. pr.*, 1981-82, pp. 107-138; P. Jenard, «Les enlèvements internationaux d'enfants et l'administration», *Rev. belge dr. int.*, 1988-1, vol. XXI, pp. 35-59; F. Mosconi/D. Rinoldi (Eds.), *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitori. Studi e documenti sul "Kidnapping" internazionale*, Padova, 1988; A. Clemang y V. Hoffmann, «Les enlèvements internationaux de mineurs», en R. Ganghofer (Dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 633-644; F. Monéger, «Les enlèvements internationaux d'enfants», *JCP*, 1992,

nuevo, el número de supuestos de sustracción internacional de menores por uno de sus padres ha seguido desde los años 70 una línea ascendente, siendo objeto de debate en diversos foros internacionales e internos que se ocupan del DIPr., y provocando todo un arsenal de jurisprudencia en todos los países⁴⁷⁵. En los últimos años, el problema de la sustracción internacional de menores ha adquirido una magnitud inusitada o fuera de lo normal, no sólo por el número de supuestos que se suceden diariamente en todo el mundo, sino también por la gran alarma social desatada en la opinión pública, fomentada por los medios de comunicación, e incluso por la politización de algunos supuestos.

El secuestro internacional de menores, como es sabido, es el resultado de una infracción de las normas reguladoras de los derechos de custodia y de visita, acompañado de un desplazamiento del menor del lugar donde tiene su residencia habitual, su entorno de vida. La mayor parte de los supuestos de sustracción de menores se producen cuando el sujeto que goza del derecho de visita, aprovechando uno de esos períodos, traslada al menor al extranjero y allí le retiene, procurando al mismo tiempo legalizar la situación, amparándose en el Ordenamiento del país al que el menor ha sido desplazado, unas veces *ex lege*, y otras veces obteniendo la guarda y custodia del menor mediante la obtención de una resolución judicial y administrativa *ad hoc*.

núm. 32, pp. 353-358; C. Hamilton/M. Overall, *International Child Abduction*, Londres, 1994; B. Descheneaux, *L'enlèvement international d'enfants par un parent*, Berna, 1995; A. Salzano, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milán, 1995. L. Marini, «La sottrazione di minori nell'ordinamento internacionales», en *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo* (a cura di A. Beghé Loreti), Cedam, Padova, 1995, pp. 221-248; En nuestra doctrina, no obstante, existen pocos trabajos que aborden de manera global el problema. Pueden verse, entre otros, S. Álvarez González, «Secuestro internacional de menores (*legal Kidnapping*) y cooperación internacional», *PJ*, 1984, núm. 4, pp. 9-32; J. Carrascosa González, «Secuestro internacional de menores», en A. L. Calvo Caravaca y otros, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2ª ed., Comares, Granada, 2000, pp. 159-179; J. A. Tomás Ortiz de La Torre, «Retención de hijos menores de edad por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia», en AAVV, *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, 1999, Dykinson, pp. 27-57; C. González Beilfuss, «International Child Abduction in Spain», *International Journal of Law, Police, and the Family*, 15, 2001, pp. 327-349.

⁴⁷⁵ En nuestro país, basta asomarse a las notas de jurisprudencia que en los últimos años aparecen periódicamente en la *R.E.D.I.* El primer caso que se presentó ante los tribunales españoles fue el famoso asunto *Bornes c. Fuentes*, que llegaría hasta el Tribunal Supremo (STS, Sala 1ª, de 8 de abril de 1978, *RAJ*, núm. 1514), recibiendo entonces una enorme publicidad (al respecto, *vid.*, J. A. Tomás Ortiz de La Torre, «La ejecución en España de una sentencia noruega. El caso "*Bornes c. Fuentes*"», *RFDUCM*, 1978, nº 53, pp. 85-110; J. Puentes Egido, *Derecho Internacional Privado Español: Doctrina Legal del Tribunal Supremo 1841-1977*, Barcelona, 1981, pp. 641-642).

Las causas sociológicas-jurídicas que han favorecido y desatado los numerosísimos supuestos de *Legal Kidnapping* son de sobra conocidas, y a algunas de las cuales se ha hecho referencia anteriormente: internacionalización de los conflictos familiares, elevado índice de ruptura de los cada día más numerosos matrimonios mixtos, conflictos de culturas y de civilizaciones, factores económicos y políticos que propician desplazamientos migratorios, el paso rápido de las fronteras favorecido por el inmenso avance de los transportes internacionales y la paralela flexibilización de las fronteras nacionales (consecuencia de los grandes procesos de integración, *ad. ex.*, caso europeo), el nacionalismo judicial que caracteriza a esta situación (desplegando en esta materia toda su dimensión)⁴⁷⁶, o la lentitud que en general acompaña a los procedimientos derivados del mismo, y que terminan legalizando la situación. El secuestro internacional de menores supone un doble y grave atentado contra el interés del menor: en primer lugar, contra su estabilidad, ya que el menor se ve desplazado de su residencia habitual y, en segundo lugar, contra su derecho a mantener relaciones periódicas con sus dos progenitores. El interés del menor exige la inmediata restitución al Estado donde tiene su centro de vida y, en su caso, la redefinición sobre los derechos de guarda y custodia de sus progenitores.

b) Reglamentación

La dimensión internacional del problema es de tal magnitud, que la preocupación por el mismo se consagró universalmente de modo expreso, como ha sido apuntado, en los arts. 9, 10 y 11 del Convenio de los Derechos del Niño de 1989. El art. 11.1 de la Convención obliga a los Estados a adoptar «*medidas para luchar contra el traslado ilícito de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero*», y el apartado 2º se refiere especialmente entre estas medidas a «*la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes*». Este precepto debe completarse, de un lado, con el art. 9.3, que recoge el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es

⁴⁷⁶ *Vid.*, L. Chatin, «Les conflits relatifs a la garde des enfants...», *cit.*, p. 112.

contrario al interés del menor; y, de otro, con el art. 10.2 en el que de modo especial se consagra el derecho del niño cuyos padres residan en Estados diferentes a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Las instituciones de la Unión Europea, por su parte, también vienen demostrando desde hace años su especial preocupación por el tema (como demuestran las sucesivas Recomendaciones adaptadas por el Parlamento Europeo con relación a este problema, y los trabajos en materia de responsabilidad parental y derecho de visita)⁴⁷⁷.

Desde un principio, la mayor parte de la doctrina ha sido unánime en considerar que la respuesta a este grave atentado al interés del menor debe discurrir por la vía civil, ya que tratándose de un conflicto familiar, originado por la infracción de los derechos de custodia y visita, la solución debe arbitrarse desde el plano civil, rechazando *ab initio* el tratamiento penal de la cuestión⁴⁷⁸. De ahí, que en el ámbito del Derecho internacional privado se hayan concluido, en tres ámbitos espaciales distintos, tres Convenios internacionales multilaterales específicos para solucionar el *Legal Kidnapping* únicamente desde la óptica civil: en el seno del Consejo de Europa, el Convenio de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia, así como el restablecimiento de dicha custodia⁴⁷⁹; en el ámbito de la Conferencia de La Haya, el Convenio de La

⁴⁷⁷ *Vid., supra*, Cap. Introd., II. 2. C) a) y b).

⁴⁷⁸ *Vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif», *cit.*, pp. 172-173; P. P. Miralles Sangro, *El secuestro internacional...*, *cit.*, pp. 56-57; A. Dyer, «Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents (*Kidnapping légal*)», Document préliminaire n° 1 d'août 1978», *Actes et documents de la Quatorzième session*, Tome III, Conférence de la Haye de droit international privé, 1982, pp. 12-51, esp. pp. 43-46; *id.*, «International Child...», *cit.*, pp. 245-250.

⁴⁷⁹ Son Estados parte: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Liechtenstein, Letonia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia, Suiza, Turquía (para otras informaciones sobre el texto *vid.*, <http://www.coe.fr>). Específicamente sobre el mismo, *vid.*, R. Galbiati, V. Librando y L. Roveli, «La Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento», *Rivista di Diritto Europeo*, 1980, pp. 377-387; R. L. Jones, «Council of Europe Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Relating to the Custody of Children», *ICLQ*, t. 30, 1981, pp. 467-475; B. A. Artigliere Angotta y M. F. Gennarelli Donahue, «Brevi cenni sulla Convenzione Europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento», en A. Begue Loreti (Dir.), *La protezione dei minori nelle Convenzione Internazionale*, 1982, SSI, pp. 45-51; A. Marín López, «El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores», *ADC*, vol. VIII, 1983-84, pp. 211-226; con relación al Convenio de La Haya de 1980, *vid.*, P. Reymond, «Convention de La Haye et Convention de Strasbourg. Aspects comparatifs des conventions concernat l'enlèvement d'un enfant par l'un de ses parents», *ZSR*, 1981, I, pp., 329-

Haya, de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁴⁸⁰; y en el ámbito interamericano, La Convención Interamericana, de 15 de julio de 1989, sobre restitución internacional de menores⁴⁸¹. Al margen de la merecida crítica sobre los esfuerzos que debieron haberse hecho entre los diversos Organismos para afrontar el problema conjuntamente en un solo texto⁴⁸², España sólo es parte de los dos primeros, por lo que la Convención interamericana queda fuera de este estudio⁴⁸³. Además, la exclusión queda merecidamente justificada

345; N. Watte, «Les nouvelles conventions de La Haye et de Luxembourg en matière d'enlèvement international et de garde des enfants», *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, pp. 5-18; L. Verucci, «La sottrazione internazionale di minori da parte di uno dei genitori: la Convenzione europea e la Convenzione dell'Aja, a confronto», *Giustizia civile*, 1995, II, pp. 531-541.

⁴⁸⁰ Son Estados Parte: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina-Faso, Canadá, Chile, China (regiones administrativas especiales de Hong-Kong y Macao), Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Fidji, Finlandia, Francia, Georgia, Gran Bretaña (incluida la Isla de Man, las Islas Caimán y las islas Falkland), Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, República Checa, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Rumania, San Cristóbal y Nieves, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Trinidad, Turkmenistán, Turquía, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Yugoslavia, Zimbabwe (para otras informaciones relativas al texto, *vid.*, <http://www.hcch.net>). La bibliografía específica sobre este texto es extensísima y continuada, *vid.*, entre muchos, con carácter general, B. M. Bodenheimer, «The Hague Draft Convention on International Child Abduction», *FamLQ*, vol. XIV, 1980, pp. 99-113; B. Deschenaux, «La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 de octobre 1980», *ASDI*, vol. XXXVII, 1981, pp. 119-128; F. R. Serena y A. Fanchini, «La Convenzione dell'Aja del 1980 sul *Legal Kidnapping*», en A. Begue Loreti (Dir.), *La protezione dei minori...*, *cit.*, pp. 33-44; G. Carella, «La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994, pp. 777-794; P. Beaumont y P. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999; en la doctrina española, F. J. Zamora Cabot, «El Proyecto de Convenio de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños: primeras impresiones» *La Ley*, 1981, 1, pp. 938-941; J. M. Espinar Vicente, «El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», en AAVV, *La sustracción internacional de los menores*, *cit.*, pp. 3-6.

⁴⁸¹ El texto de la Convención y su informe explicativo de D. Operti Badán, pueden consultarse en AA.VV., *La sustracción internacional de menores (Aspectos civiles)*, II Jornadas de Derecho Internacional Privado, Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1991, pp. 155-161 y 233-248, respectivamente.

⁴⁸² *Vid.*, J. Carrascosa González, «Secuestro internacional...», *cit.*, p. 162.

⁴⁸³ Con carácter general, sobre la sustracción internacional de menores en el ámbito interamericano, puede verse, entre otros: G. Parra-Aranguren, «La restitución de menores en el Derecho convencional americano», *Hacia un nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, 1993, pp. 1401-1418; A. Dreyzin de Klor, «La restitución internacional de menores», en A. Dreyzin de Klor (Coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimenticias*, Córdoba (Argentina), 1996, pp. 9-63. En concreto, sobre la Convención de 1989, *vid.*, E. Tellechea Bergman, «Análisis de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de Montevideo de 1989», *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 1989, núm. 4, pp. 131-142; D. P. Fernández Arroyo, «La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989», en AAVV, *La sustracción*

si se advierte que aparte de su escasa originalidad respecto a la Convención de La Haya, los Estados parte de la primera⁴⁸⁴ son en su mayoría Estados parte de la Convención de La Haya, por lo que actualmente, la adhesión de nuestro país a la Convención interamericana no tendría mucho sentido, debiendo coordinarse las actuaciones contra la retención ilícita de menores con estos Estados iberoamericanos en el marco de La Conferencia de La Haya⁴⁸⁵.

Tanto el Convenio de La Haya como el Convenio de Luxemburgo son Convenios *inter partes*, se aplican sólo entre los respectivos Estados contratantes, aunque el hecho que el número de los Estados parte del Convenio de La Haya duplique al de los miembros del Consejo de Europa, ya justifica en cierta medida el éxito del primero respecto al segundo. Aunque los dos Convenios se encuadran en la categoría de Convenios de CIA y emplean el mecanismo de las Autoridades centrales designadas por cada Estado parte para el cumplimiento de los respectivos objetivos convencionales, sin embargo, la incidencia, alcance y funcionamiento de la CIA en cada uno de ellos, como se analizará a continuación detenidamente, es bien distinta.

La solución convencional vía civil al problema de la sustracción internacional de menores no se agota naturalmente en estos textos multilaterales, sino que se completa con una importante red de Convenios bilaterales de CIA, que bien se inscriben en el marco de una cooperación general en el ámbito de la familia, o se dirigen específicamente a solucionar los problemas de guarda y custodia de los menores nacidos de matrimonios mixtos. Al margen de algunos Convenios bilaterales suscritos entre Estados iberoamericanos para combatir el problema (sobre todo los concluidos por Uruguay con países vecinos⁴⁸⁶), la política convencional bilateral en esta materia

internacional..., *cit.*, pp. 31-63; *id.*, *La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores*, Instituto Interamericano del Niño, 1993.

⁴⁸⁴ Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela (para otras informaciones relativas a la Convención, *vid.*, <http://www.oas>).

⁴⁸⁵ Existen autores que defienden la postura contraria, es decir, la conveniencia que España ratifique la Convención interamericana (*vid.*, D. P. Fernández Arroyo, *La Convención interamericana...*, *cit.*, pp. 24-29; J. A. Tomás Ortiz de La Torre, «Retención de hijos menores...», *cit.*, pp. 56-57; P. P. Miralles sangro, «La obligación alimenticia...» en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, p. 230).

⁴⁸⁶ Convenio sobre Protección Internacional de Menores, de 31 de julio de 1981, entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina (*vid.*, A. Dreyzin de Klor, «La restitución internacional...» en A. Dreyzin de Klor (Coord.), *La protección internacional de menores*, *cit.*, pp. 31-40); Convenio sobre Restitución Internacional de Menores, de 15 de octubre de 1981, entre los

adquiere toda su relevancia si se advierte que un número muy elevado de supuestos de sustracción se derivan de la quiebra de matrimonio occidental/islámico, y ningún Estado islámico forma parte del Convenio de La Haya o del Convenio de Luxemburgo, por lo que se comprende rápidamente la insuficiencia de estos textos multilaterales de cooperación.

La política convencional bilateral ha sido hasta ahora una opción arbitrada por algunos países europeos, especialmente Francia y Bélgica, para combatir el fenómeno de la sustracción de menores respecto a los países de Maghreb con los que se presenta una estrecha relación. Se trata de Convenios bilaterales de CIA: *ad. ex.*, Convenio franco-argelino de 21 de junio de 1988 relativo a hijos nacidos de parejas mixtas separadas⁴⁸⁷, o el Convenio suscrito por Francia con Marruecos de 10 de agosto de 1981 del estatuto personal, la familia y la cooperación judicial⁴⁸⁸. En esta línea España, como es sabido, ha suscrito el Convenio con Marruecos de 20 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento, y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores⁴⁸⁹. El Convenio con Marruecos, que no ha sido demasiado bien recibido por parte de nuestra doctrina, será objeto de análisis en las páginas que siguen, con una mirada hacia el resto de los Convenios bilaterales concluidos por terceros Estados en la materia, ya que aunque no formen parte de nuestro sistema de DIPr., pueden aportar algunas alternativas jurídicas interesantes⁴⁹⁰.

Gobiernos de la República Oriental del Uruguay y la República de Chile; Convenio sobre Restitución Internacional de Menores, 7 de febrero de 1985, entre la República Oriental de Uruguay y la República de Perú (sobre estos, *vid.*, las referencias contenidas en G. Parra-Aranguren, «La restitución de menores...», *cit.*, p. 1403; D. P. Fernández Arroyo, *La Convención interamericana...*, *cit.*, p. 5).

⁴⁸⁷ *Vid.*, texto en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, 4, pp. 797-801.

⁴⁸⁸ *Vid.*, texto en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, 3, pp. 531-538.

⁴⁸⁹ *Vid.*, *B.O.E.*, núm. 150, de 24 de junio de 1997.

⁴⁹⁰ Sobre el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, *vid.*, J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Angel (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad...*, *cit.*, pp. 139-162; M. M. Velázquez Sánchez, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, núm. 6, pp. 493-521; E. Pérez Rodríguez, «La devolución de menores extranjeros: especial referencia al Tratado Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997», *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, 1998, 3, pp. 235-244; M. Sabido Rodríguez, «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Mundialización y Familia*, *cit.*, pp. 347-356.

Finalmente, debe hacerse una llamada de atención al hecho que el tratamiento penal de la sustracción internacional de menores haya sido revitalizado en nuestros días, como una posible vía de solución jurídica al problema del *Legal Kidnapping*. No sólo existe en vigor un texto de DIPr. convencional y de alcance multilateral que ha optado por el tratamiento conjunto (civil y penal) del problema (*vid.*, Convención Interamericana, aprobada en México el 18 de marzo de 1994, sobre tráfico internacional de menores⁴⁹¹), sino que actualmente suele ser muy frecuente, y así ha ocurrido en nuestro país, utilizar la vía del Derecho penal internacional para obtener la extradición del secuestrador a nuestro país y resolver el problema⁴⁹². Igual tratamiento dual se observa en muchos Ordenamientos jurídicos estatales, que han optado por regular el secuestro internacional de menores desde el punto de vista civil y penal. Así se observa, entre otros, en las legislaciones de Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Suiza, Austria, Noruega o Israel. En nuestro Derecho interno, a parte de la posible y discutida inclusión del secuestro de menores por sus progenitores en el nuevo Código Penal (art. 163)⁴⁹³, se está trabajando actualmente en dos Proposiciones de Ley en el sentido de introducir el desplazamiento de menores en el ámbito del Código penal, proponiendo incluso la modificación del Código civil en el sentido de prever medidas cautelares que impidan la salida del territorio español del menor con uno de sus progenitores, cuando así lo estime conveniente el órgano jurisdiccional⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ La Convención, a la que España no se ha adherido, ha entrado en vigor Belice, Brasil y Uruguay. El texto de esta Convención y un análisis de la misma, con especial referencia a los problemas surgidos en su elaboración con ocasión de la incorporación de los aspectos penales, puede verse en P. P. Miralles Sangro, «La C.I.D.I.P.-V (México 1994): una nueva contribución al Derecho internacional privado», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 5, 1993/1994, pp. 101-144; también sobre la misma, *vid.*, G. Parra-Aranguren, «The fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (México, 14-18 March, 1994)», en Bardonnet y Cañado Trindade (Eds.), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, 1996, pp. 299-320; A. Uriondo de Martinoli, «Convención interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México, 1994)», en A. Dreyzin de Klor (Coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, pp. 114-139.

⁴⁹² *Vid.*, esta dimensión en nuestro Ordenamiento jurídico, M. Herranz Ballesteros, «Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores: el caso *Walid Ch.*: el recurso excepcional a los aspectos penales», *La Ley*, 2000, núm. 4965, 7 de enero de 2000, pp. 1-4.

⁴⁹³ En general, sobre el tratamiento penal del delito de sustracción de menores en el Código Penal de 1995, *vid.*, entre otros, C. Conde-Pumpido, «Las detenciones ilegales agravadas del art. 165 del Código Penal y su relación con la sustracción de menores», en AAVV, *Puntos capitales del Derecho de familia...*, *cit.*, pp. 60-83; F. Pantoja García, «Unas notas al delito de no devolución de un menor del art. 223 del Código Penal», AA.VV., *ibid.*, pp. 85-96.

⁴⁹⁴ *Vid.*, Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista del Congreso de Modificación del Código Penal, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código civil para combatir la sustracción o retención ilícita de menores, *B.O.C.G.*, Serie B, núm. 325-1, de 15 de noviembre de 1999; Proposición

Este trabajo, indudablemente, por razones de especialidad, se limitará al tratamiento de los instrumentos convencionales de cooperación que resuelven vía civil la cuestión del *Legal Kidnapping*. Ello, naturalmente, no sólo implica el análisis de lo que pudiera denominarse perspectiva *ad extra*, esto es, coordinación entre los Convenios internacionales existentes en la materia, sino también la perspectiva *ad intra*, es decir coordinación de éstos con nuestra normativa interna. Hasta el momento, y en espera de la futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, el Derecho autónomo español en esta cuestión se limita, como se ha anunciado, a los aspectos procesales sobre la restitución del menor a país extranjero regulados en los arts. 1901-1909 de la LEC de 1881, en vigor actualmente, según la Disp. Derogatoria 1.1ª de la LEC 2000⁴⁹⁵.

B) Las obligaciones alimenticias respecto a menores

a) Aproximación a la institución

La importancia de las obligaciones alimenticias en las relaciones internacionales, con carácter general, es decir, referida a toda categoría de personas, es incuestionable a partir de la Segunda Guerra Mundial⁴⁹⁶. Las causas que explican esta

de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, de Modificación del Código Penal en materia de secuestro familiar de menores e inducción del progenitor a que el menor abandone el domicilio familiar, *B.O.C.G.*, Serie B, 320-1, de 5 de julio de 1999.

⁴⁹⁵ Sobre ésta, *vid.*, especialmente, S. Álvarez González, «Nuevas medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional en la Ley de Enjuiciamiento civil», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, 1, pp. 504-506; E. Rodríguez Pineau, «Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador», *La Ley*, núm. 4986, 7 de febrero de 2000, pp. 1-6.

⁴⁹⁶ Prueba de ello es la extensísima bibliografía que existe sobre la prestación de alimentos desde el prisma del DIPr. en las últimas décadas. Sólo limitado a obras generales, pueden citarse, *ad. ex.*, E. Groffier, *Les pensions alimentaires à travers les frontières. Etude de droit international privé comparé*, Les presses de l'Université de Montreal, Bruyant, 1980; C. Jaccottet, *Les obligations alimentaires envers les enfants dans Les Conventions de La Haye*, Publications Univeristaires Européenes, Berna/Frankfurt, P. Lang, 1982; F. Herzfelder, *Les obligations alimentaires en Droit international privé conventionnel. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973*, París, L.G.D.J., 1985; AAVV, *L'obligation alimentaire en Droit international privé*, Institut de Recherches Juridiques Comparatives, 1987; C. Biscaretti di Ruffia, *Le obbligazione alimentari nel diritto internazionale privato convenzionale*, Studi e pubblicazioni della Riv. dir. int. pr. proc., Cedam-Padova, núm. 32, 1989. En la doctrina española no existe ninguna obra de carácter general, sino que las aportaciones al estudio de esta institución se limitan a tratamientos parciales respecto a la misma. Puede verse, especialmente, J. C. Fernández Rozas, «Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español», *R.E.D.I.*, vol. XXXVII, 1985, nº 1, pp. 67-108; P. Domínguez Lozano, «La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el Derecho internacional privado español», *R.E.D.I.*, vol. XLI, 1989, nº 2, pp. 433-485; *id.*, «Artículo 9. Apartado 7», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart

relevancia *in genere* de la institución alimentaria en su dimensión internacional se encuentran tanto en los conocidos movimientos migratorios y crisis económicas surgidos tras la segunda Guerra Mundial, como en el fenómeno más reciente de aumento de los matrimonios mixtos (o parejas de hecho) con elevados índices de ruptura, que desembocan en obligaciones de alimentos entre los progenitores y sus hijos. Factores algunos ya tradicionales y, otros nuevos, que unidos a la internacionalización de la vida del individuo en general, provocan que los miembros del grupo familiar se encuentren dispersos entre varios Estados y, por tanto, que el acreedor y el deudor de la obligación de alimentos se hallen separados por una frontera⁴⁹⁷. Desde el punto de vista de los alimentos debidos a los menores, la importancia de la deuda alimenticia en el contexto internacional ha experimentado también un proceso creciente debido a una serie de factores⁴⁹⁸.

En primer lugar, por el denominado «proceso de desfamiliarización» experimentado en la institución de alimentos durante el siglo XX. Este proceso es fruto de la ampliación llevada a cabo con carácter general por las legislaciones nacionales de los derechos de alimentos a todos los menores, traduciéndose en un aumento de los menores legitimados para reclamar. Si durante el siglo XIX, el deber de prestar alimentos quedaba subordinado a la existencia de una relación familiar jurídicamente establecida entre el acreedor y el deudor, lo que significaba que el padre natural en modo alguno quedaba obligado respecto a sus hijos, paulatinamente se

(Coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, cit.*, pp. 296-350; E. Pérez Rodríguez, «La Ley aplicable a las obligaciones alimenticias en España y en el Derecho internacional convencional», *Revista del foro canario*, 1990, pp. 65-107; S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996. Al igual que el problema del *Legal Kidnapping* no es en modo alguno una cuestión nueva, aunque el recurso al DIPr. convencional para solucionar el problema de la efectividad de la deuda alimentaria cuando acreedor y deudor alimenticio se encuentran situados en países distintos, se remonta sólo al siglo XIX (respecto al estudio histórico de la institución desde la perspectiva del DIPr., *vid.*, M. Werwilghen, «Contribution à l'étude historique du Droit international privé des obligations alimentaires», *Mélanges Offerts à Raymond Vander Elst*, t. II, Nemesis, 1986, pp. 863-883). Respecto a los orígenes del Derecho convencional en la materia, *id.*, «Les obligations alimentaires en Droit conventionnel», en AAVV, *L'obligation alimentaire...*, *cit.*, vol. 2, pp. 181-263, esp. pp. 187-194, y la bibliografía allí citada.

⁴⁹⁷ Una aproximación interesante a estas causas puede verse en R. B. Santos Belandro, *Convención interamericana sobre Obligaciones alimenticias. Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*, Montevideo, 1999, pp. 15-22.

⁴⁹⁸ *Vid.*, B. Ancel, «La ejecución internacional de decisiones en materia de obligaciones de alimentos: el modelo europeo», *Infancia y Sociedad*, núm. 33, 1995, pp. 123-139; *id.*, «L'internationalisation de l'obligation alimentaire envers les enfants par le droit conventionnel de la reconnaissance des décisions», *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, vol. II, pp. 1337-1353.

asiste en todos los Ordenamientos internos a un proceso que desliga la obligación de alimentos de la relación paterno-filial proclamada jurídicamente y de la estructura familiar, de manera que lo único determinante es la procreación o la descendencia por naturaleza (arts. 14 y 39. 2 CE y principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación)⁴⁹⁹. Este fenómeno de desfamiliarización se va a completar con la acentuación de la responsabilidad pública en materia de menores. La proclamación del derecho de alimentos de los menores, como un derecho de carácter esencial en su protección, refuerza la intervención del Estado en este ámbito, convirtiéndose en un régimen de protección, de manera que el Estado no sólo resulta obligado a intervenir subsidiariamente, sino también a controlar el cumplimiento de la obligación por parte de las personas obligadas y a colaborar en la satisfacción de tal obligación hacia los menores⁵⁰⁰.

En segundo lugar, junto a este fenómeno de desfamiliarización, que debe interpretarse no como un debilitamiento de la institución familiar, sino como un cambio en su concepción, debe apuntarse que otra característica que explica la transformación y evolución experimentada por la institución alimentaria, y que explica su mayor relevancia en el contexto internacional cuando se trata de menores, su proceso de pecuniarización. Es decir, la obligación de alimentos actualmente es una obligación de carácter pecuniario, no se ejecuta como en antaño, *in natura*. Esta monetarización va a implicar como indica B. Ancel una doble consecuencia en la evolución de prestar alimentos. De un lado, amplía el posible círculo de obligados potenciales, ya que al afectar sólo al patrimonio del deudor, la obligación alimenticia le compromete mucho menos, y esta circunstancia permite obligar el pago a progenitores o personas que no se sientan plenamente vinculados con el menor

⁴⁹⁹ *Vid.*, M. L. I. Winter, «Rapport de la Commission spéciale du Avant-Projet de la Convention du 11 janvier 1955», *Actes et Documents de la de la Huitième Session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1957; pp. 124-133; esp. pp. 125-126; M. Verwilghen, «Explanatory Rapport de la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires et de la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires», *Actes et Documents de la Douzième session*, t. IV., Conférence de La Haye de Droit international privé», 1975, pp. 384-465, esp. pp. 387, 390-392, 433; C. Biscaretti di Ruffia, *Le obbligazione alimentari...*, *cit.*, pp. 135-136, 169; A. E. von Overbeck, «Les nouvelles Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires», *ASDI*, 1973, vol. XXIX, pp. 134-175, esp. pp. 142-144; P. Domínguez Lozano, «La determinación de la ley aplicable...», *cit.*, pp. 435-438; *id.*, «Artículo 9. Apartado 7», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, *cit.*, pp. 314-315.

⁵⁰⁰ *Vid.*, art. 27 de la Convención de las NU sobre los Derechos del Niño de 1989.

acreedor de alimentos. De otro lado, la naturaleza pecuniaria de la prestación se acomoda mucho más a la ejecución a distancia de la obligación dineraria, y por tanto a la internacionalización de la condición del menor.⁵⁰¹ Ahora bien, si todas estas circunstancias explican la relevancia de las obligaciones alimenticias respecto a menores en el actual contexto internacional, es preciso tener en cuenta una serie de particularidades que justifican su especial tratamiento en el ámbito del DIPr.

En primer lugar, y como es de sobra conocido, la progresiva consolidación del valor de protección de la parte más débil en la situación privada internacional va a justificar principalmente el proceso de autonomía en el ámbito del DIPr. de la obligación alimenticia, respecto a la relación jurídico familiar de la que deriva⁵⁰². Esta opción por la autonomía de la categoría de la institución alimenticia ha sido y continúa siendo el «talón de Aquiles» del régimen normativo de la institución desde la óptica del DIPr, ya que conlleva en todos sus sectores numerosos problemas de articulación entre las normas que regulan la institución de manera independiente y las normas reguladoras de la relación jurídica de la que derivan.⁵⁰³

En segundo lugar, junto a esta pretendida autonomía de la institución que se traduce en serios problemas de articulación, la institución de alimentos se caracteriza en nuestra disciplina por la enorme heterogeneidad presente en las regulaciones materiales de los distintos Derechos internos, que dificulta en gran medida los

⁵⁰¹ *Vid.*, sobre el proceso de monetarización, B. Ancel, «La ejecución internacional...», *cit.*, pp. 127-128; *id.*, «La internationalisation...», *cit.*, pp. 1340-1341. Esta faceta del actual derecho de alimentos enlaza con el debate sobre la naturaleza jurídica de esta prestación, aunque su monetarización no implica que deje de considerarse como una relación jurídica de base esencialmente familiar, y que aparece entroncada con los Derechos fundamentales del hombre (puede verse, acerca del debate sobre la naturaleza jurídica de la prestación alimentaria, R. B. Santos Belandro, *Convención interamericana...*, *cit.*, pp. 22-27).

⁵⁰² *Vid.*, C. Biscaretti di Ruffia, *Le obbligazione alimentari...*, *cit.*, pp. 22-26; P. Domínguez Lozano, «Artículo 9. Apartado 7», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, *cit.*, p. 297; *id.*, «Tratamiento de la institución alimenticia en el Derecho internacional Privado en el ámbito de la Unión Europea», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 107-113; M. Simon-Depitre, «Les aliments en Droit international privé», *Travaux. Com. fr. dr. int. pr.*, 1973-75, pp. 39-70; esp. pp. 40-45.

⁵⁰³ Los problemas se plantean esencialmente respecto a la determinación del derecho aplicable (*vid.*, J. C. Fernández Rozas, «Las obligaciones alimenticias...», *cit.*, pp. 77-81). Esta autonomía, que presenta un importante arraigo histórico y que no es defendida por todos los autores, es mucho más constatable en el amplio abanico convencional que preside la institución, que en los sistemas internos de DIPr. comparado (*vid.*, sobre los problemas de articulación, especialmente, P. Lagarde, «Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de Droit international privé», *Conflicts et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck...*, *cit.*, pp. 511-528).

esfuerzos unificadores en la materia⁵⁰⁴. Diferencias que se proyectan tanto sobre el contenido material de la obligación (personas legitimadas y obligadas, inicio y extinción de la deuda, etc.), así como por el distinto carácter de las decisiones que se adopten sobre la misma (en unos, resoluciones judiciales y, en otros, decisiones administrativas, pero en cualquier caso, decisiones ejecutorias).

En tercer lugar, y conectado con el carácter especial de las decisiones que se adopten sobre la misma, debe remarcarse la relevancia en esta materia del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, ya que por la materia vital a la que afecta, y la urgencia del acreedor en obtener la satisfacción del título obtenido, se reclama ante todo un ágil y eficaz sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones que asegure la rápida efectividad del contenido de dicha decisión. Esta relevancia del sector del reconocimiento en la materia se agrava aún más si se advierte que el progenitor condenado en un país, que es con frecuencia el de la residencia del acreedor, suele hacer uso del denominado «efecto frontera» para situarse fuera del alcance de las medidas de apremio ordenadas contra él en la decisión⁵⁰⁵. Es precisamente en esta relevancia del sector de la eficacia internacional de decisiones en materia de alimentos donde surge la justificación de la existencia de mecanismos de CIA en la materia. La práctica ha demostrado sin vacilación que la obtención de un título ejecutorio contra el demandado no libera en nada al acreedor en general, y mucho menos al acreedor menor de edad, de las dificultades que se le suscitan para hacer efectivo el reembolso de las pensiones alimenticias en un país distinto a aquél en el que obtuvo la decisión condenatoria. Si a ello se une las exigencias de urgencia siempre presentes en la

⁵⁰⁴ El problema de la heterogeneidad entre las regulaciones materiales internas aparece constantemente en los esfuerzos unificadores llevados a cabo, principalmente y por su pretendido carácter universal, en los Convenios gestados en el ámbito de la Conferencia de La Haya. Estas dificultades se acrecientan, sin duda, cuando se opta en su seno por adoptar un Convenio general no limitado a acreedores menores (*vid.*, entre otros, sobre este extremo, P. Domínguez Lozano, «Artículo 9. Apartado 7», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, *cit.*, pp. 316-317; A. E. von Overbeck, «Les nouvelles conventions...», *cit.*, pp. 140-141; en el ámbito europeo, B. Ancel, «La ejecución internacional...», *cit.*, pp. 133-139).

⁵⁰⁵ La importancia del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones en el tratamiento de la institución alimentaria es puesta de relieve claramente por algunos autores que se ocupan del tema (*vid.*, entre otros, B. Ancel, «La ejecución internacional...», *cit.*, p. 125; P. Domínguez Lozano, «Tratamiento de la institución alimenticia...», *cit.*, p. 112). No obstante, la pretendida primacía del problema del conflicto de leyes triunfó una vez más en ámbitos como el de La Conferencia de La Haya a la hora de regular el problema (*vid.*, sobre la relación entre estos dos sectores en la materia, L. I. Winter, «Rapport de la Comisión speciale...», *cit.*, pp. 132-133).

efectiva ejecución de la decisión alimenticia, se explica fácilmente que la cooperación judicial y, fundamentalmente, la cooperación administrativa, se han revelado imprescindibles en esta materia junto a los métodos clásicos.

b) Reglamentación

Todas las particularidades que rodean a la institución alimenticia, unidas por el denominador común del *favor alimentis*, explican la proliferación de Convenios internacionales existentes en la materia, hasta el punto que dicha proliferación, así como su poliformismo, es la característica que preside actualmente la reglamentación de la institución desde la perspectiva del DIPr.

En efecto, si ya desde el siglo XIX pueden encontrarse distintos esfuerzos por unificar criterios relativos al DIPr. de la obligación alimenticia de una manera específica (curiosamente, sobre todo, orientados al acreedor menor de edad como sujeto que requiere una especial tutela jurídica)⁵⁰⁶, sería a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial cuando la multiplicación del Derecho convencional en la materia se muestra especialmente patente, mediante una tupida red de Convenios de distinto alcance, distintos ámbitos de aplicación material y personal, distintas técnicas, que abarcan los distintos sectores del DIPr., y sobre todo, que logran afectar a todas las áreas geográficas de la Comunidad internacional⁵⁰⁷. Se hará un breve repaso a los Convenios internacionales en materia de alimentos incorporados a nuestro

⁵⁰⁶ Las primeras realizaciones se obtuvieron a través de tratados bilaterales que abordan el problema del reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia alimenticia y, curiosamente, instauran canales de comunicación entre las autoridades públicas de los respectivos Estados con objeto de hacer efectivas las pensiones alimentarias. Posteriormente, en un marco regional se llevaron a cabo diversas tentativas con objeto también de establecer instrumentos de CIA y facilitar la ejecución de resoluciones alimenticias (*ad. ex.*, en la Unión Nórdica de Derecho internacional privado se adoptaría el Convenio sobre el cobro de las pensiones alimentarias que entró en vigor el 1 de enero de 1932) y, finalmente, comenzarían los primeros esfuerzos por lograr una unificación de carácter universal, en foros como la Asociación Internacional para la protección de la infancia, *Unidroit, l'International Law Association* o la Sociedad de Naciones. Sobre todos estos precedentes del actual Derecho convencional, puede verse, *amplius*, M. Werwilghen, «Les obligations alimentaires en Droit conventionnel», *L'obligation alimentaire...*, *cit.*, pp. 186-194.

⁵⁰⁷ Sobre el poliformismo del Derecho convencional en esta materia, *vid.*, M. Werwilghen «Les obligations alimentaires...», *cit.*, pp. 218-223. Este autor afirma rotundamente que ninguna otra institución jurídica ha dado lugar a tal esfuerzo de unificación en tan breve tiempo.

Ordenamiento jurídico, para encuadrar en su conjunto los Convenios de CIA que serán objeto de análisis específico en este trabajo.

La Convención de los Derechos del niño, como ha sido apuntado, destaca en su art. 27 la relevancia del derecho de alimentos entre los aspectos patrimoniales de la protección del menor, haciendo una llamada de atención a los Estados partes sobre la importancia de la cooperación internacional en la materia⁵⁰⁸. Concretamente en el art. 27.4 declara que: «*Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquél en el que resida el niño, los Estados parte promoverán la adhesión a Convenios internacionales o la concertación de dichos Convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados*». A partir de esta Convención, también pueden citarse ciertos esfuerzos del Consejo de Europa por ofrecer soluciones concretas a algunos aspectos de la satisfacción de la deuda alimenticia a través de las fronteras, aunque sólo han llegado a triunfar los complementarios a los grandes instrumentos convencionales de alcance multilateral⁵⁰⁹.

En el ámbito más concreto del DIPr., esta proliferación convencional afecta, como es sabido, tanto al sector de la competencia judicial internacional, al sector del Derecho aplicable y, especialmente, dada su importancia práctica, al sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. En primer lugar, debe tenerse presente que en el ámbito de la Conferencia de La Haya ya existió una especial sensibilidad al problema de las obligaciones alimenticias respecto a los hijos menores a mediados de los años 50. En el seno de esta Organización se adoptaron dos Convenios que pretendieron dar una solución global al problema: de un lado, el

⁵⁰⁸ La relevancia del derecho a la obtención de alimentos ya había sido recogida con carácter general, es decir, aplicado a todo tipo de sujetos, en otros textos internacionales (*vid.*, concretamente, art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11.1 del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales).

⁵⁰⁹ *Vid.*, sobre las tentativas del Consejo de Europa, M. Verwilghen, «Les obligation alimentaires...», *cit.*, pp. 198-199; M. Pelichet, «Rapport sur les obligations alimentaires envers les adultes en droit international privé», Doc. Prel. N° 1 de febrero de 1971», *Actes et documents de la Douzième session*, t. IV, Conference de La Haye de droit international privé, pp. 14, 19-22.

Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores⁵¹⁰ y, de otro, el Convenio de 15 de abril de 1958 relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores⁵¹¹. Aunque exista un lapso de dos años entre la elaboración de ambos Convenios, en realidad, como indica E. Pérez Vera, y como se desprende de los trabajos preparatorios de ambos, los dos textos pueden considerarse complementarios, y como el deseo de ofrecer una respuesta conjunta a un problema tan amplio⁵¹².

Ambos Convenios, que fueron los primeros en el seno de la Conferencia de La Haya preocupados por una problemática que afecta en gran medida a los menores, han perdido actualmente la relevancia jurídica de antaño, debido principalmente a la entrada en vigor del Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁵¹³, y el Convenio de La Haya de la misma fecha sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias⁵¹⁴. Convenios éstos, que a diferencia de los primeros, extienden su ámbito de aplicación no sólo a los acreedores menores, sino a todas las obligaciones alimenticias derivadas de relaciones de familia, y que sustituyen en las relaciones entre los Estados parte a los Convenios de 1956 y 1958⁵¹⁵. Aunque en la elaboración del Convenio de 1973 sobre ley aplicable se presentaran ciertos problemas derivados de la amplitud de su ámbito personal, ya que los principios y valores que informan las obligaciones alimenticias respecto a los adultos, son distintos respecto a las deudas alimentarias hacia los menores, éstas quedaron plenamente justificados por la

⁵¹⁰ *B.O.E.*, 6 de mayo de 1974.

⁵¹¹ *B.O.E.*, 12 de noviembre de 1973; Sobre estos dos Convenios puede consultarse la extensa bibliografía contenida en «Ouvrages et articles relatifs á une des matiéres traitées aux Sessions de la Conférence», *Actes et documents de la Seizième session*, t. I, Conférence de La Haye de Droit International Privé, pp. 322-325. Sobre los problemas prácticos en su aplicación, puede verse, entre otros, E. Mezger, «Les Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires envers les enfants», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1958-1959, 1960, pp. 123-143; J. M. Bischoff, «Les Conventions de La Haye en matière de obligations alimentaires», *Journ. dr. int.*, t. 91, 1964, pp. 759-788.

⁵¹² *Vid.*, E. Pérez Vera, «El menor en los Convenios...», *cit.*, pp. 109-111; J. I. Winter, «Rapport...», *cit.*, pp. 132-133.

⁵¹³ *B.O.E.*, núm. 222, de 16 de septiembre de 1986.

⁵¹⁴ *B.O.E.*, núm. 192, de 12 de agosto de 1987; corr. de err. *B.O.E.*, núm. 282, de 25 de noviembre.

⁵¹⁵ Sobre ambos Convenios generales puede consultarse la bibliografía contenida en «Ouvrages et articles relatifs...», *cit.*, pp. 325-326.

aspiración de universalidad del Convenio de 1973⁵¹⁶. De este modo, a diferencia del Convenio de 1956, Convenio tradicional de eficacia *inter partes*, el Convenio de 1973 se aplica con independencia de la Ley designada por sus normas de conflicto. Este carácter *erga omnes* del Convenio de 1973 es quizás el aspecto más destacable del Convenio, y desde la perspectiva de nuestro Derecho interno se traduce, como es sabido, en un desplazamiento por éste de la regulación de la ley aplicable por el art. 9.7 C.c, norma de conflicto de nuestro Derecho autónomo en materia de obligaciones alimenticias, que deviene prácticamente inaplicable⁵¹⁷. Ambos Convenios, desde el punto de vista de las conexiones arbitradas para designar la ley aplicable, se muestran especialmente originales y responden fielmente al *favor creditoris* que inspira la materia⁵¹⁸. Actualmente, el Convenio de 1956 sobre ley aplicable continúa en vigor en nuestro Ordenamiento jurídico exclusivamente en las relaciones con los Estados que sean parte de éste, y no del Convenio de 1973, es decir, Austria, Liechtenstein y Bélgica. En el resto de los supuestos, resulta aplicable, como pieza clave de todo el sistema convencional, el Convenio de 1973.

El Convenio de la Haya de 1958 sobre reconocimiento, de modo parecido, también ha perdido gran virtualidad práctica tras la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1973, aunque en este sector la incidencia de numerosos Convenios bilaterales que regulan la cuestión, complica aún más el problema de la delimitación normativa. No obstante, el régimen del Convenio de 1958, limitado únicamente a resoluciones que reconozcan el derecho de los alimentos a menores, continúa

⁵¹⁶ *Vid.*, sobre este aspecto, A. E. von Overbeck, «Les nouvelles Conventions...», *cit.*, pp. 140-141; P. Domínguez Lozano, «Artículo 9. Apartado 7», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, *cit.*, p. 316.

⁵¹⁷ Esta conclusión es admitida por toda nuestra doctrina [*vid.*, entre otros, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 507; J. Carrascosa González, «Alimentos», en A. L. Calvo Caravaca y otros, *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, pp. 181-201, esp., p. 186; P. P. Miralles Sangro, «La obligación alimenticia...», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, pp. 217-218; P. Domínguez Lozano, «Artículo 9. Apartado 7», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, *cit.*, pp. 309-310; *id.*, «Alimentos», en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado, Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 6ª ed., Madrid, 1996, pp. 377-389, esp., p. 386].

⁵¹⁸ De un lado, el Convenio de 1956 consagra por primera vez en materia del Derecho de familia y de menores, el criterio de la residencia habitual como punto de conexión principal, que queda consolidado de manera general con el Convenio de 1973 y, de otro, existe en ambos una pérdida de la neutralidad del Derecho conflictual, previendo la aplicación subsidiaria de otras leyes distintas a la de la residencia habitual del acreedor alimenticio, si conforme a aquélla, éste no obtuviera los alimentos.

aplicándose a las decisiones que provengan de las Antillas Holandesas, Aruba, Hungría o Surinam⁵¹⁹, y el régimen del Convenio de 1973 deviene el único aplicable a Japón, Polonia y Turquía, ya que se trata de países respecto a los cuáles no existe ningún Convenio bilateral que una a nuestro país en la materia.

Fuera del ámbito de la Conferencia de La Haya, y respecto a la regulación de la competencia judicial internacional, la institución de alimentos se incluyó como es sabido, a pesar de su carácter marcadamente familiar, en el ámbito del Convenio de Bruselas de 1968, estableciendo un foro especial en el art. 5.2 [foro que se traslada también inalterable al Reglamento (CE) 44/2001]⁵²⁰. La regulación del mismo refuerza claramente la posición jurídica del acreedor alimenticio, ofreciéndole una pluralidad de distintos foros ante los que puede litigar sin necesidad de perseguir judicialmente al deudor alimenticio). Si esta regulación favorece claramente al menor acreedor alimenticio, no cabe duda que la importancia fundamental de la inclusión de la materia en el instrumento comunitario deviene del dato que las decisiones que se adopten en su marco pueden beneficiarse del régimen favorable de reconocimiento previsto en el mismo (reconocimiento incidental y *exequátur* simplificado). Igualmente cabe predicar del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 en relación con los Estados parte de él, tanto respecto a la competencia judicial internacional, como al reconocimiento y ejecución de decisiones.

Dada la inclusión de la materia en el Convenio de Bruselas de 1968, las obligaciones alimenticias quedaron fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento 1347/2000 de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de

⁵¹⁹ También teóricamente se aplicará a las resoluciones que provengan de Austria, dado que este país no ha ratificado aún el Convenio de 1973. No obstante, en la práctica, su aplicación será muy extraña ya que sólo tendrá lugar si su régimen resulta más favorable que el contenido en el Reglamento 44/2001 (Bruselas I), o en el correspondiente Convenio bilateral (*vid.*, ATS de 23 de junio de 1998; ATS de 21 de julio de 1998).

⁵²⁰ *Vid.*, respecto a su inclusión en el Convenio de Bruselas y su régimen jurídico, en nuestra doctrina: L. F. Carrillo Pozo, «Art. 5.2» en A. L. Calvo Caravaca (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 102-118; S. Álvarez González, «De nuevo sobre la obligación alimenticia en el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968», *La Ley*, 1997, 3, D-149, pp. 1770-1773; S. García Cano, «Los alimentos en el ámbito europeo de la competencia judicial y de la cooperación», en A. Borrás (Dir.), *La revisión de los Convenios de Bruselas...*, *cit.*, pp. 275-300.

responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁵²¹. No obstante, siempre se ha sido consciente que, por razones de especialidad material, hubiera sido más coherente que las pensiones alimenticias que se adopten a favor de los hijos comunes, con ocasión de una acción en materia matrimonial, hubieran encontrado su sede en el citado Reglamento. En esta línea, aunque siempre respetando la inclusión de los alimentos en el Reglamento «Bruselas I», la última propuesta de la Comisión Europea dentro del programa de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil y mercantil, que, como se ha visto, se dirige a un nuevo Reglamento comunitario que derogaría al Reglamento «Bruselas II», comprende también la propuesta de modificar el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento «Bruselas I», con objeto de garantizar que un tribunal pueda tener competencia en todos los casos en materia de alimentos cuando sean subsidiarios de un procedimiento en materia de responsabilidad parental⁵²². La regulación de las obligaciones alimenticias también queda excluida del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, evitando así un posible conflicto más de Convenios internacionales [art. 4 e)]⁵²³.

Junto a esta regulación multilateral en el seno del La Conferencia de La Haya y en el ámbito europeo, la regulación convencional de las obligaciones alimentarias en nuestro Ordenamiento jurídico se completa con una tupida red de Convenios bilaterales suscritos por nuestro país, que afectan a la parcela del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y que, como se ha avanzado, plantean un primer problema de delimitación normativa. Junto a los Convenios bilaterales sobre reconocimiento firmados por España con Alemania, Austria, Italia, Francia, Suiza, Brasil, Bulgaria, Checoslovaquia, China, Colombia, Israel, Marruecos y Rumania, que abarcan una amplio conjunto de materias civiles y mercantiles en su ámbito material y, entre ellos, las obligaciones alimenticias, se añade, referido exclusivamente a los

⁵²¹ Vid., A. Borrás Rodríguez, «Informe explicativo...», *cit.*, p. 20.

⁵²² En virtud del art. 70 de la Propuesta de Reglamento se modificaría el Reglamento (CE) n° 44/2001, sustituyendo el punto 2 del art. 5 por: «*en materia de alimentos, ante el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos o, si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de ésta, salvo que tal competencia se fundamentare exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes o, si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa a la responsabilidad parental ante el tribunal competente para conocer de ésta según el Reglamento (CE) del Consejo n°...[relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes]*».

⁵²³ Vid., P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 9.

acreedores menores, y también regulando el sector del Derecho aplicable, el Convenio entre España y Uruguay, de 4 de noviembre de 1987 sobre conflicto de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos⁵²⁴. Este último Convenio ha recibido mercedamente una severa crítica por parte de nuestra doctrina, dado su carácter asistemático y la adopción de criterios inconciliables con las líneas actuales de nuestro Derecho convencional en la materia⁵²⁵.

Como se desprende de este breve repaso por nuestra copiosa normativa convencional respecto a las obligaciones alimentarias, el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones resulta el más afectado por el problema de la «inflación convencional», y precisamente porque, como se ha indicado, resulta necesario favorecer la posición del acreedor alimenticio en cuanto demandante de *exequatur*, facilitando la rápida ejecución de su decisión alimenticia. No obstante, ello no impide desconocer que esta «superproducción convencional» plantea numerosos e importantes problemas de compatibilidad convencional en la práctica, que aunque teóricamente se resuelven en última instancia conforme a la regla del *favor recognitionis* o regla de la eficacia máxima, suponen un serio atentado a la seguridad jurídica, que finalmente puede volverse en contra de la finalidad que persiguen todos ellos, es decir, favorecer al acreedor alimenticio⁵²⁶.

Toda esta tupida red convencional que peculiariza el tratamiento jurídico de la institución alimenticia en nuestro DIPr., se completa con el Convenio de las Naciones Unidas, hecho en Nueva York el 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero⁵²⁷. Este Convenio se presenta como un claro exponente de Convenio de

⁵²⁴ B.O.E., núm. 31, de 5 de febrero de 1987.

⁵²⁵ Los problemas más relevantes se plantean en el sector del Derecho aplicable y respecto al Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, ya que éste, teóricamente, en virtud de la cláusula de compatibilidad prevista en su art. 19 posibilita la aplicación de aquél (*vid.*, una severa crítica, P. Domínguez Lozano, «La determinación de la ley aplicable...», *cit.*, pp. 480-482; *id.*, «Artículo 9. Apartado 7», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, *cit.*, pp. 347-350; J. C. Fernández Rozas, «Los tratados internacionales...», *cit.*, pp. 87-88).

⁵²⁶ Los concretos problemas de compatibilidad suscitados en la materia en el sector del reconocimiento de decisiones de nuestro DIPr. y sus soluciones pueden verse, *ad. ex.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 511-517.

⁵²⁷ B.O.E., núm. 281, de 24 de noviembre de 1966. Son Estados Parte: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Barbados, Bélgica, Bielorrusia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina-Faso,

CIA ajeno al marco procesal (curiosamente el primero adoptado en el tiempo respecto a todo este mosaico convencional), y se ha ido erigiendo de manera progresiva en una pieza esencial en el *totum* convencional que preside la materia. Por tratarse de un Convenio de CIA, y dada su relevancia respecto al resto de los Convenios que regulan esta institución desde las técnicas más clásicas de DIPr., su inclusión en este estudio queda plenamente justificada, aun cuando su ámbito personal, en la trayectoria general de nuestro sistema en la materia, no se limite exclusivamente a menores, sino que se extienda a todo acreedor alimenticio.

En la misma línea de Convenio de CIA en materia de obligaciones alimentarias, y no limitado personalmente a acreedores menores, se inscribe en el marco europeo el Convenio de Roma de 6 de noviembre de 1990 sobre la simplificación de los procedimientos relativos al cobro de los créditos alimentarios. Este Convenio, no en vigor, surgió antes de la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil, como un Convenio complementario al Convenio de Bruselas de 1968, en el deseo de crear un modelo europeo sobre el cobro de las pensiones alimentarias entre los Estados miembros de la Unión⁵²⁸. Actualmente, tras el Tratado de Ámsterdam y sus consecuencias desde el prisma del DIPr, se anuncia su conversión en un futuro Reglamento comunitario, por lo que será objeto de análisis en este trabajo junto al Convenio de Nueva York de 1956⁵²⁹.

Finalmente, para terminar con esta breve descripción de la normativa convencional en materia de alimentos, y delimitar entre ellos los Convenios que van a ser analizados, debe hacerse una mención al tratamiento también autónomo que ha

Cabo-Verde, Colombia, Croacia, Cuba, Chile, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Guatemala, Haití, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Kazajistán, Luxemburgo, Marruecos, México, Mónaco, Níger, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Portugal, República Centroafricana, República Checa, República Dominicana, República de Kampuchea, Antigua República Yugoslavia de Macedonia, Rumania, Santa Sede, Sri-Lanka, Suecia, Surinam, Suiza, Turquía, Túnez, Uruguay, Yugoslavia (otras informaciones relativas al Convenio *vid.*, <http://www.un.org>.) La bibliografía sobre este Convenio en la doctrina española, al margen de notas jurisprudenciales, es muy escasa. Recientemente, *vid.*, F. Hernández Gil, «El Convenio de La Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero: su aplicación práctica», *AC*, 2001, nº 41, pp. 1425-1446.

⁵²⁸ El texto del Convenio puede verse en M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil europeo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 669-672.

⁵²⁹ *Vid.*, sobre esta futura conversión, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 519.

recibido la institución de alimentos en el ámbito interamericano⁵³⁰. Concretamente, y al margen de alguna referencia en el Código de Bustamante, con la aprobación de la Convención interamericana, de 15 de julio de 1978, sobre obligaciones alimenticias, hecha en Montevideo (CIDIP IV)⁵³¹. Esta Convención que pretende dar una respuesta global al problema de la deuda alimentaria, regulando la competencia, el derecho aplicable y la cooperación procesal internacional, resulta enormemente compleja y no se ajusta con las líneas maestras de la actual regulación convencional, e incluso autónoma, de los alimentos en nuestro Ordenamiento (al igual que ocurre, como se ha visto, con el Convenio bilateral firmado por nuestro país con Uruguay)⁵³². Principalmente, debe criticarse de la Convención interamericana su carácter *inter partes* (frente al Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias)⁵³³, las conexiones utilizadas para determinar el derecho aplicable (se establecen criterios de conexión alternativos para la elección de la ley aplicable – Ordenamiento jurídico de la residencia habitual o del domicilio del acreedor o del deudor- que deberán ser elegidos por la autoridad competente⁵³⁴), así como la ausencia de un régimen de CIA para facilitar al acreedor el cobro efectivo de la deuda alimentaria⁵³⁵. Por todas estas razones parece comprensible que España no haya

⁵³⁰ Para consultar otros Convenios internacionales en vigor, consagrados específicamente a la regulación de las obligaciones alimenticias, pero que no forman parte de nuestro Ordenamiento, *vid.*, M. Werwilghen, «Les obligations alimentaires...», *cit.*, pp. 181-163.

⁵³¹ Convenio que ha entrado en vigor en Belice, Guatemala, México, Paraguay y Brasil. Sobre la misma *vid.*, *amplius*, R. B. Santos Belandro, *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimenticias. Reglas de conflicto materialmente orientadas...*, *cit.*, pp. 15-132; también puede verse especialmente, R. Hebert, *Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de Derecho Internacional privado. Su temática de menores*, Instituto Interamericano del Niño, Unidad de Asuntos jurídicos, Uruguay, 1988; E. Tellechea Bergman, «El moderno Derecho internacional privado interamericano sobre minoridad y familia. Parte II: La Convención de 1989 de Montevideo sobre Obligaciones alimentarias», *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, 1990, núm. 5, pp. 113-125; R. B. Santos Belandro, «Reclamaciones alimentarias en el ámbito internacional», *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, 1993, núm. 8, pp. 99-115; E. F. Jure, «Las obligaciones alimentarias en el Derecho internacional privado», en A. Dreyzin de Klor (Coord.), *La protección internacional de menores...*, *cit.*, pp. 161-163.

⁵³² El Proyecto de la Convención ya recibió en su día la crítica por parte de nuestra doctrina (*vid.*, P. Domínguez Lozano, «La determinación de la ley aplicable...», *cit.*, pp. 480-481, nota 105).

⁵³³ En la línea con las todas las Convenciones adoptadas por la C.I.D.I.P., no se consagra expresamente este carácter, pero parece desprenderse de la misma (*vid.*, R. B. Santos Belandro, «Reclamaciones alimentarias...», *cit.*, pp. 100-101).

⁵³⁴ La solución al Derecho aplicable adoptada por esta Convención parece el aspecto más complejo de la misma, separándose radicalmente de nuestras soluciones convencionales y autónoma (*vid.*, especialmente, R. B. Santos Belandro, *Convención Interamericana sobre Obligaciones alimentarias...*, *cit.*, pp. 101-114).

⁵³⁵ Aunque la Convención dedica su cuarta parte a regular la «Cooperación Procesal Internacional», su contenido se limita a regular la eficacia internacional de las sentencias extranjeras, la condición

ratificado esta Convención, y su exclusión en este trabajo queda plenamente justificada. Aparte que no forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico, no incorpora la técnica de la CIA en su reglamentación, aunque aparentemente de la descripción de su objeto y de su estructura pueda deducirse lo contrario. En conclusión, entre todo este copioso conjunto convencional, los Convenios de CIA en esta peculiar parcela de la protección del menor quedan reducidos a dos: el Convenio de Nueva York de 1956 y el Convenio de Roma de 1990.

C) La adopción internacional

a) Aproximación a la protección del menor en la adopción internacional

No cabe duda que en el marco de la protección internacional del menor, la adopción internacional es la institución que comporta una mayor complejidad desde el punto de vista del DIPr. Si anteriormente se mantenía que el fenómeno de la sustracción internacional de menores ha sido el tema estrella en el marco de la protección del menor en la segunda mitad del siglo XX, esta afirmación merece ser matizada en el sentido que desde los años 70 la adopción internacional ha ido adquiriendo progresivamente terreno en protagonismo y, específicamente en nuestro Ordenamiento, en la década de los 90 ha llegado a desplazar al primero. En el sentido conocido actualmente de adopción internacional, es decir, establecimiento de una filiación mediante una ficción jurídica entre adoptante o adoptantes y adoptado, con una ruptura (más o menos plena) de las relaciones entre el adoptado y su familia natural, siempre que exista un elemento de extranjería en dicha relación jurídica, se puede afirmar que es un fenómeno relativamente reciente, consolidado después de la II Guerra Mundial, y generalizado en los años 60 y 70.

Una aproximación a las causas que propician la extensión de este fenómeno en nuestros días requeriría un estudio que naturalmente excede de estas líneas, pero en cuya base no debe olvidarse la confusión de una serie de condicionamientos socioeconómicos, demográficos y jurídicos que dan lugar a la división del mundo en

procesal del litigante extranjero, y la adopción de medidas cautelares. Por tanto, la Convención acoge la concepción amplia de la cooperación jurídica internacional [en el sentido *supra* indicado, *vid.*, Cap. introd., I. 3. B) a)], y no la CIA en el sentido aquí mantenido y estudiado.

dos partes: de un lado, los países en vía de desarrollo que se convierten en los Estados exportadores de niños o Estados de origen (países pobres, con alta tasa de natalidad) y, de otro, los países desarrollados que se erigen en los Estados receptores de niños o Estados de recepción (inversamente a los primeros, países ricos con baja tasa de natalidad)⁵³⁶.

Con relación a nuestro país, es la década de los 90 cuando comienzan a proliferar los supuestos de adopción internacional, convirtiéndose en un fenómeno significativo que comienza a ser objeto de los medios de comunicación y de la literatura jurídica⁵³⁷. España actualmente, se encuentra lógicamente entre los Estados de recepción, al igual que el resto de los países occidentales, y se prevé que la cifra de adopciones internacionales siga creciendo en España respecto a las adopciones

⁵³⁶ Para una visión completa del problema, *vid., amplius*, J. H. A. van Loon, «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. Document préliminaires 1 de abril de 1990», *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, esp. pp. 22-56; *id.*, «International cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption», *R. des C.*, t. 244, 1993-VII, pp. 191-456, esp., pp. 229-260. Para una aproximación completa a sus causas en los últimos años, *vid.*, en nuestra doctrina, entre otros, S. Adroher Biosca, «La adopción internacional: una aproximación general», en J. Rodríguez Torrente (Ed.), *El menor y la familia. Conflictos e implicaciones*, UPCO, Madrid, 1998, *cit.*, pp. 233-249; M. V. Mayor del Hoyo, «Notas acerca del Convenio de La Haya sobre adopción internacional», *R.D.P.*, 1995, pp. 1019-1043, esp., pp. 1019-1023; I. López Orellana, «La adopción internacional», *RGD*, 1996, núms. 622-623, pp. 8027-8068, esp., pp. 8027-8032.

⁵³⁷ En nuestra doctrina, tras la entrada en vigor 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 (*B.O.E.* núm. 182, de 1 de agosto de 1995), los estudios sobre la adopción internacional se han sucedido de modo sorprendente. Antes del Convenio de 1993, *vid.*, especialmente, P. Rodríguez Mateos, *Adopción internacional*, Oviedo, 1988; P. Brioso Díaz, *La constitución de la adopción en el Derecho internacional privado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990. Después de la entrada en vigor del Convenio, ciñéndose sólo a los trabajos que abordan el tratamiento de la institución de modo global en nuestro Ordenamiento, pueden consultarse, principalmente, I. López Orellana, «La adopción internacional», *cit.*, pp. 8027-8068; A. Borrás, «La regulación de la adopción internacional en España: examen particular de la adopción internacional», *Anuario de Psicología*, 1996, nº 71, pp. 7-21; J. I. Esquivias Jaramillo, «La adopción internacional» (I) y (II), *B.I.M.J.*, 1997, núm. 1808, pp. 2181-2201, núm. 1809, pp. 2287-2306, respectivamente; *id.*, *Adopción internacional*, Madrid, Colex, 1998; C. Esplugues Mota, «El "nuevo" régimen jurídico de la adopción internacional en España», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1997, núm. 1, pp. 33-74; M. T. Martínez Fandos y A. I. Gimeno Ferrer, «¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país? La adopción más allá de nuestras fronteras» (I) y (II), *La Ley*, núm. 4219, 31 de enero de 1997, pp. 1-5, y núm. 4220, 3 de febrero de 1997, pp. 1-4, respectivamente; S. Adroher Biosca, «La adopción internacional: una aproximación general», *cit.*, pp. 229-304; *id.*, «Marco jurídico de la adopción internacional», en AAVV, *Puntos capitales del Derecho de familia...cit.*, pp. 97-144; S. Álvarez González, «Adopción internacional y sociedad multicultural», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 175-211; B. de Marino y Gómez-Sandoval, «Las adopciones transnacionales», *La Ley*, 1999-II, D-60, pp. 1658-1668; J. L. Iriarte Ángel, «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español», A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad...cit.*, pp. 103-127; A. Durán Ayago, «La filiación adoptiva en el ámbito internacional», *La Ley*, núm. 5272, 21 de marzo de 2001, pp. 1-14.

internas. Dos datos deben retenerse finalmente de la actual práctica española en materia de adopción internacional desde un punto de vista sociológico: a) Entre los muchos supuestos de adopción internacional, el supuesto-tipo en nuestro país continúa siendo el de adoptantes españoles residentes en España que adoptan a un menor extranjero residente en el extranjero; b) La procedencia de los menores adoptados por España es variada aunque predominan los iberoamericanos, los niños del Este de Europa y, finalmente, los procedentes de los Estados asiáticos, respecto de los cuáles se presentan los mayores problemas derivados de las diferencias culturales entre la concepción de la institución en su Ordenamiento jurídico y en el nuestro.

Desde el prisma jurídico en general, y desde la perspectiva del DIPr. en particular, la extensión del fenómeno de la adopción internacional ha venido acompañada por una transformación de su concepción y de su naturaleza jurídica. Desde su consideración tradicional como un contrato eminentemente de carácter privado, en el que preponderaba el interés del adoptado, pasó a ser considerada como una institución del Derecho de familia, tratada desde un marco esencialmente jurídico, y centrada en la filiación, hasta finalmente llegar en nuestros días a ser encuadrada en el marco de la protección de menores en general, concebida como una medida de protección, orientada exclusivamente a la realización primordial del interés del menor, frente a cualquier otro (tanto respecto a los adoptantes, como respecto a intereses de terceros)⁵³⁸. El desplazamiento de la institución desde el marco de la filiación al marco de la protección de menores *in genere* responde esencialmente a dos motivos: a) La proliferación del fenómeno de la adopción internacional en las últimas décadas y la complejidad de la constitución de ésta en todos los ordenes, ha hecho tomar conciencia a la Comunidad internacional del riesgo del posible tráfico de menores con fin de adopción («adopción-negocio»)⁵³⁹. La necesidad de tomar en cuenta este

⁵³⁸ Respecto a la evolución de la institución en general, *vid.*, D. Operti Badan, «L'adoption internationale», *R. des C.*, 1983-II, pp. 295-412, esp., pp. 307-316. El desplazamiento desde el marco de la filiación al marco de la protección internacional de menores es el que interesa actualmente y a efectos de este estudio (destacando el mismo, *vid.*, *ad. ex.*, S. Álvarez González, «La adopción internacional...», *cit.*, pp. 86-87).

⁵³⁹ El tráfico de menores es actualmente un problema de carácter universal que posee muchas variantes, aunque básicamente pueden distinguirse dos: utilización de la institución con fines delictivos y «adopciones-negocio». Sólo la segunda interesa al DIPr. (sobre adopción internacional y tráfico de menores, *vid.*, entre otros, M. V. Cuartero Rubio, «Adopción internacional y tráfico de niños», *BIMJ*, núm. 1480, 1999, pp. 405-418; A. Marina Hernando, «La adopción internacional. El tráfico de

posible tráfico de menores va a exigir que la respuesta jurídica que se ofrezca a la regulación de la adopción internacional venga presidida siempre por el objetivo indirecto de evitar cualquier situación de tráfico de menores; b) La experiencia de la adopción internacional en los últimos años ha puesto de relieve los problemas derivados de la multiculturalidad en este ámbito. De un lado, se han revelado las diferencias culturales e incluso raciales entre adoptante o adoptantes y adoptado, y la exigencia, por tanto, de articular una respuesta jurídica a la adopción internacional que garantice adecuadamente el respeto a la identidad cultural del menor adoptado⁵⁴⁰. De otro, las diferencias culturales en la concepción de esta institución (sobre todo, respecto al mundo islámico donde no existe tal figura) exigen una reglamentación de la adopción internacional desde la óptica del DIPr., que sea respetuosa con la promoción de una sociedad multicultural. Estas razones van a exigir el cambio de modelo de la institución y su inserción en el marco de la protección de menores y, desde el punto de vista jurídico, se va a traducir en una mayor presencia e intervención de las autoridades públicas judiciales y administrativas en el proceso de constitución de la adopción internacional (proceso de publicación de la institución), reforzando la idea de control.

b) Reglamentación

Desde el punto de vista de la regulación de la institución desde el prisma del DIPr., el cambio de modelo viene acompañado por la adopción de estructuras de CIA en su reglamentación convencional en detrimento de las estructuras clásicas. Efectivamente, fue a partir de la generalización de la adopción internacional en los años 60, cuando la Comunidad internacional comenzó a tomar conciencia de la relevancia de la dimensión de este fenómeno, y de la necesidad de adoptar medidas comunes para salvaguardar el interés del menor en la constitución de toda adopción internacional, frente a intereses de cualquier otro tipo. En esta línea, diferentes

menores. Mecanismos de protección y control», *Infancia y Sociedad*, n.º 33, 1995, pp. 201-211; S. Adroher Biosca, «La adopción internacional...», *cit.*, pp. 299-304; J. H. A. van Loon, «International Cooperation...», *cit.*, pp. 250-260).

⁵⁴⁰ *Vid.*, entre otros, S. Adroher Biosca, «La adopción internacional...», *cit.*, pp. 249-260; *id.*, «La adopción internacional: una nueva migración», *Migraciones*, n.º 8, 2000, pp. 251-284; S. Álvarez González, «La adopción internacional...», *cit.*, pp. 181-183.

Organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales comenzaron a prestar especial atención a los problemas y a procurar ofrecer soluciones conjuntas.

Al margen de algunas Recomendaciones adoptadas en el Seminario sobre Adopción Internacional, celebrado en Leysin en 1960 bajo los auspicios de las Naciones Unidas⁵⁴¹, la primera vez que se procura dar una solución global al problema, mediante un Convenio de alcance multilateral, fue en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, con la conclusión del Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, relativo a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción⁵⁴². Este Convenio ha sido considerado por toda la doctrina, como se verá más adelante, como uno de los fracasos de la Conferencia, siendo sólo ratificado por Australia, Suiza y el Reino Unido (países respecto de los cuales entró en vigor el 23 de octubre de 1978 y, desde entonces, no ha recibido ratificación o firma alguna). La respuesta convencional a toda la problemática que ya en dicha fecha rodeaba a la institución de la adopción se cifra en este primer texto en términos tradicionales, es decir, determina la autoridad competente, una vez determinada ésta, aplica la *lex autoritaris*, e introduce algunas cuestiones sobre el reconocimiento de las adopciones realizadas en el extranjero.

Años más tarde, en el seno del Consejo de Europa se adoptó, como se ha indicado *supra*, el Convenio Europeo en materia de adopción internacional, hecho en Estrasburgo el 24 de abril de 1967, en la línea seguida por esta Organización, de armonizar los derechos internos de los Estados partes en materia de protección de menores⁵⁴³. El texto queda fuera de este estudio, ya que aparte de no formar parte de nuestro Ordenamiento jurídico, se centra esencialmente en armonizar las regulaciones sustantivas y procedimentales de la adopción en los Derechos internos, incorporando

⁵⁴¹ Sobre estos primeros trabajos, *vid.*, P. Brioso Díaz, *La constitución de la adopción...*, *cit.*, pp. 7-8; M. F. Lucher-Babel, «Adoption Internationale: comprendre les nouvelles normes. Principes et mécanismes de la Convention de La Haye du 29 mai 1993», *Les Cahiers des Droits de l'enfant*, vol. 4, D.E.I., 1996, pp. 6-7.

⁵⁴² La versión en castellano, así como una breve indicación bibliográfica sobre el mismo, puede verse en J. D. González Campos y A. Borrás Rodríguez (Coord.), *Recopilación de Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993)*, *cit.*, pp. 132-141.

⁵⁴³ *Vid.*, Cap. Introd., II. 2. C) a).

sólo excepcionalmente algunas disposiciones relativas a las adopciones internacionales⁵⁴⁴.

Una aportación decisiva al nuevo tratamiento de la adopción internacional situado en el marco de la protección del menor, y orientada exclusivamente a su interés, ha sido la llevada a cabo por la Convención de los Derechos de las NU de 1989 sobre los Derechos del niño. La Carta Magna de los Derechos del niño, como se ha apuntado *supra* sienta, concretamente en su art. 21, los principios rectores que con carácter general deben presidir a partir de entonces cualquier reglamentación de la institución⁵⁴⁵. Dichos principios esenciales pueden sintetizarse en los siguientes: a) Principio del interés del niño como consideración primordial de la adopción internacional; b) Principio de subsidiaridad: la adopción internacional sólo puede tener lugar cuando el menor no pueda ser debidamente atendido en el país de origen, bien siendo colocado en un hogar de guarda o bien entregado a una familia adoptiva; c) Principio de la competencia de las autoridades y del consentimiento paterno-materno: la adopción sólo puede ser autorizada por las autoridades competentes y, cuando así se requiera, los padres o tutores hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; d) Equivalencia de garantías: los Estados velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de las salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; e) Lucha contra el tráfico: se prohíbe que la adopción internacional de lugar a beneficios financieros indebidos para quienes

⁵⁴⁴ El Convenio, que está en vigor en 17 Estados (*vid.*, <http://www.coe.fr>), ha sido recibido de manera contradictoria entre la doctrina (*vid.*, en sentido crítico, *ad. ex.*, M. Guzmán Zapater «La filiación por naturaleza y por adopción», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, *Derecho civil internacional*, 9ª ed., 2000, UNED, Madrid, pp. 159-193, esp., p. 183; satisfactoriamente, *ad. ex.*, I. Delupis, *International Adoptions and the Conflict of Law*, Estocolmo, 1975, pp. 37-46; M. Milojevic, «L'adoption internationale», en R. Ganghofer (Dir.), *Le droit de la famille en Europe...*, *cit.*, pp. 823-830, esp. p. 829).

⁵⁴⁵ *Vid.*, Cap. introd., II. 2. B). Estos principios fueron ya adoptados de manera incipiente en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, contenida en la Resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre cuya base se aprobó la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (sobre el contenido de esta Declaración con relación a la adopción internacional, *vid.*, I. López Orellana, «La adopción internacional...», *cit.*, p. 8047; más ampliamente, sobre el tratamiento de la institución en la Convención de las NU sobre los Derechos del niño, *vid.*, M. V. Mayor del Hoyo, «En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño», *R.D.P.*, núm. 7, sept-dic. 1995, pp. 135-165).

participan en ella⁵⁴⁶; f) Principio de la cooperación internacional mediante la promoción de acuerdos bilaterales o multilaterales⁵⁴⁷.

En el ámbito interamericano la preocupación por encontrar soluciones uniformes desde el ámbito del DIPr. a la adopción internacional, y concretamente desde la perspectiva del Derecho aplicable, se remontan al Código de Bustamante, hecho en La Habana el 20 de febrero de 1928 (arts. 73-77), pasando por el Tratado de Montevideo de 1940 Derecho Civil Internacional (arts. 23-24), hasta llegar a la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, hecha en La Paz el 24 de mayo de 1984⁵⁴⁸. La Convención de La Paz se expresa, al igual que el Convenio de La Haya de 1965, en términos clásicos de DIPr., es decir, determinación de la autoridad competente, derecho aplicable a la constitución de la adopción mediante un aplicación distributiva de la ley de la residencia habitual del menor y la ley del domicilio del adoptante o adoptantes, y algunas disposiciones sobre reconocimiento y eficacia de las adopciones constituidas en el extranjero. No obstante, aunque sus normas sobre competencia de autoridades parecían presagiar un mayor éxito que el Convenio gestado en la Conferencia de La Haya, la práctica ha demostrado igualmente la ineficacia de sus planteamientos y soluciones⁵⁴⁹. La Convención no forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico y no incorpora la técnica de la CIA en su reglamentación, por lo que queda excluida de este estudio.

⁵⁴⁶ La utilización por el texto del Convenio del término de «beneficios financieros indebidos» parece más bien desacertada, ya que *a sensu contrario* podría interpretarse que sí caben beneficios debidos, expresión que evoca precisamente el tráfico de niños que el Convenio desea evitar. Esta fue la razón por la que España al ratificar la Convención formuló una reserva respecto a este punto (sobre ésta, *vid.*, P. P. Miralles Sangro, «La ratificación por España...», *cit.*, p. 535; sobre el alcance de dicho precepto, M. V. Mayor del Hoyo, «En torno al tratamiento...», *cit.*, pp. 154-155).

⁵⁴⁷ Sobre estos principios generales, *vid.*, *ad. ex.*, E. Tellechea Bergman, «La adopción internacional en el actual Derecho internacional», *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, núm. 8, 1993, pp. 139-145; en la doctrina española, M. V. Mayor del Hoyo, «En torno al tratamiento...», *cit.*, pp. 146-156; S. Adroher Biosca, «Marco jurídico de la adopción...», *cit.*, pp. 102-104; P. Rodríguez Mateos, «La protección jurídica del menor...», *cit.*, pp. 483-487.

⁵⁴⁸ Sobre la reglamentación de la adopción internacional en el ámbito convencional interamericano, puede verse, entre otros, A. Uriondo de Martinoli, «La adopción internacional», A. Dreyzin de Klor (Dir), *La protección internacional de menores...*, *cit.* pp. 91-113; G. Parra Aranguren, «Los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (La Paz, 1984)», *Revista de La Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello*, nº 32, pp. 73-112; E. Tellechea Bergman, «La adopción transnacional...», *cit.*, pp. 146-155.

⁵⁴⁹ La Convención sólo esta en vigor en Belice, Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá (para otras informaciones relativas a la Convención *vid.*, <http://www.oas.org>). Sobre la misma, *vid.*, E. Poisson-Drocourt, «Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d'adoption de mineurs», *Rev.crit. dr. int. pr.*, 1987, 3, pp. 640-643.

Igualmente queda excluida, aunque debe hacerse mención a ella en este punto para completar la reglamentación de la adopción internacional en este ámbito regional, la ya mencionada Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 18 de marzo de 1994, que pretende ofrecer en el conjunto de su articulado una respuesta directa a dicho problema⁵⁵⁰.

Todas estas regulaciones convencionales, al margen de otras muchas iniciativas llevadas a cabo por Organizaciones internacionales no gubernamentales dedicadas a la protección de la infancia⁵⁵¹, continuaban revelándose insuficientes e ineficaces para regular en la década de los 90 una institución tan compleja sociológica y jurídicamente como la adopción internacional, y cuyos supuestos se multiplicaban continuamente. Ante esta situación y conscientes de la necesidad de un Convenio multilateral en el que participaran representantes de los Estados de origen, se concluiría en el seno de La Conferencia de La Haya, el Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁵⁵²; Convenio que va a marcar el antes y el después en la reglamentación de la adopción internacional desde la perspectiva del DIPr.

⁵⁵⁰ Son Estados parte: Argentina, Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Uruguay (para otras informaciones relativas a la Convención *vid.*, <http://www.oas.org>).

⁵⁵¹ Sobre éstas, *vid.*, *ad. ex.*, J. H. A. van Loon, «International Cooperation...», *cit.*, pp. 323-325.

⁵⁵² Son Estados Parte: Albania, Alemania, Andorra, Australia, Austria, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina-Faso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovenia, España, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Islandia, Israel, Italia, Lituania, Mauricio, México, Moldava, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Rumania, República Checa, Sri-Lanka, Suecia, Venezuela (para otras informaciones relativas al Convenio, *vid.*, <http://www.hcch.net>). Sobre la génesis y elaboración del Convenio, *vid.*, especialmente, «Conclusions de la Commission spéciale de juin 1990 sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tome II, *cit.*, pp. 128-135 (también puede verse en *International Review of Penal Law*, 1991, n° 62, pp. 839-846); M. Verwilghen, «La genèse d'une Convention sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», *Rev. belge dr. int.*, 1991, 1, pp. 438-461; A. Bucher, «L'avant-projet d'une Convention de La Haye sur l'adoption internationale», *R.S.D.I.E.*, 1993, 2, pp. 153-182; J. H. A. van Loon, «International Cooperation...», *cit.*, pp. 326-370; *id.*, «Intercountry adoption of children: a challenge for international cooperation to protect children's rights», *Hague Yearbook of International Law*, 1992, pp. 137-147. En nuestra doctrina, *vid.*, A. Borrás, «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero (La Haya, 11-21 de junio de 1990)», *R.E.D.I.*, 1990, núm. 2, pp. 696-703; «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (22 de abril a 30 de mayo de 1991)», *R.E.D.I.*, vol. XLVIII, 1991, pp. 574-575; «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (3 a 14 de febrero de 1992)», *R.E.D.I.*, vol. XLIV, 1992, pp. 278-280; «La XVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional (10-29 de mayo de 1993)», *R.E.D.I.*, 1993, 2, pp. 647-661; «La adopción de niños procedentes del extranjero», *Infancia y*

El Convenio de La Haya de 1993, que parte y desarrolla los principios asentados en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, se separa tajantemente desde un punto de vista metodológico de los Convenios internacionales hasta el momento existentes en materia de adopción internacional. El texto se presenta básicamente como un Convenio de cooperación internacional entre las autoridades del Estado de origen y las autoridades del Estado de recepción del menor, en donde las cuestiones sobre competencia judicial internacional, derecho aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones parecen quedar relegadas a un segundo plano. Se trata pues de un Convenio de CIA ciertamente complejo, que será analizado a lo largo de este trabajo, desde la premisa que ha significado por sí solo todo un hito en la reglamentación de la adopción internacional. Afortunadamente, a partir de su entrada en vigor, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea han decidido canalizar los esfuerzos unificadores en torno a la institución alrededor de este texto, rechazando implícitamente la elaboración de nuevos instrumentos paralelos susceptibles de aumentar la diversidad y complejidad normativa, e instando a sus respectivos Estados miembros a ratificar el Convenio de 1993⁵⁵³.

El Convenio de La Haya de 1993 ha significado también desde la perspectiva del Derecho español todo un giro en la regulación de la institución, y no sólo por su rápida incorporación y aplicación en nuestro sistema, sino fundamentalmente por su impronta en las numerosas normas autónomas estatales y autonómicas que le han sucedido en nuestro Derecho interno. El panorama normativo actual que preside la regulación de la adopción internacional en nuestro Ordenamiento jurídico se caracteriza por la proliferación y dispersión normativa y, consecuentemente, por los numerosos problemas de articulación entre los diferentes ámbitos normativos de los que proceden sus reglas. En primer lugar, el marco convencional actual descrito se completa con una serie de Protocolos bilaterales concluidos por la Administración española con algunos de los Estados de origen con los que España mantiene una

Sociedad, 1991, núm. 12, pp. 5-16; J. A. Tomás Ortiz de La Torre, «El proyecto de convención de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional», *Tapia*, 1994, pp. 79-85.

⁵⁵³ Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1443/2000, y Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 1996 [*vid., supra*, Cap. introd., II. 2. C) a) y b), respectivamente].

relación intensa en materia de adopción internacional⁵⁵⁴. En segundo lugar, con relación a la normativa interna de carácter estatal, el Convenio, de un lado, ha inspirado e incidido en la última de las grandes reformas operadas en la reglamentación de la institución con la LOPJM 1/1996 (principalmente, art. 25) y, de otro, parece haber abierto un cierto proceso de flexibilización con relación a la tendencia restrictiva que ha caracterizado la práctica de la DGRN en nuestro sistema respecto al reconocimiento y eficacia de las adopciones internacionales constituidas en el extranjero por nacionales españoles.⁵⁵⁵ En tercer lugar, a esta dualidad normativa convencional-estatal, debe añadirse la regulación autonómica en la materia, que adquiere en este sector su mayor protagonismo en el conjunto de la reglamentación relativa a la protección de menores. De un lado, por la regulación sustantiva de la institución incorporada en determinadas normativas autonómicas y, de otro, y fundamentalmente, como se indicó con anterioridad, porque se presenta con ocasión de esta institución en toda su dimensión, el problema de la proyección externa de las

⁵⁵⁴ En la actualidad, se encuentra vigentes Acuerdos: con Perú, de 21 de noviembre de 1994; con Colombia, de 13 de noviembre de 1995; con Ecuador, de 18 de marzo de 1997, y con Bolivia, de 21 de mayo de 1997, que sustituye a otro anterior de 5 de abril de 1995 (se hallan en trámite otros dos con Costa Rica y Honduras). Sobre el contenido de los mismos, *vid.*, C. Espluges Mota, «Conclusión por parte de España de cuatro Protocolos sobre adopción internacional», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pp. 336-340; sobre su naturaleza, F. Calvo Babío, «Naturaleza y alcance de los Protocolos de adopción suscritos entre España y Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 455-464). El régimen convencional se completa aún más con algunos de los Convenios bilaterales concluidos por España en sede de reconocimiento, que al incorporar expresamente en su ámbito de aplicación los actos de jurisdicción voluntaria, incluyen los relativos a la adopción internacional.

⁵⁵⁵ La norma autónoma en el Derecho español que regula la adopción internacional, como es sabido, es el art. 9.5 C.c., introducido por primera vez con la reforma del Título Preliminar por Decreto 1836/1974. Esta primera regulación, completamente alejada a las actuales exigencias de la protección del menor (*vid.*, entre otros, J. D. González Campos, «Filiación y alimentos» en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial, cit.*, pp. 355-377, esp., p. 366; N. Bouza Vidal, «La nueva Ley 21/1987...», *cit.*, pp. 909-910) ha sido objeto hasta el momento de cuatro reformas y una corrección de errores: a) Ley 21/1987, que adapta la regulación del 9.5 a la reforma sustantiva de la adopción en el Derecho interno (*vid.*, una valoración, entre otros, P. Rodríguez Mateos, «Artículo 9. Apartado 5», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales, cit.*, pp. 242-260; J. M. Espinar Vicente, «La modificación del artículo 9. 5 del Código civil...», *cit.*, pp. 996-1001; N. Bouza Vidal, «La nueva Ley 21/1987...», *cit.*, pp. 897-931); b) LOPJ de 1985, que introduce en su art. 22. 3 los foros de competencia judicial internacional; c) Ley 11/1990 de modificación del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Procede a realizar dos correcciones de errores respecto a la redacción del 9.5 por Ley 21/1987, que habían dado lugar a confusión en la práctica: se corrige «Ley del adoptado» por «Ley del adoptante» y «será necesario el consentimiento de la entidad» por «el conocimiento» (*vid.*, sobre la primera de las erratas, P. Rodríguez Mateos, «Nota a la Res. DGRN de 9 de febrero de 1989», *R.E.D.I.*, vol. XLI, 1989, 2, pp. 646-649); d) LOPJM 1/1996, que introduce dos nuevos requisitos para el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero; e) Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9.5 del Código civil, que introduce un nuevo párrafo al precepto, aportando una modesta flexibilización al régimen de la eficacia de adopciones constituidas en el extranjero.

competencias asumidas en materia de adopción internacional por las CCAA. En este sentido, junto a las funciones específicas asumidas en la materia por las entidades públicas autonómicas competentes *in genere* respecto a la protección de menores, en primer lugar, el Convenio de La Haya de 1993 ha sido el único de los Convenios de CIA en el que, hasta el momento, España ha previsto la diversificación territorial de las AACC en cada una de las CCAA, en el ámbito de su territorio y con relación a los residentes en el mismo; en segundo lugar, la mayoría de las CCAA han promulgado normas sobre las condiciones de acreditación y de control de las entidades colaboradoras mediadoras en la adopción internacional (ECAIS)⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ *Vid., ad. ex.*, con relación a la Comunidad de Canarias, M. A. Asín Cabrera, *La protección y adopción de menores en la Comunidad Autónoma de Canarias*, Gobierno de Canarias, 1999.

CAPITULO I:
PRINCIPIOS ARTICULADORES
DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL DE CIA

I. El pragmatismo como base convencional

1. Delimitación del pragmatismo

A) Consideraciones previas

La mayoría de los autores que se acercan a analizar un Convenio de CIA en materia de protección internacional de menores, *ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, o Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, coinciden en que se está en presencia de un Convenio esencialmente pragmático⁵⁵⁷. ¿Qué significa en realidad el pragmatismo? y, lo que es más importante, ¿qué consecuencias se derivan del hecho que un Convenio sea por naturaleza esencialmente pragmático?.

En principio, el pragmatismo en el seno del DIPr. se refiere básicamente a una corriente metodológica predicada respecto a ciertos Convenios internacionales, que tratan de ofrecer una respuesta jurídica específica y práctica a problemas planteados en la realidad social, que presentan una gran carga o trascendencia sociológica e incluso humanitaria. Los Convenios pragmáticos aparecen caracterizados por dos datos: el primero, estos textos se presentan como Convenios de carácter utilitaristas o utilitarios, es decir Convenios preocupados únicamente por la satisfacción de un fin concreto, con independencia del método empleado para alcanzarlo y, el segundo,

⁵⁵⁷ *Vid., ad. ex.*, respecto al Convenio de La Haya de 1961, M. Simon-Depitre, «La protection des mineurs...», *cit.*, pp. 108-138; respecto a los Convenios de La Haya de 1980 sobre secuestro y 1993 sobre adopción internacional, H. Bosse-Platière, «Enlèvement d'enfant et adoption internationale: la nécessité d'un contrôle juridictionnel des décisions des autorités centrales: À propos de l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Paris le 11 juillet 1997», *RFD adm.* 15 (2), 1999, pp. 414-421; en general sobre los Convenios relativos al Derecho de familia, M. C. Rondeau-Rivier, «Les Convention internationale en matière de droit de la famille», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1991, pp. 265-279.

como consecuencia del primero, pretenden alcanzar sus objetivos o fines convencionales utilizando en gran medida la vía del compromiso o del acuerdo entre los Estados parte.

Antes de analizar estas dos características intrínsecas al pragmatismo convencional, debe apuntarse que esta acepción referida a los Convenios internacionales y, sobre todo, desde su perspectiva metodológica, ha sido utilizada por nuestra doctrina en contraposición (o para distinguirla) a dos categorías de Convenios internacionales. En primer lugar, desde una perspectiva genérica, referida a todo tipo de materia, se enfrentan pragmatismo *versus* doctrinarismo. En segundo lugar, desde una perspectiva particular, referida exclusivamente a materia de protección de menores, se contrapone pragmatismo *versus* dogmatismo.

B) Pragmatismo *versus* doctrinarismo

El pragmatismo se presenta desde esta perspectiva como una de las tendencias de los Convenios internacionales pertenecientes al segundo o nuevo universalismo que impregna los trabajos de la Conferencia de La Haya después de la Segunda Guerra Mundial, en contraposición con los Convenios internacionales de la primera época de la Conferencia, pertenecientes al universalismo abstracto⁵⁵⁸. Mientras los segundos, es decir, los Convenios doctrinarios, reposaban en la vieja idea que bajo un conflicto de leyes existe un conflicto de soberanías, y se asentaban en la norma de conflicto multilateral abstracta y localizadora, los Convenios de este nuevo universalismo que surge a partir de los años 60, se caracterizan por desplazar su objeto a las necesidades e intereses reales de los particulares, que aparecen como los únicos protagonistas de la situación privada internacional a regular⁵⁵⁹. Es precisamente en esta nueva orientación del DIPr. donde se insertan los Convenios internacionales de carácter pragmático,

⁵⁵⁸ *Vid.*, *amplius*, esta dimensión, Y. Lequette, «Le Droit international privé de la famille...», *cit.*, esp. pp. 24-49; *id.*, «De l'utilitarisme dans le Droit international privé conventionnel de la famille», *L'Internationalisation du Droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 245-263; H. Batiffol, «L'avenir du droit international privé», *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, París, 1976, pp. 315-331, esp. pp. 326-328.

⁵⁵⁹ Sobre las líneas esenciales de este nuevo universalismo, tercera escuela del DIPr. o escuela de DIPr. Comparado, puede consultarse, entre otros, H. Batiffol, «Les pluralisme des méthodes en Droit international privé», *R. des C.*, 1973-II, t. 139, pp. 78-147, esp., pp. 79-84; Y. Lequette, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, pp. 24-34, y las referencias bibliográficas allí contenidas.

textos que, buscando satisfacer un objetivo o una necesidad concreta que viene reclamada por una determinada y delimitada situación privada internacional, se van progresivamente separando de los métodos o técnicas tradicionales del DIPr.

C) Pragmatismo *versus* dogmatismo

Esta contraposición cobra sentido exclusivamente, a diferencia de la anterior, en el marco general de los numerosos Convenios internacionales que, como se viene comprobando, se encargan de reglamentar la protección internacional del menor. En este concreto ámbito material, son varios los autores que interpretan que entre el copioso conjunto normativo que incide en dicha reglamentación pueden distinguirse claramente dos categorías de textos internacionales⁵⁶⁰. De un lado, los Convenios pragmáticos, que ofrecen una respuesta específica de DIPr. a una situación en la que el menor se ve implicada, y que exige una especial reglamentación que arbitre su protección, pero que a diferencia de los Convenios tradicionales o clásicos de DIPr., presentan ciertas particularidades o desviaciones metodológicas. De otro lado, Convenios dogmáticos, que a diferencia de los primeros, no se refieren al plano metodológico, sino al sustancial o material, y que tienen por objeto la creación de una especie de estatuto jurídico del menor a través de la consagración positiva de sus derechos. Los Convenios dogmáticos que se refieren al menor participarían de este modo de las características comunes de los Convenios internacionales sobre los Derechos humanos promulgados a partir de los años 50: consagran un catálogo de derechos mínimos y esenciales de los que es titular el menor, y que ha de ser respetado y desarrollado tanto por las legislaciones internas de los respectivos Estados parte, como por los sucesivos Convenios internacionales que se concluyan a partir de entonces entre ellos. En esta línea de Convenios dogmáticos relativos al derecho de la infancia se inscriben, principalmente, en primer lugar, la Carta Magna de los Derechos del Niño, es decir, la Convención de las NU de 29 de noviembre de 1989

⁵⁶⁰ *Vid., ad. ex.*, I. Barrière Brousse, «L'enfant et les conventions...», *cit.*, pp. 845-888; H. Fulchiron, «Les Conventions internationales. Présentation sommaire», en J. Rubellin-Devichi y F. Rainer (Dir.), *L'enfant et les Conventions...*, *cit.*, pp. 19-33; L. Chatin y B. Sturlèse, «Protection des Mineurs et entraide judiciaire internationale», *Recueil pratique de conventions sur l'entraide judiciaire internationale*, 1990, Ministère de la Justice Directions des affaires Civiles et du Sceau, pp. 101-131, esp., pp. 101-102.

sobre los Derechos del Niño y, en segundo lugar, como complemento del primero, desarrollando los derechos procesales del menor, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del niño de 25 de enero de 1996⁵⁶¹.

Ambas concepciones del pragmatismo coinciden en su noción y sentido, haciendo hincapié en su relevancia metodológica desde diferentes punto de vista (o de referencia). A efectos de esta tesis, y de valorar el alcance de la CIA en la reglamentación de la protección del menor desde la óptica del DIPr., interesa la primera de las opciones, ya que es la única que *stricto sensu* opera en el ámbito de esta disciplina. Efectivamente, el pragmatismo *versus* doctrinarismo enfrenta dos categorías de Convenios de DIPr., mientras que el pragmatismo *versus* dogmatismo contrapone Convenios de DIPr. frente a Convenios que no son de DIPr, sino que más bien se encuentran cercanos a la categoría de los Convenios internacionales relativos a los Derechos humanos⁵⁶². Realizada esta apreciación, y como se anunció, son dos las características que define a los Convenios pragmáticos: su filosofía utilitarista y la búsqueda del compromiso. Deben pues analizarse, en primer lugar, como afectan estas dos características a los Convenios objeto de estudio y, en segundo lugar, sus consecuencias desde un punto de vista metodológico, aspecto que presenta mayor interés.

2. El planteamiento utilitario

A) La aplicación del utilitarismo en materia de protección de menores

Al margen de sus raíces en el marco general de la filosofía⁵⁶³, el utilitarismo es una tendencia, común a todos las ramas del Derecho, caracterizada por la

⁵⁶¹ *Vid.*, esta acepción dogmática respecto al Convenio de Estrasburgo, S. García Cano, «El Convenio europeo...», *cit.*, pp. 679-680.

⁵⁶² Ello no significa desconocer la interrelación que existe entre ellos (*vid.*, especialmente, entre Convenios de Derechos humanos y Convenios de DIPr., en el marco de la protección del menor, J. H. A. van Loon, «The protection of children's right-in particular from the point of view of private international law: summary of course», en Bardonnnet y Cançado Trindade (Eds.), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*. Libro Conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho internacional de La Haya, San José (Costa Rica)/La Haya, 1996, pp. 141-165.

⁵⁶³ Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, el utilitarismo podría definirse como «doctrina filosófica moderna que considera la utilidad como el principio de la moral».

consideración de los fines u objetivos a los que debe atender y estar orientada toda norma jurídica⁵⁶⁴. Para las corrientes utilitarias el fin o utilidad es la única consideración a tener en cuenta en la elaboración de cualquier norma jurídica. En el marco del DIPr., el utilitarismo inicialmente se consideraría como una nueva tendencia del método conflictual, frente al método abstracto de la primera época, y fue expuesto en los años 70 por H. Batiffol como una de las posibles direcciones del DIPr. del futuro⁵⁶⁵.

El alcance de esta corriente debe valorarse actualmente desde una perspectiva más acorde con los parámetros del DIPr. de nuestros días, y fundamentalmente desde el pluralismo metodológico que lo caracteriza. Desde esta visión, se sostiene en este trabajo que la normativa convencional en materia de protección de menores se presenta como una reglamentación esencialmente utilitarista en el sentido que reúne los planteamientos y las peculiaridades metodológicas que comparten todos los Convenios internacionales de esta naturaleza⁵⁶⁶. En primer lugar, todos los Convenios de DIPr. que reglamentan actualmente la protección del menor, cualquiera que sea el ámbito material concreto cubierto por el texto y el método empleado por el mismo, se revelan como Convenios directamente orientados a la realización de unos objetivos específicos, y guiados por el principio de la eficacia. Con distinto alcance, dependiendo que organicen la protección del menor *in genere* o que protejan al niño en determinadas situaciones, los objetivos convencionales quedan más o menos

Sobre el utilitarismo moderno *vid.*, entre otros, con una actitud crítica, C. Audard, *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, 1988, pp. 158-168.

⁵⁶⁴ *Vid.*, desde una perspectiva genérica del Derecho en su conjunto, H. Batiffol, «L'avenir du droit international privé», *cit.*, pp. 326-327.

⁵⁶⁵ *Vid.*, H. Batiffol, «L'avenir...», *cit.*, p. 327. El hecho que este autor lo considerara entonces como una de las nuevas tendencias del DIPr. moderno, no implica que anteriormente no hubiera sido tomado en consideración en nuestra doctrina (*ad. ex.*, la defensa de la conexión del domicilio fue calificada doctrinalmente en sus orígenes como «utilitaria», en el sentido que el origen del pensamiento es precisamente la persona, como miembro de la sociedad que vive en el territorio de un Estado, *vid.*, W. E. Steiger, «La protection...», *cit.*, p. 489).

⁵⁶⁶ El utilitarismo, como se ha puesto de relieve, no es exclusivo de los Convenios internacionales en materia de protección de menores, sino que puede presentarse como una tendencia de los Convenios internacionales concluidos a partir de la Segunda Guerra Mundial. Así, *ad. ex.*, son esencialmente utilitaristas, tanto respecto a sus fines como con relación a sus métodos, los Convenios de la Conferencia de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (*B.O.E.* 17 de agosto de 1988), y de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (no ratificado por España). La orientación utilitarista de estos textos puede verse, *ad. ex.*, J. H. A. van Loon, «The Increasing Significance...», *cit.*, pp. 106-113; Y. Lequette, «Le Droit international privé de la famille...», positivamente, respecto al primero, pp. 212-215, con actitud crítica respecto al segundo, pp. 177-183.

delimitados, pero en su espíritu sólo desean alcanzar una respuesta convencional que de manera inmediata y eficaz satisfaga los objetivos convencionales. En segundo lugar, los redactores de estos Convenios internacionales, en su objetivo de ofrecer una respuesta directa a unos delimitados problemas (y a veces, estrechados fines), arbitran la técnica convencional que, entre las distintas alternativas, identifiquen más rápida, eficaz, y práctica. En esta línea van haciendo uso progresivamente de originalidades metodológicas respecto a las técnicas clásicas y, entre ellas, incorporan en distinta medida y con distinto alcance una serie de normas materiales que organizan una cooperación internacional entre las diferentes autoridades de los Estados parte, con objeto de alcanzar los fines perseguidos por el Convenio particular del que se trate. De este modo, empleando la técnica de la CIA en su reglamentación, a veces de manera conjunta a las técnicas clásicas y, otras, de manera independiente a éstas, se van separando sucesiva y progresivamente de los principios, técnicas y métodos tradicionales de DIPr, mostrándose como Convenios nuevos u originales⁵⁶⁷.

Antes de pasar al examen del alcance de los planteamientos utilitarios en los distintos Convenios, deben realizarse una serie de reflexiones previas sobre el alcance y el peligro de esta aproximación utilitaria en su conjunto⁵⁶⁸. En este sentido, *a priori*, esta opción convencional utilitaria parece estar llamada a una mayor aceptación por los Estados a la hora de decidir sobre su ratificación *versus* los Convenios clásicos. La reglamentación de la protección de los menores, en el DIPr. en general, ha aparecido condicionada durante el presente siglo, como es sabido, por la gran diferencia de regulación entre los derechos internos de los distintos Estados; hecho que ha dificultado el éxito de la cooperación legislativa en su acepción tradicional. Estos Convenios utilitarios, al procurar ofrecer una solución eficaz a un delimitado problema práctico, a través de técnicas también prácticas y originales, y como se verá más adelante, haciendo gran uso del compromiso, parecen, al menos en teoría, no

⁵⁶⁷ *Vid.*, este proceso de transición en el marco de la Conferencia de La Haya, J. H. A. van Loon, «What New Convention There May Be: A perspective From the Hague», en N. Lowe y G. Douglas (Ed.), *Families Across Frontiers*, *cit.*, pp. 855-868; A. Dyer, «L'évolution du droit international privé de la famille en Europe au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye», en R. Ganghofer (Dir.), *Le droit de la famille en Europe*, *cit.*, pp. 95-103; E. Jayme, «Identité culturelle et intégration...», *cit.*, pp. 64-65.

⁵⁶⁸ *Vid.*, *amplius*, Y. Lequette, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, p. 49, pp. 51-136; *id.*, «De l'utilitarisme...», *cit.*, pp. 245-263.

obligar a ninguno de los Estados contratantes a ceder o a renunciar a las grandes opciones fundamentales de sus Ordenamientos jurídicos. Además de este eclecticismo favorecedor a priori, no puede olvidarse que los Estados a la hora de decidir sobre su ratificación a un Convenio que trate de algún aspecto específico sobre menores, siempre parten de una «buena» predisposición, ya que como se ha reiterado en algunas ocasiones, los problemas relativos al menor son aprehendidos por la sociedad con una especial sensibilidad e, incluso, son objeto de la opinión pública. En este mismo deseo de extender espacialmente la protección del menor, los Estados implicados en la redacción del Convenio buscan fórmulas que teóricamente puedan coexistir sin demasiadas dificultades con las codificaciones nacionales de DIPr. y con sus Derechos internos.

Como contrapartida a estas presumibles ventajas, debe anunciarse que con esta aproximación utilitaria, en la que sólo se persigue la eficacia inmediata, mediante técnicas nuevas como la CIA, se corren también algunos peligros, no siempre tenidos en cuenta ni por los redactores ni por los comentaristas del Convenio⁵⁶⁹. Principalmente, y al margen de algunas observaciones realizadas por Y. Lequette con relación al utilitarismo en general, interesa destacar que muchos de estos Convenios al ofrecer una reglamentación específica a un problema particular relativo a la protección del menor, que indudablemente se inserta en el ámbito material más amplio que son las medidas de protección del menor en general, corren el riesgo de no tener debidamente en cuenta las conexiones entre lo general y lo particular y, por tanto, que en la aplicación práctica del Convenio específico, surjan algunos problemas de articulación respecto al Convenio general, problemas capaces de arruinar no sólo la consecución del objetivo al que está orientado el Convenio utilitario, sino también la coherencia global del sistema de protección (piénsese, *ad. ex.*, respecto al problema de la sustracción internacional de menores, y sus conexiones con la protección y garantía de los derechos de custodia y de visita, así como el derecho del menor a relacionarse

⁵⁶⁹ La mayoría de los autores que analizan alguno de estos Convenios utilitaristas sólo ponen de relieve sus ventajas y buenos resultados (*ad. ex.*, paradigmáticamente, C. S. Bruch, «How to Draft a Successful Family Law Convention: Lessons from the Child Abduction Convention», en J. Doek y otros (Eds.), *Children on the Move*, Kluwer Law International, 1996, pp. 47-60). Suele ser una excepción aquellos que anuncian los peligros de la elección de este método (en este sentido, *vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, pp. 452-453).

con ambos padres cuando estos no conviven, tanto antes como después del secuestro). En otras ocasiones, la opción convencional por prescindir del método conflictual clásico (*ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1993) no significa la desaparición del problema, sino simplemente su transformación u omisión. La ausencia de reglamentación, que *a priori* va en contra del mínimo principio de certidumbre y de seguridad jurídica, obligará probablemente a acudir de nuevo a las soluciones de los respectivos derechos internos. Ante ello la pregunta surge de manera espontánea: ¿Cuál es en realidad el alcance unificador que ha realizado el Convenio?.

Dejando en este momento el análisis metodológico, y centrándose exclusivamente en el planteamiento utilitario *stricto sensu*, en el ámbito específico de la protección de menores todos los Convenios realizados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, comparten el planteamiento utilitario: son elaborados bajo el «principio de la eficacia», procuran ante todo hacer obra práctica, desean extender su protección al mayor número de menores, y delimitan perfectamente su objeto de reglamentación, así como los fines que desean alcanzar. Sin embargo, la incidencia del este *modus operandi* es distinta, como se apuntó, cuando se trata de organizar la protección de la persona y de los bienes del menor *in genere versus* cuando se procura ofrecer una reglamentación particular a un problema específico que afecta al menor en las situaciones internacionales.

B) La evolución utilitaria en la reglamentación convencional de la protección de menores *in genere*

El fin perseguido por los sucesivos Convenios generales que durante el siglo XX han procurado regular la protección del menor en las situaciones internacionales ha sido obviamente idéntico: organizar dicha protección de la manera más eficaz. No obstante, a pesar de esta premisa común, puede observarse claramente como su reglamentación en el ámbito del DIPr. ha respondido a un proceso de adopción progresiva de los planteamientos utilitarios, exigido naturalmente por la evolución, ya

analizada en el capítulo introductorio, que la protección del menor ha experimentado en el marco internacional y en los Derechos internos durante el pasado siglo⁵⁷⁰.

Así, el objeto del Convenio de La Haya 1902, primero de los Convenios que como se ha visto, se encargaba de la protección de los menores, no era regular la protección del menor en general, sino sólo uno de sus aspectos: la tutela. Naturalmente, esta opción respondía a la concepción de la protección del menor a principios de siglo, es decir, una dimensión marcadamente familiar, y en los supuestos en que la sede natural faltaba total o parcialmente, la tutela era la única forma de protección prevista en el Derecho privado de la mayoría de los Estados⁵⁷¹. Sin embargo, como se ha verificado, la publicitación observada en la reglamentación de dicha protección, y la consecuente creciente intervención de las autoridades administrativas en la adopción de diversas medidas de protección en los Derechos internos denunciaron la ineficacia de su limitado objeto (y, como se verá mas adelante, también de métodos) del sistema clásico de protección, centrado exclusivamente en la tutela y en los aspectos privados; ineficacia que fue confirmada, como es sabido, por el TIJ en el famoso Asunto «*Boll*» el 28 de noviembre de 1958⁵⁷².

Con objeto de ofrecer una reglamentación a los problemas relativos a la protección del menor más acorde con las exigencias socio-jurídicas del momento, fundamentalmente, que alcanzara a las medidas de protección de carácter administrativo, y que se orientara de modo esencial a la protección de la persona del menor (y no de sus bienes), surge el Convenio de La Haya de 1961⁵⁷³. Desde sus trabajos preparatorios, se hizo especial hincapié por los redactores del texto en uno de

⁵⁷⁰ *Vid.*, un planteamiento jalonado en tres etapas de esta evolución, R. M. Moura Ramos, «La protección de los menores en el ámbito internacional», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Angel, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (Eds.), Colex, 2000, pp. 67-84.

⁵⁷¹ *Vid.*, Y. Loussouarn, «The IXth Session of the Hague Convention on International Law», *Journ. dr. int.*, 1961, pp. 655-693, esp. pp. 682-683.

⁵⁷² No debe olvidarse que para España el Convenio sigue en vigor con Bélgica y Rumania. Sobre su aplicación en nuestro país, puede verse, STS de 16 de octubre de 1940 y STS (Sala 4ª) de 23 de marzo de 1993.

⁵⁷³ Como indica G. A. L. Droz («La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961», *Journ. dr. int.*, 1973, pp. 603-643, esp. p. 605), mientras el Convenio de 1902 se preocupaba sobre todo por la vida jurídica del menor y de su representación legal, la impresión que se deduce de los debates de 1960, es que la Conferencia principalmente estaba preocupada por los problemas de la protección de la persona del menor. *Vid.*, también desde esta perspectiva, J. M. Baudouin, «La protection du mineur étranger par le juge des enfants», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, pp. 483-503.

los caracteres intrínsecos del utilitarismo: no deseaban elaborar una respuesta teórica al problema de la reglamentación de la protección del menor, sino que querían ante todo hacer una obra práctica y eficaz⁵⁷⁴. Dado que en muchas ocasiones el Convenio debería ser aplicado por autoridades administrativas que habían asumido en numerosos Derechos internos sucesivas competencias en la materia, se quiso ante todo realizar una obra simple, fácil de conocer y de aplicar. Como indica el propio redactor del informe del Convenio, el espíritu del Convenio de 1961 era construir un instrumento de política social y no un instrumento jurídico⁵⁷⁵. Sólo era necesario arbitrar la mejor protección para el menor, y para ello se fijan dos resultados materiales concretos: de un lado, la protección de los niños debe ser llevada a cabo por las autoridades más próximas a éstos y, de otro, debe garantizarse la continuidad de las medidas de protección adoptadas en el marco convencional. En función de dichos objetivos, expresiones del interés del menor, se procura diseñar todo el mecanismo convencional, introduciendo, como se verá, importantes novedades metodológicas que se separan de la reglamentación clásica en los sectores tradicionales del DIPr., y lo que es más importante, incorporando por primera vez, y como exigencia de los citados principios, una serie de normas materiales que reglamentan un embrionario sistema de cooperación entre las autoridades encargadas de la aplicación del Convenio.

En la elaboración de este Convenio internacional también se iniciaría una práctica común a todos los Convenios sobre protección de menores que le van a suceder, y que puede considerarse como un rasgo del pragmatismo *in genere* en esta materia: la intervención activa de diversas Organizaciones internacionales (intergubernamentales o no) relacionadas de distinto modo con la protección del menor. Con dicha intervención se persigue aportar a la elaboración del Convenio los

⁵⁷⁴ *Vid.*, M. Simon-Depitre, «La protection des mineurs...», *cit.*, pp. 109-138, esp. p. 126. Esta autora, que presidió los trabajos preparatorios del Convenio, pone de relieve el objetivo y espíritu esencialmente práctico del Convenio: «sus autores no han querido hacer una obra de doctrina; simplemente buscar los mejores medios para realizar de una manera eficaz, la protección de menores»; en el mismo sentido, *vid.*, J. M. Baudouin, «La protection du mineur...», *cit.*, p. 487.

⁵⁷⁵ *Vid.*, esta idea concreta y, en general, sobre la naturaleza práctica del Convenio, W. E. von Steiger, «Rapport explicatif relatifs á la Convention sur la compétence des autorités et loi applicable en matière de protection des mineurs», *Actes et Documents de la neuvième session*, t. IV, Conférence de La Haye de droit international privé, 1961, pp. 219-243, esp. pp. 221-223; *id.*, «La protection des mineurs...», *cit.*, p. 517.

datos o aspectos no jurídicos que rodean a la protección del menor, garantizando así la efectividad práctica de las soluciones arbitradas en la norma convencional, y evitando obtener una norma despegada de la realidad social. En el caso concreto del Convenio de La Haya de 1961, la intervención del Servicio Social Internacional fue decisiva en la elaboración de los artículos destinados a instaurar y reforzar la CIA⁵⁷⁶, con lo cual puede observarse una clara influencia de la perspectiva no jurídica que aportan estas Organizaciones en la adopción de la técnica de la CIA (la técnica menos jurídica, se dice, *versus* las técnicas clásicas).

No obstante, a pesar de su predicada practicabilidad y simplismo⁵⁷⁷, el Convenio de La Haya de 1961 no consiguió su objetivo, como revelan las serias dificultades surgidas en la interpretación y aplicación del Convenio por los tribunales de los respectivos Estados parte. En nuestro país, el Convenio ha pasado totalmente inadvertido por la jurisprudencia⁵⁷⁸, dato que *a priori* podría atribuirse a la reserva que España hizo de conformidad al párrafo tercero del art. 13 del Convenio, en virtud de la cual limitaba estrechamente su ámbito de aplicación, exigiendo el doble criterio de la residencia del menor en un Estado parte, y la posesión de la nacionalidad de un Estado parte⁵⁷⁹. Sin embargo, después de la retirada de dicha reserva en 1995, la situación no ha mejorado en nada, a pesar que el Convenio actualmente sólo requiere como condición de aplicación espacial, la residencia habitual del menor en un Estado parte. Otros países, en cambio, principalmente Alemania, Austria y Francia, aunque poseen una amplia experiencia en su aplicación, ésta ha servido fundamentalmente para poner

⁵⁷⁶ *Vid.*, especialmente, «Observations du Service Social International», *Actes et documents de la neuvième session*, cit., pp. 41-45, W. de Steiger, «Rapport explicatif...», cit., pp. 222-223, 236-237.

⁵⁷⁷ *Vid.*, esta calificación de «simplismo», Y. Lequette, *Protection familiale...*, cit., nº 250.

⁵⁷⁸ No existe dato alguna de su aplicación ni por el TS ni por los tribunales inferiores [*vid.*, A. Borrás y E. Pérez Vera, «Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado: 1ª Comisión especial para la modificación del Convenio sobre protección de menores (26 de mayo a 3 de junio de 1994)», *REDI*, vol. XLVI, 1994, 2, pp. 913-916, esp., p. 913]. No obstante, el TS tuvo ocasión de aplicarlo en una ocasión, respecto a la solicitud en nuestro país de la constitución de una tutela temporal, aunque una vez más, como no es extraño en nuestra jurisprudencia, la normativa convencional pasó inadvertida para el Alto Tribunal [*vid.*, STS (Sala 1º), de 21 de junio de 1991 (*RAJ*, 1991, núm. 4570), y nota de S. Álvarez González, en *R.E.D.I.*, vol. XLIV (1992), 1, pp. 215-220].

⁵⁷⁹ El Convenio de 1961, como es sabido, se refiere a menores que lo sean según su ley nacional y que residan en un Estado contratante, si bien en el art. 13 del Convenio se dispone: «...*Todo Estado contratante podrá reservarse el limitar la aplicación del presente Convenio a los menores que posean la nacionalidad de uno de los Estados contratantes*». Nuestro país, de conformidad con este precepto, formuló la citada reserva, retirada posteriormente con efectos desde el 19 de agosto de 1995 (*B.O.E.*, 15 de septiembre de 1987).

de relieve las enormes dificultades derivadas del método utilizado por los redactores del Convenio para alcanzar su objetivo⁵⁸⁰.

El Convenio de La Haya de 1996, manteniendo los objetivos básicos que exige la protección eficaz del menor (acercar dicha protección a las autoridades más cercanas al menor y garantizar la continuidad de dicha protección), da un paso más (o, al menos, cualitativamente distinto) en la perspectiva utilitarista. De un lado, si desea extender la protección arbitrada en el texto al mayor número de menores, debe superar los límites devenidos del estrecho ámbito espacial de su predecesor, y para lo cual consagra un sistema de protección universal, de alcance *erga omnes*, aplicándose sus disposiciones incluso si designan la ley de un Estado no contratante (art. 20). De otro, si aspira a elaborar un régimen eficaz de la protección del menor, debe superar ciertas lagunas materiales puestas de relieve tanto por su antecesor, como por otros Convenios internacionales particulares que inciden en el marco de dicha protección. De este modo, el Convenio de La Haya de 1996 va a procurar tanto ofrecer una respuesta a nuevos problemas que no encuentran una solución adecuada en el marco del Convenio de 1961 (*ad. ex.*, derecho de relación transfronterizo del hijo), como completar el funcionamiento de determinados Convenios que reglamentan aspectos puntuales de dicha protección, articulando respuestas coherentes con los mismos, pero evitando hipotéticas colisiones convencionales que puedan frustrar el marco global del sistema de protección de menores (*ad. ex.*, sustracción internacional de menores). Para alcanzar dichos objetivos, siguiendo las pautas metodológicas esenciales del Convenio de La Haya de 1961, el nuevo Convenio se ha visto obligado a llevar a cabo importantes modificaciones metodológicas respecto a éste y, esencialmente, como

⁵⁸⁰ Aparte de las concretas apreciaciones que se realizarán en las páginas que siguen, el método del Convenio de La Haya de 1961 ha sido objeto de un análisis crítico específico por diversos autores (*vid.*, *ad. ex.*, Y. Lequette, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, pp. 59-100; J. Barrière-Brousse, «L'enfant et les Conventions...», *cit.*, pp. 851-855). Desde una perspectiva jurisprudencial general, *vid.*, *ad. ex.*, M. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, t. IV, 1994, T.M.C. Asser Institut, pp. 61-86; concretamente en la jurisprudencia francesa, *vid.*, sentencia de la *Cour d'appel* de Paris de 27 de mayo de 1986, y nota de D. Alexandre, *Jour. dr. int.*, 1987, 2, pp. 332-345.

buen Convenio pragmático, a introducir un conjunto de normas materiales que regulan un completo sistema de cooperación entre las autoridades encargado de aplicarlo.⁵⁸¹

C) El utilitarismo *extremis* en la reglamentación convencional específica de los atentados a la protección del menor

a) Consideraciones previas

Los Convenios internacionales que reglamentan aspectos específicos relativos a la protección del menor en las situaciones internacionales, se presentan en mayor intensidad que los Convenios generales como Convenios de naturaleza utilitarista, que comparten una serie de premisas comunes: a) Tratan de ofrecer una respuesta convencional particular a determinadas situaciones privadas internacionales en las que el menor se ve implicado, y necesitado de una particular protección; b) Afectan a situaciones que implican un atentado a la estabilidad del menor, en el sentido que generalmente dichas situaciones son consecuencia de una actitud negligente o irresponsable por parte de los adultos (normalmente, los progenitores), surgen como consecuencia de la ruptura de la estabilidad familiar, y suelen ir acompañadas de un desplazamiento físico del menor de un Estado a otro⁵⁸²; c) Regulan problemas de gran sensibilidad social, de una gran carga humanitaria, y en la mayoría de las ocasiones objeto de la opinión pública y de los medios de comunicación⁵⁸³.

⁵⁸¹ Todos los autores que han analizado el Convenio de La Haya de 1996 coinciden en destacar la importante novedad que desde un punto metodológico implica la incorporación de la CIA en el texto. Sobre éste, puede verse, principalmente, A. Bucher, «La révision de la Convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Mélanges Benhard Schnyder. Famille et Droit*, Editions universitaires Fribourg (Suisse), 1995, pp. 61-73; *id.*, «La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *RSDIE*, 1997, 1, pp. 67-109; S. Detrick, «Hague Convention of 19 October on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children», *Hague Yearbook of International Law*, 1996, pp. 77-84; P. Picone, «La Nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, pp. 705-748; P. Lagarde, «La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1997, pp. 217-237; P. Nygh, «The New Hague Child Protection Convention», *International Journal of Law and the Family*, vol. 11, 1997, 344-359; *id.*, «The Hague Convention on the protection of children», *NILR*, 1998, pp. 1-28; A. M. Hutchinson y M. H. Bennet, «The Hague Child Protection Convention», *Fam. Law.*, 1998, pp. 35-38.

⁵⁸² *Vid.*, esta consideración con relación al fenómeno de la sustracción internacional de menores, A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor...», *cit.*, pp. 952-953.

⁵⁸³ En general, sobre la proximidad del Derecho internacional privado a la vida cotidiana, y su acceso a los medios de comunicación, *vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Los supuestos de tráfico privado internacional

b) El *Legal Kidnapping* y los distintos planteamientos

Todas las premisas citadas se reúnen en los supuestos de sustracción internacional de menores: el *Legal Kidnapping* responde como regla general a una actitud negligente de los progenitores del menor (generalmente el que ostenta el derecho de visita), y suele ir acompañado de un desplazamiento físico del menor del Estado donde tiene su centro de vida al Estado de la nacionalidad del progenitor que ha realizado la sustracción.

Los dos Convenios internacionales multilaterales existentes en nuestro Ordenamiento jurídico que abordan el problema procuran ofrecer una respuesta jurídica de DIPr. desde un planteamiento utilitarista y empleando estructuras de cooperación entre autoridades. Sin embargo, el Convenio de Luxemburgo de 1980 y el Convenio de La Haya de la misma fecha, al no partir de los mismos presupuestos o planteamientos en cuanto a la delimitación de sus objetivos, optan por diferentes métodos para su realización, y el alcance de la CIA en uno y en otro es bien distinto⁵⁸⁴.

Respecto a los fines, la articulación del Convenio de Luxemburgo parte de un doble objetivo: a) Organizar un eficaz sistema de reconocimiento y ejecución de las decisiones adoptadas entre los Estados parte con relación a los derechos de custodia y de visita; b) Arbitrar el restablecimiento del derecho de custodia en los supuestos de sustracción internacional de los menores. Naturalmente, este doble objetivo interrelacionado condiciona toda la elaboración del Convenio, incluido su método y procedimiento. Ya no es un Convenio destinado específicamente a resolver de manera directa el problema del *Legal Kidnapping*, sino que es un Convenio, principalmente, sobre el derecho de custodia de los menores, y como un aspecto conexo al mismo, trata de solucionar la trasgresión de este derecho que se produce en los supuestos en

en los medios de comunicación social», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1985*, Serv. Ed. Universidad del País Vasco, 1986, pp. 373-401.

⁵⁸⁴ *Vid.*, especialmente, una aproximación a la distinta metodología de uno y otro, P. Reymond, «Convention de La Haye et Convention de Strasbourg...», *cit.*, pp. 333-344.

que hay un traslado del menor sin derecho⁵⁸⁵. La respuesta jurídica a este aspecto particular del secuestro se lleva a cabo por tanto dentro de un aspecto más general, que es el derecho de custodia de los menores. Asimismo, al no referirse únicamente al *Legal Kidnapping*, su aplicación puede suscitar problemas de articulación con los Convenios generales sobre protección de menores, que naturalmente incluyen en su ámbito de aplicación las medidas relativas al derecho de custodia⁵⁸⁶.

No ocurre lo mismo con el Convenio de la Haya de 1980, cuyo objetivo puede decirse que es más modesto y limitado aunque, quizás por ello, haya resultado más eficaz en la práctica para resolver el problema. A diferencia del Convenio de Luxemburgo, todo el mecanismo convencional se dirige únicamente a solucionar el problema de la sustracción internacional de menores, delimitando *a priori* cual es el resultado material preciso que debe alcanzarse en estos casos, esto es, el restablecimiento del *status quo* mediante el rápido retorno de los menores ilícitamente trasladados. El Convenio de La Haya, como han indicado algunos autores, sólo fija una obligación de resultado: el retorno del menor⁵⁸⁷. Incluso, aunque generalmente suele escribirse o predicarse de este Convenio que su objetivo es el retorno del menor al lugar donde tiene su residencia habitual (e incluso así aparece en su Preámbulo), ciertamente las reglas convencionales no exigen que dicho retorno deba hacerse inexcusablemente al Estado de la residencia habitual del menor (art. 1) y, excepcionalmente, se admiten otras posibilidades⁵⁸⁸. La única filosofía del Convenio

⁵⁸⁵ El Convenio, en realidad, es fruto final de la conjunción y reestructuración de dos Proyectos distintos en un mismo texto. En un primer momento, se procuró ante todo regular el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia y, en segundo momento, a propuesta de Suiza, se llamó la atención sobre la importancia de elaborar un Convenio relativo al restablecimiento de este derecho en supuestos de desplazamiento de un menor hacia otro país. Finalmente, se decidió conjugar los dos objetivos en el mismo Convenio (*vid.*, sobre esta cuestión, «Informe explicativo del Consejo de Europa sobre el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980», en AA.VV, *La sustracción internacional...*, *cit.*, pp. 217-231).

⁵⁸⁶ *Vid.*, *ad. ex.*, como consecuencia de la interferencia del Convenio de Luxemburgo de 1980 en la aplicación del Convenio de La Haya de 1961, sentencia de la *Cour de cassation* (1 Ch. Civ.) de 16 de diciembre de 1986, y nota de P. Lagarde, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 404-414.

⁵⁸⁷ *Vid.*, intervención de G. A. L. Droz en los debates a la comunicación presentada por L. Chatin, «Les conflits relatifs au droit de garde des enfants et au droit de visite en Droit international privé», *Trav. Com. fr. dr. int. pr.* 1981-1982, pp. 106-138, esp. pp. 130-131.

⁵⁸⁸ Esta diferencia entre el Preámbulo y el texto ha dado lugar a importantes dudas en la interpretación y aplicación del Convenio por los tribunales. Sin embargo, tanto en el informe explicativo del mismo, como en alguno de los informes realizados por las Comisiones especiales de seguimiento del Convenio, se deja claro que en la letra del texto no era conveniente incorporar una regla rígida, que obligase siempre el retorno mecánico del menor al lugar de su residencia habitual. De manera excepcional, el

es neutralizar rápidamente los efectos del secuestro mediante la restitución inmediata del menor, poniendo fin a la vía de hecho que constituye el desplazamiento ilícito y, desde luego, como se verá más detenidamente a continuación, sin entrar a resolver la cuestión del fondo del asunto sobre la atribución de los derechos de custodia y de visita (art. 16)⁵⁸⁹. La peculiar naturaleza de esta acción autónoma de retorno condujo acertadamente a los primeras comentaristas del Convenio a compararla con una medida puramente conservatoria como la protección posesoria⁵⁹⁰, y que a diferencia del Convenio de Luxemburgo, puede actuarse sin que sea necesaria una previa resolución sobre el derecho de custodia en el Estado de origen. Aquí ya puede encontrarse una gran diferencia esencial y cualitativa en cuanto al Convenio de La Haya y el Convenio de Luxemburgo derivada de su planteamiento y delimitación: mientras que el Convenio de Luxemburgo, por sus propios objetivos (en función del reconocimiento de las decisiones sobre custodia) impone, como condición previa e inexcusable, para que exista un traslado sin derecho que el desplazamiento del menor se haya realizado en trasgresión de una resolución ya existente sobre su custodia, o

progenitor que ostenta el derecho de custodia podría en determinados casos haber cambiado de residencia antes de que tuviera lugar el desplazamiento ilícito, con lo cual sería absurdo que se retornara al menor directamente a su primera residencia (o lugar de residencia habitual). Dejando abierta la posibilidad que se retorne a otro Estado distinto al de su residencia habitual se permite simplemente que el menor sea retornado al lugar donde se encuentre el progenitor que ostenta el derecho de custodia (*vid.*, esta interpretación, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 459, «Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants tenue du 18 au 21 janvier 1993», <http://www.hcch.net>, réponse a la question 1). No obstante, la cuestión es más delicada y ha dado lugar a una interesante jurisprudencia, puesto que dependiendo de las circunstancias particulares del asunto, el cambio de residencia por parte del progenitor que ostenta la guarda puede constituir por sí mismo un desplazamiento ilícito [puede verse sobre esta cuestión de la asignación geográfica de la residencia habitual del menor, que se enlaza con la cuestión de la autonomía del concepto del derecho de custodia en el marco del Convenio, *inter alia*, sentencia de CA Aix-en Provence de 23 de marzo de 1989, y nota de Y. Lequette, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, pp. 535-539; sentencia de la *Cour de cass.* (1 Ch. Civ.) de 23 de octubre de 1990, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, y nota del mismo autor, pp. 407-410; sentencia de la *Cour de cass.* (1 Ch. Civ.) de 16 de julio de 1993, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993, y nota de B. Ancel, pp. 658-664; *vid.*, también, sobre la misma sentencia, nota de H. Gaudemet-Tallon, *Jour. dr. int.*, 1994, 1, pp. 133-148].

⁵⁸⁹ *Vid.*, recientemente, insistiendo en este aspecto, M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Entrée en vigueur d'un instrument éprouvé», *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, 1, pp. 7-53, esp., pp. 12-14.

⁵⁹⁰ *Vid.*, L. Chatin, «Les conflits...», *cit.*, p. 116; H. Batiffol, «La quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981, pp. 231-245, esp., pp. 232-235; posteriormente, *vid.*, G. Castex, «Commentaire sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1991/1992, pp. 247-252, esp., p. 247; Y. Lequette, «Note a la decisión de la CA Aix-en Provence de 23 de marzo de 1989», *cit.*, p. 535; B. Ancel, «Note a la decisión de la Cour de cassation de 16 de julio de 1993», *cit.*, p. 658.

que se haya dictado con posterioridad [art. 1 c)], el Convenio de La Haya amplía su ámbito de aplicación (a pesar de su objetivo más limitado) a estos supuestos, y a aquellos otros en los que el derecho de custodia era atribuido *ex lege* o ejercido *de facto* [art. 3 a)]⁵⁹¹.

Se es consciente que llegados a este punto se podría objetar que no sólo el retorno del menor es el objetivo del Convenio de La Haya de 1980, sino que en condiciones de igualdad se recoge como finalidad del Convenio velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados miembros se respeten en los demás Estados contratantes [art. 1 b)]. Sin embargo, tal como ya reconoció la relatora del informe explicativo del Convenio, el texto no precisa cuáles son los medios para hacer respetar tal derecho de custodia, por lo que, en sí mismo, este derecho casi puede decirse que escapa del ámbito del Convenio⁵⁹². Respecto al derecho de visita, aunque sí es objeto de una referencia específica en el Convenio (art. 21), ésta se limita exclusivamente a enunciar una regla general favorable a la protección y organización de dicho derecho, extendiendo a tales casos los deberes de cooperación atribuidos a las Autoridades centrales en los supuestos de sustracción. Por tanto, en el marco del Convenio no se prevén aparentemente mecanismos específicos destinados a garantizar el restablecimiento del derecho de visita por vía judicial y, es más, las normas que definen la ilicitud de un comportamiento que justifica la restitución inmediata del menor, se refieren únicamente a la violación del derecho de custodia y no al derecho de visita. Prueba inicial de la insuficiencia de las reglas sobre protección del derecho de visita en el Convenio de 1980, es la posibilidad que se está barajando en el seno de la Conferencia de La Haya de aprobar un Protocolo al Convenio de 1980, que resuelva de manera más detallada y satisfactoria que el art. 21, el ejercicio efectivo del derecho de visita (entendido en sentido amplio como todo derecho de relación transfronterizo entre padres e hijos) en el contexto del secuestro internacional de menores, y como una alternativa a las solicitudes de retorno⁵⁹³. Por

⁵⁹¹ *Vid.*, esta misma conclusión, P. Reymond, «Convention de La Haye et Convention de Strasbourg...», *cit.*, pp. 341-342.

⁵⁹² *Vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 429-430.

⁵⁹³ *Vid.*, W. Duncan, «Rapport Préliminaire sur le Droit de visite/droit d'entretenir un contact transfrontière et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement

tanto, con independencia de volver sobre esta cuestión más adelante, puede decirse que *a priori* la garantía del derecho de visita antes de un desplazamiento, así como el derecho del menor a tener relaciones periódicas con sus dos progenitores, no queda protegido por el Convenio de La Haya⁵⁹⁴. De este modo, las cuestiones sobre el mismo quedarían incluidas en el ámbito de aplicación de los Convenios generales sobre protección y, hasta el momento, sin demasiada fortuna, en el Convenio de la Haya de 1961. Afortunadamente, el nuevo Convenio de 1996, como se verá *infra*, parece abrir nuevas y eficaces perspectivas mediante la técnica de la CIA⁵⁹⁵.

En conclusión, el Convenio de La Haya de 1980 es un excelente ejemplo sobre el acotamiento material de un Convenio esencialmente utilitarista, destinado exclusivamente a resolver el *Legal Kidnapping*, y cuya intervención se actúa con relación a una mera situación de hecho (no es necesario una decisión judicial, pudiendo incluso actuarse por el progenitor que ejerce *de facto* el derecho de custodia). En contra, el Convenio de Luxemburgo de la misma fecha, a pesar de aspirar a resolver el mismo problema material, al quedar enmarcado finalistamente en un ámbito más amplio (reconocimiento y ejecución de las decisiones sobre custodia), resulta mucho más limitado en su ámbito (y, por tanto, también en su eficacia), en tanto que su intervención se actúa siempre con relación a una situación de derecho reconocida (el progenitor debe ser titular del derecho de custodia en virtud de una decisión judicial). Algunos autores estiman que en el acotamiento material y en el planteamiento adoptado por el Convenio de La Haya se encuentra precisamente una de las claves de su éxito⁵⁹⁶, aunque habrá de analizarse si el método elegido para alcanzar tal objetivo es el adecuado, y si tal reglamentación no da lugar a problemas de articulación con la regulación de otras materias conexas, así como la eficacia de las vías de nuestro Derecho interno para lograr su efectiva aplicación.

internationales d'enfants», Document préliminaire No 4 du février 2001 à l'intention de la Commission spéciale de mars 2001», Conférence de La Haye de droit international privé, <http://www.hcch.net>.

⁵⁹⁴ No ocurre igual en el supuesto que producida la sustracción, la devolución del menor no proceda conforme a las normas del Convenio. En estos supuestos de no devolución, tanto el Convenio de La Haya (art. 16), como el Convenio de Luxemburgo (art. 5.4) no prohíben que el órgano jurisdiccional del Estado requerido pueda conocer tanto sobre el derecho de custodia como sobre el derecho de visita (*vid.*, sobre este aspecto, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 104-106).

⁵⁹⁵ *Vid.*, Cap. III, I. 2. C).

⁵⁹⁶ *Vid.*, *ad. ex.*, C. S. Bruch, «How to Draft a Successful Family Law Convention...», *cit.*, pp. 47-60.

Esta delimitación finalista característica del Convenio de La Haya de 1980 no concurre en el tercero de los Convenios de CIA concluidos por nuestro país para afrontar el problema de la sustracción internacional de menores, es decir, el Convenio bilateral celebrado con Marruecos el 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores⁵⁹⁷. Este Convenio, al igual que el resto de Convenios bilaterales concluidos por los países europeos con los países musulmanes en materia de Derecho de familia y protección de los menores, presentan una filosofía marcadamente utilitarista, si bien en distintos grados en función de dos datos: primero, de la amplitud de fines perseguidos por cada Convenio; segundo, de la relación entre éstos y los métodos arbitrados para alcanzarlos⁵⁹⁸. En general, todos aquellos

⁵⁹⁷ Entre las originalidades de este Convenio puede presentarse ya la de su propia entrada en vigor. El Convenio conforme a lo dispuesto en su art. 22 entró en vigor provisionalmente el mismo de su firma (un mes antes de su publicación en el *B.O.E.*) y, definitivamente, el primer día del segundo mes siguiente a la fecha de la última notificación en que se hace constar el cumplimiento de las formalidades constitucionales requeridas en cada uno de los dos Estados, hecho que tuvo lugar el día 1 de julio de 1999 (*B.O.E.*, núm. 151, de 25 de junio de 1999).

⁵⁹⁸ Así, Francia ha sido el país europeo pionero en esta política convencional bilateral en materia de protección de menores, tanto con diversos países del Magrehb, como con otros países no musulmanes con los que sus nacionales mantienen una relación estrecha. En esta línea ha concluido, como es sabido, numerosos Convenios que, con distinto alcance material (y también de efectividad), representan actualmente para el DIPr. francés un importante peso en la materia. Entre ellos, pueden distinguirse dos grupos: de un lado, aquéllos que regulan la materia inserta en un ámbito material más amplio y, de otro, aquéllos concluidos específicamente para resolver los problemas relativos a la protección del menor. Entre los primeros, más próximos a las técnicas clásicas, y con menor éxito en su funcionamiento, *ad. ex.*, Convenio franco-polaco de 5 de abril de 1967 relativo a la ley aplicable, a la competencia y al *exequátur* en el Derecho de las personas y de la familia (*vid.*, texto, *Journ. dr. int.*, 1969, p. 542, y comentario, J. Jodlowski y A. Ponsard, «La Convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, à la compétence et à l'*exequátur* dans le droit des personnes et de la famille», *Jour. dr. int.*, 1970, pp. 545-631); el Convenio franco-marroquí, de 10 de agosto de 1981, relativo al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación judicial (*vid.*, texto en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 532-538, y comentarios de F. Monéger, «La Convention franco-marocaine du 10 août relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire», *ibid.*, 1984, pp. 2-69; pp. 267-288; P. Decroux, «La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire», *Jour. dr. int.*, 1985, pp. 49-99); el Convenio entre Francia y Egipto, de 15 de marzo de 1982, relativo a la cooperación judicial en materia civil, comprendido el estatuto personal, y en materia social, comercial y administrativa, instrumento que rebasa ampliamente la materia de protección de menores a la que sólo se refiere el capítulo V (*vid.*, texto en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, p. 745-758). Entre los segundos, más utilitaristas en cuanto a los fines y métodos empleados, el Convenio franco-portugués, de 20 de julio de 1983, sobre cooperación judicial relativa a la protección de menores (*vid.*, texto en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, p. 723, o en *Jour. dr. int.*, 1985, p. 268); el Convenio franco-tunecino, de 18 de marzo de 1982, relativo a la cooperación judicial en materia de derecho de custodia de menores, de derecho de visita y de obligaciones alimentarias (*vid.*, texto, que reproduce casi literalmente el Capítulo III del Convenio franco-marroquí, en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 539-544); el Convenio franco-argelino, de 21 de junio de 1988, relativo a hijos nacidos de matrimonios mixtos separados, (*vid.*, texto, en *Revue du Droit de la enfance y de la famille*, 1989, pp. 38-43, y comentarios, P. Monin-Hersant y B. Sturlèse, «L'entrée en vigueur de la Convention

Convenios que en el marco de esta política convencional bilateral afectan específicamente a la protección de menores buscan proteger y garantizar los derechos del menor en los supuestos de ruptura de matrimonios mixtos, procurando ante todo neutralizar al máximo los efectos negativos que dicha ruptura produce respecto a los hijos, y para alcanzar tales fines, arbitran soluciones jurídicas específicas. Todos ellos se inspiran, aunque en distinta medida, en los métodos y respuestas articulados en los Convenios multilaterales de La Haya y de Luxemburgo que afrontan el problema, transcribiendo sus soluciones, e incluso a veces transponiéndolas incorrectamente. Independientemente de su efectividad real, *a priori*, sea cual sea el ámbito material cubierto por el Convenio, así como el método utilizado para su consecución, la importancia de esta vía convencional bilateral en la materia resulta actualmente innegable, en cuanto significa un vehículo de aproximación cultural en aras a proteger los derechos del menor⁵⁹⁹, aunque ello no significa que no existan otras alternativas jurídicas más apropiadas⁶⁰⁰.

En el caso de nuestro país, el Convenio concluido con Marruecos en 1997 es, hasta la fecha, el único instrumento llevado a cabo en este ámbito por España con alguno de los países del Magrehb, y su elaboración se presentaba realmente necesaria. Marruecos, al igual que el resto de los países de Magrehb, no ha ratificado ni el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores, ni el Convenio de

franco-algérienne du 21 juin 1988: un nouvel espoir pour des enfants déchirés», *Gaz. Pal.*, 1 de septiembre de 1988, pp. 523-526; F. Monéger, «La Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés Franco-Algériens du 21 juin 1989», *Jour. dr. int.*, 1989, pp. 41-62; A. Mebroukine, «La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 1-39). Este último Convenio es, sin duda, el que responde más fielmente a la filosofía utilitarista, tanto por la delimitación de sus fines, como por la originalidad de su técnica, que ante todo pretende la simplicidad y la eficacia, combinando soluciones clásicas con nuevas técnicas (*vid.* sobre esta orientación utilitaria del Convenio, *ad. ex.*, F. Monéger, «La Convention...», *cit.*, p. 43). El Convenio franco marroquí, a pesar de regular cuestiones más amplias a la protección del menor, puede incluirse en este segundo grupo, ya que el fin primordial que llevó a su conclusión fue precisamente regular el reconocimiento de las decisiones sobre custodia, y el problema de la sustracción internacional de menores, por lo que dichas materias constituyen el principal objeto del Convenio (aunque no lo sea desde el punto de vista de la reglamentación). *Vid.*, sobre este aspecto con relación a sus fines, P. Decroux, «La Convention...», *cit.*, p. 74.

⁵⁹⁹ *Vid.*, J. Déprez, «Droit international privé...», *cit.*, pp. 114-116.

⁶⁰⁰ Sobre todo teniendo en cuenta que la efectividad de estos Convenios bilaterales depende en gran medida del consenso político existente en cada momento entre los Estados parte en cuanto a su aplicación efectiva (*vid.*, esta perspectiva, O. Matocq, «Les Enlèvements Internationaux d'Enfants et le Droit Français», en N. Lowe y G. Douglas (Ed.), *Families Across Frontiers*, *cit.*, pp. 705-709, esp., p. 706).

Luxemburgo⁶⁰¹; la Comunidad marroquí asentada en nuestro territorio es cada vez mayor, con el consecuente aumento natural de matrimonios entre musulmanes y españoles; matrimonios mixtos que suelen desembocar, como es sabido, a causa de las enormes diferencias culturales marcadas por el dato de la religión, en posteriores rupturas dramáticas, en las que los hijos nacidos del mismo son una vez más víctimas del comportamiento irresponsable de sus padres; los supuestos de sustracción internacional de menores se multiplican (fundamentalmente los supuestos *ad extra*), y el derecho del hijo a mantener relaciones periódicas con ambos progenitores se ve seriamente lesionado⁶⁰². Teniendo en cuenta estos datos de la realidad social, así como los precedentes negativos en las relaciones entre ambos países, la celebración del Convenio hispano-marroquí, al procurar superar los problemas derivados de la multiculturalidad en aras a la mejor protección del niño, y en desarrollo de lo previsto,

⁶⁰¹ Marruecos, como es sabido, se incorporó a la Conferencia de La Haya el 6 de septiembre de 1993, fecha en la que depositó el instrumento de aceptación del Estatuto de la Conferencia (*vid.*, C. González Beilfuss, «La aceptación del Estatuto de La Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias», *R.E.D.I.*, 1994, pp. 451-454). Sin embargo, hasta la fecha, no ha ratificado el Convenio sobre el secuestro de 1980, aunque sorprendentemente, fue el primer país que firmó el nuevo Convenio de la Conferencia sobre protección de menores. La no adhesión a este Convenio multilateral abierto es la causa precisamente de la conclusión de diversos Convenios bilaterales por Marruecos con diversos países europeos, con objeto de regular con diverso alcance la protección de los menores hijos de magrebíes. Naturalmente, debe tenerse en cuenta que estos Convenios se inscriben a su vez en la política bilateral más amplia llevada a cabo por Marruecos desde hace años con diversos países europeos, con objeto de tener en cuenta la situación de sus emigrantes en dichos países. En este sentido, Marruecos, junto a los Convenios firmados con nuestro país y Francia, ha concluido también con Bélgica tres Convenios en materia de Derecho de familia (aún no en vigor) el 15 de julio de 1991: estos Convenios tratan respectivamente sobre la ley aplicable y el reconocimiento de matrimonios y su disolución; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones alimenticias; reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita (los textos pueden verse en *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, pp. 537-553, y comentario de J. Y. Carlier, «Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial», *ibid.*, pp. 447-462). Sólo el último de estos Convenios, en el cual se ha inspirado en fuerte medida el Convenio hispano marroquí, resulta interesante para este estudio.

⁶⁰² En España, el caso típico de conflicto es el que surge tras la ruptura del matrimonio entre española y marroquí, y en el que el padre previendo que las autoridades españolas otorguen la custodia del hijo a la madre, secuestra al menor a Marruecos, antes incluso de entablarse un proceso de custodia en España. Para un acercamiento sociológico a los problemas culturales específicos que justifican este Convenio y a su régimen jurídico, *vid.*, *inter alia*, M. A. Asín Cabrera, «La imagen del menor en el Derecho de familia islámico: Problemas culturales de identidad e integración», *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo...*, *cit.*, pp. 155-166; M. M. Velázquez Sánchez, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997», *cit.*, pp. 493-521.

como se ha visto, en los arts. 9.3 y 11 de la Convención de los Derechos del Niño de las NU de 1989, debe acogerse *a priori* satisfactoriamente⁶⁰³.

Ahora bien, comprobado que el Convenio responde a una necesidad claramente urgente, los objetivos y fines delimitados convencionalmente parecen no perseguir igualmente una necesidad manifiesta. El Convenio con Marruecos, no se limita exclusivamente, como lo hace el Convenio de La Haya de 1980, a resolver el problema del *Legal Kidnapping*, sino que junto a este objetivo se extiende también, de un lado, a reglamentar el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita, y de otro, a la protección del derecho de visita con o sin desplazamiento ilegal. Esta trilogía de fines convencionales coincide con los del Convenio belgo-marroquí, así como con los perseguidos esencialmente por el Convenio franco-marroquí (Cap. III), y por el Convenio franco-tunecino (Cap. II), si bien éstos últimos alcanzan también a las obligaciones alimenticias⁶⁰⁴. A pesar que estos tres fines constituyan el núcleo duro de los Convenios bilaterales específicos en la materia, existen algunas excepciones en este marco que cubren, bien un ámbito material mucho más amplio (*ad. ex.*, Convenio franco portugués, que abarca materialmente, al igual que el Convenio de La Haya de 1961, a todas las medidas relativas a la protección de la persona del menor y de sus bienes), o bien se destinan específicamente a alcanzar un objetivo extremadamente limitado (*ad. ex.*, Convenio franco argelino, cuyo principal objetivo es únicamente garantizar que el menor mantenga relaciones periódicas con sus dos progenitores separados, y sólo indirectamente solucionar el problema del secuestro).

A pesar de estas diferencias materiales en cuanto a los fines perseguidos por los diferentes Convenios bilaterales, la eficacia de los mismos no queda garantizada en modo alguno por su mayor o menor amplitud material, sino que su éxito, como cualquier Convenio utilitario, dependerá de la adecuación entre fines y métodos arbitrados, así como de la articulación de sus reglas tanto respecto a otros

⁶⁰³ *Vid.*, desde esta perspectiva de superación de los problemas derivados de los conflictos de civilizaciones, una valoración positiva del Acuerdo, M. Pérez Rodríguez, «La devolución de menores extranjeros...», *cit.*, pp. 242-243.

⁶⁰⁴ Aunque no se refieran exclusivamente a las debidas a menores, sino que abarcan a todas las obligaciones alimenticias derivadas del matrimonio, su disolución, o de la filiación (*vid.*, sección 3º del Cap. III del Convenio hispano-marroquí, y Cap. III del Convenio franco-tunecino).

instrumentos convencionales más generales sobre la protección del menor, vigentes en el respectivo Ordenamiento jurídico del Estado del que se trate, así como respecto a los cauces existentes en el Derecho interno para hacerlo efectivo⁶⁰⁵. Habrá de examinarse ambos extremos en el Convenio hispano-marroquí para pronunciarse sobre su posible éxito en la persecución de tan amplios fines, advirtiendo que la posible incorporación en nuestro Ordenamiento jurídico del Convenio de La Haya de 1996 (firmado por Marruecos) puede incidir en el alcance del instrumento bilateral.

c) La obtención de la deuda alimentaria por menores acreedores

Un excelente ejemplo de la filosofía utilitarista en el sentido aquí tratado se encuentra, sin duda, en la regulación de las obligaciones de alimentos desde la perspectiva del derecho aplicable y, concretamente, en los Convenios celebrados en este ámbito en el seno de la Conferencia de La Haya en 1956 y 1973. Estos Convenios escapan del presente estudio, centrado sólo en aquellos que instauran procedimientos de cooperación internacional entre autoridades, aunque es interesante apuntarlos en este momento a efectos de poner de relieve que el utilitarismo no es algo exclusivo de éstos sino que, en ocasiones, una determinada situación privada internacional con gran carga humanitaria puede exigir planteamientos y respuestas utilitarias desde todos los frentes de reglamentación⁶⁰⁶.

En este ámbito material de reglamentación es bien conocido en el seno del DIPr. el principio del *favor alimenti*, conforme al cual es necesario arbitrar soluciones jurídicas específicas desde todos los sectores del DIPr. que favorezcan al acreedor de alimentos en su consideración de parte débil de la situación privada internacional. En esta línea, tanto el Convenio de Nueva York de 1956, de ámbito universal, como el no

⁶⁰⁵ Respecto a la eficacia de los Convenios concluidos por Francia específicamente en la materia, *vid.*, entre otros, G. Castex, «Les déplacements illicites d'enfant à l'étranger», *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, L.G.D.J., 1993, pp. 159-174, esp., pp. 169-174.

⁶⁰⁶ En ambos Convenios se persigue un objetivo claramente limitado: favorecer al acreedor de alimentos, y para ello se arbitran soluciones metodológicas directamente orientadas a su satisfacción, y que presentan ciertas peculiaridades respecto a las soluciones clásicas. Según los trabajos preparatorios de ambos textos su objetivo era sólo y exclusivamente regular los conflictos de leyes en materia de alimentos, ignorando por tanto el problema de la cuestión previa que suele acompañar a estas pretensiones (*vid.*, una severa crítica al utilitarismo en este ámbito, Y. Lequette, «De l'utilitarisme dans le droit...», *cit.*, pp. 245-263; a *sensu contrario*, M. Werwilghen, «L'obligation alimentaire...», *cit.*, pp. 220-223).

en vigor, Convenio de Roma de 1990, de ámbito regional, persiguen como único propósito o finalidad facilitar al acreedor de alimentos el cobro de la prestación alimenticia cuando reside en otro Estado distinto al del deudor. Aunque en ambos casos el ámbito personal de estos instrumentos no queda limitado a los menores, es indudable que éstos devienen en acreedores alimenticios en todos los supuestos de ruptura de la estabilidad familiar, y por tanto, el no cumplimiento de la obligación por parte del progenitor obligado se traduce, respecto al menor, en un atentado a su protección. Igualmente, se comprueba que la situación responde a una actitud dolosa de uno de sus progenitores y, en ocasiones, viene acompañado de un desplazamiento físico del menor a otro Estado distinto al de su residencia habitual junto al progenitor que ostenta la custodia (aunque también es frecuente en estos supuestos que sea el progenitor obligado, y no el menor, el que desplace su residencia habitual)⁶⁰⁷.

Tanto el Convenio de Nueva York de 1956 como el Convenio de Roma de 1990 encajan perfectamente respecto a sus fines en la filosofía utilitaria de los Convenios que hasta el momento se vienen analizando: ambos desean ofrecer una respuesta práctica, eficaz e inmediata a una situación social de particular gravedad en la que el menor se ve implicado; persiguen suprimir las dificultades jurídicas y materiales (principalmente económicas), que se le presentan a éste (o, generalmente, al progenitor representante), para hacer efectivo el cobro de la pensión alimentaria en un Estado distinto al que se encuentra; ninguno de ellos aspira a regular las cuestiones clásicas de competencia, derecho aplicable o reconocimiento; sólo desean ofrecer soluciones prácticas que beneficien al acreedor de alimentos para el cobro efectivo de su pensión alimenticia, y para ello articulan respuestas metodológicas orientadas

⁶⁰⁷ Los menores, efectivamente, representan un grupo de acreedores alimenticios muy importante cuantitativa como cualitativamente, por la especial protección que requieren. Ello explica no sólo la conclusión del Convenio de La Haya sobre ley aplicable de 1956, sino que en la elaboración del Convenio de Roma de 1990 se manejara la posibilidad de restringir su ámbito de aplicación a los mismos (*vid.*, J. Martín y C. O. Huiginn, «Report on the Convention between the Member States of the European Communities on the simplification of procedures for the recovery of maintenance payments», citado en D. Martiny, «Maintenance Obligations in the Conflicts of Law», *R. des. C.*, t. 247, 1994-III, pp. 135-289, nota 261, y al que se ha tenido acceso por gentileza de la Prof^a. Alegría Borrás). Sin embargo, como justifica el citado informe hubiera resultado artificial separar la pensión del menor de la pensión del progenitor con quien vive el niño, si ambos dependen de la misma persona para su manutención y, sobre todo, si se advierte que estas acciones representan el grueso de las solicitudes de prestación de alimentos (*vid.*, J. Martín y C. O. Huiginn, «Report on the Convention...», *cit.*, p. 8).

exclusivamente a dicho fin, apostando, con distinto alcance, por el establecimiento de un sistema de cooperación entre las autoridades encargadas de aplicarlo⁶⁰⁸.

Sin embargo, a pesar de esta coincidencia finalista, los planteamientos del Convenio de Nueva York y del Convenio de Roma, al igual que ocurre respecto al Convenio de La Haya de 1980 con relación al de Luxemburgo, no son exactamente los mismos, lo que de nuevo va a condicionar el funcionamiento de uno y otro, así como el alcance de la CIA en cada uno de ellos. Efectivamente, mientras que el Convenio de Nueva York de 1956, pionero de todos los Convenios pragmáticos que se analizan en este trabajo, al igual que el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, sólo desea alcanzar un resultado material concreto (en este caso, el cobro efectivo por el acreedor de alimentos de su pensión de alimentos), el Convenio de Roma de 1990 procura lograr este mismo objetivo pero no por sí mismo y de modo autónomo, sino realizando una obra, en su día, puesta al servicio del Convenio de Bruselas de 1968 (actualmente, de manera fundamental, al servicio del Reglamento (CE) 44/2001 o Reglamento «Bruselas I»). Esta supeditación del Convenio de Roma de 1990 al espacio judicial europeo, y particularmente a las normas uniformes en sede de reconocimiento y ejecución en materia de alimentos, va a marcar las distancias en el orden material y, principalmente personal, respecto al Convenio de Nueva York de 1956 a la hora de obtener el fin perseguido por ambos. El Convenio de Nueva York, consecuente con su espíritu utilitario, desea obtener un solo objetivo, extendiendo la protección arbitrada al mayor número de personas, y de ahí que no sólo se esté en presencia de un Convenio de alcance universal que exige únicamente como condición de aplicación espacial que el acreedor y el deudor se hallen (situación fáctica) en el territorio de Estados partes del Convenio, sino que lo que es más importante, permite a cualquier acreedor actuar el mecanismo convencional con independencia que su acción tenga un origen *ex lege* o judicial⁶⁰⁹. En cambio, el Convenio de Roma, al

⁶⁰⁸ Sobre el planteamiento y peculiar naturaleza del Convenio de Nueva York en el conjunto de los Convenios que reglamentan la institución desde la óptica del DIPr., *vid.*, M. Sauteraud-Marcenac, «Le recouvrement des aliments à l'étranger», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1982-1983, pp. 63-79, esp., pp. 63-69.

⁶⁰⁹ Sobre la delimitación personal del Convenio de Nueva York, abogando por una interpretación amplia del término de acreedor (con excepción de los que resulten de un contrato), a pesar de la interpretación restrictiva que parece desprenderse de los trabajos preparatorios del texto, *vid.*,

desarrollar su rol complementario al marco Bruselas, se presenta con un carácter regional y restringido a los Estados parte de la Unión Europea, se aplica sólo a las decisiones sobre alimentos que sean susceptibles de reconocimiento y ejecución en territorio comunitario⁶¹⁰ y, consecuentemente, ofrece una esfera de protección mucho más limitada, ya que no podrá ser actuado por cualquier acreedor alimenticio, sino sólo por aquel acreedor que lo sea en virtud de una decisión judicial dictada en el marco del Convenio de Bruselas⁶¹¹.

En conclusión, ambos textos persiguen la misma finalidad, pero el Convenio de Nueva York estrecha muchos más sus objetivos que el Convenio de Roma (aunque *a priori* pueda parecer lo contrario)⁶¹². Al igual que ocurre respecto al Convenio de La Haya y de Luxemburgo con relación a la sustracción internacional de menores, parten de distintas premisas, y el Convenio de Nueva York opera en relación con una situación de hecho (en el sentido que no ha de estar reconocida en virtud de una decisión), mientras que el Convenio de Roma lo hace sólo con relación a una situación de derecho reconocida (decisión judicial). Esta importante premisa es fundamental para comprender el alcance de las respuestas respectivamente articuladas en uno y en otro instrumento.

especialmente, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments a l'étranger selon la Convention internationale de New York de 1956», *Rev. hellén. dr. int.*, 1969, pp. 1-23, esp., pp. 3-8.

⁶¹⁰ Aunque el Convenio permite que su funcionamiento sea puesto al servicio de otros Convenios internacionales en materia de alimentos, en el sentido que la decisión puede ser susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado requerido no sólo conforme al Convenio de Bruselas, sino también de conformidad con otro Convenio internacional en vigor entre los Estados concernientes (principalmente, el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias). Sobre el Convenio de Roma en general, y sobre este aspecto, en particular, *vid.*, M. Requejo Isidro, «Ratificación por España del Convenio de Roma sobre simplificación de procedimientos para el cobro de alimentos, de 6 de noviembre de 1990», *R.E.D.I.*, 1997, 1, pp. 381-384; esp. p. 383.

⁶¹¹ Puede verse una postura crítica al Convenio derivada de su limitado objetivo, D. Martiny, «Maintenance Obligations...», *cit.*, pp. 281-282.

⁶¹² *Vid.*, una presentación marcadamente utilitaria del Convenio de Nueva York, A. Giannini, «La Convenzione internazionale sul recupero degli alimenti all'estero (1956)», *Rivista di Diritto civile*, 1957, pp. 463-468.

d) Nueva aproximación a la adopción internacional en el Convenio de La Haya de 1993

Igual planteamiento utilitario que el del Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores (del que adopta muchos de sus planteamientos), o el del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, se verifica en la nueva reglamentación que ha recibido la adopción internacional en el Convenio de La Haya de 1993. Efectivamente, como ya se ha anunciado, el Convenio de La Haya de 1993 ha significado todo un cambio de modelo en la regulación de esta institución desde una perspectiva esencialmente clásica de DIPr., que inspiraba al Convenio de La Haya de 1965 (aunque éste ya presentara algunas desviaciones metodológicas), a una perspectiva fundamentalmente pragmática⁶¹³.

A diferencia de su predecesor, en cuanto a su objeto, el Convenio de La Haya de 1993 no aspira a establecer un régimen uniforme de las cuestiones de competencia de autoridades y de ley aplicable, sino que su objeto y filosofía gira en torno a la idea que la constitución de la adopción internacional se haga con las debidas garantías y controles⁶¹⁴. Más concretamente, como se desprende de su título, de su Preámbulo y del art. 1.a), el objeto principal del Convenio radica en establecer ciertas garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración del interés del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional. La idea de «garantía *versus* constitución de la adopción» es la auténtica esencia del nuevo Convenio de La Haya; en ningún momento el Convenio favorece la

⁶¹³ Una presentación pragmática-utilitaria de este Convenio a imagen del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción puede verse *ad. ex.*, en H. Muir Watt, «La Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1994, pp. 49-62; E. Poisson-Drocourt, «L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Jour. dr. int.*, 1999, 3, pp. 707-730.

⁶¹⁴ Esta idea estuvo presente en todos los trabajos preparatorios del Convenio, y aparte de expresarse en su preámbulo y a lo largo de su articulado, se reitera en su informe explicativo (*vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif», *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, pp. 538-651). En cambio, en los planteamientos del Convenio de 1965 el objetivo principal era establecer normas sobre competencia de autoridades y ley aplicable y, sólo en la medida de lo posible, proteger al menor (*vid.*, sobre este extremo, R. Maul, «Rapport explicatif», *Actes et documents de la dixième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1965, pp. 409-431, esp. p. 410; P. Lagarde, «La diéxème session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, pp. 250-255; Y. Loussouarn, «La X session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Jour. dr. int.*, 1965, 1, pp. 1-11).

constitución de la adopción, sólo que ésta se haga bien, con las suficientes garantías y, si no es así, que no se haga, y todo su articulado se encuentra directamente orientado a obtener dicho resultado⁶¹⁵. Para conseguirlo, el propio título (por primera vez en un Convenio de esta naturaleza) describe cual es el instrumento o método prioritariamente elegido: establecer un sistema de cooperación internacional entre los Estados parte para que dichas garantías sean efectivamente observadas. Obviamente, alcanzando dicho objetivo, se estará obteniendo también indirectamente el de prevenir cualquier tipo de actividad ilícita que pueda existir en torno a la figura de la adopción internacional (sustracción, venta, o tráfico de niños) [art. 1b)], y para lograrlo será esencial evitar cualquier tipo de adopción claudicante, con lo cual el texto se ve obligado a establecer un régimen de reconocimiento en línea liberal [art. 1c)].

Como se desprende fácilmente de esta delimitación finalista del Convenio, sólo respetar unas garantías suficientes, en este caso, también el texto gira en torno a la idea de los atentados a la protección del menor, pero a diferencia de los supuestos de sustracción y de alimentos (en donde el atentado ya ha tenido lugar), el Convenio de La Haya de 1993 se orienta a evitar o prevenir la concurrencia del mismo, atentado que tendría lugar *ad. ex.*, en los supuestos en que la adopción internacional se llevara a cabo en interés de personas distintas al menor («adopción-negocio»), o que se hiciera infringiendo alguno de los derechos fundamentales del menor (*ad. ex.*, no respetando el principio de subsidiaridad de la adopción internacional respecto a la adopción interna). Igualmente, como puede observarse, el posible atentado devendría de una actitud negligente de los adultos, y siempre se produciría con ocasión de un previsible desplazamiento físico del menor de un Estado a otro distinto.

También el planteamiento del Convenio de La Haya de 1993, al igual que el Convenio de La Haya de 1980 o los Convenios generales sobre la protección del menor, obedece al principio utilitarista de la eficacia: se desea ante todo hacer una obra realista, eficiente y que extienda la protección convencional al mayor número de menores, procurando una amplia ratificación. De ahí que para conseguir estos

⁶¹⁵ Las idea de control y de garantía están tan arraigadas en el texto, que algún autor se ha mostrado incluso crítico en torno a la esencia del Convenio, denunciando que el auténtico interés del niño no es entorpecer sucesivamente el procedimiento de la adopción internacional, sino ser integrado cuanto antes en una familia en la que pueda desarrollarse como persona (*vid.*, en este sentido S. Álvarez González, «Adopción internacional y sociedad multicultural», *cit.*, p. 195).

objetivos, garantizando el éxito del Convenio, se convirtiera en requisito indispensable la participación en el mismo de los países de donde provienen habitualmente los menores adoptados (países de origen), ya que precisamente, como se verá más adelante, el fracaso esencial del Convenio de La Haya de 1965 fue el de concluirse entre países occidentales, es decir, países de recepción⁶¹⁶. En la elaboración del Convenio de La Haya de 1993 participaron junto a los 37 Estados miembros de la Conferencia de la Haya, 30 Estados no miembros de la misma, así como un numeroso conjunto de Organizaciones internacionales dedicadas a la protección de la infancia desde ámbitos ajenos al jurídico. Es la primera vez que en el ámbito del Derecho de familia y de protección de menores, la Conferencia de La Haya se ha abierto efectivamente a Estados no miembros⁶¹⁷, dato que resulta ilustrativo del consenso o compromiso que habría que lograrse para que la regulación ofrecida por el texto fuera realmente eficaz, y que explica en cierta medida el rechazo a las técnicas tradicionales de DIPr., a favor del establecimiento prioritario de procedimientos de CIA⁶¹⁸.

3. La búsqueda del compromiso

A) Consideraciones previas

El compromiso naturalmente es consustancial a la elaboración de cualquier norma convencional, y es explicado por la ley experimental del máximo de diferencia, puesta de manifiesto por P. Niboyet, conforme a la cual, ningún Estado tiende a ratificar un Convenio internacional que enuncia soluciones que son opuestas a las consagradas en su derecho interno. De ahí la preocupación por alcanzar gracias a concesiones recíprocas instrumentos suficientemente próximos a los derechos de los diferentes participantes para que sea aceptado por todos. En los Convenios pragmáticos que actualmente reglamentan la protección del menor incorporando normas materiales que organizan una cooperación internacional entre las autoridades

⁶¹⁶ *Vid., supra*, Cap. I, II. 4. C) b).

⁶¹⁷ Aunque formalmente dicha apertura fuera aceptada por la XIV sesión (destacando este real apertura, *vid.*, N. Meyer-Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, 2, pp. 259-295, esp. p. 261).

⁶¹⁸ *Vid.*, esta idea con relación al texto, quizás por representar el Convenio de CIA más paradigmático, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, p. 103.

encargadas de aplicarlos, el compromiso juega un papel esencial, pero interviene de dos modos muy distintos.

B) La transacción hacia el interés superior del menor en los Convenios generales

a) La conciliación entre el foro de la nacionalidad y el foro de la residencia habitual del menor en el Convenio de La Haya de 1961.

El compromiso o transacción entre los Estados parte con el fin de adoptar soluciones que satisfagan a cada uno de ellos y, esencialmente, que sean respetuosas con sus respectivos principios jurídicos esenciales, ha desempeñado un papel decisivo en la sucesiva reglamentación que ha recibido la protección de la persona y de los bienes del menor en los Convenios celebrados por la Conferencia de La Haya.

Bien es cierto que, en teoría, desde el momento de la elaboración del Convenio de 1961, los Estados participantes en el mismo partían del presupuesto, como se ha visto, de que sólo deseaban realizar una obra que organizara la protección del menor de la manera más eficaz, con lo cual, *a priori*, estaban de acuerdo en que el único criterio sobre el cual deberían gravitar las soluciones adoptadas sería un criterio o valor de carácter material, cuál es el interés del menor, y no un criterio jurídico⁶¹⁹. Sin embargo, pese a esta premisa inicial que ya lo separaba del Convenio de 1902, en el momento de adoptar las soluciones de DIPr. que reflejaran más adecuadamente cuál fuera dicho interés del menor (fundamentalmente desde la perspectiva de la competencia de autoridades), los Estados participantes en el Convenio se verían de nuevo sumergidos en la tradicional controversia que enfrenta en materia de estatuto personal a los sistemas partidarios del criterio de la nacionalidad *versus* los defensores de la residencia habitual (en su consideración de traducción actual de la conexión domiciliar). También es cierto, como se verá más adelante, que como punto de partida en el momento de la elaboración del Convenio, la competencia de las autoridades del Estado del que es nacional el menor había cedido ya en gran medida como conexión apropiada en materia de menores a favor del criterio de la residencia habitual. Sin embargo, los Estados conectados al criterio de la nacionalidad (*ad. ex.*, España, Italia

⁶¹⁹ *Vid.*, esta orientación, W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 220-224; *id.*, «La protection des mineurs...», *cit.*, p. 515.

o Grecia) no estaban dispuestos a renunciar a su tradición jurídica de proteger a sus menores nacionales residentes en el extranjero, y para lo cual reivindicaban importantes excepciones al criterio de la residencia habitual. Dadas las tensiones presentes, la opción fue elaborar una obra de compromiso o de transacción, en la que *a priori* teóricamente sólo cuenta el interés del menor. El Convenio no desea pronunciarse sobre la elección entre la nacionalidad o la residencia habitual, estos principios deberían ser utilizados en función de cuál fuera el interés del menor en el caso concreto, y de este modo se alcanzaría un Convenio donde todos los criterios tuvieran cabida, pudiendo obtener así el mayor número de ratificaciones y, por ende, extender su protección al mayor número de menores. El Convenio, partiendo de esta idea directriz, elabora respuestas de DIPr. que son fiel reflejo de este compromiso, utilizando entre otras técnicas, como se vera detenidamente, el uso de la dialéctica del principio y de la excepción en materia de competencia; el principio de la unidad *forum et ius*; la posibilidad de adoptar reservas (*ad. ex.*, art. 15); o la introducción de «extrañas» disposiciones que son reflejo de esta labor conciliadora (art. 3).

Las enormes dificultades atravesadas por la jurisprudencia en la interpretación y en aplicación del Convenio de 1961, y que han obligado a su revisión por la Conferencia de La Haya, con el resultado del nuevo Convenio sobre protección de menores de 1996, son el mejor ejemplo de que el desenlace de esta labor conciliadora entre la conexión de la residencia habitual y de la nacionalidad que inspiraba el Convenio de 1961, en aras a la protección integral del menor, no ha conseguido desde luego sus objetivos⁶²⁰. Este fracaso revela que en el momento de la conclusión del Convenio, los Estados participantes no estaban dispuestos (o no se encontraban preparados) a ceder realmente a sus principios jurídicos esenciales (nacionalidad o domicilio), en favor de un valor material como es la protección integral del menor. Ha sido necesario el paso del tiempo, las soluciones jurisprudenciales reveladoras de los muchos puntos débiles del Convenio, y la labor constructiva de la doctrina, para aprehender que la verdadera fórmula de compromiso para una reglamentación

⁶²⁰ I. Barrière-Brousse («L'enfant et les Conventions», *cit.*, p. 851), tomando palabras de D. Operti Badán respecto al alcance del compromiso *in genere* en los Convenios internacionales, llega a afirmar del Convenio de 1961 que su solución final traduce únicamente un laborioso compromiso entre tendencias antagónicas más que la adhesión a un sistema racional de reglamentación.

adecuada de la protección del menor debe inspirarse sólo y exclusivamente en la protección del menor y en la consideración de su interés superior. A partir de este objetivo, deben buscarse las herramientas de DIPr. que le sirvan más adecuadamente, aunque ello suponga para ciertos Estados la renuncia a determinados principios jurídicos que forman parte de su tradición, pero que no se adecúan al interés superior del menor en el contexto internacional.

b) El salto cualitativo del Convenio de La Haya de 1996.

En esta línea se encuentra afortunadamente el nuevo Convenio de La Haya sobre protección de menores, que en un futuro próximo, si España lo ratifica y entra en vigor en nuestro Ordenamiento jurídico, desplazaría no sólo al Convenio de 1961, sino también algunos de los preceptos de nuestro derecho autónomo. A diferencia del Convenio de 1961, la preocupación del legislador convencional en este caso no radica en buscar un equilibrio o compromiso entre las conexiones nacionalidad/residencia habitual sino, como aparece consagrado en el primer apartado de su Preámbulo, en la idea de reforzar la protección convencional del menor en las situaciones internacionales.

Esta inspiración convencional se va reflejar en todas las grandes opciones fundamentales de DIPr. adoptadas por el Convenio en sede de competencia, de ley aplicable, y de eficacia extraterritorial de decisiones, aunque la aportación más relevante del nuevo texto es, sin duda, la aprehensión o toma de conciencia por el legislador convencional que la satisfacción del valor material que promueve la regulación de esta materia requiere, de una vez por todas, abandonar la reglamentación en cierto modo unilateralista del Convenio de 1961, y dar paso a una reglamentación convencional que incorpore ineludiblemente un sistema de cooperación internacional de autoridades, que entre otras cuestiones, facilite la determinación de la autoridad competente *in casu*, y garantice realmente la eficacia extraterritorial de la decisión adoptada en el marco convencional⁶²¹.

⁶²¹ Destacando este giro, *vid.*, especialmente, R. M. Moura Ramos, «La protección de los menores...», *cit.*, pp. 81-84.

Este salto cualitativo del Convenio de 1996, inspirándose en lograr la máxima protección convencional del interés del menor, e institucionalizando para ello un sistema de CIA que logre hacer eficaces las soluciones de competencia, ley aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones previstas en el texto, no debe sin embargo ser magnificado. Efectivamente, una vez más la necesidad de llegar a un compromiso entre los Estados parte del Convenio sobre ciertos aspectos conflictivos ha obligado a introducir algunas disposiciones que pueden hacer balancear la eficacia del marco de protección convencional. En esta línea, de un lado, como se verá más detenidamente, la incorporación en el texto final del Convenio del foro del divorcio para adoptar medidas de protección como competencia concurrente a las previstas en el texto (art. 10), puede hacer quebrar el principio de la continuidad internacional del régimen de protección tan perseguido por los redactores del texto⁶²²; de otro lado, se encuentra la reserva prevista en el art. 55, conforme a la cual los Estados podrán reservarse la competencia de sus autoridades para adoptar medidas de protección de los bienes de un niño (especialmente inmuebles) situados en su territorio, así como el derecho a no reconocer una responsabilidad parental o una medida que fuera incompatible con una medida adoptada por sus autoridades con relación a dichos bienes. Esta reserva, que no aparecía en el Anteproyecto del Convenio, y cuya introducción fue reclamada por los países del *Common Law*, es de nuevo un ejemplo de cómo ciertas tradiciones jurídicas, en este caso, las exigencias derivadas de la regla *rei sitae* en ciertos Estados, y la necesidad de alcanzar un compromiso, pueden todavía llegar a imponerse a las exigencias reales que reclama la protección convencional del interés del menor.

⁶²² Este foro, como es sabido, ya se preveía en el artículo 15 del Convenio de La Haya de 1961, permitiendo a los Estados reservar la competencia de sus autoridades llamadas a dirimir demandas de anulación, disolución o atenuación del vínculo conyugal entre el padre y la madre de un menor con el fin de adoptar medidas de protección de su persona o de sus bienes. España, afortunadamente, retiró la reserva que inicialmente había realizado en este sentido (*BOE*, de 15 de septiembre de 1995, con efectos desde el 19 de agosto de 1995; al respecto, *vid.*, M. Moya Escudero, «Retirada por España de la reserva prevista en el art. 15 del Convenio núm. X de La Haya de 5 de octubre de 1961», *RGD*, 1995, pp. 9675-9703). Sin embargo, a pesar de las graves dificultades que esta regla había causado en la aplicación del Convenio de 1961, el nuevo Convenio vuelve a tipificarla, reflejando así el deseo de muchos Estados parte de mantener la competencia de sus órganos jurisdiccionales para conocer de manera conjunta de las crisis matrimoniales y de las medidas respecto a los hijos comunes (*vid.*, esta labor de compromiso, con sentido crítico, M. Moya Escudero, «Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo», *La Ley*, 16 de enero de 1998, pp. 1-9, esp., p. 4).

C) La transacción en los Convenios particulares

En los Convenios que reglamentan la protección del menor en supuestos de atentados contra su estabilidad, el compromiso o transacción entre los Estados parte del Convenio en el momento de su conclusión desempeña un papel muy distinto. Estos Convenios, como ya se ha apuntado, son precisamente aquéllos que procuran ofrecer una respuesta particularizada a un problema específico, y que metodológicamente articulan su respuesta esencialmente mediante la institucionalización de mecanismos de cooperación orientados a la satisfacción del fin concreto que persiguen. No obstante, en realidad, la elección metodológica de los citados Convenios parece venir impuesta en ciertos casos por la inviabilidad de articular la respuesta a la situación privada internacional que se trate en términos tradicionales mediante el alcance de un compromiso entre las diferentes tendencias presentes.

Sobre esta cuestión se volverá más adelante, con lo cual basta ahora con citar algunos ejemplos que ilustren esta concepción del compromiso. Así, puede acudirse fácilmente a la institución de la adopción internacional, y comprobar que la opción metodológica del nuevo Convenio de La Haya de 1993 a favor del establecimiento de estructuras de cooperación internacional, en detrimento de la reglamentación clásica en términos de competencia de autoridades y de conflicto de leyes, puede justificarse por la imposibilidad de llegar a un acuerdo o compromiso entre los Estados parte sobre las cuestiones tradicionales⁶²³. *Ad. ex.*, en términos de competencia, los países de origen del menor durante la negociación del Convenio reivindicaban la competencia exclusiva de sus autoridades para pronunciarse sobre la adopción de sus menores nacionales y, en cambio, la mayor parte de los Estados de acogida defendían la conexión de la residencia habitual de los adoptantes⁶²⁴. Se presentaba por tanto inviable alcanzar un acuerdo o compromiso entre los Estados en torno a este aspecto,

⁶²³ *Vid.*, en este sentido, E. Poisson-Drocourt, «L'entrée en vigueur...», *cit.*, pp. 708-709; N. Meyer-Fabre, «La Convention de La Haye...», *cit.*, p. 264.

⁶²⁴ Aparte que algunos como el Reino Unido o Suiza defendían un periodo probatorio en el Estado de recepción antes de la constitución definitiva de la adopción (sobre esta cuestión, *vid.*, W. Duncan, «Conflict and Co-operation. The Approach to Conflicts of Law in the 1993 Convention Hague Convention on Intercountry Adoption», en N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers...*, *cit.*, pp. 577-589, esp., pp. 580-581).

mediante una norma de competencia clásica que determinara qué autoridad resultaba competente en el marco convencional para constituir la adopción, y dada esta ausencia de compromiso, el Convenio de La Haya de 1993 abandona intencionadamente la opción de una reglamentación clásica en términos de competencia y apuesta por un sistema de cooperación internacional, desplazando la relevancia de la cuestión sobre la competencia de autoridades para constituir la adopción hacia el acuerdo cooperador entre el Estado de origen y el Estado de recepción por el que se decide la atribución del menor a sus futuros padres adoptivos. La Convención desde esta concepción se configura como un *totum* y no admite reserva alguna⁶²⁵.

Igual planteamiento puede reproducirse respecto al pionero de los Convenios de CIA fuera del ámbito procesal, esto es, el Convenio de Nueva York de 1956 relativo a la obtención de alimentos en el extranjero. Remontándose mínimamente a los trabajos preparatorios del Convenio, se observa que éste genuinamente fue concebido en términos tradicionales de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, en el conocido «Proyecto de Roma» de 1949⁶²⁶. La imposibilidad de llegar a un acuerdo o compromiso entre los Estados del *Common Law*, especialmente, los Estados Unidos, y los Estados de derecho continental (o *Civil Law*) sobre ciertos aspectos derivados del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones previsto en el proyecto (especialmente, respecto a las disposiciones que atribuían competencia a las autoridades de la residencia habitual del acreedor para dictar sentencia condenatoria), impidió el éxito del Proyecto⁶²⁷. El Convenio de Nueva York, finalmente, frente a la imposibilidad de llegar a un compromiso viable y eficaz para la obtención de sus objetivos, tras diversos y sucesivos Proyectos, opta por sustituir el mecanismo clásico de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras por un sistema de cooperación internacional entre las autoridades de los Estados implicados, que facilite

⁶²⁵ *Vid.*, F. Monéger, «À propos du projet de loi de ratification de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale», *JCP*, 18 de febrero de 1998, pp. 313-315, esp., p. 315.

⁶²⁶ Sobre el contenido y alcance del Proyecto de Roma, *vid.*, entre otros, K. Lipstein, «A Draft Convention on the Recovery Abroad of Claims for Maintenance», *I.C.L.Q.*, 1948, pp. 125-134; P. Contini, «The United Nations Draft Conventions on Maintenance Claims», *A.J.C.L.*, 1954, pp. 543-551.

⁶²⁷ El rechazo fundamentalmente provino de los Estados Unidos (foco por excelencia de deudores alimentarios, *ad. ex.* militares profesionales), que se oponían a un sistema que les obligara a reconocer decisiones condenatorias de alimentos dictadas por autoridades de Estados extranjeros (*vid.*, sobre este extremo, P. Contini, ««The United Nations...», *cit.*, p. 545).

efectivamente al acreedor de alimentos el cobro de su pensión cuando el demandado reside en otro Estado distinto⁶²⁸.

En conclusión, como ha podido comprobarse de este acercamiento al pragmatismo en los Convenios de protección de menores que hacen uso de la CIA, todos quedan reunidos por el principio de la eficacia: desean ante todo ofrecer una respuesta eficaz y rápida que satisfaga el interés del menor en la situación internacional en la que se vea implicada. El utilitarismo y el compromiso característicos de toda aproximación pragmática son también comunes a todos ellos pero en distinta medida. En los Convenios que organizan la protección del menor *in genere*, el utilitarismo, en cuanto delimitación de fines, es obviamente inferior que en aquellos otros que son concebidos para organizar la protección específica del menor en situaciones que implican un atentado a su estabilidad. Precisamente en esta segunda modalidad de Convenios es donde la CIA es utilizada en mayor medida, presentándose en ocasiones aparentemente como la única técnica elegida para la reglamentación de la situación privada internacional *versus* la primera modalidad, en donde la CIA aparece sólo como una técnica más junto a las clásicas. Puede observarse, por tanto, una estrecha relación entre la delimitación de los fines y el alcance de la CIA, en virtud de la cuál cuanto más delimitado y específico es el objeto de la regulación, mayor es el alcance de la CIA. También ha podido comprobarse que incluso tratándose de Convenios que aparentemente regulan la misma situación privada internacional (*ad. ex.*, sustracción internacional de menores por el Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de Luxemburgo de la misma fecha, u obtención de alimentos en el extranjero por el Convenio de Nueva York de 1956 y el Convenio de Roma de 1990), y hacen gran uso de la CIA, cuanto más delimitado es el fin perseguido por el Convenio, de modo que sólo y exclusivamente se dirige a obtener una respuesta directa e inmediata al problema de tráfico jurídico externo planteado, mayor es el ámbito de protección personal alcanzado por la norma convencional. Si mayor es el grado de utilitarismo que inspira a los Convenios específicos, y que se traduce en la máxima conforme a la cuál cuanto más utilitario es un Convenio, mayor es el empleo de la CIA y más amplio es su ámbito de protección, en cambio, respecto

⁶²⁸ Este desplazamiento metodológico a falta de compromiso en el Convenio de Nueva York es advertido, *ad. ex.*, por W. E. von Steiger, «La protection des mineurs...», *cit.*, p. 599.

al segundo de los caracteres del pragmatismo, esto es, el grado de compromiso empleado en la elaboración de la norma convencional, su alcance es mucho mayor en los Convenios generales sobre la protección del menor que en los Convenios particulares. Los primeros, como consecuencia de las diferencias materiales entre los sistemas jurídicos de los Estados parte, se han visto obligados a hacer gran uso del compromiso para alcanzar las respuestas adecuadas en términos clásicos. El Convenio de 1961 ha sido buen ejemplo de ello, y de cómo el compromiso que pretende salvaguardar respuestas unilaterales puede arruinar el objetivo material perseguido. Afortunadamente, el Convenio de 1996 parece avanzar en la idea que el único compromiso válido en materia de menores debe girar en otorgar la mayor protección convencional a éste y a su interés *in casu*, lo cual exige incorporar un sistema de CIA que acabe con las respuestas unilaterales de su precedente. En cambio, en los Convenios particulares, el compromiso juega un papel muy distinto, ya que, en ocasiones, el recurso a la técnica de la CIA que emplean deviene exigido en gran medida por la inviabilidad de llegar a un acuerdo o transacción entre los Estados partes en términos clásicos (*ad. ex.*, adopción internacional). Naturalmente, no siempre puede explicarse la opción por la CIA en detrimento de las técnicas clásicas en términos de falta de compromiso, puesto que, en ocasiones, existen situaciones privadas internacionales que afectan al menor que apuestan por la CIA como consecuencia de la ineficacia o insuficiencia que parecen mostrar las técnicas clásicas para afrontar el problema concreto que se les plantea (*ad. ex.*, sustracción internacional). En realidad, y como se comprobará más adelante, el recurso a la CIA en este ámbito material del DIPr. puede explicarse metodológicamente a partir de estas dos conjunciones no excluyentes, sino acumulativas: falta de compromiso e ineficacia/insuficiencia de los métodos clásicos⁶²⁹.

⁶²⁹ *Vid., supra*, Cap. I, II. 4. B) y C).

II. Evolución y desplazamiento de los métodos tradicionales de DIPr.

1. Consideraciones previas

La protección del menor, alrededor de la noción de interés del menor, ha sido sin duda uno de los sectores más sensibles a los nuevos elementos, tendencias y técnicas de DIPr. en todos sus ámbitos y sectores, y tanto desde una perspectiva convencional como desde una perspectiva autónoma⁶³⁰. Desde la primera de las perspectivas, que es la que interesa en este trabajo, sin duda, el rasgo metodológico más destacable que se observa en su reglamentación, si se examina la respuesta de DIPr. en su conjunto, es la utilización progresiva de la CIA en un ámbito material tradicionalmente ajeno al marco de la cooperación judicial y administrativa, y desenvuelto en un primer momento temporal dentro de los esquemas clásicos de DIPr⁶³¹. No obstante, sería injusto (o, al menos, incorrecto) afirmar que el desplazamiento metodológico que se observa en la reglamentación convencional de la protección del menor desde el prisma del DIPr., sólo se traduce o queda reducido a la introducción de normas materiales que reglamentan una cooperación internacional entre las autoridades encargadas de aplicar el sistema. En realidad, como se ha apuntado, otro de los rasgos característicos al pragmatismo que actualmente preside *in genere* la reglamentación de la protección de menores desde la óptica del DIPr., es precisamente la desviación y/o evolución metodológica que presentan con distinto alcance todos los Convenios internacionales utilitarios que han incidido sucesivamente en la materia.

Desde mediados del siglo XX se observa efectivamente que dicha reglamentación ha experimentado progresivamente un proceso de transformación de las técnicas clásicas, en el que los esquemas o las bases más tradicionales de nuestra disciplina han tenido que ir ajustándose a las exigencias que la protección del menor ha reclamado a escala internacional. Se analizarán en primer lugar algunos de los principales exponentes de este proceso de transformación, pasando a continuación a reflexionar sobre el progresivo y distinto recurso convencional a la CIA.

⁶³⁰ En la doctrina española, *vid.*, por todos, A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor...», *cit.*, pp. 919-970.

⁶³¹ *Vid.*, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 302.

2. Transformaciones de los principios y métodos clásicos del DIPr. al margen de la CIA

A) Ruptura de ciertos principios tradicionales del DIPr.

a) Desplazamiento del centro de gravedad del conflicto de leyes al conflicto de autoridades

Entre todo el proceso de transformación de la respuesta clásica de DIPr. en este ámbito material de reglamentación, al margen del recurso a la CIA, existe un primer rasgo metodológicamente relevante, que es el desplazamiento del centro de gravedad del conflicto de leyes al conflicto de autoridades⁶³²; característica que rompe con uno de los principios básicos del DIPr. tradicional, cual es la preeminencia del conflicto de leyes *versus* el conflicto de jurisdicciones. En efecto, la importancia de las cuestiones de competencia judicial *versus* las cuestiones de derecho aplicable es un principio que doctrinal y convencionalmente se ha ido asentando de manera progresiva en la reglamentación internacional de la protección del menor, aunque, no obstante, es preciso predicarlo en unos términos adecuados⁶³³. El retroceso operado en el marco convencional de las cuestiones de ley aplicable en beneficio de las relativas a la competencia de autoridades es un fenómeno que, una vez más, puede explicarse en nuestra disciplina a partir la evolución experimentada en los Derechos internos en la materia, y esencialmente a partir de la idea de individualización judicial que la ha ido impregnando. La necesidad de adaptar el derecho a cada caso concreto en materia de protección de menores ha provocado que las circunstancias fácticas vayan adquiriendo progresivamente mayor protagonismo respecto a las consideraciones jurídicas⁶³⁴.

⁶³² Desplazamiento que no es exclusivo de la reglamentación del menor, aunque sí es en este ámbito donde encuentra uno de sus primeros y principales exponentes (*vid.*, desde una perspectiva general, contemplado como una de las tendencias actuales del DIPr., *ad. ex.*, E. Jayme, «Identité culturelle et intégration...», *cit.*, pp. 47-48).

⁶³³ *Vid.*, especialmente, sobre la importancia respectiva del conflicto de leyes y del conflicto de jurisdicciones con especial referencia a la materia, Y. Lequette, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, pp. 60-63.

⁶³⁴ Sobre la trascendencia de la idea de la individualización judicial en este punto, *vid. ad. ex.*, D. Mayer, «Évolution du statut...», pp. 465-466; en nuestra doctrina, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 126; con relación en concreto al derecho de relación transfronterizo del menor, en una actitud más relejada, J. Pousson-Petit, «Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe», *Rev. int. dr. comp.*, 1992, pp. 795-848.

Siendo conscientes de este dato, no es de extrañar que en el marco convencional a la hora de reglamentar la protección de menores *in genere* desde la óptica del DIPr., la primera preocupación radique en determinar cual es la autoridad más apta entre todas las que se encuentran conectadas con la situación fáctica para adoptar la medida de protección que la persona o bienes del menor requiera *in casu*⁶³⁵. La determinación de cual sea el Ordenamiento jurídico que aplicará la autoridad elegida como competente se convierte en una cuestión secundaria, ya que la exigencia más importante es precisar qué autoridad se encuentra mejor informada y en mejor situación para adoptar una decisión rápida y eficaz, así como para supervisar su ejecución. La determinación del derecho aplicable se ve también aminorada si se advierte que cualquiera que sea el Ordenamiento jurídico elegido para regir dicha situación, éste siempre procurará realizar el interés del menor *in casu*, que es el único principio rector en la materia.

Este planteamiento separa en primer lugar al Convenio de la Haya de 1961 de su predecesor, esto es, el Convenio de La Haya de 1902. El Convenio de la Haya de 1902, es un Convenio, como se ha dicho, de línea clásica y, como tal, concede a las cuestiones de derecho aplicable toda la supremacía en el marco convencional, regulando de manera principal el problema de la ley aplicable a la tutela, y sólo de manera accesoria y muy indirecta, la cuestión de la competencia de las autoridades para adoptar las medidas⁶³⁶. El núcleo neurálgico del Convenio de La Haya de 1961 gira, en cambio, en torno a la designación del Estado cuyas autoridades son competentes para adoptar las medidas de protección⁶³⁷. Esta preeminencia de las cuestiones de competencia *versus* las cuestiones de derecho aplicable, que se refleja en el propio título del Convenio, se va a manifestar en el texto, esencialmente, de dos modos, sobre los cuales se volverá más adelante: de un lado, mediante el reparto laborioso de competencias llevado a cabo entre los Estados parte, aun partiendo

⁶³⁵ Sobre la preeminencia del problema jurisdiccional sobre el problema jurídico en la materia, *vid. ad. ex.*, W. E. von Steiger, «La protection des mineurs...», *cit.*, pp. 513-514; M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 126.

⁶³⁶ *Vid.*, J. M. Castro-Rial Canosa, «El Convenio de La Haya...», *cit.*, pp. 20-21. Sobre el Convenio de 1902, *vid.*, entre otros, A. Marín López, «Los conflictos de leyes...», *cit.*, pp. 439-441.

⁶³⁷ Sobre el giro operado en este sentido por el Convenio de 1961 con relación a su predecesor, puede verse, entre otros, Y. Loussouarn, «The IX th of the Hague...», *cit.*, pp. 684-686; W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 221-222.

teóricamente de las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor, por razones de proximidad, son las que se encuentran en mejores condiciones para asumir dicha competencia; y, de otro, fundamentalmente, por la subordinación que las cuestiones de derecho aplicable experimentan respecto a las cuestiones de competencia, haciendo coincidir la solución al problema de la competencia legislativa con la solución que se alcance en el seno de la competencia judicial; opción que rompe con otro de los principios tradicionales del DIPr. clásico, cual es la regla de la separabilidad de las competencias, conforme a la cual la solución alcanzada en el sector de la competencia judicial internacional debe ser independiente a la determinación del derecho aplicable a la situación privada internacional considerada, puesto que ambas se dirigen a alcanzar objetivos distintos.

El Convenio de la Haya de 1961, aún deseando restar toda importancia a las cuestiones de derecho aplicable, no logró obtenerlo, y principalmente porque no podía evitar que en los supuestos en que ninguna autoridad hubiera tomado medida de protección alguna sobre el menor o sus bienes (los supuestos de normalidad), los Ordenamientos jurídicos internos de numerosos Estados partes organizaban *ex lege* dicha protección, sometiendo al menor a la autoridad de una persona o personas determinadas (generalmente, los progenitores). El Convenio de La Haya de 1961, preocupado únicamente por la determinación de la autoridad competente en los supuestos en que fuera necesaria su intervención, opta por la solución aparentemente más fácil para resolver el problema, es decir, dejar subsistir en el marco convencional dichas relaciones de autoridad *ex lege* (art. 3)⁶³⁸. Sin embargo, esta opción plantearía dos cuestiones a los redactores del Convenio: en primer lugar, cuál es la ley que determina si dicha relación de autoridad existe; en segundo lugar, cuál es la autoridad competente para modificar dicha situación con la adopción de una determinada medida de protección si fuera necesario y, principalmente, conforme a que ley se llevaría a cabo. El Convenio de La Haya de 1961, como se desprende, no pudo prescindir tan fácilmente de las cuestiones de derecho aplicable, así como de su

⁶³⁸ *Vid.*, A. E. Von Overbeck, «La reconnaissance des rapports d'autorité *ex lege* selon la Convention de La Haye sur la protection des enfants», *Mélanges Henri Deschenaux*, Editions Universitaires Fribourg (Suisse), pp. 447-467; A. Bucher, *Droit international privé suisse. Tome II: personnes, famille, successions*, Bâle, 1992, pp. 278-283.

coordinación con las cuestiones de competencia judicial en el marco convencional general de la protección del menor.

En el nuevo Convenio de La Haya de 1996, aun respetando la primacía de las cuestiones de competencia *versus* las cuestiones de derecho aplicable respecto a las medidas de protección, puede observarse un cierto replanteamiento de la importancia de las cuestiones de derecho aplicable, que en modo alguno pueden verse absorbidas con carácter absoluto por las cuestiones de competencia en materia de protección de menores, tal como parecía perseguir su predecesor. Como ejemplos de este replanteamiento, al que se volverá *infra*⁶³⁹, pueden citarse, básicamente, de un lado, la opción por reglamentar junto a las medidas de protección del menor, la responsabilidad parental *ex lege*, mediante una regla de conflicto que utiliza como criterio de conexión la ley de la residencia habitual del menor; de otro, el reconocimiento de una posibilidad de separación entre el *forum* y el *ius* en las medidas de protección mediante la incorporación de una cláusula de excepción *ex art. 15.2*.

b) El triunfo de la residencia habitual del menor como foro prevalente

El triunfo de la residencia habitual del menor como foro de conexión prevalente para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable, en detrimento de la nacionalidad y en sustitución del domicilio, ha implicado no sólo una ruptura con los más tradicionales criterios del DIPr., sino que ha supuesto una seria crisis de la misma noción del «estatuto personal»⁶⁴⁰. Recientemente, se sostenía por A. Bucher que el núcleo duro de la fragmentación que el estatuto personal experimenta actualmente en las sociedades occidentales radica en la erosión de la nacionalidad como factor de conexión de la persona a un sistema determinado en el derecho de familia, y dicha erosión se ha producido concretamente con ocasión de los regímenes de protección en general y, dentro de los mismos, fundamentalmente, con el régimen de protección de menores.⁶⁴¹

⁶³⁹ *Vid.*, Cap. IV, III. 2 D).

⁶⁴⁰ *Vid.*, en general, con relación a los criterios del domicilio y de la residencia, J. Déprez, «Le droit international privé...», *cit.*, pp. 151-152.

⁶⁴¹ *Vid.*, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 87.

La idea de introducir la residencia habitual como punto de conexión para resolver los conflictos de leyes y los conflictos de jurisdicciones, centrándose en el ámbito de la Conferencia de La Haya, suele situarse en el Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hacia los menores, y aunque esta primera admisión no parece cronológicamente correcta⁶⁴², sí es en ella donde puede encontrarse una auténtica justificación de la elección de la residencia habitual como punto de conexión, en abandono de la nacionalidad, respecto a las materias comprendidas en el estatuto personal en los derechos continentales.⁶⁴³

Esta justificación se ha situado doctrinalmente en el hecho que al tratarse de una reglamentación en la que el Estado procura garantizar la protección de determinados intereses particulares desde una óptica de política social, la aplicación de la residencia habitual es el único criterio que garantiza una aplicación homogénea y eficaz de las legislaciones nacionales sobre el territorio nacional⁶⁴⁴. Sin embargo, esta idea del interés social en la aplicación de la residencia habitual, enraizada con las primeras manifestaciones del utilitarismo, y que conducía entonces a la defensa de la ley domiciliar frente a las exaltaciones de la nacionalidad⁶⁴⁵, no es, o no debe ser, a mi juicio, el hilo conductor en la justificación del triunfo de la residencia habitual respecto a los regímenes de protección, sino que el auténtico hilo del discurso radica en la mejor adecuación de este criterio a los intereses privados que persigue dicha reglamentación, en este caso, la protección del interés del menor, y en la función

⁶⁴² La Conferencia de La Haya ya la había utilizado en 1886 con relación a ciertas disposiciones relativas al procedimiento civil y fue adoptada siguiendo un Convenio franco-prusiano de 1880 (*vid.*, M. H. van Hoogstraten, «La codification par traités en Droit international privé», *R. des C.*, 1967- III, t. 122, pp. 354-365).

⁶⁴³ Sobre la intervención de la ley nacional, la ley del domicilio, y la ley de la residencia habitual en los Convenios de La Conferencia de La Haya, *vid.*, R. Vander Elst, «La loi nationale dans les Convention de La Haye», *Rev. belge dr. int.*, 1991, pp. 399-407.

⁶⁴⁴ *Vid., ad. ex.*, R. Vander Els, «La loi nationale...», *cit.*, p. 404; E. Jayme, «Identité culturelle et intégration...», *cit.*, pp. 206-207; H. Thue, «Connecting Factors in International Family Law», en N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers*, *cit.*, pp. 53-62, esp., pp. 55-57. Sin embargo, frente a esta justificación general, como demuestra A. Bucher («La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 28-30), la opción por la residencia habitual en los Convenios de La Haya relativos al Derecho de familia, como vía de compromiso entre los defensores de la nacionalidad y del domicilio, sólo ha triunfado respecto a los regímenes de protección.

⁶⁴⁵ La idea original que justifica el triunfo de la conexión domiciliar, como es sabido, es la integración del individuo en la comunidad social estatal. Este argumento construido sobre la idea que la asimilación o integración es en beneficio de la sociedad y no del individuo fue enlazado directamente con las corrientes utilitarias o finalistas (*vid.*, sobre esta cuestión, H. Batiffol, *Aspects philosophiques du Droit international privé*, 1956, Dalloz, París, pp. 278-285).

tuitiva asumida por los Estados respecto a determinadas categorías de personas. Dejando a un lado la regulación de la deuda alimentaria como ejemplo de régimen de protección, y circunscribiéndose al régimen general de protección de menores, razonando en términos de competencia, la conexión de la residencia habitual se impone por razones de proximidad: las autoridades más cercanas al entorno habitual del niño cuya protección se persigue son las que se encuentren en la mejor situación para apreciar las circunstancias concretas en las que éste se encuentre y, por tanto, resultan las más aptas para adoptar la medida concreta que precise el menor *in casu*, así como para supervisar su ejecución⁶⁴⁶. Determinada la autoridad competente, la aplicación de la *lex fori* como regla general, conduce de nuevo a la ley de la residencia habitual del menor, que además de ser el Ordenamiento jurídico con el que el entorno social del menor se encuentra más conectado, también garantiza a los Estados una aplicación uniforme y eficaz de sus legislaciones nacionales que persiguen un objeto social con una finalidad tuitiva, resultando también, más adecuada a los intereses del tráfico jurídico, a la previsibilidad, y a la seguridad jurídica.

Parte de estas consideraciones fueron ya aprehendidas por los negociadores del Convenio de la Haya de 1961, que novedosamente decidieron romper con la tradicional conexión de la nacionalidad a la que respondía su predecesor, y apostar *ab initio* por el criterio de la residencia habitual del menor como foro de competencia judicial internacional (y por tanto, siguiendo la regla de la identidad, como criterio de ley aplicable). El fracaso del Convenio de La Haya de 1902, que con su anticuado sistema gravitando en torno a la ley nacional no funcionaba en la práctica⁶⁴⁷; la famosa sentencia *Boll* que aceleraría la revisión del sistema poniendo de manifiesto el interés social que había penetrado en la reglamentación de la protección de

⁶⁴⁶ *Vid.*, J. M. Castro Rial Canosa, «El Convenio de La Haya de 1961...», *cit.*, pp. 24-25; G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 67.

⁶⁴⁷ En el clásico sistema convencional, como es sabido, la ley nacional del menor era la única aplicable a la constitución y extinción de la tutela, y sólo si la tutela de un menor residente fuera del Estado del que es nacional no podía ser constituida de conformidad con su ley nacional, se preveía la competencia de la ley de la residencia habitual del menor para determinar su constitución. En los trabajos preparatorios del Convenio de 1961 se puso de relieve la ineficacia práctica del texto anterior, ya que algunos Estados que resultaban competentes según sus reglas para constituir la tutela del menor, cedían ésta a favor de las autoridades donde el menor tenía su residencia habitual (*vid.*, W. E. von Steiger, «Rapport explicatifs...», *cit.*, p. 221).

menores⁶⁴⁸; las muchas razones prácticas reunidas por el principio de proximidad que aconsejaban el abandono definitivo de la competencia de las autoridades de las que el menor es nacional y el fin de las tutelas a distancia; así como el deseo de evitar los problemas derivados de la adopción de un concepto jurídico como «domicilio», susceptible de ser concebido de distinto modo en los diferentes Estados partes, y que además podía llegar a resultar ficticio o dependiente en la materia⁶⁴⁹, fueron las principales razones que obligaron a los negociadores del Convenio de 1961 a reconocer «teóricamente», *ex art. 1*, la supremacía de la conexión de la residencia habitual del menor. Se sostiene, «teóricamente» porque, como se apuntó, los Estados defensores de la nacionalidad no se encontraban en este momento histórico todavía dispuestos a renunciar a una de sus tradiciones jurídicas esenciales y reclamaban gran parte de excepciones al principio del que se partía, de modo que se les garantizara que continuarían protegiendo a sus nacionales en el extranjero. De este manera se logró una obra de compromiso entre los principios de la residencia habitual y de la nacionalidad que se articula a través de la técnica del principio y la excepción, cuyo resultado final se traduce perfectamente poniendo de relieve que ni los propios comentaristas del texto coincidieron sobre si el resultado convencional fue la preeminencia del criterio de la residencia habitual o la supremacía de las autoridades de la nacionalidad del menor y, sobre todo, recordando que la aplicación práctica del

⁶⁴⁸ Aunque el Convenio de 1902 había sido ya denunciado por algunos Estados parte, y la Conferencia de La Haya en 1956 se había propuesto su revisión, la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), de 28 de noviembre de 1958, con relación al famoso asunto *Boll*, aceleró todo el procedimiento. Esta sentencia, como es sabido, resuelve el problema de la compatibilidad de las normas holandesas relativas a la tutela designadas por el Convenio de La Haya de 1902 con las normas suecas. El TIJ dio aplicación *in casu* a las normas suecas y no a las holandesas, aunque a pesar de las muchas interpretaciones que se dieron a la sentencia, parece que el tribunal no declaró que las normas suecas operasen a título de normas materiales imperativas, sino sólo que podían ser de aplicación en el caso concreto sin que ello afectase al Convenio de 1902, ya que éste no resultaba aplicable, al no tratarse de un asunto de tutela. En cualquier caso, no cabe duda que con esta sentencia se denuncia que el sistema del Convenio de 1902 había quedado desfasado, resultando ineficaz para regular la protección del los menores en el ámbito internacional, tanto respecto a su ámbito objetivo (sólo la tutela), como respecto a su método (entre otras cuestiones, primacía de la ley nacional). Sobre ella, puede verse, entre los clásicos comentarios, G. A. L. Droz, «Une Convention de La Haye de droit international privé devant la Cour Internationale de Justice», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, vol. XLVII, pp. 626-630; H. Batiffol y Ph. Francescakis, «L'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.* t. XLVIII, 1959, pp. 259-276).

⁶⁴⁹ Téngase en cuenta que el domicilio legal de los menores suele ser en algunos derechos nacionales dependiente al de sus progenitores o tutores, con lo cual la utilización convencional del criterio «domicilio del menor» puede provocar un resultado ficticio o artificial en cuanto criterio para conectar al menor con el Estado con el posee una conexión efectiva (*vid.*, W. E. von Steiger, «Rapport explicatifs...», *cit.*, pp. 225-226; A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 38).

texto puso de relieve toda una serie de dificultades derivadas de esta oscura obra transaccional entre residencia habitual y nacionalidad, que obligaron a una profunda revisión del texto.

Respecto al Convenio de La Haya de 1996, resultado final de esta difícil labor de revisión, puede anunciarse que ha implicado el *réquiem* convencional de la nacionalidad y el triunfo de la residencia habitual del menor, consagrando desde diferentes perspectivas de manera definitiva, aunque no exclusiva (idea consustancial a cualquier reglamentación de la protección del menor y al individualismo judicial que la impregna) la residencia habitual del menor como criterio de competencia judicial y de competencia legislativa⁶⁵⁰. Desde el punto de vista de la competencia internacional, básicamente, como se verá a continuación, al instaurar un esquema organizativo de competencias en clave de cooperación internacional, controlado básicamente por las autoridades de la residencia habitual del menor (procedimientos de transferencia de competencias *ex arts. 8 y 9*)⁶⁵¹. Desde el punto de vista del derecho aplicable, la preeminencia de la residencia habitual se logra de dos modos distintos y complementarios. De un lado, respecto a las medidas de protección, mediante la aplicación generalizada, en los términos que se analizarán más adelante, de la regla de la unidad *forum-ius*, que remitirá en los supuestos de normalidad a la ley de la residencia habitual del menor que es la que conoce del asunto (*lex fori*). De otro, respecto a la responsabilidad parental *ex lege*⁶⁵², el Convenio de La Haya de 1996, como se ha apuntado, no sólo introduce su atribución, ejercicio o extinción en su ámbito de aplicación convencional (con independencia que se plantee o no la

⁶⁵⁰ *Vid.*, F. Boulanger, «De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants. *Requiem* por la loi nationale?», *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, vol. II, pp. 1399-1408; M. L. Niboyet, «Capacité», *J-Cl. dr. int.*, fasc. 545, 1998, esp., p. 18.

⁶⁵¹ *Vid.*, *supra*, Cap. III, I. 2. A).

⁶⁵² Término que sustituye más adecuadamente al controvertido concepto de «relaciones de autoridad *ex lege*» previsto en el art. 3 del Convenio de La Haya de 1961, poniendo fin a los problemas interpretativos en torno a su propio concepto. Efectivamente, el art. 15 del Convenio de 1996 deja bien asentado que el criterio que distingue a las medidas de protección de la responsabilidad parental es «la intervención de una autoridad», concebida no sólo como intervención necesaria formalmente, sino también activa (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatifs...», *cit.*, p. 32). El término de responsabilidad parental se encuentra, además, en sintonía con la nueva concepción de la protección del menor, reflejada en la Convención de las NU sobre los Derechos del niño de 1989 (art. 18) y en otros Convenios internacionales relativos a la protección del niño [*ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional *ex art. 26.1 b*)], poniendo el acento en la idea que la relación de los progenitores respecto a la de los hijos no es de autoridad, sino de responsabilidad.

oportunidad de adoptar una determinada medida de protección), sino que la regula mediante una norma de conflicto *ad hoc* (y no norma de reconocimiento)⁶⁵³, que remite también a la ley de la residencia habitual del menor (arts. 16 y 17). Esta opción convencional, aparte de superar las incertidumbres del Convenio de La Haya de 1961 (como se verá más adelante *ex art. 3*), resulta bastante satisfactoria por varios motivos: vuelve a confirmar la residencia habitual como criterio de conexión que responde más adecuadamente al centro de vida y al interés del menor; ofrece a los Estados parte un régimen uniforme en materia de responsabilidad parental que se aplicará con independencia que haya o no de adoptarse una medida de protección específica⁶⁵⁴; y, sobre todo, simplifica el funcionamiento convencional, instaurando una normativa fácil de aplicar, ya que no sólo se producirá como regla general, tal como se verá, la coincidencia *forum-ius*, sino que además en la mayoría de las ocasiones, coincidirá la ley aplicable a la responsabilidad parental con la ley aplicable a la medida de protección (ley de la residencia habitual). Esta coincidencia resulta especialmente apropiada teniendo en cuenta que, también novedosamente, el nuevo Convenio pone fin al problema suscitado con el Convenio de 1961 sobre las relaciones entre las medidas de protección y la responsabilidad paterna, abriendo la posibilidad que pueda adoptarse una medida de protección necesaria aún existiendo una responsabilidad parental *ex lege*. Efectivamente, *ex art. 18*, no se supedita la constitución de una medida de protección a la inexistencia de una relación *ex lege*, y se aclara la relación entre ambas, en el sentido de indicar expresamente la posibilidad de extinguir o modificar la responsabilidad paterna mediante la constitución de una medida de protección, remitiendo al régimen jurídico de las medidas adoptadas en aplicación del Convenio⁶⁵⁵. De este modo, se simplifica y se facilita la aplicación del Convenio,

⁶⁵³ *Vid.*, sobre los problemas que hubiera provocado en los Derechos internos la introducción de una regla de reconocimiento, A. Bucher, «La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *RSDIE*, 1997, pp. 67-109, esp. p. 75; P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 31.

⁶⁵⁴ De limitarse sólo a los supuestos en que fuera necesario intervenir mediante la adopción de una medida de protección, los Estados deberían jugar con dos normas de distinto origen y que pueden llevar a resultados diferentes e injustificados desde el punto de vista del menor. De un lado, la norma convencional para los supuestos en que fuera preciso intervenir y, de otro, la norma prevista en su Derecho autónomo para la responsabilidad parental fuera de toda intervención. En nuestro caso, residencia habitual del menor *ex* normativa convencional, y ley nacional *ex art. 9. 4 C.c. ex* normativa autónoma.

⁶⁵⁵ La finalidad de este precepto, obviamente, es que la existencia de la patria potestad no resulte un obstáculo para la constitución de las medidas de protección que sean necesarias (*ad. ex.*, acogimiento).

evitando problemas de adaptación entre leyes, ya que en la mayoría de los supuestos coincidirá la ley de la que ha surgido la responsabilidad paternal con la ley que mediante una medida de protección la modifica⁶⁵⁶.

Junto a la contemplación de la residencia habitual del menor como criterio de competencia judicial y (directa o indirectamente) criterio de competencia legislativa, también entre el conjunto de Convenios internacionales que actualmente inciden en la reglamentación de la protección del menor, pero que prescinden de resolver ambas cuestiones clásicas y apostar con distinto alcance por la técnica de la CIA, puede observarse el triunfo de la residencia habitual del menor, aunque desde otras perspectivas. Así, *ad. ex.*, como se verá más adelante, el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, ordenando el restablecimiento del *status quo* del menor ilícitamente sustraído, parece consagrar implícitamente el foro de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior a la sustracción como criterio de competencia judicial y legislativa para resolver sobre el fondo del asunto; de igual modo, en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, el triunfo de la residencia habitual del menor puede contemplarse desde otras perspectivas. En primer lugar, la residencia habitual del menor no podía adquirir directamente más protagonismo en el marco convencional sino de la manera en que se ha utilizado, es decir, instrumentalizándose como criterio de referencia en la definición de Estado de origen y Estado de recepción, y convirtiéndose de este modo en el criterio determinante de la aplicabilidad de las reglas convencionales. Efectivamente, *ex art. 2.1*, el Convenio se aplica 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. De este modo, la residencia habitual se convierte en foro prevalente de la aplicación de las reglas convencionales, rechazándose la propuesta del delegado de Egipto de optar por la nacionalidad del menor como criterio aplicativo del Convenio, fundándose en el debido respeto al desconocimiento de la institución de

⁶⁵⁶ *Vid.*, en el mismo sentido favorable, A. Bucher, «La révision...», *cit.*, p. 70.

la adopción por las legislaciones islámicas⁶⁵⁷. La intervención de la residencia habitual no se agota en el marco de este peculiar Convenio en criterio de aplicación de sus reglas, sino que como se verá más adelante, se extiende a otras muchas perspectivas, que van desde foro de competencia atípico para la constitución de la adopción, hasta foro de derecho aplicable implícito.

Ahora bien, aunque pueda afirmarse que el criterio de la residencia habitual del menor parece haber alcanzado doctrinal y convencionalmente *in genere* una prevalencia reconocida (fundamentalmente *versus* la conexión nacional) en materia de protección de menores, también debe ser puesto de relieve que su reconocimiento en términos absolutos continua enfrentándose a fisuras de distinta índole y relevancia⁶⁵⁸. Efectivamente, de un lado, en el propio marco de la reglamentación convencional de la protección del menor se hallan algunos textos que no se encuentran en la línea convencional general de abandono de la nacionalidad del menor como criterio de reglamentación. Así, *ad ex.*, en el régimen del Convenio de Luxemburgo de 1980, mediante las reglas de competencia judicial indirectas en él contenidas, la residencia habitual del menor, como se verá más detenidamente, no desempeña un rol preponderante, sino que interviene de manera combinada con otros criterios alternativos, entre los que se encuentra principalmente la nacionalidad del menor (arts. 9, 10 y 17). Dicha combinación ha hecho cuestionar, e incluso fracasar, la efectividad del Convenio. También en esta línea, aunque de manera más acentuada, se encuentra el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, puesto que aunque ambos textos compartan la toma en consideración de la nacionalidad del menor (o de sus

⁶⁵⁷ Vid., «Observations soumises par l'Expert de L'Egypte», *Actes et documents de la Dix-septième session...*, cit., p. 242. Mediante la consagración de la residencia habitual del menor como criterio aplicativo de las normas convencionales, el Convenio plantea el problema de la adoptabilidad del menor cuya ley personal prohíba la adopción internacional y resida en un Estado parte del Convenio. Esta posibilidad, que ha desatado una importante polémica en algunos países (fundamentalmente, en Francia, *vid.*, *amplius*, H. Muir Watt, «Nota a la decisión de la Cour de Cassation de 16 de diciembre de 1997», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, pp. 433-438; *id.*, «Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 469-492; *id.*, «La loi nationale de l'enfant comme métaphore: le nouveau régime législatif de l'adoption internationale», *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 995-1031), parece, no obstante, ser rechazada dentro del marco convencional (*vid.*, en este sentido, *ad ex.*, N. Mayer Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, pp. 259-293, esp., pp. 279-280; I. Barrière-Brousse, «L'enfant...», *cit.*, p. 869).

⁶⁵⁸ Naturalmente, con relación a la «*lex patriae infantis*» (*vid.*, especialmente, F. Boulanger, «De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996...», *cit.*, pp. 1399-1408).

progenitores) entre las reglas de competencia indirecta, la diferencia radical que agrava la cuestión en este último radica en que mientras el Convenio de Luxemburgo de 1980 incorpora adecuadamente la residencia habitual del menor junto a la nacionalidad en su sistema de control de la competencia judicial internacional [art. 9.1b)], el Convenio hispano-marroquí no sólo prescindir de ella en este sentido [art. 11 b)], sino que gran parte de su funcionamiento convencional gira en torno al criterio de la nacionalidad. Esta exaltación del criterio de la nacionalidad limita *ad ex.*, el ámbito de aplicación personal del texto (puesto que separándose de resto de los Convenios multilaterales específicos, para los que la nacionalidad del menor es irrelevante⁶⁵⁹, sólo se aplica, *ex art.* 2, a los menores que tengan la nacionalidad de uno de los dos Estados), y fundamentalmente, como se comprobará, restringe la operatividad real del Convenio, poniendo de relieve, en última instancia, que el texto parece responder más bien a las concesiones realizadas por el Estado español al Derecho marroquí, que al deseo de obtener respuestas satisfactorias a los objetivos convencionales planteados.

Al margen de estas concretas excepciones que se constatan en la propia reglamentación convencional de la protección del menor, el triunfo de la residencia habitual del menor (sobre todo desde la perspectiva de criterio de competencia legislativa) continúa hoy por hoy enfrentándose a dos importantes obstáculos: de un lado, reivindicaciones doctrinales del principio de la nacionalidad para regular las materias comprendidas en el tradicional concepto de estatuto personal, donde quedaría incluido, por tanto, el régimen de la protección del menor; de otro, reticencia al

⁶⁵⁹ El Convenio de La Haya de 1980, efectivamente, abandona el criterio de la nacionalidad del menor, determinando su aplicabilidad en función de la residencia habitual del menor en un Estado contratante en el momento inmediatamente anterior al desplazamiento (art. 4). Igualmente, para el Convenio de Luxemburgo la nacionalidad del menor es irrelevante, al considerarse como menor toda persona «cualquiera que sea su nacionalidad» cuya edad sea inferior a los 16 años [art. 1. a)]. La residencia habitual del menor es también el único criterio tomado en consideración en el Convenio de La Haya de 1996 (art. 5). La irrelevancia de la nacionalidad del menor no puede, sin embargo, ser predicada en términos absolutos en el conjunto de Convenios bilaterales concluidos en la materia, puesto que obviamente resulta más difícil en un contexto convencional bilateral desprenderse de la idea de proteger prioritariamente a los menores nacionales de los respectivos Estados parte. Así, la misma limitación operada en el Convenio hispano-marroquí aparece en los Convenios franco-portugués de 20 de julio de 1983 y belgo-marroquí de 15 de julio de 1991 (arts. 6 y 2, respectivamente). El Convenio franco-argelino de 21 de junio de 1988 también determina su aplicabilidad en atención al criterio de la nacionalidad, pero no de los hijos, sino de los padres, ya que limita su ámbito de aplicación personal a los hijos habidos de parejas mixtas franco-argelinas.

abandono por los Derechos autónomos de la primacía del criterio de la nacionalidad en la mayoría de los sistemas conectados tradicionalmente al mismo.

Respecto a los argumentos doctrinales defensores de la nacionalidad⁶⁶⁰, tratándose de protección de menores, el fundamento de la continuidad y de la estabilidad en la protección del menor, tantas veces alegado para la justificación del recurso a la nacionalidad⁶⁶¹, no parece poder erigirse en el principal motivo para rechazar la residencia habitual, ya que ésta también la asegura si se acompaña de un adecuado régimen del conflicto móvil que evite situaciones claudicantes (y además el principio de la nacionalidad tampoco garantiza la continuidad jurídica en todos los supuestos). Respecto a la precisión, el fenómeno de la doble nacionalidad, claramente en ascenso⁶⁶², hace actualmente de la nacionalidad un criterio nada preciso en la materia, y la residencia habitual surge precisamente, como se ha visto, con el objetivo de suprimir la incertidumbre derivada del concepto jurídico de domicilio y de los conocidos «domicilios ficticios». Es cierto, que aún queriendo ser «vendida» la residencia habitual como una noción de hecho que facilita su determinación de manera objetiva, actualmente, la concreción de cuáles sean los precisos parámetros que determinan cuando se está ante una «residencia habitual», se erige cada vez más como una verdadera cuestión jurídica (*ad. ex.*, duración, grado de integración, etc.), con lo cual, en realidad, parece que se estaría en presencia de una noción de derecho, compuesta de condiciones de hecho⁶⁶³. No obstante, aunque la residencia habitual del menor tampoco garantice totalmente la certidumbre, puesto que adolece del contenido uniforme necesario para ello, erigiéndose, como se verá más adelante, como un concepto autónomo, posee de un lado, un contenido nuclear que expresa mejor que

⁶⁶⁰ *Vid.*, especialmente, R. Vander Elst, «La loi nationale»..., *cit.*, pp. 405-407. Este autor defiende la fidelidad a la conexión de la nacionalidad en el ámbito del tradicional concepto de estatuto personal (estado y capacidad de las personas físicas, relaciones de familia y disposiciones testamentarias), dadas las ventajas que ofrece de precisión, estabilidad, seguridad y certidumbre.

⁶⁶¹ Alega el argumento de la continuidad en defensa de la ley nacional, entre otros, H. Batiffol, «La nouvième session...», *cit.*, p. 472; I. Barrière-Brousse, «L'enfant...», *cit.*, p. 855.

⁶⁶² Como advierte A. Bucher («La famille en droit international privé», *cit.*, p. 33): «en las situaciones que afecten al DIPr., la doble nacionalidad de las personas devendrá en la regla» y, además, teniendo en cuenta la opción *legeforista* de la mayoría de los Estados por la nacionalidad del foro en caso de concurrencia con otra nacionalidad (*ad. ex.*, nuestro Derecho autónomo *ex art.* 9.9), el criterio de la nacionalidad no garantiza para nada la idea de una vinculación real y efectiva de una persona con un determinado Estado u Ordenamiento jurídico (*vid.*, respecto a nuestro sistema, *ad. ex.*, J. C Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 391).

⁶⁶³ *Vid.*, esta aproximación, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 38-39.

ningún otro criterio el centro de vida de una persona (en este caso, centro de vida del menor), y de otro, un contenido variable en función de los objetivos y de la naturaleza de las reglas a las que sirve, que lo convierte de este modo en un concepto funcional, apto en mayor medida que la nacionalidad y que el domicilio, para garantizar ciertos objetivos materiales (en este caso, interés del menor)⁶⁶⁴. Ahora bien, frente a todos estos argumentos favorables al criterio de la residencia habitual, la idea del derecho a la identidad cultural del menor (y de la familia) parece reforzar en gran medida el recurso a la nacionalidad frente a aquélla. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ni en todos los supuestos la conexión nacionalidad responde a la realidad de la identidad cultural del menor, ni puede sostenerse que la aplicación de la ley nacional del menor (aún garantizando el respeto a su identidad cultural) satisfaga el interés superior del menor frente a la aplicación de otras conexiones (*ad. ex.*, respeto a su identidad cultural *versus* integración cultural en el medio en el que va a desarrollarse). En definitiva, como han recogido algunos autores, los términos actuales del debate entre los criterios que son susceptibles de vincular al menor con un determinado Ordenamiento jurídico, no se encontrarían entre los tradicionales criterios de domicilio/nacionalidad, sino que radicarían más bien entre la ley de origen y la ley del medio actual del individuo⁶⁶⁵, y en materia de protección de menores, al igual que en el resto de los regímenes de protección, la segunda parece imponerse a la primera⁶⁶⁶, aunque ello no obsta, como se ha comprobado y se verá más adelante en otras ocasiones, que en determinados supuestos excepcionales en interés del menor sea necesario acudir al criterio de su nacionalidad o ley de origen mediante diversos expedientes.

Finalmente, debe dejarse constancia que el triunfo convencional de la conexión de la residencia habitual en materia de protección de menores no ha logrado hoy por

⁶⁶⁴ Sobre el concepto de residencia habitual, *vid.*, *amplius*, *infra*, Cap. I, III. 1. C).

⁶⁶⁵ A favor de una renovación de los conceptos tradicionales del debate, *vid.*, E. Jayme, «Identité culturelle et intégration...», *cit.*, p. 173; J. L. Iriarte Ángel, «La persona física», en A. L. Calvo Caravaca y otros, *Derecho internacional privado*, *cit.*, vol. II, pp. 15-55, esp., p. 19.

⁶⁶⁶ Aunque pueda oponerse que la residencia habitual del menor no se erige directamente en los Convenios de la Haya de 1961 y de 1996 como foro de derecho aplicable, sino que se opta por la solución de la aplicación de la *lex fori*, no debe olvidarse que en la mayoría de las ocasiones ésta coincidirá y, que en los supuestos en que no lo haga (*ad. ex.*, foro del divorcio), originariamente, se quiso imponer una excepción a la regla de la unidad, aplicándose la ley de la residencia habitual del menor, pero que la persistencia por aplicar en todo caso la *lex fori*, evitando cualquier aplicación de un derecho extranjero, impidió que la idea original quedara plasmada.

hoy su traslación a los Derechos autónomos de los Estados aferrados al criterio de la nacionalidad (Estados de la Europa continental y algunos Estados de América Latina). Sólo, excepcionalmente, algunos Estados como Venezuela han abandonado definitivamente la conexión de la nacionalidad, u otros como Suiza han conseguido relegarla a un papel secundario⁶⁶⁷. La regla de base de los Estados conectados al criterio de la nacionalidad, a pesar de las recientes reformas de algunos sistemas, sigue siendo esta conexión, aunque indudablemente con importantes excepciones que paulatinamente la van erosionando. El sistema autónomo español de DIPr. es fiel reflejo de este proceso, pudiendo observarse: de un lado, que la nacionalidad del menor continúa apareciendo como solución de base en cuanto ley que rige, en general, el estatuto personal (art. 9.1 C.c.) y, en concreto, las medidas de protección del menor *in genere* (art. 9.6 I C.c.), o instituciones de protección como la responsabilidad parental (art. 9.4 C.c); y de otro, que la regla general progresivamente se erosiona mediante sucesivas excepciones que se van incorporando al sistema, tanto por vía interna (*ad. ex.*, residencia habitual del menor como criterio de competencia *ex art. 22. 3 LOPJ*; residencia habitual del menor como criterio de ley aplicable respecto a la adopción de medidas de protección del menor, urgentes o provisionales *ex art. 9.6 II*; aplicación de la ley española para tomar medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados en nuestro territorio *ex norma de extensión contenida en el art. 9.6 III*), como, fundamentalmente, por la vía convencional. Respecto a la influencia de la normativa convencional en nuestro sistema en este aspecto, no puede dejar de apuntarse en este momento, que si actualmente el art. 9.6 I C.c. ha conseguido ser cuasi desplazado por el Convenio de la Haya de 1961⁶⁶⁸, este desplazamiento se producirá de facto si nuestro país ratifica el nuevo Convenio universal de La Haya de 1996, pasando de este modo a erigirse la

⁶⁶⁷ La Ley Suiza de 1987, como es sabido, desplaza la primacía de la nacionalidad por el criterio del domicilio en materia de protección de menores y aplica luego la *lex fori* (*vid.*, A. E. von Overbeck, «Le droit de personnes, de la famille, de régimes matrimoniaux et de successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le Droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, pp. 237-260).

⁶⁶⁸ Aunque el Convenio de La Haya de 1961, como es sabido, sea un Convenio de aplicación *inter partes*, sin embargo, el juego de las normas de competencia de nuestro sistema (con carácter general, residencia habitual vía internacional o autónoma), hace aplicable la norma convencional, provocado casi el desplazamiento del 9. 6 Cc (*vid.*, esta interpretación, y la incidencia del Reglamento «Bruselas II», que en los supuestos de competencia por accesoria sin residencia habitual del hijo en España conducen a la ley nacional del hijo, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado, cit.*, pp. 430-431).

residencia habitual del menor no sólo como foro principal de competencia judicial internacional, sino también como foro prioritario de ley aplicable, y no sólo respecto a las medidas de protección de menor (mediante la regla de la unidad *forum-ius*), sino también novedosamente y, de manera acertada, como se ha visto, respecto a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, desplazando así en este aspecto nuestro art. 9.4 C.c., y logrando de este modo un régimen jurídico del menor cuasi uniforme que gira en torno a la residencia habitual del menor, y donde la nacionalidad queda relegada a un papel residual.

B) Alteraciones metodológicas en las respuestas clásicas

La opción de estos Convenios internacionales por articular (o no) la respuesta a las cuestiones clásicas del DIPr. (competencia judicial internacional, derecho aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones), así como, en caso positivo, la concreta articulación llevada a cabo, se encuentra influida (y/o determinada) por el grado de apuesta convencional realizado por cada uno de ellos hacia la introducción de la CIA, así como por el contenido de los concretos procedimientos y actividades de CIA incorporados respectivamente en cada texto. De este modo, se advierte fácilmente que la respuesta global que, en su caso, ofrecen cada uno de estos Convenios a las cuestiones clásicas, realmente, sólo puede ser expuesta una vez analizados dichos procedimientos de CIA (cuestión que se desarrollará en el último capítulo). Sin embargo, resulta conveniente, e incluso imprescindible, anticipar ciertas alteraciones comunes que, en líneas generales, experimentan todos estos Convenios internacionales, desde un punto de vista metodológico, con relación a la forma de articulación de la respuesta de cada uno de los sectores clásicos.

Entre éstas, en primer lugar, desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, junto a la ya apuntada preponderancia de la cuestión judicial, se advierte la relevancia para alcanzar una reglamentación adecuada de la protección del menor de limitar los foros de competencia judicial internacional accesibles, evitando la concurrencia de foros, de manera que *in casu* sólo exista una autoridad internacionalmente competente (*ad. ex.*, como se verá, transición del Convenio de La Haya de 1961 al Convenio de La Haya de 1996, o Convenio de La Haya de 1980

sobre sustracción internacional de menores). Las soluciones tradicionales del sector de la competencia judicial internacional, como *ad. ex.*, admisión de la litispendencia internacional, como se analizará, se van a revelar insatisfactorias para obtener tales objetivos (*ad. ex.*, trabajos preparatorios del Convenio de La Haya de 1996); en segundo lugar, desde el sector del derecho aplicable, el rasgo más destacable que comparten todos estos textos de CIA es, sin lugar a dudas, el abandono progresivo del método conflictual clásico abstracto y localizador. La desaparición de la regla de conflicto clásica, general e indirecta, aparece acompañada (y/o sustituida) por una cierta tendencia a eliminar la aplicación del Derecho extranjero (por diversos expedientes, *ad. ex.*, la regla de la unidad *forum et ius* en los Convenios generales sobre la protección del menor); importante influencia de las soluciones de derecho material (compartida por todos los Convenios de CIA en la materia alrededor de la noción del interés del menor); tendencia a las respuestas jurídicas sustantivistas (*ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional); expedientes singulares o específicos (Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional); o en ocasiones, incluso, por la opción metodológica de prescindir de la reglamentación de la cuestión (*ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores o Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero). Finalmente, respecto al sector de la eficacia extraterritorial de las decisiones, debe retenerse que, en consecuencia con ciertos de los principios metodológicos ya enunciados (*ad. ex.*, preeminencia del *forum* sobre el *ius* o proceso de materialización), este sector queda caracterizado en todos estos Convenios de CIA por experimentar una gran revitalización, *versus* el desinterés del que había gozado en tiempos pretéritos. Este resurgimiento en ocasiones aparece articulado mediante una evolución de los expedientes clásicos del sector (por excelencia, Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, que colma la gran laguna dejada abierta, como se verá, por el art. 7 de su predecesor), y sobre todo mediante las diversas técnicas de CIA.

3. El recurso a la CIA

A) Empleo progresivo de la CIA

Entre las desviaciones o novedades metodológicas que actualmente ofrece la reglamentación convencional de la protección del menor desde la óptica del DIPr., el método que más se separa, o al menos, el que más llama la atención, es, como se ha apuntado, el empleo progresivo de las técnicas de CIA en un ámbito material bien distinto al que hasta entonces habían operado. Efectivamente, actualmente, todos los instrumentos internacionales de DIPr., cercanos a nuestro entorno, que inciden desde cualquier perspectiva y, con independencia de su ámbito material, en la reglamentación de la protección del menor, salvo el Reglamento comunitario 1347/2000, incorporan la CIA como opción metodológica (Convenios de La Haya sobre protección de menores *in genere* de 1902, 1961 y 1996; Convenio de La Haya de 1965 y de 1993 sobre adopción internacional; Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores; Convenio de Luxemburgo de 1980; Convenio hispano-marroquí específico de 1997).

Con relación a la única excepción vigente en nuestro Ordenamiento jurídico, esto es, Reglamento (CE) 1347/200, debe advertirse que la nueva Propuesta de la Comisión, de mayo de 2002, de un Reglamento que deroga a éste, reuniéndolo en un nuevo instrumento junto con la Propuesta de la Comisión en materia de responsabilidad parental, y la iniciativa francesa sobre los derechos de visita, vuelve a confirmar la tendencia del recurso inexcusable a la CIA, puesto que desde el principio de los trabajos de la Comisión en materia de responsabilidad parental se partió del carácter indispensable de una cooperación internacional entre autoridades para garantizar el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en la materia⁶⁶⁹. La citada Propuesta de Reglamento destina íntegramente su capítulo V a regular un sistema de CIA (concretamente, cooperación entre AACCC) que afecta tanto a las crisis matrimoniales como a la responsabilidad parental. En la misma línea, los trabajos en curso en el Consejo de Europa sobre un proyecto de Convenio sobre las

⁶⁶⁹ Así se recogía en el Cap. IV de la Propuesta de Reglamento del Consejo de 6 de septiembre de 2001 relativo a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental (propuesta hoy ya retirada formalmente por la Comisión, en tanto sus disposiciones se recogen en su totalidad en la Propuesta de Reglamento de 2002).

relaciones personales con los hijos, también contemplan un sistema de cooperación entre autoridades como técnica indispensable para promover y mejorar las relaciones personales del menor (Capítulo III).

Aunque el recurso a la CIA sea, por tanto, un rasgo metodológico que comparten o tienden a compartir progresivamente, no sólo todos los Convenios que reglamentan la protección del menor, sino también aquéllos que inciden en la reglamentación de otros regímenes de protección (*ad. ex.*, en materia de prestaciones de alimentos, Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero o Convenio de Roma de 1990; respecto a la protección de adultos, Convenio de La Haya de 2000 sobre protección internacional de adultos), no en todos ellos la CIA aparece incorporada e interviene de la misma forma, pudiendo distinguirse de este modo diversas modalidades de Convenios de CIA. Aunque sean diversos los posibles criterios de clasificación de los Convenios de CIA que se analizan en este trabajo, en función de la perspectiva que se escoja para su análisis (*ad. ex.*, en función del objeto de la cooperación incorporada o en atención a la naturaleza de las autoridades encargadas de la aplicación de los procedimientos o actividades de cooperación trasladados en los respectivos textos), sin embargo, como punto de partida, y procurando siempre contemplar el DIPr. en su conjunto, parece apropiado distinguir dichos Convenios en función de la manera en que la CIA aparece incorporada con relación al resto de los sectores del DIPr.

B) Modalidades de Convenios de CIA

a) Convenios de conflicto de autoridades

La autonomía del concepto de «conflicto de autoridades», introducido por P. Niboyet, *versus* «conflicto de jurisdicciones» no ha sido siempre unánimemente aceptada en la doctrina (concretamente, en el Derecho español tradicionalmente no ha sido objeto de atención general, y actualmente no se encuentra en los manuales de la disciplina). Sin embargo, en el marco convencional de la protección del menor (incluido también el de las obligaciones alimentarias), esta categoría en su concepción amplia cobra actualmente todo su sentido, en tanto que, como se verá en el Capítulo siguiente, en este marco el problema de la autoridad competente desborda el clásico

problema de la jurisdicción, para dar acogida a sistemas en los cuales la intervención de la autoridad del Estado en la administración del Derecho privado se efectúa no por el cauce de la jurisdicción, sino por medio de otro tipo de autoridades⁶⁷⁰.

Se trata, por tanto, en esencia, de Convenios en los que los términos del debate de la cuestión de la competencia no se plantea *stricto sensu* en términos de órganos jurisdiccionales, sino que superando éste, comprende también a autoridades de naturaleza administrativa. Son Convenios que parten de la preeminencia de las cuestiones de competencia *versus* las cuestiones de ley aplicable y, lo que es más importante, en donde las autoridades competentes están llamadas a aplicar su ley interna o *lex auctoris*. El Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción internacional y el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores *in genere* responden o encajan perfectamente a esta categoría de Convenios de conflicto de autoridades⁶⁷¹.

Se observa, actualmente, que estos Convenios de conflicto de autoridades, en un proceso de evolución, tienden a rebasar el objeto principal o primario de su reglamentación (*forum et ius*), procurando, a partir de la respuesta alcanzada a esta cuestión nuclear, ofrecer una reglamentación omnicomprendiva de todas las cuestiones de DIPr. que plantea la situación privada internacional considerada. De este modo, junto al problema de la competencia de autoridades, que determina la solución de ley aplicable, se van incorporando, en primer lugar, aspectos relativos a la regulación de la eficacia extraterritorial y, en segundo lugar, de manera progresiva, una serie de normas materiales que reglamentan la cooperación internacional entre las autoridades encargadas de aplicar el sistema. Esta tendencia se observa paulatinamente en el Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción internacional y en el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, aunque el primer Convenio que va a responder íntegramente a esta concepción es el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores.

⁶⁷⁰ Frente a esta concepción amplia, el ámbito estricto de la categoría de conflicto de autoridades, que es el tradicionalmente aceptado, se limita únicamente a las formas públicas de los actos jurídicos (sobre el concepto del «conflicto de autoridades», polémica en cuanto a su autonomía y aspectos generales, *vid.*, en nuestra doctrina, sosteniendo su autonomía y una concepción amplia, M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*, vol. I, Tomo II, Parte primera, Tercera reimpresión a la 3ª ed., Secc. Pub. Facultad de Derecho, Madrid, 1982, pp. 58-59; en el Derecho francés, sosteniendo su autonomía en una concepción estricta, *vid.*, P. Mayer, *Droit international privé, cit.*, pp. 308-315).

⁶⁷¹ *Vid.*, en ese sentido, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye...», *cit.*, nota 23.

Recientemente, este modelo convencional (que, a mi juicio, no es una nueva modalidad de Convenio de conflicto de autoridades, sino sólo una evolución de esta categoría de Convenios) se ha trasladado fielmente a la reglamentación de otro régimen de protección, esto es, la protección de los adultos. En efecto, el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos, adoptando el esquema cuatripartito del Convenio de La Haya de 1996, y procurando ofrecer una reglamentación omnicomprendensiva, responde junto al núcleo básico de la cuestión *forum et ius*, a las cuestiones de reconocimiento y de cooperación internacional entre autoridades⁶⁷². La esencia del Convenio de conflicto de autoridades no desaparece en estos Convenios, puesto que a pesar de la doble ampliación, la respuesta convencional articulada en sede de competencia de autoridades va a condicionar directamente la regulación establecida en relación con la ley aplicable y, de forma mediata, el reconocimiento y ejecución de decisiones, y la cooperación internacional entre autoridades⁶⁷³. Actualmente, esta concepción de Convenio de conflicto de autoridades es también la que inspira los trabajos de la Conferencia de La Haya con relación a un nuevo Convenio internacional sobre las obligaciones alimenticias, que omnicomprendensivamente regule las cuestiones de competencia, de derecho aplicable, de eficacia extraterritorial de decisiones y de CIA⁶⁷⁴.

Desde la perspectiva de este estudio, en estos Convenios de conflicto de autoridades, la CIA *a priori* tiende a incorporarse como un sector más, como un *plus*,

⁶⁷² Convenio, no en vigor, que ha sido firmado por Países Bajos y Francia (el texto puede verse en <http://www.hcch.net>). Sobre el anteproyecto y trabajos preparatorios, *vid., ad. ex.*, C. González Beilfuss, «La protección de adultos en Derecho internacional privado», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia, cit.*, pp. 85-102; A. Borrás, «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: grupo de trabajo para la preparación de la Comisión especial sobre la protección de adultos (14 a 17 de abril de 1997)», *REDI*, vol. XLIX, 1997, nº 1, pp. 351-357; E. Pérez Vera, «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la protección de adultos (3 a 12 de septiembre de 1997)», *REDI*, vol. XLIX, 1997, 2, pp. 377-380». Sobre el Convenio, *vid.*, entre otros, A. Bucher, «La Convention des Haye sur la protection internationale de adultes», *RSDIE*, 2000, pp. 37-59; E. Pérez Vera y A. Borrás, «Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado: la protección internacional de adultos», *REDI*, vol. LI, 1999, 2, pp. 804-807; P. Lagarde, «La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, pp. 159-179; desde una perspectiva más amplia con relación a este ámbito material, *vid.*, P. Diago Diago, «Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado», *geriatrem. com.*, vol. 3, núm. 1, 2001.

⁶⁷³ *Vid.*, en este sentido, E. Pérez Vera y A. Borrás, «Conferencia de La Haya...», *cit.*, p. 805.

⁶⁷⁴ *Vid.*, W. Duncan, «Note sur l'opportunité de reviser les Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires et d'inclure dans un nouvel instrument des dispositions sur la coopération judiciaire et administrative». Document préliminaire No 2 de janvier à l'intention de la Commission spéciale d'avril 1999 (el texto puede verse en <http://www.hcch.net>).

que acompaña al resto de los sectores del DIPr., partiendo del núcleo básico *forum et ius*, y cuya regulación aparece también condicionada por las normas de competencia de autoridades. Sin embargo, como se comprobará más adelante, la CIA introducida en estos Convenios se aleja de los esquemas clásicos de CIA procesal, no sólo adaptándose a las peculiaridades de la materia objeto de reglamentación, sino fundamentalmente, por la incidencia que proyecta, con distinto alcance, sobre las cuestiones de competencia, ley aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones.

b) Convenios híbridos

Se trata de aquellos Convenios internacionales de DIPr. en los que la CIA y el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones aparecen íntimamente ligados en el funcionamiento del texto, de manera que *a priori* se podría sostener que son, simultáneamente, Convenios de CIA y Convenios de eficacia extraterritorial de decisiones, o Convenios que poseen una naturaleza híbrida, en tanto comparten dos elementos de distinta naturaleza. En esta categoría de Convenios híbridos se incluyen en materia de protección de menores, en líneas generales, el Convenio de Luxemburgo de 1980 en materia de custodia, y en materia de prestación de alimentos, el Convenio de Roma de 1990⁶⁷⁵.

El primer problema que plantea un acercamiento a estos Convenios híbridos radica en determinar cual es, en realidad, la relación que existe entre las dos partes de la regulación de los respectivos textos, es decir, la relación entre la CIA y el reconocimiento y ejecución. Como tendrá ocasión de verificarse en las páginas que siguen, a mi juicio, la relación existente entre estas dos regulaciones puede plantearse

⁶⁷⁵ La naturaleza de Convenio híbrido respecto al Convenio de Luxemburgo no plantea problema alguno, puesto que en el propio texto quedan claramente recogidas las dos partes de la reglamentación, CIA y reconocimiento y ejecución (*vid., ad. ex.*, P. Reymond, «Convention de La Haye et Convention de Strasbourg...», *cit.*, pp. 335-344; reconociendo expresamente este carácter híbrido, en tanto que el Convenio consagra una parte al reconocimiento de las decisiones extranjeras y otra parte a la CIA, A. Clemang y V. Hoffmann, «Les enlèvements internationaux...», *cit.*, p. 634). Por el contrario, en el Convenio de Roma de 1990, este carácter híbrido resulta algo más discutido si se atiende exclusivamente al texto literal del Convenio, puesto que en el mismo sólo aparece una regulación de CIA. Sin embargo, a mi juicio, no cabe duda que se trata, al igual que el Convenio de Luxemburgo, de un Convenio de carácter híbrido, en tanto que sus disposiciones de CIA se completan inexcusablemente en su funcionamiento con un sistema de reconocimiento y ejecución (básicamente, con el sistema del Convenio de Bruselas o del Reglamento 44/2001).

en términos de técnica y finalidad, en cuanto se trata de Convenios en los que la CIA se utiliza exclusivamente como mecanismo facilitador de la eficacia extraterritorial de las decisiones cubiertas por los respectivos ámbitos materiales. La CIA aparece en estos Convenios como técnica de reglamentación destinada a obtener el fin u objetivo convencional, que radica en obtener el reconocimiento y ejecución en un Estado parte de la resolución obtenida por el solicitante en otro Estado distinto. De este modo, la CIA *a priori* operaría en estos Convenios como una técnica o mecanismo de reconocimiento y ejecución que se separa o, al menos, altera los términos tradicionales de los expedientes clásicos de este sector del DIPr⁶⁷⁶.

Se verifica en esta línea que tanto en el Convenio de Luxemburgo de 1980 en materia de custodia, como en el Convenio de Roma de 1990, el objetivo de ambos textos radica, como se ha visto, en obtener el reconocimiento y ejecución de las resoluciones cubiertas en su respectivo ámbito material, y para obtener dicho objetivo, ambos incorporan un sistema de CIA diverso, aunque en ambos casos articulado mediante AACC, como piezas claves del funcionamiento convencional.

El Convenio de Luxemburgo de 1980, excepcionalmente, en determinados supuestos, muda en cierta forma su naturaleza de Convenio híbrido, no dirigiéndose directamente, como en el resto de los casos, directamente a facilitar el reconocimiento y ejecución, sino simplemente a lograr la restitución inmediata del menor, imponiendo el reconocimiento y ejecución. Se trata de los supuestos contemplados en el art. 8 del texto, que se refieren a los casos de traslado sin derecho en que los padres y el menor tengan la nacionalidad del Estado de origen, el menor tenga la residencia habitual en dicho Estado y la solicitud de restitución se haya presentado en el plazo de 6 meses desde el traslado. En estos excepcionales supuestos, solicitada en el Estado requerido la ejecución de la resolución ejecutoria en el Estado de origen, el Convenio contiene *a priori* una orden de restitución inmediata del menor dirigida a la autoridad competente del Estado requerido, sin posibilidad alguna, como sucede en el resto de los supuestos, de denegar el reconocimiento y ejecución de la resolución sobre custodia transgredida.

⁶⁷⁶ Basta recordar que en estos textos, el interesado en el reconocimiento y ejecución de la resolución no ha de formular su pretensión en el Estado requerido mediante los expedientes tradicionales, sino que se dirige a la Autoridad central del Estado donde se encuentra y ésta, entre otras actividades, transmite por él la solicitud de reconocimiento a la Autoridad central del Estado donde se desea que la resolución produzca sus efectos.

También tiene cabida en esta modalidad de Convenios híbridos, pero sólo parcialmente, el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, en aquellos supuestos en que la acción ejercitada por el solicitante tenga por objeto el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales cubiertas en su ámbito de aplicación [*vid.*, art. 1b) y Cap. III].

Al analizar el conjunto de Convenios de CIA objeto de este trabajo, se comprobará que los Convenios híbridos no son los únicos textos de esta naturaleza en los que la CIA aparece íntimamente relacionada con el sector de la eficacia extraterritorial de las decisiones obtenidas en un Estado parte en otro Estado parte⁶⁷⁷. En efecto, en el funcionamiento de otros de estos textos, en ocasiones, podrá verificarse la relación técnica/fin en determinados supuestos de actuación convencional (*ad. ex.*, en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero cuando la Institución intermediaria recurra a la vía del reconocimiento), o también podrá contemplarse desde otra perspectiva (*ad. ex.*, en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, en los supuestos en que exista una resolución transgredida sobre la custodia del menor, puede sostenerse que mediante la CIA se obtiene en el Estado requerido una cierta eficacia extraterritorial de la decisión obtenida en otro Estado distinto⁶⁷⁸). Sin embargo, a pesar de esta caracterización común, que como se comprobará responde a unos mismos presupuestos teleológicos, la diferencia esencial que permite separar los Convenios híbridos del resto de Convenios de CIA en los que ésta puede operar como técnica o procedimiento al servicio del reconocimiento, se halla en que el único objetivo de los primeros radica en facilitar y lograr el reconocimiento y ejecución, mientras que en los segundos el objetivo convencional no se dirige única y directamente al reconocimiento (aunque, *ad. ex.*, el reconocimiento articulado a través de la CIA

⁶⁷⁷ Una aproximación general a la CIA en estos Convenios con relación al reconocimiento, en contraposición a la CIA clásica en materia procesal, puede verse, en nuestra doctrina, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, pp. 246-255.

⁶⁷⁸ Esta misma cierta eficacia extraterritorial de la resolución dictada en el Estado requirente sobre la custodia también concurre en el Convenio hispano-marroquí de 1997, en los supuestos en que se solicita el mecanismo de la devolución del menor en los casos de desplazamiento ilegal con infracción de una resolución. No obstante, se ha optado por incluir parcialmente el citado Convenio en el grupo de Convenios híbridos puesto que, junto con este mecanismo de devolución, se introducen otros destinados a favorecer *stricto sensu* la eficacia extraterritorial de las resoluciones.

pueda presentarse como técnica o procedimiento adecuado para lograr el objetivo convencional, como se verifica respecto al Convenio de Nueva York de 1956).

c) Convenios de CIA predominante

Se trata de aquellos Convenios de CIA en los que la CIA se va incorporando progresivamente de manera autónoma e independiente, prescindiendo de la regulación de los sectores clásicos del DIPr., ofreciéndose *a priori* como la única (o más importante) técnica elegida por los respectivos redactores de cada texto para lograr el respectivo objetivo convencional. En esta categoría de Convenios de CIA se encuentran, con distinta intensidad, el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional y, parcialmente, el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, en los supuestos en que se solicite la devolución inmediata del menor desplazado o retenido ilícitamente en uno de los Estados contratantes [art. 1 a) y Cap. II], o la organización o la protección del ejercicio de un derecho de visita [art. 1 c) y Cap. IV].

Si en los Convenios de conflicto de autoridades, la CIA aparece como un *plus* junto al resto de los sectores del DIPr., y en los Convenios híbridos aparece como técnica para facilitar sólo uno de ellos (la eficacia extraterritorial de decisiones), en estos Convenios, la CIA interviene en ocasiones sustituyendo a los expedientes clásicos (*ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1980 o, parcialmente, Convenio hispano-marroquí específico de 1997) o de manera predominante frente a ellos (Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional; Convenio que no regula directamente ni las cuestiones de competencia ni las relativas a la ley aplicable, aunque dedica íntegramente su Capítulo V al reconocimiento y efectos de las adopciones constituidas en el marco convencional).

Entre las tres modalidades de Convenios de CIA, sin duda, el grupo de los Convenios de CIA predominante es aquél donde el empleo de la CIA obliga más seriamente a reflexionar sobre el alcance de la CIA en el conjunto del DIPr., y en qué medida en la reglamentación convencional de la protección del menor se está

asistiendo a un proceso de desplazamiento de los expedientes clásicos de DIPr por la técnica de la CIA; desplazamiento que, junto a las desviaciones metodológicas que la reglamentación *in genere* experimenta, obliga a cuestionarse sobre si el DIPr. se encuentra o coloca de nuevo ante un proceso de crisis⁶⁷⁹. Antes de acercarse a esta delicada cuestión se impone realizar una breve reflexión sobre las posibles causas que pueden explicar o justificar la penetración de la CIA en la reglamentación convencional de la protección del menor en detrimento de los expedientes clásicos.

4. Causas de la penetración de la CIA

A) Consideraciones previas

El recurso a las técnicas de CIA en detrimento de las técnicas clásicas en materia de protección de menores, como ha sido avanzado, puede explicarse desde el punto de vista metodológico a partir de dos causas no excluyentes e interrelacionadas: de un lado, falta de compromiso entre los Estados parte en torno a las cuestiones clásicas de DIPr., debido a las divergencias existentes entre la reglamentación material y de DIPr. de los respectivos Estados con relación a determinadas instituciones y, de otro, la ineficacia o insuficiencia de los métodos clásicos para solucionar determinados problemas que afectan al menor en las situaciones internacionales. A estas dos causas que se refieren más bien a una cuestión metodológica, debe unirse una consideración de carácter material que justifica la presencia y preeminencia de la CIA en esta materia, esto es, la indispensable necesidad de establecer en determinadas situaciones internacionales que afectan al menor cauces de cooperación entre las autoridades de los distintos Estados relacionados con dicha situación para la satisfacción del interés superior del niño *in casu*.

⁶⁷⁹ Proceso de crisis entendido en su acepción tradicional, es decir, con relación a la regla de conflicto multilateral y abstracta en tanto modelo o paradigma científico de la doctrina que constituye el punto de partida de todo razonamiento posterior, puesto que, como es sabido, actualmente la cuestión no se plantea en estos términos, sino que la crisis del DIPr. se considera superada en un proceso de evolución, que parte del paradigma y que se abre a nuevas tendencias y métodos de reglamentación (*vid.*, recientemente, sobre el paradigma de la norma de conflicto multilateral, como presupuesto de su curso, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», pp. 27-66). La doctrina, no obstante, no ha dejado de cuestionarse ante estos Convenios de CIA predominante la cuestión de la crisis concebida, como se ha dicho, en términos tradicionales (*vid., ad. ex.*, con relación al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 51).

B) Las diferencias de reglamentación entre las soluciones materiales y de DIPr. de los Derechos estatales: especial referencia a la adopción internacional

El Derecho de familia, como es sabido, ha sido en general uno de los sectores del DIPr. en donde la unificación del DIPr. ha sido difícil, lenta y sinuosa, debido esencialmente a las grandes diferencias materiales existentes entre las legislaciones internas de los distintos Estados que responden a concepciones sociales y culturales muy arraigadas⁶⁸⁰. Actualmente, estas diferencias de fondo entre las legislaciones civiles que han dificultado tradicionalmente desde la óptica del DIPr. el éxito de la cooperación legislativa en este sector del Derecho, ha experimentado, como se vio *supra*, un proceso de atenuación en el círculo de Estados occidentales respecto a determinadas instituciones como el divorcio, gracias a un acercamiento progresivo de los modelos de instituciones que ha facilitado la unificación de ciertos ámbitos del DIPr. de familia⁶⁸¹. Sin embargo, no puede afirmarse lo mismo respecto a las instituciones que se engloban en el ámbito de la protección de menores, donde las diferencias no sólo no se han atenuado en el marco occidental, sino que se encuentran acentuadas en el contexto histórico actual del DIPr. de la familia, de coexistencia de sistemas jurídicos muy dispares, que son a su vez reflejo de las muy heterogéneas concepciones culturales existentes en el mundo. Si este fenómeno de disparidad y contradicción entre sistemas jurídicos puede observarse claramente respecto a instituciones como la prestación de alimentos o las relaciones paterno-filiales⁶⁸², sin duda, entre todas las instituciones que actualmente gravitan en torno a la protección de menores, la adopción internacional es el modelo de institución paradigmático cuya diferente reglamentación entre los Derechos estatales ha dificultado (o impedido) el éxito de la cooperación legislativa y la necesidad de acudir a la CIA.⁶⁸³

⁶⁸⁰ *Vid., ad. ex.*, J. D. González Campos, «Derecho de familia. El matrimonio», en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial...*, *cit.*, pp. 289-328, esp., pp. 290-291; A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 78.

⁶⁸¹ *Vid.*, Cap. introd., II. 1. C) d).

⁶⁸² *Vid.*, respecto a las relaciones paternofiliales, especialmente, P. Diago Diago, «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Mundialización y familia*, *cit.*, pp. 143-176.

⁶⁸³ Los estudios sobre la misma a través de los años continúan reteniendo esta dificultad intrínseca (*vid. ad. ex.*, G. Gambón Alix, «Conflictos de leyes en materia de adopción», *REDI*, 1958, pp. 511-540; R.

Efectivamente, si siempre existieron diferentes concepciones en torno a esta institución, reflejadas en su reglamentación por los Derechos internos que dificultaron la unificación de las normas de DIPr en este sector, nadie duda que actualmente la dimensión del problema es cuantitativa y cualitativamente distinta que hace medio siglo, puesto que como ya se ha puesto de relieve *supra*, una serie de factores han propiciado una cuasi alarmante expansión de la realización de adopciones internacionales en todo el mundo, en donde la casi totalidad de los países se ven involucrados, bien como países de origen o bien como países de recepción, y en donde intervienen Estados con concepciones culturales y jurídicas muy dispares sobre la familia en general y sobre la adopción en particular⁶⁸⁴. Junto a las progresivas reformas legislativas de la institución realizadas por los Estados en el ámbito interno que responden a la moderna concepción de la institución centrada en el interés del menor⁶⁸⁵, el aumento cuantitativo de la adopción internacional justifica sobradamente que gran número de Estados, aprovechando las reformas realizadas en el marco general de las codificaciones de DIPr. de las últimas décadas, hayan introducido en sus respectivos Ordenamientos jurídicos disposiciones específicas sobre la adopción internacional desde el punto de vista de la competencia judicial internacional,

de Nova, «Adoption in Comparative Private International Law», *R. des. C.*, 1961-III, pp. 75-158; E. Groffier, «La adoption internationale privé comparé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, pp. 603-655; D. Operti Badán, «L'adoption internationale», *R. des C.*, t. 180, 1983-II, pp. 299-411, esp., pp. 320-324; E. Jayme, «L'adozione internazionale. Tendenze e riforme», *Riv. dr. civ.*, 1984, pp. 546-558; E. Poisson Drocourt, «L'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 674-710; M. Milojevic, «L'adoption internationale», en R. Ganghofer (Dir.), *Le droit de la famille en Europe, cit.*, pp. 823-830; J. H. A. van Loon, «International-Co-operation...», *cit.*, pp. 261-300.

⁶⁸⁴ *Vid.*, Cap. introd., III. 3. C) a).

⁶⁸⁵ Desde los años 80, como es sabido, se han ido produciendo sucesivas reformas internas en materia de adopción en casi todos los países del mundo, destacándose a partir de los años 90 las reformas o disposiciones específicas en la materia promulgadas en los países de origen de menores con objeto de adaptar los respectivos Ordenamientos a la Convención de los Derechos del Niño de 1989, y prestar atención paralelamente a la problemática de las adopciones internacionales (las disposiciones materiales de todos los países a 1990, pueden verse en J. H. A. van Loon, «Rapport sur la adoption d'enfants originaires...», *cit.*, Annexe C, pp. 102-113; las nuevas normativas en los países de origen a 1995, en L. Di Capua, A. M. Libri, S. Verrechia, *L'adozione internazionale, normativa e prassi in Italia e nei paesi di provenienza dei minori*, 1995). Posteriormente, *ad. ex.*, en Polonia, Ley de reforma del Código de Familia y de Tutela en vigor desde el 26 de mayo de 1995; en Rusia, Decreto de la Federación Rusa de 15 de septiembre de 1995 sobre el procedimiento de puesta a disposición de menores de nacionalidad rusa para su adopción por ciudadanos ruso y extranjeros (*vid.*, comentario de ambas disposiciones con especial atención a las normas sobre adopción internacional, N. Bouza Vidal y A. Quiñones Escámez, «Crónica de Derecho internacional privado», *R.J.C.*, 1997, 1, pp. 175-183).

fundamentalmente, de la ley aplicable, y/o de la eficacia extraterritorial⁶⁸⁶. Junto a esta disparidad normativa interna y de DIPr sobre la adopción, no debe olvidarse que cuando ésta presenta elementos de internacionalidad suele además quedar sujeta en numerosos Estados a otra serie de disposiciones legales que afectan al DIPr. tales como leyes de extranjería⁶⁸⁷, normas sobre la nacionalidad⁶⁸⁸, o normas de carácter imperativo que reflejan la dimensión pública de la institución.⁶⁸⁹

No se pretende en este momento realizar un estudio sobre el Derecho comparado de la adopción en el mundo, pero sí poner de relieve ciertas

⁶⁸⁶ *Ad. ex.*, Alemania (arts. 22 y 23 de la Ley de DIPr. de 25 de julio de 1986); Suiza (arts. 75 a 78 de la Ley de DIPr. de 18 de diciembre de 1987); Turquía (art. 18 de la Ley de DIPr. y el Procedimiento Internacional). Estas pueden consultarse en J. A. Tomás Ortiz de la Torre, *Legislaciones nacionales de Derecho Internacional privado*, Madrid, 1995; también, Italia (arts. 38 a 41 de la Ley de Reforma del sistema italiano de DIPr. de 31 de mayo de 1995), Rusia (art. 165 del Código de Familia de 8 de diciembre de 1995- Sección VII-; *vid.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 148-150); Venezuela (art. 25 de la Ley de DIPr. de 6 de agosto de 1998, *vid.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 392-401); Túnez (art. 53 de la Ley de 27 de noviembre de 1998 por la que se promulga el Código de DIPr., *vid.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 382-391); Liechtenstein (art. 27 de la Ley de DIPr. de 19 de septiembre de 1996, *vid.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 859-868); Eslovenia (arts. 46 y 47 de la Ley de DIPr. y de Procedimiento de 30 de junio de 1999, *vid.*, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, pp. 829-850). España, como se ha visto con anterioridad, no termina de abordar frontalmente el problema, sino que se contenta con las sucesivas modificaciones del apdo. 5 del art. 9 de nuestro C.c de 1889, cuyo último eslabón, como ya se apuntó, ha sido la introducción de un 6º párrafo por la Ley 18/1999, de 18 de mayo de 1999. Otros países han promulgado leyes que modifican paralelamente el derecho material de la adopción e introducen nuevas normas de DIPr. para los supuestos de internacionalidad (*ad. ex.*, Ley griega 2447/1996 de 30 de diciembre de 1996 sobre la adopción, *vid.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 163-164).

⁶⁸⁷ La mayoría de los Estados, como es sabido, contemplan en sus leyes de extranjería los requisitos de entrada en su territorio de menores extranjeros con fines de adopción o que han sido adoptados en Estados extranjeros. Las diferencias obviamente son muy divergentes dependiendo de la política de extranjería de cada Estado, y también de factores como el país de procedencia del menor. Algunos Estados son conocidos por sus fuertes restricciones a la entrada y permanencia de menores extranjeros (*ad. ex.*, Estados Unidos), mientras que otros son mucho menos severos (*ad. ex.*, Francia).

⁶⁸⁸ Mientras que en las legislaciones nacionales no suele existir disposiciones que aborden la pérdida de la nacionalidad del Estado de origen como efecto de la adopción, la mayoría de los sistemas sí contemplan, de muy variadas formas, la adquisición de la nacionalidad del Estado de recepción como consecuencia de la adopción. En concreto, en España, uno de los talones de Aquiles solapados en el tratamiento de la adopción internacional en el Derecho autónomo continúa siendo su dependencia respecto a la regulación de la nacionalidad, más en concreto, respecto a la automática atribución de la nacionalidad a los menores adoptados por españoles *ex art. 19 C.c.*, y a la posibilidad de opción de los que estén bajo la patria potestad de españoles (*vid.*, en este sentido, S. Álvarez González, «Adopción internacional...», *cit.*, pp. 210-211).

⁶⁸⁹ Casi todos los países han promulgado en los últimos años disposiciones específicas tendentes a controlar las adopciones internacionales y evitar el tráfico de menores. Estas disposiciones presentan un distinto carácter entre los países de origen y los países de recepción. En los primeros, bien se exige que la adopción sea constituida exclusivamente en su territorio, o se subordina su constitución en el extranjero a la obtención de una autorización especial. En los países de recepción, en cambio, se procura ante todo controlar los organismos, agencias y personas que intervienen durante todo el proceso de adopción internacional. Obviamente, son las disposiciones dictadas en los países de origen las que van a afectar a las normas de DIPr. desde el punto de vista de la competencia.

contradicciones esenciales en la reglamentación de la institución por los distintos Ordenamientos jurídicos, tanto desde el punto de vista del Derecho material como desde el punto de vista del DIPr, que han dificultado el avance de la cooperación legislativa mediante reglas de DIPr. respecto a esta concreta institución y que han exigido acudir a la técnica de la cooperación internacional entre autoridades⁶⁹⁰.

Desde el punto de vista de la reglamentación interna de la institución, las diferencias entre las legislaciones civiles de todo el mundo son muy acusadas, vertebrándose de modo esencial sobre tres aspectos: admisión/inadmisión de la institución, distintas modalidades o tipos de adopción, y condiciones de fondo y de forma exigidas por los respectivos sistemas jurídicos para su constitución. La adopción, como es sabido, es una institución no admitida como regla general en los Derechos musulmanes⁶⁹¹, y entre el resto de los Ordenamientos jurídicos las concepciones sobre la misma son muy dispares, contraponiéndose dos tipos o modalidades: adopción plena *versus* adopción simple, menos plena o semiplena⁶⁹². La primera (única admitida, como es sabido, en nuestro sistema) se caracteriza por la ruptura completa e irrevocable de los vínculos jurídicos del m

enor con la familia de origen y la integración completa del adoptado en la familia adoptiva, como hijo biológico. En la segunda, adopción simple, no existe tal

⁶⁹⁰ *Vid.*, un estudio de derecho comparado, J. H. A. van Loon, «International-Co-operation...», *cit.*, pp. 261-300.

⁶⁹¹ Los países musulmanes mantienen en sus legislaciones internas la prohibición coránica de la institución de la adopción, salvo Túnez, país cuyo código de estatuto personal es uno de los más progresistas, y que introdujo la institución por Ley núm. 58-27, de 4 de marzo de 1958, pero con la limitación de sólo ser permitida a favor de adoptantes nacionales. No obstante, en estos países sí existe la institución de la *Kafala*, que no es adopción, puesto que no crea vínculo de filiación entre el niño y las personas a quién es confiado, sino una institución de acogimiento legal que tiene como finalidad otorgar protección física, sanitaria, social y educativa al menor. Sobre la *Kafala* y la adopción, *vid.*, en la doctrina española, A. Rodríguez Benot, «Adopción y *Kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales», *El Derecho internacional y las Relaciones Internacionales...*, *cit.*, pp. 195-206; *id.*, «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno cultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *Kafala*)», *RGD*, núm. 667, 2000, pp. 4418-4447. Sobre el derecho de familia, en general, en los Estados islámicos, *vid.*, *La leggi del diritto di famigli negli stati arabi del Nord-Africa*, a cura di R. Aluffi Beck-Peccoz, 1997.

⁶⁹² La tendencia en los últimos años en el mundo es la incorporación en los Ordenamientos internos de la adopción plena, ya que se considera que ésta responde mejor a los intereses del menor. No obstante, aquellos países que ya conocen la adopción simple no suelen suprimirla, sino que recogen las dos modalidades de adopción, atribuyendo en muchas ocasiones a la adopción plena un papel subsidiario respecto a la simple. Esta dirección es constatable fundamentalmente en Europa, América del Norte, América Latina y Australia, y puede también apreciarse, excepcionalmente, en algunos Estados asiáticos como Japón, Sri Lanka o Vietnam.

ruptura jurídica definitiva del menor con su familia de origen ni la consecuente integración completa del adoptado en la familia adoptiva y adquisición del *status filii*. Los efectos jurídicos de la adopción plena son comunes y uniformes en todos los sistemas jurídicos que la contemplan, sin embargo, no sucede igual respecto a la adopción simple, ya que ésta adolece de un contenido jurídico uniforme, se presenta de muy variadas formas y con muy distintos matices entre los muchos sistemas jurídicos que la recogen, y sus distintas formas de reglamentación dejan entrever las divergencias culturales existentes entre sistemas jurídicos. En efecto, la adopción simple o menos plena puede diferenciarse de la plena en uno u varios datos: a) Los vínculos jurídicos entre el hijo y la familia de origen no se rompen totalmente⁶⁹³; b) Cabe la posibilidad de revocación⁶⁹⁴ c) No se otorgan los mismos efectos que en la

⁶⁹³ Existen muchas figuras de adopción simple en la que el adoptado conserva todos los derechos y obligaciones con su familia natural, excepto, obviamente, la patria potestad que se priva de la misma a los padres biológicos y se le atribuye exclusivamente a los adoptantes (*ad. ex.*, México); en otras modalidades, sólo se conserva el deber recíproco de alimentos entre los padres biológicos y el menor; en otras, existentes en algunos Estados de Estados Unidos y Australia, parece que se está en presencia de adopciones plenas, pero el adoptado conserva los derechos sucesorios respecto a su familia de origen. La línea que separa a ambas figuras de adopción, como puede apreciarse no es siempre clara. Cuestión distinta es la excepción común a la mayoría de las adopciones plenas de dejar a salvo el impedimento de ligamen matrimonial entre el adoptado y los miembros de la familia biológica (excepción contemplada también en nuestro Ordenamiento, *vid.*, art. 178.3 Cc).

⁶⁹⁴ En el aspecto concreto de la revocación las divergencias entre sistemas jurídicos es enorme, girando los puntos de fricción sobre cuatro aspectos: 1º) Personas legitimadas: adoptante unilateralmente, persona que haya dado al niño en adopción en consenso con el adoptante, adoptado unilateralmente, o adoptado y adoptante de común acuerdo; 2º) Motivos: mientras que algunas adopciones sólo pueden ser revocadas en interés del menor, existen otras muchas que pueden ser revocadas fundándose *ad. ex.* en la ingratitud del hijo adoptivo (algunos Estados de México), o en el incumplimiento del adoptado varón de sus obligaciones de guardar respeto a los padres, protegerlos y mantenerlos física y económicamente (Nepal); 3º) Plazo: generalmente se distinguen entre las revocaciones que se pueden realizar durante la minoría de edad del adoptado (Según la Ley China de adopción de 1991, el adoptante y la persona que hubiera dado al niño en adopción podrán acordar dar por terminada la adopción durante la minoría de edad del adoptado), y las que pueden realizarse después de haber alcanzado la mayoría de edad (en Perú, el adoptado después de haber alcanzado la mayoría de edad puede solicitar judicialmente poner fin a la adopción); 4º) Necesaria intervención judicial o meramente consensual. La tendencia es hacia la preceptiva intervención judicial, pero subsisten muchas adopciones simples que pueden ser revocadas de mutuo acuerdo entre adoptado y adoptante (China, Estados de México, algunos Estados de Latinoamérica como la República Dominicana). Igualmente, existen muchas modalidades de adopción que cumplen con todos los requisitos de la adopción plena salvo la prohibición de revocación, aunque la regulación de la institución deja patente las contradicciones culturales entre sistemas jurídicos (*vid.*, respecto a los problemas planteados en la práctica española en el momento de reconocer en nuestro país adopciones constituidas en China y Nepal, que han obligado a la DGRN a flexibilizar su doctrina en consideración a la diversidad cultural, y, en definitiva, a la última modificación legislativa de la adopción internacional en nuestro sistema, entre otros, J. L. Iriarte Ángel, «Últimas tendencias en el Ordenamiento español», A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad...*, *cit.*, pp. 103-127.

adopción plena en cuanto al contenido de la filiación⁶⁹⁵. El casuismo de figuras de adopción en el mundo es muy amplio, cada una de ellas responde a una concepción cultural determinada, que se refleja igualmente en las condiciones de forma y de fondo exigidas por cada legislación para su constitución. Así, respecto a las condiciones de forma, suprimida casi en su totalidad la adopción contractual, la tendencia es hacia la necesaria constitución judicial, pero las diferencias todavía subsisten⁶⁹⁶. En cuanto a las condiciones de fondo, las divergencias también continúan siendo patentes tanto respecto a las condiciones exigidas a los adoptantes y a los adoptados (esencialmente, condiciones de edad, diferencias de edad entre ambos, y estado civil)⁶⁹⁷, como respecto a los consentimientos y consultas requeridos (padres adoptivos, menor, otros posibles familiares, entidades públicas etc.)⁶⁹⁸. Estas son las disensiones más acusadas

⁶⁹⁵ La adopción simple, en ocasiones, establece un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado, pero no con éste y la familia de aquél y, consecuentemente, los derechos sucesorios existen entre adoptante y adoptado, pero no entre éste y la familia de aquél. Con relación a la adquisición de los apellidos del adoptado por el menor, algunas adopciones simples prevén este efecto y otras no. También existen adopciones que cumplen todos los requisitos de la adopción plena pero exceptúan la adquisición de iguales derechos sucesorios por el adoptado respecto a cualquier otro biológico (muchos países del *Common Law*).

⁶⁹⁶ Efectivamente, la adopción consensual existente hasta hace pocos años en algunos Estados asiáticos ha quedado prácticamente suprimida, exigiéndose una posterior homologación judicial del acuerdo o un registro donde se lleva a cabo un control (*ad. ex.*, Japón). Algunas legislaciones nacionales prevén la constitución de la adopción por órganos administrativos (Tailandia, Rumania o Yugoslavia), y en otros muchos se exige un periodo probatorio antes de la constitución definitiva de la adopción (Estados Unidos, Reino Unido, varios países de Latinoamérica, Polonia etc.). En todo caso, la tendencia coincide con nuestro sistema, esto es, fase puramente administrativa en donde se comprueba, entre otras cuestiones, la idoneidad de los adoptantes, y fase estrictamente judicial, en donde se constituye la adopción (en nuestra legislación, con relación al procedimiento, *vid.*, arts. 1829 a 1832 de la LEC 1881 -el Libro III de la Ley de 1881 relativo a los procedimientos de jurisdicción voluntaria ha sido declarado en vigor por la nueva LEC 1/2000, salvo los arts. 1827 y 1880 a 1990, hasta la promulgación de futura Ley sobre jurisdicción voluntaria-).

⁶⁹⁷ Los requisitos son siempre más severos en las adopciones plenas que en las simples. Así, mientras que en las adopciones simples no suele existir límite de edad respecto al adoptado, permitiéndose también la adopción de mayores de edad, en los Ordenamientos jurídicos que admiten la adopción plena no se permite la adopción de adultos (salvo en Estados Unidos), y se fijan distintos límites de edad máximos. Respecto a la edad de los adoptantes, en las adopciones plenas suele estar fijado más bajo el límite de edad mínimo requerido frente al previsto en las adopción simples. Las diferencias de edad entre adoptante y adoptados suelen continuar existiendo, pero son apreciadas menos rigurosamente que las anteriores. En varios sistemas continúan existiendo restricciones a la capacidad de adoptar: *ad. ex.*, por un extranjero (África del Sur), por diferencia de religión (Israel, Líbano o Túnez). En cambio, en otros las posibilidades se van abriendo de modo más progresista, como es el caso de nuestro Derecho que permite en derecho común la adopción por uniones de hecho heterosexuales (*vid.*, disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987), e incluso en la Comunidad Autónoma de Navarra se prevé la adopción por uniones de hecho homosexuales (art. 8 de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables, *B.O.N.*, núm. 82, 7 de julio de 2000, pendiente de recurso de constitucionalidad).

⁶⁹⁸ Las regulaciones en el aspecto de los consentimientos también son muy dispares aunque llama la atención la posibilidad prevista en algunos sistemas de revocar el consentimiento antes de la

desde el punto de vista del Derecho material con relación a la institución y que plantearán los especiales problemas desde el punto de vista del DIPr., aunque obviamente las diferencias legislativas internas no se agotan en estos aspectos, sino que la particular percepción de cada Ordenamiento jurídico acerca de la adopción se proyectará también en la regulación de otras cuestiones, cuya divergencia también dificultará lograr una respuesta unificadora clásica⁶⁹⁹.

Toda esta problemática derivada de las diferentes concepciones sobre la adopción, su naturaleza y contenido, se refleja naturalmente en la respuesta de DIPr. de los distintos Estados en la reglamentación de la institución cuando ésta presenta elementos de extranjería. Las divergencias entre los sistemas jurídicos desde esta óptica se acentúan de manera progresiva a medida que aumenta el número de Estados que participan en el fenómeno de la adopción internacional, Estados con principios jurídicos y concepciones culturales muy dispares, que se sitúan claramente en la posición de Estados de origen o de Estados de recepción, y que dejan traslucir todos estos factores y sus concretas peculiaridades con relación a la institución en sus respectivas reglamentaciones autónomas. La labor de encontrar una solución unificadora de esta compleja situación privada internacional exclusivamente mediante los métodos clásicos que concilie las respectivas posturas a veces enfrentadas, y que

constitución definitiva de la adopción. Así, *ad. ex.*, en el sistema colombiano, los padres poseen un período de reconsideración desde su prestación de un mes, momento en el que convierte en definitivo (art. 94 del Código de menores de 1989).

⁶⁹⁹ *Ad. ex.*, otro aspecto muy puntilloso en la actual reglamentación de la adopción es el relativo a la confidencialidad de los datos personales relativos a la familia de origen del menor. Si bien tradicionalmente la confidencialidad y el secreto era el rasgo común en todas las legislaciones que recogían la adopción plena, desde hace algunos años se ha abierto una tendencia muy importante en los países de recepción (*ad. ex.*, Inglaterra) hacia la conveniencia, en determinadas circunstancias, del acceso del niño o de sus representantes a la información relativa a la familia biológica. En cambio, en otros países, el secreto sigue siendo la regla general, anulándose incluso la primera acta de nacimiento e inscribiéndose al menor como hijo legítimo de los adoptantes (casi todos los países de Latinoamérica y África del Sur). Puede verse, respecto a este aspecto, *ad. ex.*, H. Bribosia, «Transparence et secrets autor des adoptions internes et internationales», *Rev. int. dr. comp.*, 1993, pp. 795-816; en nuestra doctrina, una posición en contra, *vid.*, B. Donapetry Camacho, «El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes», *La Ley*, 1990, 4, pp. 996-1015; un estudio sobre la regulación y práctica actual en torno a esta cuestión, *vid.*, I. M. Artero Molino, «El derecho a saber de los hijos adoptivos (Contenido y límites)», *RGD*, vol. 681, 2001, pp. 4967-4989. Junto a este aspecto, otra cuestión que separa a las distintas regulaciones internas, y de gran trascendencia, como se verá más adelante, en el marco internacional, es el relativo a la posible intervención en el proceso de adopción de particulares como intermediarios (conocidas comúnmente como «adopciones independientes», y muy extendidas en las legislaciones estadounidenses), o sólo la mediación de organismos especializados acreditados oficialmente.

como principal objetivo garantice el interés del menor implicado y una cierta continuidad de su estatuto jurídico, se erige en un verdadero reto⁷⁰⁰.

En las últimas décadas se han confrontado claramente dos posiciones respecto a la reglamentación autónoma de esta figura desde la óptica del DIPr.: la aproximación jurisdiccional y la conflictual⁷⁰¹. La primera, en principio, propia de los países del *Common Law*, se inserta en la línea de la reglamentación internacional de protección del menor, conforme a la cual, el problema principal radica en la determinación de la autoridad competente para la constitución la adopción y no en la concreción de la ley aplicable, quedando ésta sometida como regla general a la *lex fori* (también pueden incluirse en esta aproximación judicialista Estados como Suiza, Italia, o nuestro país desde la reforma de 1987)⁷⁰². En cambio, para la aproximación conflictual, más cercana a los países de nuestro entorno, la determinación de la ley o leyes aplicables a los requisitos de la constitución y efectos de la adopción es la cuestión más relevante, aunque dicha concreción resulte extremadamente compleja por la pluralidad de elementos personales hipotéticamente intervinientes (en esta concepción se incluyen Estados como Francia, Alemania, la mayoría de países de Latinoamérica, Polonia, Rumania etc.).

Desde el punto de vista de la competencia de autoridades, como ya se adelantó, actualmente, existe una importante tensión entre las legislaciones de los países de origen, donde se observa una tendencia a controlar las adopciones de sus nacionales por ciudadanos extranjeros, fundamentalmente, reivindicando la competencia exclusiva de sus autoridades para la constitución de la adopción⁷⁰³, y aquéllas de los

⁷⁰⁰ *Vid., ad. ex.*, desde la perspectiva del Derecho francés, B. Sturlèse, «L'adoption des enfants étrangers: aspects relevant du droit international privé», en S. Mansour (Dir.), *L'adoption des enfants étranger*, Centre International de l'Enfance, París, 1993, pp. 33-41.

⁷⁰¹ *Vid.*, especialmente, R. de Nova, «Adoption in Comparative...», *cit.*, p. 75-158; también, J. H. A. van Loon, «International-Cooperation...», *cit.*, pp. 275-288.

⁷⁰² *Vid., ad. ex.*, N. Bouza Vidal, «La nueva Ley 21/1987...», *cit.*, pp. 913-922.

⁷⁰³ Esta reivindicación de la competencia exclusiva de las autoridades del Estado de origen del menor, que suele contenerse en normas de aplicación inmediata, es el mecanismo normal adoptado por los países de origen para controlar las adopciones de sus nacionales por extranjeros (fundamentalmente en Asia y Latinoamérica), aunque no es el único método. También hasta hace algunos años era muy frecuente la exigencia de obtener una autorización específica de un órgano gubernamental de salida del niño con fines de adopción (*ad. ex.*, Yugoslavia o Rusia), y actualmente la tendencia más extendida es la de someter a los padres adoptivos extranjeros a una serie de requisitos suplementarios en el Estado de origen antes de la constitución definitiva de la adopción (*ad. ex.*, en el caso de Polonia, también mediante una norma de aplicación inmediata, el art. 120 de la nueva Ley de 1996 exige la superación de

países de recepción, que continúan recogiendo el domicilio o residencia habitual de los adoptantes en el foro como criterio atributivo de competencia (bien de manera exclusiva como en el Reino Unido, o bien combinada con otros criterios como pueden ser el de la nacionalidad del adoptante y/o residencia habitual del menor y/o nacionalidad del menor⁷⁰⁴).

La determinación de la ley o leyes aplicables a los requisitos de la constitución de la adopción y a los efectos de la adopción tradicionalmente también ha separado a los Ordenamientos jurídicos, pudiendo observarse todo tipo de combinaciones. Para la aproximación jurisdiccional, obviamente, *a priori*, se parte de la aplicación de la *lex fori*, no distinguiendo entre ley aplicable a la constitución de la adopción y ley aplicable a los efectos. No obstante, en un segundo momento, el objetivo de evitar la constitución de adopciones claudicantes ha conducido a los países que siguen esta perspectiva a dar entrada progresivamente por distintos expedientes a la ley personal del menor cuando ésta no coincida con la *lex fori*, con relación a la capacidad y consentimientos necesarios para ser adoptado, alejándose de una aplicación mecánica de la *lex fori*⁷⁰⁵. En cambio, los países que mantienen la aproximación conflictual suelen distinguir entre la ley aplicable a la constitución de la adopción y la ley aplicable a los efectos de la adopción. La determinación de la ley o leyes aplicables a

un período de prueba por los futuros padres adoptivos en el domicilio del adoptado o en otro lugar de Polonia; en Indonesia, deben haber estado domiciliados y trabajando en el país durante un período mínimo de tres años).

⁷⁰⁴ Nuestra normativa interna *ex art. 22.3 LOPJ* es ejemplo de la conjunción de todos estos criterios (*Los Juzgados y Tribunales españoles son competentes...«para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o tenga residencia habitualmente es España»*). Como han destacado algunos autores, resulta criticable el excesivo volumen de competencia atribuido a nuestros órganos jurisdiccionales, aparte que dichos criterios no se adecúan al triunfo de la residencia habitual del menor que gobierna actualmente la reglamentación convencional e institucional de la protección del menor, desplazando al foro de la nacionalidad (*vid.*, en este sentido, *ad. ex.*, S. Álvarez González, «Adopción internacional...», *cit.*, p. 188).

⁷⁰⁵ Máximo ejemplo de este proceso de flexibilización con objeto de evitar adopciones claudicantes es nuestro art. 9.5 C.c., en el que la aplicación de la ley española a los requisitos de la adopción presenta dos relevantes excepciones. En primer lugar, en los supuestos en que el menor tenga la residencia habitual en el extranjero o que residiendo en España no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción. En este caso, procede una aplicación distributiva de la ley nacional del adoptado en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios para la constitución de la adopción y la ley española para el resto de los requisitos. En segundo lugar, en todos los supuestos, de manera facultativa a petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el juez podrá aplicar la ley nacional o la ley de la residencia habitual del adoptado y/o del adoptado en el aspecto concreto de los consentimientos acumulativamente a la ley española para la adopción en general y la ley nacional del adoptado al sector de la capacidad y consentimientos si se está en algunos de los supuestos anteriores (*vid.*, especialmente, N. Bouza Vidal, «La nueva Ley 2171987...», *cit.*, pp. 913-922).

los requisitos de la adopción en los supuestos en que las leyes personales de adoptantes y adoptado no coincidan ha sido una de las cuestiones más controvertidas en torno a la adopción internacional, no lográndose encontrar una respuesta realmente satisfactoria, aunque doctrinalmente pueden distinguirse dos opciones: sistema de la opción (aplicación exclusiva de una sola ley, bien del adoptante o del adoptado), y sistema del concurso (aplicación acumulativa o distributiva de ambas leyes)⁷⁰⁶. Actualmente, de *lege lata*, todos los sistemas jurídicos, preocupados por evitar la constitución de adopciones claudicantes, dan entrada únicamente al sistema del concurso, aunque la intervención de las respectivas leyes se articula de modo muy distinto, y pueden observarse, básicamente, cuatro opciones: a) Aplicación acumulativa de la ley personal del adoptado y de la ley personal del adoptante a los requisitos de fondo⁷⁰⁷; b) Aplicación distributiva de la ley personal del adoptado y de la ley personal del adoptante con relación a los requisitos de fondo⁷⁰⁸; c) Aplicación distributiva de la ley personal del adoptado exclusivamente en el aspecto relativo a los consentimientos necesarios para la constitución de la adopción, y aplicación de la ley personal del adoptante al resto de las condiciones⁷⁰⁹; d) Aplicación acumulativa de la ley personal del adoptado en el aspecto relativo a los consentimientos y ley personal del adoptante al resto de las condiciones⁷¹⁰. Junto a estas combinaciones también debe advertirse que en los supuestos en que la adopción se lleva a cabo por cónyuges cuya ley personal no coincida, las soluciones varían también de un sistema jurídico a otro,

⁷⁰⁶ *Vid.*, *amplius*, un repaso de las distintas opciones construidas por la doctrina y su evolución, P. Bourel, «Adoption. Conflits de lois», *J.-Cl. dr. int.*, 1995, 548-3, pp. 1-24; D. Operti Badan, «L'adoption internationale...», *cit.*, pp. 337-351.

⁷⁰⁷ *Ad. ex.*, Eslovenia (art. 46.2 de la Ley de DIPr. de 30 de junio de 1999), Grecia (art. 23 del C.c griego modificado por la ley 2447/1997) o Rumania (art. 30 de la Ley de DIPr. de 22 de septiembre de 1992), someten las condiciones de fondo para la validez de la constitución de la adopción a la ley nacional del adoptante y a la ley nacional del adoptado acumulativamente (es decir, adoptante y adoptado deben cumplir las condiciones de fondo exigidas por ambas leyes).

⁷⁰⁸ En estos supuestos cada una de las partes debe superar exclusivamente los requisitos exigidos en su ley personal para constituir la adopción en su condición de adoptante o de adoptado. Un ejemplo se encuentra en el art. 25 de la Ley venezolana de DIPr. de 6 de agosto de 1998, conforme al cual: «*El adoptante y el adoptado estarán sujetos al derecho de su domicilio respectivo en todo lo concerniente a las condiciones de fondo requeridas para la validez de la adopción*». Puede verse también este modelo *ad. ex.*, en el art. 53.1 del Código tunecino de DIPr. de 27 de noviembre de 1998.

⁷⁰⁹ *Ad. ex.*, Liechtenstein (art. 27.1 de la Ley de 19 de septiembre de 1996); Austria (art. 26.1 de la Ley de DIPr.), y también la tendencia seguida en Francia en las últimas reformas legislativas (*vid.* la situación actual a propósito de la nueva ley de 6 de febrero de 2001, H. Muir Watt, «La loi nationale de l'enfant comme métaphore...», *cit.*, pp. 995-1031).

⁷¹⁰ *Ad. ex.*, Alemania (arts. 22 y 23 de la Ley de DIPr. de 25 de julio de 1986).

ya que en algunos la adopción queda además sujeta a una tercera ley personal⁷¹¹, en otros la ley personal del adoptante es sustituida por la ley de la residencia habitual de los cónyuges⁷¹² y, en otros, por la ley que regula los efectos del matrimonio⁷¹³. Las soluciones en presencia como puede advertirse son muy divergentes de un sistema jurídico a otro, aunque puede observarse una tendencia común a aplicar *in genere* la ley personal del adoptante y, al igual que en los países de corte judicialista, a hacer intervenir sola o acumulativamente la ley personal del adoptado con relación al concreto sector de los consentimientos necesarios para la adopción.

No ocurre igual con la ley o leyes aplicables a los efectos de la adopción, cuya muy diversa reglamentación, dada la estrecha conexión de esta cuestión con la relativa al reconocimiento y eficacia de las adopciones constituidas en el extranjero, impide encontrar una solución unificadora acudiendo exclusivamente al método conflictual. Como prueba de esta dificultad insalvable debe destacarse que los negociadores del Convenio de La Haya de 1965 fueron incapaces de encontrar una respuesta conciliadora en este aspecto, y aprobaron un texto que no contiene norma de conflicto alguna aplicable a los efectos de la adopción⁷¹⁴, y que después de 30 años los sistemas

⁷¹¹ *Ad. ex.*, Grecia, (art. 23), Liechtenstein (art. 26), Eslovenia (art. 46.3), y probablemente en todos aquellos que no aludan expresamente a la cuestión.

⁷¹² *Ad. ex.*, Italia (art. 38.1 de la Ley DIPr. de 31 de mayo de 1995).

⁷¹³ *Ad. ex.*, Alemania (art. 22 *in fine*).

⁷¹⁴ Efectivamente, al no poder llegarse a un consenso, el texto delega esta cuestión a las respectivas normas de DIPr. de cada uno de los Estados partes. Básicamente, las posturas sostenidas pueden resumirse en tres: a) Aplicación de la ley de la autoridad que haya constituido la constitución. Según una variante de esta proposición, esta ley se aplicaría en todos los supuestos, y según otra en los supuestos en que el adoptante fuera sólo una persona o dos cónyuges de nacionalidad común se aplicaría la ley nacional del adoptante o de los adoptantes en el momento de la adopción. Otra proposición dentro de este primer grupo defendía una escisión entre dos categorías de efectos. De un lado, aplicación de la ley de la autoridad que haya constituido la adopción (o la ley nacional del menor) para las relaciones entre el menor y su familia de origen y, de otro, las relaciones entre el adoptado y el adoptante se regirían bien por la ley designada por las normas de conflicto del país donde se planteara una cuestión relativa a un efecto concreto, o bien la regla que se aplicaría si el menor fuera un hijo por naturaleza; b) Una segunda opción partía del principio de aplicar a los efectos de la adopción las normas de conflicto del foro específicas de cada cuestión (responsabilidad parental, obligaciones de alimentos...). Dentro de esta opción algunos Estados defendían dejar excluidas las cuestiones sobre nacionalidad y sucesiones; otros sostenían en vez de aplicar la *lex fori*, aplicar la ley personal del adoptante; y una tercera postura mantenía aplicar las reglas de conflicto del foro en materia de filiación legítima; c) Aplicación de las reglas de conflicto del foro en materia de filiación dejando abierta la posibilidad de reservar (*vid.*, un repaso sobre las distintas opciones, R. Maul, «Rapport explicatif», *Actes et documents de la dixième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1965, pp. 409-431, esp., pp. 413-414).

autónomos de DIPr. continúan siendo divergentes en este aspecto concreto⁷¹⁵. Parece cierto, como hace algunos años exponía A. von Overbeck con relación a este aspecto, que resulta imposible evitar adopciones claudicantes si se opta por una aplicación distributiva o acumulativa de varias leyes en presencia a los efectos de la adopción, incluso si las relaciones entre adoptado y adoptantes se rigen por la ley personal de los adoptantes y las relaciones entre adoptado y su familia de origen por la ley personal del menor, puesto que en ciertos casos ellas pueden ser diametralmente opuestas.⁷¹⁶ La aplicación de una sola ley (que incluya las dos vertientes) garantiza, al menos, que el menor posea sólo un estatuto jurídico, no estando vinculado simultáneamente a dos familias conforme a dos legislaciones diferentes. Pero, continúa este autor, si esta ley conoce de una adopción menos plena, la posibilidad que la adopción sea claudicante en otro Estado subsiste, y si por el contrario ésta prevé la adopción plena y la ley personal de los padres adoptivos prevé la menos plena, esta ley no garantizará adecuadamente los derechos de los padres naturales, con lo cual, en conclusión, sólo en los casos en que las leyes personales de ambas partes conozcan de la adopción plena, el problema de la ley aplicable a los efectos de la adopción podrá resolverse exclusivamente mediante el método conflictual⁷¹⁷.

⁷¹⁵ En los sistemas que siguen la aproximación jurisdiccional, como se ha dicho, la tendencia es sujetar los efectos de la adopción en su conjunto a la *lex fori* (dejando a salvo los efectos sucesorios que suelen quedar sujetos a la ley aplicable a la sucesión del causante). En los sistemas más cercanos a la aproximación conflictual, dejando a un lado aquéllos que no regulan la cuestión, pueden distinguirse esencialmente dos opciones: a) Quedan sujetos a la ley personal del adoptante (que en general, como se ha visto, coincide con la ley que regula *in genere* la constitución de la adopción, y su aplicación se justifica en la idea que la adopción procura ante todo la integración del adoptado en la familia adoptiva. Es la opción seguida *ad ex.*, por Turquía (art. 18.2); Austria (quedan regidos por el estatuto personal del padre adoptivo, en caso de adopción por esposos, por el derecho aplicable a los efectos personales del matrimonio, y tras la muerte de uno de los esposos, por el estatuto personal del otro *ex art.* 26.2); Liechtenstein (los efectos de la adopción se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del padre adoptivo, si se trata de adopción por esposos, por la ley aplicable a los efectos del matrimonio, y después de la muerte de uno de ellos, por la ley de la residencia habitual del otro *ex art.* 27.2); Túnez (ley nacional del adoptante, y si los adoptantes poseen distinta nacionalidad por la ley de su domicilio común *ex art.* 53); b) Los efectos de la adopción quedan sujetos al Derecho que rige los efectos de la filiación por naturaleza. Esta opción se justifica por la idea de la plena equiparación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza y es defendida en todos aquellos países que conocen la adopción plena (*ad. ex.*, nuestro país después de la reforma por la Ley 21/1987, los efectos de la adopción son sustraídos del art. 9.5 C.c. y pasan a incluirse en el ámbito del art. 9. 4 C.c., quedando sujetos a una sola ley: la ley nacional del menor).

⁷¹⁶ *Vid.*, también en el mismo sentido, E. Groffier, «L'adoption...», *cit.*, p. 617.

⁷¹⁷ *Vid.*, A. E. von Overbeck, «Les règles de droit international privé matériel», *De Conflictum Legum, Mélanges R.D. Kollwijn J. Offerhans*, Leiden, 1962, pp. 362-379; esp., pp. 375-378.

Íntimamente relacionado con la respuesta a la ley aplicable a los efectos de la adopción, las aproximaciones de los diferentes sistemas jurídicos desde el punto de vista de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras sobre adopción son también caracterizadas por la falta de uniformidad⁷¹⁸. El problema principal en este ámbito se plantea, como es sabido, en los supuestos de adopciones constituidas en el extranjero por adoptantes nacionales o residentes en el país en el que se solicita el reconocimiento. En estos casos, todos los sistemas autónomos coinciden en que la adopción extranjera no podrá ser reconocida si es contraria al orden público del foro, pero aparte de este dato común, la falta de uniformidad respecto a los requisitos que debe reunir la resolución extranjera para desplegar eficacia en el foro es la nota común, y la eficacia que producirá en el foro una adopción extranjera que reúna todos los requisitos exigidos, pero que no responda a la concepción de la adopción existente en el foro, la cuestión que impide el avance en la unificación de respuestas mediante los métodos tradicionales⁷¹⁹. Respecto a las concretas condiciones exigidas por cada Ordenamiento jurídico para que la decisión de adopción produzca efectos en el foro, frente a sistemas liberales como el de Estados Unidos, y en general los países del *Common Law*, *ad. ex.*, Australia o Canadá, los sistemas continentales se han caracterizado tradicionalmente por ser mucho más restrictivos en este aspecto, si bien, actualmente puede observarse una tendencia a controlar sólo la competencia del juez de origen y suprimir el control de la ley aplicada por la autoridad de origen⁷²⁰. Frente

⁷¹⁸ *Vid.*, más ampliamente sobre este aspecto, J. H. A. van Loon, «International-Co-operation...», *cit.*, pp. 283-288.

⁷¹⁹ Prueba de ello es, una vez más, el Convenio de La Haya sobre adopción de 1965, que consagra el reconocimiento de pleno derecho de las adopciones constituidas por autoridad competente según las reglas del Convenio en todos los Estados contratantes (art. 8), pero no aborda por falta del consenso el problema de la eficacia de una adopción constituida en el extranjero que no se asimila en el Estado en que se solicita el reconocimiento a la modalidad de adopción conocida en éste (*vid.*, R. Maul, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 412-413).

⁷²⁰ Ejemplo de rigurosidad y contrario a la tendencia actual es, como es sabido, nuestro régimen autónomo, contenido muy confusamente, de manera esencial, en los párrafos 4º, 5º y 6º del art. 9. 5 Cc, y que supedita el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero a los siguientes requisitos: a) Control de la competencia de la autoridad extranjera, llevado a cabo mediante la bilateralización del art. 22.3 LOPJ; b) Control de la ley aplicada por la autoridad de origen: ya que la ley del adoptado debe regir en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios; c) Regularidad formal del documento extranjero en el que consta la adopción, conforme a los requisitos previstos en el art. 323; d) Equivalencia de efectos de la adopción constituida en el extranjero con los previstos en la legislación española; e) *Plus* de requisitos exigidos en los supuestos en que el adoptante o adoptado son españoles: en estos casos la legislación española extrema el control de la adopción exigiendo para la adopción de un español, el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptado; y si el adoptante es español y tiene su residencia habitual en España al tiempo de la adopción,

a esta corriente general a establecer un régimen liberal de reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de adopción (en coherencia con el resurgimiento del sector de la validez extraterritorial de decisiones en materia de protección de menores), y que puede conducir a una unificación real en torno a este aspecto, el problema de los efectos en el foro de las adopciones extranjeras no concordantes con la adopción interna parece impedir dicho progreso. Las opciones doctrinales y de Derecho positivo en torno a esta cuestión difieren en gran medida, el legislador nacional no suele afrontar directamente el problema, y el casuismo de supuestos que pueden plantearse dificulta alcanzar una unificación de las normas de DIPr. en este aspecto. Será muy distinto obviamente la respuesta en aquellos sistemas que sólo conocen la adopción plena y la adopción cuyo reconocimiento se desea obtener en el foro sea una adopción simple, del supuesto en que se haya constituido una adopción plena en el extranjero y el Estado donde se solicita su reconocimiento conozca sólo la adopción simple o conozca ambas figuras. También deberá separarse claramente estos supuestos de aquellos otros en los que se pretende el reconocimiento en el foro como adopción (simple o plena) de una institución extranjera que realmente no es adopción (*ad. ex.*, *Kafala*). Algunas opciones de *lege lata* y de *lege ferenda* se inclinan por asimilar siempre, en interés del menor, la adopción constituida al amparo de un Ordenamiento extranjero a la figura de adopción más amplia conocida en el foro (mediante un procedimiento de conversión)⁷²¹; otros por rechazar la eficacia de cualquier figura no concordante en sus efectos con la prevista en el foro y la exigencia de constituir *ex novo* la adopción en el foro⁷²²; otros por recurrir a la adaptación y dar eficacia en el foro mediante la teoría de la equivalencia de las instituciones a figuras jurídicas creadas al amparo de un Ordenamiento jurídico extranjero no concordantes con su institución de la adopción, adaptando la figura extranjera a otra institución protectora del menor existente en su Derecho interno⁷²³.

correspondiente declaración de idoneidad por la entidad pública correspondiente; f) Ausencia de contrariedad con el orden público español (*vid.*, entre muchos, C. Espulgues Mota, «El nuevo régimen jurídico...», *cit.*, pp. 58-70).

⁷²¹ *Vid.*, R. Maul, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 412-413.

⁷²² Ha sido la práctica seguida *ad. ex.* en Alemania, y defendida por un sector de la doctrina (*vid.*, sobre ésta, E. Groffier, «L'adoption...», *cit.*, p. 649).

⁷²³ La cuestión de la eficacia en España de adopciones constituidas en el extranjero por nacionales españoles que no son equivalentes a la adopción plena conocida en nuestro Ordenamiento jurídico ha

En conclusión, de este breve repaso sobre las normas de Derecho material y las normas de DIPr. de los diferentes Estados en materia de adopción puede concluirse que desde una perspectiva internacional privatista en el momento presente parece imposible alcanzar un consenso en materia de competencia entre los Estados de origen y los Estados de recepción; en materia de derecho aplicable a los requisitos de la adopción, el único nexo común entre todos los sistemas jurídicos es que, en todo caso, debe observarse la ley personal del adoptado con relación al sector de los consentimientos para evitar adopciones claudicantes, y el resto de las soluciones se caracterizan por su multiplicidad y la imposibilidad de llegar a un consenso. Finalmente, desde el punto de vista de la eficacia extraterritorial de decisiones, si bien existe la tendencia a liberar el régimen de condiciones exigido a la resolución extranjera para ser reconocida en el foro, la diversidad de figuras de adopción admitidas en los Derechos internos se erige en el auténtico «talón de Aquiles» de la reglamentación convencional de la adopción internacional por los métodos clásicos, ya que esta pluralidad de modalidades hace inviable, como se ha visto, encontrar mediante el método conflictual una solución que resuelva satisfactoriamente la cuestión de la eficacia en el foro de adopciones constituidas al amparo de un Ordenamiento jurídico extranjero cuyos efectos no concuerdan con la adopción prevista en la respectiva legislación interna. Hasta el momento, como se comprobará a continuación, los esfuerzos unificadores en la materia mediante las técnicas clásicas no han logrado ningún avance, la doctrina ya había denunciado hace años la imposibilidad de ofrecer un tratamiento unificador de la institución mediante el método conflictual, y la conveniencia de acudir a normas materiales especiales *stricto sensu* para la reglamentación de los efectos de la adopción, así como a normas

sido y continúa siendo, como es sabido, continuo origen de debate entre nuestra doctrina, donde pueden encontrarse estas tres posturas citadas dependiendo de los distintos supuestos y del grado de flexibilidad sostenido por cada autor. Por su parte, la DGRN, como también es sabido, ha seguido en líneas generales una postura restrictiva, llegándose a hablar de un «integrismo» en las adopciones internacionales, aunque en los últimos años pueda observarse una cierta flexibilidad en la aplicación del sistema, que ha sido consagrada con la última reforma legislativa por la Ley 18/1999 [*vid., infra*, Cap. IV, IV. 4. B) b)].

materiales que organicen un sistema de cooperación internacional entre las autoridades de origen y de recepción⁷²⁴.

Todas estas razones justifican que el Convenio de La Haya 1993 haya optado intencionadamente por prescindir de las principales técnicas clásicas de DIPr., y acuda básica (aunque no exclusivamente) a la cooperación internacional entre autoridades, con objeto, no de responder a todas las cuestiones de DIPr., pero si, al menos, de resolver algunas contradicciones insalvables entre Ordenamientos jurídicos y, sobre todo, garantizar el interés superior del menor en cada concreto proceso de adopción internacional, procurando asegurar, como una manifestación más de dicho interés, la coherencia internacional de su estatuto. Deberá, sin embargo, comprobarse cual ha sido realmente el resultado de esta opción metodológica con relación a los objetivos planteados y si la nueva solución convencional puede considerarse un avance respecto a los anteriores resultados.

C) Insuficiencia e ineficacia de los métodos clásicos

a) Consideraciones previas

El abandono de las técnicas clásicas a favor de la CIA se justifica en gran medida por la insuficiencia y, en ocasiones, ineficacia, que han puesto de relieve los métodos clásicos para afrontar determinadas situaciones privadas internacionales relacionadas con el menor. En ocasiones, dicho fracaso tiene su origen inmediato en las enormes divergencias existentes entre los derechos materiales de los distintos sistemas jurídicos en torno a la reglamentación de determinadas instituciones y la imposibilidad de llegar a un compromiso satisfactorio en términos tradicionales de DIPr. El ejemplo modélico de este fenómeno es, como acaba de verse, la adopción internacional, y prueba de ello es que los instrumentos convencionales de DIPr. que han perseguido la cooperación legislativa respecto a esta institución, hasta el momento, se han mostrado ineficaces para afrontar el problema satisfactoriamente,

⁷²⁴ *Vid.*, entre otros, E. Groffier, «L'adoption internationale...», *cit.*, pp. 654-655; A. E. von Overbeck, «Les règles de droit international privé matériel...», *cit.*, pp. 377-378. Esta fue también la dirección del citado Proyecto elaborado en Leysin en 1960 y que inspiraría los trabajos del Convenio de La Haya de 1965 (*vid.*, R. Maul, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 409-410).

abandonándose dicha perspectiva a favor de normas materiales que regulan un marco permanente de cooperación internacional entre autoridades. En otras ocasiones, como ocurre con el problema de la sustracción internacional de menores, las diferencias materiales entre los distintos sistemas jurídicos con relación al derecho de custodia dificultan también el avance de la unificación en términos clásicos, especialmente, por el riesgo intrínseco de nacionalismo que lleva aparejada la noción del interés del menor incorporada en todas las legislaciones internas⁷²⁵, aunque son las particularidades sociológicas, jurídicas, y culturales del problema las que convierten en ineficaces a las técnicas clásicas de DIPr. y elevan a la CIA como la única vía metodológica capaz de afrontar esta cuestión satisfactoriamente. En otras ocasiones, como ocurre con la reglamentación internacional de la obligación de alimentos, no puede prescindirse obviamente de la respuesta tradicional, pero ésta por sí sola se revela claramente insuficiente y se hace necesario acudir conjuntamente a la CIA para alcanzar una respuesta global capaz de satisfacer de manera eficaz las necesidades del acreedor alimenticio.

b) Fracaso del Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción internacional

Hasta el momento, como se ha visto, son dos los Convenios internacionales que se han preocupado por regular directamente el problema de la adopción internacional articulando su respuesta básicamente en términos tradicionales de DIPr.: La Convención de La Haya de 15 de noviembre de 1965 y la Convención Interamericana de 24 de mayo de 1984. La Convención interamericana, como se dijo, queda fuera de este estudio, aunque resulta conveniente apuntar que también ha recibido una aceptación bastante limitada, ya que actualmente sólo vincula a Belice, Colombia, México y Brasil, a pesar que *a priori* sus planteamientos (sólo incluir en su ámbito de aplicación las adopciones plenas), y sus respuestas (fundamentalmente, introducción de algunas normas materiales esenciales como son la irrevocabilidad de la adopción o

⁷²⁵ *Vid.*, P. Reymond, «Convention de La Haye et Convention de Strasbourg...», *cit.*, p. 330.

el efecto de la ruptura de los vínculos del menor con su familia de origen) hacían esperar unos resultados más optimistas⁷²⁶.

El Convenio de La Haya de 1965 puede considerarse actualmente como uno de los fracasos convencionales de la Conferencia, puesto que ha logrado vincular exclusivamente a tres países (Suiza, Austria y Reino Unido), y desde su entrada en vigor el 23 de octubre de 1978 no ha recibido firma ni ratificación alguna⁷²⁷. ¿Cuáles son las causas que pueden explicar este resultado?

En principio, dado el problema de las enormes divergencias entre los Derechos estatales podría pensarse que técnicamente las respuestas ofrecidas por el texto desde el punto de vista de la competencia, del derecho aplicable y del reconocimiento, no lograron alcanzar un consenso suficiente para que gran número de países se adhiriera al mismo, o bien, que teniendo presente el valor material que el Convenio prioritariamente debía salvaguardar, no lograba incorporar adecuadamente el interés del menor en el proceso de adopción internacional. Respecto a lo primero, desde el punto de vista de la competencia judicial internacional para constituir la adopción, se recoge la tendencia ya analizada en los países de recepción, pero en clave de compromiso entre los criterios de la nacionalidad y de la residencia habitual, es decir, se incorpora el foro de la residencia habitual de los adoptantes y, alternativamente, el foro de la nacionalidad de los adoptantes (art. 3). Estas reglas de competencia no son, sin embargo, exclusivas, de manera que se reconoce la posibilidad que otras autoridades distintas a las mencionadas puedan pronunciar la adopción (*ad. ex.*, algunas de las vinculadas con el menor), aunque en este caso, la adopción no se beneficiará del sistema favorable de reconocimiento previsto en el Convenio [art. 2. c)]⁷²⁸. Desde el punto de vista de la ley aplicable, el Convenio adopta la perspectiva jurisdiccional seguida, en general, en materia de protección de menores y, en particular, respecto a la concreta institución de la adopción, por gran número de países

⁷²⁶ *Vid.*, en este sentido, E. Poisson-Drocourt, «Convention interaméricane...», *cit.*, pp. 640-643.

⁷²⁷ *Vid.*, en el mismo sentido, A. Bucher, «L'avant-projet d' une Convention...», *cit.*, p. 154; A. Borrás, «La regulación de la adopción...», *cit.*, p. 10. Sin embargo, ello no implica desconocer que sus soluciones han influido de modo considerable en los Derechos autónomos de muchos Estados europeos que no han ratificado el Convenio.

⁷²⁸ *Vid.*, sobre este aspecto, desde la perspectiva de un Convenio de reconocimiento, Y. Loussouarn, «La X^a Session...», *cit.*, p. 7.

(art. 4.1). Esta regla general de aplicación por la autoridad competente de su ley interna a las condiciones de la adopción, presenta, no obstante, dos excepciones: de un lado, la opción realizada a favor de la ley nacional de los adoptantes con relación a la capacidad de adoptar (arts. 4.2 y 13) y, en cualquier caso, al igual que coinciden la aproximación jurisdiccional y la conflictual, el desplazamiento de la *lex fori* por la obligada aplicación de la ley nacional del menor con relación al concreto sector de los consentimientos (art. 5.1). Finalmente, respecto al reconocimiento, las reglas convencionales significan un gran avance, consagrando un sistema liberal de reconocimiento de pleno derecho, suprimiendo cualquier revisión sobre el fondo del asunto, y limitando exclusivamente el control a la competencia de la autoridad del Estado de origen (art.8).

Como se deduce de esta breve exposición, estas reglas parecían estar llamadas a incorporarse con facilidad en los Ordenamientos jurídicos de los Estados participantes en el Convenio, recogiendo en clave de consenso las tendencias existentes en los mismos. Desde el punto de vista material, también debe destacarse, con independencia de volver sobre este aspecto más adelante, que el Convenio de La Haya de 1965, pioneramente, es el primero de los textos concluidos en el seno de la Conferencia que incorpora el «interés del menor» en una norma material independientemente de la ley que pudiera ser aplicada y de las autoridades competentes según las restantes reglas convencionales, de modo que la adopción sólo se constituirá si responde al interés del menor (art. 6)⁷²⁹. Vistas someramente estas soluciones del Convenio, que parecen «adecuadas» a los sistemas de los Estados participantes, que parecen salvaguardar de manera «satisfactoria» el interés del menor, y que parecen avanzar pues en el camino de la unificación, cabe preguntarse dónde radican realmente las causas que justifican su limitada aceptación.

Aparte de algunas consideraciones que podrían ser realizadas sobre el mismo llamadas a reducir su eficacia unificadora, tales como su ámbito de aplicación extremadamente limitado⁷³⁰, su carácter no exclusivo⁷³¹, o la enorme posibilidad de

⁷²⁹ *Vid., infra*, Cap. IV, III. 1. B) b).

⁷³⁰ Efectivamente, el ámbito de aplicación del Convenio resulta considerablemente restringido, si se tiene en cuenta que exige la nacionalidad y la residencia habitual tanto de los adoptantes como del adoptado en un Estado contratante (art. 1.1).

reservar que deja abierta, el «talón de Aquiles» del Convenio de 1965 radica, a mi juicio, en dos datos, uno de ellos puede decirse, de carácter intrínseco al método empleado y, otro, más bien de naturaleza extrínseca al mismo.

El primero de estos grandes puntos débiles del Convenio deviene, en efecto, del carácter incompleto de sus normas, dada la laguna que deja abierta al no regular la ley aplicable a los efectos de la adopción y el problema de la eficacia en el foro de adopciones no coincidentes con las previstas en la respectiva legislación interna⁷³². Con este vacío, el Convenio ignora, como se ha visto, el principal de los problemas que rodea a la reglamentación de la adopción internacional, derivado de las diferentes concepciones existentes entre los Estados sobre la misma⁷³³, y que conduce a la frecuente constitución de adopciones claudicantes, totalmente contrarias al interés del menor. Esta laguna que hace fracasar el objetivo convencional de proteger al menor, y que sólo es explicable, como se apuntó, por la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre los Estados participantes sobre este aspecto, podría haberse evitado si los negociadores hubieran optado por seguir la línea menos ambiciosa de la que se partió en la elaboración del Anteproyecto del Convenio⁷³⁴ que, como se adelantó, no iba destinada a la unificación de las normas de DIPr. en torno a las cuestiones clásicas, sino que defendía básicamente en el aspecto relativo a la unificación, incluir una serie de normas materiales especiales que unificasen los Derechos materiales de los Estados en ciertos aspectos relativos a los efectos que una adopción constituida al amparo de un Ordenamiento jurídico extranjero, desplegaría en el resto de los Estados, y sobre los que sí existía la unanimidad perseguida, aspectos esenciales tales como son la asimilación del hijo adoptivo al hijo legítimo y la ruptura de los vínculos del menor con su familia de origen. Esta opción, como se ha dicho, sería mucho menos pretenciosa técnicamente, puesto que no conduciría a una unificación global de los sistemas de DIPr. de los futuros Estados parte, pero sí unificaría los aspectos nucleares

⁷³¹ El Convenio, como se ha visto, deja abierta *ad. ex.*, la posibilidad que la adopción se constituya por autoridades distintas de las que resultan de las reglas de competencia previstas en el mismo.

⁷³² *Vid.*, una crítica en el mismo sentido, *ad. ex.*, Y. Loussouarn, «La X^a Session...», *cit.*, p. 11; J. H. A. van Loon, «International-Cooperation...», *cit.*, pp. 306-307.

⁷³³ Problema que se presenta en el Convenio en toda su extensión, ya que ni siquiera se define que tipo de adopción se incluye en su ámbito, con lo cual puede interpretarse que cualquier modalidad de adopción, simple o plena, queda cubierta por el mismo.

⁷³⁴ *Vid.*, «Esquisse de Convention sur l'adoption internationale d'enfants», *Actes et documents de la Dixième session...*, *cit.*, pp. 22-29.

en torno a la adopción internacional, y lograría garantizar que el menor gozara de un *status* jurídico *minimus* uniforme en todos los Estados miembros; resultado que, como se ha visto, no ha logrado alcanzar el Convenio de 1965 al rechazar el proyecto inicial a favor de un Convenio de corte esencialmente clásico.

La segunda causa que justifica el escaso éxito del Convenio se encuentra, en cambio, en los planteamientos de los negociadores del Convenio y en los cambios sociológicos y jurídicos que, como se ha visto *supra*, han transformado la adopción internacional en el mundo a partir de los años 60⁷³⁵. El Convenio de 1965 se plantea como un Convenio destinado exclusivamente a reglamentar las adopciones internacionales entre Estados europeos (y, excepcionalmente, teniendo en cuenta las adopciones de menores europeos después de la Segunda Guerra Mundial por familias de Estados Unidos) y, por tanto, se trata de un Convenio elaborado básicamente entre familias culturales y jurídicas cercanas. Frente a este planteamiento, a partir de los años 60 la adopción internacional cambia radicalmente su dimensión sociológica y jurídica, interviniendo en la misma países de todos los continentes con culturas jurídicas muy dispares y pasando a gravitar esencialmente en torno a la idea de garantizar el interés del menor. El Convenio de 1965 se presentaba entonces claramente ineficaz para afrontar la reglamentación de la nueva adopción internacional. Es cierto que el texto quedaba abierto a la firma de otros Estados no representados en su elaboración (art. 20), pero naturalmente los Estados que entonces ya se alzaban claramente como Estados de origen del menor no estaban dispuestos a adherirse a un Convenio en el que no habían participado en su elaboración, y que recogía unas respuestas a veces divergentes a las previstas en sus Derechos autónomos con relación a la institución y, sobre todo, que centralizaba todo el proceso de adopción en el Estado de recepción, es decir, en el Estado de la nacionalidad o de la residencia habitual de los adoptantes (autoridades que aplicarán como regla general su ley interna)⁷³⁶. Este fenómeno de centralización de todo el proceso de adopción en el Estado de recepción del menor, claramente europeísta, disuadía efectivamente a los

⁷³⁵ *Vid.*, Cap. introd., III. 3. C) b).

⁷³⁶ *Vid.*, éstas y otras consideraciones, en J. H. A. van Loon, «Noté sur l'opportunité de préparer une nouvelle convention sur une coopération internationale en matière d'adoption inter-étatique», *Actes et documents de la Seizième session*, t. I, Hague Conférence on private international law, 1991, pp. 164-185.

Estados de origen de una posible aceptación del texto, pero el rechazo al Convenio se encontraba aún más agravado por la ausencia de mecanismos para que las autoridades del Estado de origen del menor pudieran controlar que las salvaguardas previstas en la letra del Convenio (esencialmente, que no se constituyera la adopción si iba en contra del interés del menor) fueran realmente observadas, y por la ausencia de canales de comunicación efectivos que les permitieran intervenir activamente en el proceso de adopción.

El Convenio, ciertamente, preveía ciertas normas materiales que establecían un sistema de comunicación y de cooperación entre autoridades y tribunales en los arts. 5, 6 y 9, y que pueden ya considerarse como desviaciones del método clásico *stricto sensu*, pero éstas se revelaban claramente insuficientes, poca realistas, y con un marcado carácter unilateral. Efectivamente, desde el punto de vista de la técnica de CIA empleada, *ad. ex.*, el art. 5 prevé que si según la ley nacional del menor, éste o un miembro de su familia, deben comparecer personalmente ante la autoridad que debe constituir la adopción, esta autoridad procederá por vía de carta rogatoria cuando la persona en cuestión no tenga su residencia habitual en el Estado de dicha autoridad. La comisión rogatoria, como es sabido, es un procedimiento clásico de CIA, que puede funcionar entre Estados con sistemas procesales de un cierto grado de desarrollo, como son *in genere* los países europeos, pero obviamente no respecto a otros muchos Estados que no disponen del mismo, como suelen ser los Estados de origen del menor⁷³⁷. Además, fundamentalmente, todo el embrionario sistema de cooperación gravitaba exclusivamente sobre la iniciativa de las autoridades del Estado de recepción, y por tanto sobre la confianza que se concedía a las autoridades de la residencia habitual o de la nacionalidad de los adoptantes, quiénes deberían proceder a investigaciones exhaustivas tanto del o de los adoptantes, como del menor o su familia (art. 6), así como informar después de la constitución de la adopción, a las autoridades del que el menor fuera nacional y al Estado contratante en que el menor hubiera nacido (art. 9). Obviamente, si este grado de confianza podía esperar un cierto éxito en ámbitos culturales cercanos, como son los Estados europeos para los que fue

⁷³⁷ *Vid.*, en el mismo sentido, J. H. A. van Loon, «International-Cooperation...», *cit.*, pp. 307-308. Este autor considera en su conjunto que el sistema de cooperación previsto en el texto se queda a medio camino.

concebido el Convenio, no podría esperarse el mismo en los supuestos en que se enfrentaban ámbitos culturales y jurídicos muy distintos, en donde las autoridades del Estado de origen desearían participar activamente y poder también controlar el proceso de adopción. Una vez más, parece procedente acudir a las premisas del Anteproyecto del Convenio donde se preveían unos intensos cauces de cooperación y de colaboración entre las autoridades del Estado de origen del menor y las autoridades del Estado de recepción, en los que las primeras podrían intervenir activamente en el proceso de adopción e, incluso, eventualmente, oponer su veto a la misma constitución⁷³⁸.

En conclusión, después de este breve repaso a las insuficiencias del Convenio de La Haya de 1965 parece haber quedado constatado que la línea esencialmente clásica adoptada por el mismo no había logrado superar con éxito el problema de las divergencias materiales entre los sistemas europeos y, desde luego, se revelaba claramente ineficaz para afrontar el problema de la adopción internacional en la segunda mitad del siglo XX. Esta ineficacia de la aproximación clásica al problema justifica que la nueva reglamentación convencional de la institución llevada a cabo en el seno de La Conferencia de La Haya en 1993 haya optado por prescindir de la dirección de su predecesor y apostar por la línea metodológica que paradójicamente éste rechazó⁷³⁹.

c) Inoperancia del Convenio de La Haya de 1961 para afrontar el problema de sustracción internacional de menores

El fenómeno de la sustracción internacional de menores es el modelo perfecto para verificar que los Convenios internacionales existentes en el panorama

⁷³⁸ Este derecho de veto previsto en la *Esquisse* del Convenio (art. 15), pasaría incluso al Anteproyecto elaborado por la Comisión Especial (*vid.*, «Avant-Projet de Convention du 29 mars adopté par la Commission spéciale», *Actes et Documents de la Dixième session...*, *cit.*, pp. 82-85; esp., art. 6). Posteriormente, fue abandonado y dicha supresión fue incluso aplaudida por algunos comentaristas del Convenio, fundándose en la conveniencia de concentrar sólo en una autoridad la competencia para poder constituir una adopción (*vid.*, en este sentido, P. Lagarde, «La dixième session...», *cit.*, p. 253).

⁷³⁹ *Vid.*, en general, con relación a la regulación de la adopción internacional, sobre la necesidad de adoptar una postura pragmática junto a la aproximación jurídica, B. Sturlèse, «L'adoption des enfants étrangers...», *cit.*, pp. 40-42; en particular, con relación al Convenio de 1993, G. Parra Aranguren, «History, philosophy and general structure of the Hague adoption convention» en J. Doek et al. (Eds.), *Children on the Move...*, *cit.*, pp. 63-73.

internacional, cuando a partir de los años 60 comienza a extenderse el número de secuestros de menores a través de las fronteras, se revelaban claramente insuficientes metodológicamente para afrontar dicho problema, y como se impuso la imperiosa necesidad de apartarse de los esquemas clásicos de DIPr., y encontrar otras alternativas metodológicas que lograsen resolverlo con éxito, apostando fundamentalmente por la técnica de la CIA.

El Convenio de La Haya de 1961, aún presentando algunas desviaciones metodológicas importantes (sobre todo con relación al método de la unidad *forum et ius*), puede considerarse como un Convenio esencialmente de corte clásico (sobre todo con relación a la CIA), que procura resolver prioritariamente el problema de la competencia de autoridades, pragmáticamente la cuestión de la ley aplicable, y teóricamente garantizar la eficacia extraterritorial de las decisiones entre los Estados parte. El fenómeno de la sustracción se produce, en general, como es sabido, cuando existe una infracción sobre los derechos de custodia y, por tanto, supuestamente, el Convenio de La Haya de 1961 debería de resultar eficaz para resolver los supuestos de *Legal Kidnapping*.

Sin embargo, estos esquemas clásicos se han revelado claramente inoperantes en la práctica⁷⁴⁰. Se habla de inoperancia del Convenio de 1961 y no de fracaso tal como se ha afirmado respecto al Convenio de 1965 con relación a la adopción, puesto que el Convenio de 1961 no tiene como objetivo específico reglamentar el fenómeno de la sustracción, a diferencia del Convenio de 1965 con relación a la adopción y, por tanto, sólo habría cabido esperar que el problema hubiera encontrado solución indirectamente mediante la interpretación y aplicación de las normas convencionales por los tribunales o autoridades competentes de los Estados parte. El texto final del Convenio, efectivamente, no logró aprobar una norma *ad hoc* destinada a regular el fenómeno de la sustracción internacional de menores, aunque el problema específico

⁷⁴⁰ *Vid.*, sobre esta cuestión, entre otros, A. E. Anton, «The Hague...», *cit.*, p. 538; B. Brunet, «Autorité parentale», *J.-Cl. dr. int.*, 1987, fasc. 549, esp. pp. 3-5; M. Werwilghen y H. Van Houtte, «Conflits d'autorités et de juridictions relatifs a la protection de la personne du mineur», *Rev. belge dr. int.*, 1980, pp. 397-431, esp. pp. 414-416; A. Bonomi, «La Convention dell'Aja de 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, pp. 608-656; esp., pp. 635-638; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González; «Problemas de secuestro internacional...», *cit.*, pp. 488, 497.

del desplazamiento de un menor por uno de sus progenitores de un Estado parte hacia otro Estado parte en el que el secuestrador espera obtener una decisión favorable sobre la custodia del menor fue estudiado por primera vez en un marco internacional precisamente por los redactores de este texto⁷⁴¹. De este modo, el art. 6 del Proyecto de la Comisión especial contenía una norma de competencia destinada a neutralizar los efectos del secuestro, conforme a la cual, ningún cambio de residencia habitual del menor realizado con el propósito de escapar de las autoridades a las que el Convenio otorgaba competencia les privaría de ésta. No obstante, este artículo, laborioso a la hora de su redacción⁷⁴², sería eliminado finalmente en la redacción definitiva del texto, a causa de la imposibilidad de alcanzar entre sus negociadores un criterio satisfactorio (objetivo o subjetivo) para apreciar la intención fraudulenta en el desplazamiento de la residencia habitual del menor, y el tratamiento de la cuestión quedó abandonado a los Derechos internos de los Estados partes, y a sus respectivas autoridades competentes *in casu*⁷⁴³.

Eliminada la regla *ad hoc*, sólo cabría pues dar solución al fenómeno amparándose, como se ha dicho, en las normas convencionales, y dicha posibilidad se mostró inviable por dos causas. De un lado, por la insuficiencia de la regla específica de competencia para los supuestos de conflicto móvil en los casos de cambio de la residencia habitual del menor y, de otro, y fundamentalmente, por la gran laguna del Convenio derivada de su art. 7.2 en los aspectos relativos a la eficacia extraterritorial de decisiones.

En primer lugar, la cuestión que se planteó en la práctica fue determinar si en los supuestos de traslado ilícito de un menor de un Estado a otro, podría o no interpretarse que el menor había cambiado su residencia habitual y, consecuentemente, las autoridades de la nueva residencia habitual devendrían competentes para adoptar nuevas medidas sobre el menor, cesando paralelamente la competencia de las

⁷⁴¹ La primera referencia oficial al fenómeno de la sustracción internacional de menores en un contexto multilateral se produjo, efectivamente, durante los trabajos preparatorios de la Comisión especial encargada de elaborar el Convenio (*vid.*, sobre este aspecto, A. Dyer, «International Child Abduction...», *cit.*, pp. 239-241; B. Brunet, «Autorité parentale...», *cit.*, pp. 3-5).

⁷⁴² *Vid.*, L. Marmo, «Rapport de la Commission spéciale», *Actes et documents de la Neuvième session...*, *cit.*, pp. 18-32; esp. pp. 26-27.

⁷⁴³ *Vid.*, W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 231-232.

autoridades de la antigua residencia habitual. El Convenio para resolver esta cuestión ofrecía básicamente a los tribunales la regla de resolución de los supuestos de conflicto móvil del art. 5, que dispone que en los supuestos de desplazamiento de la residencia habitual de un menor de un Estado contratante a otro, seguirán vigentes las medidas adoptadas por las autoridades del anterior Estado de la residencia habitual hasta que las autoridades de la nueva residencia habitual las suspendan o sustituyan con previo aviso a las autoridades del anterior Estado de la residencia habitual. Esta norma se reveló claramente insuficiente para los supuestos del secuestro, principalmente porque el Convenio, en general, no contiene una definición sobre el concepto de residencia habitual y, en particular, porque no precisa a partir de que momento la residencia habitual del menor debe ser considerada que ha sido desplazada de un Estado contratante a otro⁷⁴⁴. De este modo, en los supuestos de desplazamiento la jurisprudencia se ha encontrado totalmente dividida, entre una parte que interpretó que el traslado del menor de un Estado a otro no implicaba cambio de residencia habitual, con lo cual la autoridad del Estado donde ha sido llevado ilícitamente el menor no podría alterar el derecho de custodia a favor del progenitor secuestrador⁷⁴⁵ y, otra parte, que consideró justamente lo contrario, creando de este modo un título competencial válido para legalizar el secuestro⁷⁴⁶. Esta regla, como ha demostrado la jurisprudencia no podría por sí sola haber ofrecido jamás al menor una protección adecuada en los supuestos de sustracción.

Esto es así, aún más, porque aún quedando la posibilidad que los tribunales considerasen que el desplazamiento ilícito no implicaba un cambio de residencia habitual del menor y la competencia para resolver sobre la custodia fuera conservada

⁷⁴⁴ *Vid.*, sobre esta cuestión, M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de la Haye...», *cit.*, pp. 44-48; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional...», *cit.*, pp. 488, 497.

⁷⁴⁵ Esta es la línea seguida en principio por algunos tribunales alemanes, que rechazaron declinar su competencia cuando el menor que tenía su residencia habitual en Alemania había sido trasladado ilícitamente al extranjero, *ad. ex.*, sentencia del *Kammergericht* de 4 de diciembre de 1973; sentencia del *OLG de Karlsruhe* de 18 de julio de 1975; sentencia del *OLG de Stuttgart* de 18 de noviembre de 1977 (*vid.*, M. Sumanpouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye... cit.*, t. II, 1980, pp. 119, 122-123); También es la solución aplicada por parte de la jurisprudencia holandesa, *ad. ex.*, sentencia del *Hof de Ámsterdam* de 14 de noviembre de 1983 (*ibid.*, t. III, 1984, p. 83).

⁷⁴⁶ Esta es la solución que prevalece en Alemania después de la sentencia del *BGH* de 29 de octubre de 1980 (*vid.*, M. Sumanpouw, *Les nouvelles... cit.*, t. III, 1984, p. 85). Puede citarse *ad. ex.*, en esta línea, sentencia del *OLG* de 2 de diciembre de 1980 (*ibid.*, p. 89); sentencia del *OLG de Düsseldorf* de 16 de diciembre de 1983 (*ibid.*, t. IV, pp. 69-70).

por las autoridades de la residencia habitual del menor, el titular del derecho de custodia que deseaba el retorno del menor al lugar de donde fue sustraído se encontraba con la dificultad insalvable del art. 7.2, gran laguna, como se ha dicho, del Convenio de 1961, en tanto que, básicamente, remite a los Derechos internos el reconocimiento y la ejecución de todas las medidas de protección que conlleven actos de ejecución, entre las que se encuentran incluidas, obviamente, la decisión sobre derecho de custodia violada cuya ejecución obliga a uno de los padres a entregar el niño a otro⁷⁴⁷.

En conclusión, el Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1961 con sus insuficientes reglas de competencia y, fundamentalmente, por su gran laguna con relación al *exequátur*, se reveló totalmente inoperante para resolver satisfactoriamente el problema de la sustracción internacional de menores en la segunda mitad del siglo XX. Aún más, debe señalarse que en ocasiones los tribunales aplicaban incluso las reglas del mismo Convenio para amparar jurídicamente al progenitor secuestrador, legalizando así la sustracción ilícita (*Legal Kidnapping*).⁷⁴⁸

La insuficiencia de estas repuestas clásicas fue la causa precisamente que obligó a la Comunidad internacional a buscar otras soluciones metodológicas que superasen la laguna del Convenio de La Haya de 1961, abandonando los esquemas tradicionales de DIPr., y apostando esencialmente por la técnica de la CIA. A este proceso responde tanto la conclusión de los dos Convenios multilaterales específicos vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico que procuran solucionar directamente el problema de la sustracción, como la elaboración de los numerosos Convenios bilaterales que tienen,

⁷⁴⁷ Para B. Brunet («Autorité parentale», *cit.*, p. 4) en este aspecto reside específicamente la gran debilidad del Convenio para resolver la cuestión.

⁷⁴⁸ Dado el caso típico de sustracción, esto es, como es sabido, que el menor sea llevado por uno de sus padres al Estado cuya nacionalidad éste posee, los tribunales de dicho país se apoyaban en los arts. 3 (reconocimiento de pleno derecho de una relación de autoridad *ex lege* del Estado del que es nacional el menor) y 4 (competencia de las autoridades del que es nacional el menor para adoptar medidas de protección si consideran que el interés de éste lo exige) para neutralizar cualquier intento legal del otro progenitor para restituir al menor (*vid.*, esta cuestión, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional...», *cit.*, p. 497).

además, especialmente en cuenta las particularidades del fenómeno multicultural inmigratorio en Europa⁷⁴⁹.

d) La exigencia de un sistema de CIA para garantizar la prestación de alimentos.

La institución de alimentos, como ha sido visto, es una de las instituciones que en nuestros días se encuentra más afectada por el fenómeno de la proliferación de Convenios internacionales que inciden en su reglamentación desde la óptica del DIPr. Multiplicidad de Convenios que, alcanzada la autonomía de la institución, han procurado en diferentes ámbitos tanto personales, materiales como geográficos, dar respuesta a las cuestiones clásicas de nuestra disciplina; Convenios que inspirados por el valor material que desean proteger, esto es, el *favor alimenti*, se han presentado con ciertas peculiaridades metodológicas (*ad ex.*, desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, el establecimiento de foros de protección; desde la dimensión del derecho aplicable, la incorporación de normas de conflicto materialmente orientadas; o desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de resoluciones, la tendencia a establecer procedimientos rápidos y ágiles).

Sin embargo, la utilización de la CIA en la reglamentación de la deuda alimenticia presenta una especialidad importante respecto a su recurso en la regulación del fenómeno de la adopción internacional o del secuestro internacional de menores. En efecto, mientras que en la regulación de éstos sólo se ha acudido a la técnica de la CIA cuando los métodos clásicos de reglamentación han puesto de relieve su ineficacia o inoperancia para afrontar satisfactoriamente el problema, en la reglamentación de la institución de alimentos siempre se ha sido consciente que para que dicha reglamentación satisfaga realmente el interés del acreedor alimenticio, resulta imprescindible el establecimiento de estructuras de cooperación internacional

⁷⁴⁹ Para algunos autores el canal de comunicación de culturas más idóneo para abordar los problemas relativos al menor derivados de la multiculturalidad es el ofrecido por el Derecho convencional bilateral (*vid.*, en este sentido, A. Cabrera, «La imagen del menor...», *cit.*, p. 166).

entre las autoridades administrativas y judiciales de los distintos Estados, siendo fundamentales, pero insuficientes, los mecanismos clásicos⁷⁵⁰.

Efectivamente, el fin último de cualquier reglamentación internacional de la institución de alimentos es que el acreedor alimenticio, en un gran número de ocasiones, acreedor menor, satisfaga efectivamente su pensión respecto a un deudor situado en el extranjero, y este objetivo exige que junto a los habituales problemas de competencia y de derecho aplicable se incida esencialmente en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, aunque los mecanismos de éste *per se*, en su concepción clásica, hayan resultado desde siempre insuficientes. Dicha insuficiencia proviene no sólo del hecho que en ocasiones el derecho del acreedor tendrá su origen *ex lege*, supuestos en los que los mecanismos de reconocimiento y *exequátur* no procederán para transponer su contenido en otros sistemas jurídicos extranjeros, sino fundamentalmente de la posición de desventaja en la que se encuentra todo acreedor alimenticio cuando trata de ejecutar su pensión alimenticia en un Estado distinto al que obtuvo la decisión condenatoria, entre otras razones, fundamentalmente, por la imposibilidad material de poder afrontar los gastos del seguimiento judicial y de localización de bienes del deudor, así como por las dificultades de asegurar el pago en supuestos de incumplimiento, teniendo en cuenta, el carácter, en ocasiones, periódico de la deuda. Este especial contexto de la situación privada internacional justifica que en la reglamentación internacional de la institución se haya sido especialmente sensible a la necesidad de incorporar, junto a los métodos clásicos, estructuras de CIA que desempeñan a su vez un cierta función tuitiva respecto a los intereses del acreedor alimenticio.

Prueba de esta conciencia internacional que la técnica de la CIA es indispensable para una adecuada reglamentación internacional de la prestación de alimentos junto al resto de las técnicas del DIPr. son los siguientes datos tomados de la práctica internacional: a) El primero de los Convenios internacionales que tuvo como objeto específico la regulación de la institución fue un Convenio exclusivamente de CIA, esto es, como se sabe, el Convenio de Nueva York de 20 de

⁷⁵⁰ Como F. Laurent puso de relieve, la única vía de solución a los problemas de los alimentos en el DIPr. descansa en un eficaz sistema de cooperación internacional (citado por P. Domínguez Lozano, «Alimentos», en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado*, cit., p. 378).

junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero. Este Convenio, a pesar de sus deficiencias que los años han puesto de relieve como se comprobará a continuación, posee actualmente un carácter cuasi universal, vinculando a Estados de todas las culturas del mundo⁷⁵¹, y a lo largo de sus muchos años de vigencia ha sido continuamente aplicado por los tribunales o autoridades de todos los países junto o independientemente al resto de Convenios que resuelven las cuestiones clásicas⁷⁵²; b) Las consecuencias de la no adhesión de los Estados Unidos al Convenio de Nueva York de 1956 han sido superadas en el marco internacional por una solución pragmática sustitutiva, conocida como «legislación paralela», y que puede considerarse como un nuevo instrumento de CIA⁷⁵³; c) El fenómeno de cooperación legislativa regionalizada que se lleva a cabo en el seno de la Unión Europea no ha podido prescindir de prestar especial atención al problema del cobro de los créditos alimentarios en el territorio Bruselas, elaborándose un Convenio *ad hoc* de CIA, el, hasta hoy fracasado, Convenio de Roma de 6 de noviembre de 1990 sobre simplificación de procedimientos para el cobro de créditos alimentarios. Debe tenerse en cuenta, además, que al especial dato transfronterizo que sitúa siempre al acreedor alimenticio en posición de desventaja, debe añadirse en el especial marco de la Unión Europea, la libertad de circulación de las personas⁷⁵⁴; d) Algunos de los Convenios

⁷⁵¹ El éxito del Convenio, a pesar de sus problemas de aplicación, ha radicado precisamente, como han destacado algunos autores, en la adhesión al mismo de Estados pertenecientes a los más variados sistemas políticos, jurídicos y socioeconómicos (*vid.*, A. Rodríguez Benot, «La filiación y alimentos», en M. Aguilar Benítez de Lugo, B. Campuzano Díaz, E. Cano Bazaga, H. Grieder Machado, J. A. Pérez Beviá, A. Rodríguez Benot, M^a A. Rodríguez Vázquez y J. A. Tomás Ortiz de La Torre, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996. pp. 172-206, esp. p. 198).

⁷⁵² En nuestro país, *ad. ex.*, su aplicación jurisprudencial es amplísima a partir de los años 70, erigiéndose, desde luego, como el Convenio más aplicado en materia de alimentos por nuestros tribunales. Basta para verificar este dato con asomarse a las notas sobre la jurisprudencia española de DIPr. que aparecen periódicamente en la *REDI*.

⁷⁵³ Para las relaciones interestatales *ad intra*, el punto de partida se sitúa en la «*Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act*» de 1950. En 1968 el ámbito de este Acta se amplió de manera que los Estados extranjeros podían ser incluidos, y actualmente su situación se cifra en la «*Uniform Interstate Family Act*» de 1993, y algunas enmiendas introducidas en 1996. La estructura característica de este Acta consiste en que los Estados americanos y los Estados extranjeros promulgan leyes similares y realizan *in casu* una declaración oficial en virtud de la cual reconocen la legislación correspondiente en el Estado extranjero en términos de reciprocidad, permitiendo un mecanismo similar al construido por el Convenio de Nueva York de 1956 (*vid.*, entre otros, M. S. Melli, «The United States and the International Enforcement of Family Support» en N. Lowe y D. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers*, *cit.*, pp. 715-731; C. S. Bruch, «Family Support Across Frontiers: New Ideas From the Americas», *ibid.*, pp. 733-751, esp., pp. 747-751; P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, pp. 290-291).

⁷⁵⁴ *Vid.*, M. Requejo Isidro, «Ratificación por España...», *cit.*, p. 381.

bilaterales firmados por los Estados europeos con países magrebíes, que acuden a la técnica de la CIA para superar las insuficiencias de las respuestas tradicionales de DIPr. para resolver los conflictos jurídicos derivados de las diferencias de cultura, han incluido específicamente en su ámbito de aplicación material las obligaciones de alimentos⁷⁵⁵; y e) Las negociaciones que actualmente se llevan a cabo en el seno de la Conferencia de La Haya con relación a un nuevo Convenio sobre obligaciones alimenticias que se adapte a la evolución pragmática de las nuevas regulaciones materiales de la prestación de alimentos, parten de la inexcusable necesidad de incorporar, a imagen del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, un Capítulo destinado exclusivamente a reglamentar un eficaz sistema de cooperación entre autoridades judiciales y administrativas, junto a los sectores relativos a competencia, derecho aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones⁷⁵⁶.

D) El valor material del interés del menor y exigencia de la CIA

a) Consideraciones previas

Se ha comprobado que la demanda de acudir a la CIA en la reglamentación de la protección de menores se encuentra justificada metodológicamente tanto por las divergencias entre los Derechos materiales de los distintos Estados, como por la ineficacia o insuficiencia de los métodos clásicos para afrontar determinadas situaciones privadas internacionales relacionadas con el menor. Sin embargo, sería incorrecto explicar el recurso a la CIA limitándose exclusivamente a estas dos consideraciones metodológicas, sin hacer alusión a la relevancia que en este proceso de desplazamiento metodológico adquieren tanto la materia específica sobre la que

⁷⁵⁵ *Ad. ex.*, Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981 o Convenio franco-tunecino de 18 de marzo de 1982.

⁷⁵⁶ *Vid.*, W. Duncan, «Note sur l'opportunité de reviser...», *cit.*, p. 35; «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur les obligations alimentaires d'avril 1999», <http://www.hcch.net>. (esta Comisión especial sobre el funcionamiento de los Convenios de La Haya relativos a las obligaciones alimentarias y al Convenio de Nueva York recomendó precisamente a la Conferencia de La Haya, después de examinar el funcionamiento práctico de los citados Convenios y constatar la necesidad de modernizar y mejorar el sistema internacional de cobro de alimentos respecto a menores y otras personas, iniciar los trabajos con objeto de establecer un nuevo instrumento mundial en materia de alimentos, y que incluya como uno de sus elementos esenciales disposiciones en materia de cooperación administrativa (*ibid.*, pp. 22-23). *Vid.*, también, respecto a la concepción cuatripartita del instrumento proyectado, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 57-59, 158.

recae cada uno de estos Convenios, como el resultado material concreto que desean alcanzar, reunidos todos ellos, por el valor material del interés del menor. El interés del menor, como se ha visto, es un concepto jurídico indeterminado, incorporado actualmente explícita o implícitamente tanto en las legislaciones nacionales, como en los diferentes Convenios internacionales que se ocupan de la protección del menor. Su concreción *in casu*, ha reclamado diferentes modalidades de CIA, pudiendo distinguirse una modalidad de CIA exigida por los Convenios generales sobre la protección del menor o Convenios de conflicto de autoridades, y otra clase distinta de CIA originada en los Convenios particulares que regulan exclusivamente una parcela de dicha protección, y que hacen mayor uso de la CIA⁷⁵⁷.

b) La cooperación entre autoridades competentes en los Convenios de conflicto de autoridades

El interés del menor en estos Convenios, como se ha visto, consiste esencialmente en proteger al menor de la manera más eficaz, y garantizar en la medida de lo posible la continuidad del régimen de protección aplicado al mismo a través de las fronteras: principio de la continuidad internacional de la protección. Con independencia que las normas sobre competencia, derecho aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones se diseñen de manera más o menos orientada a conseguir dichos objetivos, la lógica y la práctica jurídica han puesto de relieve que la especialidad de la materia a la que afectan dichas medidas, y el interés del menor que se procura salvaguardar en su adopción (frente a otros posibles intereses públicos o privados), exigen una constante intervención de distintas autoridades, y establecer cauces de cooperación entre ellas de dos modos distintos⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ Sobre el interés del menor y la exigencia de la CIA, *vid.* A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor...», *cit.*, pp. 947-950. Se trata de la idea de que la colaboración de autoridades sirve mejor al interés del menor (*vid.*, E. Jayme, «Identité culturelle et intégration...», *cit.*, pp. 185-186).

⁷⁵⁸ *Vid.* R. M. Moura Ramos, «La protección de los menores...», *cit.*, pp. 81-83; H. Grieder Machado, «La protección de los incapaces», en M. Aguilar Navarro (Dir.), *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª ed., revisada, Secc. de Public. Facultad de Derecho, 1983, pp. 48-79, esp., p. 50; M. Aguilar Benítez de Lugo, «La familia en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLV, 1993, 1, pp. 7-37, esp., p. 29.

De un lado, prioritariamente, en un primer momento, se hace indispensable instaurar cauces de cooperación entre las distintas autoridades que, según las reglas del respectivo Convenio aplicable, se encuentren llamadas a intervenir en un caso concreto; y, de otro, en un segundo momento, prever cauces de cooperación entre autoridades de distinta índole, fundamentalmente de carácter administrativo, pertenecientes a los distintos Estados implicados *in casu*, y que se encarguen tanto de facilitar la primera modalidad de cooperación, como de realizar determinadas actuaciones en sus respectivos Estados para satisfacer el interés del menor dependiendo de las circunstancias concretas en que éste se encuentre. La primera de las modalidades de CIA a la que se ha aludido, que puede denominarse «cooperación horizontal entre autoridades competentes»⁷⁵⁹ o «cooperación judicial»⁷⁶⁰, se exige de manera constante para el buen funcionamiento del régimen de protección aplicado al menor, garantizar en la medida de lo conveniente el principio de la continuidad internacional del régimen de protección, y ejercer un control sobre el mismo. Los modelos de esta clase de CIA y su contenido se analizarán detenidamente en los capítulos que siguen, basta en este momento con poner de relieve algunos ejemplos que ilustran como el interés del menor exige la necesidad de recurrir a las mismas. Así, piénsese, *ad. ex.*, cuando se produce un cambio de circunstancias fácticas (*ad. ex.*, residencia habitual del menor de un Estado parte a otro) que obligue a las autoridades de la nueva residencia habitual a una modificación o supresión del régimen de protección adoptado por las autoridades de la anterior residencia habitual; cuando se trata de adoptar medidas de protección necesarias sobre los bienes del menor por las autoridades del Estado donde se encuentran dichos bienes, estando situado el menor en otro Estado distinto del que deviene su régimen de protección; o bien, cuando el menor se halle en un supuesto de serio peligro y sea necesario adoptar medidas de protección urgentes por las autoridades del Estado donde se encuentre en dicho momento, estando vigente un determinado régimen de protección adoptado por las autoridades normalmente competentes.

⁷⁵⁹ Esta denominación puede verse, *ad. ex.*, con relación a la CIA instaurada en el Convenio de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos, en E. Pérez Vera y A. Borrás Rodríguez, «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado...», *cit.*, p. 807.

⁷⁶⁰ *Vid.*, J. H. A. van Loon, «The Increasing Significance...», *cit.*, pp. 113-116

Junto a esta modalidad básica de cooperación entre autoridades competentes demandada por los Convenios generales sobre la protección del menor, la práctica también ha puesto de relieve la conveniencia para lograr los objetivos de estos Convenios, de incorporar otra modalidad de CIA, ya conocida por algunos Convenios que regulan aspectos específicos de dicha protección, y que consiste en establecer órganos de enlace entre los distintos Estados, autoridades distintas a las autoridades competentes para adoptar medidas en los Convenios generales, y que funcionan en estos Convenios, básicamente, cooperando entre sí, organizando y promoviendo adecuadamente la cooperación horizontal para que funcione en la práctica, y desempeñando otro tipo de actividades necesarias para obtener los objetivos convencionales. Es el modelo de cooperación vertical o administrativa, que prioritariamente ha triunfado con el sistema de las Autoridades centrales, y que es originario de los Convenios específicos sobre la protección del menor, continuando, hoy día, siendo el principal modelo utilizado por dichos Convenios.

c) La cooperación articulada mediante órganos de enlace en los Convenios particulares.

A diferencia de los Convenios generales sobre la protección del menor en los que la concreción del interés del menor *in casu* puede verse sujeta con mayor facilidad a distintas apreciaciones de las distintas autoridades intervinientes, en estos Convenios, como ejemplos de Convenios utilitarios, el interés del menor se encuentra mucho más especificado. Efectivamente, como se ha visto, en los supuestos de secuestro internacional de menores, se trata de obtener el retorno inmediato del menor al lugar de su residencia habitual anterior a su traslado; en los casos de prestaciones de alimentos, se procura facilitar al menor acreedor alimenticio el cobro efectivo de su pensión por un deudor que se encuentra en otro Estado distinto; o en el supuesto de la adopción internacional, el interés del menor radica en que durante todo el proceso de adopción internacional se lleve a cabo respetando una serie de garantías esenciales y salvaguardias mínimas necesarias. Sin embargo, en estos textos, también a diferencia de los Convenios generales, la concreta situación privada internacional que se trata de afrontar, presenta inevitablemente una mayor dispersión espacial de los distintos elementos personales intervinientes en la relación jurídica (*ad. ex.*, en los

supuestos de adopción internacional, el menor puede tener una nacionalidad o una residencia habitual distinta a la de los adoptantes; en los casos de alimentos, el deudor se encuentra siempre en un Estado distinto a donde reside el acreedor, y en los supuestos de sustracción, generalmente, el menor tenía su residencia habitual en un Estado parte y ha sido desplazado ilícitamente a otro Estado parte).

La satisfacción del interés del menor en cada uno de los supuestos concretos va a exigir la realización de actuaciones diversas en los distintos Estados implicados con la situación privada internacional, el derecho autónomo resulta *per se* insuficiente, y es preciso acudir al marco internacional organizando una actividad de cooperación entre las distintas autoridades intervinientes de los distintos Estados. La forma más óptima de organizar dicha cooperación y obtener los objetivos convencionales es la de establecer órganos de enlace entre los distintos Estados parte del Convenio, designándose una autoridad específica en cada una de ellos, que cooperará directamente con el resto de los órganos de enlace, y procurará organizar la cooperación requerida para cada concreto supuesto, dentro de su Estado, entre otras posibles autoridades llamadas a intervenir, judiciales, administrativas, o de otra índole. Este modelo de CIA, que puede denominarse en sentido amplio, cooperación administrativa, ha triunfando fundamentalmente, como se verá a continuación, con el sistema de la designación de AACCC⁷⁶¹. Piénsese por ejemplo, en la institución de la adopción internacional, incluso en la adopción interna es necesaria la realización de informes previos y verificaciones sobre las condiciones y el carácter psicológico de los adoptantes y sobre la situación del niño adoptado. Obviamente cuando adoptantes y adoptados residen en distintos Estados será conveniente la realización de cada una de las actuaciones por las respectivas autoridades competentes en cada uno de los Estados, quiénes generalmente tendrán que verse asistidas por diversas autoridades nacionales de distinta naturaleza, y para ello se instaura la institución de la Autoridad central encargada de canalizar todo el proceso de cooperación; igualmente, en los supuestos de sustracción internacional de menores será preciso establecer una cooperación entre las autoridades donde el menor posea la residencia habitual y todas aquellas autoridades donde previsiblemente pueda encontrarse después del traslado,

⁷⁶¹ *Vid., supra*, Cap. II, III.

mostrándose conveniente además la intervención de otras autoridades nacionales como son *ad. ex.*, los Cuerpos de Seguridad del Estado en orden a localizar al menor, órganos especializados en obtener acuerdos amistosos extrajudiciales, o las autoridades judiciales del Estado donde se encuentra el menor.

Finalmente, para concluir este apartado destacando la relevancia del valor material del interés del menor en la exigencia de la CIA, no debe olvidarse que la proximidad de las AACC, sistema que se ha instaurado tanto en los Convenios generales sobre la protección del menor como en los Convenios particulares, a los interesados *in casu* y, especialmente al menor, va a facilitar la realización de determinadas funciones especificadas en los respectivos Convenios, y que tienen por objeto en su conjunto desempeñar una función tuitiva respecto a los intereses del menor, como *ad. ex.*, representar al menor para obtener alimentos, o conseguir el retorno del menor al lugar de su residencia habitual sin necesidad de costosos, largos y complicados procedimientos⁷⁶².

5. ¿De nuevo sobre la crisis del DIPr.?

Todos los Convenios internacionales que actualmente inciden en la reglamentación de la protección del menor desde la óptica del DIPr., como ha sido comprobado hasta el momento, no se ajustan en absoluto a las técnicas y parámetros clásicos del DIPr. De un lado, se ha verificado la ruptura de algunos principios jurídicos tradicionales enraizados en nuestra disciplina (*ad. ex.*, supremacía de la cuestión de competencia de autoridades *versus* la cuestión del conflicto de leyes; ruptura del principio de la separación de competencias; o *réquiem* de la nacionalidad a favor de la residencia habitual); y se han apuntado algunas relevantes alteraciones metodológicas de las respuestas a los sectores clásicos (*ad. ex.*, abandono progresivo del método conflictual clásico o proceso de materialización); de otro lado, se ha puesto de relieve la progresiva, aunque distinta, incorporación en dichos Convenios de la técnica de la CIA, y como el recurso a esta técnica en detrimento de los expedientes

⁷⁶² A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor...», *cit.*, p. 948; M. Moya Escudero (*Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 54) textualmente expresa que: «*el valor material de la parte débil exige garantías y justifica (o, de forma más directa, exige) la intervención de las autoridades centrales*».

clásicos puede explicarse desde la insuficiencia o ineficacia de dichos métodos, pasando por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo convencional en corte clásico debido a las divergencias materiales de los sistemas jurídicos, unido todo ello a las exigencias de realización del valor material del interés del menor.

En la apreciación de este complejo proceso de evolución y desplazamiento de métodos que experimenta la reglamentación convencional de la protección del menor, es preciso distinguir, a mi juicio, dos supuestos claramente diferenciados: de un lado, aquéllos en los que en el momento de regular una determinada situación privada internacional relacionada con el menor, la CIA aparece como un sector más junto a los sectores tradicionales; incorporación que puede tener lugar conjuntamente en un mismo Convenio (como ocurre con los Convenios generales sobre la protección del menor), o independientemente en un Convenio autónomo que se añade a los Convenios que regulan las cuestiones tradicionales (como es el caso de las prestaciones de alimentos) y, de otro, los supuestos en los que la CIA se incorpora en la reglamentación del Convenio sustituyendo aparentemente a los métodos clásicos de regulación del DIPr. (por excelencia, Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción).

En el primer caso, desde el punto de vista metodológico, independientemente de la influencia que la CIA pueda tener sobre los sectores clásicos o, incluso, aunque llegara a desplazar el protagonismo de éstos, no parece que se podría afirmar que se está ante un proceso de crisis del DIPr. en su concepción clásica, sino que estos Convenios simplemente se colocarían entre las tendencias actuales del DIPr., presididas por las ideas de evolución, pluralismo de métodos y pluralidad de fuentes y, que en todo caso, conducen a la elaboración de un nuevo paradigma basado en la consideración de los intereses a satisfacer y los valores del Derecho.⁷⁶³ En el segundo caso, sin embargo, cuestionarse si el DIPr. del menor se está enfrentando a un proceso de crisis parece que tiene cierto sentido. Efectivamente, la relevancia del problema surge cuando metodológicamente la CIA parece elevarse como la única respuesta en la reglamentación convencional de una situación privada internacional, sustituyendo a los métodos clásicos y, principalmente, suprimiendo la esencia del DIPr., el método

⁷⁶³ *Vid.*, sobre esta actual concepción, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 9-426, esp., pp. 64-66; 408-441; *id.*, «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», *Estudios jurídicos en homenaje al Prof^o Aurelio Menéndez*, t. IV, Civitas, 1996, pp. 5239-5270.

conflictual. En algunos de estos textos da la impresión que se está procurando solucionar un determinado problema real, pero al mismo tiempo, negando o ignorando su propia existencia⁷⁶⁴ (Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional); en otros, la excesiva delimitación del supuesto de hecho contemplado, obviando el conjunto del problema en el que se engloba, hace cuestionar la efectividad y el alcance de una respuesta tan específica (Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores). Sobre la cuestión de si en estos supuestos el DIPr. del menor experimenta un proceso de crisis o si, una vez más, cuando se habla de crisis del DIPr. sólo se está en presencia de un fenómeno de complementariedad y pluralismo, donde los problemas y las técnicas clásicas continúan subsistiendo, pero operando en otro momento y de distinto modo, se volverá en el último capítulo de este trabajo.

III. Peculiaridades de los Convenios de CIA

1. Conceptos autónomos ordenados al fin convencional

A) Consideraciones previas a las diferencias conceptuales

Una tradición de la Conferencia de La Haya consiste en no definir los conceptos jurídicos que se emplean en los textos convencionales, con objeto de evitar problemas de calificación entendidos en sentido amplio. Sin embargo, en estos Convenios de CIA pueden observarse dos tendencias contrapuestas con relación a los términos utilizados en los mismos, y que se dirigen a lograr un mismo objetivo, esto es, lograr conceptos autónomos que operen en el respectivo marco convencional en que el que se han insertado de manera independiente a los Derechos internos de los Estados parte, y que deben ser interpretados de modo uniforme en todos los Estados teniendo en cuenta únicamente el espíritu y la finalidad del respectivo Convenio⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ *Vid.*, esta reflexión, E. Pérez Vera, «El menor en los Convenios...», *cit.*, p. 114.

⁷⁶⁵ En realidad, puede decirse que existe una preocupación convencional por reafirmar las reglas generales de interpretación de los Tratados (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – *BOE*, núm. 142, de 13 de junio de 1980-, y especialmente, la regla conforme a la cual un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*). Esta tendencia actualmente no es ya exclusiva de la Conferencia de la Haya, sino que progresivamente se ha ido extendiendo al resto de los Instrumentos internacionales que desde diferentes perspectivas se han

Efectivamente, dentro de esta tendencia, que puede contemplarse tanto como una manifestación más de la opción realizada por estos Convenios hacia las respuestas jurídicas sustantivistas y su dirección hacia la unificación material⁷⁶⁶, como una línea favorable hacia la instauración de conceptos propios de DIPr *versus* calificación, a veces, se opta por una definición, más o menos exhaustiva, de determinados conceptos claves en el funcionamiento convencional, y que debe superponerse a las definiciones existentes del mismo concepto en los respectivos Ordenamientos jurídicos de los Estados parte.

En este primer grupo, llama la atención que un mismo concepto pueda tener un distinto significado dependiendo del marco convencional concreto en el que opere, y si a veces esta distinción pudiese estar justificada por el objetivo convencional específico al que esté orientado el respectivo Convenio internacional (*ad. ex.*, concepto de «derecho de custodia»), en otras ocasiones, esta diferencia podría no tener tanto sentido (*ad. ex.*, concepto de «menor»). En un segundo grupo, podrían incluirse todas aquellos conceptos esenciales en el funcionamiento del respectivo Convenio internacional, que intencionadamente no han sido definidos en el mismo texto, sino que se opta, en última instancia, por dejar su concreción a la autoridad judicial *in casu* (*ad. ex.*, y fundamentalmente, concepto de «residencia habitual»). Por último, esta tendencia también puede confirmarse si se observa como conceptos claves en un determinado ámbito material de protección (*ad. ex.*, adopción), no son definidos en un primer momento convencional (*ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1965), pasando a ser definidos, aunque sea mínimamente, en un segundo momento (*ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1993).

concluido (o aspiran a concluirse) en otras Organizaciones internacionales en materia de protecciones de menores (*vid.*, art. 2 del Convenio del Consejo de Europa de 25 de enero de 1996 sobre el ejercicio de los derechos del niño; art. 2 del Proyecto de Convenio del Consejo de Europa de 7 de diciembre de 2001 sobre las relaciones personales del menor; capítulo I de la Propuesta de Reglamento del Consejo, de 3 de mayo de 2002, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental).

⁷⁶⁶ *Vid., infra*, Cap. IV, III. 1. B).

B) Conceptos jurídicos definidos

a) Derecho de custodia/ Desplazamiento ilícito/ Derecho de visita

El concepto de «derecho de custodia» es, sin duda, uno de los conceptos claves en todos y cada uno de los Convenios internacionales que regulan el aspecto particular de la protección del menor frente a los traslados ilícitos, puesto que la existencia o no de un desplazamiento ilícito, y la consecuente posibilidad de actuar el mecanismo convencional, se basa esencialmente, como se ha visto, en la infracción de un derecho de custodia. Así se recoge, en nuestro Ordenamiento jurídico de origen convencional, con distintos matices, en el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, en el art. 1 del Convenio de Luxemburgo, y en el art. 7 del Convenio hispano-marroquí específico de 1997.

No obstante, a pesar de esta unanimidad en cuanto a la relevancia del derecho de custodia en la reglamentación del secuestro internacional de menores, su concepción en los distintos Convenios específicos resulta bien distinta, vertebrándose sus diferencias, básicamente, en torno a dos cuestiones: de un lado, las diversas fuentes o títulos en los que se puede fundar la existencia del derecho de custodia supuestamente lesionado y, de otro, la propia noción o esencia que constituye su contenido nuclear.

Respecto a las fuentes en las que puede tener origen el derecho de custodia presuntamente infringido y que, básicamente, traducen la concepción que cada Convenio internacional retiene del concepto de «desplazamiento ilícito» en su marco de actuación⁷⁶⁷, puede comprobarse que cada unos de los Convenios que afrontan el

⁷⁶⁷ Al margen de otras diferencias como son, esencialmente, el momento establecido para fijar la ilicitud del desplazamiento, o el requisito adicional del ejercicio efectivo que exige el Convenio de La Haya. El Convenio de La Haya de 1980, como es sabido, junto a la infracción del derecho de custodia (elemento jurídico) exige además para que la sustracción sea considerada como un «desplazamiento ilícito» en el marco convencional, un elemento fáctico: el ejercicio efectivo del derecho de custodia que supuestamente ha sido infringido, en el momento del desplazamiento o no retorno. La exigencia de este requisito, que no aparece ni en el Convenio de Luxemburgo ni en Convenio hispano-marroquí, se justifica, una vez más, en el planteamiento utilitario *in extremis* del Convenio de La Haya, ya que en este punto no podría concebirse un simple reconocimiento internacional de los derechos de custodia atribuidos a los padres. No obstante, debe ponerse de relieve que la difícil prueba sobre este requisito fáctico no supone para el demandante un obstáculo insalvable. En primer lugar, el demandante sólo ha de presentar una evidencia de que realmente se hallaba en el ejercicio del derecho de custodia [art. 8.c)]; y, en segundo lugar, aquél que se opone al retorno, debe demostrar que el titular del derecho de custodia no lo ejercía de manera efectiva (art. 13) (*vid.*, sobre la introducción de este requisito, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 448-449). La correcta interpretación de este requisito es esencial para comprender el concepto autónomo de custodia en el sentido del Convenio, como se verá a

problema del *Legal Kidnapping* tratan el derecho de custodia de modo absolutamente coherente con su espíritu convencional, pudiendo advertirse importantes diferencias entre ellos, que van a marcar la efectividad real de cada uno para solucionar el problema de la sustracción.⁷⁶⁸

Efectivamente, se ha podido comprobar anteriormente que el Convenio de La Haya de 1980, por su esencial planteamiento utilitarista, consigue abarcar un ámbito de protección mucho más amplio que el Convenio de Luxemburgo, inserto en los esquemas clásicos del reconocimiento de resoluciones extranjeras⁷⁶⁹. Mientras que el Convenio de Luxemburgo sólo se aplica a los supuestos en que el derecho de custodia transgredido tiene su fuente en una resolución, el Convenio de La Haya extiende además su aplicación a todos aquellos supuestos en que el derecho de custodia infringido es atribuido *ex lege* o ejercido *de facto*⁷⁷⁰. Por otra parte, el Convenio hispano-marroquí de 1997, en este concreto aspecto vuelve a reafirmar la idea de tratarse de un Acuerdo bilateral que transpone disposiciones de ambos Convenios multilaterales, pero siempre desde la perspectiva de las concesiones por el Estado español al Derecho marroquí. Efectivamente, en cuanto al concepto de desplazamiento ilícito a efectos del Convenio, y al margen de otras desafortunadas condiciones establecidas en su definición⁷⁷¹, aun cuando el texto recoge estas dos fuentes de

continuación, aunque debe retenerse que para que se cumpla el requisito del carácter efectivo del derecho de custodia previsto en el art. 3 b) del Convenio, es suficiente que el padre haya mantenido un cierto contacto con el menor (*vid.*, esta idea y algunas decisiones de tribunales nacionales con relación a ella, «Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (17-21 mars 1997)», <http://www.hcch.net>, esp. párrs., 18 y 19).

⁷⁶⁸ Sobre las fuentes del derecho de custodia, *vid.*, en el marco del Convenio de La Haya, *amplius*, P. Beaumont y P. McElevy, *The Hague Convention...*, *cit.*, pp. 48-80; en el Convenio de Luxemburgo, entre otros, sentencia del TS de Canadá de 26 de enero de 1994, en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, p. 342, y nota de B. Ancel y H. Muir-Watt; y en el Convenio hispano-marroquí de 1997, entre otros, M. M. Velázquez Sánchez, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, pp. 498-501.

⁷⁶⁹ *Vid.*, *supra*, Cap. I, I. 2. C) b).

⁷⁷⁰ Debe advertirse que aunque en el informe explicativo del Convenio de Luxemburgo se recoja expresamente que el Convenio también resulta aplicable a los supuestos en que el derecho de custodia fuera atribuido *ex lege* (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 220), estas hipótesis quedan siempre subordinadas a la posterior resolución ejecutoria dictada en el Estado de origen que confirme el derecho de custodia y declare ilícito el desplazamiento (*vid.*, art. 12).

⁷⁷¹ El aspecto más desafortunado e incomprensible se refiere, fundamentalmente, al momento fijado para apreciar la ilicitud del desplazamiento, esto es, según el texto del art. 7 a), «*el momento de la solicitud*». Obviamente, debe referirse, como en el resto de los Convenios que se ocupan de la sustracción internacional de menores, al momento del traslado (*vid.*, sobre este punto y sus graves consecuencias, M. Moya Escudero y H. Zekri, «Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos», *REDI*, vol. XLIX, 1997, pp.

atribución del derecho de custodia, la articulación del sistema en su conjunto se revela insuficiente y/o ineficaz en la práctica para obtener el retorno del menor desde la perspectiva de nuestro Estado como Estado requirente. De un lado, con relación a los supuestos en que exista una resolución ejecutiva en el Estado requirente sobre el derecho de custodia, el Convenio resultará casi inoperante *ex art. 7.1 a)* para obtener en casos de matrimonios mixtos por razón de la nacionalidad la devolución del menor, puesto que en estos supuestos el texto exige para que exista traslado sin derecho que el menor y los padres tengan, únicamente, la nacionalidad del Estado requirente (cuando lo más frecuente son los supuestos de matrimonios mixtos entre marroquí y española en los que ambos conservan su respectiva nacionalidad)⁷⁷². Con esta condición, como ha denunciado cierta parte de nuestra doctrina, se limita extraordinariamente el ámbito de aplicación convencional y casi se excluye la posibilidad de devolución, de reconocimiento y de organización del derecho de visita en el caso de matrimonios mixtos cuando se haya pronunciado una decisión relativa al derecho de custodia⁷⁷³. Esta limitación del ámbito de aplicación convencional, así como los muchos problemas interpretativos que se suscitarán en la práctica en los frecuentes supuestos de menores o padres con doble nacionalidad, y que no son resueltos por el Convenio, se habrían evitado si el Convenio hispano-marroquí, a imagen de los Convenios de La Haya y de Luxemburgo de 1980, hubiera prescindido, en su conjunto, del criterio de la nacionalidad en su calificación del desplazamiento ilegal, fijándose exclusivamente en la residencia habitual del menor en el Estado requirente en el que se hubiera dictado la resolución⁷⁷⁴. De otro lado, en los supuestos en que el derecho de custodia es atribuido *ex lege*, la forma de su recepción en el texto *ex art. 7.1b)*, en el sentido que sólo prevé los casos en que dicho derecho sea atribuido exclusivamente al padre o a la madre por

369-377, esp., pp. 372-373; J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos...», *cit.*, pp. 150-151).

⁷⁷² Se trata de una transposición incorrecta de las reglas del Convenio de Luxemburgo de 1980, en este caso, concretamente, del art. 8.1 a). Sin embargo, este precepto no está destinado en el Convenio multilateral a definir el concepto de desplazamiento ilegal, sino que trata de aquellos supuestos de inexistencia de control por el tribunal del Estado requerido y orden de retorno inmediato del menor por los enormes vínculos del supuesto con el Estado requirente.

⁷⁷³ *Vid.*, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 96-97; M. Moya escudero y H. Zerki, «El nuevo régimen...», *cit.*, p. 373; J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos...», *cit.*, p. 151; M. M. Velázquez Sánchez, «El Convenio hispano-marroquí...», *cit.*, p. 499.

⁷⁷⁴ *Vid.*, en el mismo sentido, J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos...», *cit.*, pp. 151-152.

el Derecho del Estado del que fuera nacional, resulta claramente inconcebible en la aplicación de nuestro Ordenamiento jurídico, y supone una concesión más a las particularidades del Derecho marroquí respecto a la atribución *ex lege* del derecho de custodia⁷⁷⁵.

Finalmente, respecto a la tercera posible fuente del derecho de custodia, esto es, un acuerdo concertado entre las partes implicadas, a pesar que los tres Convenios la admitan, su forma de recepción deja traslucir de nuevo el planteamiento de cada uno de ellos, y también predecir sus resultados en la práctica. De este modo, el Convenio de la Haya acepta como válidos dichos acuerdos *ex art. 3 in fine*, siempre que estén vigentes según el Derecho del Estado tomado como referencia para examinar la ilicitud del traslado (residencia habitual del menor antes del desplazamiento)⁷⁷⁶, condición que deja abierta la posibilidad de aceptar acuerdos sin homologación de una autoridad⁷⁷⁷; el Convenio de Luxemburgo no recoge expresamente esta fuente de atribución, aunque acepta que estos acuerdos tienen valor de decisión a efectos del art. 1c), pero a diferencia del Convenio de La Haya, siempre que hayan sido aprobados por una autoridad competente⁷⁷⁸; y, por último, en el Convenio hispano-marroquí se prevé también como título suficiente *ex art. 7 in fine*, aunque se establece como único requisito que el acuerdo haya sido refrendado por una autoridad judicial de los dos Estados contratantes, cuando en este caso, a mi juicio, el Estado español debería haber hecho valer las particularidades de nuestro Ordenamiento jurídico (en el sentido que en nuestro Derecho interno es siempre necesaria una resolución judicial a efectos de aprobar el acuerdo entre los progenitores).

En conclusión, la falta de uniformidad en este aspecto resulta claramente patente, y refleja como tres Convenios con aparente identidad de objetivos recogen concepciones autónomas del desplazamiento ilícito bien diversas; diferencias que encuentran su justificación en el espíritu y planteamiento convencional de cada uno de

⁷⁷⁵ *Vid.*, J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos...», *cit.*, p. 152.

⁷⁷⁶ *Vid.*, sobre este criterio de competencia legislativa, *supra*, Cap. IV, III. 3. B) b).

⁷⁷⁷ *Vid.* E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 447; reafirmado en «Rapport de la troisième réunion...», párr. 17; y en el mismo sentido en el art. 16.2 del Convenio de La Haya de 1996.

⁷⁷⁸ Y nunca los acuerdos que hayan sido simplemente registrados (*vid.*, «Information a l'attention des autorités centrales désignées en vertu de la Convention relative a la garde des enfants», Strasbourg, 14 enero de 1993, *DIR/JUR* (93) 2, p. 9).

ellos, y que demuestran, una vez más, como el Convenio de La Haya de 1980 resulta absolutamente coherente en sus estructuras con sus sencillos objetivos convencionales, revelándose así como el más eficaz para resolver satisfactoriamente el problema de la sustracción internacional de menores. Sin embargo, como ahora se verá, quizás sus directas respuestas al delimitado problema se revelen hoy insuficientes para afrontar problemas muy conexos con la sustracción internacional (ejercicio del derecho de visita o derecho del menor a tener relaciones periódicas con sus progenitores), cuya adecuada regulación pudiera aportar soluciones complementarias o preventivas al problema del *Legal Kidnapping*.

Mayor importancia constituye aún la determinación o definición del «derecho de custodia», independientemente de las condiciones de su atribución en cada uno de estos Convenios internacionales. De nuevo, se verifica que un mismo término es definido de diversos modo en distintos Convenios internacionales, en función directa de los objetivos convencionales de cada uno de ellos, y que, a su vez, la respectiva concepción convencional del término actúa de manera autónoma en el marco del Convenio, es decir, independiente del contenido que ese mismo término posea en cada uno de los Ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte.

En este aspecto concreto, el Convenio de La Haya de 1980 ha constituido un ejemplo por su trayectoria de la relevancia que posee para el buen funcionamiento convencional que los tribunales y autoridades nacionales aprehendan los conceptos autónomos empleados por el respectivo Convenio internacional, con independencia del significado que ese mismo término posea en los Ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte. Esta idea con relación al concepto de «derecho de custodia»⁷⁷⁹ ha venido siendo reiterada en las sucesivas Comisiones especiales llevadas a cabo sobre el funcionamiento del Convenio⁷⁸⁰. Para el Convenio de La Haya de 1980 el concepto

⁷⁷⁹ E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 444-445.

⁷⁸⁰ *Vid., ad. ex.*: «Cada sistema jurídico posee su propia terminología con relación a los derechos relativos a la protección de menores y a la autoridad parental (hasta el punto que ciertos sistemas anglosajones no utilizan el término de «custodia»), importa examinar el contenido de los derechos sin tener en cuenta su designación» («Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», <http://www.hcch.net>, esp., párr. 9); Los conceptos claves que circunscriben el ámbito de aplicación del Convenio no dependen de su acepción de ningún sistema jurídico en particular. Por ejemplo, el significado de la expresión «derecho de custodia» en el Convenio

de custodia, definido básicamente en el art. 5 a), comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia. Mediante esta definición incompleta o no exhaustiva del derecho de custodia, los redactores del Convenio procuraron realzar cuál es el contenido esencial del derecho de custodia retenido en el marco convencional, esto es, la facultad de decidir el lugar de la residencia habitual del menor.

Esta peculiar concepción del derecho de custodia, directamente orientada a evitar cualquier desplazamiento del menor de su residencia habitual salvo que existan las suficientes garantías de estabilidad en otro Estado distinto, ha provocado algunas dificultades en su concreción judicial, dada la tendencia existente en todos los Ordenamientos jurídicos a crear *ex lege* o por decisión judicial situaciones jurídicas que constituyen modalidades de custodia conjunta por los dos progenitores en el sentido recogido por el Convenio, pero que pueden no coincidir con la concepción que exista del derecho de custodia en el Ordenamiento jurídico del Estado conforme al cual se esté examinando la ilicitud del desplazamiento. Entre estas situaciones se encontrarían, naturalmente, y sin problema alguno de interpretación, las situaciones en que ambos progenitores poseen *ex lege* la custodia conjunta del menor⁷⁸¹, pero también, particularmente (pues son las situaciones susceptibles de provocar mayores dudas), todas aquéllas en las que aparentemente sólo uno de los progenitores posee el derecho de custodia (o que principalmente tiene la custodia), pero el derecho de éste se encuentra limitado por un derecho de veto al cambio de la residencia del menor del otro progenitor (en virtud de un acuerdo *inter partes* o de una decisión) o de un concreto tribunal, de manera que el principal titular del derecho de custodia necesita el consentimiento o autorización del otro progenitor o del tribunal para desplazar al menor hacia otro Estado⁷⁸². De este modo, si el principal titular del derecho de

no coincide con ninguno de los conceptos de «derecho de custodia» existentes en los Estados parte, sino que ve sus contornos propios trazados por las definiciones, la estructura y el mismo objetivo del Convenio»; «La Comisión especial ha señalado que la expresión «derecho de custodia» debe ser interpretado en una óptica internacional y no por referencia a un Derecho nacional particular» («Rapport de la Deuxième réunion...», *cit.*, conclusion 2 y respuesta a la cuestión 5, respectivamente).

⁷⁸¹ *Vid.*, art. 3 a), que reconoce, en general, la posibilidad de custodia conjunta.

⁷⁸² Algunos sistemas del Derecho comparado ofrecen esta misma concepción del derecho de custodia conjunto sin que sea necesario una decisión judicial o acuerdo *inter partes*. Por ejemplo, en el derecho australiano, cuando a un padre se le confía la *custody* del menor, el otro padre conserva *ex lege* un derecho de *guardianship* sobre el menor, que implica fundamentalmente el derecho de ser consultado

custodia desplaza al menor sin el consentimiento del progenitor o tribunal que tiene el derecho a decidir sobre la residencia del menor, el primero habrá llevado a cabo un desplazamiento ilícito en el marco del Convenio, y el segundo podrá solicitar el retorno del menor fundándose en la infracción de su derecho de custodia⁷⁸³.

Puede afirmarse que la jurisprudencia en la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 ha sido en líneas generales bastante respetuosa con esta concepción autónoma del concepto de custodia en el marco convencional, llevándose a cabo una interpretación amplia del mismo, conforme al espíritu y finalidad del texto convencional⁷⁸⁴, aunque, naturalmente, puedan verificarse excepciones⁷⁸⁵.

y de consentir u oponerse a que el menor abandone el país (*vid.*, «Conclusions générales de la Commission spéciales d'octobre 1989...», *cit.*, párr. 9); o en el derecho americano, donde es común la distinción entre *primary legal custody* (custodia material y física del menor) y *joint legal custody* (vigilancia sobre la educación, la residencia etc.).

⁷⁸³ *Vid.*, sobre la relevancia del derecho a determinar la residencia del menor en el contexto del Convenio, *inter alias*, P. Beaumont y P. Mc.Eleavy, *The Hague Convention...*, *cit.*, pp. 75-82; M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de La Haye...», *cit.*, pp. 21-25.

⁷⁸⁴ *Vid.*, significativamente, como ejemplo de derecho de custodia de un progenitor que tiene el derecho a oponerse al desplazamiento del menor en virtud de un acuerdo inter partes, decisión de la *Cour d'appel d'Aix-en-Provence* de 23 de marzo de 1983 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, p. 529), a propósito de un padre que había obtenido la custodia temporalmente de sus hijos (*temporary custody*) de un tribunal inglés. El padre desplaza a los menores a Francia sin consentimiento de la madre ni del tribunal. El tribunal estima que ha existido sustracción ilícita en el marco del Convenio puesto que el padre ha infringido el derecho de custodia parcial de la madre, ya que según un acuerdo previo y escrito entre ambos progenitores, la madre podía oponerse a tal desplazamiento. El padre se opone a la demanda de retorno alegando, entre otras cuestiones, que la madre no tenía derecho a la custodia según la ley inglesa en el momento del desplazamiento, y la *Cour d'appel* establece que el derecho de la madre de dar o no su consentimiento al desplazamiento de los menores, se conjuga con el derecho de custodia del padre, dando lugar a una modalidad de custodia conjunta en el sentido del Convenio, ya que el «derecho de custodia» de éste comporta expresamente aquél de decidir el lugar de la residencia del menor; como ejemplo de un derecho de custodia a favor del tribunal que debe dar su autorización al desplazamiento del menor por parte del progenitor que tiene el derecho de custodia, *vid.*, decisión de la *Hight Court* (Inglaterra) de 20 de octubre de 1989 (*The Weekly Law Report*, 1989, p. 825, citado en «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, nota 2). En este caso se trataba de un menor que había sido declarado *ward of custody* y confiado a la madre. La *Hight Court* considera, a instancia del padre, que el desplazamiento del menor por la madre a los Estados Unidos sin el asentimiento del Tribunal, constituía un desplazamiento ilícito en el sentido del Convenio, puesto que ella misma tenía, en virtud de la ley inglesa, el derecho de decidir la residencia del menor (esto es, un derecho de custodia).

⁷⁸⁵ *Vid.*, *ad. ex.*, decisión del *Trib. gr. ins.* Périgueux de 17 de marzo de 1992 (*vid.* decisión y nota crítica de H. Gaudemet-Tallon, *Jour. dr. int.*, 1993, pp. 941-945). En esta decisión el Tribunal considera erróneamente que la ordenanza de la *Cour* de otorgar la custodia a un progenitor, prohibiéndole desplazar al menor fuera de la jurisdicción de la *Cour* sin el consentimiento del otro progenitor, no constituye más que una modalidad de derecho de custodia y no una situación de custodia conjunta. Esta postura, según la 2ª Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio, ha sido rechazada por diversos tribunales de Austria, el Reino Unido y Estados Unidos (*vid.*, «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, respuesta a la cuestión 5).

El problema que actualmente viene planteando esta concepción autónoma del concepto de custodia en el Convenio de La Haya, como puede intuirse, es que, a pesar de ser objeto de una interpretación amplia, nunca permite al progenitor que ostenta únicamente un derecho de visita (y que no puede prevalecerse de un derecho a decidir sobre la residencia del menor bien sea *ex lege* o por decisión judicial) solicitar el retorno del menor en los casos en que el titular del derecho de custodia haya desplazado dolosamente al menor a otro Estado sin su consentimiento, y con objeto de impedir el ejercicio del derecho de visita de aquél⁷⁸⁶. Estas situaciones, cada vez más frecuentes en la práctica, y que demuestran importantes abusos por parte del progenitor que ostenta el derecho de custodia «completo», afectan gravemente tanto al derecho del menor a tener relaciones periódicas con sus dos progenitores, como al ejercicio efectivo del derecho de visita.

El Convenio de La Haya de 1980 concibe el derecho de visita de modo muy distinto al derecho de custodia, definiéndolo incompleta y anticuadamente en su art. 5 b) como «*el derecho de llevar al menor por un periodo de tiempo limitado a otro lugar distinto a aquel en que tiene su residencia habitual*», y sometiendo su garantía a un régimen jurídico muy distinto. La infracción del derecho de visita únicamente permite presentar una solicitud a las Autoridades centrales de los Estados contratantes con el fin de que éstas procedan a «la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita» (art. 21). Esta respuesta convencional, como habrá ocasión de profundizar más adelante, se ha mostrado claramente insuficiente en el actual contexto de la sustracción internacional de menores para garantizar adecuadamente el derecho de visita, y el derecho del hijo a tener relaciones con sus padres, revelando una consecuencia negativa del planteamiento esencialmente utilitarista del Convenio de la Haya de 1980⁷⁸⁷. Basta recordar los trabajos llevados a cabo actualmente en el seno de diferentes Organizaciones internacionales con objeto de ofrecer, desde

⁷⁸⁶ Esta cuestión ya se planteó durante la elaboración del Convenio, aunque como explica E. Pérez Vera, el problema escapaba de los objetivos convencionales (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 445).

⁷⁸⁷ *Vid.*, sobre las limitaciones del Convenio de La Haya de 1980 en este sentido, *ad. ex.*, A. Dyer, «Traslado de los padres guardianes y de sus hijos dentro de la Unión Europea y problemas del derecho de visita. Ámbito y tiempos de la intervención judicial», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 147-167; N. Lowe, «Problems relating to access disputes under the Hague Convention on International Child Abduction», *International Journal of Law and the Family*, vol. 8, 1994, pp. 374-385; J. J. Forner Delaygua, «El acceso de los hijos a sus progenitores: el derecho de visita», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Mundialización y Familia*, *cit.*, pp. 23-50.

diferentes perspectivas aunque siempre presididas por la CIA, una reglamentación adecuada que garantice satisfactoriamente el derecho de relación transfronterizo de los menores y el «derecho de visita», como posibles soluciones que colmen la laguna del Convenio de La Conferencia de la Haya de 1980 en torno a este aspecto, ofreciéndose a su vez como alternativas al mismo respecto al problema de la sustracción internacional desde una perspectiva preventiva (en el marco de la Conferencia de La Haya, se trabaja sobre la idea de elaborar un Protocolo específico al Convenio; en la Unión Europea, a partir de la Iniciativa de la República Francesa sobre la supresión del *exequatur* en materia de derecho de visita, que actualmente ha sido refundida junto con una solución *ad hoc* al problema de la sustracción en la Propuesta de Reglamento, de 3 de mayo de 2000, en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que deroga el Reglamento «Bruselas II»; y en el Consejo de Europa, en torno al Proyecto de Convenio sobre las relaciones personales con los hijos.

Estos problemas teóricamente no tendrían porqué presentarse en el marco del Convenio de Luxemburgo de 1980, puesto que, como se ha visto, el objetivo de éste es mucho más amplio, abarcando también la protección del derecho de visita. Estos objetivos una vez más se proyectan en las definiciones contenidas en la propia letra del Convenio sobre los conceptos claves, y concretamente con relación al concepto retenido en el texto de resolución relativa a la custodia. En este sentido, y a diferencia del Convenio de La Haya de 1980, el Convenio de Luxemburgo no sólo concibe el derecho de custodia como el derecho al cuidado de la persona del menor (incluido el derecho de fijar su residencia), sino que también concibe como resolución relativa a la custodia de menores, el derecho de visita *ex art. 1c)*, así como las medidas destinadas a resolver sobre el derecho de visita, a petición de la persona que invoque ese derecho, en el caso que no haya habido resolución alguna al respecto o se deniegue el reconocimiento y la ejecución de la resolución relativa a la custodia *ex art. 11.3*⁷⁸⁸. Sin embargo, a pesar que esta definición incompleta del derecho de custodia⁷⁸⁹ permitiría, a diferencia del Convenio de La Haya de 1980, tipificar el desplazamiento de un

⁷⁸⁸ *Vid.*, esta inclusión dentro del concepto de resolución relativa a la custodia de menores, M. Echezarreta Ferrer, «La infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Información y puntos de debate», *Revista de Derecho de familia*, 2000, nº 8, pp. 253-284, esp., pp. 267-268.

⁷⁸⁹ *Vid.*, sobre su delimitación y sentido en el Convenio, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 219-220.

menor por el progenitor que ostenta la custodia, sin el consentimiento del titular del derecho de visita e impidiendo el ejercicio efectivo de este derecho, como «traslado ilícito» en el marco del Convenio [art. 1 d)], y actuar sus mecanismos específicos, de nuevo ya en la misma definición se advierte las limitaciones de este Convenio, ya que no define «derecho de custodia», sino «resolución relativa a la custodia» y, entre otras cuestiones, la articulación de los mecanismos incorporados en el Convenio de Luxemburgo para obtener la devolución del menor, como se verá más adelante, resultan de una eficacia muy limitada para resolver satisfactoriamente todos los problemas que actualmente rodean al panorama de la sustracción internacional de menores⁷⁹⁰.

Finalmente, en el Convenio hispano-marroquí de 1997 no puede encontrarse definición alguna de lo que se entiende en su ámbito por «derecho de custodia» y por «derecho de visita», ausencia que sí puede encontrar alguna justificación en el hecho que al ser un Convenio exclusivamente entre dos Estados no requiere tan imperiosamente dotar a sus conceptos de autonomía como cuando se trata de un Convenio llamado a ser aplicado en una pluralidad de Estados como el Convenio de La Haya de 1980, sin embargo, no deja de plantear problemas. A título de ejemplo, y partiendo que *a priori* el Convenio parece distinguir claramente los conceptos de derecho de custodia y de derecho de visita, sin embargo, cabe cuestionarse si en el concepto de desplazamiento ilícito contenido en el art. 7 1 a), que se refiere a los supuestos en que hay una infracción de una resolución judicial ejecutoria en el Estado requerido, tendrían cabida sólo las resoluciones relativas a la custodia, o también las que se refieren al derecho de visita, a imagen del art. 1 c) del Convenio de Luxemburgo. El art. 7.1 a) sólo se refiere extrañamente a «resolución judicial», sin especificar la materia sobre la que recae, y mantener una u otra opción posee una gran relevancia práctica, puesto que si exclusivamente se refiere a las resoluciones relativas a la custodia, como ha sido dado por supuesto por algunos autores⁷⁹¹, no existirá desplazamiento ilícito en el supuesto de desplazamiento del menor por el progenitor

⁷⁹⁰ *Vid., infra*, Cap. III, III. 4. B) b).

⁷⁹¹ *Vid., ad. ex.*, M. Moya Escudero y H. Zekri, «Nuevo régimen...», *cit.*, pp. 372-373; M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 96-97; J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos...», *cit.*, pp. 150-152; M. M. Velázquez Sánchez, «El Convenio Hispano-Marroquí...», *cit.*, pp. 498-501.

que ostenta el derecho de custodia con infracción del derecho de visita del otro progenitor; pero si también se incluyen las resoluciones relativas al derecho de visita, sí existiría tal desplazamiento ilícito y el progenitor que ha visto lesionado su derecho de visita podría solicitar la devolución inmediata del menor bajo el régimen específico previsto en el Convenio.

En conclusión, como se ha comprobado, tres Convenios que se dirigen a proteger al menor en el contexto de la sustracción internacional de menores, recogen diferentes concepciones del término de «desplazamiento ilícito» que es incorporado en cada uno de ellos como concepto clave en su funcionamiento. Los dos Convenios multilaterales recogen igualmente diferentes definiciones de los conceptos de «derecho de custodia» y de «derecho de visita». A su vez, cada una de estas concepciones actúa de manera autónoma a las respectivas definiciones contempladas en los Ordenamientos jurídicos de los distintos Estados parte. Aunque estas distinciones demuestren, una vez más, la tendencia de los Convenios utilitarios a diseñar todo el mecanismo convencional en función de los fines convencionales que persiguen, y haya podido comprobarse las diferencias de resultado entre unos y otros en función de dicha delimitación conceptual, sería poco ortodoxo dejar de señalar que esta falta de uniformidad parece ir en contra del más mínimo principio de seguridad jurídica y del principio de previsibilidad.

b) Menor/Niño

En cuanto a la definición del sujeto destinatario de la protección otorgada por los respectivos Convenios internacionales que reglamentan la protección del menor, llama la atención, en primer lugar, que mientras algunos prefieren la denominación de «menor» para referirse al titular de la protección otorgada, otros opten por el término de «niño» y, en segundo lugar, que no exista una definición unánime del concepto,

tanto por el método empleado para su concreción, como por los distintos límites de edad establecidos⁷⁹².

Así, en primer lugar, optan por el término de niño: la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (art. 1), el Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos del niño de 1996 (art. 1), el Convenio de La Haya de 1993 (art. 3), y el Convenio de La Haya de 1996 (art. 2). En cambio, prefieren el término de menor: el Convenio de La Haya de 1961 (art. 12), el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción (art. 4), el Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 1), y el Convenio hispano-marroquí de 1997 (art. 2).

En segundo lugar, en cuanto a la técnica de determinación de esta condición, algunos Convenios optan por definiciones materiales y, en cambio, otros por fórmulas de remisión a las leyes internas de uno o varios Estados contratantes. Optan por el método de definición indirecto o conflictual: el Convenio de las Naciones Unidas, que entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad; y el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, que determina la condición de menor mediante una aplicación acumulativa de la ley interna de la residencia habitual del menor y de su ley nacional. Por el contrario, prefieren una definición material del sujeto de la protección convencional: el Convenio del Consejo de Europa de 1996 sobre el ejercicio de los Derechos del Niño, que delimita su ámbito de aplicación a los niños que no hayan alcanzado la edad de dieciocho años; el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, que fija el límite de edad máximo de protección en dieciséis años; el Convenio hispano-marroquí de 1997, que entiende por menor toda persona no emancipada menor de dieciocho años que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados; y el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, que aunque no define el destinatario de su protección, fija su edad máxima en los dieciocho años⁷⁹³. Finalmente, también puede observarse un

⁷⁹² Sobre la cualidad de menor en el DIPr. español, *vid.*, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 38-50; G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 20-26.

⁷⁹³ En este grupo convencional que se inclina por una definición material también se incluirían: el Convenio de la Haya de 1965 sobre adopción, que fija un límite máximo de dieciocho años (art. 2); y

tercer método, que es preferentemente material, aunque completado con una reglamentación conflictual, y que es el adoptado por el Convenio de Luxemburgo de 1980, definiendo al menor como una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años, y que no tenga derecho a fijar su residencia según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido⁷⁹⁴. ¿Qué consecuencias se pueden extraer de esta falta de uniformidad?, ¿es justificable esta diferencia de trato entre niños dependiendo de la naturaleza convencional que resulte aplicable o de la ley conforme a la cuál deba ser examinada su minoridad?

A mi juicio, no es justificable, sino que además es criticable, y en este caso concreto que se refiere a la definición del sujeto destinatario de la protección convencional, estos Convenios no deben ser examinados ni aplicados aisladamente, sino insertos en el esquema internacional de la protección del menor que ha sido construido por los sucesivos Convenios que inciden en su reglamentación, y a partir de su Carta Magna: la Convención de las Naciones Unidas de 1989. Es en este marco precisamente donde puede observarse la tendencia en la más reciente reglamentación convencional de la protección de menores, a la creación de un concepto internacional autónomo del titular o sujeto de la protección convencional, independiente de cualquier tipo de restricción derivada de los derechos nacionales, y que coincide con el de toda persona desde su nacimiento hasta que alcance la edad de los dieciocho años.

Esta tendencia se aprecia, en primer lugar, por la opción de todos los Convenios internacionales celebrados después de la Convención de los Derechos del niño por el término de niño, *versus* el concepto de menor, para referirse al titular de su protección⁷⁹⁵. El concepto de niño debe dejar de ser concebido como un concepto

los Convenios de La Haya de 1973 en materia de obligaciones alimenticias que lo fijan en 21 (art. 26. 1 del Convenio sobre reconocimiento y art. 13. 2 del Convenio sobre ley aplicable).

⁷⁹⁴ Sobre la interconexión de métodos utilizada por el Convenio en este aspecto, *vid., ad. ex.*, A. Marín López, «El Convenio europeo...», *cit.*, pp. 215-216.

⁷⁹⁵ El Convenio hispano-marroquí específico de 1997 es la única excepción a esta tendencia, excepción que se justifica por el hecho que este Convenio parece más bien una transposición adaptada de los preceptos de los Convenios de La Haya y de Luxemburgo de 1980 sobre sustracción (ambos anteriores a la Convención de las Naciones Unidas), que un texto autónomo que debe atender a la realidad sociológica entre ambos Estados y a sus respectivas particularidades sociales, culturales y jurídicas.

exclusivo de los Convenios relativos a los Derechos humanos⁷⁹⁶, puesto que también se ha incorporado a los Convenios de DIPr. *stricto sensu* (Convenios de La Haya de 1993 sobre adopción internacional y de 1996 sobre protección de menores), desplazando la anterior y preferida calificación de menor. Este desplazamiento terminológico se justifica por la razón que mientras que el concepto de menor es un concepto estrictamente jurídico y, por tanto, su concreción requiere siempre la intervención de un Ordenamiento jurídico concreto, el término de niño hace referencia más bien a un concepto sustantivo que procura despojar al de menor de toda connotación jurídica, centrándose únicamente en la condición de la persona que por sus especiales circunstancias de edad necesita una especial protección y promoción⁷⁹⁷.

Esta misma idea de instauración de un concepto de menor autónomo a los conceptos existentes en los respectivos Estados parte, y que fija su límite máximo de protección en los dieciocho años, es también la que justifica la tendencia convencional hacia las definiciones materiales en detrimento de las fórmulas de remisión (Convenio de La Haya de 1993 y Convenio de La Haya de 1996). En ambos se expresa el deseo de no sujetar esta relevante cuestión a los Ordenamientos de cada uno de los Estados parte, y la necesidad de fomentar la uniformidad en la aplicación de las normas convencionales, mediante una norma material directa que fije el límite máximo de protección convencional en la edad de los dieciocho años, evitando así interpretaciones divergentes entre los Estados parte (se opta por este límite de edad porque es el aprehendido por el art. 1 de la Convención de los Derechos del niño de la que ambos parten)⁷⁹⁸. Es importante dejar sentado que con esta definición material del titular de la protección convencional no se sustituye la reglamentación interna de cada uno de los Estados parte en cuanto al momento en que se alcance la mayoría de edad, sólo que la protección convencional se extiende a todas las personas desde su

⁷⁹⁶ Así parece ser concebido por algunos autores (*vid., ad., ex.*, G. Esteban de la Rosa, *Acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 21).

⁷⁹⁷ En esta misma dirección sustantiva se encuentran algunos de los proyectos existentes en el marco internacional en materia de protección del derecho de visita, que optan por sustituir el término de «niño» por el de «hijo», haciendo hincapié en el vínculo de filiación origen de la protección, independientemente de su carácter matrimonial o no (*vid., ad. ex.*, Proyecto de Convenio del Consejo de Europa de 2001 sobre las relaciones personales de los hijos).

⁷⁹⁸ *Vid.*, este deseo de uniformidad en la aplicación de las normas de los Convenios de La Haya de 1993 y de 1996, evitando definiciones por remisión, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 562; P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 6, respectivamente.

nacimiento hasta que alcancen los dieciocho años, con independencia que conforme a las normas de conflicto del foro hayan devenido capaces (bien por haber alcanzado antes la mayoría de edad o, generalmente, por emancipación)⁷⁹⁹.

A pesar de estas dos claras direcciones que confirman la tendencia hacia la instauración de un concepto material y en clave internacional del sujeto titular de la protección convencional, que operaría como una norma de aplicación imperativa en el marco internacional, no pueden dejar de desconocerse las dificultades de *lege lata* a las que se enfrenta dicha construcción, partiendo que la misma Carta Magna de los Derechos del Niño no logró prescindir de la remisión a las legislaciones nacionales para la concreción del destinatario de su protección y se reveló incapaz para fijar con carácter absoluto la edad máxima de dieciocho años⁸⁰⁰. Sin embargo, aun no pudiendo ignorar la incidencia de esta remisión en cuanto a la posible reducción personal de la protección convencional, no puede dejar de desconocerse que la concreción final del concepto de niño que recoge la Convención de 1989 es fruto de un consenso entre diversas posiciones divergentes, entre las que finalmente triunfaría la postura inicial, según la cual un ser humano debía de considerarse niño hasta los dieciocho años de edad, pero sin poder imponer dicho límite máximo de protección imperativamente a los Estados que por cuestiones materiales no podían afrontarlo⁸⁰¹. Es precisamente esta posición óptima de la Convención de 1989, conforme a la cual su objetivo era «aplicarse a un grupo de edad lo más amplio posible», la que debe guiar la interpretación y aplicación de esta normativa en cada caso concreto, ya que como ha destacado nuestra doctrina, esta labor deberá estar presidida por la búsqueda del trato

⁷⁹⁹ *Vid.*, con relación al Convenio de La Haya de 1996, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 6. Respecto al momento inicial de la protección, el Convenio de La Haya reafirma la posición adoptada implícitamente por la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (*vid.*, sobre ésta, P. Rodríguez Mateos, «La protección jurídica...», *cit.*, p. 474; J. L. Clergerie, «L'adoption d'une Convention...», *cit.*, p. 446). Respecto al tratamiento de la emancipación en la normativa convencional y autónoma, *vid.*, entre otros, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 46-50.

⁸⁰⁰ *Vid.*, una crítica en este sentido, P. Rodríguez Mateos, «La protección internacional...», *cit.*, p. 476.

⁸⁰¹ La definición del término «niño» provocó un «conflicto fundamental entre los Estados». Para los países musulmanes, la edad legal del matrimonio que podía ser de doce, trece o catorce años, significaba el paso a la mayoría de edad. Japón defendía retener los veintiuno años como en su Derecho interno, y los países más pobres estimaban que debía imponerse la edad máxima de los dieciséis años, puesto que no estaban en condiciones de hacer frente a la carga que la Convención imponía en caso de niños hasta los dieciocho años de edad. Finalmente, como se ha dicho, triunfó la posición inicial de los países escandinavos (*vid.*, esta cuestión, entre otros, C. M. Díaz Barroso, «La Convención sobre los Derechos del Niño...», *cit.*, pp. 190-193; J. L. Clergerie, «L'adoption d'une Convention...», *cit.*, p. 446; P. Buirette, «Réflexions...», *cit.*, pp. 61-62).

más favorable a la persona en cuestión («*favor minoris*»), y «*ésto no sólo en aplicación de un principio general del Derecho, sino por expreso imperativo convencional*»⁸⁰².

El segundo límite a esta construcción devendría del alcance de protección arbitrado por diversos textos, todos ellos concluidos con anterioridad a la Convención de los Derechos del niño, y que cubren diferentes ámbitos materiales de protección⁸⁰³.

En primer lugar, respecto al ámbito general de la protección de los menores, un límite muy importante se encuentra en el estrechado y estrechable ámbito de aplicación personal construido por el Convenio de 1961, actualmente en vigor para España, y que exige acumulativamente para que el Convenio sea aplicado a una persona que ésta tenga la cualidad de menor tanto según la ley interna de su residencia habitual como según la ley interna de su ley nacional⁸⁰⁴. Este ámbito de aplicación tan restrictivo, que una vez más encuentra sus últimas raíces en la labor de compromiso entre los defensores de la nacionalidad y del domicilio, ya se ha visto como procura ser superado por el Convenio tendente a sustituirlo, esto es, el Convenio de La Haya de 1996, pero hasta que ello no ocurra (si tiene lugar), la restricción convencional continuará operando. Sin embargo, como ha sido puesto de relieve por algunos autores, ello sólo implica que si la persona en cuestión no cumple acumulativamente estas dos condiciones, no le será aplicable la normativa convencional, pero no que si de acuerdo con la ley del foro (ya sea conforme a su ley interna o conforme a la ley que remita la norma de conflicto para determinar la minoridad) tal sujeto es menor,

⁸⁰² Vid. E. Pérez Vera, «El Convenio sobre los Derechos del Niño...», *cit.*, p. 176; M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 39. Esta misma interpretación es la que debe inspirar la interpretación y aplicación del concepto de menor en nuestro DIPr. autónomo, que como es sabido, reproduciendo el art. 1 de la Convención, se contiene en el art. 1 de la LOPJM, entendiéndose que: «*la presente ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable haya alcanzado anteriormente la mayoría de edad*» (en contra de someter en nuestro Ordenamiento jurídico las cuestiones sobre protección de menores al régimen de las cuestiones sobre capacidad y estatuto personal, *vid.*, P. Rodríguez Mateos, «La protección jurídica del menor...», *cit.*, p. 476; M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 44-45).

⁸⁰³ Con excepción, una vez más, del Convenio hispano-marroquí de 1997, que vuelve a transponer en este aspecto las normas de los Convenios de La Haya y de Luxemburgo de 1980.

⁸⁰⁴ Aunque la traducción española del texto lleve a confusión entendiéndose que se trata de conexiones alternativas (art. 12), y aparte de la posibilidad de reservar, como hizo España en el momento de la ratificación del Convenio, conforme al art. 13. 3, la aplicación de sus reglas exclusivamente a los menores nacionales de Estados contratantes (reserva que afortunadamente ha sido retirada por todos los Estados que, como España, la realizaron en su momento, excepto por Luxemburgo).

deban adoptarse las medidas de protección necesarias según el Derecho del foro⁸⁰⁵; labor que deberá llevar a cabo la autoridad competente *in casu* tomando como consideraciones primordiales el interés superior del menor, y la necesaria optimización de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

En segundo lugar, se encuentra el límite personal recogido por los Convenios internacionales que regulan específicamente el problema de la sustracción internacional de menores. Todos ellos consagran una concepción de niño más restringida, fijando el límite máximo de protección convencional en la edad de los dieciséis años. Este límite más inferior se inserta en el contexto del reconocimiento de la autonomía del menor, en el sentido que una persona mayor de dicha edad goza de una voluntad propia, de una autonomía, que difícilmente puede ser ignorada por sus progenitores y por las autoridades judiciales/administrativas en el momento de adoptar una decisión sobre el retorno⁸⁰⁶, y además resulta seriamente difícil ejecutar una decisión sobre custodia contra su voluntad⁸⁰⁷. De este modo, se prevé en el Convenio de La Haya de 1980, en el Convenio de Luxemburgo y, siguiendo dichas pautas, también en el Convenio hispano-marroquí (que criticablemente extiende este límite personal a todos los supuestos, olvidando que su ámbito de aplicación material no se refiere exclusivamente a la devolución de los menores, sino también al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita, y a la organización o protección del derecho de visita con o sin desplazamiento ilícito)⁸⁰⁸.

Esta restricción, a mi juicio, tampoco resulta del todo acertada, puesto que cabría contemplar, en atención al *favor minoris*, la posibilidad de ampliar dicha protección convencional al niño hasta alcanzar los dieciocho años, otorgando en dicho margen de edad un papel relevante a su opinión personal⁸⁰⁹ (*ad. ex.*, el propio

⁸⁰⁵ *Vid.*, en este sentido, entre otros, W. E von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 237-238; G. A. L. Droz, «La protection des mineurs...», *cit.*, pp. 607-608.

⁸⁰⁶ *Vid.*, *ad. ex.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 449-450. En general, sobre la concepción de la autonomía del menor, *vid.*, J. Bonnard, «La garde du mineur et son sentiment personnel», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1991, pp. 181-201.

⁸⁰⁷ *Vid.*, P. Boucaud, «La protection de l'enfant...», *cit.*, pp. 31-32.

⁸⁰⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, M. Moya Escudero y H. Zekri, «Nuevo régimen bilateral...», *cit.*, p. 372.

⁸⁰⁹ *Vid.*, en el mismo sentido, J. A. Tomás Ortíz de La Torre, «Retención de hijos menores de edad...», *cit.*, p. 40.

Convenio de La Haya de 1980 prevé *ex art.* 13.2 la posibilidad que la autoridad judicial o administrativa requerida pueda negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones)⁸¹⁰. Esta restricción convencional de dos años (de los dieciséis a los dieciocho) tiene hoy en día mucha menos justificación, si se tiene en cuenta la obligación impuesta por la Convención de los Derechos del niño a los Estados parte de adoptar todas las medidas apropiadas para luchar contra los desplazamientos ilícitos y la retención ilícita de los niños por uno de sus progenitores, y la necesaria optimización del alcance de protección previsto en la misma.

Por tanto, aun cuando, hoy por hoy, la protección frente al traslado no pueda canalizarse para los niños comprendidos entre la edad de los dieciséis a los dieciocho años mediante la normativa convencional específica sobre la misma, debe alentarse a los Estados a buscar los instrumentos necesarios para proteger a estos menores frente al secuestro, bien sea por vía convencional, propiciando la ratificación del Convenio de La Haya de 1996, y convirtiéndose éste en la normativa aplicable en los casos de secuestro de menores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, o bien acudiendo a la vía interna, tanto mediante las respectivas normas de desarrollo de los Convenios específicos como, al margen de éstos, mediante una posible normativa *ad hoc* que aplique los principios de aquéllos⁸¹¹.

⁸¹⁰ Este precepto se incluyó fundamentalmente con objeto de atenuar la rigidez que para algunos Estados suponía el límite de los dieciséis años, puesto que fueron muchos los delegados que defendieron la edad máxima de los catorce años (*vid.*, sobre esta cuestión, F. J. Zamora Cabot, «El proyecto de Convención de La Haya...», *cit.*, pp. 938-941; G. Carela, «La Convenzione...», *cit.*, p. 790).

⁸¹¹ Así, en el Análisis Estadístico de solicitudes efectuadas en 1999 en aplicación del Convenio de La Haya de 1980, realizado por N. Lowe, S. Armstrong y A. Mathias, y que pretende dar una imagen precisa, objetiva y global de la aplicación de este Convenio en nuestros días, se comprueba que durante dicho año se presentaron dos solicitudes de retorno respecto de menores mayores de dieciséis años, que obviamente fueron rechazadas por las respectivas Autoridades centrales de los Estados requeridos (Países Bajos y Estados Unidos) por no quedar cubiertas por el ámbito personal del Convenio (*vid.*, «Analyse statistique des demandes déposées en 1999 en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», Document préliminaire No 3 de mars 2001 à l'intention de la Commission spéciale de mars 2001, <http://www.hcch.net>). Este dato revela que el niño mayor de dieciséis años, aun cuando no es lo usual, puede requerir una especial protección en estos supuestos, protección que los Estados están obligados a arbitrar, aun cuando deban tener en cuenta de manera especial su opinión en el procedimiento. El mismo espíritu se deduce de los supuestos en que el menor cumple la edad de los dieciséis años pendiente la demanda de retorno en el Estado requerido. En estos caso, si bien algunos Estados suspenden el procedimiento, la regla general

En conclusión, el principio del *favor minoris* (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989) y la necesaria optimización de esta Carta Magna de los Derechos del Niño exigen defender de *lege ferenda* un concepto internacional y material de menor que vendría a ser toda persona desde su nacimiento hasta la edad de los dieciocho años. Este concepto vendría así a convertirse en una especie de norma material imperativa de aplicabilidad directa y de origen convencional, aplicable a las situaciones cubiertas por la normativa convencional, e independientemente de los ámbitos materiales concretos regulados por cada uno de los respectivos Convenios, puesto que en este aspecto, al contrario que puede ocurrir con los conceptos examinados con anterioridad, no es concebible disparidad convencional alguna, ya que todos y cada uno de los distintos Convenios que inciden en la protección del menor responden a una misma teleología: garantizar el interés superior del menor en las situaciones privadas internacionales. Se es consciente, como se ha visto, que de *lege lata* todavía existen algunas excepciones impuestas por normas convencionales anteriores a la promulgación de la Carta Magna de los Derechos del Niño, sin embargo, no sólo la dirección convencional actual apunta indubitadamente hacia esta nueva concepción del menor, sino que los mandatos de aquélla deben convertirse en los únicos parámetros de interpretación y aplicación tanto de la normativa convencional anterior a la misma, como de los propios Derechos autónomos⁸¹².

es su continuación, aplicando los principios convencionales [práctica que fue propuesta por la Primera Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio (*vid.*, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, pp. 5-6)].

⁸¹² En esta línea se encuentra el Proyecto de Convenio del Consejo de Europa, de 7 de diciembre de 2001, relativo a las relaciones personales de los hijos, que define en su art. 3 al menor como toda persona menor de dieciocho años de edad, aunque en el proyecto de su informe explicativo, en atención a la autonomía del menor mayor de 16 años, se recomienda a los Estados tener debidamente en cuenta los deseos de aquél, tanto en el momento de adoptar la decisión, como en la fase de ejecución (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 23). Por el contrario, resulta criticable, a mi juicio, la ambigüedad en este aspecto de los trabajos de la Unión Europea en materia de protección de menores, puesto que el Reglamento 1347/2000 no se pronuncia sobre la cuestión, la Propuesta francesa se limita criticablemente a los hijos menores de 16 años (por un efecto de «contaminación» de los Convenios multilaterales específicos de sustracción cuando, en realidad, su ámbito material principal es la protección del derecho de visita), y la Propuesta del Reglamento de mayo de 2002 continúa sin pronunciarse sobre la cuestión.

C) Conceptos jurídicos no definidos: especial referencia al término de residencia habitual del menor

A la tendencia analizada en el apartado anterior podría objetarse que determinados conceptos que también son claves para el funcionamiento de un determinado Convenio de CIA no reciben definición alguna en el respectivo marco convencional (*ad. ex.*, adopción internacional en el Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción), o que existiendo alguna concreción en el texto sobre dicho término, ésta se revela claramente insuficiente (*ad. ex.*, acreedor alimenticio en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero). Efectivamente, esta observación es del todo cierta, aunque como se comprobará inmediatamente en el apartado siguiente, la tendencia en los Convenios posteriores en el tiempo que cubren el mismo ámbito material y que hacen mayor uso de la CIA, se dirige a colmar estas lagunas e introducir definiciones más exhaustivas que se orientan directamente al logro de los objetivos convencionales.

La cuestión que en este momento interesa analizar se refiere a aquellos conceptos que intencionadamente no son definidos en el respectivo Convenio internacional, pero que precisamente con esa ausencia de definición se pretende que funcionen de manera autónoma, instrumentalizándose al servicio de los respectivos objetivos convencionales. El ejemplo por excelencia de esta tendencia es la incorporación del término de «residencia habitual del menor» que, como se ha comprobado, se ha erigido en las últimas décadas como «criterio estrella» desde la óptica del DIPr. en materia de protección de menores desde diferentes perspectivas⁸¹³. Sin embargo, aproximarse a su concepto es, sin duda, una de las labores más complejas que rodean al estudio de la reglamentación convencional de la protección de menores.

En primer lugar, el dato que debe retenerse es que ninguno de los Convenios que incorporan este criterio contiene definición, delimitación o aproximación alguna a su concepto. La justificación de esta ausencia de definición se deduce claramente, a mi juicio, del informe explicativo de P. Lagarde sobre el Convenio de La Haya de 1996,

⁸¹³ *Vid., infra*, Cap. I, II. A) b).

texto en el que una vez más se barajó la posibilidad de insertar una disposición que la definiera, positiva o negativamente, aunque finalmente se rechazaron las diferentes proposiciones, no incluyéndose definición alguna, y justificándose esta negativa, entre otros motivos, «por el riesgo de perturbar la interpretación de los numerosos Convenios internacionales que utilizan la misma noción»⁸¹⁴.

De esta experiencia se deduce que el concepto de residencia habitual, utilizado en diferentes ámbitos materiales, y concretamente en materia de protección de menores, como se ha visto, tanto en los Convenios generales, como en los Convenios particulares relativos a la sustracción internacional de menores, prestación de alimentos, y adopción internacional, no es conveniente que tenga un contenido uniforme aplicable a todos y cada uno de ellos, puesto que en cada Convenio, el criterio de la residencia habitual es incorporado con una distinta función (fundamentalmente, como foro de competencia y, consecuentemente, de derecho aplicable; a veces como criterio de derecho aplicable *per se*; otras, como criterio determinante del ámbito de aplicación convencional, etc.) y, en cualquier caso, sirviendo a los objetivos y finalidades del texto en cuestión. No debe olvidarse que si precisamente, como se vio *supra*, se sustituyó el término de domicilio por el de residencia habitual fue por el deseo de desligar el término jurídico de «domicilio» de toda concepción existente sobre el mismo en los Derechos internos, y apostar por un criterio de carácter básicamente fáctico, que expresara el centro efectivo de la vida del menor, y que pudiera erigirse como concepto autónomo en su calificación e interpretación respecto a los Ordenamientos jurídicos de los Estados parte; y que, naturalmente, en última instancia, dejara un poder de apreciación a la autoridad judicial o administrativa *in casu* para apreciar el carácter de la residencia habitual del menor, dependiendo de las circunstancias de cada caso en concreto y de la finalidad particular del Convenio en cuestión⁸¹⁵.

Es necesario insistir, por tanto, en la idea que el concepto de residencia habitual en el marco convencional es un concepto autónomo, independiente de cada uno de los

⁸¹⁴ *Vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 13; también puede verse con relación a los intentos definitorios de la noción en este Convenio, M. Moya Ecuero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 83.

⁸¹⁵ *Vid.*, esta misma apreciación, *ad. ex.*, M. Fallon y O. Lhoest. «La Convention de La Haye...», *cit.*, p. 51.

sistemas jurídicos de los Estados parte en un respectivo Convenio⁸¹⁶ y, que en su concreción el intérprete debe tener en cuenta los diversos factores que se han ido construyendo como elementos constitutivos de su contenido esencial, pero atendiendo fundamentalmente en la ponderación de éstos, al contexto, espíritu y finalidad del respectivo texto convencional que la incorpore.

Respecto a la aproximación a su contenido esencial, existen ya algunos estudios en la doctrina que analizan los diversos elementos o factores necesarios para que se esté en presencia de una residencia habitual del menor⁸¹⁷. Como se apuntó, y recientemente ha sido puesto de relieve por A. Bucher, parece que la idea que el concepto de residencia habitual es un criterio de carácter fáctico no tiene hoy mucho sentido, pues si bien es cierto que la residencia habitual está constituida de un conjunto de elementos fácticos, la cuestión de saber cuáles son los criterios que la determinan, y su ponderación en el caso particular se va erigiendo cada vez más como una cuestión de derecho, por lo que puede concluirse que, en realidad, se está en presencia de una noción de derecho, compuesta de condiciones de hecho. La pregunta surge espontánea: ¿Cuáles son esas condiciones de hecho?. En realidad, la cuestión parece inasequible. Se acepta, en líneas generales, que la residencia habitual del menor expresa el centro efectivo de su vida, que supone más que la residencia efectiva, y se insiste fundamentalmente en la importancia decisiva del factor de la integración del menor; factor que deberá valorarse *in casu* teniendo en cuenta una serie de índices como son, esencialmente, de un lado, los vínculos familiares, sociales y escolares del menor y, de otro, el paso de un cierto plazo de tiempo que revele dicha

⁸¹⁶ *Vid.*, insistiendo sobre este carácter autónomo, con relación al Convenio de 1961, *ad. ex.*, W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 225-226; con relación al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, réponse a la question 5; respecto al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 28 novembre-1er décembre 2000 établis par le Bureau Permanent», <http://www.hcch.net>, párr. 95.

⁸¹⁷ *Vid.*, *ad. ex.*, E. Crawford, «Habitual Residence of the Child as the connecting factor in Child Abduction Cases: as consideration of recent cases», *Juridical Review*, 1992, pp. 177-186; en la doctrina española, *vid.*, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...cit.*, pp. 83-86; G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 67-73; en general, M. Clive, «The Concept of Habitual Residence», *The Juridical Review*, 1997, pp. 137-147; P. Rogerson, «Habitual Residence: The New Domicile?», *ICLQ*, 2000, pp. 86-107.

integración; plazo que aunque no puede operar decisivamente, viene establecido por la doctrina y jurisprudencia en torno a los seis meses⁸¹⁸.

Estos constituyen a grandes líneas los parámetros esenciales para determinar dónde se encuentra la residencia habitual del menor, sin embargo, como se ha dicho, en la ponderación de dichos factores y/o en la posibilidad de dar entrada de otros índices (*ad. ex.*, intención de establecerse en el nuevo lugar o «*animus manendi*»), el intérprete o aplicador *in casu* deberá tener en cuenta básicamente la función de la regla que la incorpora, y los objetivos que se persiguen alcanzar con la misma, teniendo en cuenta la finalidad del Convenio en concreto.

Por una parte, tratándose de los Convenios internacionales relativos a la protección del menor *in genere*, en donde la residencia habitual del menor es utilizada como criterio de competencia (y mediante la regla de la unidad, también como criterio de derecho aplicable), el principal problema que se suscita es a partir de qué momento puede decirse que el menor ha cambiado de residencia habitual (y por tanto, las autoridades de la nueva residencia habitual devienen competentes) y, naturalmente, esta cuestión se plantea con mayor énfasis en los supuestos de posible cambio de residencia habitual con ocasión de un desplazamiento ilícito⁸¹⁹. Este segundo problema es precisamente el que se suscita en toda su extensión en la aplicación de los Convenios que específicamente tratan de luchar contra el *Legal Kidnapping* y, particularmente en el Convenio de La Haya de 1980, en el que el foro de la residencia habitual del menor, como se ha anunciado, desempeña un papel de criterio de competencia indirecto, y en el que ante todo se desea evitar que mediante la conducta fáctica ilícita se altere el foro natural del menor, creándose foros artificiales. Por tanto, teniendo en cuenta el papel que en estos supuestos de sustracción desempeña la residencia habitual del menor y los fines que persiguen las reglas que la incorporan, en

⁸¹⁸ El plazo de 6 meses viene siendo aplicado por la jurisprudencia alemana y austriaca (*vid.*, decisiones citadas por G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, nota 10); coincide con el previsto en la *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* para que el niño adquiriera un nuevo *homo state*, en ausencia de desplazamiento ilícito (sección 2, p. 5), y también ha sido consagrado por la legislación Federal de los Estados Unidos en la *Parental Kidnapping Protection Act* de 1980 [sección 8, b) 2]. Ambos textos pueden verse en A. Shapira, «Aspects of Child Custody...», *cit.*, Anexos I y II, respectivamente.

⁸¹⁹ Sobre el cambio de residencia habitual del menor en el marco del Convenio de La Haya de 1961, *vid.*, *ad. ex.*, con incorporación del dato jurisprudencial, M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de La Haye...», *cit.*, pp. 44-48.

estos casos la concreción de la residencia habitual del menor debe llevarse a cabo con enorme rigurosidad y cautela, desde una perspectiva autónoma, y prestando especial atención a una serie de índices⁸²⁰: a) La residencia habitual del menor es independiente a la residencia habitual de los progenitores⁸²¹; b) La residencia habitual del menor tiene un carácter exclusivamente objetivo, y no cabe dar entrada a elementos subjetivos como son, principalmente, la intencionalidad de los progenitores o, incluso, la del propio menor⁸²²; c) El factor de la integración es decisivo para la adquisición de una residencia habitual y, junto a otros índices ya citados que conforman dicha integración, en términos de tiempo, tanto el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción como el Convenio de La Haya de 1996, ofrecen un plazo no determinante que se cifra en un año⁸²³.

Frente a esta rigurosidad en los supuestos de sustracción, en los casos de cambio de residencia habitual del menor sin desplazamiento ilícito, teniendo en cuenta los objetivos generales de los Convenios de La Haya de 1961 y de 1996 de acercar al menor a las autoridades que se encuentren en mejor condición para apreciar a su

⁸²⁰ Puede verse sobre la concreción de la residencia habitual del menor en el marco del Convenio de La Haya de 1980, *amplius*, P. Beaumont y P. McEleavy, *The Hague Convention...*, *cit.*, pp. 80-113; *vid.*, también, L. Silberman, «Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis», *FamLQ*, 1994, 1, pp. 9-34, esp., pp. 20-24; M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de La Haye...», *cit.*, pp. 48-52.

⁸²¹ Un problema importante en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 se ha planteado con ocasión de los militares del Reino Unido y Estados Unidos que han sido desplazados a territorios extranjeros, llevándose a sus hijos. Aunque en este caso, los progenitores no adquirieran su residencia habitual en dichos Estados conforme al Ordenamiento jurídico que les resultara aplicable, no cabe predicar igual conclusión respecto a los hijos en el marco del Convenio, ya que como insiste la Segunda Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980: «*la residencia habitual contemplada en el Convenio es siempre la residencia habitual del menor y no la de los padres*», y «*la expresión residencia habitual debe interpretarse en una óptica internacional y no por referencia a un derecho nacional particular*» (*vid.*, «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, réponse a la question 5).

⁸²² En la tercera reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 se ha insistido, especialmente, en el carácter objetivo del término «residencia habitual», criticando: de un lado, aquellas decisiones en las que no se refieren sólo al carácter material y objetivo de la residencia habitual del menor, sino que dan entrada al elemento de intencionalidad de los progenitores de asegurar el carácter provisional de la residencia habitual o, al contrario, el carácter definitivo; y, de otro, también han sido condenadas las cláusulas de jurisdicción susceptibles de determinar la competencia judicial, tales como los acuerdos de custodia alternada o «*accords-navette*» [*vid.*, «Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants 17-19 mars 1997», <http://www.hcch.net>, esp., párr. 16]. Respecto a la importancia de la voluntad del menor, si bien algunos autores consideran que puede valorarse como un indicio a la hora de determinar la residencia habitual, en la jurisprudencia comparada no suele aceptarse como factor a tomar en consideración (*vid.*, sobre este criterio, G. Esteban de la Rosa, *Acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 68-69).

⁸²³ *Vid.*, arts. 12 y 7.1 b), respectivamente.

interés, podrían darse entrada, a efectos de determinar una nueva residencia habitual, a elementos tales como el «*animus manendi*», y el periodo de tiempo de un año se considera excesivo, siendo aceptado, doctrinal y jurisprudencialmente, una duración de seis meses o incluso de tres⁸²⁴.

Por otra parte, ya se ha apuntado que la residencia habitual desempeña también un papel fundamental en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional desde diferentes perspectivas y, fundamentalmente, como se ha comprobado, como criterio determinante de la aplicabilidad de sus reglas. Por tanto, la concreción de la residencia habitual en el marco de este Convenio debe realizarse desde otra perspectiva bien distinta a los supuestos de sustracción, tanto por la función que desempeña el criterio en este Convenio como por la finalidad que persigue el texto en si mismo. Aquí la ponderación de los criterios que conforman la noción deberá hacerse teniendo presente que el interés del menor radica en que, una vez que se ha verificado que no puede ser colocado en ninguna familia en su Estado de origen, pueda ser adoptado con las debidas garantías y controles por una familia en el extranjero. Uno de los problemas que se ha planteado en el funcionamiento del Convenio, con relación a la concreción de la residencia habitual, ha sido respecto a la residencia habitual de los futuros padres adoptantes y no del menor, aunque también puede suscitarse con relación a éste. La cuestión ha surgido como consecuencia de una denunciante falta de interpretación autónoma del concepto en el marco del Convenio por las autoridades nacionales, puesto que siendo aplicado por éstas las concepciones internas del término de residencia habitual de sus respectivos Ordenamientos jurídicos, se ha llegado al resultado de considerar que los futuros padres adoptivos no tenían su residencia habitual ni en el Estado de su nacionalidad ni en el Estado donde tenían su residencia en el momento de presentar la solicitud, no resultando, por tanto, aplicable el Convenio. La Primera Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 ha dejado sentado que las autoridades nacionales, a la hora de concretar si los futuros padres adoptivos tienen o no la residencia habitual

⁸²⁴ La jurisprudencia en la aplicación del Convenio de 1961 ha mostrado mucha más flexibilidad en la concreción del término de residencia habitual, que en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, dejándose una gran libertad de apreciación al juez o autoridad (*vid.*, M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de La Haye...», *cit.*, p. 44; respecto al «*animus manendi*» en el marco de los Convenios de La Haya de 1961 y de 1996, *vid.*, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 73).

en su Estado, no deben aplicar las concepciones internas sobre dicho término, sino tener en cuenta fundamentalmente los objetivos del Convenio, y en particular si ellos están en condiciones, desde el punto de vista práctico, para cumplir las obligaciones impuestas en el art. 5 y, principalmente, determinar la aptitud de los futuros adoptantes.⁸²⁵ Como puede comprobarse, la rigurosidad que se exige en los supuestos de sustracción en interés del menor, no cabe aplicarla cuando se trata de extender los beneficios convencionales al mayor número de menores.

Finalmente, igual conclusión puede verificarse si se acude a la concreción del criterio de la residencia habitual retenido en un ámbito material de CIA bien distinto a los anteriores, esto es, cuando se trata de facilitar el cobro efectivo de las pensiones alimenticias a sus acreedores. En este sentido, el Convenio de Nueva York de 1956, da un paso determinante de flexibilidad en su concreción, despojando a la residencia habitual de toda connotación jurídica que pudiera presentarse en su determinación, así como de cualquier posible intervención de los Ordenamientos jurídicos nacionales en su concreción. Efectivamente, el Convenio de Nueva York en su art. 2, al determinar su ámbito de aplicación, no retiene el término de domicilio del acreedor, tampoco el de residencia habitual, sino exclusivamente la mera presencia física del acreedor en uno de los Estados parte e, incluso, la mera presencia ocasional⁸²⁶. De nuevo, un clarísimo ejemplo de la característica que se trata de verificar en estas líneas respecto a los Convenios de CIA, es decir, el empleo de términos que, definidos o no, se insertan en el texto de manera autónoma respecto a los Ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte, y que se dirigen directamente, dando muestras de su planteamiento utilitario, al logro de los objetivos convencionales previamente establecidos.

⁸²⁵ *Vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (28 novembre-1er decembre 2000)», <http://www.hcch.net>, párr. 93-97, esp. párr. 95.

⁸²⁶ Aunque algunos autores han sostenido que la presencia del acreedor no debe ser meramente ocasional (*vid., ad. ex.*, E. Krispi-Nikolekopoulou, «Le recouvrement...», *cit.*, p. 6; E. Groffier, *Les pensions alimentaires...*, *cit.*, p. 359), del tenor literal del art. 1 no parece deducirse tal conclusión (*vid.*, en el mismo sentido, C. Biscaretti di Ruffia, *Le obbligazione alimentari...*, *cit.*, p. 108).

D) De la indefinición a la definición.

a) Consideraciones previas

Esta característica de los Convenios de CIA hacia los conceptos jurídicos autónomos y ordenados al fin convencional, preferentemente mediante la definición más o menos exhaustiva de aquéllos que son considerados esenciales, como instrumento también de unificación mínima material, vuelve a verificarse si se observa la nueva reglamentación de determinados ámbitos materiales de protección *versus* las reglamentaciones anteriores. Efectivamente, como se ha apuntado, se comprueba que conceptos claves en determinados ámbitos materiales de protección del menor (*ad. ex.*, adopción o alimentos) aparecen en un primer momento en su reglamentación convencional sin definir o con una definición insuficiente y, en un segundo momento, aparecen definidos en los más recientes Convenios de CIA en materia de protección de menores que cubren el mismo ámbito material de protección que aquéllos.

Como ejemplos de esta tendencia pueden citarse desde el término nuclear de «adopción» retenido en los Convenios de La Haya de 1965 y de 1993 sobre adopción internacional, hasta el de «medidas de protección de menores» empleado en los Convenios de La Haya de 1961 y de 1996 sobre protección de menores *in genere*, pasando por el concepto de «acreedor de alimentos» erigido como esencial en el Convenio de Nueva York de 1956 y el Convenio de Roma de 1990 sobre simplificación de los procedimientos relativos al pago de pensiones alimenticias. Con estas definiciones, los Convenios más modernos persiguen, esencialmente, poner fin a los problemas que sus precedentes han ocasionado en la práctica como consecuencia de la ausente o insuficiente definición convencional; lograr instaurar conceptos autónomos respecto a los Ordenamientos jurídicos de los Estados parte; y, naturalmente, como Convenios utilitarios, lograr los respectivos objetivos convencionales.

b) Adopción

A priori puede resultar llamativo e incomprensible que el Convenio de La Haya de 1965 no contenga definición alguna sobre el concepto en sí mismo de «adopción»

puesto que, como ha sido visto, el principal problema de una reglamentación convencional sobre esta institución radica precisamente en la pluralidad de figuras de adopción existentes en el mundo⁸²⁷, aunque, efectivamente, si se repasan sus dos primeros artículos destinados a regular su ámbito de aplicación, se observa que no existe referencia, delimitación (positiva o negativa) que dilucide las figuras de adopción que caen en su ámbito de aplicación.

Sin embargo, una vez conocidos los planteamientos de este texto convencional, su opción metodológica, y sus insuficiencias derivadas intrínsecamente de la ausencia de consenso en términos clásicos en torno a las cuestiones nucleares en la reglamentación de la institución⁸²⁸, no es extraño que los redactores del Convenio no lograran alcanzar un consenso sobre esta cuestión prioritaria⁸²⁹, puesto que si lo hubieran logrado, tal como aparecía en la *Esquisse* del Convenio a favor de las adopciones plenas, las respuestas convencionales, en general, y la reglamentación de los aspectos relativos a los efectos de la adopción, en particular, hubieran sido otras bien distintas.

Por su parte, el Convenio de La Haya de 1993, como se ha visto, adopta un planteamiento completamente distinto en el aspecto relativo a los efectos de la adopción, y si ello ha sido posible es precisamente porque los redactores del texto, a pesar de las largas y difíciles discusiones en torno a este aspecto⁸³⁰, lograron alcanzar un consenso mínimo, pero necesario como presupuesto de la reglamentación, sobre que adopciones quedaban incluidas en su ámbito de aplicación. Efectivamente, el Convenio especifica *ex art. 2.2* que sus normas se aplican a las «adopciones que establecen un vínculo de filiación». Con esta definición que puede parecer demasiado amplia y que no elimina todos los problemas derivados de las distintas modalidades

⁸²⁷ *Vid., supra*, Cap. I, II. 4. B).

⁸²⁸ *Vid., supra*, Cap. I, II. 4. C) b).

⁸²⁹ *Vid.*, la falta de consenso debido a las divergencias entre las legislaciones internas, y la postura de no incluir una definición de la adopción en el Anteproyecto de 1963, R. Maul, «Rapport de la Commission spéciale...», *cit.*, p. 91. En el informe del Convenio definitivo, la exclusión, sin embargo, aparece justificada por el riesgo de condicionar la cuestión de los efectos (*vid., id.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 417).

⁸³⁰ *Vid.*, los intensos debates sobre este punto y las diferentes propuestas, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 560-562.

de adopción⁸³¹, el Convenio realiza, sin embargo, dos funciones delimitadoras muy importantes.

De un lado, una delimitación negativa, puesto que se está excluyendo implícitamente de su ámbito de aplicación todas las instituciones jurídicas, como la *Kafala* islámica o, en general, todas las modalidades de colocación de un niño en una familia que no establecen vínculos de filiación alguna⁸³². De otro, y más importante, una delimitación positiva, puesto que con esta concepción de adopción, se incluyen en su ámbito de aplicación tanto las adopciones plenas como las variadas figuras de adopción simple, siempre que establezcan vínculos de filiación.

A pesar que muchos Estados prefirieron dar una definición más exhaustiva del término de adopción, reduciéndose exclusivamente a las adopciones plenas, finalmente, se recogió, a mi juicio, acertadamente, esta concepción más amplia, puesto que aunque la regulación de los efectos en el Convenio de 1993 aparezca por ello, como se verá *infra*, mucho más compleja, e incluso peligrosa en aras de la efectividad del texto⁸³³, limitar *a priori* las reglas del Convenio sólo a las adopciones plenas hubiera significado ignorar la realidad jurídica existente en los diversos Ordenamientos jurídicos con relación a la figura de la adopción, y dejar fuera de la protección convencional a un importante número de menores; resultado que aparece frontalmente en contra de todo Convenio pragmático en materia de protección de menores, en general, y del Convenio de adopción internacional, en particular, preocupados todos ellos por extender su protección al mayor número de menores.

⁸³¹ Respecto a nuestro Ordenamiento jurídico, *vid., ad. ex.*, A. Rodríguez Benot, «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5º, del Código Civil en materia de adopción internacional», *REDI*, vol. LI (1999), 2, pp. 810-818, esp. pp. 816-818.

⁸³² Como acertadamente pone de relieve G. Parra Aranguren, esta exclusión debe ser leída conjuntamente con el tercer párrafo del Preámbulo, porque la idea subyacente es tan sólo restringir el ámbito de aplicación del Convenio a estas modalidades de adopción, pero sin negar la eficacia de otras posibilidades de colocación para el cuidado de los niños (*vid.*, «La Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 6, 1994, pp., 155-169, esp. p. 161). La importancia de estas otras modalidades de colocación familiar se recogen, como se verá a continuación, en el nuevo Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores.

⁸³³ *Vid.*, Cap. IV, IV. 4 B) b).

c) Medidas de protección

El Convenio de La Haya de 1902 sobre la tutela de los menores, como se ha visto, consecuente con su época, limitaba su ámbito de aplicación material exclusivamente a una medida de protección: la tutela⁸³⁴; institución arquetípica de protección del menor durante el siglo XIX y principios del siglo XXI en los Estados europeos, y que dada la básica uniformidad sobre su concepto en todos los Estados parte, el Convenio no tuvo ni siquiera la necesidad de incorporar un concepto autónomo sobre la misma.

El interés social y los profundos cambios ocasionados en la materia como consecuencia de la intervención del Estado en su reglamentación, como se ha verificado, obligaron a un cambio radical de planteamiento, y el Convenio de 1961 opta por referirse genéricamente a «medidas de protección», sin contener definición alguna o delimitación (positiva o negativa), sobre qué concretas medidas de protección quedan (o no) incluidas en su ámbito de aplicación material. El concepto de «medida de protección» recogido en el Convenio de 1961 debe concebirse, obviamente, como un concepto convencional autónomo en su calificación e interpretación respecto a los Ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte y, también, como un concepto funcional, a diferencia de los conceptos sistemáticos, pues la función de las concretas instituciones jurídicas, en el sentido de dirigirse a la protección de la persona o de los bienes del menor, es la que decide si puede subsumirse o no en el marco del Convenio⁸³⁵. Sin embargo, esta amplia noción del concepto de medidas de protección, acogida favorablemente por la doctrina, en cuanto evita problemas de calificación⁸³⁶, dando entrada en su ámbito de aplicación material a cualquier medida existente en los Ordenamientos jurídicos de los Estados parte que tenga la finalidad de proteger al menor, no ha evitado todo problema de calificación a

⁸³⁴ *Vid., supra*, Cap. Introd., III. 2 B).

⁸³⁵ Sobre el concepto de «medida de protección» en el marco del Convenio de La Haya de 1961, *vid., inter alia*, L. Marmo, «Rapport de la Commission spéciale...», *cit.*, p. 20; J. M. Castro-Rial Canosa, «El Convenio de La Haya...», *cit.*, p. 20; G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 47-49.

⁸³⁶ *Vid., ad. ex.*, en nuestra doctrina, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La tutela y demás instituciones de protección...», *cit.*, p. 12; J. M. Castro Rial-Canosa, «El Convenio de La Haya...», *cit.*, p. 20.

la hora de concretar si una determinada medida de protección entra (o no) en su ámbito de aplicación material⁸³⁷.

Estas dificultades planteadas al hilo de la aplicación del Convenio de 1961 intentan ser superadas por el Convenio de La Haya de 1996, llamado a sustituir a aquél, y que opta por una enumeración completamente exhaustiva de su ámbito de aplicación material⁸³⁸. Sin embargo, esta opción delimitadora *versus* la sostenida por su precedente, se justifica realmente en el espíritu del Convenio y en el complejo contexto jurídico actual, convencional y autónomo, que como se está comprobando, incide en la reglamentación de la protección internacional del menor. Efectivamente, de un lado, el nuevo Convenio ya no se dirige exclusivamente a los Estados europeos, sino que, como se ha visto, nace con un espíritu de universalidad, y también de uniformidad⁸³⁹; de otro, los Convenios internacionales que inciden en la protección del menor, como se viene verificando, se multiplican en diferentes ámbitos espaciales, con distintas técnicas e incidiendo en aspectos materiales particulares. Un Convenio que nace con pretenciosos objetivos de universalidad y uniformidad, en un contexto de multiplicidad de textos, debía, prioritariamente, como exigencia mínima de seguridad jurídica, realizar un esfuerzo de delimitación. Este se lleva a cabo mediante una combinación de dos artículos que no deja subsistir laguna o duda alguna.

En primer lugar *ex art. 3* se enumeran de manera no limitativa, aunque del modo más exhaustivo posible, las medidas que caen en su ámbito de aplicación, incluyendo novedosamente, como se ha visto, las relativas a la atribución, ejercicio, pérdida y delegación de la responsabilidad parental⁸⁴⁰; los derechos de custodia y de visita⁸⁴¹; la

⁸³⁷ La adopción quedaba excluida de su ámbito de aplicación (*vid.*, W. E von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 223), pero respecto a otras instituciones, como la ya hoy derogada «*affiliazone*» del Derecho italiano, o el acogimiento preadoptivo de nuestro Ordenamiento jurídico, se planteó la duda sobre su inclusión o no (*vid.*, respecto a la primera, L. Marmo, «Rapport de la Commission spéciale...», *cit.*, p. 20).

⁸³⁸ Sobre ésta delimitación, *vid.*, especialmente, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 7-12.

⁸³⁹ *Vid.*, esta justificación, A. Bucher, «La révision...», *cit.*, p. 62.

⁸⁴⁰ El Convenio define la expresión «responsabilidad parental» de una manera amplia y autónoma, teniendo en cuenta las diferencias entre los Ordenamientos jurídicos de los Estados participantes, entendiéndose que comprende la autoridad parental o cualquiera otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño (art. 2.1).

⁸⁴¹ Derechos que son definidos también de manera autónoma en el Convenio *ex art. 3b*), y que recogen la misma concepción retenida por el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores *ex art. 5*.

tutela, la curatela e instituciones análogas; la designación y funciones de toda persona u organismos encargado de ocuparse de la persona o los bienes del menor, de representarle o asistirle; la entrega del menor a una familia de acogida o establecimiento, o su acogida legal mediante *Kafala* o institución análoga; la supervisión por parte de las autoridades públicas de la atención dispensada al menor por la persona que los tiene a su cargo, así como la administración, conservación o disposición de los bienes del menor.

En segundo lugar, este esfuerzo delimitador se completa *ex art. 4* con una enumeración de las materias excluidas del Convenio. Como pone de relieve P. Lagarde en el informe explicativo del Convenio, al contrario que la enumeración contenida en el art. 3, que no es limitativa, las materias excluidas sí son limitativas o tasadas, de modo que toda medida tendente a la protección de la persona o bienes de menor que no este excluida por el art. 3 del Convenio, queda incluida en su art. 2, quedando cubierta por el ámbito de aplicación convencional, creándose de este modo, mediante la combinación de los dos artículos, un sistema completo que no dejar subsistir duda alguna⁸⁴². Las medidas excluidas se refieren, de un lado, a materias relativas al Derecho de la persona (establecimiento y la impugnación de la filiación; nombre y apellidos del niño; emancipación, trust y sucesiones); incluyendo también cuestiones relativas a la persona del menor que poseen ya una regulación convencional específica satisfactoria (las obligaciones alimenticias; la decisión sobre la adopción, así como la anulación y la revocación de la adopción); y, de otro, a las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud; las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños; y las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración. Como se deduce fácilmente, una nueva manifestación de la tendencia de los Convenios de CIA hacia la definición o delimitación de los conceptos claves en su funcionamiento convencional, dirigida directamente al logro de los objetivos previamente establecidos.

⁸⁴² *Vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 9.

d) Acreedor alimenticio/Alimentos

La concreción de los términos «acreedor alimenticio» y «alimentos» son premisas esenciales para cualquier Convenio internacional que reglamente la institución de la prestación de alimentos, puesto que con ellos se delimitan los respectivos ámbitos de aplicación personal y material de cada Convenio y, en definitiva, su verdadero alcance proteccional.

El Convenio de Nueva York de 1956 no contiene definición o delimitación alguna de su ámbito de aplicación personal y material. Únicamente el Preámbulo del texto dispone que sus disposiciones son concebidas para ayudar a las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentren en el extranjero y, en el art. 1., que su finalidad es facilitar a una persona que se encuentra en el territorio de una de las Partes contratantes la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona. Esta ausencia de definición ha provocado graves problemas de interpretación y aplicación por las autoridades nacionales de las normas convencionales, viéndose seriamente comprometido el logro de los objetivos convencionales.

En primer lugar, se ha suscitado la cuestión de determinar *stricto sensu* a qué obligaciones alimenticias se refiere el Convenio, especialmente si las obligaciones entre ex-cónyuges quedan o no incluidas en su ámbito de aplicación material. Respecto a esta cuestión, puede afirmarse que tanto de los trabajos preparatorios del Convenio, como de las conclusiones de la Comisión especial de noviembre de 1995 sobre el funcionamiento de los Convenios de La Haya relativos a las obligaciones alimenticias y el Convenio de Nueva York de 1956, se desprende que el Convenio se aplica a las obligaciones alimenticias en las «relaciones de familia» entendidas en sentido amplio, comprendiendo las pensiones alimenticias después del divorcio⁸⁴³.

⁸⁴³ *Vid.*, «Conclusions générales de la Commission spéciale de novembre 1995 sur le fonctionnement des Conventions de La Haye relative aux obligations alimentaires et de la Convention de Nueva York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger, établis par le Bureau Permanent. Document préliminaire No 10 de mai 1996», <http://www.hcch.net>; esp. párr. 49. Sobre esta Comisión especial, *vid.*, en nuestra doctrina, A. Borrás Rodríguez, «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión especial sobre aplicación de los Convenios en materia de alimentos (13-17 de noviembre de 1995)», *REDI*, vol. XLVII (1995), 2, pp. 498-502.

En segundo lugar, el Convenio no especifica, como se ha visto, si se aplica sólo a los supuestos en que el derecho del acreedor tenga su origen en una resolución judicial dictada en el Estado requerido, o también a los casos en que este derecho tenga exclusivamente un origen *ex lege*. Sin embargo, como se comprobó, el espíritu, la finalidad y la letra del Convenio conducen a afirmar esta segunda opción, que también es la aceptada por la mayoría de la doctrina y por la casi unanimidad de los Estados parte del Convenio, aunque todavía existan excepciones⁸⁴⁴.

Finalmente, el problema más importante que ha suscitado esta ausencia de definición del ámbito de aplicación personal en el Convenio de Nueva York de 1956 se refiere a la cuestión de determinar si los organismos estatales o autoridades públicas pueden utilizar los procedimientos previstos en el Convenio para obtener el cobro de alimentos del deudor alimenticio y, en particular, para recuperar los adelantos realizados o consentidos por dichos organismos al acreedor alimenticio (problema del regreso alimenticio)⁸⁴⁵. De la letra del Convenio, especialmente de su art. 1, parece que nada autoriza a los organismos públicos a incluirse en el concepto de acreedor de alimentos, por lo que la doctrina tiende a interpretar su exclusión del Convenio, cuyo ámbito de aplicación quedaría limitado sólo a las personas físicas⁸⁴⁶. En algunos Estados como Irlanda, la definición del acreedor de alimentos retenida en la respectiva legislación interna de desarrollo es suficientemente amplia como para incluir esta modalidad de acreedores, sin embargo, en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos internos no se prevé la cuestión. La Comisión especial de 1995 recomendó implícitamente su inclusión, disponiendo que toda demanda dirigida por un organismo público a través de las vías instituidas en el Convenio de Nueva York debería ser acompañada de una procuración o poder dada por el acreedor de alimentos, incluso si éste ya ha cobrado los subsidios y el organismo público se ha

⁸⁴⁴ *Vid.*, M. Pelichet, «Note sur le fonctionnement des Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires et de la Convention de New York sur le recouvrement des aliments à l'étranger. Document préliminaire No 1 de septembre 1995», <http://www.hcch.net>, esp., párr. 45 (donde se denuncia que Bélgica y Francia son los dos únicos Estados que exigen una decisión judicial en el Estado de origen).

⁸⁴⁵ La no inclusión de las personas jurídicas en el término de acreedor de alimentos es precisamente una de las críticas que tradicionalmente se han imputado al Convenio de Nueva York (*vid.*, *ad. ex.*, Debates a propósito de la Comunicación de M. Sauteraud-Marcenac, «Les recouvrement des aliments...», *cit.*, p. 83).

⁸⁴⁶ *Vid.*, en este sentido, D. Martiny, «Maintenance Obligations...», *cit.*, p. 282, y referencias a otros autores en el mismo sentido allí citadas.

subrogado legalmente en sus derechos⁸⁴⁷. A pesar de esta postura inicialmente favorable a su inclusión, ciertos Estados (*ad. ex.*, Alemania) continúan reacios a tratar demandas de organismos públicos en el ámbito de aplicación del Convenio (y a pesar de venir acompañadas del respectivo poder del acreedor alimenticio)⁸⁴⁸. Por otra parte, también parece que debe exigirse un trato diferente a las demandas de estos Organismos *versus* las demandas de los acreedores directos, puesto que la celeridad en el cobro de los segundos, no concurre en los primeros. En definitiva, es un problema no solventado en el marco del Convenio de Nueva York, que deriva de la ausencia de una definición en el mismo de su ámbito de aplicación personal, y que exige una solución legislativa que dilucide si los Organismos Públicos quedan o no incluidos en su ámbito de aplicación, y de qué modo o conforme a qué régimen⁸⁴⁹.

Por su parte, el Convenio de Roma de 1990 sobre la simplificación de los procedimientos relativos al cobro de los créditos alimentarios, avanza en gran medida en la cuestión definitoria respecto al Convenio de Nueva York de 1956, resolviendo algunos de los problemas que se han planteado al hilo de la aplicación de éste, aunque al desempeñar su «rol» complementario al marco Bruselas (Convenio de Bruselas de 1968 y Reglamento CE nº 44/2001 o «Bruselas I»), sus resultados parecen no ser tan óptimos como la materia exige.

Así, de un lado, respecto a su ámbito de aplicación material, el Convenio se adecúa al del marco Bruselas, señalando en su art. 1, que puede ser aplicado a cualquier decisión sobre alimentos en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, y por tanto será la concepción de alimentos retenida en el marco del Convenio de Bruselas la que determine el ámbito de aplicación material del Convenio de Roma⁸⁵⁰. De otro, respecto a su ámbito de aplicación personal, y derivado de su

⁸⁴⁷ *Vid.*, «Conclusions générales...», *cit.*, párr. 47.

⁸⁴⁸ *Vid.*, «Note Pelichet», *cit.*, párr. 45 ii).

⁸⁴⁹ En la Comisión especial de 1999 se hicieron diversas sugerencias, entre las que encuentra la de regular la cuestión en un Convenio específico. Sin embargo, la opción adecuada pasa por su inclusión y regulación en el nuevo Convenio multilateral que se proyecta en el marco de la Conferencia de La Haya o, en su defecto, en el instrumento revisado, uniformando las distintas respuestas que se contienen en los diversos instrumentos internacionales que afectan a la materia (*vid.*, «Rapport et Conclusions...», *cit.*, párr. 22).

⁸⁵⁰ *Vid.*, en el mismo sentido, M. Requejo Isidro, «Ratificación por España...», *cit.*, p. 382. En cambio, existen opiniones doctrinales que parecen disentir de esta coincidencia de ámbitos materiales, entendiendo que el Convenio de Roma quedaría limitado al ámbito de familia (*vid.*, en este sentido, M.

ámbito de aplicación material, ya se comprobó *supra*, que a diferencia del Convenio de Nueva York, el Convenio de Roma de 1990 no está abierto a cualquier acreedor alimenticio sino, exclusivamente, a aquéllos que lo sean en virtud de una «decisión» susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado requerido, bien según el propio marco Bruselas, o de conformidad con otro Convenio en vigor entre los Estados concernientes⁸⁵¹. Frente a estas dos limitaciones, debe apuntarse una apreciación positiva al Convenio de Roma en este aspecto, y es precisamente el hecho de haber incluido expresamente en su ámbito de aplicación como acreedores de alimentos, a todo organismo (persona física, institución o entidad pública) que esté habilitado para ejercitar los derechos del acreedor por subrogación o representación según la legislación del Estado de origen (art. 1.5)⁸⁵². La inclusión de los organismos públicos en determinadas situaciones como acreedores alimenticios, que ha suscitado importantes problemas en la aplicación del Convenio de Nueva York, puede decirse que, hasta el momento, es la única aportación positiva ofrecida por el Convenio de Roma *versus* el Convenio de Nueva York, consecuencia de la incorporación del primero en la actual tendencia de los Convenios de CIA en materia de protección de menores hacia las definiciones autónomas orientadas al fin convencional. El problema, sin embargo, como es evidente, radica en que el fin del Convenio de Roma no es un fin autónomo *per se*, que se dirige sólo y exclusivamente a facilitar al acreedor alimenticio el cobro de sus créditos, sino que es un fin puesto siempre al servicio del marco Bruselas.

2. Convenios marcos

A) Consideraciones previas

La característica más llamativa de estos Convenios de CIA *versus* los Convenios clásicos de DIPr. es su carácter de Convenios marco. Frente a los tradicionales

Sumampouw, «The EC Convention on Recovery of maintenance: necessity or excess?», en *Law and Reality, Essays in honour of C.C.A. Voskuil*, 1992, pp. 315-336, esp., p. 323). Sobre las obligaciones alimenticias comprendidas en el marco del Convenio de Bruselas y sus dificultades de delimitación, *vid.*, S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestación alimenticias entre cónyuges*, 1996, Cap. I; a raíz de algunas importantes sentencias del TJCE, *vid.*, S. García Cano, «Los alimentos en el ámbito europeo...», *cit.*, pp. 286-289.

⁸⁵¹ *Vid.*, *supra*, Cap. I, I. 2. C) c)

⁸⁵² El informe explicativo del texto precisa, no obstante, que queda excluido cualquier tercero que ostente un título de crédito contra el alimentista (*vid.*, J. Martin y C. O. Huigin, «Report on the Convention...», *cit.*, p. 12).

Convenios de cooperación legislativa que nacen con el objetivo de instaurar reglas directamente aplicables por los respectivos tribunales de los Estados parte, y que funcionan de manera autónoma a las respuestas contenidas en los respectivos Derechos internos, estos Convenios surgen ya conscientes del necesario desarrollo o complemento que exigen por las legislaciones de los Estados parte de sus disposiciones convencionales y, por tanto, de la necesaria interacción entre sus normas y las normas autónomas como requisito indispensable para alcanzar sus respectivos objetivos convencionales y un funcionamiento eficaz del Convenio⁸⁵³.

No es el momento de realizar un análisis de la pluralidad de distintas normas internas de desarrollo adoptadas por todos los Estados parte de cada uno de los Convenios de CIA que se analizan en este trabajo. En primer lugar, porque ello sería objeto de otro trabajo de investigación distinto y, en segundo lugar, porque los aspectos que interesan analizar en torno a este desarrollo interno se harán en las páginas que siguen. Interesa, por tanto, dejar sentadas una serie de ideas claves con relación a esta característica convencional que ayudarán a entender el resto del discurso. En primer lugar, destacar a grandes rasgos las distintas medidas de desarrollo interno que estos Convenios de CIA exigen o pueden exigir, distinguiendo entre el desarrollo organizativo o de estructuras y el desarrollo legislativo *stricto sensu*. En segundo lugar, detenerse en dos premisas esenciales para comprender el alcance de esta característica en el conjunto de Convenios de CIA que se vienen analizando: de un lado, la graduación entre los distintos Convenios con relación al necesario desarrollo interno por los Estados parte y, de otro, las diferencias entre los Estados partes en la recepción de estos Convenios.

B) Modalidades de ejecución

a) Desarrollo organizativo o de estructuras

Con el término «desarrollo de estructuras» se hace referencia básicamente a las distintas autoridades de los Estados parte encargadas de vehicular y desarrollar la colaboración trazada en el respectivo Convenio del que se trate. Los Convenios de

⁸⁵³ *Vid.*, esta idea de interacción entre planos normativos con relación al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, S. Álvarez González, «Adopción internacional...», *cit.*, p. 199.

esta naturaleza difícilmente pueden contener en sí mismos todos los elementos necesarios para llevar a cabo la cooperación prevista, puesto que la organización administrativa de los Estados que participan en su negociación es distinta⁸⁵⁴. Por tanto, es necesario para comprender su auténtico funcionamiento separar dos momentos o fases sucesivas en el tiempo: en primer lugar, fase convencional, en la cual el Convenio se limita a trazar con distinto alcance, dependiendo del texto en cuestión, cuáles son las estructuras o autoridades que en el respectivo Convenio están llamadas a vehicular la colaboración incorporada al mismo (fundamentalmente, AACC), y todas aquellas otras que potencialmente están llamadas a intervenir para alcanzar los respectivos objetivos convencionales (*ad. ex.*, autoridades públicas jurisdiccionales y/o administrativas, organismos privados acreditados o no, etc.). En segundo lugar, y posterior en el tiempo, fase autónoma, en la que corresponde a los Estados que lleguen a ser parte en el Convenio, concretar dichas estructuras y articular su funcionamiento en su respectivo territorio. Esta tarea comprende, básicamente, la determinación de cuáles son dichas estructuras, dotarlas de todas las competencias y recursos indispensables para el cumplimiento de sus funciones (competencias jurídicas y/o administrativas, personal cualificado, recursos económicos, materiales *stricto sensu*, medios modernos e informatizados de comunicación etc.), así como la coordinación y supervisión de sus recíprocas relaciones (reparto de funciones, posibilidad de delegación, control de las actuaciones etc.)⁸⁵⁵.

La ejecución de esta modalidad de desarrollo requerida por todos los Convenios de CIA puede revestir muy diferentes formas de expresión jurídica: *ad. ex.*, Instrumentos de ratificación de los Convenios (*ad. ex.*, respecto a la designación de AACC), Comunicaciones a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya que se encarga de dar la necesaria publicidad (*ad. ex.*, reparto de funciones entre los organismos acreditados y las AACC en el Convenio de La Haya de 1993 sobre

⁸⁵⁴ *Vid.*, C. González Beilfuss, «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 internacional», *RJC*, 1996, pp 313-344, esp. p. 315; M. F. Lucher-Babel, «Adoption Internationale: comprendre les nouvelles normes...», *cit.*, pp. 2-3.

⁸⁵⁵ La necesidad de clarificar el reparto y coordinación de funciones entre autoridades dentro del respectivo territorio de cada Estado parte es un aspecto especialmente indispensable, como se verá a continuación, en el marco del Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional, dada la enorme complejidad de este Convenio *versus* el resto de Convenios de CIA en el plano estructural (*vid.*, una primera aproximación, A. Vaccaro, «L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja», *Il diritto di famiglia et delle persona*, 1996, 3, pp. 1127-1162).

adopción internacional); Acuerdos o Protocolos entre Estados parte destinados a facilitar el funcionamiento del concreto Convenio; o normas de ejecución adoptadas por los Estados partes destinadas a facilitar la aplicación del texto.

b) Desarrollo legislativo *stricto sensu*

El desarrollo organizativo y el desarrollo legislativo no son dos modalidades de ejecución convencional separadas taxativamente, sino que en la mayoría de las ocasiones el primero se llevará a cabo mediante el segundo. El motivo, por tanto, de separar estas dos categorías de ejecución respecto a los Convenios de CIA en este momento responde a la utilidad, a mi juicio, de destacar que estos Convenios marco exigen imperiosamente (de distinto modo dependiendo del Convenio en cuestión y de la cuestión que se trate de resolver) la intervención de los Derechos autónomos de los respectivos Estados parte para su funcionamiento, pero dejando claro que se trata de una intervención legislativa interna al margen de los aspectos puramente organizativos. En ocasiones, será necesaria la adopción de normas específicas por los Estados parte que desarrollen las pautas establecidas en los Convenios, pudiendo tratarse de reglas de carácter sustantivo (*ad. ex.*, requisitos de entrada del menor extranjero), o de naturaleza estrictamente procesal (*ad. ex.*, procedimientos de restitución del menor en los supuestos de traslado o retención ilícita); en otras ocasiones, intervendrá el Derecho autónomo ya existente en los Estados parte, comprendiendo tanto las normas de Derecho material (sustantivas y/o procesales) como las normas de DIPr. (*ad. ex.*, ley aplicable para apreciar la adoptabilidad del menor o ley conforme a la cual se aprecia la ilicitud de un desplazamiento).

C) Graduación entre Convenios

a) Convenios de CIA predominante

No todos los Convenios que hacen uso de la CIA requieren un mismo grado de desarrollo interno por sus Estados parte. Los Convenios de CIA predominante, es decir, el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, el Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción, y el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos, son aquéllos que exigen con mayor intensidad para su buen

funcionamiento la adopción de medidas específicas de aplicación del respectivo Convenio en los Ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Sin embargo, mientras que algunos de ellos requieren insistir sobre todo en el desarrollo de estructuras (*ad. ex.*, por excelencia, Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional)⁸⁵⁶, otros necesitan prioritariamente un desarrollo procesal específico en los Ordenamientos jurídicos internos (Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción)⁸⁵⁷.

También debe ponerse de relieve que estos Convenios, al fundarse y gravitar todo su funcionamiento básicamente en torno a la CIA, exigen de los Estados parte una postura mucho más dinámica *versus* al resto de Convenios, que aunque también utilicen la CIA no requieren tan imperativamente la intervención de las normas internas de los Estados parte para su eficaz funcionamiento. Ello requiere por los Estados parte una sucesiva y continua adopción de todas las medidas de aplicación que el concreto Convenio en cuestión vaya exigiendo, en general, en el contexto internacional de la situación que regule como consecuencia de la aparición de nuevos problemas y, en particular, en su concreta aplicación dentro de los respectivos territorios⁸⁵⁸.

b) Convenios de conflicto de autoridades

Las medidas de aplicación interna requeridas por los Convenios de conflicto de autoridades son considerablemente inferiores, puesto que éstos, como se ha visto, incorporan sus propias reglas de competencia, derecho aplicable y eficacia

⁸⁵⁶ *Vid.*, C. Saclier, «Rapport du groupe de travail sur l'adoption internationales», en J. Doek y al. (Eds.), *Children on the Move...*, *cit.*, pp. 201-206, esp., p. 202.

⁸⁵⁷ *Vid.*, C. S. Bruch, «International Child Abduction Cases: Experience under the 1980 Hague Convention», en J. Eekelaar y P. Sarcevic (Eds.), *Parenthood in Modern Society*, 1993, pp. 353-371, esp. pp. 361-362.

⁸⁵⁸ Sobre este aspecto se incidió en la última Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, insistiendo en que la ejecución del Convenio, tanto en el marco nacional como regional, debe ser siempre concebida como un proceso continuo, susceptible de experimentar modificaciones y mejoras, aunque el texto del Convenio permanezca inalterable [*vid.*, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (22-28 mars 2001), établis par le Bureau Permanent», <http://www.hcch.net>, p. 7].

extraterritorial de decisiones; reglas que en principio son directamente aplicables por las autoridades nacionales de los Estados parte, sustituyendo a las respectivas normas internas.

Sin embargo, sin olvidar que ya por el peculiar método de determinación convencional del derecho aplicable que arbitran, regla de la unidad *forum et ius*, estos Convenios parten de una inicial interacción entre norma convencional y norma interna para su funcionamiento (que no concurre en los Convenios clásicos de separación de las competencias jurisdiccional y legislativa), en este momento interesa destacar dos datos respecto a su desarrollo interno: de un lado, exigen, progresivamente, un desarrollo interno por los Estados parte en el marco organizativo y, de otro lado, todavía no han conseguido funcionar de manera autónoma respecto a los Derechos internos de los Estados parte en el concreto sector de la eficacia extraterritorial de decisiones.

En efecto, por una parte, a medida que en estos Convenios de conflicto de autoridades la CIA penetra horizontalmente, como se verá *infra*, en el sector la competencia internacional de autoridades⁸⁵⁹, y la cooperación vertical o administrativa se incorpora cada vez con mayor intensidad en el *iter* convencional, las normas internas de los Estados parte respecto a la instauración y desarrollo de estructuras se van erigiendo progresivamente como elemento indispensable para el adecuado funcionamiento de la norma convencional.

Por otra parte, a pesar de los importantes avances que el Convenio de La Haya de 1996 ha significado respecto a su predecesor en el sector de la validez extraterritorial de las decisiones⁸⁶⁰, el texto, al igual que el Convenio de La Haya de 1961, no ha logrado incorporar, aunque hubiera sido en líneas generales, un procedimiento de *exequátur* unificado en el marco convencional, continuando remitiendo en este aspecto concreto, al igual que respecto a otros procedimientos de eficacia extraterritorial de decisiones incorporados *ex novo* en el Convenio (*ad. ex.*, acción declarativa de reconocimiento *ex art.* 24), a los procedimientos previstos en los respectivos Derechos internos.

⁸⁵⁹ *Vid.*, Cap. II, III. 5 B).

⁸⁶⁰ *Vid.*, *infra*, Cap. IV, IV. 2. B).

c) Convenios híbridos

Esta modalidad de Convenios de CIA, entre los que se ha incluido el Convenio de Luxemburgo de 1980 relativo a las resoluciones sobre custodia, el Convenio de Roma de 1990 sobre simplificación de procedimientos relativos al cobro de créditos alimentarios, y parcialmente, el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, se encuentran a medio camino entre los Convenios de CIA predominante y los Convenios de conflicto de autoridades, con relación a las medidas de aplicación o ejecución necesarias en el ámbito interno en los Estados parte para su efectividad, aunque puede sostenerse que más cercanos a los primeros que a los segundos.

Efectivamente, el hecho que estos Convenios se presenten como Convenios tendentes a facilitar la eficacia extraterritorial de las resoluciones dictadas en materia de custodia, en materia de alimentos, o en materia de derecho de visita, no debe de llevar a infravalorar el dato que su funcionamiento se caracteriza esencialmente en este sector porque a diferencia de los Convenios clásicos de eficacia extraterritorial de decisiones, se estructuran básicamente en torno a la intervención de autoridades nacionales de distinta índole encargadas de vehicular la cooperación prevista en el respectivo Convenio. Por otro lado, tampoco debe olvidarse que algunos de estos Convenios (concretamente, el Convenio de Luxemburgo de 1980 y el Convenio hispano-marroquí específico de 1997) contienen acciones autónomas distintas al reconocimiento de resoluciones extranjeras *stricto sensu*, dirigidas directamente a obtener la devolución del menor en supuestos de desplazamiento ilícito (art. 8, y arts. 7 a 10, respectivamente).

Estas peculiaridades metodológicas *versus* los Convenios clásicos de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, requieren imperiosamente, en primer lugar, un esfuerzo por todos los Estados parte del respectivo Convenio en su ejecución en lo que se refiere al establecimiento y desarrollo de estructuras, adoptándose todas las medidas de ejecución necesarias para su eficaz funcionamiento en este ámbito. En segundo lugar, todos estos Convenios adolecen, al igual que los Convenios de conflicto de autoridades, de un procedimiento específico conforme al cual se lleve a cabo de manera uniforme en todos los Estados contratantes el

reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado parte, limitándose sólo a trazar unas características mínimas; ausencia que también concurre cuando se trata de actuar las acciones autónomas de devolución; y que exige inexcusablemente, como se verificará en el Capítulo III, la intervención de las normas procesales de los Derechos internos de los respectivos Estados, bien aplicando procedimientos ya existentes que reúnan las exigencias ordenadas por el respectivo Convenio, o bien mediante la creación de procedimientos *ad hoc*.

D) Diferencias en la recepción entre los Estados parte

El desarrollo interno que los diferentes Convenios de CIA exigen o pueden exigir no es, obviamente, uniforme en todos los Estados parte del respectivo Convenio, sino que su recepción en los distintos Derechos internos va a depender de una pluralidad de factores o circunstancias. En primer lugar, depende de que el Estado parte en cuestión adopte una posición dualista o monista con relación a los Tratados internacionales. Conforme a la primera posición, como es sabido, es necesaria la previa promulgación de una ley que convierta o transforme el Tratado internacional en ley interna para que éste pueda ser aplicado, mientras que en los Ordenamientos jurídicos que adoptan la posición monista, como es el ejemplo de nuestro Ordenamiento jurídico, el Convenio internacional deviene directamente aplicable integrándose en el respectivo Ordenamiento jurídico con primacía respecto a las leyes internas⁸⁶¹. Existen, por tanto, dos modalidades de normas dictadas en virtud de los Convenios marco: de un lado, las estrictamente introductorias intrínsecas a los sistemas dualistas y, de otro, las normas de ejecución *stricto sensu*, que son las adoptadas tanto por los sistemas dualistas como por los monistas en aplicación del Convenio, como condición de efectividad del mismo. En efecto, la experiencia en la trayectoria aplicativa de estos Convenios, especialmente, en los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores y en el Convenio de La Haya de 1993 sobre

⁸⁶¹ Los países del *Common Law*, como es sabido, adoptan como regla general, aunque con diversas particularidades, la posición dualista y, por tanto, hasta que el Tratado no tenga efecto doméstico no obliga a los tribunales a su aplicación. Sin embargo, con relación al Convenio de La Haya de 1980, se ha verificado en ciertos países (*ad. ex.*, Inglaterra o Australia) la práctica de aplicar sus principios antes incluso de su entrada en vigor (*vid.*, D. Mc. Clean, «The Hague Convention- The Common Law Response», *NILR*, vol. XL, 1993, pp. 67-78).

adopción internacional, ha puesto de relieve que incluso en los Ordenamientos jurídicos que adoptan una posición monista es necesaria la adopción de normas internas que son las denominadas «normas de ejecución *stricto sensu*»⁸⁶². Estas normas se proyectarán, como se ha anunciado y se comprobará en los capítulos siguientes, tanto en el ámbito estructural como en el legislativo, aunque mientras que en los sistemas jurídicos que adoptan una posición dualista, las normas de ejecución *stricto sensu* suelen ser desarrolladas en gran medida en las propias normas introductorias, requiriendo, por tanto, un previo proceso de estudio y preparación legislativa por parte de los Estados antes de ratificar el Convenio en cuestión con objeto de adoptar todas las medidas necesarias para su correcta aplicación⁸⁶³, en los sistemas monistas se corre el riesgo de que el Convenio sea ratificado, asumiéndose una serie de obligaciones convencionales, sin que el aparato organizativo y legislativo

⁸⁶² *Vid.*, esta diferencia entre «normas estrictamente introductorias» y «normas de ejecución», C. González Beilfuss, «La aplicación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores. Estudio de Derecho comparado», *La sustracción internacional de menores...*, *cit.*, pp. 65-80, esp., p. 65. La cuestión sobre la imperatividad o no de las normas de ejecución en aquellos Estados en que los Convenios de CIA son *self-executing*, se ha discutido ampliamente en el seno de La Conferencia de La Haya con relación a los Convenios de 1980 sobre sustracción y de 1993 sobre adopción internacional. La conclusión es que aunque constitucionalmente en dichos Estados no sea obligatoria la adopción de medidas de desarrollo interno de los Convenios, se reconoce ampliamente que una legislación de aplicación cuidadosamente redactada y debidamente estudiada presenta una importancia esencial para el funcionamiento satisfactorio del Convenio (*vid.*, con relación al primero, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, conclusion IV; «Rapport de la deuxième session...», *cit.*, réponse a la question 45; «Rapport de la troisième reunion...», *cit.*, párrs. 8 a 10; con relación al segundo, especialmente, el documento titulado «Liste recapitulative des points à considérer utilement pour la mise en oeuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», Annexe D au Rapport de la Commission spéciale d'octobre 1994).

⁸⁶³ Así ha ocurrido *ad., ex.*, con relación al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y el Convenio de Luxemburgo de 1980, en Inglaterra (*The Child Abduction and Custody Act 1985*) *vid.*, sobre la experiencia inglesa con relación a estos textos, *vid., ad. ex.*, N. Lowe y A. Perry, «International Child Abduction-The English Experience», *ICLQ*, vol. 48, 1999, pp. 127-155); en Irlanda (*Loi de 1991 sur l'enlèvement d'enfants et l'exécution des ordonnances concernant la garde -n° 33 b de 1991-*); o en Dinamarca (*Loi sur l'enlèvement international d'enfants, n° 793 du 27 novembre 1990.*). Respecto al Convenio de la Haya de 1993 en materia de adopción internacional, en el Reino Unido, se promulga la *Adoption (Intercountry Aspects) 1999*, que modifica determinados aspectos de la *Adoption Law 1976*, de la *Adoption (Scotland) Act 1978* y de la *British Nationality Act 1981*, y se habilita al Reino Unido para ratificar la Convención de la Haya de 29 de mayo de 1993; con relación exclusivamente al Convenio de La Haya de 1980, en Estados Unidos, que sigue constitucionalmente una posición monista, se promulgó un acta para establecer procedimientos de aplicación del Convenio (*International Child Abduction Remedies Act 1989, vid.*, entre otros, P. H. Pfund, «The Hague Convention on International Child Abduction, the International Child Abduction Remedies Act, and the Need for Availability of Counsel for All Petitioners», *FamLQ*, vol. 24, 1990-91, pp. 35-49).

del Estado en cuestión se encuentre preparado para aplicar el Convenio satisfactoriamente⁸⁶⁴.

Junto a este fundamental factor que marca decisivamente la diversa ejecución de un Convenio de CIA en los distintos Estados parte, también deben tenerse en cuenta otros índices esenciales, como son, básicamente: que se trate de Estados descentralizados o no, y que ofreciendo el Convenio la posibilidad de designación de varias AACC, el Estado en cuestión se acoja a dicha opción; que se trate o no de Estados que dispongan varios sistemas jurídicos aplicables en distintas unidades territoriales con relación a la materia cubierta por un respectivo Convenio (como ocurre en España en materia de protección de menores, donde coexisten las respectivas normativas de las CCAA junto a la normativa estatal); la capacidad económica real de los Estados para establecer las infraestructuras necesarias para la aplicación de un Convenio de este tipo, ya que a veces requieren un gran esfuerzo económico por parte de los Estados, dada la intensidad de estructuras sobre las cuales gravita su funcionamiento (este problema se plantea, especialmente, con relación a la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional en los países de origen, y también respecto al Convenio de Nueva York de 1956); problemas particulares que pueden surgir en las relaciones con un determinado Estado como consecuencia de principios característicos de su respectivo Ordenamiento jurídico (como es el caso de Estados Unidos, como se verá a continuación, con relación a sus peculiaridades en materia de asistencia jurídica gratuita)⁸⁶⁵; y, en general, la experiencia y aptitud de los Estados con relación a la aplicación de los Convenios de CIA, tanto como Estados requirentes como Estados requeridos.

⁸⁶⁴ Nuestro país, como se verá a continuación, es ejemplo paradigmático de esta criticable práctica, que demostró sus negativas consecuencias, en primer lugar, con la ratificación del Convenio de La Haya sobre sustracción y, en segundo lugar, con el Convenio de La Haya sobre adopción internacional. No todos los Estados que se rigen por el monismo, afortunadamente, ratifican un Convenio marco sin adoptar la necesaria legislación de desarrollo. Estados Unidos es *ad. ex.*, ejemplo de eficiencia en este aspecto; con relación al Convenio de la Haya de 1993, firma el Convenio el 31 de marzo de 1994, y antes de su ratificación promulga la *Intercountry Adoption Act 2000* que desarrolla el Convenio (*ad. ex.*, nombra como Autoridad central en los EEUU al Departamento de Estado; se establece un procedimiento para la acreditación y control de las entidades públicas y privadas que intervengan en los procesos de adopción; se reconocen plenos efectos a las adopciones realizadas en otros Estados del Convenio, etc.); posteriormente, elabora la *Child Citizenship Act 2000*, que ha entrado en vigor el 27 de febrero de 2001. Actualmente, el Convenio todavía no ha entrado en vigor en EEUU.

⁸⁶⁵ *Vid., infra*, Cap. I, III. 5. B) c).

3. Principio de confianza mutua entre los Estados parte

A) Fundamento

El eficaz funcionamiento de estos Convenios de CIA se basa en un principio de confianza mutua entre los Estados parte en el respectivo Convenio, que se proyecta en una serie de beneficios convencionales⁸⁶⁶, pero que, por otro lado, conlleva que los Estados que participan en su elaboración se muestren, en cierto sentido, especialmente selectivos a la hora de elegir a sus cocontratantes. Esta idea del necesario grado de confianza entre los Estados parte como requisito indispensable para la eficacia de un Convenio de CIA coloca a estos Convenios en una especie de tensión o dialéctica entre dos ideas: de un lado, el deseo, como se ha reiterado en ocasiones, de extender sus beneficios convencionales al mayor número de menores, aspirando casi hacia el universalismo y, de otro, la convicción de que sólo los Estados que se encuentren preparados para asumir las obligaciones convencionales deben llegar a ser parte del respectivo Convenio de CIA del que se trate⁸⁶⁷.

Efectivamente, entre los Estados que participan en la negociación de un Convenio de CIA en materia de protección de menores existe un clima de confianza mutua que hace presuponer que cada Estado va a cumplir adecuadamente las obligaciones convencionales impuestas por la letra del Convenio, abandonando posturas unilateralistas, y siempre buscando satisfacer el interés superior del menor. Este clima de confianza mutua es el que justifica desde la aplicación generalizada de la *lex fori* y la tendencia hacia el establecimiento de regímenes liberales de reconocimiento, con desaparición del control de la ley aplicada por el tribunal del Estado de origen, hasta la asunción de obligaciones tales como la de restituir al menor al Estado de su residencia habitual inmediatamente anterior al secuestro sin entrar a conocer del fondo del asunto en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, así como, en sentido amplio, las variadas posibilidades de cooperación entre las Autoridades centrales designadas por cada Estado.

⁸⁶⁶ *Vid., infra*, Cap. I, III. 5.

⁸⁶⁷ *Vid.*, esta tensión en los trabajos preparatorios del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 437.

Sin embargo, el funcionamiento eficaz del Convenio en cuestión sería puesto en peligro si se admitiera que una vez entrado en vigor el texto entre los Estados originarios, cualquier Estado, sin más, se adhiriera al Convenio en cuestión, y quizás no suficientemente preparado a escala organizativa y/o legislativa para cumplir las obligaciones convencionales. De ahí, que la forma de asegurar que este clima de confianza mutua continúe siendo la base del eficaz funcionamiento del Convenio en cuestión sea la de controlar que efectivamente los Estados que desean llegar a ser parte en el Convenio se encuentran dispuestos y preparados para asumir adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones de cooperación incorporadas en el texto. Este control se realiza básicamente mediante las cláusulas de adhesión incorporadas en los respectivos Convenios, junto con algunas cautelas que suelen incluirse en los mismos⁸⁶⁸.

B) Las cláusulas de adhesión

a) Consideraciones previas

Frente a las tradicionales cláusulas de adhesión previstas en los Convenios internacionales, consistentes en la firma, seguida de ratificación, aceptación o aprobación como requisitos de entrada en vigor de un Convenio en un determinado Estado, los Convenios de CIA tienden a incorporar procedimientos especiales, que aun abriendo las puertas a Estados que no han participado en su respectiva elaboración, pudiendo así aspirar a llegar a ser universales, permitan a los Estados que ya son parte en el respectivo Convenio controlar la adhesión de futuros nuevos Estados.

Antes de analizar brevemente estos procedimientos especiales que convierten a estos Convenios, en líneas generales, en Convenios semicerrados, debe advertirse que el grado de apertura convencional no es idéntico en todos estos Convenios, sino que presenta una distinta intensidad, que traduce también el grado de confianza en que se fundan (cuanto mayor es la confianza menor suele ser el grado de apertura),

⁸⁶⁸ Llámense fórmulas matizadas de orden público, motivos de rechazo al retorno más o menos amplios con incorporación del siempre peligroso criterio del «interés superior del menor», posibilidad de reservar más o menos amplia, etc.

dependiendo de una pluralidad de factores (fundamentalmente, el ámbito espacial donde ha surgido el Convenio y el grado de aspiración universal). Siguiendo una jalonación ascendente en función de la apertura convencional pueden distinguirse básicamente los siguientes procedimientos.

b) Procedimiento de invitación

Este procedimiento es el adoptado por el Convenio del Consejo de Europa de 1980 relativo al reconocimiento de las resoluciones en materia de custodia, alzándose como un modelo que ofrece realmente unas probabilidades muy escasas para que los Estados que no sean miembros de esta Organización lleguen a adherirse al Convenio. El Convenio, efectivamente, desea garantizar que sólo los Estados que poseen una organización administrativa compatible con los objetivos del Convenio y una afinidad jurídica en el ámbito del Derecho de familia con los países europeos⁸⁶⁹, puedan llegar a ser parte del Convenio. Los Estados no parte del Consejo podrán ser invitados *ex art.* 23.1 por el Consejo de Ministros, pero dicha invitación sólo podrá tener lugar superados dos requisitos: en primer lugar, que haya sido aprobada por el Consejo de Ministros mediante un acuerdo adoptado por la mayoría prevista en el art. 20 del Estatuto (mayoría de dos tercios de los votos emitidos y mayoría de los representantes con derecho a participar en las sesiones del Comité de Ministros); y, en segundo lugar, con objeto que sean siempre los Estados que ya sean parte del Convenio, los que elijan a sus cocontratantes, que todos los Estados miembros del Consejo de Europa que ya sean parte del Convenio de Luxemburgo, hayan emitido un voto favorable. Con este riguroso procedimiento, parece obvio que si el Convenio de Luxemburgo ha conseguido aumentar el número de Estados contratantes a veintiséis ha sido porque los nuevos Estados, primero han pasado a formar parte del Consejo de Europa y, en segundo lugar, se han adherido al Convenio.

⁸⁶⁹ *Vid.*, esta consideración, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 230.

c) Cláusulas de aprobación

Es el modelo adoptado por los Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores (art. 21) y de 1980 sobre sustracción internacional de menores (art. 38)⁸⁷⁰. Según este sistema, el Convenio queda abierto a Estados que no participaron en su elaboración pero la adhesión de un nuevo Estado sólo surte efecto respecto de aquellos Estados parte que declaren expresamente su aceptación a la nueva adhesión. Este restrictivo modelo de adhesión, que convierte también a los Convenios que hacen uso del mismo en Convenios semicerrados, se revela como una fórmula dirigida a mantener el equilibrio necesario entre el deseo de universalismo y la convicción que un sistema de cooperación sólo es eficaz cuando existe un grado suficiente de confianza mutua entre los Estados parte⁸⁷¹.

Sin embargo, la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores ha puesto de relieve que, aún destacando el éxito del Convenio a escala universal⁸⁷², el objetivo de universalidad se ve entorpecido en cierto modo por la aplicación de este sistema de adhesión, que dificulta el absoluto fomento de ratificaciones exigido por sus objetivos⁸⁷³. En la última Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio llevada a cabo en marzo de 2001, se aprobó un cuestionario estándar con objeto de ayudar a los futuros Estados parte a ejecutar el

⁸⁷⁰ En el ámbito de la cooperación procesal también es el incorporado en el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (art. 39).

⁸⁷¹ *Vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 437. El mismo informe insiste en la idea que el carácter semicerrado del Convenio proviene del mecanismo de la declaración de aceptación por los Estados parte, y no de la existencia de cualquier restricción relativa a los Estados que pudieran adherirse (*ibid.*, p. 472). Por su parte, el informe del Convenio de 1961 justifica este sistema de adhesión restrictivo en el hecho que el Convenio se funda en las relaciones de confianza mutua y conocimiento recíproco de los sistemas jurídicos entre los Miembros de la Conferencia (*vid.*, W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 243).

⁸⁷² Como destaca Y. Lequette, este Convenio puede presumir de la calificación de «universal», aún cuando esta universalidad sea siempre relativa (*vid.*, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, p. 212). Destacando la relevancia para la real efectividad del texto de los países islámicos, *vid.*, D. B. Lugtenberg, «Report of the Worskshop on Child Abduction», en J. Doek et al (Eds.), *Children on the Move...*, *cit.*, pp. 191-194, esp., p. 194.

⁸⁷³ *Vid.*, la crítica realizada abiertamente por el Experto de la Federación Rusa a este sistema contenido en el art. 38 («Rapport de la deuxième session...», *cit.*, réponse a la question 44).

Convenio de manera eficaz, y facilitar a los Estados que ya son parte las informaciones pertinentes para examinar la cuestión de la aceptación *ex art. 38*⁸⁷⁴.

En conjunto, este sistema de adhesión se ha mostrado algo restrictivo e inseguro a los objetivos de universalidad que aspiran los Convenios de CIA y, por tanto, poco favorable al interés del menor en las situaciones privadas internacionales⁸⁷⁵. Esta es la razón de que los Convenios de CIA concluidos en los últimos años en la Conferencia de La Haya hayan optado por un método que, aún garantizando que los Estados parte del Convenio puedan controlar la adhesión de futuros Estados contratantes, no disuada tanto a éstos a la hora de proyectar su futura adhesión a un Convenio que procura, ante todo, extender sus beneficios convencionales al mayor número de menores.

d) Cláusulas de objeción

Es el procedimiento de adhesión incorporado en los Convenios de La Haya de 1993 sobre adopción internacional (art. 44) y de 1996 sobre medidas de protección de los niños (art. 58)⁸⁷⁶. Este procedimiento permite, básicamente, que una vez entrado en vigor el respectivo Convenio puedan adherirse al mismo nuevos Estados, con el límite que esta adhesión sólo surtirá efecto respecto a aquellos Estados contratantes que no formulen su objeción en un plazo de tiempo determinado.

En ambos Convenios el plazo retenido en el que los Estados que ya son parte pueden oponer su objeción respecto a la adhesión de un concreto nuevo Estado es el

⁸⁷⁴ Este cuestionario estandar se basa sobre los siguientes principios: a) La Oficina Permanente de la Conferencia facilita su acceso vía Internet y llama la atención a los Estados que prevean adherirse al Convenio o que lo hayan hecho recientemente; b) La respuesta al cuestionario es sólo recomendada, no obligatoria; c) El Estado destinatario decidirá si sus respuestas serán comunicadas al resto de Estados contratantes por mediación de la Oficina Permanente o de manera directa; y d) Los Estados contratantes que ya se hayan adherido al Convenio podrán igualmente utilizar este medio con objeto de acelerar el procedimiento de aceptación (*vid.*, sobre esta cuestión y el cuestionario sobre los puntos esenciales que deben tenerse en cuenta a la hora de adoptar las medidas internas necesarias para el eficaz funcionamiento del Convenio, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion...», *cit.*, pp. 7-8).

⁸⁷⁵ El informe explicativo al Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional justifica precisamente el rechazo a este procedimiento que califica como «el más difícil», en el interés superior del menor (*vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 646).

⁸⁷⁶ No es un procedimiento desconocido a los Convenios de La Haya relativos a la CIA en el ámbito procesal, puesto que ya había sido adoptado con anterioridad a estos Convenios en los Convenios de 15 de noviembre de 1965 relativo a notificaciones (art. 28), y de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia (art. 32).

de seis meses⁸⁷⁷, aunque puede observarse entre ambos una mínima diferencia que vuelve a verificar el auténtico espíritu de universalidad que late en el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional y, sobre todo, la idea de la necesaria entrada en vigor del Convenio tanto en los países de origen como en los países de recepción, debiendo existir entre ellos un clima de confianza mutua en interés superior del menor⁸⁷⁸. Efectivamente, conforme al art. 57 del Convenio de La Haya de 1996, el Convenio sólo queda abierto a la firma de los Estados que fueron miembros de la Conferencia de La Haya cuando se celebró su Decimoctava Sesión. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con relación al Convenio de La Haya de 1993, los Estados que fueron invitados en calidad de observadores, sin derecho a voto, no podrán adherirse en un primer momento al Convenio, sino que tendrán que utilizar el procedimiento previsto *ex art.* 58. La diferencia entre ambas situaciones no sólo tiene por consecuencia, como denuncia P. Lagarde en su informe explicativo, el distinto momento de la adhesión y la fecha de su eficacia⁸⁷⁹, sino, a mi juicio, fundamentalmente, el hecho que los Estados ya miembros del Convenio poseen un derecho de veto a la adhesión de estos Estados que participaron en la propia elaboración del Convenio, igual que aquél que poseen frente a terceros Estados que se acercan *ex novo* a las reglas convencionales.

En conclusión, el sistema de «no aceptación» sometido a plazo determinado retenido por los últimos Convenios de La Conferencia de La Haya resulta el más apropiado en los Convenios de CIA sobre protección de menores, como fórmula que continúa garantizando la confianza mutua entre los Estados partes como base de su

⁸⁷⁷ En la elaboración del Convenio de La Haya de 1993, después de debatirse sobre este aspecto relativo al cómputo, se aprobó por amplia mayoría la proposición del Comité Permanente, reteniendo el plazo de seis meses, en lugar de doce (*vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 646). Por su parte, el Convenio de La Haya de 1996 adopta sin discusión la solución alcanzada en el Convenio precedente (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 54).

⁸⁷⁸ Confianza que nuestro Estado como Estado de recepción parece no tener respecto a las autoridades administrativas de muchos países del Tercer Mundo (*vid.*, una denuncia en este sentido, C. González Beilfuss, «La aplicación en España...», *cit.*, pp. 316-317).

⁸⁷⁹ Efectivamente, *versus* al Convenio de La Haya de 1993, de un lado, los Estados que no siendo miembros de la Conferencia de La Haya participaron en la elaboración del Convenio de La Haya de 1996, no podrán adherirse al Convenio en un primer momento, sino sólo una vez que éste ya haya entrado en vigor *ex art.* 58.1; y de otro, el período de tres meses después de cuya expiración el Convenio entra en vigor para el Estado que se haya adherido con posterioridad, sólo empieza a computarse una vez que haya expirado el plazo de seis meses previsto en el art. 58.2, en el que los Estados parte pueden rechazar su adhesión [*vid.*, art. 61. 2 b), que no existe en el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional]. *Vid.* P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 54.

funcionamiento, y que permite paralelamente, sin demasiadas dificultades, la adhesión de nuevos Estados. La experiencia ha demostrado, como se comprobará más adelante, con ocasión de la aplicación práctica del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, que un Convenio de CIA de carácter abierto, que permita la adhesión de nuevos Estados sin ningún tipo de control o restricción, corre el riesgo que dichos Estados no hayan adoptado las estructuras administrativas eficaces para cumplir satisfactoriamente las obligaciones convencionales, provocando así serios problemas en el funcionamiento convencional⁸⁸⁰.

C) Medidas de promoción

No sólo es necesario que los Estados que lleguen a ser parte en el Convenio ofrezcan la confianza suficiente a los Estados que ya lo son para que el Convenio pueda seguir fundándose en el principio de confianza mutua entre los Estados partes en el cumplimiento de las obligaciones convencionales de cooperación, sino que es necesario sostener y promocionar dicha confianza mutua durante la vida del Convenio, con objeto de mejorar y perfeccionar su funcionamiento.

A este objetivo responden básicamente las Comisiones especiales convocadas periódicamente, como se verá *infra*, con objeto de analizar el funcionamiento del respectivo Convenio⁸⁸¹, pero fundamentalmente toda una serie de medidas dirigidas a reforzar la confianza entre las distintas autoridades nacionales encargadas de llevar a cabo la cooperación prevista en el respectivo Convenio. Ello implica, en primer lugar, un conocimiento exacto de cada una de las autoridades nacionales encargadas en cada Estado parte de cumplir con las obligaciones convencionales, así como del ámbito preciso de sus funciones en la medida que lo exija la complejidad de estructuras de cooperación prevista en el respectivo Convenio. Esta obligación conlleva no sólo el compromiso de designar las respectivas AACC (u análogas) en el instrumento de ratificación antes de la entrada en vigor del Convenio en dicho Estado, y en el modo

⁸⁸⁰ *Vid.*, Cap. II, II. 2 B).

⁸⁸¹ *Vid.*, Cap. I, III. 8. B) a).

requerido por las respectivas reglas convencionales, sino también una actualización periódica, y su difusión a todos los Estados parte con precisión exacta de las personas de contacto⁸⁸².

En segundo lugar, las AACC, en cuanto autoridades, como se verá en el Capítulo siguiente, jerárquicamente superiores en el organigrama nacional competente en la aplicación de algunos de estos Convenios, vía interlocutora en las relaciones con el resto de los Estados, y autoridades obligadas a cooperar directamente entre ellas para realizar los objetivos convencionales, están llamadas a sostener entre ellas un contacto periódico con el fin de resolver los problemas prácticos relativos al funcionamiento del Convenio, y a organizar reuniones, tanto en el ámbito nacional como internacional, con objeto de resolver los problemas identificados como comunes⁸⁸³.

Finalmente, también debe acogerse de modo satisfactorio la multiplicación de seminarios y de conferencias judiciales (o de otra naturaleza) que en los últimos años vienen celebrándose tanto a escala nacional, regional, como internacional⁸⁸⁴; así como otro tipo de medidas que La Conferencia de La Haya ha iniciado con objeto de

⁸⁸² En el seno de la Conferencia de La Haya actualmente no existen apenas problemas en este sentido, gracias, de un lado, a la labor realizada por la Oficina Permanente, responsable de mantener vía Internet información actualizada relativa a las AACC y al resto de autoridades implicadas, comprendiendo el ámbito de sus funciones; y, de otro, a la obligación de los Estados parte de comunicar a aquélla cualquier modificación al respecto. En la aplicación del Convenio de Nueva York de 1956, sin embargo, sí han existido serios problemas con relación a este aspecto, dada la ausencia de una lista actualizada de las autoridades nacionales previstas en el Convenio. El problema ha sido resuelto actualmente en gran medida, gracias a la intervención de la Conferencia de La Haya que ha hecho circular regularmente entre las autoridades una lista puesta al día con precisión de las personas de contacto en cada Estado (*vid.*, Bureau Permanent, «Listes des Autorités expéditrices et Institutions intermédiaires désignées sous la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger», <http://www.hcch.net>).

⁸⁸³ En la última Comisión relativa al funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 se aprobó la Recomendación dirigida a las AACC de crear una dirección Internet actualizada y comunicarla a la Oficina Permanente de la Conferencia, con el fin que puedan intercambiar entre ellas información en todo momento vía Internet (*vid.*, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 4). La importancia de las reuniones entre AACC para superar los obstáculos en la aplicación de los Convenios de CIA, ha sido destacada especialmente con relación al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional. En la Comisión especial celebrada a finales de 2000, se han puesto de relieve los resultados positivos de las dos reuniones entre AACC de Rumania y AACC de varios Estados europeos, con objeto de resolver los problemas planteados con las adopciones internacionales de menores procedentes del primer país (*vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale...», *cit.*, párr. 109).

⁸⁸⁴ *Vid.*, con relación al Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción, señalando la relevancia de estos seminarios como medida que contribuye al desarrollo de la confianza y comprensión mutua entre autoridades judiciales, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 9.

fomentar la confianza mutua entre las autoridades para garantizar el eficaz funcionamiento de estos Convenios de CIA (*ad. ex.*, publicación y difusión del Boletín de información a la atención de jueces de la protección de menores⁸⁸⁵).

4. Principio de no exclusividad

A) Justificación

El carácter de no exclusividad del que gozan estos Convenios de CIA se justifica básicamente en dos razones. En primer lugar, como desde el principio se ha puesto de relieve, por su filosofía marcadamente utilitarista, que los erige como Convenios orientados, con distinto alcance, hacia la consecución de determinados fines convencionales, aunque en todo caso destinados a la protección del menor *in casu*. Esta perspectiva esencialmente finalista y de carácter material les obliga a aceptar inexcusablemente su carácter de no exclusividad y, en distinta medida, fomentar la aplicación de cualquier otra norma de origen convencional, institucional, o autónomo que logre satisfacer el objetivo convencional más adecuadamente. No todos los Convenios de CIA presentan, naturalmente, este rasgo con la misma intensidad y, como regla general, cuanto más específico y delimitado sea el objetivo convencional mayor será la necesidad de dar entrada a otras normas que logren alcanzarlo más satisfactoriamente (*ad. ex.*, sustracción en orden a obtener el retorno del menor o alimentos en orden a obtener el pago de la pensión), puesto que la relevancia del fin exige abrir todas las posibilidades jurídicas para su obtención. Este carácter de no exclusividad suele traducirse en la incorporación de cláusulas de compatibilidad que recogen la aplicación de la norma más favorable a los objetivos convencionales o, en ausencia de las mismas, por la aplicación de la regla de la eficacia máxima. En determinadas ocasiones, el objetivo material perseguido obliga a que antes de declarar la regla de la aplicación de la norma más favorable, sea conveniente introducir cláusulas de compatibilidad, que realmente actúan como cláusulas de subordinación o prioridad vetando la aplicación de otros posibles Convenios que harían frustrar los objetivos convencionales. En segundo lugar, este carácter de no exclusividad puede

⁸⁸⁵ *Vid.*, con relación al funcionamiento de este mismo Convenio, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 13.

predicarse especialmente en los Convenios de CIA predominante, por el hecho que en la mayoría de las ocasiones suelen presentarse, con distinto alcance, como Convenios complementarios a las normas convencionales o autónomas que regulan los aspectos tradicionales de DIPr. (*ad. ex.*, Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos o Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción). Se analizarán a continuación las traducciones jurídicas más relevantes de este principio de no exclusividad, y su distinto alcance en orden a la coordinación de las diferentes normas convencionales.

B) Traducción jurídica: las cláusulas de compatibilidad

a) Consideraciones previas

El enorme abanico de Convenios internacionales que inciden en la protección internacional del menor, hace cada vez más complejo el análisis de las relaciones entre las distintas normas cuando dos Estados relacionados en un asunto concreto forman parte de dos o más Convenios internacionales que otorgan una respuesta jurídica satisfactoria. Estos problemas de relación entre Convenios, que teóricamente pueden desembocar en la aparición de un «conflicto de convenios»⁸⁸⁶ (conocido también como el «problema principal en el futuro de nuestra ciencia»), suelen ser afrontados en la misma letra de los textos convencionales mediante las conocidas «cláusulas de compatibilidad», «cláusulas de relación» o «cláusulas de concurrencia»⁸⁸⁷. Sin

⁸⁸⁶ La expresión «conflictos de Convenios» *stricto sensu* debe reservarse para los supuestos en que dos o más acuerdos internacionales, con el mismo ámbito de aplicación (temporal, espacial, material y personal), otorguen a un supuesto una solución jurídica contradictoria en su contenido (*vid.*, en la doctrina española, especialmente, S. Álvarez González, «Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya», *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 37-62, esp., p. 42, reteniendo las apreciaciones de P. Volken).

⁸⁸⁷ La acepción más generalizada a partir de las obras de F. Majoros (*Les Conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique* I, 1976; II *Parte spéciale I. Le droit des conflits de conventions*, 1980) es, sin duda, la de «cláusulas de compatibilidad», comprendiendo cualquier tipo de proposición jurídica con la que un Convenio regula sus relaciones con otros posteriores o anteriores. Sin embargo, la generalidad del contenido de este concepto que puede conducir a equívocos, ha llevado a la doctrina a formular conceptos alternativos, como son, «cláusulas de concurrencia» o «cláusulas de relación» (*vid.*, sobre este aspecto, S. Álvarez González, «Cláusulas de compatibilidad...», *cit.*, nota 5). La denominación de «cláusulas de recepción», distinguiendo entre ellas, cláusulas de subordinación, cláusulas de mera complementariedad, y de exclusión, resulta, a mi juicio, más funcional para distinguir las diferentes relaciones entre Convenios (*vid.*, en este sentido, J. D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y M^a P. Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, 2^a ed. rev., Madrid, 2002, pp. 305-307), aunque dado que la

embargo, la tendencia que se observa en los Convenios de DIPr. de la última generación adoptar mediante dichas cláusulas de compatibilidad una perspectiva orientada más bien hacia la coordinación o armonización entre Convenios, sin resolver directamente el problema. Esta tendencia se hace especialmente patente en los Convenios de CIA en materia de protección de menores, dado su carácter esencialmente no excluyente, dando lugar a algunos problemas de coordinación.

b) Cláusulas de subordinación

Entre las modalidades de cláusulas de compatibilidad son distinguidas claramente por la doctrina las conocidas «cláusulas de subordinación» o «de prevalencia», que tienen en común entre ellas establecer una jerarquía entre diferentes normas convencionales, aunque a partir de este dato común puedan verificarse muy distintas modalidades⁸⁸⁸. Una de estas modalidades de cláusulas de subordinación que, en este caso, permite la coordinación entre dos Convenios internacionales entre Estados parte de ambos, pero sujetando la aplicación de uno de ellos a la aplicación prioritaria del otro, se recoge expresamente en el Convenio de La Haya de 1980 relativo a la sustracción internacional de menores, así como en los posteriores Convenios que incidiendo en la reglamentación de la protección del menor desde cualquier óptica de DIPr. son susceptibles de arriesgar el adecuado funcionamiento de las reglas de aquél.

Efectivamente, conforme al art. 34.1 del Convenio de la Haya de 1980: «*el presente Convenio tendrá prioridad en las cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación sobre el Convenio de 1961 relativo a la competencia de las autoridades y a la ley aplicable en materia de protección de menores entre los Estados parte en ambos Convenios*». Aunque el tenor literal de esta cláusula de compatibilidad puede conducir a afirmar *a priori* que se está en presencia de una cláusula de prevalencia

denominación de «cláusula de compatibilidad» es la más arraigada en nuestra doctrina, es la que se mantiene en este trabajo.

⁸⁸⁸ Son denominadas omnicomprendivamente por S. Álvarez González como «cláusulas jerárquicas especiales», en el sentido que establecen específicamente la prevalencia de una norma convencional sobre otra o de un convenio sobre otro u otros concretos, o la relación de subordinación expresa (*vid.*, «Cláusulas de compatibilidad...», *cit.*, p. 47).

expresa, las relaciones entre el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción respecto al Convenio de La Haya de 1961, así como cualquier otra norma convencional o autónoma que regule los aspectos relativos al derecho de custodia, deben de analizarse teniendo en cuenta no sólo el instrumento en sí de esta cláusula, sino también otros índices, como es especialmente la interpretación de los respectivos ámbitos materiales y respectivos fines convencionales, con especial atención al delimitado pero ambicioso objetivo del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción. Teniendo en cuenta estas premisas debe reconocerse la compatibilidad de ambos Convenios, puesto que aspirando exclusivamente el Convenio de La Haya de 1980 a obtener el retorno del menor en los supuestos de desplazamientos ilícitos, su aplicación no afecta en nada a la reglamentación relativa al fondo del asunto (derecho de custodia esencialmente), y se impone, por tanto, reconocer su compatibilidad con los Convenios internacionales o normas de origen interno que regulen tales aspectos. Pero, de otro lado, para obtener tal compatibilidad de manera adecuada se impone inexcusablemente, como primera medida a adoptar en los supuestos de sustracción, la aplicación prioritaria del Convenio de La Haya de 1980, vetando la aplicación de cualesquiera otras disposiciones relativas al fondo. De este modo, sólo cuando el menor haya sido restituido en los términos del Convenio al lugar de su residencia habitual, las reglas que regulan los aspectos relativos al derecho de custodia podrán aplicarse⁸⁸⁹.

Esta misma cláusula de subordinación aparece recogida en el Convenio de La Haya de 1996, concretamente, *ex art. 50*, donde de manera más matizada que en el art. 34 del Convenio de La Haya de 1980, debido al alcance que, como se verá *infra*⁸⁹⁰, puede desempeñar este nuevo Convenio en supuestos de desplazamiento ilícito, se prevé que «*el presente Convenio no afecta al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre sustracción internacional de menores en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios*». Con esta cláusula de compatibilidad, que aunque su redacción

⁸⁸⁹ Aunque el art. 34 exclusivamente se refiera al Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, dado que lo que se procura es evitar que se pueda suspender la aplicación de las disposiciones del Convenio invocando disposiciones que se refieren al fondo del derecho de custodia, el principio incorporado en el art. 34 debe extenderse a toda disposición que afecte al derecho de custodia, cualquier que sea su origen (convencional, institucional o autónoma). *Vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 436-437.

⁸⁹⁰ *Vid.*, principalmente, Cap. IV, II. 3. B) b).

no resulte demasiada acertada a los objetivos que pretende alcanzar, puesto que más bien parece una cláusula de compatibilidad *stricto sensu* que una cláusula de subordinación, los negociadores del Convenio de La Haya de 1996 desearon reconocer expresamente su convicción de mantener la primacía del Convenio de La Haya de 1980 en cuanto que en los supuestos de desplazamiento ilícito se impone en primer lugar aplicar reglas específicas que aseguren el retorno inmediato del menor, y sólo después debatir la cuestión relativa al fondo de las medidas de protección, subordinando de este modo la aplicación de sus reglas convencionales o de cualesquiera otras que afecten al fondo del derecho de custodia, a la aplicación prioritaria de las reglas particulares en supuestos de desplazamiento ilícito⁸⁹¹.

Esta relación de subordinación ha sido también trasladada específicamente al Reglamento comunitario 1347/2000, que excepcionalmente mediante una regla particular de competencia subordina la aplicación de las reglas comunitarias en este sector al Convenio de La Haya de 1980⁸⁹². Concretamente, *ex art. 4* se dispone que: «*Los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al art. 3 ejercerán su competencia de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles relativos a la sustracción internacional de menores, y en particular en sus artículos 3 y 16*». Mediante esta regla de competencia, que exceptúa la regla general comunitaria de prioridad del Reglamento sobre otros instrumentos internacionales de que los Estados miembros sean parte⁸⁹³, se confirma tajantemente la cláusula de subordinación contenida en el art. 34 del Convenio de La Haya de 1980, en tanto que en supuestos contemplados en su ámbito de aplicación material (esto es, desplazamiento ilícito) se aplica prioritariamente sus reglas convencionales y, sólo una vez aplicadas, entrarán en juego el resto de normas institucionales, convencionales o autónomas que regulen los aspectos relativos al

⁸⁹¹ *Vid.*, de manera inequívoca, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 50.

⁸⁹² *Vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Informe explicativo...», *cit.*, p. 79.

⁸⁹³ *Vid.*, especialmente, art. 37, que consagra expresamente el régimen preferente del Reglamento en materia de responsabilidad parental (vinculadas a las acciones matrimoniales y limitadas a los hijos matrimoniales comunes) frente a cualquier régimen convencional (concretamente, en materia de protección de menores, prevalece sobre el Convenio de La Haya de 1961, el Convenio de Luxemburgo de 1980 y el Convenio de La Haya de 1996, así como sobre cualquier régimen bilateral *ex art. 38*, y siempre que el menor resida habitualmente en un Estado miembro).

derecho de custodia⁸⁹⁴. Sólo en este último sentido, se puede hablar de compatibilidad entre Convenios⁸⁹⁵.

c) Cláusulas de compatibilidad orientadas a la aplicación de la norma más favorable

Esta conocida modalidad de cláusula de compatibilidad que suele recogerse tanto en los Convenios internacionales relativos al sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones como en el ámbito de la cooperación procesal⁸⁹⁶, curiosamente sólo se prevé expresamente en los Convenios multilaterales particulares que regulan la sustracción internacional de menores, esto es, en el Convenio de La Haya de 1980 *ex art. 34. 2*, que dispone: «*El presente Convenio “no restringirá” que se aplique un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni que se invoquen otras normas jurídicas del Estado requerido para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o esté retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita*»; y en el Convenio de Luxemburgo de 1980 *ex art. 19*, según el cual: «*El presente Convenio “no constituirá impedimento” para invocar otro*

⁸⁹⁴ Debe advertirse de las consecuencias de la nueva orientación que implica en el marco comunitario la última Propuesta de Reglamento que derogaría el Reglamento «Bruselas II» y modificaría el Reglamento «Bruselas I» en materia de alimentos. Éste da un giro copernicano en la concepción del Convenio de La Haya de 1980 como Convenio prevalente y, dado que regula en el mismo una solución específica a los supuestos de sustracción, por primera vez, el Convenio de La Haya de 1980 pasa a equipararse al resto de instrumentos extracomunitarios, prevaleciendo entre los Estados miembros la regulación comunitaria sobre la solución hasta ahora cuasi universal del Convenio de La Haya de 1980 (*vid.*, art. 61).

⁸⁹⁵ En el mismo sentido de subordinación se dirigía el Documento de trabajo nº 195 presentado durante la elaboración del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional por los Estados Unidos y el Reino Unido. En éste se contenía la sugerencia de incluir un artículo que estipulara que: «*El Convenio es sin perjuicio de la aplicación, entre los Estados parte, del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, firmado en La Haya el 25 de octubre de 1980*». Sin embargo, dicha propuesta no fue debatida por no encontrar el apoyo suficiente puesto que, en realidad, a diferencia de los que sucede con los Convenios generales, en este caso, los supuestos de colisión entre ambos Convenios serían muy extraños. Sin embargo, quedó sentado que en caso de posible conflicto, el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción continuaría conservando su aplicación prioritaria respecto a las reglas contenidas en el Convenio sobre adopción (*vid.*, sobre esta cuestión, G. Parra Aranguren, «*Rapport explicatif...*», *cit.*, pp. 640-641).

⁸⁹⁶ *Vid.*, *ad. ex.*, en nuestro Ordenamiento jurídico, art. 11 del Convenio de La Haya de 1958 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores; art. 23 del Convenio de La Haya de 1973 relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias; art. 19.2 del Convenio hispano austriaco de 1984; art. 23.2 del Convenio hispano-alemán de 1983; art. 23 del Convenio hispano-mexicano de 1989; o en el ámbito de la cooperación procesal, art. 8 del Convenio de La Haya de 1961 sobre supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros.

instrumento internacional que vincule al Estado con el Estado requerido, o el Derecho del Estado requerido, no derivado de un convenio internacional, para obtener el reconocimiento o la ejecución de una resolución».

Ambas normas convencionales traducen la misma idea de aplicación de la norma más favorable para obtener el restablecimiento de la situación del menor en los supuestos de sustracción ilícita, advirtiéndose que, en concreto, esta posibilidad comprende tanto recurrir tanto a las normas de origen convencional (bien sean multilaterales como bilaterales), como a las normas de origen autónomo⁸⁹⁷ y que, en general, como se constata en las cláusulas de compatibilidad de este tipo, y a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas de subordinación que son las únicas que ofrecen una respuesta inmediata, estas cláusulas no resuelve *per se* el problema de la compatibilidad, sino que el verdadero alcance de la compatibilidad se desprenderá únicamente del «análisis lógico y la comparación de textos de los instrumentos en presencia».⁸⁹⁸

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de relieve que la recepción de estas cláusulas de no exclusividad que apuntan a la aplicación de la norma más favorable en los Convenios multilaterales específicos sobre sustracción, conduce a aceptar indiscutiblemente la complementariedad del Convenio de La Haya de 1980 y del Convenio de Luxemburgo de la misma fecha, y la posible aplicación simultánea de ambos instrumentos internacionales para obtener el retorno del menor⁸⁹⁹. En principio, la opción por uno u otro Convenio cuando ambos resulten aplicables *in casu* corresponde al solicitante, aunque también puede confiarse a las AACC del Estado

⁸⁹⁷ *Vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional de menores...», *cit.*, p. 510.

⁸⁹⁸ *Vid.*, S. Álvarez González, «Cláusulas de compatibilidad...», *cit.*, p. 54.

⁸⁹⁹ *Vid.*, la conocida sentencia de 20 de marzo de 1987 del Tribunal de *Grande Instance* de Tolouse (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, pp. 67-72). Doctrinalmente, defendiendo la complementariedad de ambos instrumentos internacionales, *vid.*, *ad. ex.*, P. Reymond, «Convention de La Haye et Convention de Strasbourg...», *cit.*, p. 345; S. Oschinsky, «Le Legal Kidnapping...», *cit.*, p. 651; A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor...», *cit.*, p. 92; C. González Beilfuss, «La aplicación del Convenio de La Haya...», *cit.*, p. 73. Las Comisiones especiales sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 han revelado la ausencia de dificultad en la coordinación de los dos textos cuando ambos resultan aplicables, tanto porque muchas de las leyes introductorias del primero o incluso normas de desarrollo han regulado el problema de la relación entre ambos Convenios, como porque los tribunales nacionales se han pronunciado sin dificultad sobre esta relación (*vid.*, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, párr. 51; «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, réponse a la question 39)

requerido elegir el recurso jurídico más apropiado *ex* normativa interna de desarrollo⁹⁰⁰.

En la misma línea de cláusula de compatibilidad orientada hacia la aplicación de la norma más favorable en este ámbito material debe incluirse, aunque con diferente matiz en su redacción, el segundo párrafo del art. 50 del Convenio de La Haya de 1996, en la medida que tras declarar, como acaba de verse, la primacía del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, recoge que: «*Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno del menor que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita*».

Efectivamente, como se verá a continuación, el nuevo Convenio se abre como una posibilidad normativa más para resolver los problemas de sustracción internacional de menores, así como los aspectos relativos al ejercicio del derecho de visita, de modo que si entre los Estados parte de ambos instrumentos resultan aplicables *in casu* los dos textos internacionales, el solicitante podrá elegir también las reglas de este nuevo Convenio si le resultan más beneficiosas para obtener bien sea el retorno del menor o una regulación satisfactoria del ejercicio de su derecho de visita.

d) Cláusulas de compatibilidad *stricto sensu*: la regla de la eficacia máxima

Estas cláusulas de compatibilidad *stricto sensu*, en la medida que únicamente dejan a salvo la normativa de otros Convenios internacionales, pasados, futuros, o pasados y futuros⁹⁰¹, se recogen, con distinto matiz, tanto en los Convenios generales sobre protección de menores (art. 18. 2 del Convenio de La Haya de 1961⁹⁰² y art. 52

⁹⁰⁰ *Vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. González Carrascosa, «Problemas de secuestro internacional de menores...», *cit.*, p. 511.

⁹⁰¹ *Vid.*, S. Álvarez González, «Cláusulas de compatibilidad...», *cit.*, pp. 47-48. Los acuerdos que los Estados parte puedan concluir entre ellos para mejorar la aplicación del Convenio (*vid.*, *infra*, Cap. I, III. 7), no se incluyen dentro de estas cláusulas, sino sólo aquellos, que afectando al ámbito material del Convenio, se concluyan de manera independiente a las reglas convencionales.

⁹⁰² *Vid.*, art. 18.2: «*El presente Convenio no afecta a lo dispuesto por otros Convenios que en el momento de su entrada en vigor vinculen a los Estados contratantes*».

del Convenio de La Haya de 1996⁹⁰³), como en los Convenios particulares de CIA que regulan las prestaciones de alimentos (concretamente, en el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero *ex art. 1.2*⁹⁰⁴ y en el Convenio de Roma de 1990 sobre la simplificación de los procedimientos relativos al cobro de los créditos alimenticios *ex art. 7*⁹⁰⁵), y la adopción internacional (art. 39.1 del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional⁹⁰⁶).

En realidad, si las cláusulas de compatibilidad orientadas hacia la aplicación de la norma más favorable analizadas anteriormente no resuelven, como se ha dicho, directamente el posible conflicto que se plantee entre dos o más Convenios internacionales, al menos si suministran al intérprete el criterio que debe guiar la ponderación de los instrumentos internacionales en presencia, mientras que estas cláusulas de compatibilidad *stricto sensu* sólo se limitan a plantear la existencia del eventual conflicto, indicando únicamente la no aplicación preferente del Convenio en que se incorpora respecto a otro Convenio pasado o futuro (como consecuencia de la asunción de su carácter de no exclusividad).

Este problema, que en modo alguno es exclusivo de los Convenios de CIA en materia de protección de menores, afectando con frecuencia tanto a los Convenios de

⁹⁰³ *Vid.*, art. 52.1: «El Convenio no deroga los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos»; 52. 2: «El Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, respecto a los niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos»; 52.3: «Los acuerdos a concluir por uno o varios Estados contratantes sobre materias reguladas por el presente Convenio no afectará a la aplicación de las disposiciones del presente Convenio en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes»; 52.4: «Los párrafos precedentes se aplicarán igualmente a las leyes uniformes basadas en la existencia entre los Estados afectados de vínculos especiales, particularmente de naturaleza regional» (sobre este complejo precepto, *vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 51-52).

⁹⁰⁴ Art. 1.2: «Los medios jurídicos a que se refiere la presente Convención son “adicionales” a cualesquiera otros medios que puedan utilizarse conforme al Derecho interno o al Derecho internacional y no sustitutivos de los mismos».

⁹⁰⁵ Art. 7: «Las disposiciones del presente Convenio son “complementarias” a las disposiciones del Convenio de Bruselas y “no perjudican” a los demás instrumentos internacionales existentes».

⁹⁰⁶ Art. 39.1: «El Convenio no deroga a los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contenga disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos». Adviértase que en este caso, no obstante, se refiere sólo a los acuerdos pasados.

derecho aplicable⁹⁰⁷, como a los Convenios de eficacia extraterritorial de decisiones y CIA en el marco procesal⁹⁰⁸, debe resolverse, a mi juicio, en caso de conflicto (y recuérdese que siempre debe existir coincidencia de ámbitos entre los dos Convenios que se relacionan, con lo cual los conflictos serán muy escasos) en dos fases de razonamiento. En primer lugar, debe atenderse a los nexos intrínsecos existentes entre los Convenios que se relacionan, dado que estos Convenios asumen la calidad de subordinados o inferiores⁹⁰⁹, la cláusula podrá actuar como cláusula de subordinación (si el otro Convenio con el que se relaciona asume una posición prioritaria), o como cláusula de coordinación en sentido estricto (si el otro Convenio adopta también igual posición de no aplicación preferente). En el primer supuesto, el conflicto se habrá resuelto satisfactoriamente entre ambos Estados implicados, identificando la normativa aplicable (es el caso, *ad. ex.*, de la relación entre el Convenio de La Haya de 1996 que adopta una posición de subordinado y el Reglamento comunitario 1347/2000, que adopta una posición prioritaria, con lo cual en caso de conflicto entre dos Estados parte de ambos se aplicará siempre la normativa comunitaria). En el segundo caso, es decir, si los Convenios en relación adoptan un lenguaje neutro, la cláusula de compatibilidad que actúa *stricto sensu* como «cláusula de coordinación», será igual de insuficiente como sino existiera dicha cláusula. El único camino, por tanto, para solucionar el problema en caso de conflicto, salvo que puede aplicarse alguna de las reglas generales de especialidad *ratione materiae* o de temporalidad⁹¹⁰, es acudir a la «regla de la eficacia máxima» propuesta por la doctrina. Conforme a

⁹⁰⁷ *Vid.*, *ad. ex.*, art. 19 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 relativo a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias; art. 15 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera; art. 15 del Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos.

⁹⁰⁸ *Vid.*, *ad. ex.*, art. 19 del Convenio hispano-francés de 27 de junio de 1929; art. 23.1 del Convenio hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983; art. 25 del Convenio de La Haya de 1965 relativo a notificaciones; art. 32 del Convenio de La Haya de 1970 relativo a la obtención de pruebas.

⁹⁰⁹ *Vid.*, aunque discutiendo esta perspectiva, S. Álvarez González, «Cláusulas de compatibilidad...», *cit.*, p. 49; razonamiento que, a mi juicio, parece perfectamente coherente, tal como ha sido puesto de relieve por importantes autores.

⁹¹⁰ Algunos supuestos, efectivamente, vendrán resueltos por la regla de la especialidad en la materia (art. 30.3 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derechos de los Tratados), como ocurre *ad. ex.*, en caso que el Convenio de La Haya de 1996 entre en vigor tanto en España como en Marruecos, entre éste y el Convenio bilateral específico hispano-marroquí de 1997, prevaleciendo el segundo sobre el primero (salvo que medie declaración expresa al contrario). En otros casos, sin posibilidad de especialidad, podrá resolverse aplicando la regla de la temporalidad (art. 30.3 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados), que puede aparecer consagrada expresamente (*ad. ex.*, art. 51 del Convenio de La Haya de 1996 con relación a los Convenios de 1961 y de 1902) o no hacerlo.

esta regla, como es sabido, «de entre las normas convencionales en conflicto prevalece la que consiente la realización más eficaz de las finalidades de los respectivos Convenios»⁹¹¹. En los Convenios de CIA relativos a la protección del menor debe defenderse la aplicación de este criterio de la eficacia máxima, identificando el Convenio más eficaz sobre la base de dos criterios: de un lado, al tratarse de Convenios de CIA, el Convenio más eficaz será el que prevea cauces de cooperación más ágiles, variados, y aptos al fin convencional⁹¹²; de otro, en función de la materia sobre la que recaen, protección del menor, el Convenio más eficaz será el que atienda el interés del menor de manera más favorable⁹¹³. Será esta regla la que deba resolver *ad. ex.*, la posible colisión entre los Convenios generales sobre protección de menores y los Convenios bilaterales que también recojan una cláusula de coordinación *stricto sensu*.⁹¹⁴

5. Beneficios convencionales de carácter procedimental

A) Consideraciones previas

Una de las peculiaridades más significativas que distinguen a los Convenios de CIA en materia de protección de menores *versus* los Convenios clásicos de DIPr. es la incorporación en los mismos, con distinto alcance, de una serie heterogénea de beneficios de diversa naturaleza (material, jurídicos, financieros), que tienen por finalidad agilizar y simplificar los procedimientos de cooperación incorporados en los respectivos instrumentos convencionales, suprimiendo costes y formalidades, así como facilitar en todos los ordenes el acceso de los particulares a dichos procedimientos, dirigiéndose así directamente al cumplimiento satisfactorio de los respectivos objetivos convencionales.

⁹¹¹ *Vid.*, en general, F. Majoros, *Les Conventions internationales...*(I), *cit.*, pp. 253-258. Esta regla ha sido aplicada *in extremis*, como es sabido, en el concreto sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, dirigiéndose siempre hacia la realización del *favor recognitionis* (*vid.*, actualmente, en nuestra doctrina, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 271-272; A. L. Calvo Caravaca y J. González Carrascosa, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 283).

⁹¹² *Vid.*, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 266.

⁹¹³ *Vid.*, F. Majoros, *Les Conventions internationales...*, (I), *cit.*, pp. 286-290; *ibid.*, (II), *cit.*, pp. 353-354.

⁹¹⁴ No es el caso, como se ha visto, que concurre en nuestro Ordenamiento jurídico con relación al Convenio hispano-marroquí de 1997, pero sí el que se suscita, *ad. ex.*, con relación al Convenio franco-portugués de 20 de julio de 1983 relativo a la protección de menores.

Algunos de estos beneficios podrían exigirse entre los Estados mediante la aplicación de Convenios más generales en que ambos sean parte y que se refieran a los mismos (*ad. ex.*, exención de legalización), aunque la tendencia convencional es, partiendo del principio de confianza mutua existente entre los Estados partes, avanzar también en este ámbito procedimental en el camino de la unificación, incorporando expresamente en los textos dichos beneficios, y añadiendo otra serie de facilidades, que en definitiva, van a redundar siempre, en última instancia, en el interés superior del menor *in casu*.

Entre los diferentes beneficios convencionales que pueden verificarse en los distintos Convenios de CIA en esta materia se han escogido para su breve análisis aquéllos que se han considerado más significativos, y que pueden contemplarse, aunque sea con distinto alcance, de manera generalizada en este conjunto convencional. Por tanto, debe tenerse en cuenta que esta enumeración no posee en modo alguno carácter exhaustivo, tanto porque podrían examinarse otra serie de facilidades procedimentales a las que se tiende con carácter general (*ad. ex.*, modificar las obligaciones impuestas a las AACC, con distinto alcance, en los respectivos marcos convencionales, en materia de remisión de documentos y su necesaria traducción con el consecuente gasto que supone, en el sentido de limitar el número de documentos exigidos y de reducir la necesidad de traducción)⁹¹⁵, como porque también existen beneficios convencionales que exclusivamente concurren en ámbitos materiales específicos, justificados por los particulares objetivos convencionales perseguidos (*ad., ex.*, en el marco de las obligaciones alimenticias, responsabilidad de las Autoridades estatales en el aspecto relativo a las transferencias de fondos

⁹¹⁵ *Vid., ad. ex.*, en el marco de las prestaciones alimenticias, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur les obligations alimentaires d'avril 1999», *cit.*, párrs. 14-17; W. Duncan, «Note sur l'opportunité de reviser...», *cit.*, párr. 45); en el contexto de la sustracción internacional de menores, aunque ambos Convenios multilaterales reconocen que las AACC deben asegurar la traducción de las demandas y documentos que se trasladen en el idioma del Estado requerido, reconocen excepcionalmente la posibilidad de su transmisión en inglés o francés (arts. 6 y 27 del Convenio de Luxemburgo de 1980 y arts. 24 y 42 del Convenio de La Haya de 1980), y se anima a los Estados parte a celebrar acuerdos particulares sobre este aspecto (*vid.*, respecto a nuestro Ordenamiento jurídico, con relación al Convenio de Luxemburgo, para la no aplicación de la reserva del art. 27 realizada por España, Canje de Notas de 12 de febrero de 1991 y 31 de mayo de 1993 – *BOE* de 26 de junio de 1993-; con relación al Convenio de La Haya de 1980, sobre la utilización de lenguas en la solicitud, comunicaciones y otros documentos remitidos a las AACC, Canje de Notas entre España y Gran Bretaña –*BOE*, de 16 de marzo de 1994).

destinados al pago de pensiones alimentarias *ex art.* 10 del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero).

B) Manifestaciones

a) Supresión de la legalización y de formalidades análogas

La supresión o sustitución por trámites más sencillos de la tradicional exigencia de la legalización de los documentos públicos es una medida, como es sabido, a la que se tiende en el marco convencional *in genere*, aunque todavía quede camino por avanzar⁹¹⁶.

En los Convenios que afectan a la protección internacional del menor la transmisión de estos documentos es frecuente e incesante (*ad. ex.*, solicitudes, informes diversos sobre la situación del menor, todo tipo de documentos públicos que deben acompañar a las respectivas solicitudes e informes -piénsese *ad. ex.*, en los informes que deben realizar y transmitir las respectivas autoridades competentes en el Estado de origen y en el Estado de recepción con relación a los adoptantes y al menor *ex arts.* 15 y 16 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional-, decisiones administrativas o judiciales varias, certificados cada vez utilizados más frecuentemente en este ámbito convencional, etc.). Por tanto, la exención de formalidades como la legalización de documentos públicos es una medida convencional que facilita la circulación internacional de estos documentos, agiliza los procedimientos, suprime complicaciones administrativas excesivas, reduce gastos y, en definitiva, redundando en el interés del menor que requiere una determinada protección *in casu*, en ocasiones, con urgencia.

⁹¹⁶ El Convenio, como es sabido, más importante en este aspecto, que ha conseguido lograr un gran número de ratificaciones entre países de todo el mundo, y que instaura la conocida «apostilla», es el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros (*BOE*, núm. 229, de 25 de septiembre de 1978). Junto a éste, existen otros instrumentos internacionales vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico que suprimen la legalización: Convenio europeo de 7 de junio de 1968 sobre supresión de la legalización de los documentos extendidos por agentes diplomáticos o consulares (*BOE*, de 26 de agosto de 1982); Convenio CIEC de 15 de septiembre de 1977 sobre dispensa de legalización de ciertos documentos; Convenio CIEC de 8 de septiembre de 1976 sobre expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro civil; o algunos Convenios bilaterales como el Convenio hispano-italiano de 10 de octubre de 1983 sobre intercambio de documentación en cuestión de Registro civil y dispensa de legalización, y el Canje de Notas entre España y la Federación Rusa de 24 de febrero de 1984 sobre supresión de legalizaciones y expedición de certificaciones del Registro civil; y dentro de sus ámbitos de aplicación, Reglamentos comunitarios 1347/2000 y 44/2001 (arts. 36 y 56, respectivamente).

Sin embargo, la supresión de la legalización o de cualquier otra formalidad análoga (esencialmente, la conocida «apostilla», avanzando así respecto al Convenio de La Haya de 1961), no se recoge, en todos los Convenios de CIA que se vienen analizando. En los Convenios particulares relativos a la sustracción internacional de menores, siempre se ha sido consciente de la necesidad de suprimir todo tipo de formalidades, puesto que para alcanzar su objetivo, el retorno inmediato del menor, el factor «tiempo» se erige como elemento clave. De ahí, que dicha exención se prevea expresamente en el art. 23 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, en el art. 16 del Convenio de Luxemburgo de 1980, y en el art. 19.1 del Convenio hispano-marroquí de 1997.

No ocurre igual en el marco de la CIA en materia de alimentos, puesto que ni en el Convenio de Nueva York de 1956 ni en el Convenio de Roma de 1990 pueden encontrarse disposiciones análogas a las anteriores. La ausencia de este beneficio en el marco del Convenio de Nueva York se halla en la remota fecha de su conclusión, y su no inclusión en el Convenio de Roma parece justificarse en la exención de esta obligación, con carácter general, en el marco comunitario. Sin embargo, el número de documentos susceptibles de circular en estos procedimientos (solicitudes, decisiones administrativas, resoluciones o actos judiciales), así como la celeridad que exigen todas las actuaciones llevadas a cabo con objeto que el acreedor vea satisfecha efectivamente su pensión, son razones suficientes que reclaman la inclusión de este beneficio en el futuro Convenio sobre el cobro de las obligaciones alimentarias en vía de preparación en el seno de la Conferencia de La Haya⁹¹⁷.

En la elaboración del Convenio de La Haya de 1993 existió una importante discusión en torno a la inclusión o no de una cláusula similar a la prevista en el art. 23 del Convenio de La Haya de 1980 y, finalmente, después de varias propuestas, el frontal rechazo de algunos Estados participantes a la supresión de esta formalidad

⁹¹⁷ En la aplicación del Convenio de Nueva York de 1956, autoridades de numerosos Estados continúan exigiendo legalización o apostilla, y en la Comisión especial de 1999 se denunciaron los inconvenientes de esta formalidad, abogando por su supresión (*vid.*, «Extraits des réponses au questionnaire sur les obligations alimentaires. Document Préliminaire No 3 à l'intention de la Commission spéciale d'avril 1999», <http://www.hcch.net>, esp., p. 40).

condujo a su no inclusión en el texto.⁹¹⁸ Ciertamente, como puso de relieve el redactor del informe explicativo del texto, no parece muy comprensible que un Convenio de CIA tan elaborado como es el Convenio de La Haya relativo a la adopción internacional, continúe exigiendo la legalización de los múltiples documentos que se intercambian en su marco⁹¹⁹, y aunque son muchos los Estados que son parte del Convenio de la Haya de 1961, y podrán aplicar el mismo en sus relaciones mutuas, muchos de los habituales Estados de origen del menor no forman parte de este Instrumento internacional, con lo cual, la supervivencia de este requisito formal continúa presentándose como un inconveniente en la práctica⁹²⁰.

Debe apuntarse, finalmente, que este beneficio sí se incorpora expresamente en el art. 43 del Convenio de La Haya de 1996, superando así la ausencia de cualquier disposición al respecto que concurre en su predecesor, y dando muestra del avance que este Convenio realiza en el camino de la confianza mutua entre las autoridades de los Estados parte. Sin embargo, tal como apunta P. Lagarde, la inclusión de esta disposición no fue fácil durante las negociaciones del texto, puesto que fueron muchos los Estados que pusieron de relieve el temor a las falsificaciones en materia de actos del Estado civil⁹²¹; razón que es la que explica realmente la reticencia de los textos anteriores a suprimir esta formalidad.

No debe olvidarse que todos estos Convenios se basan precisamente en el principio de confianza mutua y en la cooperación incesante entre autoridades de distintos Estados. Lo primero, exige suprimir formalidades innecesarias como la

⁹¹⁸ *Vid.*, los debates en torno a esta cuestión, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 646-648.

⁹¹⁹ *Vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 648.

⁹²⁰ En la última Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio se denunció este inconveniente convencional, indicando que era posible reducirlo de manera significativa en virtud del Convenio específico de La Haya de 1961, y se invita a los Estados que no son parte en el mismo a examinar la oportunidad de adherirse (*vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 28 novembre-1 décembre 2000», <http://www.hcch.net>, esp., párr. 71. En la doctrina española, C. González Beilfuss propuso acertadamente en su día que podría atribuirse a las ECAIS la función de efectuar las gestiones necesarias para la legalización y autenticación de los documentos que integren el informe relativo a los adoptantes que España como Estado de recepción debe transmitir (*vid.*, *id.*, «La aplicación en España...», *cit.*, p. 336). La propuesta ha sido plasmada en muchas de las normas autonómicas sobre habilitación de Entidades Colaboradoras (*vid.*, A. Durán Ayago, «El papel de las Entidades Colaboradoras de adopción internacional», en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Mundialización y Familia*, *cit.*, pp. 325-346, esp., p. 339).

⁹²¹ *Vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 48.

legalización⁹²², facilitando el rápido y correcto funcionamiento convencional y, lo segundo, abre las puertas a las AACC, en caso de duda acerca de la autenticidad de un concreto documento, a solicitar y realizar las actuaciones pertinentes para comprobar dicha autenticidad, tal como ha sido previsto en el Convenio bilateral hispano-marroquí específico de 1997⁹²³.

b) Supresión de la «cautio iudicatum solvi»

Esta injusta y discriminatoria exigencia tradicional hacia el litigante extranjero o no residente, afortunadamente, tiende a su desaparición tanto en las normas de origen internacional (institucional o convencional), como en los Derechos internos, aunque son todavía considerables los Ordenamientos jurídicos extranjeros donde sobrevive⁹²⁴.

Su supresión en estos Convenios de CIA no puede afirmarse que sea generalizada, puesto que sólo es suprimida, con distinto alcance, en el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero (art. 9.2)⁹²⁵; en el Convenio de La Haya de 1980 relativo a la sustracción internacional de menores (art. 22)⁹²⁶; y en el Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997 (art. 20)⁹²⁷.

⁹²² Debe tenerse siempre presente que esta exención de legalización *stricto sensu* sólo es aplicable a los documentos públicos, respecto a la autenticación de los documentos privados podrá exigirse los requisitos previstos en la ley interna de los Estados implicados (*vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 467).

⁹²³ Art. 19.2. «*En caso de seria duda, acerca de la autenticidad de un documento, se efectuará la comprobación por mediación de la Autoridad Central.*»

⁹²⁴ En nuestro Derecho interno, como es sabido, esta exigencia ha sobrevivido hasta la entrada en vigor de la nueva LEC 1/2000, que suprime el antiguo art. 534 LEC de 1881. La tendencia en el contexto internacional se dirige claramente hacia su supresión: Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil (arts. 17-19); Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia (art. 14); Reglamentos comunitarios dentro de su ámbito de aplicación (*ad. ex.*, Reglamentos comunitarios 1347/2000 y 44/2001 *ex arts.*, 31 y 51, respectivamente), y Convenios bilaterales en materia de reconocimiento (*ad. ex.*, Convenio hispano-italiano de 22 de mayo de 1973 *ex art.* 2; Convenio hispano-brasileño de 13 de abril de 1989 *ex art.* 35; Convenio hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983 *ex art.* 13.1; Convenio hispano-chino de 2 de mayo de 1992 *ex art.* 1.2; Convenio hispano-búlgaro de 23 de mayo de 1993 *ex art.* 3; Convenio hispano-rumano de 17 de noviembre de 1997 *ex art.* 19, etc.).

⁹²⁵ Art. 9.2: «*No podrá imponerse a los demandantes por su condición de extranjeros o por carecer de residencia, caución, pago o depósito alguno para garantizar el pago de costas o cualquier otro cargo.*»

⁹²⁶ Art. 22: «*No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.*»

La no supresión expresa de esta caución en el respectivo ámbito de aplicación del resto de los Convenios de CIA sobre protección de menores carece de toda justificación, tanto porque parece incomprensible que tratándose de Convenios de CIA, fundados, como se viene reiterando, en la idea de la confianza mutua entre los Estados parte, se deje subsistir esta posibilidad que ha traducido siempre la idea de desconfianza hacia lo exterior, como porque, siendo todo ellos Convenios elaborados sobre la idea subyacente de la protección de los menores, la posible exigencia de esta caución supone un obstáculo considerable a la obtención de los respectivos objetivos convencionales siempre orientados hacia la realización de su interés. Es más, la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 ha puesto de relieve la insuficiente aplicación de su recepción en dicho Convenio, pues si bien es cierto que se aplica sin dificultad respecto al progenitor que requiere el retorno del menor, en algunos Estados se exige esta caución a la otra parte que ha llevado a cabo la sustracción, imponiéndose fianzas muy elevadas que limitan en cierto modo los derechos de defensa del demandado⁹²⁸.

La supresión de esta caución, salvo en los Convenios de CIA que la recogen expresamente, sólo podrá exigirse si los Estados implicados *in casu* son partes contratantes de cualquier otro Convenio que prevea su derogación (especialmente, del Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil). No sólo debe exhortarse a los Estados que no son parte de este Convenio general a su adhesión, sino que debe prestarse atención a este aspecto en las futuras Comisiones especiales encargadas de examinar el funcionamiento práctico de los respectivos textos convencionales, así como en posibles Acuerdos que los Estados concluyan entre sí para facilitar la aplicación de estos Convenios.

⁹²⁷ Art. 20: «No podrán imponerse cautio judicatum solvi alguna en razón, bien de la condición de extranjero o bien en ausencia del demandado o por falta de residencia en el Estado, a la parte que solicite la ejecución en el Estado requerido de una resolución del Estado requirente».

⁹²⁸ *Vid.*, esta cuestión, «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, réponse a la question 32 A.

c) Gratuidad de los procedimientos

El funcionamiento de los diversos mecanismos de CIA previstos en los respectivos Convenios supone naturalmente un coste importante, que en caso de tener que ser soportados por los particulares se traduciría en un serio obstáculo al eficaz funcionamiento de los respectivos Convenios, iría en contra de la función tutelar desempeñada por todos ellos y, en definitiva, implicaría un grave perjuicio a los intereses de los menores implicados. De ahí, que todos estos Convenios proclamen *ab initio*, como elemento básico de su funcionamiento, el principio de la gratuidad de los procedimientos, conforme al cual cada Estado contratante soporta sus gastos derivados de la aplicación de las respectivas disposiciones convencionales.

Deben distinguirse, no obstante, dos modalidades de gastos susceptibles de ser ocasionados en la aplicación de estos textos, y que quedan sometidos a un distinto régimen jurídico. De un lado, los gastos que las AACC y otras autoridades públicas (excluyéndose siempre los órganos jurisdiccionales) ocasionan en aplicación de los diversos mecanismos de cooperación convencionales. Entre éstos se incluirían, gastos *stricto sensu* de funcionamiento de las autoridades, gastos de correspondencia, de transmisión, de búsqueda de información, traducción de las comunicaciones entre autoridades, gastos de localización del menor, de mediación, expedición de certificados, etc.; de otro lado, los gastos y costas de carácter estrictamente procesal entendidos en sentido amplio, esto es, todos los gastos ocasionados como consecuencia de la realización de un determinado proceso, comprendiendo también los gastos originados por la intervención de abogados.

Respecto al tratamiento de la primera modalidad de gastos, que pueden denominarse «gastos de cooperación *stricto sensu*», existe unanimidad en todos estos Convenios, excepto en el Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (en el que los gastos originados con ocasión de cada concreto procedimiento son soportados en su mayor parte por los solicitantes⁹²⁹), en que, como

⁹²⁹ El Convenio en este aspecto, no obstante, como es sabido, consagra como principio general la prohibición de obtener beneficios materiales indebidos, y establece numerosas cautelas para su garantía, en torno a la idea de control sobre cualquier intermediario [*vid.*, fundamentalmente, arts. 1 b), 8, 11.1, 32, 33]. Por otra parte, se sobreentiende que el funcionamiento del Convenio origina ciertos gastos de

principio general, cada Estado contratante asume sus propios gastos, esto es, no podrán ser reclamados a autoridades de otros Estados implicados ni a los particulares. Así se recoge, con distintas matizaciones, expresamente, en los arts. 26.1 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción⁹³⁰; 5.3 del Convenio de Luxemburgo⁹³¹; 6.1 del Convenio hispano-marroquí de 1997⁹³²; 9.3 del Convenio de Nueva York de 1956⁹³³; 2. 3 del Convenio de Roma de 1990⁹³⁴; y 38 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores⁹³⁵. No obstante, partiendo de este principio general de asunción de gastos de cooperación *stricto sensu*, deben distinguirse aquellos Convenios que acogen este principio en toda su extensión, sin posibilidad de repercutir gasto alguno a los particulares, de aquellos otros que con distinto alcance y extensión prevén la posibilidad de reclamar ciertos de ellos. En el primer grupo se encontrarían exclusivamente los Convenios de CIA en materia de alimentos, siempre guiados por el *favor alimenti*, mientras que en el segundo se incluirían el resto de Convenios. De este modo, debe señalarse que todos los Convenios de CIA con relación al secuestro internacional de menores, incorporan con carácter facultativo la posibilidad de reclamar los gastos de restitución del menor a la persona que trasladó al menor ilícitamente, actuando también dicha reclamación como una medida disuasoria y sancionadora⁹³⁶, y que en el Convenio de La Haya de 1996

cooperación, ajenos a un concreto procedimiento en curso, que son soportados individualmente por los Estados.

⁹³⁰ Art. 26.1: «Cada autoridad central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio».

⁹³¹ Art. 5.3: «...cada uno de los Estados contratantes se compromete a no exigir del demandante pago alguno por las medidas adoptadas por cuenta de este último, en virtud del párrafo 1 del presente artículo, por la autoridad central de dicho Estado...» (vid., también, art. 15.2: «Los gastos de las indagaciones efectuadas en un Estado contratante correrán a cargo del Estado en que se practicaron»).

⁹³² Art. 6.1: «...no se exigirá al solicitante ningún pago por cualquier medida tomada en el Estado requerido...».

⁹³³ Art. 9.3: «Las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias no percibirán remuneración de ninguna clase por los servicios prestados de conformidad con esta Convención».

⁹³⁴ Art. 2.3: «Las Autoridades centrales no cobrarán por los servicios prestados con arreglo al presente Convenio».

⁹³⁵ Art. 38: «...las Autoridades centrales y las demás Autoridades públicas de los Estados contratantes soportarán sus gastos derivados de la aplicación de las disposiciones del presente Capítulo».

⁹³⁶ Vid., en el marco del Convenio de La Haya de 1980, art. 26.1 *in fine* (...no obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos ocasionados o que vayan a originarse por la restitución del menor), y con mayor extensión, configurada claramente como una medida de disuasión a conductas contrarias a los objetivos convencionales, art. 26. 4 del mismo Convenio («al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer en su caso, que la persona que trasladó al

sobre protección de menores se prevé genéricamente y de manera excepcional, aunque también peligrosa, la posibilidad de reclamar los gastos razonables correspondientes a los servicios prestados *ex art. 38*⁹³⁷.

Respecto al segundo grupo de gastos, esto es, los gastos ocasionados exclusivamente con ocasión de un proceso o, en sentido amplio, la asistencia jurídica gratuita, la cuestión de su financiación es más compleja y diversa *versus* los gastos de cooperación *stricto sensu*. Así, en primer lugar, debe tenerse presente que algunos de estos Convenios contienen disposiciones específicas, también con distinto alcance, sobre la concesión del beneficio de la asistencia jurídica gratuita, con lo cual, en primer lugar, habrá de estar a lo previsto en el respectivo Convenio internacional. Entre estas disposiciones *ad hoc*, cabe distinguir, básicamente, los siguientes modelos de Convenios de CIA, en función del alcance de protección otorgada: a) Convenios que establecen la gratuidad total o exención de pagos derivados de gastos y costas procesales y de abogados. Este sistema es exclusivo del Convenio de Luxemburgo de 1980, como manifestación del principio de confianza mutuo tan arraigado existente entre los Estados parte, y en virtud del cual *ex art. 5.3* se le concede al litigante en el Estado requerido el beneficio de la asistencia jurídica gratuita de manera incondicional, y sin referencia a ninguno de los Ordenamientos jurídicos vinculados con la situación privada internacional considerada⁹³⁸; b) Convenios que establecen el principio de igualdad con el nacional o residente. A diferencia de la regla general en materia de asistencia jurídica gratuita (exportación de la gratuidad obtenida en el

menor o que impide el ejercicio del derecho de visita pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viaje, todos los costes o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del demandante y los gastos de la restitución del menor»); art. 5.3 del Convenio de Luxemburgo de 1980 («excepción hecha de los gastos de repatriación...»); y art. 6.1 del Convenio hispano-marroquí («a excepción de los gastos de repatriación...»).

⁹³⁷ Entre estos gastos podrían incluirse *ad. ex.*, gastos de localización del menor, expedición de informaciones o de certificados, o de restitución del menor. Esta reclamación podrá consistir en un reembolso de gastos ya efectuados o en una provisión de fondos antes de la realización del servicio, aunque en uno y en otro caso, la reclamación deberá ser efectuada con moderación (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 46).

⁹³⁸ Art. 5.3: «...Cada Estado contratante se compromete a no exigir del demandante pago alguno...incluido los gastos y costas procesales y, dado el caso, los gastos originados por la intervención de un Abogado». Según J. M. de Dios (*La asistencia jurídica gratuita...*, *cit.*, p. 200) no se está en presencia de un Convenio que establezca una disposición sobre asistencia jurídica gratuita, sino que excluye la exigencia de pagos derivados de gastos y costas procesales y de abogados, con lo cual, la consecuencia es la misma.

Estado de origen), estos Convenios, al no ser Convenios de eficacia extraterritorial de decisiones, se limitan simplemente a instaurar el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita a partir del principio de igualdad con el nacional y el residente. Es el modelo del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, *ex art. 25*, que abarca también en sentido amplio al asesoramiento jurídico⁹³⁹; y del Convenio de Nueva York de 1956 *ex art. 9.1*⁹⁴⁰; c) Convenios que establecen una simple remisión a los Derechos vigentes en cada uno de los Estados. Es el sistema más restrictivo, adoptado por el Convenio hispano-marroquí de 1997, cuya confusa articulación de preceptos conduce a equívocos. En efecto, en el primer apartado del art. 6, se establece, a imagen del Convenio de Luxemburgo de 1980, que *«a excepción de los gastos de repatriación, no se exigirá al solicitante pago por cualquier medida tomada en el Estado requerido, incluyendo los gastos y las costas del procedimiento»*. Este párrafo conduce a interpretar el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita al litigante de manera incondicional, aunque, en todo caso, limitada sólo a gastos y costas del procedimiento y no comprendiendo, por tanto, los gastos derivados de la intervención de Abogados, que deberían ser sufragados por el solicitante. Sin embargo, esta interpretación es errónea, puesto que conforme al segundo párrafo del mismo artículo, *«para la aplicación del presente Convenio se garantizará la gratuidad de los procedimientos y de la asistencia judicial, según la normativa vigente en cada uno de los Estados»*. Por tanto, en definitiva, el Convenio hispano-marroquí no garantiza el principio de gratuidad de manera absoluta, ni siquiera garantiza el principio de igualdad respecto a nacionales o residentes en el Estado requerido, sino que, por el contrario, el interesado tendrá que cumplir los requisitos específicamente previstos para la obtención de la asistencia jurídica gratuita en el Estado requerido⁹⁴¹.

⁹³⁹ Art. 25: *«Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese último Estado»*.

⁹⁴⁰ Art. 9. 1: *«En los procedimientos regidos por esta Convención los demandantes gozarán del mismo trato y de las mismas exenciones de gastos y costas otorgadas por la Ley del Estado en que se efectúe el procedimiento a sus nacionales o residentes»*.

⁹⁴¹ Desde el punto de vista español, ello implica el cumplimiento de la residencia legal en España por parte del solicitante de la gratuidad y, por tanto, en algunas ocasiones esta disposición podrá dificultar, cuando no impedir, el acceso a la justicia por marroquíes en España (*vid.*, J. M de Dios, *La asistencia jurídica gratuita...*, *cit.*, p. 210). Hubiera sido más acorde con el teórico espíritu tutelar del Convenio introducir una cláusula similar a la prevista en el art. 3 del Convenio franco-argelino de 1988, conforme

Al margen de estas disposiciones expresas sobre la concesión de la asistencia jurídica a favor del solicitante, éste podrá hacer uso de dicho beneficio siempre que los Estados implicados formen parte de algún Convenio internacional que así lo prevea, en los términos respectivamente regulados⁹⁴². Sin embargo, en el resto de los supuestos en que dichos gastos no queden cubiertos por un sistema de asistencia jurídica gratuita, los costes derivados del proceso deberán ser soportados por los interesados (sería el caso de los Convenios de protección de menores *in genere*, en los que el espíritu de cooperación y la idea tutelar es mucho menor *versus* el resto de Convenios de CIA, y de todos aquellos supuestos en que el interesado no cumpla los respectivos requisitos exigidos por el régimen que resulte aplicable in casu para acceder al beneficio).

Se observa, por tanto, que la regulación específica del principio de gratuidad de los procedimientos, en su vertiente de reconocimiento de asistencia jurídica gratuita, salvo en el marco del Convenio de Luxemburgo de 1980, no es tan generosa y, además, en la práctica ha quedado reducido en gran medida con relación al funcionamiento de uno de los Convenios de CIA por excelencia, esto es, el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores. En efecto, este Convenio recoge, una vez más como fórmula de compromiso entre posiciones enfrentadas, la posibilidad para los Estados contratantes de declarar, respecto al principio de reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita en términos de asimilación a los nacionales o residentes del Estado requerido, la exención de la obligación de asumir gasto alguno que se derive de la participación de un Abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico

a la cual se garantiza la asistencia jurídica gratuita en el territorio de ambos Estados, con independencia de los recursos económicos de las partes.

⁹⁴² Fundamentalmente, Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia; Convenio europeo de Estrasburgo de 27 de enero de 1977 relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia gratuita; Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil; art. 50 del Reglamento comunitario 44/2001 (que, en su caso, desempeñaría un papel esencial con relación al funcionamiento del Convenio de Roma de 1990 tal como se desprende del informe de este último, aunque también deja sentado este informe de manera restrictiva, con diferencia al Convenio de Nueva York de 1956, que dicho beneficio no alcanza a los supuestos en que se interponga recurso contra la ejecución, ni tampoco al proceso de ejecución, una vez que la decisión haya sido declarado ejecutable –*vid.*, sobre este aspecto, J. Martín y C. O. Huiginn, «Report on The Convention...», *cit.*, pp. 17-18-).

(arts. 26.3 y 42)⁹⁴³. Esta reserva ha sido realizada por varios Estados parte⁹⁴⁴, convirtiéndose en una auténtica traba a la efectividad del Convenio en todos los supuestos en que el Estado requerido coincide con países como Estados Unidos o Canadá que no disponen de un sistema de asistencia judicial⁹⁴⁵. Desde la primera Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio se han denunciado los perjuicios que se derivan a los menores afectados de esta crucial excepción al principio de la gratuidad de los procedimientos, invitándose a los Estados que han hecho uso de esta reserva a buscar todos los medios apropiados para asegurar la representación gratuita de los padres víctimas del secuestro que no disponen de los recursos económicos suficientes⁹⁴⁶. Esta limitación igualmente concurre, como ha sido comprobado, en el Convenio hispano-marroquí de 1997 cuando el solicitante no cumple los requisitos exigidos para la obtención del beneficio de la asistencia jurídica gratuita conforme a la ley de Estado requerido y, más relevantemente, en el contexto internacional sobre el cobro de alimentos en el extranjero, la práctica ha puesto de relieve la insuficiencia del principio de asimilación al nacional o residente⁹⁴⁷.

⁹⁴³ Este artículo es efectivamente una conciliación entre los Estados que defendían la gratuidad total de los procedimientos y aquellos otros que, por las peculiaridades de su sistema jurídico de asistencia jurídica internacional, deseaban retener la fórmula consagrada en la reserva (*vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 468).

⁹⁴⁴ Entre otros, República Federal de Alemania, Belice, Canadá (salvo para Manitoba), Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Honduras, Israel, Luxemburgo, Mauricio, Mónaco, Nueva Zelanda, Países Bajos, Noruega, Panamá, Polonia, Suecia, San Cristóbal, Nieves o Reino Unido de Gran Bretaña.

⁹⁴⁵ Aunque son muchos los Estados que han hecho uso de esta reserva, el efecto de la misma varía dependiendo de los sistemas jurídicos. En general, en aquellos Estados como Francia o el Reino Unido que disponen de un sistema de asistencia jurídica gratuita eficaz no suelen plantearse problemas, sino que los verdaderos obstáculos financieros a la efectividad del Convenio se presentan en los Estados que no disponen de ningún sistema de asistencia jurídica o que presentan disparidades geográficas, porque la asistencia jurídica es fragmentada en sistemas distintos de una unidad territorial a otra (principalmente, Estados Unidos y Canadá que son los Estados que durante la negociación del Convenio insistieron en la necesidad de la reserva como requisito para su adhesión al Convenio); *vid.*, sobre los problemas suscitados en la aplicación del Convenio en EEUU como consecuencia de la reserva, C. S. Bruch, «Les conflits en matière d'enlèvements d'enfants aus États-Unis», en J. Rubellin-Devichi y R. Frank (Dir.), *L' enfant et les Conventions internationales*, *cit.*, pp. 319-326; esp., pp. 320-322.

⁹⁴⁶ *Vid.*, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, párrs. 42-45; «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, conclusion 8; «Rapport de la troisième réunion...», *cit.*, párrs. 87-89; «Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion...», *cit.*, párr. 3.6.

⁹⁴⁷ La práctica en materia de asistencia jurídica es muy variada entre los Estados parte en el Convenio de Nueva York de 1956 (*vid.*, «Extraits des reponses...», *cit.*, pp. 15-24), erigiéndose actualmente como uno de los talones de Aquiles en la materia. En la Comunidad internacional existe el convencimiento que la puesta en funcionamiento de un adecuado sistema de ayuda judicial es indispensable si se desea que los mecanismos internacionales sobre el cobro de alimentos funcionen de manera eficaz, y que es

En conclusión, se verifica que el principio general de la gratuidad de los procedimientos que proclaman todos los Convenios de CIA en materia de protección de menores, no es para nada un principio que se regule en la letra de los respectivos Convenios en tales términos. De un lado, respecto a los gastos de cooperación *stricto sensu*, el camino no es, como parece seguirse, su repercusión en los particulares, cuyos intereses precisamente son los que exigen la instauración de estos procedimientos⁹⁴⁸. Los costes originados para los Estados por los procedimientos de CIA son cada vez más elevados, a medida que la CIA penetra en los Convenios de DIPr., y las funciones atribuidas a las autoridades públicas encargadas de su ejecución son más numerosas y específicas. El riesgo a los costes elevados no debe convertirse en un obstáculo al desarrollo de la CIA en el DIPr.⁹⁴⁹ Corresponde a los Estados adoptar las medidas necesarias para afrontarlos adecuadamente, bien sea unilateralmente por vía presupuestaria⁹⁵⁰, o bien mediante la conclusión de acuerdos con otro o varios Estados contratantes con objeto de llevar a cabo un reparto de gastos⁹⁵¹. De otro lado, respecto a la asistencia jurídica gratuita, salvo el régimen del Convenio de Luxemburgo de 1980, la reglamentación es claramente insuficiente. La representación gratuita de los padres afectados por una sustracción, del acreedor de alimentos, o del progenitor que desea garantizar su derecho de visita, es una exigencia que debe ser garantizada por cualquier medio como requisito indispensable para alcanzar los respectivos objetivos convencionales y, en definitiva, para salvaguardar los intereses de los menores afectados. Las peculiaridades de algunos Estados como

deseable avanzar hacia una concesión más uniforme y eficaz de la asistencia jurídica gratuita, ya sea en el contexto de las estructuras convencionales ya existentes o en el contexto de un nuevo instrumento (*vid.*, sobre esta cuestión, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur les obligations alimentaires d'avril 1999», *cit.*, párrs. 10-13).

⁹⁴⁸ *Ad. ex.*, en el contexto de la sustracción internacional de menores, el pago de los gastos ocasionados por el retorno del menor se ha erigido en un verdadero problema, especialmente, en el contexto del Convenio de La Haya de 1980. Estos pueden ser repercutidos al secuestrador, pero en muchas ocasiones éste se revela claramente insolvente para afrontar dichos gastos; en el Convenio de La Haya de 1996 se incorpora *ex novo* la posibilidad de reclamar gastos «razonables», abriéndose una línea de repercusión en términos generales algo peligrosa.

⁹⁴⁹ *Ad. ex.*, durante las negociaciones del reciente Convenio de La Haya en materia de protección de adultos muchas delegaciones se mostraron temerosas a los costes de la cooperación y, en clave de compromiso, las funciones de la Autoridad central han quedado más limitadas respecto a las proyectadas (*vid.*, C. González Beilfuss, «La protección de adultos...», *cit.*, p. 101).

⁹⁵⁰ Así se pronuncia la tercera Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 con relación a los gastos derivados del retorno en los supuestos en que demandado no pueda afrontarlos («Rapport de la troisième réunion...», *cit.*, párr. 42).

⁹⁵¹ Posibilidad que prevé *ex novo* el Convenio de La Haya de 1996 *ex art.* 38.2.

Estados Unidos que no disponen de un sistema unificado de asistencia jurídica gratuita, y las insuficiencias de las disposiciones convencionales revelan que se está en presencia de un verdadero obstáculo al eficaz funcionamiento de estos Convenios de CIA, y a la función tutelar que aspiran a desempeñar en el contexto internacional. Es necesario continuar insistiendo sobre esta cuestión por todos los medios jurídicos disponibles por los respectivos Estados parte, bien sea unilateralmente, o más acertadamente mediante acuerdos específicos concertados entre los mismos para mejorar la aplicación de los respectivos Convenios.

d) Utilización de formularios modelos

Entre los beneficios o facilidades convencionales que estos Convenios de CIA ofrecen con objeto de agilizar y simplificar los procedimientos de cooperación, suprimir formalidades y costes, y facilitar el acceso de los particulares a dichos procedimientos, todo ello en beneficio último del interés del menor, se encuentra la tendencia cada vez más creciente en esta modalidad de Convenios de DIPr. a incorporar en distintos momentos del *iter* convencional una serie de formularios estándar, que aparte de dirigirse a satisfacer todos los objetivos anteriormente citados, están destinados específicamente a favorecer la aplicación uniforme de estos Convenios por las respectivas autoridades competentes en todos los Estados contratantes⁹⁵².

Entre estos formularios modelos actualmente pueden citarse: en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, formulario de solicitud de retorno del menor (aprobado como Recomendación por la XIV sesión

⁹⁵² La estandarización o la tendencia hacia un «DIPr. de formularios» no es una característica nueva ni exclusiva de los Convenios de CIA en materia de protección de menores (*vid.*, M. J. Bonell, «Unificazione del diritto», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, vol. 46, 1993, pp. 720-734, esp., p. 729), aunque sí es en este ámbito material donde encuentra una de sus primeras y principales manifestaciones. La idea es tomada de los Convenios de CIA clásicos (*ad ex.*, Convenio de La Haya de 1965 relativo a notificaciones o Convenio de La Haya de 1961 sobre la supresión de la legalización de los documentos públicos extranjeros) y, actualmente, experimenta un gran auge en el marco comunitario, a partir de la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil (*vid.*, Reglamentos (CE) 1347/2000, 1348/2000, 44/2001, 1206/2001).

de la Conferencia de La Haya al mismo tiempo que el Convenio)⁹⁵³; en el contexto del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional: a) Modelo recomendado de declaración de consentimiento para la adopción internacional; b) Modelo recomendado de declaración de conformidad de una adopción internacional (aprobado ambos en la Comisión especial de 1994)⁹⁵⁴; y c) Modelo recomendado sobre el informe médico del menor (aprobado en la Comisión especial de 2000)⁹⁵⁵; en el contexto del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero: a) Formulario modelo de la solicitud de asistencia judicial y/o administrativa con objeto del cobro de alimentos en el extranjero; y b) Formulario modelo de acuse de recibo de dicha solicitud (ambos adoptados en la Comisión especial de 1999)⁹⁵⁶.

Sobre estos formularios modelos varias observaciones deben ser realizadas. En primer lugar, en cuanto a su valor jurídico, en ningún caso estos formularios, en cuanto simple Recomendaciones, tienen carácter obligatorio para los Estados partes, de modo que en última instancia corresponde a cada uno de los Estados de un determinado Convenio hacer o no uso de los mismos en la respectiva aplicación de las normas convencionales en su territorio⁹⁵⁷.

En segundo lugar, estos formularios, como se ha observado, nunca aparecen en la propia letra del Convenio, puesto que están concebidos como pautas o índices que se suministran a los Estados para facilitar su aplicación y, por tanto, son configurados, a diferencia de los textos en sí, con un cierto carácter dinámico que exige su proceso

⁹⁵³ *Vid.*, el texto en inglés y francés en *Actes et documents de la Quatorzième session...*, *cit.*, pp. 423-424.

⁹⁵⁴ *Vid.*, respectivamente, Anexo B y Anexo C al «Rapport de la Commission spéciale de La Haye du 29 mai sur la mise en oeuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», octubre de 1994 (<http://www.hcch.net>), y los textos traducidos al español por A. Borrás, en *Guía para la aplicación del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 29-31 y 32-34.

⁹⁵⁵ *Vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale...», *cit.*, Anexo B.

⁹⁵⁶ *Vid.*, «Annexes au Rapport de la Commission spéciale d'avril 1999- Formules modèles-», <http://www.hcch.net>. Estos formularios modelos han sido fruto de la revisión llevada a cabo en el seno de la última Comisión sobre los formularios que ya fueron elaborados por la Comisión especial de 1995 (sobre esta cuestión y las novedades más significativas respecto a los formularios anteriores, *vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur les obligations alimentaires d'avril 1999», *cit.*, párrs. 18-21).

⁹⁵⁷ Sobre el valor jurídico de estos formularios, *vid.*, especialmente, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 439-440.

de adaptación a las necesidades que la realidad puede exigir. Esta adaptación se va realizando tanto por la vía de los acuerdos bilaterales entre Estados para facilitar la aplicación del respectivo Convenio, como por el camino de las Comisiones especiales encargadas de examinar el funcionamiento práctico de estos Convenios.

En tercer lugar, estos formularios no sólo se presentan como instrumentos de utilización discrecional por cada uno de los Estados parte, sino que también son concebidos como herramientas, que aún tendentes a la estandarización, son conscientes de la diversidad de legislaciones y de prácticas estatales. Este reconocimiento a la diversidad no sólo permite que cada Estado adapte estos modelos a sus peculiaridades jurídicas y/o prácticas⁹⁵⁸, sino también que puedan hacer uso de los mismos para la aplicación de otras normas convencionales o autónomas pertenecientes a sus Ordenamientos jurídicos y que se dirijan a regular la misma cuestión⁹⁵⁹.

Respecto al alcance de estos formularios modelos, puede afirmarse que hasta el momento su utilización *in genere* ha sido de gran ayuda práctica tanto para los particulares como, fundamentalmente, para las autoridades estatales que debían enfrentarse a la aplicación de nuevos mecanismos convencionales, que hasta hace pocos años eran desconocidos en los Ordenamientos jurídicos internos y, por tanto, se han mostrado como instrumentos eficaces para lograr el funcionamiento adecuado de estos Convenios de CIA. Sin embargo, no debe olvidarse que dichos formularios, en

⁹⁵⁸ *Vid.*, con relación al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, «Rapport de la Commission spéciale d'octobre de 1994», *cit.*, párr. 16. En este marco, *ad. ex.*, el modelo recomendado de declaración de consentimiento para la adopción, que se revela en el aspecto relativo a los efectos de la adopción como un ejemplo más del imperialismo que subyace de la adopción plena en este Convenio (4. «*Presto mi consentimiento a una adopción que tendrá como efecto romper el vínculo de filiación entre dicho niño y su madre y su padre*»), habrá sido modificado en todos los Estados parte que sólo o también conocen la adopción menos plena.

⁹⁵⁹ *Ad. ex.*, con relación a la sustracción internacional de menores, España, de un lado, utiliza el formulario de solicitud de retorno del menor previsto para el Convenio de La Haya de 1980 para las solicitudes también realizadas al amparo del Convenio de Luxemburgo; de otro, ha utilizado dicho formulario adaptándolo para la elaboración de un formulario independiente relativo a la solicitud de un derecho de visita. Pueden verse los diferentes modelos de solicitudes dependiendo del Estado requerido (A. Con todos los países, salvo para Alemania y Marruecos; B. Si el país donde se supone que está el menor es Alemania; C. Si el país donde se supone que está el menor es Marruecos) en, <http://www.mju.es>; con relación a la adopción internacional, la Comisión especial de 1994 sobre el Convenio de La Haya de 1993 declara expresamente que el modelo recomendado de declaración de consentimiento para la adopción puede ser utilizado para otros supuestos de adopciones internacionales no cubiertas por el Convenio e, incluso, para los supuestos de adopciones internas (*vid.*, «Rapport de la Commission spéciale...», *cit.*, párr. 18).

ocasiones, pueden poseer un valor jurídico adicional que puede conllevar importantes consecuencias para los intereses de los particulares implicados *in casu* y, por tanto, las consecuencias jurídicas de su utilización deberían de ser informadas puntualmente a los interesados antes de su empleo (como ocurre *ad. ex.*, con relación al modelo recomendado de declaración de consentimiento en el marco del Convenio de La Haya de 1993, el cual puede ser utilizado en la práctica como un elemento de prueba muy importante, particularmente en el Estado de recepción en el momento del reconocimiento o conversión de la adopción ya constituida en el Estado de origen).

Finalmente, debe tenerse presente que la tendencia convencional apunta directamente hacia el empleo cada vez más frecuente de estos formularios estándares en un doble sentido. De un lado, desde el punto de vista de las solicitudes o demandas de actuación de los respectivos procedimientos convencionales. En este aspecto tuvieron su origen y continúa desarrollándose, entre otras razones, porque supone una importante reducción de los documentos que el solicitante debe aportar al procedimiento, una consecuente reducción de costes de traducción y de tiempo. De otro, respecto a otra serie heterogénea de aspectos que afectan a cuestiones de naturaleza muy diversa (algunas relativas al fondo, como *ad. ex.*, modelo recomendado de declaración de consentimiento para la adopción⁹⁶⁰; otras que se refieren a aspectos estrictamente procesales, como *ad. ex.*, modelo recomendado de otorgamiento de poder de representación)⁹⁶¹. Éstos pueden poseer muy distinto alcance jurídico (*ad. ex.*, el modelo recomendado de declaración de conformidad de una adopción internacional se erige como presupuesto del reconocimiento de pleno derecho de una adopción constituida en un Estado parte en el resto de los Estados Parte en el contexto del Convenio de La Haya de 1993 *ex art. 23*); y pueden dirigirse a objetivos muy

⁹⁶⁰ En esta línea también se incluirían, en caso de que llegaran a elaborarse en un futuro, los certificados previstos en el Convenio de La Haya de 1996 (certificado de conveniencia para el padre que solicita derecho de visita *ex art. 35.2* y certificado internacional sobre derechos de custodia *ex art. 40*).

⁹⁶¹ La elaboración de este modelo recomendado se planteó en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, aunque no llegó a aprobarse respetándose así la libertad de forma (*vid.*, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, párr. 49). Sin embargo, España sí utiliza un formulario modelo en este aspecto en sus relaciones con Marruecos en el marco bilateral específico del Convenio hispano-marroquí de 1997 (puede verse en, www.mji.es).

diversos (*ad. ex.*, simple seguimiento periódico de estos Convenios en los respectivos Estados parte con el fin de mejorar su funcionamiento⁹⁶²).

6. Regulación de los problemas derivados de la existencia de Estados jurídicamente complejos

A) Consideraciones previas

Puede observarse que curiosamente los Convenios de CIA, sobre todo aquellos elaborados en el seno de La Conferencia de La Haya, siguen la tradición convencional, instaurada desde hace unas tres décadas, de incluir diferentes cláusulas dirigidas a regular los distintos problemas susceptibles de plantear la aplicación de los respectivos Convenios internacionales como consecuencia de la existencia entre sus Estados parte de Estados jurídicamente complejos⁹⁶³. Dos observaciones deben realizarse con carácter previo al breve análisis de las diferentes cláusulas que concurren en estos Convenios de CIA.

Si algunas de estas cláusulas (*ad. ex.*, cláusulas de designación de varias AACC) resultan absolutamente coherentes con la esencia y naturaleza de todos estos Convenios de CIA, aquéllas que se dirigen esencialmente a resolver el clásico problema de la remisión a un sistema plurilegislativo parece que, *a priori*, salvo en los Convenios generales sobre protección de menores, que regulan directamente la cuestión del derecho aplicable, no tienen mucho sentido en algunos de estos Convenios de CIA que presumen precisamente de ser instrumentos que no abordan la cuestión del derecho aplicable. Quizás esta observación sea un índice más que

⁹⁶² *Ad. ex.*, en el contexto del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale...2000», *cit.*, párr. 87. La elaboración de otros formularios estándar, en este sentido ha sido planteada en las Comisiones especiales del Convenio de La Haya de 1980, como son, *ad. ex.*, formulario modelo para que las AACC transmitan a la Oficina Permanente de La Conferencia de La Haya las decisiones judiciales nacionales más significativas (*vid.*, «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, conclusion 9); o cuestionario modelo, como se ha visto, dirigido a los Estados que deseen adherirse al Convenio, con objeto de ayudar a los Estados ya contratantes a decidir sobre la nueva adhesión *ex art.* 38 (*vid.*, «Quatrième réunion...», *cit.*, p. 15).

⁹⁶³ Aparte de los trabajos ya citados con relación a los conflictos internos en el sistema español, sobre los conflictos internos, en general, *vid.*, entre otros, A. Borrás Rodríguez, «Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel», *R. des C.*, 1994-V, t. 249, pp., 149-430; R. Graveson, «Problems of Private International Law in non-unified legal systems», *R. des C.*, 1974-I, t. 141, pp. 195-254.

constata la idea que se viene anunciando que realmente estos Convenios de CIA, aunque no regulen directamente el problema del derecho aplicable, no pueden ignorar su existencia y prescindir totalmente de las cuestiones relacionadas con el mismo que se susciten en la aplicación práctica de sus respectivas normas convencionales.

No sólo no se prescinde de la reglamentación de estas cuestiones, que en ocasiones no tienen una justificación comprensible, sino que puede observarse como la tendencia convencional se dirige directamente hacia el perfeccionamiento de dichas cláusulas, cada vez más extensas, aunque básicamente continúen afrontando los problemas tradicionales, cuando quizás la peculiar naturaleza de estos Convenios de CIA exija insistir más en la resolución de otras cuestiones distintas suscitadas como consecuencia de la intervención de una pluralidad de autoridades en su funcionamiento.

B) Cláusulas de designación de varias AACC

Entre las cuestiones que pueden suscitarse en la aplicación de un Convenio internacional como consecuencia de la existencia entre sus Estados parte de Estados jurídicamente complejos destaca, a efectos de esta trabajo, las cláusulas en virtud de las cuales se contempla la posibilidad que los Estados federales, los Estados en que esté vigente más de un sistema de Derecho o los Estados que posean organizaciones territoriales autónomas, puedan designar varias AACC.

La posibilidad de designación de varias AACC, limitada exclusivamente a los Estados plurilegislativos⁹⁶⁴, no es exclusiva de los Convenios de CIA en esta materia, sino que ya fue prevista anteriormente en los Convenios de esta naturaleza en el ámbito procesal⁹⁶⁵. Dichas cláusulas se recogen expresamente en todos los Convenios de CIA que en materia de protección de menores incorporan expresamente la figura de la Autoridad central: Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (art. 6.2); Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 2.2); Convenio de La

⁹⁶⁴ Durante la elaboración del Convenio de La Haya de 1996 se discutió la propuesta de dejar abierta la posibilidad también a los Estados con un sistema unificado de designar varias AACC. Finalmente, la propuesta no ha sido retenida (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 42).

⁹⁶⁵ *Vid.*, art. 18.3 del Convenio de La Haya de 1965 relativo a notificaciones y arts. 24-25 del Convenio de La Haya de 1970 relativo a la obtención de pruebas.

Haya de 1993 sobre adopción internacional (art. 6.2); Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores (art. 29.2); y Convenio de Roma de 1990 en materia de créditos alimentarios (art. 2.2).

El único Convenio que no introduce una cláusula de este tipo es precisamente el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero. Este texto, a diferencia de los anteriores, presenta un régimen jurídico distinto en este aspecto, posibilitando *ex art. 2* la designación *in genere* (es decir, no limitada a los Estados plurilegislativos) de varias Autoridades remitentes, y vetando dicha facultad *ex art. 2.2* respecto a la figura de la Institución intermediaria, la cual deberá ser única en todo el territorio estatal⁹⁶⁶.

Presentada la recepción de estas cláusulas de designación de varias AACC en estos Convenios, y dado que, como se ha reiterado, este es el aspecto más relevante de las cuestiones relacionadas con los Estados plurilegislativos en esta modalidad de Convenios internacionales, el estudio más exhaustivo de las mismas y de su alcance se realizará en el Capítulo que sigue a propósito del examen de la figura de la Autoridad Central⁹⁶⁷.

C) Cláusulas de exclusión de los conflictos internos

Esta modalidad de cláusulas, que pueden ya considerarse tradicionales en los Convenios concluidos en el seno de la Conferencia de La Haya⁹⁶⁸, tienden a excluir o excepcionar implícitamente de la aplicación de las respectivas normas convencionales, los conflictos de leyes internos que puedan suscitarse en los Estados contratantes que

⁹⁶⁶ De este modo, han hecho uso de esta facultad designando varias Autoridades remitentes algunos Estados como Alemania, Países Bajos, Polonia, Reino Unido o Pakistán.

⁹⁶⁷ *Vid., infra*, Cap. II, III. 3. C).

⁹⁶⁸ *Vid., ad. ex.*, art. 13 del Convenio de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 1971; art. 13 del Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos; art. 17 del Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, art. 18 del Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales.

posean Ordenamientos jurídicos compuestos por una pluralidad de sistemas jurídicos (bien de base territorial o de base personal)⁹⁶⁹.

Se incorporan expresamente en el art. 33 del Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores de 1980; en el art. 38 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional; y en el art. 46 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores. El alcance de estas cláusulas de exclusión, no obstante, debe ser correctamente precisado, puesto que con las mismas no se prohíbe categóricamente a los Estados contratantes la posibilidad de aplicar las normas convencionales a los conflictos puramente internos, sino sólo dejar sentado que el Convenio está concebido directamente a reglamentar las situaciones privadas internacionales y, por tanto, los conflictos puramente internos que puedan suscitarse en el interior de un Estado contratante, *a priori* e implícitamente, quedan excluidos del ámbito de aplicación convencional. No obstante, si la estructura y peculiaridades de una Estado plurilegislativo permite extender las soluciones convencionales a las situaciones internas o jurídicamente homogéneas, y así se desea, se podrían aplicar las normas convencionales para la regulación de los conflictos puramente internos⁹⁷⁰.

En nuestro Ordenamiento jurídico, como es sabido, la concepción y reglamentación de los conflictos de leyes internos o el conocido «Derecho interregional» posee un carácter esencialmente autónomo al DIPr.⁹⁷¹, aunque no debe olvidarse que no todos los Estados plurilegislativos presentan una misma estructura, y algunas de ellas han permitido, *ad. ex.*, con relación al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, que en algunos Estados mediante las respectivas normas internas de

⁹⁶⁹ *Stricto sensu* estas cláusulas contemplan la cuestión de la existencia de Ordenamientos plurilegislativos pero desde otra perspectiva distinta a la que interesa al DIPr., es decir, desde la dimensión interna y no desde la perspectiva que incide en las situaciones privadas internacionales (*vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Cuatro elementos estructurales de los Convenios de La Haya, con especial referencia a los Convenios ratificados por España» *RJC*, 1993, nº 1, pp. 9-24, esp., p. 21; *id.*, «Les ordres plurilégislatives...», *cit.*, pp. 301-305).

⁹⁷⁰ *Vid.*, esta apreciación, con relación al Convenio de La Haya de 1996, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 49.

⁹⁷¹ Sin perjuicio de algunas relaciones e interdependencias como *ad. ex.*, la posibilidad de aplicar determinados Convenios internacionales de carácter *erga omnes* a los conflictos de leyes internos cuando sustituyan completamente a las normas de DIPr. autónomo (sobre la escasa viabilidad de esta opción en nuestro Ordenamiento jurídico, *vid.*, *ad. ex.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 54).

desarrollo se apliquen las reglas de dicho Convenio, no sólo a los supuestos de secuestros internacionales, sino también a los secuestros interprovinciales⁹⁷².

D) Cláusulas federales

Esta modalidad de cláusula se incluye entre aquéllas que tienen por objeto fijar la extensión territorial del Convenio en cuestión⁹⁷³, pero concretamente con relación a los Estados plurilegislativos, ofrecen al Estado que tiene dos o más unidades territoriales en las que existe una regulación distinta de la materia objeto del Convenio, la posibilidad de determinar a cuáles de dichas unidades territoriales se aplicará⁹⁷⁴.

Su utilización resulta completamente clásica en los Convenios de la Conferencia de la Haya⁹⁷⁵, y su incorporación a los Convenios de CIA en materia de protección de menores se ha producido de manera generalizada y sin problema alguno, contemplándose en los siguientes textos: Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción (art. 40); Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 25); Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional (art. 45); y Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores (art. 59).

Esta cláusula ha sido utilizada por determinados Estados tanto en el marco del Convenio de la Haya sobre sustracción de 1980 como en el ámbito del Convenio sobre adopción de 1993 (*ad. ex.*, en ambos Convenios por Canadá). Hasta el momento, nuestro país no se ha planteado la posibilidad de una declaración de esta naturaleza

⁹⁷² *Ad. ex.*, Québec en Canadá mediante la «*Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*» (*vid.*, C. González Beilfuss, «La aplicación del Convenio...», *cit.*, p. 67).

⁹⁷³ También se incluirían dentro de las cláusulas que se dirigen a delimitar el ámbito de aplicación espacial de un determinado Convenio, pero con un carácter completamente distinto a las cláusulas estrictamente federales, aquéllas que posibilitan la extensión por los Estados a determinados territorios todavía hoy, aunque tendentes a desaparecer, representados por aquéllos en el plano internacional (*vid.*, *ad. ex.*, art. 22 del Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores; art. 39 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción; art. 24 del Convenio de Luxemburgo de 1980).

⁹⁷⁴ En general, sobre la denominada «cláusula federal» y su finalidad, como una cuestión que afecta más directamente al DIPúb., *vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Les ordres plurilégislatives...», *cit.*, pp. 297-300.

⁹⁷⁵ *Vid.*, su recepción en los Convenios de La Haya ratificados por España, A. Borrás, «Cuatro elementos estructurales...», *cit.*, p. 22.

con relación a ningún Convenio, y no parece que vaya a suscitarse en un futuro próximo.

E) Cláusulas de remisión a un Ordenamiento plurilegislativo

Los Convenios de CIA en materia de protección de menores, al igual que los más recientes Convenios de DIPr., contienen diferentes cláusulas específicas que ofrecen distintos criterios de solución al problema de la remisión a un sistema plurilegislativo.

A priori, no obstante, parece que debe diferenciarse en estos Convenios de CIA dos modalidades dentro de estas cláusulas en atención a su objeto o finalidad. De un lado, aquéllas que *stricto sensu* se dirigen a resolver el problema de la determinación de la ley aplicable; y de otro, aquéllas que bien directa o indirectamente resuelven el problema de la remisión a un Estado plurilegislativo pero no desde la perspectiva tradicional del derecho aplicable, sino desde la perspectiva del resto de sectores del DIPr., y principalmente, desde el prisma de la determinación o concreción de las diferentes autoridades intervinientes en el respectivo marco convencional.

a) Desde la perspectiva de la ley aplicable

Esta es la perspectiva tradicional del estudio de las cláusulas de remisión a un sistema plurilegislativo en el seno del DIPr., aunque también debe advertirse que en la mayoría de los supuestos en que en estos Convenios de CIA se plantea un problema de remisión a un sistema plurilegislativo no coincide con el problema tradicional de remisión de una norma de conflicto a la ley de un Estado donde coexisten diferentes sistemas jurídicos⁹⁷⁶, sino que la labor de determinación o concreción de la ley aplicable *in casu* va destinada a desempeñar otras funciones en el respectivo marco convencional, en función del modo de intervención de la cuestión del Derecho

⁹⁷⁶ En esta concepción tradicional se plantea, excepcionalmente, *ad. ex.*, en el marco de los arts. 15.2 o 17 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores.

aplicable en cada Convenio en concreto y, en particular, de la cuestión que específica que se plantee⁹⁷⁷.

A pesar de estas peculiaridades en cuanto al planteamiento del problema, sin embargo, las soluciones ofrecidas por estos Convenios, en conjunto, no son demasiadas originales, pudiendo observarse una tendencia hacia la configuración de un sistema de remisión mixta, en el que se articulan de distinto modo el sistema de remisión directa y el sistema de remisión indirecta.

Así, en los Convenios generales sobre la protección del menor: de un lado, el Convenio de la Haya de 1961 *ex art.* 14 adopta, en primer lugar, el sistema de remisión indirecta y, en su defecto, de manera directa, prevé la aplicación de la ley con la que el menor se encuentre más efectivamente vinculado⁹⁷⁸; de otro, el Convenio de La Haya de 1996, de modo mucho más completo y perfeccionado, distingue los ordenamientos plurilegislativos de base territorial y los ordenamientos plurilegislativos de base personal (arts. 48 y 49). Las soluciones aportadas en primer lugar para ambos supuestos coinciden entre ellas adoptando el sistema de remisión indirecta⁹⁷⁹ y, en su defecto, la segunda solución difiere, puesto que tratándose de sistemas de base territorial, mediante un sistema indirecto, se remite a las reglas generales contenidas en el art. 47 (art. 48.2)⁹⁸⁰, y para los casos de base personal, de

⁹⁷⁷ *Ad. ex.*, en el marco del Convenio de La Haya de 1961, para determinar la ley aplicable a una medida de protección determinada habrá de resolverse con carácter previo el Derecho que determina el nacimiento de la relación de autoridad cuando se trate de un Estado plurilegislativo; o en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción para determinar la existencia de un traslado ilícito debe resolverse con carácter previo cual es el Derecho en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado cuando se esté en presencia de un Estado plurilegislativo.

⁹⁷⁸ Art. 14: «A los fines del presente Convenio, en el caso de que la ley interna del que es nacional el menor consista en un sistema no unificado, se entenderá por ley interna del Estado del que es nacional el menor...la ley determinada por las normas vigentes en dicho sistema, y, en su defecto, por el vínculo más efectivo que tenga el menor con una de las legislaciones que compongan ese sistema» (en particular, sobre el alcance de este precepto, desde una postura crítica, *vid.* en nuestra doctrina, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 218-221).

⁹⁷⁹ Arts. 48 a) y 49 a): «En el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifiquen la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada, se aplicará dicha ley».

⁹⁸⁰ El art. 47 enuncia reglas generales de concreción de determinados criterios de conexión (residencia habitual, presencia del menor, lugar de situación etc.), que en su mayor parte pueden aplicarse tanto a las cuestiones de competencia, como a las de derecho aplicable y/o eficacia extraterritorial de las medidas de protección (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 49). Sobre el posible alcance de la solución retenida en el art. 48 respecto al Estado español en la medida que las distintas CCAA poseen competencia para legislar en materia de protección de menores, *vid.*, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 21-22.

manera directa y como fórmula de cierre, se reclama la aplicación de la ley con el que el menor presente los vínculos más estrechos [art. 49 b)].

Por su parte, los Convenios particulares donde el problema de la determinación de la ley aplicable nunca surge en su dimensión clásica, continúan en la misma línea de sistemas de remisión mixta, aunque con distintas articulaciones. De un lado, se encuentran soluciones cercanas a las retenidas en el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, que son congruentes a las opciones realizadas por los respectivos textos convencionales, pero no por ello resultan satisfactorias. Es el caso del Convenio de Luxemburgo de 1980, que retiene, en primer lugar, la cláusula de remisión indirecta y, en su defecto, de modo directo y de cierre, el sistema al que esté más vinculado la persona de que se trate [art. 21. 1 a)]; solución que, a diferencia del Convenio de La Haya de 1961, extiende también a los Estados plurilegislativos de base personal (art. 26. 2). De otro, puede constatarse una nueva tendencia hacia las fórmulas mixtas en este ámbito material, que concurre en el marco de los Convenios de La Haya de 1980 sobre sustracción y de 1993 sobre adopción internacional. Conforme a esta nueva articulación, para los supuestos de ordenamientos plurilegislativos de base territorial se adopta un sistema de remisión directa bastante operativo, al optar, de manera coherente con su articulado, por el criterio de la residencia habitual del menor [arts. 31 y 36 apartados a) y b), respectivamente] y, para los supuestos de base personal, un sistema de remisión indirecta (arts. 32 y 37, respectivamente). En conjunto, la primera opción resulta bastante satisfactoria, mientras que la segunda puede resultar insuficiente en la práctica si en dichos Estados no existen normas específicas al respecto, mostrándose en este sentido más adecuada la introducción de una cláusula de cierre como ha realizado el Convenio de La Haya de 1996.

b) Desde otras perspectivas

Frente a los Convenios clásicos de DIPr. en sede de derecho aplicable que suelen introducir exclusivamente cláusulas que solucionan el problema de la remisión a Ordenamientos plurilegislativos en su concepción tradicional o de derecho aplicable, estos Convenios de CIA, como se ha apuntado con anterioridad, por su peculiar

naturaleza y estructura, se han visto obligados a incorporar progresivamente, junto a las primeras, otra serie de cláusulas que resuelven también cuestiones que se plantean en la aplicación de las normas convencionales como consecuencia de la existencia de Estados con Ordenamientos jurídicos complejos, pero que no afectan como las primeras a las cuestiones de derecho aplicable, sino a otras cuestiones que también inciden en la reglamentación de las situaciones privadas internacionales, y que se refieren tanto a cuestiones de eficacia extraterritorial de decisiones, como, de manera más relevante para este estudio, a cuestiones de competencia de autoridades *stricto sensu* y a cuestiones de determinación de otras autoridades.

Estas cláusulas federales que no afectan a cuestiones de derecho aplicable, no son en modo alguno uniformes, sino que presentan muy diferentes formas de manifestación y de resolución, cuya heterogeneidad dificulta su clasificación, pudiendo, a mi juicio, ser clasificadas en atención al concreto sector del DIPr. al que se refieran o afecten.

Por tanto, siguiendo esta distinción, existiría un primer grupo de cláusulas que se refieren a la determinación de las autoridades competentes *stricto sensu*⁹⁸¹, y entre las que se encontrarían *ad. ex.*, aquéllas que resuelven el problema de la remisión a un Ordenamiento plurilegislativo en sentido clásico, extendiendo también la respuesta a la cuestión de la determinación de la autoridad competente (art. 14 del Convenio de la Haya de 1961 sobre protección de menores)⁹⁸²; o aquéllas que, refiriéndose a la determinación de criterios de conexión en general, pueden también utilizarse para resolver cuestiones de competencia de autoridades [arts. 31. a) y 36 a) de los Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción y de 1993 sobre adopción

⁹⁸¹ El alcance de estas cláusulas depende, obviamente, de la unidad o diversidad de la organización judicial en un determinado Estado. En general, sobre la incidencia de la diversidad en la organización judicial en los problemas derivados de la plurilegislación, *vid.*, A. Borrás, «Les ordres plurilégislatives...», *cit.*, pp. 270-276.

⁹⁸² Art. 14: A los fines del presente Convenio, en el caso de que la ley interna del que es nacional el menor consista en un sistema no unificado, se entenderá por...«autoridades del Estado del que es nacional el menor, las autoridades determinadas por las normas vigentes en dicho sistema y, en su defecto, por el vínculo más efectivo que tenga el menor con una de las legislaciones que compongan ese sistema».

internacional, respectivamente]⁹⁸³, o arts. 47. 1 a 7 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores⁹⁸⁴).

En segundo lugar, se encontrarían las cláusulas dirigidas a resolver cuestiones que se pueden plantear como consecuencia de la existencia de Estados con Ordenamientos jurídicos complejos en sede de reconocimiento y ejecución⁹⁸⁵. Entre estas cláusulas existen algunas que resuelven la cuestión directamente [*ad. ex.*, art. 26. 1 b) del Convenio de Luxemburgo de 1980]⁹⁸⁶; y, otras que, al igual que en el primer grupo, al ser redactadas con carácter general, pueden ser también aplicadas a las cuestiones de reconocimiento (*ad. ex.*, art. 47. 7 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores⁹⁸⁷).

Finalmente, pueden constatarse otra serie de cláusulas, introducidas únicamente en los más recientes Convenios de CIA, que se dirigen específicamente a resolver los problemas susceptibles de plantearse en el marco convencional como consecuencia de la existencia de Estados con Ordenamientos jurídicos complejos, con relación a la determinación de autoridades o de otros organismos, distintos a las autoridades competentes *stricto sensu* (como pueden ser la autoridad competente para constituir la adopción o la autoridad competente para adoptar una medida de protección), y que tienen atribuidas en el respectivo marco convencional unas funciones más o menos específicas. Estas cláusulas de determinación de autoridades en los Estados plurilegislativos, que poseen gran relevancia para nuestro país en materia de protección de menores, se encuentran tanto en el Convenio de la Haya de 1993 sobre

⁹⁸³ Art. 31. a): «Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado», y art. 36. a): «Toda referencia a la ley de dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial».

⁹⁸⁴ *Ad. ex.*, art. 47.1: «Toda referencia a la residencia habitual en este Estado se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial»; 47. 2. «Toda referencia a la presencia del niño en este Estado se refiere a la presencia del niño en una unidad territorial»; 47.3. «Toda referencia a la situación de los bienes del niño en este Estado se refiere a la situación de los bienes del niño en una unidad territorial», etc.

⁹⁸⁵ Cuestiones que, al igual que en el caso anterior, se suscitan como consecuencia de la existencia de sistemas con organización judicial diversificada, *vid.*, un planteamiento general desde esta perspectiva, A. Borrás Rodríguez, «Les ordres plurilégislatifs...», *cit.*, pp. 276-277.

⁹⁸⁶ Art. 26.1 b): «La referencia al Estado de origen o al Estado requerido, se entenderá, según sea el caso, como referencia a la unidad territorial en la que se dictó la resolución o a la unidad territorial en la que se solicita el reconocimiento o la ejecución de la resolución o el restablecimiento de la custodia».

⁹⁸⁷ Art. 47. 7: «Toda referencia al Estado en el que el niño ha sido trasladado o retenido se refiere a la unidad territorial a la que el niño ha sido desplazado o retenido».

adopción internacional [arts. 36 c) y d)]⁹⁸⁸, como en el todavía no en vigor en España, Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores (art. 47.8)⁹⁸⁹. Es precisamente en este aspecto donde deberían insistir los Convenios de CIA, desplazando la importancia sobre las cuestiones de ley aplicable.

7. Posibilidad de concluir Acuerdos entre los Estados parte ordenados a facilitar la aplicación del Convenio

Esta facultad convencional, que debe distinguirse claramente de las cláusulas de compatibilidad *stricto sensu*, se ha incorporado expresamente, con distinto alcance, en todos los Convenios de CIA que de manera sucesiva se han concluido, especialmente en el seno de la Conferencia de La Haya, en materia de protección de menores. No obstante, a pesar de ser una característica intrínseca y peculiar a estos Convenios, debe advertirse que su empleo era ya conocido con ocasión de los Convenios de CIA en el ámbito procesal⁹⁹⁰ y que, actualmente, de manera excepcional, parece ir extendiéndose a algunos otros instrumentos internacionales ajenos a la técnica de la CIA⁹⁹¹.

La admisión de esta facultad vuelve a confirmar no sólo el carácter de no exclusividad de estos Convenios de CIA, sino fundamentalmente el reconocimiento, como Convenios utilitarios, que cualquier medida que pueda adoptarse con objeto de alcanzar los respectivos objetivos convencionales debe admitirse y promocionarse. En

⁹⁸⁸ Art. 36 c): «*Toda referencia a las autoridades competentes o a las autoridades públicas de dicho Estado se entenderá referida a las autoridades para actuar en la correspondiente unidad territorial*» (se entiende que esta cláusula sólo afecta a autoridades distintas a las autoridades competentes para constituir la adopción, puesto que en ningún momento el Convenio, como se ha visto, menciona a estas autoridades competentes *stricto sensu*); art. 36 d): «*Toda referencia a los organismos acreditados de dicho Estado se entenderá referida a los organismos acreditados en la correspondiente unidad territorial*».

⁹⁸⁹ Art. 47. 8: «*Toda referencia a los organismos o autoridades de este Estado, diferentes de las Autoridades centrales, se refiere a los organismos o autoridades habilitados para actuar en la unidad territorial afectada*». Debe apuntarse, no obstante, que esta cláusula, dada su formulación genérica, también puede aplicarse para la determinación de la autoridad competente *stricto sensu*.

⁹⁹⁰ *Vid., ad. ex.*, art. 20 del Convenio de La Haya de 1965 sobre notificaciones, o art. 28 del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero. De igual modo se incorpora en el marco comunitario en materia de notificaciones [art. 20.2 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000], y en materia de obtención de pruebas [art. 21.2 del Reglamento (CE) núm. 1206/2001].

⁹⁹¹ *Vid., ad. ex.*, art. 39 del Reglamento comunitario 1347/2000 en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental.

esta línea, teniendo en cuenta las afinidades y tradiciones jurídicas entre determinados círculos de Estados (*ad. ex.*, Estados europeos o países nórdicos), se permite que estos Estados al incorporarse a un Convenio de carácter multilateral puedan concluir entre ellos acuerdos particulares que desarrollen aquél, con objeto de reforzar la cooperación y facilitar la aplicación de las disposiciones convencionales⁹⁹².

El régimen jurídico de estos Acuerdos plantea diversas cuestiones, como *ad ex.*, su concreta naturaleza (no se precisa si deben revestir necesariamente la forma de Tratados internacionales o pueden poseer otra naturaleza), o sus condiciones de validez (tanto en el Convenio de La Haya de 1993 como en el de 1996 se establece de manera imperativa la obligación de transmitir estos Acuerdos al depositario del Convenio, pero no se especifica si se trata de un requisito de validez o tiene simplemente efectos informativos para que éste pueda darles publicidad). Sin embargo, el aspecto más importante con relación a estos Acuerdos es el relativo a su contenido y alcance, verificándose en este punto importantes diferencias entre el régimen jurídico de los distintos Acuerdos.

El Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción prevé pioneramente en este ámbito, *ex art. 36*, sólo la posibilidad particular de limitar convencionalmente las restricciones al retorno del menor (principalmente, las previstas en los arts. 13 y 20), mientras que el Convenio de La Haya de 1993 y el Convenio de La Haya de 1996 recogen genéricamente la facultad de concluir acuerdos entre los Estados contratantes para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas (arts. 39. 2 y 39, respectivamente). En el caso de estos dos últimos Convenios, aunque a *priori* pueda interpretarse que estos Acuerdos especiales son susceptibles de recaer sobre cualquier aspecto del Convenio, sin embargo, en realidad, su operatividad no resulta tan amplia.

Con relación al Convenio de adopción internacional, en cuanto a su contenido, existe la prohibición convencional, *ex art. 39. 2 in fine*, de afectar a los principios fundamentales del Convenio en dichos Acuerdos (entendiendo que sólo pueden

⁹⁹² *Vid.*, esta justificación para su inclusión en el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, en E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 471; respecto al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, *vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 640.

derogarse vía Acuerdo las disposiciones contenidas en los arts. 14 a 16 y 18 a 21), y su alcance es limitado, puesto que el resto de Estados contratantes tienen la facultad de declarar que no reconocerán las adopciones realizadas conforme a un Acuerdo especial concluido al amparo del art. 39. 2 (art. 25)⁹⁹³. Respecto al Convenio de La Haya de 1996, la facultad de concluir Acuerdos futuros sólo queda limitada a las disposiciones convencionales contenidas en el Capítulo V, dedicado a la CIA, y no se extiende a los aspectos relativos a las cuestiones de competencia, derecho aplicable y/o eficacia extraterritorial de decisiones previstas en el resto del articulado.

La efectividad práctica de estos Acuerdos especiales en los términos recogidos en los respectivos textos convencionales ha sido hasta el momento bastante escasa. En el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción han existido varias iniciativas, aunque ninguna de ellas ha llegado a prosperar⁹⁹⁴; y en el contexto del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, aunque se han concluido algunos Acuerdos específicos al amparo del art. 39. 2 para facilitar la aplicación del Convenio⁹⁹⁵, de un lado, algunos de estos Acuerdos parecen reemplazar al texto convencional más que completarlo, y no respetan las limitaciones convencionales⁹⁹⁶ y,

⁹⁹³ Sobre el alcance de estos Acuerdos especiales en el marco convencional, *vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 638-642.

⁹⁹⁴ *Ad. ex.*, un Acuerdo trilateral entre Bélgica, Francia y Luxemburgo fue concluido al amparo del art. 36 del Convenio, el 20 de abril de 1987, aunque nunca llegó a entrar en vigor. Aunque existen Convenios bilaterales específicos como el Convenio franco-portugués, no se trata de Acuerdos especiales en los términos convencionales.

⁹⁹⁵ Un Acuerdo especial ha sido concluido *ad. ex.* entre Grecia y Rumania al amparo del art. 39. 2 del Convenio. Los Protocolos bilaterales concluidos por España con Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú no parece que puedan incluirse en esta categoría de Acuerdos especiales. Respecto al suscrito con Bolivia, decididamente no es Acuerdo especial al amparo del art. 39.2, puesto que Bolivia no es Estado parte del Convenio. Igual conclusión cabe afirmar respecto a los concluidos con Ecuador y Perú, puesto que fueron firmados antes de la ratificación del Convenio por estos Estados. La única duda se plantea respecto al suscrito con Ecuador, puesto que este Estado ratificó el Convenio el 1 de enero de 1996, y el Acuerdo es de 18 de marzo de 1997. Sin embargo, parece que debe descartarse la inclusión de este Protocolo en esta categoría de Acuerdos, puesto que en el mismo no se prevé que haya sido concluido al amparo del art. 39.2 del Convenio de La Haya de 1993, y tampoco se ha procedido a enviar una copia al depositario del Convenio, tal como imperativamente dispone el Convenio (*vid.*, en el mismo sentido, aunque abogando por su conversión en tales Acuerdos especiales, F. Calvo Babío, «Naturaleza y alcance...», *cit.*, pp. 460-461, 464). Sin embargo, debe advertirse que, en todo caso, en cuanto al contenido de dichos Protocolos no serían Acuerdos válidos al amparo del art. 39. 2 del Convenio, puesto que no respetan las limitaciones convencionales [fundamentalmente, el crucial *matching* del art. 17 c)].

⁹⁹⁶ *Vid.*, sobre estas inquietudes, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale... 2000», *cit.*, párr. 105.

de otro lado, ya han sido varios los Estados que han realizado la declaración prevista conforme al art. 25, limitando así la eficacia del Convenio.⁹⁹⁷

8. Dinamismo convencional

A) Consideraciones previas

Otra de las peculiaridades intrínsecas a los Convenios de CIA en materia de protección de menores, y que refleja directamente su especial naturaleza, es el carácter esencialmente dinámico con el que son concebidos *versus* los Convenios clásicos de DIPr⁹⁹⁸. Efectivamente, ya se ha hecho alusión a este carácter dinámico con anterioridad, puesto que resulta inconcebible el tratamiento jurídico de los Convenios de CIA en materia de protección de menores sin referirse a esta característica del dinamismo convencional que se deriva directamente de la concepción instrumental de estos Convenios. Puesto que los Convenios de CIA no son concebidos como fines en sí mismos, sino como instrumentos puestos al servicio del fin convencional, se revela indispensable para su adecuado funcionamiento un reexamen periódico entre los Estados parte con objeto de mejorar su funcionamiento, identificar problemas en su aplicación práctica en los diferentes Estados, proponer soluciones comunes, interpretaciones autónomas y, en definitiva, adaptar el texto, sin modificarlo, a cuantas nuevas exigencias la realidad imponga (*law in action*).

Por otro lado, junto a esta labor de control, seguimiento y revisión convencional, articulada a través de vías específicas, puede observarse, especialmente en los últimos años, la adopción y promoción de todo un conjunto de medidas o actividades, de diversa naturaleza, dirigidas todas ellas a mejorar el funcionamiento práctico de los respectivos Convenios internacionales, y que pueden contemplarse como otra vertiente del dinamismo convencional distinta al seguimiento *stricto sensu*.

⁹⁹⁷ Fundamentalmente Estados de origen como *ad. ex.*, Panamá o Venezuela.

⁹⁹⁸ *Vid.*, C. S. Bruch, «How to Draft a Successful Family Law Convention...», *cit.*, pp. 55-56.

B) Órganos encargados del seguimiento convencional

La labor de control, seguimiento y revisión se lleva a cabo en todos los Convenios de CIA en materia de protección de menores de manera periódica, aunque respecto a su articulación y alcance pueden distinguirse, básicamente, dos sistemas: de un lado, aquellos Convenios elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya, cuyo reexamen se lleva a cabo mediante la vía de las Comisiones especiales convocadas periódicamente por el Secretario General de la Conferencia; y, de otro lado, el resto de Convenios que han instituido, en distinta medida, un *forum* específico de control/seguimiento, cuya composición y atribuciones aparecen, con distinto alcance, especificadas en los respectivos textos convencionales.

a) Las Comisiones especiales en el seno de la Conferencia de La Haya

Teniendo en cuenta la experiencia positiva que estas Comisiones especiales han significado para el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores⁹⁹⁹, han sido institucionalizadas con carácter obligatorio en los más recientes Convenios de CIA en materia de protección de menores elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya: de un lado, en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional *ex art. 42*¹⁰⁰⁰ y, de otro, en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores *ex art. 56*. Al margen de la utilización de estas Comisiones respecto a los Convenios de la

⁹⁹⁹ En este primer Convenio de CIA en materia de protección de menores concluido en el seno de la Conferencia de La Haya no se previó expresamente la convocatoria de las Comisiones especiales, pero han sido precisamente los buenos resultados obtenidos por las mismas para el funcionamiento del Convenio, la razón que ha motivado su extensión al resto de Convenios. Hasta el momento, como se ha visto, se han celebrado cuatro Comisiones especiales (1989, 1993, 1997 y 2001), con un resultado muy positivo. Con especial referencia a la situación de España, *vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Comisión especial de octubre de 1989 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», *REDI*, vol. XLII, 1990, 1, pp. 289-291; A. Borrás Rodríguez, «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores (La Haya, 18-21 de enero de 1993)», *REDI*, 1993, 2, pp. 647-649; «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (17 a 21 de marzo de 1997)», *REDI*, vol. XLIX, 1997, 1, pp. 348-350.

¹⁰⁰⁰ Hasta el momento se han llevado a cabo dos Comisiones especiales sobre el mismo; la primera (1993) tuvo por objeto, básicamente, examinar los aspectos esenciales para la aplicación del Convenio, y sólo la segunda (2000) ha sido *stricto sensu* sobre el funcionamiento del Convenio.

Conferencia, también debe advertirse que, acertadamente y dada la ausencia de un mecanismo específico de seguimiento periódico en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos elaborado en el seno de las Naciones Unidas, la Conferencia de La Haya ha insertado el seguimiento de este Convenio junto con la labor de examen de los Convenios de la Haya relativos a las obligaciones alimentarias¹⁰⁰¹.

En cuanto a la periodicidad, composición y funciones de estas Comisiones especiales no existen reglas específicas. Respecto al primer aspecto, en el marco de los Convenios de 1980 y de 1993 se ha aceptado en las últimas Comisiones encargadas de su respectivo funcionamiento el plazo de los cuatro años, si bien se deja abierta la posibilidad de convocar reuniones suplementarias cuando las exigencias realmente lo requieran¹⁰⁰².

Con relación a su composición, la tendencia es invitar a todos los Estados miembros de la Conferencia (sean o no Estados parte del respectivo Convenio), a Estados que sean Parte del Convenio aunque no lo sean de la Conferencia (respecto al Convenio de 1993 sobre adopción internacional y al Convenio de Nueva York de 1956) y, en calidad de observadores, a Estados que no sean parte ni de la Conferencia ni del Convenio, así como a Organizaciones intergubernamentales y ONGS.

Finalmente, en el marco de las funciones o atribuciones de estas Comisiones especiales, se incluirían, con carácter general, la adopción de cuantas medidas se encuentren directamente orientadas a mejorar la aplicación de las normas convencionales: fomentar nuevas ratificaciones; promover la aplicación de los

¹⁰⁰¹ Hasta la fecha, como ya han sido citadas, se han celebrado dos Comisiones especiales sobre el conjunto de estos Convenios (1995 y 1999). En la última de ellas, junto a la Recomendación en virtud de la cual se encomienda a la Conferencia el inicio de los trabajos con objeto de elaborar un nuevo Instrumento de carácter omnicomprensivo y universal, se insiste en la importancia de continuar promoviendo en el seno de La Conferencia el funcionamiento eficaz de los Convenios ya existentes y la ratificación tanto del Convenio de Nueva York como de los dos Convenios de La Haya de 1973 (*vid.*, «Rapport et Conclusions...», *cit.*, párr. 46).

¹⁰⁰² Respecto al Convenio de 1980 sobre sustracción, *vid.*, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion...» *cit.*, párrs. 2.4 y 2.5; respecto al Convenio de 1993 sobre adopción internacional, aunque algunos expertos consideran en la última Comisión que el ciclo de éstas debía ser sincronizado con el número de nuevas ratificaciones o adhesiones, la mayoría se inclinó por el periodo de cuatro años. Sin embargo, las dificultades presupuestarias han hecho prever que la próxima Comisión especial se celebraría alrededor del 2006, salvo que exista un cambio de circunstancias (*vid.*, «Rapport et Conclusions...», *cit.*, párr. 107)

respectivos Convenios; facilitar su aplicación discutiendo sobre los problemas que se plantean en el funcionamiento global del Convenio, insistiendo en aquéllos que se suscitan como consecuencia de las diferencias legislativas/organizativas entre los Estados parte; formular Recomendaciones dirigidas a todos los Estados parte, con carácter nunca vinculante, pero de gran relevancia para mejorar la aplicación del Convenio, tanto reafirmando ciertos principios esenciales del respectivo Convenio cuya aplicación suscita problemas entre los Estados parte¹⁰⁰³, como facilitando la aplicación práctica de estos instrumentos a las autoridades encargadas de aplicarlo (*ad. ex.*, todos los formularios modelos que, como se ha visto con anterioridad, sucesivamente se van aprobando para facilitar y uniformar la aplicación del Convenio). Aparte de ello, estas Comisiones siempre son una vía para el intercambio de información entre autoridades y para beneficiarse recíprocamente de la experiencia práctica de los Estados en la aplicación del Convenio. En conclusión, el valor de estas Comisiones especiales es indiscutible para el adecuado funcionamiento de estos Convenios de DIPr., y se erigen, actualmente, como la principal vía de adaptación de los respectivos textos a los problemas que la realidad va suscitando¹⁰⁰⁴.

b) Otros foros específicos

Entre estos foros específicos instituidos para el control y seguimiento de determinados Convenios de CIA en materia de protección de menores, ajenos a la Conferencia de La Haya, actualmente, se encuentran en vigor: de un lado, el Comité convencional relativo a la custodia de menores creado en el seno del Consejo de Europa a partir de las disposiciones del Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 28) y,

¹⁰⁰³ En el marco del Convenio de La Haya de 1993 las Recomendaciones vienen desempeñando un papel esencial para la correcta comprensión y aplicación de sus *standars minimus* (aspectos relativos a los consentimientos, beneficios materiales indebidos, gastos, donaciones y contribuciones, informe sobre el menor etc.). *Vid.*, especialmente, el resumen de Conclusiones y Recomendaciones adoptado en la última Comisión especial, «Rapport et Conclusions...», *cit.*, pp. 41-44.

¹⁰⁰⁴ *Vid.*, reafirmando expresamente dicho valor, respecto al Convenio de 1980 sobre sustracción («Conclusions et Recommandations...mars 2001, *cit.*, párr. 2.4); respecto al Convenio de 1993 sobre adopción internacional («Rapport et Conclusions...decembre 2000, *cit.*, párr. 107). En general, sobre la relevancia de las mismas, *vid.*, *amplius*, A. Dyer, «Case Law and Co-Operation as the Building Blocks for Protection of International Families», en N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers*, *cit.*, pp. 27-40.

de otro lado, la Comisión mixta consultiva instituida, a imagen de otros Convenios bilaterales, en el art. 5 del Convenio hispano-marroquí de 1997¹⁰⁰⁵.

El Comité convencional instituido en el marco del Convenio de Luxemburgo de 1980 está compuesto de representantes de las AACC designados por los Estados contratantes y se reúne periódicamente, sin regularidad determinada¹⁰⁰⁶, para examinar y facilitar la aplicación del Convenio.¹⁰⁰⁷ En conjunto, este Comité convencional ha servido especialmente para poner de relieve las dificultades surgidas en la aplicación del Convenio (dificultades derivadas, básicamente, como se verá *infra*, de las reservas realizadas al texto *ex art.* 17, y de su desagradable «efecto multiplicador»¹⁰⁰⁸), y los resultados, hasta ahora, bastante decepcionantes del funcionamiento convencional. Con objeto de superar esta situación, el Comité preparó una serie de Recomendaciones, adoptadas posteriormente por el Consejo de Ministros, sobre la aplicación del Convenio¹⁰⁰⁹, pero la ineficacia de éstas ha conducido a iniciar una nueva revisión sobre la aplicación del Convenio.

De naturaleza completamente distinta se configura la Comisión mixta consultiva en el marco del Convenio hispano-marroquí de 1997¹⁰¹⁰. Esta Comisión se compone

¹⁰⁰⁵ También son foros específicos destinados al seguimiento convencional los respectivos Comités permanentes instituidos por el Convenio de Roma de 1990 sobre simplificación de los procedimientos relativos al cobro de los créditos alimentarios, y por el Convenio europeo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos del niño. Sobre el primero, *vid., amplius.*, J. Martín y C. O. Huiginn, «Report on the Convention...», *cit.*, pp. 36-40; sobre el segundo, *vid.*, Capítulo III del texto, que regula su composición, funciones, y método de trabajo. Aunque el Convenio entró en vigor el 1 de julio de 2000, el Comité permanente todavía no se ha reunido (*vid.*, <http://www.coe.fr>).

¹⁰⁰⁶ Tiene lugar, generalmente, una reunión específica cada 18 meses-2 años, y existen contactos entre éste y el Comité Permanente de la Conferencia de la Haya (*vid.*, sobre esta relación, A. Dyer, «Case Law and Co-operation...», *cit.*, p. 37). Con relación a su aplicación en España, *vid.*, A. Borrás Rodríguez, «El control de la aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores», *REDI*, vol. XLIV, 1992, 2, pp. 718-719.

¹⁰⁰⁷ Desde su creación han tenido lugar nueve reuniones, la última de ellas se celebró en febrero de 2000, y se realizó conjuntamente con el Grupo de trabajo sobre los derechos de custodia y de visita del Comité de expertos sobre el Derecho de familia, para examinar el proyecto de Convenio sobre las relaciones personales de los hijos (sobre su funcionamiento, *vid.*, <http://www.coe.fr>).

¹⁰⁰⁸ *Vid.*, Cap. III, III. 4 B) b).

¹⁰⁰⁹ Recomendaciones nº (95) 6 y nº (99) 7 sobre la aplicación del Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores (*vid.*, <http://www.coe.fr>).

¹⁰¹⁰ Los Convenios bilaterales concluidos en la materia por Francia con Túnez, Marruecos y Portugal, así como el Convenio belga-marroquí también instituyen una Comisión similar a la prevista en este Convenio, de naturaleza tanto diplomática como judicial, y con un método más cercano al arbitraje que al judicial (*vid.*, una aproximación comparativa, J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos...», *cit.*, pp. 149-150).

por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia¹⁰¹¹, y se reúne alternativamente en cada uno de los dos Estados al menos una vez al año, a solicitud de uno u otro Gobierno en la fecha que se convenga¹⁰¹². Respecto a sus funciones, junto a la atribución general de facilitar la solución de los casos que se plantean en la aplicación del Convenio (art. 5), también le corresponde la importante tarea de decidir sobre la devolución de menores desplazados ilícitamente antes de la entrada en vigor del Convenio (art. 21.2). La corta vigencia del Convenio y la escasa información que existe sobre su aplicación¹⁰¹³ no permiten realizar una valoración sobre el alcance de esta institución que, aunque no se exprese claramente, parece configurarse como una instancia de apoyo a las AACC, y respecto a la cual, sólo cabe esperar que pueda superar algunos de los problemas susceptibles de plantearse en la práctica como consecuencia de las insuficiencias y deficiencias que, como se viene examinando, se desprenden de la letra del texto.

C) Otras expresiones del dinamismo convencional: «El Proyecto de La Haya sobre la cooperación internacional y la protección de menores»

En este cajón de sastre deben incluirse toda una serie de actuaciones que en los últimos años se vienen desarrollando entre los Estados parte de estos Convenios de CIA, de manera unilateral, concertada, o institucional, con objeto de mejorar el funcionamiento de los respectivos Convenios en la práctica, acercar los textos a las autoridades encargadas de aplicarlos y a los particulares, así como adaptarlos a las nuevas exigencias de la realidad social y jurídica¹⁰¹⁴.

¹⁰¹¹ La redacción de este aspecto, al igual que en el Convenio franco-marroquí de 1981, resulta bastante insuficiente, puesto que no se menciona la composición exacta de la Comisión ni el número de sus miembros (*vid.*, con relación a éste, en tono crítico en este aspecto, F. Moneger, «la Convention franco marocaine...», *cit.*, p. 286).

¹⁰¹² Esta redacción supera a la prevista en el Convenio franco-marroquí de 1981, en el que sólo se establece que la Comisión deberá reunirse periódicamente, a petición de uno u otro Estado.

¹⁰¹³ *Vid.*, C. González Beilfuss, «International Child Abduction in Spain», *cit.*, p. 344.

¹⁰¹⁴ En el marco institucional europeo en esta línea de dinamismo se inserta la Decisión del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa a la creación de una Red Judicial Europea en materias civil y mercantil (DO L 174, 27 de junio de 2001). El objetivo de esta nueva medida en el marco de la cooperación judicial en materia civil se dirige directamente a facilitar a los particulares el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos, reforzando la cooperación judicial en los ámbitos civil y mercantil, y poniendo a su disposición información de carácter práctico. El contenido de la medida consiste en la creación de una Red Judicial Europa integrada por: a) Puntos de contacto centrales designados por los Estados

Entre estas importantes expresiones del dinamismo convencional destacan a efectos de este trabajo las actividades propiciadas por la Conferencia de la Haya, especialmente a través de su Oficina Permanente. Estas se han desarrollado, pioneramente, respecto a la aplicación del Convenio de 1980 sobre sustracción, actualmente empiezan a extenderse, siempre teniendo en cuenta las especificidades de cada ámbito material, al Convenio de 1993 sobre adopción internacional, y también son proyectadas con relación al Convenio de La Haya de 1996. Estas actividades, llevadas a cabo de manera progresiva e informal, han sido institucionalizadas con carácter general (es decir, entendiéndose aplicables a todos los Convenios de CIA en materia de protección de menores concluidos en el seno de la Conferencia de La Haya) en el denominado «Proyecto de La Haya sobre cooperación internacional y la protección de menores»¹⁰¹⁵

El proyecto de la Haya sobre cooperación internacional y la protección de menores fue concluido a finales de 1999, recogiendo taxativamente una serie de acciones llevadas a cabo por la Oficina Permanente de la Conferencia con objeto, principalmente, de informar sobre el funcionamiento de los Convenios de CIA en materia de protección de menores y mejorar su funcionamiento. Entre estas acciones se incluyen: a) Creación de una base de datos de decisiones judiciales nacionales adoptadas con relación al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (International Child Abduction Database «*INCADAT*»), y que se encuentra disponible gratuitamente vía Internet¹⁰¹⁶; b) Desarrollo de programas de formación al personal de las AACC y al resto de organismos encargados de

miembros, reforzados eventualmente por un número limitado de puntos de contacto adicionales; y b) Otros miembros de la red, entre ellos los magistrados de enlace y otras autoridades. La Red tiene dos objetivos básicos: a) Facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros en materia civil y mercantil; y b) Establecer un sistema de información al público. Se contemplan otras funciones más específicas, insistiendo sobre todo en las competencias de los puntos de contacto, como papel clave de la Red, que deben reunirse, como mínimo, al menos una vez al semestre, llevando a cabo un seguimiento de la medida. Los Estados miembros habrán debido comunicar antes del 1 de junio de 2002 los nombres y direcciones completas de las autoridades que componen la Red, y la Decisión es aplicable a partir del 1 de diciembre de 2002 (sobre otros datos posteriores de la medida, *vid.* <http://www.europa.int>). Con relación a la reglamentación de la Unión en materia de protección de menores, la Propuesta de Reglamento de mayo de 2002, que como se ha visto con anterioridad sí dedica parte de su regulación a la CIA, instituyendo AACC, ya prevé la utilización de la red para celebrar reuniones entre las AACC (art. 59).

¹⁰¹⁵ *Vid.*, «Projet de La Haye sur la coopération internationale et la protection des enfants», <http://www.hcch.net>

¹⁰¹⁶ Concretamente, <http://www.incadat.com>.

satisfacer las obligaciones convencionales; c) Organización de seminarios y de programas de formación judicial con objeto de familiarizar a los jueces con el funcionamiento de los Convenios; d) Seguimiento firme del funcionamiento de los Convenios, insistiendo particularmente en la elaboración de estadísticas rigurosas; e) Organización de reuniones locales y regionales dirigidas a promover el conocimiento y la comprensión de los Convenios de La Haya; f) Examen de las nuevas estructuras de cooperación y, principalmente, aquéllas que puedan mejorar la protección internacional de menores.

La relevancia de las medidas contenidas en este proyecto, que afortunadamente se están llevando a cabo a pesar de ciertas dificultades económicas¹⁰¹⁷, es innegable y coloca a estos Convenios de CIA en materia de protección de menores en una perspectiva cualitativamente distinta a los Convenios de CIA clásicos. Esta perspectiva, que también progresivamente se adopta en el marco institucional europeo, situando su punto neurálgico en la creación de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, parece que vuelve a confirmar la idea que se está asistiendo a un proceso de transformación o evolución de las técnicas y métodos tradicionales del DIPr.

¹⁰¹⁷ La Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya reconoce abiertamente que el fondo al que contribuyen los Estados miembros de la Conferencia resulta claramente insuficiente para desarrollar actividades de esta naturaleza. Con objeto de superar estas limitaciones económicas, procura recibir fondos suplementarios de carácter fundamentalmente benéfico. Parece que debe exigirse un cierto apoyo económico por los Estados parte a este tipo de actividades, dirigidas a promover la CIA en materia de protección de menores con un carácter cada vez más universal.

CAPITULO II:

AUTORIDADES INTERVINIENTES Y OTRAS ESTRUCTURAS DE CIA

I. Consideraciones previas

En el Capítulo anterior se ha realizado un análisis de los principios articuladores de estos Convenios de CIA en materia de protección de menores, y aunque se han podido inducir una serie de principios comunes, tanto con relación a su planteamiento o principios inspiradores, como respecto a su método y a sus peculiaridades metodológicas *versus* los Convenios de DIPr. clásicos, también se han podido constatar las serias dificultades que existen, en atención a su diverso funcionamiento y a la manera en que la CIA penetra en cada uno de ellos, para englobarlos en una misma categoría convencional de la que se pueda predicar un régimen uniforme de CIA.

Una de las causas que impide agrupar a todos estos Convenios internacionales en un mismo conjunto convencional en función del modo de intervención de la CIA en su funcionamiento, radica precisamente en el distinto carácter de las diversas autoridades a través de las cuales se articulan los distintos procedimientos de CIA incorporados en los mismos. Si se trata de realizar un análisis de esta categoría de Convenios en su conjunto se deberá por tanto, ineludiblemente, separar las dos grandes modalidades de autoridades que intervienen o están llamadas a intervenir en estos procedimientos de CIA, distinguiéndose, básicamente, entre las que pueden denominarse «autoridades competentes *stricto sensu*» y, otra categoría de autoridades que pertenecen básicamente al aparato administrativo de los distintos Estados. Entre estas autoridades administrativas destaca por excelencia, como eje central y responsable con distinto alcance de la aplicación de estos Convenios, la figura de la Autoridad central, que merece por su relevancia un análisis más exhaustivo. Igualmente destaca la participación de otras autoridades públicas que, dependiendo de cada uno de los concretos Convenios de CIA, están llamadas a intervenir en los procedimientos de cooperación instaurados. Finalmente, no debe olvidarse la actuación de otros organismos de carácter privado que intervienen de manera decisiva,

aunque no exclusiva, en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional. Analizar y reflexionar sobre la distinta naturaleza o carácter de cada una de estas estructuras, su forma de determinación, régimen jurídico, alcance respectivo de su intervención, y sus relaciones en el marco de estos Convenios de CIA, es el objetivo al que se encuentra destinado específicamente este capítulo.

II. Las autoridades competentes *stricto sensu*

1. Delimitación de la estructura, naturaleza y forma de determinación

A) Pautas suministradas por la normativa convencional

a) Consideraciones previas

Una de las diferencias que se observa, con carácter general, en estos Convenios de CIA *versus* los Convenios clásicos de DIPr. (y en este aspecto, concretamente, con relación a los Convenios de competencia judicial internacional y de reconocimiento de resoluciones extranjeras) radica en que para designar a las autoridades que tradicionalmente han desempeñado las funciones atribuidas a los órganos jurisdiccionales en materias de Derecho privado en general y, de Derecho de las personas, en particular, se refieran, como regla común, a la expresión de «autoridades judiciales o administrativas», o simplemente al término genérico de «autoridades competentes». No obstante, excepcionalmente, también puede observarse como otros Convenios de esta misma naturaleza sí emplean términos tradicionales como el de «tribunal» o «autoridad judicial». Ante esta diferencia de denominación cabe cuestionarse si existe alguna justificación para la adopción de una u otra opción, si realmente ambos grupos de Convenios se están refiriendo al mismo tipo de autoridades y, fundamentalmente, cuál es el criterio que se adopta, a efectos de este trabajo, para distinguir netamente en estos marcos convencionales una autoridad competente *stricto sensu* de otras autoridades de distinta naturaleza (fundamentalmente, de las autoridades administrativas).

b) Protección de menores: las diferencias entre los sistemas nacionales

La expresión omnicomprensiva de «autoridades tanto judiciales como administrativas» es utilizada en los Convenios de La Haya sobre protección de menores *in genere* de 1961 y de 1996 en sus respectivas normas de competencia internacional de autoridades e, implícitamente, de eficacia extraterritorial de decisiones¹⁰¹⁸. La misma expresión es también empleada en los Convenios multilaterales sobre sustracción internacional de menores, aunque con distintos matices: de un lado, el Convenio de La Haya de 1980, la formula en términos disyuntivos, esto es, refiriéndose a las «las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes», para designar a las autoridades que deben resolver sobre la solicitud de retorno inmediato del menor en el Estado requerido (*ad. ex.*, arts. 11, 12, 13) y, de otro, el Convenio de Luxemburgo de 1980 opta, en un primer momento, en la línea ya examinada de tendencia a la definición de los términos empleados en los respectivos marcos convencionales, por definir de manera amplia y sin añadir criterio funcional alguno, el término de «autoridad» como «cualquier autoridad judicial o administrativa» [art. 1 b)], y en coherencia con dicha definición, utiliza en su articulado el término genérico de «autoridad competente» tanto para designar a la autoridad que debe conocer de la acción de reconocimiento o ejecución de una resolución relativa a la custodia [art. 5 1 b)], como a aquella que puede fijar las modalidades del ejercicio del cumplimiento y ejercicio del derecho de visita, modificando la resolución extranjera (art. 11. 2).

La razón de la utilización por estos Convenios de la denominación genérica de «autoridades competentes» o la expresión omnicomprensiva de «autoridades judiciales o administrativas», frente a los concretos términos de «Tribunal», «órgano jurisdiccional» o «autoridad judicial» empleados tradicionalmente en los Convenios internacionales relativos a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, radica en el hecho que aunque en la mayoría de los Estados, conforme a su ley interna, la competencia para decidir, en general, sobre las cuestiones en materia de protección de menores y, en particular, sobre los asuntos

¹⁰¹⁸ *Vid.*, en las normas de competencia de autoridades, especialmente, art. 1 y art. 5, respectivamente. En sede de reconocimiento y ejecución, art. 7 y Capítulo IV, respectivamente.

relativos a los derechos de custodia y de visita se encuentran atribuidos, al igual que en nuestro sistema jurídico, a los órganos jurisdiccionales, existen otros Estados como son Suiza, Dinamarca, Noruega o, en menor medida, el Reino Unido, que según su ley interna estas competencias están atribuidas, con distinto alcance, a las autoridades administrativas¹⁰¹⁹. Estos Convenios multilaterales, que como se viene reiterando, aspiran a alcanzar el grado de universalidad, son conscientes con carácter previo a su redacción de las diferencias entre las legislaciones internas de los Estados parte en materia de protección de menores, y optan por términos genéricos y omnicomprendidos con objeto de cubrir todas las autoridades que posean competencia para decidir sobre los asuntos relativos a estas materia, con independencia de la calificación jurídica que reciban en cada Estado parte.

En este ámbito material, finalmente, debe valorarse positivamente que el Convenio bilateral específico hispano-marroquí de 1997, haciendo gala de su especialidad, y teniendo presente que tanto en el sistema interno español como en el marroquí, la competencia para decidir las cuestiones relativas a protección de menores se encuentran atribuidas exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, se separa en este aspecto de los Convenios multilaterales específicos y, opta, en aras de la seguridad jurídica, por referirse indistintamente a los términos de «autoridad judicial», «órgano jurisdiccional» o «jurisdicción competente», excluyendo implícitamente a las autoridades administrativas, para designar a las autoridades competentes tanto para conocer de la solicitud de devolución inmediata del menor (arts. 8 a 10), como a las autoridades competentes para decidir sobre las acciones de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales cubiertas por el Convenio (art. 11), como a aquéllas competentes para organizar, proteger o resolver el derecho de visita (art. 13).

¹⁰¹⁹ *Vid.*, sobre esta cuestión, de manera muy general, respecto al Convenio de Luxemburgo de 1980, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 218; con relación al Convenio de La Haya de 1980, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 452. Actualmente, en el marco de este último Convenio, *vid.*, «Rapport de la deuxième reunion...», *cit.*, réponse a la question 28 A.

c) Obligaciones alimenticias: las modificaciones experimentadas en los sistemas nacionales

Se verifica, excepcionalmente, que el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero designa a la autoridad competente para conocer, en su caso, de una acción de alimentos iniciada por la Institución intermediaria en el Estado requerido exclusivamente como «tribunal» (art. 7). Esta calificación específica de la autoridad competente *stricto sensu* se justifica en este concreto marco convencional teniendo en cuenta que en la fecha de su elaboración la mayoría de los sistemas jurídicos en materia de prestación de alimentos tenían unas características comunes, entre las que se encontraba que su atribución era decidida exclusivamente por órganos jurisdiccionales. Actualmente, sin embargo, examinando las importantes modificaciones experimentadas en los sistemas nacionales con relación a esta materia en los últimos dos décadas, esta calificación se revela claramente insuficiente para comprender a todas las autoridades que en los distintos Estados parte son competentes conforme a su Derecho interno para conocer de una acción de alimentos. En efecto, desde hace unos veinte años las legislaciones internas en materia de prestación de alimentos han asistido a un cambio progresivo y radical en su concepción y, principalmente, forma de atribución¹⁰²⁰. Tradicionalmente, en la fecha de conclusión del Convenio de Nueva York, la atribución de la prestación de alimentos era decidida de manera exclusiva por tribunales mediante un sistema de justicia que puede ser denominado «personalizado», esto es, el órgano jurisdiccional decidía caso por caso, y poseía una gran discrecionalidad para designar un montante razonable en función de las necesidades del acreedor y de los recursos del deudor. Este sistema personalizado se ha visto cuestionado en el seno de algunos Ordenamientos en los últimos años, puesto que en la práctica se mostraba claramente costoso e ineficaz. De un lado, las pensiones de alimentos acordadas, a menudo limitadas en cuanto al montante, no justificaban los costes de un procedimiento judicial específico y, de otro, los problemas de ejecución efectiva de las pensiones acordadas continuaban subsistiendo, no logrando satisfacer realmente las necesidades del acreedor alimentario. Esta situación, junto a la creciente intervención de los

¹⁰²⁰ *Vid.*, sobre estas reformas, W. Duncan, «Note sur le opportunité de reviser...», *cit.*, párrs. 9 y 10; A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 58-59.

poderes públicos en los mecanismos de cobro de las pensiones alimentarias, adelantando las pensiones debidas a los acreedores alimentarios (esencialmente, a los menores), ha conducido a reformas muy importantes en algunos sistemas nacionales destinadas tanto a liberar a los acreedores de la necesidad de reclamar la prestación, asegurando unos ingresos regulares a los interesados (fundamentalmente cuando se trata de menores), como a hacer respetar más eficazmente y de manera menos costosa las obligaciones personales de los deudores. Entre estas reformas interesa destacar en este momento dos: de un lado, en algunos países el sistema personalizado y discrecional se va sustituyendo progresivamente por un sistema de baremos concebidos para fomentar la previsibilidad y la seguridad de los pagos (e indirectamente para favorecer los acuerdos *inter partes*), limitando así la duración y los costes del procedimiento; de otro, en ciertos países la fijación de los montantes de alimentos corresponde a la autoridades administrativas y no a las judiciales, no concurriendo obligatoriamente la fase de audiencia al demandado en primera instancia, aunque suele existir la fase de recurso vía judicial¹⁰²¹.

Estas reformas operadas en los sistemas nacionales van a incidir de manera muy importante en el tratamiento de la institución desde la perspectiva del DIPr. (y fundamentalmente, desde la perspectiva del derecho aplicable), conllevando también, como se verá más adelante, una revisión de los procedimientos de CIA existentes hasta el momento en el marco del Convenio de Nueva York de 1956. En este momento, sin embargo, interesa retener el desplazamiento existente en ciertos Estados de la figura de la autoridad judicial por la autoridad administrativa en el marco de los procedimientos sobre obtención de alimentos. Este desplazamiento aconseja que el futuro Convenio que actualmente se está elaborando en el seno de la Conferencia de La Haya sobre la materia tenga en cuenta esta diversidad competencial y, superando la

¹⁰²¹ Los procedimientos administrativos, generalmente, quedan reservados para los supuestos en que las demandas de alimentos corresponden a un nivel igual o inferior al mínimo vital. *Ad. ex.*, según la nueva ley alemana sobre las pensiones alimentarias de menores (*Kindesunterhaltsgesetz*) que entró en vigor el 1 de julio de 1998 (*BGBl* 1998 I, 666), para las demandas de alimentos inferiores a un determinado nivel, se aplica un procedimiento simplificado resuelto por un funcionario que no pertenece al aparato jurisdiccional (*Rechtspfleger*), no contradictorio *stricto sensu*, y que sólo prevé un número limitado de medios de defensa; en el Reino Unido, la Ley sobre las pensiones alimentarias de los menores de 1991, prevé que una *Child Support Agency* es la encargada de la determinación y del cobro de las pensiones alimentarias, así como de la ejecución de las obligaciones en la materia; en los Estados Unidos, los Estados pueden recurrir a procedimientos administrativos o a otros mecanismos jurídicos para adoptar y ejecutar las decisiones de manera más rápida que por medio de los procedimientos judiciales.

limitación del Convenio de Nueva York, siguiendo el modelo de los Convenios de CIA sobre protección de menores, se refiera omnicomprensivamente al término de «autoridades judiciales o administrativas», cubriendo así a todas las autoridades nacionales que posean competencia conforme a su ley interna para decidir sobre las acciones de alimentos, con independencia de la naturaleza o calificación jurídica que reciban en los distintos sistemas internos¹⁰²².

B) Determinación conforme a los Derechos internos y adopción de un criterio funcional

Después de este breve repaso sobre la calificación realizada por estos Convenios de CIA de la autoridad competente para conocer tanto de las cuestiones relativas a la protección de menores, como de aquéllas relativas a la atribución de alimentos en las situaciones privadas internacionales cubiertas en sus respectivos ámbitos de aplicación, se ha comprobado que las diferencias entre los sistemas nacionales tanto en materia de protección de menores, como en cuanto al tratamiento de la acción de alimentos a favor de menores, impide identificar en estos marcos convencionales, con carácter generalizado, a la figura que se ha denominado «autoridad competente *stricto sensu*» con la autoridad judicial, puesto que lenta, aunque progresivamente, las autoridades administrativas van sustituyendo en algunos Estados, en ciertas condiciones, las funciones decisorias que tradicionalmente han sido reservadas a los órganos jurisdiccionales en materias relativas al derecho de las personas .

Estas diferencias impiden efectivamente adoptar en este trabajo un criterio en función de la naturaleza jurídica del órgano que conoce de estas cuestiones para delimitar en los respectivos marcos convencionales la figura de la autoridad competente *stricto sensu*, con lo cual, únicamente ésta se podrá localizar acudiendo a los respectivos Derechos internos de los Estados parte. Efectivamente, debe recordarse

¹⁰²² Ya en su día, el Convenio de Bruselas de 1968 siendo consciente de estas divergencias en determinados sistemas nacionales, previó en el art. V bis de su Protocolo anejo que: «*en materia de alimentos, los términos de juez, tribunal y jurisdicción comprenderán las autoridades administrativas danesas. En Suecia, en los procedimientos sumarios de asuntos de requerimiento de pago (betalningsföreläggande) y de solicitud de ayuda (handräckning), los términos de juez, tribunal y jurisdicción comprenderán el Servicio Sueco de cobro forzoso (Kronofogdemyndighet)*. El precepto también ha sido trasladado al reciente Reglamento 44/2001 (art. 62).

el carácter de Convenios marcos de estos instrumentos convencionales, y como la función de las respectivas normas convencionales, en este caso, es sólo determinar la competencia internacional *stricto sensu* para conocer, en general, de las cuestiones relativas a protección de menores, así como para conocer de una acción de alimentos o de otras cuestiones particulares reguladas en los respectivos marcos convencionales (*ad. ex.*, acción de devolución inmediata del menor), pero su objetivo no es fijar la concreta autoridad competente *in casu*. Corresponde, por tanto, a los Estados que lleguen a ser Parte del respectivo texto convencional designar, en un segundo momento, conforme a sus normas de competencia interna, las concretas autoridades, judiciales o administrativas competentes *in casu*, así como la concreta competencia territorial para conocer de dichas cuestiones.

De este modo, desde la perspectiva de nuestro Derecho autónomo, en tanto que la competencia para decidir sobre las cuestiones relativas a protección de menores, así como para conocer de las acciones de alimentos debidas a menores, o de las acciones relativas a la devolución inmediata de menores, son atribuidas exclusivamente, como se verá más adelante, a los órganos jurisdiccionales, desde el punto de vista de nuestro Derecho autónomo, la figura o estructura de la autoridad competente *stricto sensu* sí puede identificarse con la figura de la autoridad judicial. A *sensu contrario*, debe excluirse como autoridad competente *stricto sensu, ad. ex.*, la autoridad competente a la que se refiere el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional en sus arts. 4 y 5 (Cap. II) para realizar, en el caso de España como Estado de recepción, el respectivo informe sobre la idoneidad de los futuros adoptantes, puesto que conforme a nuestro Ordenamiento jurídico, como es sabido, la instrucción del expediente previo de adopción corresponde a autoridades administrativas¹⁰²³, y la autoridad judicial interviene en un momento posterior.

Si se ha optado por escoger en este trabajo la calificación de «autoridad competente *stricto sensu*», y no de autoridad judicial, es precisamente con objeto de superar la perspectiva exclusiva del Derecho español, y analizar en estos marcos convencionales, englobándose en una misma categoría, la intervención en cuanto estructura de cooperación tanto de la autoridad judicial (conforme a nuestro Derecho

¹⁰²³ *Vid.*, art. 176.2 C.c.

interno), así como, siguiendo un criterio funcional, del resto de autoridades que en otros Estados parte del Convenio desempeñen las mismas funciones que son ejercidas por nuestros órganos jurisdiccionales en el respectivo marco convencional del que se trate¹⁰²⁴.

Finalmente, una vez delimitada esta estructura, debe recordarse y retenerse que los supuestos en que la autoridad competente *stricto sensu* sea una autoridad de naturaleza estrictamente administrativa son, hoy por hoy, bastante escasos en los sistemas nacionales de nuestro entorno, puesto que en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos, la competencia tanto para decidir sobre las cuestiones relativas a la protección de menores (incluida la acción de retorno en el marco de los Convenios multilaterales sobre sustracción internacional de menores), como respecto a las acciones de alimentos reclamadas a favor de éstos, continúan siendo atribuidas a órganos de naturaleza jurisdiccional, que actúan con poder decisorio en un procedimiento judicial específico e independientemente al resto de los demás órganos estatales. De ahí, que en ocasiones se emplee a partir de ahora el término de «autoridad judicial» como sinónimo de autoridad competente *stricto sensu*, y la expresión de «cooperación judicial» para hacer referencia a las actividades de cooperación articuladas entre ellas.

2. Forma de intervención y determinación en el Derecho español

A) Convenios de conflicto de autoridades

a) Imperativa intervención en cuanto agentes de los sectores clásicos

La autoridades competentes *stricto sensu* obviamente intervienen de manera imperativa en el funcionamiento ordinario de los Convenios de conflicto de autoridades (Convenios de La Haya de 1961 y de 1996 sobre protección de menores *in genere*), tanto como autoridades competentes *in casu* para adoptar una medida de

¹⁰²⁴ Es el criterio adoptado en el marco comunitario (*vid.*, art. 1.2 del Reglamento «Bruselas II», trasladado también a la Propuesta de Reglamento, de mayo de 2002, que deroga a éste, *ex art.* 2, englobando en el término «órgano jurisdiccional» a todas las autoridades competentes en la materia en los Estados miembros). En el marco del Consejo de Europa se opta por el término de «autoridad judicial», entendiéndolo por el mismo a un tribunal o a una autoridad administrativa que tenga poderes equivalentes [art. 2.2 del Convenio europeo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos del niño y art. 2 e) del Proyecto de Convenio de 2001 sobre las relaciones personales de los hijos].

protección sobre la persona del menor o de sus bienes, en virtud de las respectivas normas convencionales sobre competencia internacional de autoridades incorporadas en ambos instrumentos internacionales (y, por tanto, en un segundo momento como autoridades también encargadas de aplicar *in casu*, en el ejercicio de su competencia, la respectiva ley aplicable que proceda conforme a las respectivas reglas convencionales), como autoridades competentes para conocer de las distintas acciones de reconocimiento y/o *exequátur* que incorporan con muy distinto alcance ambos textos. En uno y otro caso corresponde al Derecho interno del foro, conforme a sus normas de competencia territorial interna, determinar la autoridad judicial o administrativa competente *in casu* para adoptar las medidas de protección de la persona o bienes del niño, o para conocer de las acciones de reconocimiento y/o *exequátur* que se soliciten¹⁰²⁵.

En el caso del Derecho español, concretamente, la autoridad competente *stricto sensu* en el marco de estos Convenios internacionales en su dimensión de autoridad competente (y en el ejercicio de dicha competencia para aplicar la ley que corresponda), se identifica con los Jueces de Primera Instancia (JPI)¹⁰²⁶, y para

¹⁰²⁵ Tanto desde la esfera de la competencia como desde el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones se deberá observar con carácter previo, exclusivamente para los supuestos de Estados con Ordenamientos jurídicos complejos que gocen de diversidad de organización judicial, las cláusulas específicas de remisión incorporadas en los respectivos Convenios internacionales (especialmente, art. 14 del Convenio de La Haya de 1961 y art. 47 del Convenio de La Haya de 1996). No debe olvidarse que este no es el caso del Derecho español, que se caracteriza en este aspecto por el principio fundamental de la unidad de la organización judicial (*vid.*, especialmente, sobre esta cuestión, A. Borrás Rodríguez, «Les ordres plurilégislatifs...», *cit.*, pp. 264-279).

¹⁰²⁶ Debiendo acudir a las normas de competencia territorial y material para concretar *in casu* el Juzgado de Primera Instancia competente (*ad. ex.*, para conocer de los procesos que versan exclusivamente sobre la guarda y custodia del menor, *ex art.* 769.3 LEC 1/2000, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor) y, sin perjuicio, de los posibles órganos jurisdiccionales que puedan conocer de la cuestión en sucesivas instancias conforme a las normas de competencia funcional. La norma de competencia del art. 769. 3 es algo confusa, aunque parece quedar claro que la voluntad del legislador es que sea competente el juez del lugar del domicilio de ambas partes, y para el caso en el que vivan en dos partidos judiciales distintos, entrarán en función el fuero subsidiario y electivo (*vid.*, V. Cortés Domínguez, «Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades», en V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena (Coord.), *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo V, Tecnos, 2001, pp. 102-110, esp., p. 110).

conocer de las acciones de reconocimiento/*exequátur*, conforme a nuestras normas de producción interna y provisionalmente, el TS¹⁰²⁷.

Asentada esta previa idea ya conocida, pero de necesaria comprensión, respecto a la imperativa forma de intervención a la que están llamadas las autoridades judiciales en el marco de estos Convenios, en este momento interesa analizar la intervención de las autoridades competentes *stricto sensu* en los citados Convenios en cuanto agentes o estructuras de cooperación internacional.

b) Intervención en cuanto estructuras de cooperación

Las autoridades judiciales han sido, y parece que continúan siendo, la estructura clave o protagonista desde una perspectiva institucional en los procedimientos de CIA instaurados en los sucesivos Convenios de La Haya que se han ocupado *in genere* sobre la protección de los menores, aunque la forma de concebir su intervención, así como de articularla en la práctica, ha experimentado un importante proceso de transformación en los sucesivos Convenios que se han ocupado de la misma.

En efecto, en la trayectoria de los Convenios de La Haya sobre protección de menores *in genere* se observa que siempre se ha sido consciente de la importancia y utilidad de establecer en este ámbito material junto con la resolución de los problemas clásicos del DIPr, una cierta cooperación entre las autoridades competentes de los respectivos Estados parte llamadas a adoptar una medida de protección sobre la persona o los bienes del menor (cooperación que ha estado dirigida prioritariamente, como se verá a continuación, a suministrar a la autoridad que va a constituir una medida de protección *in casu* todas las informaciones pertinentes sobre el menor y su familia)¹⁰²⁸. Sin detenerse en el análisis de los diferentes procedimientos de CIA previstos en estos Convenios, aspecto que se abordará en el capítulo siguiente, en este momento interesa poner de relieve la trayectoria experimentada en la concepción y

¹⁰²⁷ Arts. 955.I. LEC de 1881 y art. 56. 4 LOPJ (como se ha visto con anterioridad, cabe la posibilidad que en la futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, esta competencia pase a ser atribuida a los Jueces de Primera Instancia).

¹⁰²⁸ *Vid.*, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, p. 100; P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 304.

articulación de esta cooperación entre autoridades competentes en los sucesivos Convenios internacionales que se han ocupado de la materia.

De este modo, debe tenerse presente que una cooperación entre autoridades competentes *stricto sensu* ya se incorporaría de manera muy tímida y limitada en el Convenio de La Haya de 1902 sobre la tutela de menores (art. 8), articulándose de modo directo, esto es, sin intermediarios, entre las autoridades donde se encontraba el menor extranjero cuya tutela interesaba constituir y las autoridades del Estado del que éste fuera nacional. Posteriormente, el Convenio de La Haya de 1961, coherente con su espíritu pragmático y su concepción de instrumento de política social, se inspira en gran medida en el principio de cooperación entre autoridades nacionales como base de su funcionamiento, y traduce dicho principio en el desarrollo de diversos aspectos de coordinación y cooperación entre autoridades competentes, que superan con creces el ámbito limitado de su predecesor (arts. 4, 5, 2, 6, 10 y 11).

A pesar de la buena acogida doctrinal de los preceptos dedicados a la cooperación internacional en este instrumento¹⁰²⁹, en la práctica, como se adelantó anteriormente, el sistema ha resultado inoperante, y no se ha desarrollado una cooperación real entre las autoridades competentes. Las causas de este fracaso pueden cifrarse básicamente en dos motivos: sistema de cooperación excesivamente rígido, y modelo de cooperación horizontal, es decir, básicamente directo entre autoridades competentes. La correcta comprensión de las dificultades y limitaciones de este sistema de cooperación judicial ha conducido al Convenio de la Haya de 1996 a adoptar una nueva perspectiva en doble sentido con relación a la cooperación internacional entre autoridades competentes *stricto sensu*. El sistema pasa a concebirse de manera facultativa y, fundamentalmente, se adopta un modelo de cooperación vertical o articulado a través de AACC.

Efectivamente, en primer lugar, en cuanto a la concepción de la cooperación entre autoridades competentes *stricto sensu*, el sistema pasa de un modelo de cooperación excesivamente rígido a configurarse con un carácter eminentemente

¹⁰²⁹ Vid., *ad. ex.*, M. Simon-Depitre, «La protection des mineurs...», *cit.*, p. 126; J. M. Castro-Rial Canosa, «El Convenio de La Haya...», *cit.*, pp. 46-47; F. Mosconi, «La protezione dei minori», en *Convenzioni internazionali e legge di riforma del Diritto Internazionale Privato. A cura di F. Salerno*, Cedam, 1997, pp. 59- 77, esp., pp. 66-67.

flexible, facultativo e instrumental. Se advirtió que algunas de las obligaciones de cooperación previstas en el Convenio de 1961, como imponer con carácter generalizado el intercambio de opiniones previo a la adopción de cualquier medida de protección *ex art. 10*, o la obligación de información *a posteriori* de toda medida adoptada en el marco del Convenio *ex art. 11*, eran obligaciones demasiadas rígidas, a veces innecesarias, y en definitiva, impracticables¹⁰³⁰.

El Convenio de La Haya de 1996 nace, por el contrario, con un espíritu flexible y facultativo en este marco, concibiendo las disposiciones relativas a la cooperación internacional como un instrumento al servicio de las autoridades competentes para el cumplimiento de sus funciones. El articulado de estas disposiciones (salvo algunas importantes excepciones como se verá más adelante), se configura con un carácter dispositivo, de modo que las autoridades competentes se encuentran autorizadas por la normativa convencional a llevar a cabo una serie de iniciativas, pero no están obligadas a ejecutarlas y, es más, las autoridades requeridas (bien directamente o por vía de la Autoridad central) no están obligadas a responder a dichas iniciativas, y ni siquiera a motivar por escrito su decisión de rechazo. El Convenio deja exclusivamente a la apreciación de las autoridades implicadas su decisión de intervenir o no, tanto como autoridades requirentes como autoridades requeridas. Esta decisión habrá de ser adoptada *in casu* teniendo en cuenta materialmente el único criterio del interés superior del menor, y jurídicamente las posibles limitaciones impuestas por los respectivos Derechos internos en materia de intercambio de información¹⁰³¹.

El carácter facultativo de los preceptos dedicados a la cooperación internacional entre autoridades judiciales se justifica en el deseo de los redactores del Convenio de evitar toda burocratización superflua que tendría por efecto alargar, entorpecer los

¹⁰³⁰ *Vid.*, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 344.

¹⁰³¹ La letra del Convenio no prevé la facultad de la Autoridad del Estado requerido para no realizar la actividad de cooperación solicitada (*ad. ex.*, suministrar información sobre un menor concreto *ex art. 34*), aunque su informe sí lo aclara expresamente, fundándose en el poder de apreciación que debe poseer la autoridad requerida, así como en las posibles limitaciones que según su Derecho interno tuviera que respetar la citada autoridad (*ad. ex.*, la transmisión de información podría ir en contra de las reglas sobre el secreto profesional). Coherente con esta opción, la Conferencia rechazó una proposición que defendía la obligación de la autoridad del Estado requerido de motivar por escrito su decisión de rechazo (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 44).

procedimientos a veces de manera innecesaria, e imponer a las autoridades de cada Estado una labor suplementaria que no estarían dispuestos a asumir, convirtiéndose en última instancia la obligatoriedad de estas disposiciones en un serio obstáculo a la ratificación por los Estados del nuevo Convenio¹⁰³².

Aun reconociendo las ventajas de esta opción en aras a la entrada en vigor del Convenio, obtener el mayor número de ratificaciones posibles, su mejor funcionamiento y, en definitiva, extender su protección al mayor número de menores, no puede desconocerse que el carácter facultativo de estos preceptos roza el peligro de quedar sólo reducido a un catálogo de buenas intenciones, como todo lo no sancionable en el ámbito jurídico, y que el sistema no se ejecute en la práctica. Una vía para superar estos riesgos, aparte de confiar en el buen hacer de las autoridades nacionales, que afortunadamente parecen ir abandonando viejas posiciones nacionalistas avanzando en la idea de confianza mutua y de colaboración para lograr la satisfacción del interés superior del menor en el actual contexto internacional, sería utilizar el expediente de los posibles Acuerdos especiales entre Estados parte, previsto *ex art. 39*¹⁰³³, haciendo obligatorios entre ellos ciertos de los procedimientos de CIA incorporados en el Capítulo V que, como se verá a continuación, resultan fundamentales para la finalidad que persiguen (*ad. ex.*, art. 35. 3 con relación a la protección del derecho de visita)¹⁰³⁴.

En segundo lugar, el modelo de cooperación judicial pasa de un sistema horizontal a un sistema vertical o articulado por AACC. Tanto los Convenios de La Haya de 1902 como de 1961 seguían apostando básicamente por un rudimentario sistema de cooperación directa entre autoridades competentes, sin esquema organizativo alguno capaz de articularlo eficazmente en la práctica, y sin excluir la vía diplomática¹⁰³⁵. Si la técnica de la cooperación directa entre autoridades, como se ha

¹⁰³² *Vid.*, P. Lagarde, «La nouvelle convention...», *cit.*, pp. 235-236.

¹⁰³³ *Vid.*, *supra*, Cap. I, III. 7.

¹⁰³⁴ Esta vía vuelve a confirmar el carácter marco de estos Convenios de CIA, y que no inexcusablemente deben ser desarrollados unilateralmente por cada Estado.

¹⁰³⁵ Aunque el Convenio de 1961 con objeto de facilitar y acelerar la cooperación, prevé en su art. 11. 2 que cada Estado parte designará las autoridades que podrán dar y recibir directamente las informaciones previstas en el párrafo precedente, notificando dicha designación al Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos (España designó a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, actualmente, funciones que corresponden a la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación

comprobado con anterioridad, se había revelado inapropiada en los Convenios de CIA clásicos en el ámbito del proceso, la experiencia del Convenio de 1961 en materia de protección de menores ha puesto de relieve patentemente su ineficacia *per se* en un ámbito material en el que la cooperación internacional presenta una complejidad mucho mayor que en el ámbito procesal, tanto por la diversidad de autoridades nacionales llamadas a intervenir en un caso concreto como, fundamentalmente, porque la intervención de dichas autoridades desempeña en estos casos una función tuitiva respecto a los intereses del menor, que no concurre en el ámbito de la cooperación procesal.

El Convenio de La Haya de 1996, aprendiendo esta experiencia que puso de relieve la necesidad de prever unos cauces organizativos adecuados y ágiles que facilitaran una cooperación real entre las autoridades competentes, y teniendo en cuenta los óptimos resultados que la institución de la Autoridad central había alcanzado en los Convenios de cooperación que afectaban a parcelas concretas de la protección del menor (fundamentalmente, Convenios de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y de 1993 sobre adopción internacional), opta por primera vez en este ámbito material general por introducir unas normas materiales en las que incorpora otras autoridades, distintas a las autoridades judiciales, encargadas de vehicular la cooperación prevista en el texto¹⁰³⁶. Entre estas otras autoridades destaca por excelencia la figura de la Autoridad central instituida en cada Estado parte del Convenio, erigida en estructura fundamental del sistema de cooperación convencional, regulado básicamente (aunque no de manera exclusiva) en el Capítulo V del nuevo instrumento.

Jurídica Internacional, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional), la concepción de la cooperación continúa siendo básicamente directa (*vid.* W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 237). De este sistema, no obstante, la doctrina ha destacado que por primera vez las autoridades de los Estados contratantes empiezan a perder su «anonimato o su confidencialidad» (*vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 133), y el cambio que implica el hecho que ya no deba procederse a un intercambio de notas para la designación de la autoridad competente, sino que basta con la comunicación de quién sea esa autoridad al depositario del Convenio, para que ésta lo sea con relación a todos los Estados contratantes (*vid.*, A. Borrás Rodríguez, «El papel de la Autoridad Central: Los Convenios de La Haya y España», *REDI*, vol. XLV, 1993, 1, pp. 63-79, esp., p. 70).

¹⁰³⁶ *Vid.*, la diferencia entre normas materiales de incorporación de autoridades y normas materiales sobre colaboración de autoridades, *infra*, Cap. IV, III. 1. B) d).

El Capítulo V del Convenio de La Haya de 1996 se encuentra destinado íntegramente a reglamentar los aspectos de CIA en el nuevo texto y, a pesar de la importancia de su contenido, vuelve a confirmar la idea que la CIA continúa siendo un terreno del DIPr. poco aprehendido tanto por la doctrina como por los propios redactores de los Convenios, puesto que su articulado, en conjunto, se revela bastante confuso y asistemático¹⁰³⁷. *A priori*, básicamente, pueden distinguirse dos conjuntos de disposiciones en este conjunto de normas: de un lado, aquéllas que regulan las competencias de las AACC en el marco convencional y, de otro, aquéllas dirigidas a regular la cooperación ente autoridades competentes¹⁰³⁸. Sin embargo, estos dos grupos de disposiciones no pueden contemplarse como bloques aislados, sino interrelacionados, ya que precisamente el cambio realizado en este nuevo Convenio respecto a la forma de articular la cooperación judicial con relación a sus predecesores, radica en la transacción de un sistema de CIA básicamente directo a un sistema articulado a través de la vía de las AACC y/o asistido por éstas.

La cuestión, por tanto, que ahora se plantea consiste en determinar en qué medida la intervención de las AACC en el marco de este nuevo Convenio general incide en el protagonismo que, hasta entonces, la autoridad judicial ha ostentado en la ejecución de los procedimientos de cooperación entre autoridades competentes (cuestión a las que se volverá al final de este capítulo¹⁰³⁹).

B) Convenios híbridos

a) Principio de necesaria intervención como juez del *exequátur*

La intervención de la autoridad judicial en los Convenios que se han denominado Convenios híbridos plantea unos perfiles distintos a la intervención que realiza en los Convenios de conflicto de autoridades, perdiendo además, como se verá a continuación, una pequeña parcela de su protagonismo a favor de las AACC, aunque no con la intensidad que se constata en algunos de los Convenios de CIA predominante. Una vez más, en este aspecto, se verifica como los Convenios híbridos

¹⁰³⁷ *Vid.*, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, p. 101.

¹⁰³⁸ *Vid.*, esta clasificación, P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, pp. 738-741.

¹⁰³⁹ *Vid.*, *infra*, Cap. II, III. 5. B) c).

se encuentran a medio camino entre los Convenios de conflicto de autoridades (o Convenios de cooperación judicial si se examinan exclusivamente desde la perspectiva de la CIA) y los Convenios de CIA predominante, aunque más cercanos a los segundos que a los primeros.

Entre estos Convenios, como ya se ha apuntado, se incluyen básicamente el Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia, el Convenio de Roma de 1990 sobre simplificación de los procedimientos relativos al cobro de los créditos alimentarios y, de manera parcial, es decir, sólo en cuanto que el objeto de la acción planteada en su ámbito se limite al reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas al derecho de custodia o al derecho de visita, el Convenio hispano-marroquí específico de 30 de mayo de 1997.

El principal objetivo o fin perseguido por todos estos Convenios, como se ha destacado, consiste en facilitar y obtener el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en el Estado de origen con relación al derecho de custodia, al derecho de visita, o respecto a una pensión de alimentos (si se trata del Convenio de Roma), en el Estado requerido. Por tanto, siendo el reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera la finalidad convencional directa (aunque en el Convenio de Luxemburgo el objetivo directo, como se ha visto, puede ser más específico tratándose *in casu* de obtener la devolución inmediata del menor *ex art. 8*), la autoridad judicial del Estado requerido está llamada tendencialmente a intervenir en el marco de estos Convenios en cuanto juez del *exequátur*, y la intervención judicial se eleva como elemento central de la efectividad del Convenio. Deben retenerse las ideas de que en estos Convenios, como Convenios de *exequátur*, la intervención de la autoridad judicial o autoridad competente *stricto sensu* del Estado requerido se convierte en requisito indispensable para que el Convenio pueda cumplir sus objetivos convencionales (otra cuestión distinta es que la acción de reconocimiento y ejecución prospere conforme a las pretensiones del solicitante), y que la autoridad competente *stricto sensu* actúa e interviene inexcusablemente como juez del *exequátur*, puesto que

en los Convenios de CIA predominante, su intervención puede responder a otra función distinta¹⁰⁴⁰.

b) Problemas de determinación en el Derecho español

La determinación en nuestro Ordenamiento jurídico de la autoridad competente *stricto sensu* en la aplicación de estos Convenios híbridos difiere del Convenio en cuestión del que se trate. Respecto al Convenio de Luxemburgo de 1980, aunque pueda parecer incomprensible, dicha determinación parece actualmente no estar todavía demasiado clara entre nuestra jurisprudencia y doctrina. Frente a ciertos autores que han defendido decididamente la competencia del TS para la aplicación del citado Convenio, en tanto que, como se viene reiterando, la auténtica naturaleza del mismo es ser un Convenio de *exequátur*¹⁰⁴¹, la jurisprudencia del TS ha interpretado tradicionalmente y de manera errónea, que se trata de un Convenio de «auxilio judicial internacional» o de «colaboración judicial», y no de un Convenio de *exequátur* y, consecuentemente, avalado por la doctrina, ha consolidado la práctica de declararse incompetente, entendiendo que dicha competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia donde se encuentre el menor¹⁰⁴². Tras la entrada en vigor del

¹⁰⁴⁰ Excepcionalmente, el art. 11.3 del Convenio de Luxemburgo de 1980 permite a la Autoridad judicial intervenir como autoridad competente, y no como juez del *exequátur*, para resolver sobre el derecho de visita, a instancia de su Autoridad central (quien intervendrá a instancia de parte) en dos supuestos: que no se haya adoptado resolución alguna o que el reconocimiento o la ejecución de la resolución sobre custodia haya sido denegado. Se trata, naturalmente, de un supuesto muy excepcional en el funcionamiento del Convenio, justificado por el deseo del texto de consolidar el derecho de visita como medida preventiva de secuestros, aunque debe tenerse presente que la finalidad de este precepto está dirigida básicamente para los supuestos en que se haya denegado el reconocimiento y, con lo cual, el mecanismo ordinario ya se habría llevado a cabo interviniendo la autoridad judicial como juez del *exequátur* (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 226).

¹⁰⁴¹ *Vid.*, esta postura, A. L. Calvo-Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional de menores...», *cit.*, pp. 525-526; J. Carrascosa González, «Secuestro internacional de menores», en A. L. Calvo Caravaca y otros, *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, pp. 163-167.

¹⁰⁴² *Vid.*, declarando su incompetencia, ATS de 27 de junio de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 250-251); ATS de 20 de julio de 1989 (*REDI* 1991, vol. XLIII, p. 206); ATS de 20 de noviembre de 1989 (*REDI* 1991, vol. XLIII, pp. 207-208); ATS de 26 de enero de 1990 (*REDI*, 1992, vol. XLIV, pp. 197-198). La práctica que como consecuencia de esta doctrina se asienta en nuestro país resulta, además de incorrecta, contraria a los objetivos del Convenio, puesto que la solicitud de *exequátur* se presenta ante los Juzgados de Primera Instancia, siendo recurrida la resolución ante la Audiencia Provincial, dilatándose así injustificadamente los procedimientos. Puede verse, en ese sentido, entre otras, SAP de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 19 de marzo de 1990 (*REDI* 1991, vol. XLIII, pp. 505-510); Auto AP de Oviedo de 18 de febrero de 1992 (*REDI* 1994, vol. XLVI, pp. 316-320); Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 24 de enero de 1994 (*REDI* 1994, vol. XLVI, pp. 308-314).

procedimiento específico previsto en los arts. 1901 y 1909 de la LEC de 1881 para los supuestos de sustracción internacional de menores, no existe unanimidad doctrinal acerca de la incidencia de este procedimiento sobre el Convenio de Luxemburgo, y frente a autores que defienden la aplicación del mismo al Convenio¹⁰⁴³, correspondiendo consecuentemente la competencia a los Jueces de Primera Instancia en cuya demarcación territorial se encuentre el menor¹⁰⁴⁴, se encuentran aquéllos que continúan reivindicando la competencia del TS¹⁰⁴⁵.

Realmente, a mi juicio, la naturaleza de Convenio de *exequátur* es indiscutible¹⁰⁴⁶, y en consecuencia, a falta de disposición específica, la competencia para conocer de las demandas suscitadas con base en este Convenio corresponderá, hoy por hoy, al TS. Sin embargo, no cabe duda que en los supuestos contemplados en el art. 8 del texto, donde existe una orden de restitución inmediata del menor, el procedimiento previsto en la LEC, como se verá en el capítulo siguiente, se adapta perfectamente al objeto de la demanda y, por tanto, en estos casos resultaría más congruente con la finalidad de la acción convencional, prevista en el citado precepto, aplicar dicho procedimiento del que conocen los Juzgados de Primera Instancia. El problema de fondo, en realidad, radica una vez más en nuestra criticable política legislativa con relación a estos Convenios marcos, y en la ausencia de las necesarias disposiciones internas que desarrollen de manera clara y específica cada uno de ellos. De *lege ferenda*, sólo cabe demandar una aclaración legislativa en la futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil sobre este aspecto, que dilucide definitivamente quién es la autoridad judicial en nuestro Ordenamiento jurídico para aplicar este Convenio, y conforme a que procedimiento.

La determinación de la autoridad competente *stricto sensu* en el marco del Convenio hispano-marroquí específico de 30 de mayo de 1997, en el sentido de

¹⁰⁴³ *Vid., ad. ex.*, con distintos matices, P. P. Miralles Sangro, «La obligación alimenticia. Especial referencia a la protección del menor» en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, p. 228; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado, cit.*, p. 439.

¹⁰⁴⁴ Conforme al art. 1902 LEC de 1881: «Será competente el Juez de Primera Instancia en cuya demarcación territorial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícita».

¹⁰⁴⁵ *Vid.*, J. Carrascosa González, «Secuestro internacional de menores», en A. L. Calvo Caravaca y otros, *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, pp. 163-167; J. A. Pérez Beviá, «La protección del menor...», *cit.*, p. 70.

¹⁰⁴⁶ *Vid.*, especialmente, Cap. III, III. 4. B) b).

Convenio híbrido que en este momento se analiza, es decir, como juez del *exequátur*, no da lugar en este caso a distintas interpretaciones, puesto que a falta de norma de competencia interna expresa en el citado Convenio bilateral específico, resulta de aplicación el art. 25 del Convenio bilateral general, concluido entre ambos países, relativo a la cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa de 30 de mayo de 1997, que atribuye específicamente la competencia a los Tribunales de Primera Instancia de cada uno de ambos Estados¹⁰⁴⁷.

Finalmente, respecto al Convenio de Roma de 1990 sobre simplificación de los procedimientos relativos al cobro de los créditos alimentarios, la determinación (en el caso de que llegara a entrar en vigor dicho instrumento convertido en Reglamento comunitario) de la autoridad judicial competente que intervendría como juez del *exequátur* en nuestro Ordenamiento jurídico, tampoco suscita duda alguna. En la mayoría de las ocasiones la solicitud de *exequátur* se formularía con base en el Reglamento (CE) 44/2001 y, por tanto, conforme a sus reglas, resultaría competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al domicilio del demandado, y sólo si el deudor no se encontrara domiciliado en España resultaría competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al lugar de ejecución. En el supuesto que el demandado tuviera bienes en varios lugares, la Autoridad central podría elegir el juez competente de entre los que correspondan (art. 39 y Anexo II).

Una vez asentada la idea de la necesaria intervención de las autoridades competentes *stricto sensu* como juez del *exequátur* en el marco de estos Convenios de CIA como requisito o escalón indispensable del *iter* convencional para que los citados Convenios puedan alcanzar sus respectivos objetivos convencionales (necesaria intervención que en este sentido les acerca a los Convenios de conflicto de autoridades, aunque debiendo matizarse que en este caso se estaría observando la intervención de la autoridad judicial en estos últimos Convenios exclusivamente como juez del *exequátur* y no como estructura de cooperación *in genere* tal como se ha analizado en

¹⁰⁴⁷ En este caso, el TS sí ha iniciado correctamente su jurisprudencia, declarándose incompetente para conocer de las solicitudes de *exequátur* formuladas al amparo del Convenio general (*vid., ad. ex.*, ATS de 13 de octubre de 1998; ATS de 24 de noviembre de 1998; ATS de 16 de marzo de 1999, *REDI*, 1999, vol. LI, pp. 714-715, 718-719, 722-723, respectivamente).

el epígrafe anterior), no debe olvidarse que estos Convenios híbridos, aunque por naturaleza sean Convenios de *exequátur*, se distinguen *versus* los Convenios clásicos de *exequátur* por la técnica empleada para su consecución, esto es, por el establecimiento de AACC como órganos de enlace entre los Estados implicados que facilitan la pretensión del demandante¹⁰⁴⁸. Esta peculiaridad los separa de los expedientes clásicos de *exequátur*, los acerca a los Convenios de CIA predominantes e incide, como tendrá ocasión de analizarse, en el alcance y forma de intervención de la autoridad competente *stricto sensu* en su marco¹⁰⁴⁹.

C) Convenios de CIA predominante

a) ¿Tendencia a la desjudicialización?

Se ha verificado que de distinta forma, *a priori*, la intervención de las autoridades judiciales continúa revelándose como pieza imperativa para el adecuado funcionamiento tanto de los Convenios de conflicto de autoridades como de los Convenios híbridos, con independencia de la posible incidencia que la intervención de las AACC pueda implicar en su funcionamiento general.

Frente a esta necesaria intervención y, en cierto sentido, protagonismo de la autoridad judicial en estas dos categorías de Convenios de CIA, en los Convenios que se han denominado Convenios de CIA predominante, en el sentido que abandonan, con distinto alcance, las técnicas clásicas del DIPr. a favor de estructuras de CIA, *a priori*, se advierte que las AACC van asumiendo progresivamente ciertas funciones y competencias de mayor responsabilidad jurídica, en detrimento de la importancia concedida a la intervención judicial. Esta tendencia a la creciente atribución de competencias a favor de las AACC, autoridades que, como se comprobará *infra*, poseen una marcada naturaleza administrativa¹⁰⁵⁰, hace cuestionarse inevitablemente si se está en presencia de un proceso de «desjudicialización» en el marco de la reglamentación de la protección de menores desde el prisma del DIPr., entendiendo por «desjudicialización» una cierta subordinación cuando no un desplazamiento de la

¹⁰⁴⁸ *Vid.*, R. Galbiati, V Labrando y L. Rovelli, «La Convenzione Europea...», *cit.*, pp. 383-385; N. Watte, «Les nouvelles conventions...», *cit.*, p. 11; R. L. Jones, «Council of Europe...», *cit.*, pp. 470-471.

¹⁰⁴⁹ *Vid.*, *infra*, Cap. II, III. 5. C).

¹⁰⁵⁰ *Vid.*, Cap. II, III. 3 B).

autoridad judicial por la autoridad administrativa, o cuando menos, un marcado protagonismo de la segunda frente a la primera¹⁰⁵¹.

A pesar del incremento general del protagonismo que ha adquirido la Autoridad central en estos Convenios de CIA *versus* los Convenios anteriormente analizados, como se verá más detenidamente en el análisis de la estructura de la Autoridad central *in genere*¹⁰⁵², esta tendencia a la desjudicialización no puede observarse con igual intensidad en todos los Convenios exclusivos de CIA, puesto que en algunos de ellos cabe apreciar la relevancia que posee la intervención de la estructura de la autoridad competente *stricto sensu* en el funcionamiento convencional, *versus* la autoridad de carácter administrativo, acercándose en este sentido al grupo de los Convenios híbridos.

b) Convenios de intervención judicial relevante

Entre estos Convenios de CIA, en los que la autoridad competente *stricto sensu* continúa apareciendo como estructura clave para su adecuado funcionamiento, se incluirían básicamente el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores; el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero; y el Convenio hispano-marroquí de 1997, en tanto las acciones planteadas en su marco se refieran bien a la acción de devolución inmediata del menor en supuestos de desplazamiento ilícito (Cap. II), o bien a la acción relativa a la organización o la protección del derecho de visita (Cap. IV). En estos Convenios, como se comprobará más adelante, las AACC realmente resultan atribuidas de un gran número de importantes responsabilidades jurídicas, y el buen funcionamiento convencional va a depender en última instancia que dichas autoridades cumplan

¹⁰⁵¹ *Vid.*, esta concepción de la «desjudicialización», M. Guzmán Zapater, «La adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho internacional privado clásico», en A. L. Calvo Caravaca y A. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Mundialización y Familia*, *cit.*, pp. 83-120, esp., p. 87.

¹⁰⁵² Basta en este momento para hacerse una idea de ello, destacar algunas expresiones utilizadas por nuestra doctrina para referirse a la Autoridad central en el marco de estos Convenios. Así, *ad ex.*, G. A. L. Droz se refería a la «Autoridad central en la edad adulta» para destacar el cambio en la institución desde los Convenios de CIA en el ámbito procesal al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción (*vid.*, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 137); o más retóricamente, H. Muir Watt, la designaba como «Hércules» en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional (*vid.*, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 49).

adecuadamente y con diligencia las obligaciones que les son asignadas. Sin embargo, como señaló hace algunos años H. Muir Watt con relación al papel de la Autoridad central en el Convenio de La Haya de 1980, y tendrá ocasión de verificarse a continuación, todavía en estos Convenios, se observa que básicamente la intervención de la Autoridad central continúa respondiendo a una función auxiliar respecto a la intervención de la autoridad judicial¹⁰⁵³. Esta intervención le acerca más bien al papel que tiene atribuido esta figura en los Convenios híbridos, que a la función decisoria y trascendental que llegan a poseer en la aplicación del Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional.

Efectivamente, al igual que en los Convenios híbridos, en todos estos Convenios de CIA se observa que la intervención o fase judicial continúa erigiéndose como una pieza básica y fundamental del funcionamiento convencional, aunque a diferencia de aquéllos, el órgano jurisdiccional no está llamado a intervenir inexcusablemente como juez del *exequátur*. Aunque como se vio anteriormente, en algunas ocasiones puede sostenerse respecto de algunos de Convenios de CIA que en cierto modo se dirigen también a asegurar la eficacia extraterritorial de las decisiones obtenidas en el Estado de origen, estos Convenios de CIA no son al igual que los Convenios híbridos Convenios de *exequátur*, sino Convenios *suis generis* en los que la intervención de la autoridad judicial está llamada a desempeñar otras funciones distintas, específicamente orientadas a la realización de los objetivos convencionales, y en los que las AACC (u otras Autoridades homólogas) pueden poseer, en determinados ámbitos convencionales, un cierto margen de apreciación respecto a la concreta actuación judicial que constituya la pieza básica del Convenio *in casu*.

En el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, una pieza trascendental de su funcionamiento, como se verá detenidamente en el capítulo siguiente, es el procedimiento de retorno inmediato del menor ante la autoridad judicial o administrativa competente en el Estado donde se encuentre el menor, así como la correcta actuación de la autoridad competente *in casu* durante la tramitación del proceso (fundamentalmente *ex art. 16* respecto a la prohibición de entrar a conocer sobre el fondo del asunto). Se aprecia, por tanto, la relevancia de la intervención

¹⁰⁵³ *Vid., id., «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», cit., p. 50.*

judicial en el marco de este Convenio de CIA, no ya como juez del *exequátur*, sino como autoridad judicial o administrativa competente para conocer de la acción de retorno en los términos *suis generis* diseñados por el Convenio (y, en menor y distinta medida, para conocer de la acción relativa a la organización o ejercicio del derecho de visita).

La determinación de las concretas autoridades judiciales o administrativas competentes en cada Estado parte para conocer de los procedimientos de retorno y de los relativos al derecho de visita corresponde, como se ha visto, a cada uno de los Estados partes conforme a su Ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, en este concreto marco convencional debe resaltarse una importante divergencia en cuanto a la determinación y organización de las citadas autoridades entre aquellos Estados parte que prefieren la concentración de todos los procedimientos ante un solo tribunal y aquellos otros en los que no existe ninguna clase de concentración. En el primer grupo se encuentran países como Finlandia e Irlanda, que optan en sus respectivas legislaciones internas de desarrollo por concentrar el conjunto de procedimientos iniciados con base en el Convenio en un solo tribunal, entendiéndose que dicha concentración permite asegurar un buen conocimiento por el juez de las disposiciones convencionales y acelerar los procedimientos, así como facilitar las publicaciones de las decisiones. *A sensu contrario*, otros Estados parte, como *ad ex.*, Alemania, Estados Unidos, Francia, Suecia, Suiza o el caso de España, continúan aplicando la desconcentración, defendiendo que ésta asegura la proximidad entre el menor y el tribunal competente para conocer del caso, y que la falta de comprensión por las autoridades judiciales del Convenio no es imputable a la desconcentración, sino a la escasa difusión de las normas convencionales. El debate entre ambas opciones por parte de los Derechos internos se encuentra servido, aunque debe apuntarse que la última Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio destaca las ventajas y la conveniencia de la concentración de la competencia jurisdiccional para tratar las demandas fundadas sobre el Convenio en un número limitado de tribunales, e insiste que en aquellos casos en que dicha concentración no sea posible es particularmente importante ofrecer a las autoridades judiciales implicadas en los procedimientos

convencionales una formación e instrucción apropiada¹⁰⁵⁴. Igualmente, en dicha Comisión se recomienda a los Estados parte, con independencia que opten o no por la concentración, designar una autoridad judicial u otra autoridad apropiada (en función de las particularidades del sistema judicial en cuestión) encargada de facilitar en el ámbito internacional la comunicación entre autoridades competentes *stricto sensu* y entre éstas y otras autoridades¹⁰⁵⁵.

En el Ordenamiento jurídico español, como se ha señalado con anterioridad, de *lege lata*, la competencia continúa descentralizada a favor de los Juzgados de Primera Instancia, aunque recordando algunos de los no tan lejanos pronunciamientos por parte de éstos en la aplicación del Convenio debido a la incorrecta comprensión de sus normas¹⁰⁵⁶, sería conveniente reflexionar de *lege ferenda* sobre la conveniencia de la especialización, concentrando dichos procedimientos *ad. ex.*, en los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas CCAA. Esta especialización seguramente conduciría, como ha sucedido en otros Estados que aplican la concentración, a dotar a los procedimientos de retorno de la celeridad necesaria que la situación a la que afecta exige imperiosamente, y el Convenio impone con carácter general (art. 11.1).

En el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, advirtiendo ya que es el único Convenio de CIA predominante en el que Autoridad central (en este caso, concretamente, la Institución intermediaria) puede poseer una cierta capacidad decisoria relevante sobre el curso del procedimiento judicial que *in casu* se lleve a cabo en el Estado requerido, la autoridad

¹⁰⁵⁴ *Vid.*, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 9.

¹⁰⁵⁵ La idea de propiciar la cooperación judicial internacional en este marco, designando en los diferentes Estados tribunales que actuarían como una especie de intermediarios, ha sido reiterada y desarrollada en diferentes seminarios de jueces celebrados con objeto de examinar el funcionamiento práctico de este Convenio (*ad. ex.*, Conclusión nº 1 del Seminario de Jueces «Ruwenberg I»; Conclusión nº 5 del Seminario de Jueces «Ruwenberg II», *vid.*, «Quatrième réunion de la Commission spéciale...», *cit.*, nota 23).

¹⁰⁵⁶ *Vid.*, *ad. ex.*, el dilatado asunto que culminó, como es sabido, con el recurso de casación ante el TS resuelto por STS (Sala de lo Civil) de 22 de junio de 1998 (*La Ley*, 1998, 5, nº 7542). Sobre el mismo, haciendo hincapié en la deficiente interpretación y aplicación de las normas convencionales por las instancias inferiores, *vid.*, entre otros, S. Álvarez González, «El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo», *La Ley*, 1998, 5, D-313, pp. 2207-2211; J. M. Espinar Vicente, «Comentario a la S 604/1998 de la Sala 1ª del TS. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980», *AC*, núm. 2, 1999, pp. 31-47; S. García Cano, «Observaciones a la STS, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 1998», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 940-943).

competente *stricto sensu* del Estado requerido vuelve a erigirse como una pieza esencial en el funcionamiento del citado Convenio.

En efecto, como se analizará en el capítulo siguiente, la Institución intermediaria del Estado requerido, *ex art. 6*, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante, se encuentra investida de una cierta capacidad de decisión en torno a elegir entre la vía procesal más idónea, entre las que le ofrece el texto, para obtener en su territorio el pago de alimentos a favor del demandante. Salvo en los supuestos en que se logre alcanzar una transacción, la intervención de la autoridad judicial en el Estado requerido será decisiva en la aplicación del Convenio, bien actuando como autoridad competente para conocer de la acción de alimentos iniciada *ex novo* por la Institución intermediaria, o bien como juez del *exequátur* de la resolución previamente obtenida por el solicitante.

En nuestro Ordenamiento jurídico, en los supuestos en que se proceda a incoar un procedimiento judicial *ex novo* sobre la reclamación de alimentos, la competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia¹⁰⁵⁷. Por el contrario, en las hipótesis en que se ejercite el *exequátur* (casos en los que la intervención judicial coincidiría con la forma de intervención en los Convenios híbridos), la concreción del juez del *exequátur* dependerá de la normativa invocada *in casu* por la Institución intermediaria española como fundamento de la tramitación del procedimiento de *exequátur*¹⁰⁵⁸, y salvo que se trate de alguna normativa de origen internacional que atribuya específicamente la competencia interna a los Juzgados de Primera Instancia, su conocimiento corresponde, por el momento, al TS.

Comprobado pues que estructuralmente la autoridad competente *stricto sensu* continúa revelándose como una pieza fundamental en la aplicación de estos

¹⁰⁵⁷ *Vid.*, art. 45 LEC 1/2000, y con independencia que la reclamación se tramite por vía del juicio verbal (art. 250.8), juicio especial sobre matrimonio y menores (art. 748. 4, Cap. I, Tít. I, Libro IV) o, incluso, juicio ordinario (acumulación de acciones de guarda y custodia y alimentos de menores con las derivadas de las relaciones interparentales). La competencia objetiva corresponde siempre a los Juzgados de Primera Instancia, aunque la competencia territorial pueda variar en función de la vía procesal por la que se tramite la reclamación (sobre la posibilidad de acumulación de acciones en juicio declarativo, *vid.*, J. Bayo Delgado, «Procesos matrimoniales y de menores», J. Alonso-Cuevillas Sayrol (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. IV, Economist&Jurist, 2000, Barcelona, pp. 25-71, esp., p. 27).

¹⁰⁵⁸ Puesto que el carácter de no exclusividad de este Convenio *ex art. 1.2* permite la aplicación concurrente en este caso de otra norma de carácter convencional, institucional o autónomo.

Convenios de CIA predominante, no por ello debe desconocerse, como se ha anunciado, la relevancia que adquieren en su funcionamiento las AACCC u otras autoridades homólogas. Sobre su intervención y alcance con relación a la intervención de la autoridad judicial se volverá, al igual que en el resto de los supuestos convencionales, al final de este capítulo.

c) Convenios de intervención judicial reducida

Entre todos los Convenios de CIA que se analizan en este trabajo, a mi juicio, como tendrá ocasión de verificarse más detenidamente, sólo en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional puede constatarse una tendencia estructural hacia la «desjudicialización», y una cierta pérdida del protagonismo de la autoridad judicial a favor de las AACCC¹⁰⁵⁹. Estas características estructurales pueden justificarse en el carácter intervenido y administrativizado que actualmente preside la reglamentación de la institución en la mayor parte de los Ordenamientos jurídicos, aunque desde la perspectiva del DIPr. conllevan, como se verá *infra*, importantes peculiaridades y desviaciones metodológicas en sede de derecho aplicable respecto al método conflictual clásico¹⁰⁶⁰, que confirman desde ambas perspectivas (estructural y conflictual) el carácter *suis generis* e encuadrable de este Convenio internacional *versus* todo el resto de Convenios de CIA en materia de protección de menores.

Desde un punto de vista estructural, en cuanto a la forma de intervención de la autoridad judicial en el marco de este Convenio, *a priori*, se observa como *in genere* su intervención queda bastante reducida (si se compara *ad. ex.*, con relación al Convenio de La Haya de 1965), y una sola idea parece quedar clara en cuanto a su intervención autónoma en este concreto marco convencional. Esta idea relativa a la intervención de la autoridad judicial en el marco del Convenio de la Haya de 1993 hace referencia a la competencia de la autoridad judicial en cuanto autoridad competente para constituir la adopción. En efecto, el Convenio no contiene, como se

¹⁰⁵⁹ Sobre este proceso de desjudicialización convencional puede verse en la doctrina española, fundamentalmente, M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, pp. 88-102; con relación a la perspectiva del Derecho aplicable, en la doctrina extranjera, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, pp. 49-62.

¹⁰⁶⁰ *Vid.*, Cap. IV, III. 3 C).

ha anunciado, reglas de competencia de autoridades clásicas, siéndole indiferente a *priori* el Estado donde se constituya la adopción (principio que, no obstante, como se verá *infra*, se encuentra matizado en las propias reglas convencionales)¹⁰⁶¹. El funcionamiento convencional no afecta en modo alguno a las reglas de competencia interna de los sistemas jurídicos de los Estados parte en cuanto a la naturaleza de la autoridad competente para la constitución o pronunciamiento del acto de adopción. De este modo, puede afirmarse que la normativa convencional respeta la competencia de los órganos jurisdiccionales en aquellos Ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, atribuyen dicha competencia a las autoridades judiciales sin interferencia de las autoridades administrativas en esta concreta fase de constitución de la adopción¹⁰⁶².

El Convenio, naturalmente, no designa la autoridad competente en cada Estado para constituir la adopción internacional, por lo que desde el punto de vista del Derecho español, siempre que nuestros órganos jurisdiccionales resulten internacionalmente competentes *ex art. 22. 3 LOPJ*, la autoridad judicial, y concretamente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante, continúa siendo la única autoridad competente para la constitución del acto de la adopción internacional en el marco del Convenio de La Haya de 1993¹⁰⁶³, sin que en ningún caso las AACC se encuentren investidas convencionalmente de competencia decisoria propia en dicho acto de constitución o pronunciamiento de la adopción internacional¹⁰⁶⁴ (otra cuestión distinta será analizar la posible incidencia que la actuación previa por parte de las AACC en fase de impulso y de instrucción del procedimiento convencional pueda tener en la fase de

¹⁰⁶¹ *Vid.*, Cap. IV, II. 3 C) b).

¹⁰⁶² Sobre la auténtica naturaleza jurisdiccional del acto de constitución de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico, concebido como acto constituyente que responde a unos presupuestos que no vinculan totalmente el criterio jurisdiccional, *vid., ad. ex.*, J. L. Lacruz Berdejo, *Derecho de familia*, 4ª ed., 1997, p. 559; M. Garriga Gorina, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, 2000, pp. 30-33. También debe recordarse que en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos de los Estados parte del Convenio, la adopción se constituye por autoridades de naturaleza judicial.

¹⁰⁶³ *Vid.*, art. 63. 16 LEC 1881, en vigor provisionalmente hasta la entrada en vigor de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (Disposición Derogatoria Única de la LEC 1/2000). Sobre la competencia de la autoridad consular en fase de constitución, *vid., infra*, Cap. II, IV, B) d).

¹⁰⁶⁴ *Vid.*, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 50.

constitución de la adopción *stricto sensu*, cuestión a la que se volverá más adelante)¹⁰⁶⁵.

III. Las Autoridades centrales

1. La evolución del papel de las AACC

A) Sus orígenes en los Convenios de procedimiento civil: modelo de intervención unilateral y de intermediación judicial

El nacimiento *stricto sensu* de la estructura de la Autoridad central, como se ha visto con anterioridad, tiene lugar en el seno de la Conferencia de La Haya con la elaboración del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, siendo posteriormente extrapolada al Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil¹⁰⁶⁶.

Dado que sobre el empleo de esta técnica, su alcance, y expansión *versus* las técnicas tradicionales de cooperación empleadas en el ámbito procesal ya se ha reflexionado supra, en este momento sólo se destacarán los índices esenciales que marcan la trayectoria experimentada por esta estructura desde su incorporación en los Convenios de cooperación procesal hasta su recepción en los Convenios de CIA en materia de protección de menores¹⁰⁶⁷.

De este modo, debe destacarse que el modelo de AACC instaurado en estos primeros Convenios de La Haya de 1965 y de 1970, se caracteriza básicamente por dos datos: estructuralmente intervienen siempre de manera unilateral y, funcionalmente, el alcance de su intervención queda reducido casi exclusivamente a realizar una tarea de intermediario entre los órganos jurisdiccionales del Estado requirente y los órganos jurisdiccionales del Estado requerido.

¹⁰⁶⁵ *Vid., infra*, Cap. II, III. 5. D).

¹⁰⁶⁶ *Vid., supra*, Cap. introd., I. 3. B) d) 5°).

¹⁰⁶⁷ Este análisis traerá a colación inevitablemente algunos aspectos examinados con anterioridad, aunque la comprensión de la evolución de esta estructura exige retomarlos sistemáticamente. Sobre la Autoridad central, en general, *vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, pp. 129-157; A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 139-144; en nuestra doctrina, limitado al ámbito de la Conferencia de La Haya, A. Borrás Rodríguez, ««El papel de la Autoridad central...», *cit.*, pp. 63-79.

Efectivamente, de un lado, las AACC que por mandato convencional son instauradas en cada Estado parte del Convenio, desempeñan en estos ámbitos convencionales una función exclusivamente receptora, esto es, en cada caso concreto de actuación de la vía convencional, la Autoridad central sólo interviene en cuanto Autoridad central del Estado requerido, teniendo asignada la función de recibir «directamente» del extranjero las peticiones de notificación, o respectivamente, las comisiones rogatorias, y darles el curso que corresponda en su Estado (art. 2 de ambos textos). Las AACC participan, como se vio, en un sistema de CIA de una sola dirección, en tanto que las autoridades requirentes continúan descentralizadas en el Estado requirente, y las solicitudes son transmitidas directamente a la Autoridad central del Estado requerido a petición de cualquiera de las autoridades que, según la ley de dicho Estado, tenga competencia para solicitar la notificación o, en su caso, la ejecución de la comisión rogatoria. Posteriormente, a esta misma autoridad debe ser retornada la respuesta por la respectiva Autoridad central requerida. La intervención de la estructura de la Autoridad central en estos marcos convencionales es, por tanto, siempre de carácter unilateral, puesto que sólo intervienen en cuanto Autoridad receptora, y no actúa a petición de su homónima en el Estado requirente¹⁰⁶⁸. Las consecuencias de este sistema de sola dirección y unilateral son patentes, puesto que raramente tenía lugar un diálogo o comunicación directa entre las AACC de ambos Estados implicados con relación a los aspectos de la situación privada internacional considerada *in casu*.

La función receptora que desempeñan las AACC en estos Convenios internacionales se traduce, por otro lado, desde la perspectiva del alcance de su intervención en el proceso de cooperación internacional, en un angosto ámbito de intervención, puesto que funcionalmente sus atribuciones quedan reducidas a actuar como autoridad intermediaria entre la autoridad judicial requirente y la autoridad judicial requerida¹⁰⁶⁹, desempeñando, todo más, una función de «filtro» en su Estado

¹⁰⁶⁸ *Vid.*, esta concepción de comunicación unilateral, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 139; G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 135.

¹⁰⁶⁹ De este modo, a diferencia de lo que sucede en la CIA en el ámbito de la protección de menores, la intervención de la Autoridad central no altera la naturaleza de la solicitud que recibe la autoridad judicial del Estado requerido, que continúa procediendo de sus homónimos extranjeros. El modelo de cooperación internacional instaurado no se desprende, por tanto, de los inconvenientes tradicionales de

respecto a las solicitudes provenientes del extranjero, que permite a los Estados, en última instancia, proteger sus intereses estatales vía Autoridad central¹⁰⁷⁰.

B) La etapa de transición: modelo de doble dirección y superador de la función intermediaria

En la trayectoria de las AACC se constata una etapa de transición que se induce de una serie de Convenios internacionales que, con distinto alcance, rompen con el modelo de AACC instaurado en los Convenios anteriormente analizados, pero sin llegar a la incorporación del modelo de AACC que predomina en el ámbito de la protección de menores. La mayoría de los Convenios que pueden englobarse en esta segunda etapa son posteriores en el tiempo a los Convenios *stricto sensu* de procedimiento civil. Se trata, principalmente, en el ámbito del proceso informativo sobre el Derecho extranjero, del Convenio del Consejo de Europa de 7 de junio de 1968 sobre la información del Derecho extranjero¹⁰⁷¹, y en un ámbito cercano al procesal, del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre el acceso internacional a la justicia¹⁰⁷². Excepcionalmente, también puede incluirse en esta etapa, el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, puesto que aunque cronológicamente sea anterior a los Convenios de procedimiento civil, participa en gran medida de las características que perfilan este modelo de AACC.

El modelo de AACC de esta etapa intermedia o de transición se caracteriza básicamente por dos rasgos: de un lado, continúa siendo, al igual que los Convenios sobre procedimiento civil, un modelo de intervención de AACC unilateral, en tanto que las AACC o equivalentes intervienen exclusivamente en cuanto autoridades receptoras. No obstante, en estos Convenios, a diferencia de aquéllos, participan en un

la concepción de la cooperación (*vid.*, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, nota 59).

¹⁰⁷⁰ Efectivamente, tanto en el Convenio de La Haya de 1965 como en el de 1970, las Autoridades centrales desempeñan una función de filtro, de manera que pueden realizar un proceso de preselección de las solicitudes procedentes del extranjero (*vid.*, arts., 4 y 5, respectivamente).

¹⁰⁷¹ Sobre la CIA en este ámbito, *vid.*, *supra*, Cap. introd., I. 3. B) e) 2º).

¹⁰⁷² Sobre el modelo de AACC en este marco, *vid.*, J. M de Dios, *La asistencia jurídica gratuita*, *cit.*, pp. 93-95.

sistema de CIA de doble dirección, puesto que también son instauradas en cada Estado parte unas concretas autoridades, distintas a las AACC o equivalentes, que desempeñan la función transmisora. En segundo lugar, las funciones asignadas a las AACC o autoridades equivalentes comienzan a superar ya en estos Convenios la exclusiva atribución de mediación entre autoridades judiciales del Estado requirente y autoridades judiciales del Estado requerido, que tienen asignadas en los Convenios de procedimiento civil.

Efectivamente, tanto en el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, como en el Convenio de La Haya de 1980 relativo a la asistencia jurídica gratuita, y en el ámbito de la información sobre el Derecho extranjero, en el Convenio de Londres de 1968, se instaura una estructura clave en cada Estado parte que principalmente tiene asignada en el respectivo marco convencional una función receptora respecto a las solicitudes que provienen del extranjero. En el marco del Convenio de las Naciones Unidas de 1956 esta estructura es la «Institución intermediaria» (art. 2.2), estructura que precisamente puede contemplarse como el antecedente inmediato de la figura de la Autoridad central instaurada en los Convenios sobre procedimiento civil¹⁰⁷³; en el Convenio de Londres de 1968 es el denominado «órgano de recepción» (art. 2.1); y en el Convenio de La Haya de 1980, continuando con la tradición terminológica instaurada en los Convenios de 1965 y de 1970 y que finalmente triunfaría, se denomina «Autoridad central» (art. 3), calificación que se estima más popular y pragmática que las anteriores. Estas tres autoridades tienen en común con la Autoridad central de los Convenios de procedimiento civil que desempeñan en sus respectivos marcos convencionales una función básicamente receptora, y nunca transmisora, es decir, tienen asignada la atribución de recibir en el Estado de recepción las solicitudes que provengan del Estado requirente y darles el curso que corresponda [arts. 4.1 y 6.1; art. 2. 1 a) y b); art. 3.1, respectivamente]. Sin embargo, la competencia para transmitir las solicitudes desde el Estado requirente al Estado requerido en estos Convenios no continúa descentralizada, como en el sistema anterior, a favor de una pluralidad de

¹⁰⁷³ La Institución intermediaria del Convenio de Nueva York influyó de manera decisiva en la Comisión especial que elaboró en febrero de 1964 el anteproyecto del Convenio de La Haya de 1965 sobre notificaciones (*vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle ...», *cit.*, p. 136).

autoridades judiciales, sino que es centralizada en una sola Autoridad designada específicamente en cada Estado parte, distinta *a priori* de las Autoridades centrales, y que puede ser de naturaleza administrativa. La función de estas autoridades radica básicamente en recibir en su Estado todas las solicitudes formuladas con base en el respectivo Convenio, y transmitir las directamente a la Autoridad central o equivalente del Estado requerido. En el marco del Convenio de Nueva York de 1956 esta función expedidora recae en la estructura de la «Autoridad remitente» (arts. 2.2, 3.1 y 4); en el Convenio de Londres es el «órgano de transmisión» (art. 2.2)¹⁰⁷⁴, y en el marco del Convenio de La Haya de 1980 es la figura de la «autoridad expedidora» (art. 4).

La intervención de la Autoridad central continúa siendo, por tanto, unilateral, puesto que ésta interviene siempre en cuanto autoridad requerida, y de comunicación unilateral, puesto que nunca interviene a instancia de la Autoridad central del Estado requirente. En definitiva, *a priori*, la comunicación entre AACC de los Estados implicados en un caso concreto, al igual que en los Convenios de procedimiento civil, tampoco se fomenta directamente con este modelo.

El sistema, a pesar de parecer más complejo que el modelo anterior¹⁰⁷⁵, a mi juicio, significa un paso decisivo en la trayectoria de las AACC desde dos perspectivas. De un lado, teóricamente, el espíritu y la configuración de este modelo de CIA fomenta la comunicación y diálogo *in casu* entre la Autoridad expedidora del Estado requirente y la Autoridad central o equivalente del Estado requerido. Este espíritu de cooperación, que será el antecedente inmediato al sistema de comunicación bilateral entre AACC, queda traducido en ocasiones en la letra de algunos de estos Convenios¹⁰⁷⁶, aunque en general se potencia al existir un esquema de transmisión directa de una sola Autoridad en el Estado requirente a una sola Autoridad en el Estado requerido; autoridades ambas determinadas, conocidas, y de naturaleza similar

¹⁰⁷⁴ La instauración de esta estructura en los Estados parte sólo fue obligatoria a partir del Protocolo Adicional a este Convenio de 15 de marzo de 1978 *ex art.* 4.

¹⁰⁷⁵ *Vid.*, esta apreciación, A. Borrás Rodríguez, «Cuatro elementos estructurales...», *cit.*, p. 20.

¹⁰⁷⁶ *Vid.*, *ad. ex.*, art. 4.4 del Convenio de Nueva York: «Las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias podrán comunicarse directamente con las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias de las demás Partes contratantes»; art. 6 *in fine* del Convenio de La Haya de 1980 para facilitar el acceso internacional a la justicia: «La autoridad expedidora responderá a las peticiones de información complementaria que provengan de la Autoridad central receptora del Estado al que se hace la solicitud».

(en la mayoría de los supuestos, ambas de carácter administrativo). De otro lado, y más importante, en la práctica, este sistema de CIA de doble dirección, aunque unilateral desde la perspectiva de la intervención de las AACC, ha sido transformado en la mayoría de los Estados parte de estos Convenios en un sistema de doble dirección y de comunicación bilateral, puesto que las funciones de las autoridades transmisoras han sido asignadas en muchos Estados a las Autoridades centrales o autoridades receptoras, con lo cual, de este modo, al igual que en los Convenios de CIA de la tercera generación, la Autoridad central ejerce en cada Estado contratante la doble función transmisora y receptora, simplificándose el sistema, y promoviéndose la cooperación directa en cada caso concreto de actuación de la vía convencional.¹⁰⁷⁷

En segundo lugar, en algunos de estos Convenios que pertenecen a lo que se ha denominado etapa de transición o etapa intermedia, se observa también que la intervención de las AACC va despegándose progresivamente, con distinto alcance e intensidad dependiendo del Convenio en cuestión, de la función exclusivamente mediadora entre autoridades judiciales de Estados implicados que desarrollaban en los Convenios de cooperación procesal *stricto sensu*, siéndoles asignada la defensa de los intereses particulares del solicitante. Esta toma de postura se justifica en la idea de la necesaria protección a quién se entiende con carácter generalizado como «parte débil»¹⁰⁷⁸, pero asimismo tiene como consecuencia que la actuación de estas autoridades como filtro de solicitudes, que también aquí ejercen, adquiera, como se verá más adelante, una relevancia distinta a la que posee en el marco del primer modelo de cooperación.

¹⁰⁷⁷ En realidad, la fusión de competencias en una sola autoridad estuvo presente en la negociación de los respectivos Convenios internacionales, aunque parece que dada la escasa experiencia que en estos momentos existía en el panorama internacional en materia de cooperación entre autoridades de naturaleza administrativa, se prefirió dejar dicha opción a los Estados parte. Así, en el Convenio de Nueva York de 1956 (*vid., ad. ex.*, sobre esta cuestión, E. Krispi-Nikoletopolou, «Le recouvrement des aliments à l'étranger...», *cit.*, p. 9). En la práctica, muchos Estados, como España, han designado la misma Autoridad, aunque también otros, dada la posibilidad de descentralización de la estructura de la Autoridad Remitente que no concurre en la Institución Intermediaria, continúan optando por el desdoblamiento (*ad. ex.*, Alemania, Austria, Croacia, Mónaco, Polonia). En el marco del Convenio de Londres la posibilidad de fusión se contempla en el propio texto (art. 2 *in fine*: «*La tarea encomendada al órgano de transmisión podrá ser confiada al órgano de recepción*»), y la mayor parte de los Estados parte han optado, al igual que España, por dicha opción. Finalmente, respecto al Convenio de La Haya de 1980, igual es la situación práctica, y la mayor parte de los Estados parte, como nuestro país, han transformado el sistema en bilateral.

¹⁰⁷⁸ *Vid.*, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, pp. 255-258.

Efectivamente, el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero es la experiencia convencional pionera y paradigmática en este sentido, puesto que puede decirse que, en líneas generales, la Institución intermediaria tiene asignada en este marco convencional una toma de postura favorable al acreedor de alimentos, «parte débil de la relación jurídica». Esta idea tutelar se manifiesta *ad ex.*, en la facilitación de la transmisión de la solicitud del Estado requirente al Estado requerido, en la asunción del papel de representante del interesado o en la obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias en su Estado para obtener el pago de alimentos. En definitiva, la Institución intermediaria se convierte en una especie de Abogado del solicitante en el Estado requerido, perdiendo, simultáneamente, su neutralidad en el procedimiento de cooperación. Esta forma de intervención de la Autoridad central (Institución intermediaria en este caso) se aleja frontalmente de la intervención que desarrolla en los Convenios de la primera etapa, y será luego la extrapolada, con carácter general, a los Convenios de la tercera generación.

La misma idea de defensa de intereses particulares, aunque con menor intensidad y en otro momento distinto del procedimiento, se verifica también en el marco del Convenio de La Haya de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia¹⁰⁷⁹. En este Convenio, la Autoridad expedidora (que, como se ha visto, coincide en la mayoría de los Estados parte con la Autoridad central) no actúa simplemente como autoridad transmisora e intermediaria de la solicitud que recibe del interesado, sino que tiene atribuida importantes funciones tutelares, fundamentalmente, en el momento de la presentación de la solicitud. Asiste al solicitante a fin que queden incluidos todos los documentos y la información que sea necesaria para formular válidamente la petición, le asiste en la traducción gratuita de la documentación (art. 6), instruye el expediente con carácter de urgencia (art. 12), y

¹⁰⁷⁹ Esta idea de atribuir a las AACC la defensa de determinados intereses particulares, iniciada por el Convenio de Nueva York de 1956, no concurre en el Convenio de Londres relativo a la información sobre el derecho extranjero, dado su específico objetivo. Sin embargo, como ha sido puesto de relieve con anterioridad, el esquema de cooperación de éste se separa del modelo imperante en los Convenios de procedimiento civil. El órgano de transmisión realiza sólo una función de mediación, y el órgano de recepción supera esta función, pero auxiliando directamente a la autoridad judicial del Estado requirente, y no a ninguna de las partes implicadas en el proceso que se desarrolla en el Estado de origen.

remite las demandas de información complementaria que pueda solicitar la autoridad requerida (art. 8)¹⁰⁸⁰.

C) Las AACC en los Convenios sobre protección de menores: modelo bilateral y tutelar

El modelo de las AACC alcanza una nueva etapa, quizás la más importante en su trayectoria, con los Convenios multilaterales relativos a la sustracción internacional de menores (concretamente, Convenio de Luxemburgo de 1980 y Convenio de La Haya de 1980)¹⁰⁸¹. En estos Convenios, por primera vez, se rompe con el modelo de intervención unilateral existente hasta el momento, y se instaura un sistema de intervención y de comunicación bilateral¹⁰⁸². Conforme a este nuevo modelo, las AACC designadas por cada Estado parte resultan atribuidas por la letra de los citados Convenios del ejercicio en su Estado de la doble función receptora y transmisora. La misma Autoridad central recibe, de un lado, las solicitudes que le son planteadas en su Estado de actuación de la vía convencional (solicitud de retorno o solicitud de reconocimiento de una resolución relativa al derecho de custodia), transmitiéndolas posteriormente a su homónima en el Estado requerido y, de otro lado, las solicitudes que provienen de su homónima en el extranjero, solicitando su colaboración en su respectivo territorio (bien sea con objeto de lograr el retorno del menor o con objeto de obtener el reconocimiento y ejecución de una determinada resolución).

El sistema de intervención bilateral de las AACC, que se traduce en cooperación bilateral, es trasladado a partir de este momento a todos los Convenios de CIA concluidos en el ámbito de la protección de menores, tanto a escala universal, con

¹⁰⁸⁰ Esta idea tuitiva justifica que este Convenio goce de algunos de los beneficios convencionales de carácter procedimental que caracterizan a los Convenios de CIA en el ámbito de la protección de menores, como son *ad. ex.*, supresión de la *cautio iudicatum solvi ex art. 14*, o dispensa de la legalización o formalidad análoga *ex art. 10*. Destacando, en general, la importancia de las funciones atribuidas a la Autoridad expedidora en este marco convencional, *vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 137; en particular, la labor de asistencia, J. M. de Dios, *La asistencia jurídica gratuita...*, *cit.*, pp. 94-95.

¹⁰⁸¹ *Vid.*, A. Borrás Rodríguez, «La Autoridad Central...», *cit.*, p. 70.

¹⁰⁸² Aunque generalmente se sitúa este cambio de modelo en el Convenio de La Haya de 25 de mayo de 1980 (*vid. ad. ex.*, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 139-140), sin embargo, su primera recepción se encuentra en el ámbito del Consejo de Europa, concretamente, en el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980.

algunos matices, (Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional y Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores), como regional (Convenio de Roma de 1990), y bilateral (Convenio hispano-marroquí específico de 1997).

El nuevo modelo propicia, *versus* el sistema unilateral, la colaboración directa de las AACCC de los Estados parte, en general, y las de los Estados implicados *in casu*, en particular, con objeto de resolver adecuadamente las cuestiones que susciten la situación privada internacional considerada¹⁰⁸³. El sistema aporta también respecto a los anteriores modelos una mayor simplificación del procedimiento de CIA, desde el punto de vista de las autoridades encargadas de ejecutarlo, puesto que éstas se encuentran identificadas y reunidas en una sola estructura en cada Estado parte, y proporciona una mayor seguridad jurídica desde la perspectiva de los particulares.

Aunque la importancia de la transición de modelo experimentada en la trayectoria de las AACCC sitúe su presupuesto en el paso de un modelo de intervención y comunicación unilateral hacia un sistema de carácter bilateral, sin embargo, la relevancia de este cambio de sistema se encuentra realmente, a mi juicio, en el desarrollo normativo de la cooperación directa que potencia este nuevo modelo. Es decir, en el conjunto de normas que se introducen en los respectivos Convenios internacionales (que cada vez ocupan mayor parte de los articulados), en las que a partir de la obligación general que se le impone a las AACCC de cooperar entre sí y promover la cooperación entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados para alcanzar los respectivos objetivos convencionales, se precisan y desarrollan todo un conjunto de obligaciones, que en determinados supuestos deberán ser llevadas a cabo directamente por la propia Autoridad central, y en otros se admitirá la intervención de otras autoridades públicas o, incluso, personas y organismos privados¹⁰⁸⁴.

Entre el conjunto de estas obligaciones o funciones se observan básicamente dos grupos. Un primer conjunto, básico o nuclear, que progresivamente y a lo largo de los

¹⁰⁸³ *Vid.*, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 139; implícitamente, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 137.

¹⁰⁸⁴ *Vid.*, *infra*, Cap. II, IV.

sucesivos Convenios que han instaurado la estructura de la Autoridad central se ha consolidado como funciones generales de las AACC. Se trata de ciertas atribuciones que poseen en común todas las AACC en todos los Convenios de CIA que pertenecen a este modelo, y que constituyen la pieza básica de su régimen jurídico. Un segundo grupo, en atención a los objetivos convencionales específicos perseguidos por cada texto, estaría conformado por las funciones particulares, que exclusivamente tienen atribuidas las AACC que son instauradas en cada Convenio para el efectivo cumplimiento de los respectivos objetivos convencionales¹⁰⁸⁵.

La segunda característica que define a este modelo de AACC, separándolo tajantemente del sistema previsto en los Convenios de procedimiento civil, se encuentra en el cambio ya iniciado, en general, en la etapa de transición y, en particular, en el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, y que hace referencia a la función tuitiva que desempeñan las AACC en el marco de estos Convenios internacionales. Esta característica, en definitiva, viene a enlazar con la propia justificación o fundamento de la CIA en uno y en otro ámbito material.

Efectivamente, como ha sido visto con anterioridad, de un lado, todos los Convenios de CIA concluidos en el ámbito de la protección de menores parten de un planteamiento marcadamente utilitarista en atención al delimitado objetivo o fin convencional que persiguen y, de otro, dichos predeterminados objetivos se enlazan directamente con el valor material del interés superior del menor. Este valor material *in genere* se concreta en cada uno de estos Convenios, como ha sido analizado, en la salvaguarda de unos determinados intereses, y las AACC devienen en cada Estado parte responsables principales y directos de la defensa y promoción de dichos intereses particulares. Si en el ámbito del procedimiento civil, la Autoridad central se

¹⁰⁸⁵ Dada la trascendencia de este conjunto o amalgama de obligaciones en la caracterización de la estructura de la Autoridad central, su análisis se llevará a cabo en el apartado correspondiente al régimen jurídico de las AACC en los Convenios de esta tercer generación, objeto de este trabajo (*vid., infra*, Cap. II, III. 4). En este momento interesa únicamente destacar la trascendencia del cambio de modelo unilateral hacia el bilateral, como presupuesto de la comunicación y cooperación directa entre AACC que se instaura en estos Convenios a partir de unas premisas convencionales, que son definidas en un primer momento en la propia norma convencional y en un segundo momento desarrolladas y completadas, en distinta medida, por los respectivos Derechos internos de los Estados parte de cada uno de ellos.

incorpora con objeto de agilizar la lentitud del sistema en aras a garantizar la tutela judicial efectiva, y realiza una función de intermediación y de filtro entre autoridades judiciales, en los Convenios relativos a la protección del menor, la Autoridad central se instaura con objeto de proteger unos determinados intereses particulares, que debe insistirse, se enlazan siempre con el valor material del interés superior del menor.¹⁰⁸⁶ Para la realización de dichos intereses va a ser necesario investir a la Autoridad central de una serie de obligaciones y funciones que exceden de la mera intermediación, y para su cumplimiento o ejecución ésta deberá poseer, además, una cierta capacidad de actuación que no concurre en los Convenios de la primera etapa.

Este idea de atribución de intereses particulares a la Autoridad central, que no concurre con la misma intensidad en todos los Convenios de CIA, justifica todo el régimen jurídico de las AACC en general, aunque se traduce particularmente en el ejercicio de una serie de funciones que, como se verá más adelante, resultan peculiares y eran desconocidas hasta el momento en el ámbito de la CIA, tales como la labor de mediación o, principalmente, de representación de los particulares en el Estado requerido.

Dado que la intervención de la Institución intermediaria en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 responde, como acaba de verse, a este mismo fundamento y caracterización tuitiva, a mi juicio, resulta conveniente incluir este Convenio entre los Convenios de la tercera generación, aunque en algunos Estados, como se ha comprobado, todavía continúe aplicándose el régimen convencional de manera unilateral. Es más, de *lege ferenda*, debe insistirse desde este momento en la conveniencia de fusionar las funciones de la Autoridades remitentes e Instituciones intermediarias en una misma Autoridad, siempre y cuando dicha acumulación sea permitida por la legislación interna de los Estados¹⁰⁸⁷. Sin embargo, no debe desconocerse que a pesar de incluirse en atención a su funcionamiento finalista en este grupo de Convenios, el hecho de no partir de una cooperación directa, como el resto

¹⁰⁸⁶ Un esbozo de estas diferentes justificaciones, tutela judicial efectiva y valor material de protección de la parte débil, puede verse en A. Borrás Rodríguez, «La Autoridad Central...», *cit.*, p. 79.

¹⁰⁸⁷ Esta misma conclusión fue adoptada en la Comisión especial de la Conferencia de la Haya de 1993 sobre la aplicación de los Convenios en materia de alimentos (*vid.*, A. Borrás, «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión especial sobre aplicación de los Convenios en materia de alimentos, 13-17 de noviembre de 1995», *cit.*, p. 501).

de los textos de esta tercera generación, origina una serie de importantes inconvenientes en su ejecución, como tendrá ocasión de ponerse de manifiesto.

Finalmente, antes de pasar al estudio del régimen jurídico de estas Autoridades, no debe olvidarse con relación a esta idea tutelar, que aunque la principal responsabilidad de esta función recaiga en la estructura de las AACC, en cuanto autoridades claves encargadas de canalizar los respectivos procedimientos de CIA, la intervención del resto de autoridades que participen en la aplicación del respectivo Convenio, cualquiera que sea su naturaleza (jurisdiccional, administrativa, o incluso de carácter privado), forma de intervención (a instancia de un particular, a instancia de una Autoridad central o por delegación de ésta), o momento de intervención, debe responder única y exclusivamente a la defensa de los intereses que el respectivo Convenio desee salvaguardar y, en definitiva, a la realización del valor material del interés superior del menor. Esta consideración resulta particularmente relevante en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, teniendo en cuenta la pluralidad de organismos públicos y privados susceptibles de participar en su aplicación. En este sentido, debe insistirse en que la intervención de todas y cada una de las autoridades que intervengan en un concreto proceso de adopción internacional debe estar guiada exclusivamente por la protección del interés superior del niño, a la que responde toda la filosofía del Convenio y, en particular, a la prevención y control del tráfico, y nunca su intervención deberá responder a la idea de facilitar la constitución de la adopción, en cuanto que resulta incompatible con la filosofía tutelar del Convenio.

2. Régimen jurídico

A) Interacción entre normativa convencional y normativa autónoma

Una de las características que separan y distinguen a los Convenios de CIA en materia de protección de menores *versus* los Convenios clásicos de DIPr. se refiere, como viene poniéndose de relieve a lo largo de la exposición, al carácter marco que poseen los primeros frente a la directa aplicación que caracteriza a los segundos y, por tanto, a la necesaria interacción entre normativa convencional y normativa autónoma

como requisito indispensable para el adecuado funcionamiento de estos Convenios y el logro de sus respectivos objetivos convencionales.

El necesario complemento o desarrollo interno que se proyecta, como se ha analizado con anterioridad, desde dos perspectivas básicas, organizativas y legislativas *stricto sensu*¹⁰⁸⁸, ya se ha comprobado anteriormente que resulta fundamental en el proceso de determinación de la autoridad competente *stricto sensu* en cada Estado parte encargada de la aplicación del respectivo Convenio, si bien la intervención de esta estructura queda determinada casi en su totalidad en la propia normativa convencional. Frente a esta escasa intervención de los derechos autónomos con relación a la reglamentación de la estructura de la autoridad judicial, puede sostenerse, a *sensu contrario*, que el núcleo duro del desarrollo organizativo y de actuación interna que requieren estos Convenios de CIA, recae principal y básicamente en el régimen jurídico que detenta la estructura de la Autoridad central.

Efectivamente, como ahora será comprado, el régimen jurídico que cada Autoridad central ostente, en cada Estado parte del respectivo Convenio del que se trate, viene determinado ineludiblemente por la conjunción o interacción de dos modalidades de normas: de un lado, y en primer lugar, por las pautas fijadas de manera uniforme, con distinto alcance en función del concreto Convenio y aspecto que se examine, en las respectivas normas convencionales; de otro, y en segundo lugar, por las normas internas de ejecución de aquéllas, vigentes en cada momento en cada Estado parte. Estas normas internas en la mayoría de las ocasiones tendrán que ser dictadas específicamente para el desarrollo de las pautas convencionales (con independencia del momento y del proceso de promulgación en función de una pluralidad de factores), aunque en ocasiones, en ausencia de éstas (bien porque no sea necesario o bien por negligencia del legislador estatal), se tratará de normas ya vigentes en el respectivo Ordenamiento jurídico, que pasarán a ser aplicadas tras un proceso de identificación y adaptación a las exigencias convencionales. Tanto en caso de normas *ex novo* y posteriores a la redacción convencional, como de normas ya existentes precedentes a la norma convencional, se tratará siempre de normas de carácter interno, distintas a las vigentes con relación a los mismos aspectos en el resto

¹⁰⁸⁸ *Vid.*, especialmente, *supra*, Cap. I, III. 2. B).

de los Estados, y que adecúan y desarrollan los criterios convencionales conforme a los principios jurídicos y organizativos existentes en cada sistema jurídico. En definitiva, estos Convenios permiten una adaptación interna de la norma convencional.

B) Necesidad de competencias y de recursos adecuados

La dotación a las AACC de las competencias y recursos necesarios para el efectivo cumplimiento de las funciones que por vía convencional le son atribuidas es un requisito indispensable, como se anunció anteriormente, para el adecuado funcionamiento de todos estos Convenios de CIA. Se trata de una exigencia convencional implícita, cuyo cumplimiento corresponde inexcusablemente a los Estados parte, y que hace referencia, básicamente, a los siguientes aspectos: a) Competencias jurídicas suficientes para cumplir con eficiencia las obligaciones convencionales que tienen asignadas (*ad. ex.*, incoar procedimientos judiciales; facilitar transacciones; representar a los particulares; etc.); b) Recursos humanos suficientes y aptos; es decir, las AACC han de estar formadas y auxiliadas por personal cualificado y en formación continua acorde con las específicas funciones que deben desempeñar; c) Recursos materiales entendidos en sentido amplio (inmuebles, medios técnicos, tecnológicos, etc.), como requisito indispensable para la ejecución de sus obligaciones¹⁰⁸⁹.

La primera cuestión que hace referencia a las competencias jurídicas de las AACC se trata en definitiva de un aspecto que no depende de la voluntad de los Estados partes, sino que debe ejecutarse *ad intra* en atención a las peculiaridades jurídicas y organizativas de los Derechos internos de cada uno de ellos. A *sensu contrario*, el resto de los aspectos (recursos humanos y materiales) se reduce a una cuestión exclusivamente económica, cuyo cumplimiento depende directamente, en la mayoría de los supuestos, de la voluntad de cada uno de los Estados implicados. La importancia del cumplimiento de esta obligación, a pesar de su naturaleza económica,

¹⁰⁸⁹ *Vid.*, especialmente, respecto al Convenio de La Haya de 1993, C. Saclier, «Rapport du groupe de travail...», *cit.*, p. 202.

no ha dejado de ser destacada tanto por la doctrina¹⁰⁹⁰, como por las distintas Comisiones especiales encargadas del seguimiento de los respectivos instrumentos convencionales¹⁰⁹¹.

Aunque, en definitiva, se trate de una cuestión presupuestaria que compete a cada uno de los Estados parte, el incumplimiento de esta obligación convencional por parte de un determinado Estado no sólo afecta a la correcta aplicación del Convenio en cuestión en dicho Estado, sino que como Convenios de CIA compromete, en general, el buen funcionamiento del Convenio en su conjunto en el resto de los Estados.¹⁰⁹² Este resultado se ha verificado concretamente respecto al Convenio de Nueva York de 1956, puesto que la razón que explica su insatisfactorio funcionamiento (en tanto que aunque en algunos Estados se aplica adecuadamente; en otros muchos resulta inoperante; en otros se aplica de manera unilateral, es decir, sólo respecto a las solicitudes que provienen del mismo; y en otros Estados conoce numerosos problemas de aplicación), radica en que gran número de sus Estados parte no han adoptado o dotado a las estructuras administrativas encargadas de aplicarlo los recursos suficientes para cumplir sus respectivas obligaciones convencionales¹⁰⁹³.

Debe advertirse que si en la mayoría de los Estados esta cuestión depende exclusivamente de la voluntad de los poderes públicos, existen otros que no disponen de la capacidad económica real para cumplir satisfactoriamente esta obligación (piénsese, *ad. ex.*, con relación al Convenio de La Haya de 1993 de adopción

¹⁰⁹⁰ *Vid., ad. ex.*, P. Jenard, «Les enlèvements internationaux d'enfants et l'administration», *cit.*, p. 59; P. Beaumont y P. McElevy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, *cit.*, p. 244; A. Borrás Rodríguez, «La Autoridad Central...», *cit.*, p. 78.

¹⁰⁹¹ *Vid., ad. ex.*, respecto al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, conclusiones III y IV; «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, conclusión 3; Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 4; con relación al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, «Rapport et Conclusions... 2000», *cit.*, párr. 13.

¹⁰⁹² Según A. Borrás Rodríguez («Conferencia de La Haya de DIPr: reunión de la Comisión especial sobre la aplicación de los Convenios en materia de alimentos...», *cit.*, p. 501), este incumplimiento podría conllevar una responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

¹⁰⁹³ *Vid.*, sobre esta cuestión, *amplius*, M. Pelichet, «Note sur le fonctionnement des Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires...», *cit.*, párrs. 103-107; W. Duncan, «Note sur l'opportunité de reviser les Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires...», *cit.*, párr. 44). Recientemente, poniendo al acento en la ausencia de competencias jurídicas adecuadas de las Instituciones intermediarias, y resaltando favorablemente la situación de Inglaterra como excepción, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 289.

internacional en la situación económica de muchos de los Estados de origen)¹⁰⁹⁴. En este sentido, de *lege ferenda*, debería reflexionarse sobre esta cuestión en el seno de las Comisiones especiales encargadas del seguimiento de los respectivos Convenios, e identificados los Estados que realmente no disponen de los recursos económicos reales para afrontar la correcta aplicación del Convenio, adoptar algún tipo de iniciativa financiera común en la que participen también diversas Organizaciones Intergubernamentales y ONGS dedicadas a la protección de la infancia.

Una vez asentadas estas dos ideas generales respecto al régimen jurídico de las AACC, la primera desde el punto de vista teórico, y la segunda como elemento clave desde el punto de vista práctico para su ejecución, a continuación, se pasará a analizar los aspectos particulares básicos que conforman este régimen jurídico, y que hacen referencia, básicamente, a las siguientes cuestiones: condición jurídica, forma de determinación (con especial referencia a su determinación en el Derecho español), obligaciones, y alcance de su intervención; aspectos todos ellos que dada su relevancia exigen un tratamiento autónomo.

3. Condición jurídica y forma de determinación

A) Importancia de la precisión de la condición jurídica

La determinación inicial del carácter o condición jurídica de las AACC en el marco de estos Convenios de CIA es una cuestión que se plantea de gran importancia en su aplicación y funcionamiento, puesto que dado el cambio cualitativo y cuantitativo que su intervención ha experimentado desde sus inicios en los Convenios sobre procedimiento civil hasta nuestros días, actualmente parece que se está en presencia de una figura cuyo perfil y atribuciones no encajan en ninguna de las

¹⁰⁹⁴ *Vid.*, éste y otros problemas de ejecución del Convenio de 1993 desde la perspectiva de los Estados de origen, W. Duncan, «Intercountry Adoption: Some Issues in Implementing and Supplementing the 1993 Hague Convention on Protection in Respect of Intercountry Adoption», en J. Doek et al. (Eds.), *Children on the Move*, cit., pp. 75-86. También respecto al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción se ha verificado que en algunos Estados el Convenio no funciona adecuadamente debido exclusivamente a razones de naturaleza económica (*vid.*, P. Beaumont y P. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, cit., p. 243).

categorías conocidas en el panorama jurídico tradicional¹⁰⁹⁵. La concreción de su condición jurídica resulta indispensable tanto desde el punto de vista de la aplicación interna de los textos, como desde la perspectiva del DIPr. convencional. En la fase de aplicación de estos Convenios *ad intra*, determinar la condición pública (administrativa/jurisdiccional) o privada de esta estructura deviene relevante, fundamentalmente, para conocer cuáles son sus criterios o parámetros de actuación (en particular, su carácter dependiente o independiente), la naturaleza de sus decisiones (administrativas, jurisdiccionales, políticas etc.), así como las posibles vías y mecanismos de control de unas y otras (fundamentalmente, desde el punto de vista de los particulares afectados por las mismas)¹⁰⁹⁶. Desde la perspectiva del DIPr., la naturaleza jurisdiccional o administrativa de las AACC adquiere relevancia, especialmente, como se verá más adelante, desde el punto de vista del método o técnica empleado en la determinación del derecho aplicable a aquellas situaciones privadas internacionales en donde predomina su intervención y, en el resto de los sectores, a la hora de apreciar la posible «desjudicialización» experimentada en los mismos.

La condición jurídica de las AACC no tiene porqué ser idéntica en cada uno de los Estados parte del respectivo Convenio internacional que las instaure, y tampoco dentro de un mismo Estado parte tiene porqué coincidir el carácter que ostente la Autoridad central de un determinado Convenio de CIA, respecto al pueda detentar en otro distinto de la misma naturaleza. En cualquier caso, determinar *a priori* la naturaleza jurídica de esta estructura en cada Estado sin conocer previamente su forma de determinación resulta algo difícil, cuando no imposible, puesto que, en primer lugar, la misma viene suministrada en función de su forma de determinación, y de ahí que resulte indispensable analizar la cuestión de la condición jurídica de las AACC en relación a su forma de determinación.

¹⁰⁹⁵ H. Muir Watt («La Convention de La Haye du 29 mai 1993...»), *cit.*, p. 49) plantea esta cuestión ante el cambio funcional experimentado por la Autoridad central en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.

¹⁰⁹⁶ *Vid.*, H. Bosse-Platière, «Enlèvement d'enfant et adoption internationale: la nécessité d'un contrôle juridictionnel des décisions des autorités centrales», *cit.*, pp. 414-421; S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, 4, pp. 641-680.

B) Condición jurídica en función de la forma de determinación

La forma de determinación que emplea cada Convenio internacional de la autoridad que ostente en cada Estado parte el papel de la Autoridad central se convierte, efectivamente, en el primer índice que suministra o puede suministrar cual es la naturaleza jurídica que en cada Estado parte tendrá la estructura de la Autoridad central.

a) Determinación convencional directa

Se constata un primer grupo de Convenios de CIA en los que el estatuto o naturaleza jurídica de las AACC que en los mismos se instaura viene suministrado directamente por la propia normativa convencional y, concretamente, por la forma de determinación o designación convencional que emplean estos textos. Se trata de aquellos supuestos convencionales en los que, de manera excepcional, la propia letra del Convenio precisa cuáles son las Autoridades encargadas en cada Estado parte de satisfacer las obligaciones atribuidas a las AACC en el respectivo Convenio internacional. Estos supuestos excepcionales de determinación convencional de la autoridad que en cada Estado parte asume las funciones de la Autoridad central se verifican únicamente en los Convenios internacionales de CIA de carácter bilateral en materia de protección de menores, donde el conocimiento respectivo por parte de ambos Estados contratantes de los principios jurídicos y, en este caso, concretamente, organizativos, de los respectivos Ordenamientos jurídicos, permite precisar en el momento de la redacción del Convenio en cuestión, cuáles serán las concretas autoridades que en cada Estado asumirán las obligaciones convencionalmente atribuidas a las AACC.

Desde el punto de vista de nuestro Ordenamiento jurídico, esta forma de designación convencional, que permite conocer *ab initio* la naturaleza jurídica que detentan dichas autoridades, se constata exclusivamente en el único Convenio bilateral de CIA que hasta el momento España ha concluido en la materia, esto es, en el Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y

devolución de menores. En este Convenio, *ex art. 3. 1* «*se designa a los Ministerios de Justicia de ambos Estados como las Autoridades centrales encargadas de satisfacer las obligaciones previstas por el presente Convenio*»¹⁰⁹⁷. Esta concreta designación de los Ministerios de Justicia de los respectivos Estados parte como AACC coincide precisamente con la designación realizada en otros Convenios bilaterales concluidos en la materia entre otros Estados.¹⁰⁹⁸

Se está en presencia, por tanto, de una determinación convencional directa y sin intervención de los Derechos internos de la estructura de las AACC, que es exclusiva de los Convenios bilaterales de CIA en la materia, dada la especialidad de esta forma de reglamentación convencional. Permite conocer sin consultar los respectivos Derechos internos de los Estados parte, la condición pública y claramente administrativa que ostenta la figura de la Autoridad central en su ámbito de actuación.

b) Determinación interna dentro de los límites convencionales

Entre el conjunto de estos Convenios de CIA, exclusivamente en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero se constata una peculiar segunda forma de determinación de las AACC (en este caso, Instituciones intermediarias, aunque también se hará referencia a la figura de la Autoridad remitente), que consiste en la precisión, en un primer momento, por la propia normativa convencional, de la posible naturaleza que puede detentar la autoridad que en cada Estado parte desempeñe las funciones atribuidas a las respectivas autoridades, y la determinación, en un segundo momento, por cada uno de

¹⁰⁹⁷ Concretamente en España, dentro del Ministerio de Justicia, la Autoridad central es la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Servicio de Convenios.

¹⁰⁹⁸ *Vid., ad. ex.*, art. 16.1 del Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981; art. 2 del Convenio franco-tunecino de 18 de marzo de 1982; art. 2 del Convenio franco-portugués de 20 de julio de 1983; art. 1 del Convenio franco-argelino de 21 de junio de 1988; art. 3 del Convenio belgo-marroquí de 15 de junio de 1991. Sobre este punto, *vid.*, J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, p. 148. En Francia, concretamente, se trata del *Bureau de l'Entraide Judiciaire Internationale* perteneciente actualmente a la *Direction des Affaires Civiles et de Sceau*, instaurado desde 1977, y encargado de todas las cuestiones relativas a la custodia de menores y sustracción internacional de menores, tanto desde el punto de vista de la negociación de nuevos Convenios internacionales como de la aplicación de los ya existentes (*vid.*, concretamente, F. Monéger, «Les enlèvements internationaux d'enfants –ou comment permettre à un enfant de conserver des relations avec ses deux parents», *cit.*, p. 355).

los Estados que lleguen a ser parte del Convenio, de la concreta autoridad que en su respectivo territorio ejerza estas funciones dentro de los límites incorporados en el texto. Se trata, por tanto, de una determinación que en última instancia corresponde a los Derechos internos de los Estados parte, pero conforme a las pautas convencionales y dentro de los límites previamente incorporados en el texto.

Efectivamente, también de manera excepcional con relación al conjunto de Convenios de CIA de esta tercera generación y, probablemente, debido a la escasa experiencia que en este momento existía en el panorama internacional respecto a la utilización en este ámbito material de autoridades estatales distintas a las jurisdiccionales, el Convenio de Nueva York de 1956 no deja a los Estados parte plena discrecionalidad para determinar las autoridades u organismos estatales que en su respectivo territorio vayan a ejercer las funciones de la Autoridad remitente y la Institución intermediaria, sino que establece ciertas pautas que, en ocasiones, se traducen en límites. Este es el caso de la determinación de la Autoridad remitente, puesto que *ex art. 2.1*, la normativa convencional precisa que su naturaleza deberá de ser necesariamente de carácter público y nunca privada, aunque corresponderá a los Estados parte optar entre una autoridad de carácter jurisdiccional o administrativo¹⁰⁹⁹. Respecto a la figura de la Institución intermediaria, extrañamente dado el volumen y la naturaleza de las funciones que el Convenio le atribuye, la norma convencional resulta más permisiva, puesto que *ex art. 2.2*, se permite que los Estados puedan designar para el cumplimiento de estas funciones tanto a autoridades de carácter público (administrativa o jurisdiccional), como a organismos de carácter privado (persona física o jurídica).

En definitiva, en este excepcional y peculiar supuesto de determinación autónoma, para conocer las concretas autoridades que en cada Estado parte asumen las funciones de la Autoridad remitente y de la Institución intermediaria, así como su naturaleza jurídica, deberá consultarse inexcusablemente, como en la mayoría de estos

¹⁰⁹⁹ La justificación de esta limitación se encuentra en la naturaleza y en el alcance de las obligaciones que se atribuyen en este marco a las Autoridades remitentes, puesto que aparte de realizar una función receptora respecto a las solicitudes formuladas en su Estado por los particulares, poseen, como se verá a continuación, un poder de apreciación en orden a rechazar la demanda y bloquear *ab initio* la actuación de la vía convencional (*vid.*, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments a l'étranger...», *cit.*, p. 8).

Convenios, a los Derechos internos de los respectivos Estados partes, que podrán atribuir dichas funciones a autoridades ya existentes o crear específicamente autoridades *ad hoc* para el ejercicio de dichas funciones, aunque en este concreto marco convencional, y de ahí deviene su especialidad, los Estados parte deben respetar las limitaciones impuestas por la norma convencional con relación a la posible naturaleza que pueden ostentar unas y otras, y deben seguir las pautas marcadas por el Convenio.

En la práctica, respecto a las Autoridades remitentes, y asentada por la norma convencional su necesario carácter público, la gran mayoría de los Estados parte, salvo Austria o Cabo Verde, han designado a Autoridades de naturaleza claramente administrativa¹¹⁰⁰, y ya existentes¹¹⁰¹, aunque se constata un marcado particularismo con relación a los concretos Ministerios de los que dependen¹¹⁰².

Respecto a la designación de las Instituciones intermediarias, y a pesar que el Convenio en su letra permita que recaiga sobre un organismo de carácter privado, las importantes responsabilidades que en el marco convencional ejerce esta estructura, ha conducido a que todos los Estados parte atribuyan dichas funciones a una autoridad de naturaleza pública y siempre de carácter administrativo (por la naturaleza de dichas

¹¹⁰⁰ De manera muy excepcional se han designados órganos jurisdiccionales, como es el caso de Austria que ha designado al *Bezirksgericht (District Court)*, que resulta competente para conocer de las demandas en materia civil siempre que el demandante tenga su residencia permanente en territorio estatal, aunque en supuestos de actuación de este Convenio es suficiente que tenga sólo su residencia habitual. En cualquier caso, el *Bezirksgericht (District Court)* actúa como Autoridad remitente a través del *Bundesministerium für Justiz* (Ministerio Federal de Justicia). También Cabo Verde ha designado a los tribunales regionales.

¹¹⁰¹ Excepcionalmente, Estados como Irlanda, Australia o Noruega han creado autoridades *ad hoc* (*Central Authority for Maintenance Recovery, Controller Overseas Maintenance Claims, Folketrygdkontoret for Utenlandssaker Bidragskontoret*, respectivamente).

¹¹⁰² Efectivamente, al margen de la posibilidad de descentralización de esta estructura (aspecto que se abordará a continuación), se constata en este marco convencional gran diversidad en cuanto a los Ministerios de los que depende esta figura. Aunque un número considerable de Estados han atribuido la responsabilidad a los Ministerios de Justicia (*ad. ex.*, Alemania en general, Grecia, Marruecos, Rumania, Algeria o Burkina Faso), también existen Autoridades remitentes que dependen de los Ministerios de Asuntos Exteriores (*ad. ex.*, Dinamarca, Finlandia, Francia, México, Sri Lanka); Ministerios de Finanzas (*ad. ex.*, Croacia, Ex-República Yugoslava de Macedonia, Yugoslavia), Ministerios que se ocupan de la protección de menores (*ad. ex.*, República Checa, República Eslovaca) o de los Ministerios de Interior (Reino Unido en general, Suiza, Italia). En nuestro país, dentro del Ministerio de Justicia la Autoridad remitente es la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Servicio de Organismos Internacionales.

funciones), bien sea la propia Autoridad que desempeña las funciones de Autoridad remitente u otra autoridad distinta.

En conclusión, el carácter claramente público y administrativo de las Autoridades que en los respectivos Estados parte están encargadas de desempeñar las respectivas funciones de la Autoridad remitente y de la Institución intermediaria se impone con carácter general, salvo muy contadas excepciones en que la función de la primera recae sobre un órgano de naturaleza jurisdiccional.

c) Determinación interna en atención a las funciones convencionales

En el resto de los Convenios de CIA en materia de protección de menores, la letra del texto no da respuesta alguna sobre el carácter y/o las concretas Autoridades encargadas en cada Estado parte de desempeñar las funciones atribuidas por el respectivo marco convencional a las AACC que instaura. Teniendo en cuenta el carácter multilateral de estos instrumentos internacionales y las peculiaridades organizativas y jurídicas de cada uno de los Estados, la normativa convencional delega en los Estados parte la obligación de designar una Autoridad central encargada de satisfacer las obligaciones convencionales que le son impuestas por el respectivo Convenio, sin que en ningún caso deba tratarse necesariamente de una institución de nueva creación, sino que la atribución de competencias suplementarias a una institución estatal ya existente satisface completamente la obligación convencional (*vid.*, art. 2.1 del Convenio de Luxemburgo de 1980; art. 6. 1 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores; art. 6.1 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional; art. 2.1 del Convenio de Roma de 1990; y art. 29. 1 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores). Salvo la posible designación de varias AACC en los Estados jurídicamente complejos que es incorporada, como se verá a continuación, en ciertos términos en la propia normativa convencional, la naturaleza, la estructura, y la capacidad de actuación de las

respectivas AACC son aspectos, por tanto, que se rigen necesariamente por la ley interna de cada uno de los Estados contratantes¹¹⁰³.

Sobre la concreta cuestión de la condición jurídica de las AACC (pública, privada o semi pública) debe advertirse, no obstante, que ha sido un tema planteado durante la negociación de algunos de estos Convenios de CIA, *ad. ex.*, en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional¹¹⁰⁴. Sin embargo, la postura finalmente siempre adoptada, y que puede considerarse ya tradicional en estos Convenios internacionales, es el silencio de la norma convencional y el respeto a la plena libertad de los Estados en orden a designar aquella Autoridad central que consideren más adecuada, de acuerdo con su sistema jurídico interno, para desempeñar las obligaciones impuestas por el respectivo texto¹¹⁰⁵.

En última instancia, por tanto, el único criterio que la normativa convencional suministra en orden a la concreción de la naturaleza jurídica de las AACC viene dado por la naturaleza de las funciones u obligaciones que el texto les atribuye, y en este sentido, teniendo en cuenta, como se analizará con posterioridad, de un lado, que al margen de las atribuciones específicas, las AACC están obligadas, en general, a cooperar y promover la cooperación con otras autoridades estatales tanto en el interior como en el exterior de su país¹¹⁰⁶ y, de otro, que disponen de un cierto poder de apreciación para bloquear la vía ordinaria convencional¹¹⁰⁷, el carácter público para el ejercicio de las funciones mínimas conferidas a las AACC parece imponerse incuestionablemente en estos ámbitos convencionales.¹¹⁰⁸

¹¹⁰³ *Vid.* E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 438. En los Convenios relativos al procedimiento civil suele encontrarse una disposición específica sobre este aspecto, en virtud de la cual cada Estado contratante organiza la Autoridad central de conformidad a su propia ley (*vid.*, art. 2 *in fine* del Convenio de La Haya de 1965 sobre notificaciones y art. 2. 1 del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas. Esta matización desaparece, por su carácter innecesario, en los Convenios posteriores de CIA concluidos en materia de protección de menores.

¹¹⁰⁴ En este Convenio, concretamente, se planteó incorporar en el texto una referencia que admitiera la posibilidad para los Estados parte de designar como Autoridad central una organización semigubernamental o no gubernamental (*vid.*, sobre esta cuestión, G. Parra Aranguren «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 578).

¹¹⁰⁵ *Vid.*, C. S. Bruch, «The Central Authority's Role Under the Hague Child Abduction Convention: A Friend in Deed», *FamLQ*, vol. 28, 1994-1995, pp. 35-52, esp., pp. 38-39.

¹¹⁰⁶ *Vid.*, *infra*, Cap. II, III. 4. A).

¹¹⁰⁷ *Vid.*, *infra*, Cap. II, III. 5. C).

¹¹⁰⁸ *Vid.*, en este mismo sentido, M. F. Lucher-Babel, «Adoption Internationale...», *cit.*, pp. 26-27.

Este mismo criterio funcional, observando las atribuciones específicas que les son asignadas por la respectivas normas convencionales a las AACC, justifica y explica también la naturaleza administrativa que comparten, en general, todas las AACC, y que mientras que en el marco de los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores se designen como AACC, usualmente, organismos estatales dependientes de los respectivos Ministerios de Justicia¹¹⁰⁹, en el ámbito del Convenio de La Haya sobre adopción internacional, la Autoridad central «mude» en cierta forma su naturaleza, pasando a ser designados en gran número de Estado parte, organismos también públicos, pero con competencia en materia de protección de menores, en general, y/o en materia de adopción, en particular¹¹¹⁰.

En conclusión, se ha comprobado que la determinación de las respectivas AACC en cada Estado parte es una cuestión que, salvo en los supuestos de los Convenios bilaterales, corresponde exclusivamente a los Derechos internos de cada uno de los Estados que lleguen a ser parte del respectivo Convenio internacional del que trate, quiénes tienen la obligación de realizar dicha designación al depositario del Convenio, así como de informar sobre cualquier modificación que se produzca al respecto (en general, en los Convenios de La Haya dicha comunicación se realiza por

¹¹⁰⁹ Recuérdese que en estos ámbitos convencionales la Autoridad central realiza una función auxiliar a los órganos jurisdiccionales y que, como regla general, su actuación está llamada a hacer intervenir a la autoridad judicial en un concreto proceso nacional. La designación como AACC de organismos dependientes del Ministerio de Justicia es, por tanto, la práctica más normal entre los Estados parte de estos Convenios. España se incluye en la pauta general, puesto que para ambos Convenios internacionales, al igual que respecto al Convenio hispano-marroquí de 1997, la Autoridad central española es la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Servicio de Convenios (sobre la valoración de esta designación en nuestro país, *vid.*, en sentido positivo, C. González Beilfuss, «International Child Abduction in Spain», *cit.*, p. 330). No obstante, teniendo siempre en cuenta las diferencias organizativas existentes entre los Estados parte, también hay Estados (numéricamente inferiores a la regla anterior) en los que la Autoridad central designada recae, fundamentalmente, bien en los Ministerios de Asuntos Exteriores (*ad. ex.*, Argentina, Bahamas, México, Panamá, Suecia o Venezuela), o bien en organismos con atribuciones generales en materia de protección de menores (*ad. ex.*, Burkina Faso, Eslovaquia o República Checa).

¹¹¹⁰ Este cierto cambio de naturaleza se observa particularmente en nuestro país, puesto que se trata del único Convenio de CIA en el que la Autoridad central española designada no depende del Ministerio de Justicia; o en países cercanos como Francia, que sustituye al tradicional *Bureau de l'Entraide Judiciaire Internationale* por la *Mission de l'adoption internationale* (MAI), órgano de ejecución del Ministerio de Asuntos Exteriores instalado en la subdirección de la cooperación en derecho de familia (art. 56 *Loi n° 96-604 de juillet 1996 relative à l'adoption*; *Décret n° 98-863 du 23 septembre 1998 relatif à l'autorité centrale por l'adoption internationale*, reglamentación específica sobre la composición, funcionamiento y atribuciones de la MAI. *Vid.*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, pp. 737-738 y, entre otros, E. Poisson Drocourt, «L'entrée en vigueur...», *cit.*, pp. 714-718).

mediación de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya), puesto que el conocimiento mutuo de las respectivas AACC en cada momento es requisito indispensable, como se apuntó *supra*, para el eficaz funcionamiento de estos Convenios de CIA.¹¹¹¹ Sobre la naturaleza de esta estructura, que viene marcada en distinta medida, como se ha visto, por su forma de determinación y por la naturaleza de las funciones convencionales atribuidas, se ha podido comprobar que se está en presencia de autoridades estatales públicas y de marcado carácter administrativo. Todas las cuestiones relativas a su organización, funcionamiento, capacidad de actuación y recursos necesarios se regulan también por las respectivas leyes internas, pudiendo constatarse una gran diversidad y particularismo entre los Derechos internos en torno a estas cuestiones¹¹¹².

El único aspecto relativo a la forma de determinación de las AACC que aparece regulado en cierta medida por la normativa convencional es, como se ha anunciado, la posible designación de varias AACC en los Estados con organización jurídica compleja¹¹¹³. Sobre este aspecto la normativa convencional suministra una serie de pautas uniformes, que necesariamente deben ser completadas, en su caso, por los respectivos Derechos internos de los Estados parte que hagan uso de la opción convencional.

¹¹¹¹ Debe denunciarse en este sentido, que todavía en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional existen Estados parte que no han realizado la necesaria designación de su respectiva AACC (*ad. ex.*, Paraguay). Igualmente, también debe denunciarse respecto a nuestro país, la falta de actualización de las listas de AACC, puesto que, aunque en la práctica no se suscitan problemas identificativos ya que en última instancia la Autoridad central es el Ministerio de Justicia, todavía en la Oficina de la Conferencia de la Haya aparece como Autoridad central española respecto a los Convenios relativos a sustracción y con relación al Convenio de Nueva York de 1956, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, cuando hace ya varios años que tal Secretaría dejó de asumir tal competencia.

¹¹¹² *Vid., ad. ex.*, con relación a los distintos poderes de actuación de las AACC en la práctica del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, «Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale...», *cit.*, réponse a la question 3.

¹¹¹³ *Vid., supra*, Cap. I, III. 6. B).

C) Especial determinación de las AACC en los supuestos de Estados plurilegislativos

a) Posibilidad de descentralización y la denominada «Super Autoridad central»

Entre las diferentes modalidades de cláusulas recogidas en estos Convenios de CIA para solucionar las diversas cuestiones que pueden suscitarse en su aplicación como consecuencia de estas peculiaridades jurídicas estatales, destaca en el marco de este estudio, como se apuntó con anterioridad, las «cláusulas de designación de varias AACC». Estas cláusulas pueden considerarse ya tradicionales en los Convenios internacionales que emplean la estructura de la Autoridad central, desde sus orígenes en los Convenios relativos al procedimiento civil y, en virtud de las cuáles, básicamente, se permite a los Estados federales, los Estados en que esté vigente más de un sistema de Derecho o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas designar más de una Autoridad central y especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de ellas.

La recepción de esta cláusula, como se ha comprobado *supra*, tiene lugar en el marco de los Convenios multilaterales de CIA relativos a la sustracción internacional de menores, en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, en el Convenio de Roma de 1990 sobre simplificación de los procedimientos relativos a la sustracción internacional de menores y, parcialmente, es decir, sólo desde la perspectiva de la estructura de la Autoridad remitente, en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero.

A partir de esta premisa convencional común, se constata una importante diferencia entre los Convenios concluidos en el seno de la Conferencia de La Haya, respecto a los concertados en el ámbito de otras Organizaciones Internacionales (con la sola excepción del Convenio europeo de Roma de 1990 que sigue el modelo incorporado por la Conferencia de la Haya), y que consiste en la obligación convencional impuesta a los Estados parte que hagan uso de esta facultad, de designar una Autoridad central a la que puedan dirigirse las solicitudes o comunicaciones con el fin que las transmita a la Autoridad central competente dentro de ese Estado. Esta obligación convencional no se prevé en el Convenio de Nueva York de 1956, ni tampoco en el marco del Convenio de Luxemburgo de 1980.

Por tanto, aunque estos Convenios de CIA incorporan en distinta medida la posibilidad de designación de varias AACC en los Estados que dispongan de una organización jurídica compleja, la decisión de optar por una o varias AACC permanece, una vez más, en el foro doméstico¹¹¹⁴. El Convenio únicamente impone a los Estados que hagan uso de esta opción, y para facilitar el funcionamiento del Convenio, que una vez se haya decidido y procedido a la designación de varias AACC, se comunique tal designación al depositario del Convenio¹¹¹⁵. En el ámbito de los Convenios de la Conferencia de La Haya (y en su caso, también en el del Convenio de Roma de 1990), los Estados tienen, además, la obligación suplementaria de designar la Autoridad central encargada de recibir en cuanto Autoridad requerida las solicitudes provenientes del extranjero; Autoridad central que también ha sido denominada por la doctrina como «Super Autoridad Central»¹¹¹⁶.

La decisión de optar por la designación de varias AACC deberá realizarse en cada Estado que cumpla los requisitos de descentralización previstos en la norma convencional atendiendo exclusivamente a su respectiva situación jurídica interna, siendo coherente, por tanto, asignar a las respectivas subdivisiones internas una Autoridad central cuando las atribuciones que ésta tenga asignada por la norma convencional les sea atribuida a las respectivas subdivisiones internas en virtud del reparto de competencias existentes en cada Estado¹¹¹⁷. Esta decisión deberá ser respetuosa, en su caso, con el principio de exclusividad del Estado en materia de relaciones internacionales. Este criterio competencial explica que las soluciones adoptadas entre los Estado partes de estos Convenios de CIA que disponen de organizaciones jurídicas complejas (*ad. ex.*, Estados Unidos, Australia, Canadá, México, Reino Unido) difieran en gran modo de un Estado a otro, e incluso, de manera más importante, que dentro de un mismo Estado, difieran las soluciones

¹¹¹⁴ *Vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Les ordres plurilégislatifs...», *cit.*, p. 307.

¹¹¹⁵ *Vid.*, sobre el alcance de esta obligación convencional, A. Borrás Rodríguez, «El papel de la Autoridad central...», *cit.*, p. 74.

¹¹¹⁶ *Vid.*, esta calificación, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 439; C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, p. 24.

¹¹¹⁷ *Vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Les ordres pluriégislatifs...», *cit.*, p. 308. En la misma línea, E. Pérez Vera («Rapport explicatif...», *cit.*, p. 453) ya apuntaba con anterioridad respecto al concreto Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, que el criterio determinante a efectos de la designación de varias AACC debía ser la existencia interna de varias organizaciones territoriales en materia de protección de menores.

adoptadas en un Convenio de CIA respecto a otro Convenio de CIA¹¹¹⁸. Esta situación precisamente encuentra un excelente ejemplo en el caso de España que, como se adelantó, exclusivamente ha designado varias AACC respecto al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, y no respecto a los Convenios multilaterales sobre sustracción internacional de menores o respecto a la figura de la Autoridad remitente en el marco de Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos.

Respecto a la estructura de la Autoridad central prevista *ex arts.* 6.2 de los Convenios de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y de 1993 sobre adopción internacional, y art. 29.2 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, debe apuntarse que si bien su incorporación obedece a criterios de mejorar el funcionamiento del Convenio y, por tanto, su recepción debe acogerse satisfactoriamente, su función no siempre ha sido situada en sus justos términos, y el alcance de su intervención ha dado lugar a una cierta polémica con especial trascendencia en el caso concreto de España.

Efectivamente, los orígenes de esta denominada «Super Autoridad Central», que introduce un cierto elemento de jerarquización entre AACC, se remontan al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores. Este Convenio la incorpora *ex novo* con objeto de paliar los problemas prácticos verificados en la aplicación de los Convenios de procedimiento civil en aquellos Estados que habían designado una pluralidad de AACC¹¹¹⁹. La filosofía de la intervención de esta estructura responde básicamente a dos ideas: a) Su intervención originariamente sólo está concebida para aquellos supuestos en que el Estado que haya designado varias AACC actúe como Estado requerido y no como Estado requirente. El objetivo de su incorporación es evitar a la Autoridad central del Estado requirente cualquier problema de identificación en torno a cuál de las diversas AACC existentes en el

¹¹¹⁸ La respuesta a esta cuestión, efectivamente, entre Estados Unidos, Australia, Canadá, el Reino Unido, Alemania o México es distinta, y atendiendo a concretos Convenios, *ad. ex.*, Alemania no han optado por la descentralización respecto al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, aunque sí lo ha hecho respecto a la figura de la Autoridad remitente en el marco del Convenio de Nueva York de 1956; Australia o México lo han hecho en los Convenios de La Haya de 1980 y de 1993, y no en el Convenio de Nueva York; o Austria o Brasil han designado varias AACC exclusivamente en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.

¹¹¹⁹ *Vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 438-439.

Estado requerido debe transmitir la correspondiente solicitud o comunicación. Para evitar, por tanto, las dificultades que en la aplicación del Convenio pudieran ocasionar estos problemas de identificación de AACC en el Estado requerido, la norma convencional obliga a los Estados parte, que hagan uso de la opción convencional de designación de varias AACC, a designar la Autoridad central a la que pueden dirigirse las solicitudes, con el fin que ésta las transmita a la Autoridad central competente en dicho Estado. La única atribución que el Convenio asigna a esta «Super Autoridad central» es, por tanto, actuar como intermediario entre las AACC del resto de los Estados parte y las AACC de su respectivo Estado¹¹²⁰. Este *minimum* competencial convencional no excluye, sin embargo, puesto que el Convenio no lo prohíbe, que cada Estado parte que haga uso de la posibilidad de descentralización y que, por tanto, imperativamente debe haber designado la Autoridad central que actúe como canal de transmisión, atribuya a esta estructura otras funciones o atribuciones suplementarias en la aplicación del Convenio dentro de su territorio, puesto que, una vez más, la organización y capacidad de actuación de la estructura de esta Autoridad central corresponde a los Estados parte conforme a su derecho interno¹¹²¹. Será muy frecuente *ad ex.*, que esta «Super Autoridad central» actúe como canal de transmisión también en cuanto Autoridad central requirente, es decir, las AACC de su respectivo Estado transmitirán a la «Super Autoridad Central» las solicitudes o comunicaciones recibidas, para que ésta las transmita a la Autoridad Central del Estado requirente; o que, *ad. ex.*, en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, desempeñe una función importante en cuanto primera autoridad estatal que recibe del extranjero la solicitud de retorno, correspondiéndole optar entre la actuación que considere más oportuna para obtener *in casu* el retorno del

¹¹²⁰ Piénsese que en los supuestos en que las AACC actúen como requirentes (reciben las solicitudes de los particulares en su Estado y las transmiten, si tiene lugar, a la Autoridad central del Estado requerido), la descentralización no produce problemas de identificación, sólo ventajas para los particulares en términos proximidad y tiempo. Esta es la razón precisamente que justifica la descentralización prevista respecto a la figura de la Autoridad remitente en el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero (*vid.*, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments à l'étranger...», *cit.*, p. 8).

¹¹²¹ Así como también corresponde al Derecho interno las relaciones de jerarquía/subordinación entre Autoridades centrales y «Super Autoridad central». *Ad. ex.*, respecto al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, en Australia existe una clara relación de jerarquía entre la Autoridad central de la *Commonwealth* y el resto de AACC de los respectivos Estados y territorios que se encuentran sometidas a las instrucciones de aquélla (*vid.*, C. González Beilfuss, «La aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre secuestro de menores...», *cit.*, p. 67).

menor en el menor periodo de tiempo posible; b) La utilización de la intervención de la «Super Autoridad central» no es imperativa en la aplicación de estos Convenios, sino exclusivamente de carácter potestativo, de modo que las AACC del resto de los Estados tienen siempre la opción de dirigir la solicitud o comunicación a la «Super Autoridad central» del Estado requerido o a la Autoridad central específica del mismo que consideren competente. La utilización facultativa de la vía de la «Super Autoridad central» se deduce claramente de la literalidad de las normas de instauración de esta estructura¹¹²², aunque ello no ha impedido que con relación a nuestro Ordenamiento jurídico, el alcance de la intervención de esta Autoridad central respecto al único Convenio de CIA en el que España ha designado varias AACC haya suscitado cierta polémica y, concretamente, haya vuelto a abrir el debate sobre la posible actividad externa de las CCAA.

b) La descentralización de las AACC en España: la posible actividad externa de las CCAA

Nuestro país, como ha sido visto anteriormente, hasta el momento, exclusivamente ha hecho uso de la posibilidad convencional de descentralización de la estructura de la Autoridad Central respecto al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, designando en fase de ratificación como AACC a cada una de las 17 CCAA en el ámbito de su territorio y con relación a los residentes en el mismo y, concretamente, a los Entes administrativos que en la respectiva Comunidad Autónoma poseen competencia con carácter general en materia de protección de menores y de adopción. La Dirección General de Acción Social, del Menor y la Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha sido designada como la Autoridad Central competente *ex art. 6.2* para la transmisión de comunicaciones¹¹²³.

¹¹²² En los respectivos artículos de ambos Convenios se utilizan el verbo «podrá». Por otra parte, este carácter potestativo ya había quedado reflejado claramente en el informe de E. Pérez Vera al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 439).

¹¹²³ En el momento de la ratificación ya se designaron más de 17 AACC, concretamente 20, puesto que en el País Vasco, esta atribución se dividió entre el *Departamento de Bienestar Social de la Diputación Foral de Álava*, *Departamento de Acción Social de la Diputación Foral de Vizcaya* y *Departamento de Servicios Sociales de la Diputación Foral de Guipúzcoa*, y en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla se designó a la Dirección General del Menor y Familia del Ministerio de Asuntos Sociales

La designación de las CCAA como AACC en el marco de este Convenio parece *a priori* perfectamente congruente con el reparto interno de competencias existente actualmente en nuestro Ordenamiento jurídico, puesto que las CCAA, como se ha visto en el capítulo introductorio, después de un proceso de asunción competencial progresivo, tienen asumidas prácticamente todas las competencias en materia de protección de menores, en general, y todas las funciones administrativas con relación a la adopción¹¹²⁴. El problema únicamente se plantea si se tiene en cuenta que aparte de las atribuciones específicas que desempeñan las AACC en este marco convencional, todo el funcionamiento del Convenio reposa en una cooperación y comunicación directa entre las AACC del Estado de origen y las AACC del Estado de recepción. Esta asunción de competencias por parte de las CCAA y concretamente, las funciones de comunicación directa con las AACC y organismos extranjeros, hace cuestionarse si se está (o no) en presencia de un exceso competencial por parte de las CCAA, teniendo en cuenta que conforme al art. 149.1 de la CE el Estado tiene competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

La cuestión de la posible actividad externa de las CCAA en nuestro Ordenamiento jurídico que suscita la designación de las CCAA como AACC en el Convenio de La Haya de 1993 es un tema extremadamente delicado, puesto que afecta directamente a la competencia exclusiva que constitucionalmente el Estado tiene atribuida *versus* las CCAA y que, además, no sólo afecta a los supuestos en que las

(aparte de actuar como Autoridad central encargada de la transmisión de comunicaciones). Actualmente, la situación ha cambiado algo: de un lado, en la Comunidad Autónoma de Baleares las funciones de la Autoridad central se dividen entre la *Conselleria de Sanidad y Asuntos Sociales de la Consell Insular de Ibiza y Baleares*, la *Presidencia del Consell Insular de Menorca de la Consell Insular de Menorca* y el *Area de Bienestar Social de la Consell de Insular de Mallorca*; de otro, se ha designado como Autoridad central en la Ciudad Autónoma de Melilla la Consejería de Bienestar Social y Sanidad. La Dirección General del Menor y La Familia, que ha cambiado su denominación por la de Dirección General de Acción Social, del Menor y la Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales continúa siendo la Autoridad central en la Ciudad Autónoma de Ceuta, y Autoridad central para la transmisión de comunicación (una lista actualizada de las 23 AACC y de sus respectivas direcciones puede consultarse en A. Borrás y otros (Ed.), *Legislación básica de Derecho internacional privado*, *cit.*, par. 96).

¹¹²⁴ Este mismo criterio competencial justifica que no se aconseje la designación de varias AACC en los ámbitos convencionales relativos a la sustracción internacional de menores y obtención de alimentos a favor de éstos, puesto que aunque actualmente las CCAA tengan asumidas las competencias en materia de protección de menores en general (circunstancia que no concurría en el momento de la ratificación de los Convenios multilaterales que regulan esta cuestión), y dichos Convenios afecten directamente al menor, las competencias que las AACC desempeñan en estos ámbitos no pueden considerarse competencias específicas relativas a la protección de menores (específicamente, sobre el Convenio de La Haya de 1980, *vid.*, C. González Beilfuss, «International Child Abduction in Spain», *cit.*, p. 330).

CCAA actúan como AACC en el marco convencional, sino también, e incluso más profundamente, en los supuestos en que intervienen al margen de dicha normativa (art. 25.2 LOPJM 1/1996)¹¹²⁵.

En el momento presente, a mi juicio, puede sostenerse que se trata de una cuestión completamente abierta, con sentencias del TC al respecto contradictorias¹¹²⁶, y una opinión doctrinal no unánime¹¹²⁷, si bien el Estado español actualmente salvaguarda la competencia exclusiva de la Administración General del Estado como único órgano competente para la comunicación en cuanto Estado requirente o transmisor con las AACC de otros Estados en la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, mediante la actuación de la Dirección General de Acción Social.

Efectivamente, a pesar de la corriente doctrinal defensora de la tesis conforme a la cual las CCAA deberían comunicarse directamente con las AACC de los Estados de origen del menor¹¹²⁸, en la práctica, la Dirección General de Acción Social del Menor y de la Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales continúa siendo la única Autoridad central española que se comunica directamente, en cuanto Autoridad

¹¹²⁵ La cuestión volvió a suscitarse, profundamente, en la elaboración de la LOPJM 1/1996, y la falta de una postura unánime al respecto culminó en la confusa redacción de su art. 25.2, que dispone que la comunicación «entre las autoridades centrales españolas y las autoridades competentes de otros Estados se coordinará de acuerdo con... el Convenio de La Haya» (sobre los debates suscitados en torno a la redacción de este precepto, *vid., ad. ex.*, C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, pp. 23-24; sobre la incidencia en nuestro Ordenamiento jurídico del mismo, *vid., ad. ex.*, M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, pp. 94-95).

¹¹²⁶ Efectivamente, de un lado, en las SSTC 172/1992, de 29 de octubre (FJ 3^a) y 80/1993, de 8 de marzo (FJ 3^o) se estableció al respecto que la transmisión o comunicación de información a autoridades públicas extranjeras corresponde al Estado, puesto que se trata de una función que forma parte de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales (*vid., BOE* núm 288, de 1 de diciembre de 1992 y *BOE* núm. 90, de 15 de abril de 1993, respectivamente). Por otro lado, posteriormente, la STC 165/1994, de 26 de mayo (FJ 3^o) ha señalado que al encomendarse a las Comunidades Autónomas la realización de tareas de notable amplitud y relevancia en la vida económica y social, «no puede en forma alguna excluirse que para llevar a cabo correctamente las funciones que tengan encomendadas, una Comunidad Autónoma haya de realizar determinadas actividades, no ya sólo fuera de su territorio, sino incluso fuera de los límites territoriales de España» (*vid., BOE*, núm. 151, de 25 de junio).

¹¹²⁷ *Vid.*, a favor de la comunicación directa por las AACC, sin mediación de la Dirección General, C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, pp. 327-330; A. Durán Ayago, «La filiación adoptiva en el ámbito internacional», *cit.*, pp. 1-14; una postura intermedia, J. I. Esquivias Jaramillo, *Adopción internacional...*, *cit.*, pp. 20-26.

¹¹²⁸ Esta tesis se funda entre otros argumentos, básicamente, en la no afectación de la actividad externa que realizan las CCAA en la aplicación del Convenio de La Haya a la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales.

central que transmite, con las AACC del Estado de origen, aunque su papel queda reducido únicamente a un intermediario entre el resto de las AACC españolas y aquéllas¹¹²⁹.

La opción por la comunicación externa de las CCAA a través de la mediación de la Dirección General de Acción Social, del Menor, y la Familia, a mi juicio, salvaguarda perfectamente la filosofía del Convenio de la Haya de 1993, puesto que, de un lado, desde un punto de vista *ad intra*, introduce los elementos de proximidad y de agilidad que el Convenio propugna a los Estados parte (art. 35), ya que toda la fase de instrucción del procedimiento en cuanto Estado de recepción con relación a los futuros padres adoptivos se realiza en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma donde éstos residan; por otro lado, desde un punto de vista *ad extra*, las AACC de los Estados extranjeros continúan disponiendo la posibilidad de dirigirse directamente a la Autoridad central autonómica que consideren competentes o bien comunicarse por la vía de la Dirección General de Acción Social. La intermediación de la Dirección General de Acción Social en la aplicación en España del Convenio de La Haya de 1993 no afecta, por tanto, a los objetivos que la norma convencional desea obtener al consagrar la posibilidad interna de designación de varias AACC¹¹³⁰ y, paralelamente, salvaguarda un principio esencial de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de reparto de competencias, cual es la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales¹¹³¹.

Esta postura no implica en modo alguno que el debate en torno a la cuestión de la actividad externa de las AACC haya quedado zanjado, puesto que, como ha sido apuntado con anterioridad, se encuentra en este momento completamente abierto, aunque corresponde al Tribunal Constitucional, como único interprete de la Norma

¹¹²⁹ Así se lleva a cabo a partir de un Acuerdo interno adoptado por la *Comisión interministerial* que se realiza a través del Grupo de Trabajo de adopción internacional, de carácter interministerial, creado en 1992 (Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Trabajo y Asuntos Sociales), con objeto de adoptar medidas coordinadas. Es más, la transmisión de informes de España a las AACC extranjeras suele hacerse a través de valija diplomática.

¹¹³⁰ Designación de varias AACC que ha sido especialmente recomendada por la última Comisión especial (*vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale...», *cit.*, p. 17).

¹¹³¹ En esta línea de salvaguarda de la competencia exclusiva del Estado en las relaciones internacionales se encuentran los Protocolos concluidos por nuestro país en materia de adopción internacional con Perú, Bolivia y Ecuador, en los que la Dirección General del Ministerio Español se eleva como Autoridad Central de transmisión y comunicación.

Suprema, asentar una jurisprudencia al respecto que determine el alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales y, consecuentemente, el alcance de la actividad externa de las CCAA en general y, en particular, en la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional.

4. Obligaciones de las AACC

A) Obligación global de cooperación: perspectivas *ad extra* y *ad intra*

Todas las obligaciones o funciones que las AACC tienen atribuidas en el marco de estos Convenios de CIA se resumen, como se ha adelantado, y tal como se incorpora en todos y en cada uno de los textos, en la obligación global de cooperación para asegurar el cumplimiento de los respectivos objetivos convencionales.

Esta obligación general de cooperación se desarrolla (o debe desarrollarse) en dos niveles distintos y complementarios: en primer lugar, desde una perspectiva *ad extra*, que se traduce en la obligación de cooperar con el resto de las AACC de los Estados parte del respectivo Convenio internacional y, en segundo lugar, desde una perspectiva *ad intra* o en el interior de cada Estado, que consiste en la obligación de la Autoridad central de cooperar y promover la cooperación entre las autoridades competentes de su respectivo Estado¹¹³². Son dos dimensiones de la misma obligación general de cooperación que se encuentran reunidas por el objeto o fin al que directa y exclusivamente se orientan, esto es, garantizar la obtención de unos determinados objetivos convencionales. Los objetivos convencionales son específicos de cada Convenio internacional (retorno del menor, facilitar al menor el cobro de su crédito alimentario o garantizar el interés del menor en el proceso de adopción internacional),

¹¹³² *Vid.*, su recepción convencional, art. 3. 1 del Convenio de Luxemburgo de 1980, art. 7.1 del Convenio de La Haya de 1980 relativo a sustracción, art. 7. 1 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional; art. 30.1 del Convenio de La Haya de 1996 relativo a protección de menores; art. 3. 1 del Convenio de Roma de 1990; art. 3.1 del Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997 (igualmente se prevé en el resto de Convenios bilaterales específicos de CIA concluidos entre otros Estados, *vid.*, su recepción en estos otros Convenios bilaterales, M. M. Velázquez Sánchez, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, p. 504).

pero quedan reunidos, como se ha visto, por enlazarse directamente con el valor material del interés superior del menor¹¹³³.

La obligación global de cooperación desde sus dos perspectivas de ejecución se desglosa o traduce en cada Convenio particular de CIA en una serie de obligaciones concretas de cooperación atribuidas a las respectivas AACC. Entre dichas obligaciones específicas de cooperación se observa un conjunto de funciones que de manera cuasi generalizada se atribuyen a las AACC en todo estos Convenios, mientras que se constata un segundo grupo de funciones particulares de cada Convenio de CIA, cuya peculiaridad se justifica, como se ha apuntado anteriormente, por la especialidad de los objetivos convencionales perseguidos respectivamente por cada instrumento¹¹³⁴.

La relación que existe entre las obligaciones concretas de cooperación (bien sean cuasi generalizadas o particulares) respecto a la obligación global de cooperación (tanto desde la perspectiva *ad intra* como desde la perspectiva *ad extra*) puede sostenerse que se trata de una relación de ejemplificación dispositiva y no exhaustiva; dispositiva en tanto que no todas las obligaciones concretas de cooperación atribuidas

¹¹³³ Puede observarse que mediante la obligación de cooperar en su dimensión *ad extra* se convierte en norma imperativa el principio general de cooperación entre AACC que desea alcanzarse con la instauración de un modelo bilateral y tuitivo de AACC, separándose radicalmente del modelo unilateral y neutro de los Convenios relativos al procedimiento civil, en el que la cooperación directa entre AACC de los Estados implicados *in casu* no es propiciada ni instaurada, puesto que no existe un objetivo material concreto al que la cooperación vaya destinada. Igualmente, esta obligación convencional puede contemplarse como la culminación de un proceso evolutivo de cooperación directa entre AACC, si se recuerda que ni en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 ni en el ámbito del Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, existe una consagración expresa de esta obligación, aunque implícitamente ya se propicia (*vid.*, arts. 3. 4 y 10, respectivamente). Particularmente, con relación al Convenio de Nueva York de 1956, el informe del Comité de expertos incidió especialmente en esta idea de cooperación directa, sin mediación de una tercera autoridad, como requisito indispensable para la efectividad del Convenio, en cuanto ahorra tiempo y reducía las formalidades burocráticas (*vid.*, esta cuestión en los trabajos preparatorios, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments a l'étranger...», *cit.*, p. 9).

¹¹³⁴ Esta división entre obligaciones cuasigeneralizadas y obligaciones particulares es sólo uno de los criterios susceptibles de emplearse para separar las diferentes obligaciones de cooperación que las AACC tienen asignadas en estos marcos convencionales. Junto a éste resultan también relevantes otros dos: a) Obligaciones que las AACC tienen atribuidas con carácter general e independientemente de un proceso concreto *versus* obligaciones que sólo se activan con relación a un proceso en curso; b) Obligaciones que las AACC deben realizar directamente *versus* obligaciones que pueden realizar mediante la cooperación con otras autoridades o por delegación. *A priori* en este trabajo se ha optado por adoptar la clasificación de obligaciones cuasigeneralizadas *versus* obligaciones particulares, porque se considera que de esta forma se aprecia más adecuadamente el núcleo duro de la intervención de las AACC y el accesorio, aunque ello no implica renunciar al resto de las características que acompañan a estas obligaciones, que se hará paralelamente al hilo de la exposición.

en un concreto marco convencional a las respectivas AACC deben ser llevadas a cabo imperativamente en cada concreto supuesto de actuación convencional, sino que la Autoridad central realiza in casu, de acuerdo con su apreciación y conforme a las circunstancias del supuesto, sólo aquéllas necesarias para el cumplimiento de los respectivos objetivos convencionales; relación de ejemplificación no exhaustiva, en cuanto que las obligaciones específicas de cooperación positivizadas en la norma convencional son únicamente una enumeración enunciativa del contenido de la obligación global de cooperación *ad intra* y *ad extra*, una guía de actuación ofrecida por el Convenio a las AACC, pero sin que deba interpretarse que la obligación global de cooperación es sólo una declaración formal de las funciones específicas, puesto que en ella se incluyen tanto las obligaciones específicas previstas en el respectivo texto, así como cualesquiera otras actuaciones de cooperación que el caso concreto pueda requerir, y con independencia de que se encuentren o no previstas en el respectivo instrumento convencional¹¹³⁵.

Esta relación de ejemplificación dispositiva y no exhaustiva entre obligaciones específicas y obligaciones generales de cooperación se justifica una vez más en la labor de compromiso latente en el seno de todos estos Convenios de CIA, y en su acentuado carácter marco¹¹³⁶. En este particular aspecto relativo a las obligaciones de las AACC existen Estados que desean instaurar AACC con amplio poder de iniciativa y de actuación, mientras que otros procuran que las AACC intervengan simplemente como instrumentos administrativos que faciliten la actuación de las partes. Mediante esta formulación global de la obligación de cooperación, y algunos ejemplos sobre la misma de carácter dispositivo, se permite que cada Autoridad central pueda actuar conforme al derecho del foro.

Mediante esta recepción convencional de la obligación general de las AACC de cooperar tanto desde la perspectiva *ad extra* como *ad intra*, los respectivos Convenios internacionales que la incorporan desean dejar constancia de la responsabilidad de la estructura de las AACC en el marco de estos Convenios de CIA, en cuanto máximas autoridades nacionales responsables de la coordinación, canalización y supervisión de

¹¹³⁵ El informe relativo al Convenio de Roma de 1990 insiste especialmente en esta idea, *vid.*, J. Martín y C. O. Huiginn, «Report on the Convention...», *cit.*, p. 18.

¹¹³⁶ *Vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 453.

la cooperación entre autoridades deseada por cada Convenio internacional¹¹³⁷, tanto en sentido horizontal (es decir, cooperación entre autoridades de distintos Estados), como en sentido vertical (cooperación entre autoridades nacionales dentro de su Estado)¹¹³⁸.

Esta máxima responsabilidad de las AACC en el marco de estos Convenios no implica, en modo alguno, que todas las obligaciones concretas de cooperación deban ser ejecutadas directamente por la Autoridad central, sino que, por el contrario, la mayoría de estas obligaciones, en función de cada Convenio y de cada obligación, pueden ser llevadas a cabo con el concurso o mediación de otras autoridades nacionales¹¹³⁹. La posibilidad de mediación o delegación no afecta, no obstante, al principio general conforme al cual las AACC son las destinatarias principales y responsables, tanto de las obligaciones concretas de cooperación que el respectivo Convenio impone, como de cualesquiera otras actividades de cooperación que deban promoverse en cada caso concreto. Debe recordarse, sin embargo, que la realización efectiva de estas obligaciones de cooperación (sobre todo desde la perspectiva *ad intra*) depende en gran medida de la capacidad de actuación que la Autoridad central tenga atribuida conforme al derecho del Estado en el que actúa.

Debe dejarse constancia, finalmente, que en las diversas Comisiones especiales sobre el seguimiento de los respectivos Convenios de CIA suele incidirse especialmente en la relevancia, para alcanzar los respectivos objetivos convencionales, tanto de la obligación de cooperación entre AACC en cada caso particular en su dimensión *ad extra*¹¹⁴⁰, como sobre la necesaria capacidad de

¹¹³⁷ En este sentido E. Pérez Vera (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 438) denomina a las AACC como el «*monteur*» de la cooperación deseada para lograr el objetivo convencional; J. H. A. van Loon (*vid.*, «International Co-operation...», *cit.*, pp. 350-351), las define como órgano gubernamental clave y responsable, tanto en la dimensión doméstica como en la internacional para la operación del Convenio.

¹¹³⁸ En los Convenios de conflicto de autoridades prevalece más la primera dimensión, mientras que en los Convenios híbridos y exclusivos de CIA predomina más la segunda. El sistema, por otro lado, no es radical en la mayoría de estos Convenios de CIA, sino mixto, en tanto que, como se verá a continuación, se permite la aplicación del mecanismo convencional prescindiendo de la intervención de las AACC, esto es, mediante la presentación de la solicitud directamente ante el órgano jurisdiccional (*ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, Convenio de Luxemburgo de 1980 o Convenio hispano-marroquí de 1997).

¹¹³⁹ *Vid.*, esta apreciación respecto a la obligación global de cooperación en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 438.

¹¹⁴⁰ Como requisito previo al desarrollo de esta cooperación *ad extra* se incide en la relevancia de la perfecta identificación y conocimiento mutuo e, igualmente, se considera indispensable el uso de medios de comunicación rápidos y eficaces. Por otro lado, como se vio con anterioridad, se acoge positivamente la celebración de reuniones o seminarios entre AACC, al margen de actuaciones

actuación (en este caso, especialmente, iniciativa jurídica) de las AACC para promover la cooperación con sus respectivas autoridades nacionales competentes (cooperación *ad intra*)¹¹⁴¹.

B) Obligaciones cuasi generalizadas

a) Consideraciones previas: ejecución en el marco de una geometría variable

En el conjunto de obligaciones cuasi generalizadas, como acaba de verse, se incluyen todas aquellas obligaciones que aunque atribuidas a las AACC de una manera concreta, como ejemplos dispositivos y no exhaustivos de la obligación global de cooperación que tienen asignada, se incorporan con carácter general en estos Convenios de CIA de la tercera generación, alzándose, por tanto, como atribuciones sustanciales a la estructura de la Autoridad central en el marco de estos Convenios. Se afirma, no obstante, su carácter cuasi generalizado, puesto que aunque existen algunas de estas obligaciones (*ad. ex.*, obligación de información legislativa) que se atribuyen inexcusablemente en todos estos Convenios de CIA a las AACC, por el contrario, existen otras que si bien como regla general se incorporan también en la mayoría de los Convenios, excepcionalmente, no concurren en ciertos de ellos, bien por la especialidad de la materia sobre la que recaen éstos últimos (*ad. ex.*, obligación de lograr un acuerdo amistoso mediante conciliación o procedimientos análogos no concurre en el marco del Convenio de La Haya sobre adopción internacional puesto que el objetivo material de éste no exige tal actuación), o bien en razón del objeto al que se dirige el respectivo procedimiento de cooperación (*ad. ex.*, la función de representante del solicitante no concurre en los Convenios de conflicto de autoridades, puesto que en ellos la cooperación no se dirige directamente, con carácter general, a asistir a los particulares). Se observa, por tanto, que aunque son obligaciones sustanciales a la intervención de la estructura de la Autoridad central, en última instancia, su incorporación (o no) a un concreto marco convencional viene dada por la

concretas de la vía convencional, como instrumentos eficaces del desarrollo del clima de confianza mutuo necesario para que esta obligación de cooperación pueda llevarse a cabo eficazmente.

¹¹⁴¹ *Vid.*, en general, sobre ambas dimensiones, respecto al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción, «Rapport et conclusions de la Commission spéciale...décembre 2000», *cit.*, párr. 109; con relación al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, «Rapport de la troisième réunion...», *cit.*, párrs. 31-33; «Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 4.

especialidad de la materia sobre la que recae cada uno de los respectivos instrumentos convencionales.

La ejecución de estas obligaciones cuasi generalizadas atribuidas a las AACC puede afirmarse que se lleva a cabo en el marco de una geometría variable, en tanto que, aunque la responsabilidad directa de su ejecución recae inexcusablemente en la estructura de la AACC, su ejecución efectiva será llevada a cabo *in casu* en función de una serie de factores, como se verá más adelante, bien directamente por la Autoridad central, o bien con la colaboración de otras autoridades. Estas otras autoridades distintas a la estructura de las AACC, a veces sólo actuarán cooperando con ellas y en otras ocasiones actuarán en cierta forma de manera independiente por su delegación.

b) Obligación de actuar como canales de transmisión

Todas las AACC de los Convenios híbridos y de los Convenios de CIA predominante en esta materia tienen asignada como primera obligación específica en el *iter* convencional, recibir directamente en su Estado (Estado de origen) las solicitudes del particular que actúa el mecanismo convencional y, en su caso, transmitir las posteriormente a su homónima en el Estado requerido¹¹⁴². Se trata de una doble atribución convencional que, como regla general, no aparece incorporada entre la enumeración de las obligaciones que incumben a las AACC, aunque esta ausencia sistemática, en cuanto a su recepción convencional, no afecta en modo alguno a su naturaleza de obligación *stricto sensu* sino que, al contrario, como ahora se verá, responde a otra justificación que confirma paralelamente su naturaleza.¹¹⁴³ En tanto que esta obligación convencional se activa sólo con relación a un procedimiento en curso, pasando a formar parte, por tanto, del procedimiento convencional (concretamente de la fase de iniciación), los aspectos más detallados de su régimen

¹¹⁴² En el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, dada la separación de estructuras existente, esta función resulta atribuida como obligación específica a la estructura de la Autoridad remitente (art. 3).

¹¹⁴³ *Vid.*, excepcionalmente, en el mismo precepto que el dedicado a las obligaciones convencionales de las AACC, pero en cualquier caso en párrafo separado, art. 4.1 del Convenio hispano-marroquí de 1997. En el resto de Convenios, *vid.*, art. 4.1 y 3 del Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre sustracción; arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción; arts. 14 y 15 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional; art. 5.1 y 2 del Convenio de Roma de 1990.

jurídico se analizarán en el capítulo siguiente destinado a los procedimientos convencionales¹¹⁴⁴, debiendo destacarse en este momento algunas ideas previas generales sobre su configuración.

En este sentido, debe adelantarse que el objetivo de esta primera obligación de las AACC se enlaza directamente con la idea de facilitar al solicitante que se encuentra en un Estado parte la actuación del mecanismo convencional, evitando su desplazamiento a otro Estado parte, suprimiendo así los inconvenientes tradicionales de los Convenios clásicos de DIPr, en general, y de los Convenios de reconocimiento, en particular. Precisamente, esta idea tutelar latente en la obligación de transmisión de solicitudes es la que justifica su no incorporación en los Convenios de conflicto de autoridades, puesto que en estos textos la intervención de las AACC, como se verá, no responden directamente a este objetivo¹¹⁴⁵ y, por la misma razón, se explica su distinto sentido en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, ya que en este caso las AACC en la fase de iniciación del procedimiento convencional no actúan como simple canales de transmisión de las solicitudes, sino que realizan otras actividades distintas que exceden de dicha configuración (fundamentalmente, elaboración por las AACC del Estado de recepción del respectivo informe sobre la idoneidad de los adoptantes *ex art. 15.1*).

La obligación de actuar como canales transmisores se desglosa en realidad en dos obligaciones con cierta autonomía, aunque en el funcionamiento convencional ordinario aparezcan unidas en una sucesión temporal: en primer lugar, la obligación de recepción de la solicitud y, en segundo lugar, la posterior transmisión de la solicitud a la Autoridad central del Estado requerido.

Debe destacarse respecto a la obligación de recepción que se está en presencia de una de las muy escasas obligaciones que, salvo en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, la normativa convencional impone a las AACC su ejecución directa, y sin posibilidad de intermediación o delegación alguna. Esta obligación de recepción directa e indelegable por parte de las AACC, explica el

¹¹⁴⁴ *Vid., infra*, Cap. III, III. 2.

¹¹⁴⁵ En el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores las AACC intervienen a instancia de una autoridad competente o de su homónima en el extranjero, pero nunca el particular está obligado a dirigirse exclusivamente a las AACC.

dato formal de su incorporación independientemente al resto de las obligaciones de las AACC (que, generalmente, admiten la intervención de otras estructuras), pero fundamentalmente pone de relieve la trascendencia de la función encomendada a las AACC en este primer momento convencional. Efectivamente, debe anunciarse que las AACC, tras la recepción de la solicitud en su Estado, tienen atribuida por la normativa convencional, antes de transmitir la correspondiente solicitud (o informe) a la Autoridad central del Estado requerido, una capacidad de apreciación importante en orden a la aceptación o no de la solicitud, con la consecuencia, en caso negativo, de bloquear, con distinto alcance, el funcionamiento ordinario del respectivo mecanismo convencional. Sobre esta capacidad de apreciación de las AACC en este primer momento convencional, dada su trascendencia, se volverá más adelante con relación al alcance de la intervención de las AACC en el marco de estos Convenios¹¹⁴⁶, puesto que en este momento sólo interesa destacar el carácter indelegable, como regla general, de la función de recepción de las solicitudes.

Existe una sola excepción a la regla de recepción directa y exclusiva de las solicitudes por parte de las AACC, y es la que se verifica en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional. Sin embargo, y sin perjuicio de volver sobre este aspecto en el capítulo siguiente, debe retenerse que al igual que todas las obligaciones delegables de las AACC, la delegación efectiva dependerá exclusivamente del Derecho interno de cada uno de los Estados partes que actúen en el marco de este Convenio en cuanto Estados de recepción y, en cualquier caso, la facultad de delegación se encuentra sometida en el texto a ciertas restricciones convencionales *versus* el resto de obligaciones delegables, que confirman su especial relevancia.¹¹⁴⁷

Una vez que la Autoridad central del Estado requirente o, en el marco del Convenio de Nueva York de 1956, la Autoridad remitente, ha procedido a verificar la legitimidad de la solicitud del interesado en los términos previstos respectivamente por cada uno de estos Convenios, y ha decidido positivamente en torno a su

¹¹⁴⁶ *Vid., infra*, Cap. II, III. 5. C) a).

¹¹⁴⁷ Especialmente, *ex art.* 22.2 y, separándose de la regla general, no podrá ser delegada a favor de personas u organismos privados.

tramitación¹¹⁴⁸, la segunda obligación de cooperación que los Convenios imponen a las AACC con relación a un concreto procedimiento convencional en curso, consiste en la transmisión de la solicitud del particular, así como de los correspondientes documentos que le acompañan (en los términos exigidos respectivamente por cada uno de los Convenios) a la Autoridad central del Estado requerido (o, en el caso del Convenio de Nueva York de 1956, a la Institución intermediaria).

En la recepción convencional de esta primera manifestación de la obligación general de cooperación *ad extra* entre los diferentes Convenios de CIA, se observan básicamente dos diferencias relevantes: de un lado, la distinta intensidad de cooperación entre AACC que en este primer momento se instaura; y, de otro, la obligatoriedad o no en cuanto a su ejecución directa por parte de la Autoridad central. En cuanto que el análisis de la primera de las diferencias resulta más interesante realizarlo en el capítulo destinado a los procedimientos de CIA, en este momento sólo se hará referencia a la segunda de las diferencias apuntadas.

Respecto a la rigurosidad del principio de ejecución directa de las obligaciones convencionales por parte de las AACC, como se ha anunciado, estas primeras obligaciones se muestran, en general, dada su trascendencia en el funcionamiento global de estos textos, especialmente sensibles a la posibilidad de delegación en otras autoridades. De este modo, en los Convenios relativos a sustracción internacional de menores, y teniendo en cuenta la relevancia del factor tiempo en la tramitación de la solicitud para obtener el retorno del menor, la obligación de transmisión se atribuye directa y personalmente a la estructura de la Autoridad central, en cuanto máxima autoridad responsable¹¹⁴⁹. En la misma línea, en los Convenios de CIA relativos al cobro de los créditos alimentarios, aunque no se incorpora como en los textos multilaterales relativos a la sustracción expresamente el término de «directamente»,

¹¹⁴⁸ En caso contrario, *vid., infra*, Cap. I, III. 5. C) b).

¹¹⁴⁹ En los Convenios multilaterales que regulan la cuestión se introducen literalmente los términos de «directamente» y «sin demora» (*vid.*, arts. 4.3 y 5.2 del Convenio de Luxemburgo de 1980 y art. 9 del Convenio de La Haya de 1980). En el Convenio hispano-marroquí de 1997 no se verifica tal reiteración, aunque sí se observa que la citada obligación se incorpora independientemente de aquéllas que admiten intermediación o delegación (*vid.*, art. 4.1 *in fine*). La obligación de ejecución directa se extiende igualmente a la dimensión en cuanto receptora de la solicitud. En este sentido, en la tercera Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 se recomienda a la Autoridad central requerida acusar siempre recepción de la solicitud, fundamentalmente en razón del plazo de un año previsto en el art. 12 del texto (*vid.*, «Rapport de la troisième réunion...», párr. 29).

sin embargo la prohibición de intermediación o de delegación respecto a esta obligación de transmisión también se deduce claramente de los mismos por dos razones: en primer lugar, por la incorporación formal de la obligación independientemente del conjunto de obligaciones que sí admiten tal intermediación o delegación; y, en segundo lugar, y especialmente, por el espíritu de cooperación directa entre AACC que, como ahora se verá, se propicia en estos textos en este primer momento convencional relativo a la transmisión de solicitudes.

El planteamiento del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional, por el contrario, vuelve a separarse radicalmente del resto de Convenios de CIA en este aspecto concreto, ya que obligación de la Autoridad central del Estado de recepción de transmitir el informe relativo a los adoptantes a la Autoridad central del Estado de origen (art. 15.2), se incluye entre las obligaciones convencionales claramente delegables, de modo que no sólo *ex art. 22.1*, dicha función podrá ser ejercida por autoridades públicas u organismos acreditados que cumplan los requisitos convencionales si la ley de dicho Estado lo prevé, sino que también podrá ser llevada a cabo por organismos no acreditados en los términos y con las limitaciones previstas, como se verá detenidamente, en el art. 22 del texto. En el caso concreto de nuestro Derecho interno, como se comprobará a continuación, la función de transmisión del expediente y de la documentación a las autoridades del Estado de origen es una de las atribuciones intrínsecas a la intervención de las ECAIS en el procedimiento convencional de adopción internacional¹¹⁵⁰.

c) Representación del interesado

La obligación atribuida convencionalmente a la Autoridad central del Estado requerido de actuar en su Estado en nombre del particular que ha iniciado el procedimiento convencional en el Estado requirente es, sin duda, una de las obligaciones más peculiares y significativas que desempeña la estructura de la Autoridad central con relación a cada concreto procedimiento convencional en el

¹¹⁵⁰ *Vid., infra*, Cap. II, IV. 3 B) b).

marco de los Convenios concluidos en materia de protección de menores, y que le separa cualitativamente de la intervención que realiza en los Convenios relativos al procedimiento civil, reafirmando así la función tuitiva respecto a determinados intereses privados que tiene asignada en la mayoría de estos textos.

En ninguno de estos Convenios de CIA aparece consagrada específicamente la obligación de la Autoridad central del Estado requerido de representar al solicitante, sin embargo, es una atribución que subyace en la filosofía convencional, y se deduce del funcionamiento *in genere* tanto de los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores, como de los Convenios relativos al cobro de los créditos alimentarios. En los primeros, la Autoridad central del Estado requerido actúa en nombre del sujeto que inicia el procedimiento convencional, y en los segundos la Institución intermediaria (en el ámbito del Convenio de Nueva York de 1956) o la Autoridad central (en el marco del Convenio de Roma de 1990) actúa «de parte» del acreedor de alimentos¹¹⁵¹, y en ambos supuestos la actuación de la Autoridad central se encuentra presidida por la idea de satisfacer los intereses particulares de estos sujetos, en tanto que mediante su realización se alcanzan, como regla general, los respectivos objetivos convencionales perseguidos por cada uno de los textos (en el primer supuesto, básicamente, obtener el retorno inmediato del menor o garantizar el derecho de visita; y en el segundo, satisfacer el cobro efectivo del crédito alimentario).

Esta posición parcial atribuida a la Autoridad central en estos ámbitos materiales de protección no concurre en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional ni en el ámbito del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores *in genere*. La intervención en ambos textos de las AACC, así como de cualesquiera otras autoridades que intervengan en su aplicación, responde, como se viene reiterando, a la protección del interés superior del menor, pero no subyace en su actuación la idea de representación de los particulares que actúan el procedimiento.

En el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, en modo alguno la intervención de las AACC responde a la protección de los intereses de

¹¹⁵¹ *Vid.*, respecto al Convenio de Nueva York de 1956, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, p. 254.

los futuros padres adoptantes en cuanto solicitantes que inician el procedimiento convencional, aunque ello no implica desconocer que respecto a determinadas actuaciones llevadas a cabo por la Autoridad central u organismos acreditados pueda sostenerse que, en cierta forma, éstas actúan como representantes de los adoptantes¹¹⁵². En estos casos, la finalidad de la intervención de la Autoridad central no responde a la protección de los intereses individuales de los solicitantes, sino que, al igual que ocurre en los Derechos internos, la intervención administrativa viene asociada a las ideas de control y de función social. En el Convenio de La Haya de 1996 tampoco existe la idea latente de defensa de intereses particulares por parte de la Autoridad central¹¹⁵³, puesto que, como puede intuirse de lo hasta ahora expuesto, la intervención de las AACC en este ámbito convencional es mucho más reducida cualitativamente, y con carácter general actúan auxiliando a los órganos jurisdiccionales y no directamente a los particulares¹¹⁵⁴.

Aunque la incorporación *stricto sensu* de esta obligación de representación, como acaba de apuntarse, no se verifica formalmente en ninguno de los textos convencionales en la que concurre, sino que se deduce de las concretas obligaciones que convencionalmente la Autoridad central tiene atribuida, los redactores de dichos Convenios sí son conscientes que en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte, como es el caso del Derecho español, muchas de las actuaciones que la Autoridad central está obligada convencionalmente a llevar a cabo en nombre del interesado (fundamentalmente, desde el punto de vista procesal, y particularmente, la incoación de los procedimientos judiciales) requieren para su ejecución una autorización *ad hoc* en virtud de la cual el particular confiera a la respectiva Autoridad central poderes para actuar por cuenta de éste.

La cuestión de determinar si el otorgamiento del poder es o no necesaria *in casu* se trata, una vez más, de un aspecto que se determina conforme a la ley interna de

¹¹⁵² *Ad. ex.*, art. 9 b) del Convenio, en virtud del cual la Autoridad central está obligada a adoptar todas las medidas apropiadas ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado para facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción.

¹¹⁵³ *Vid.*, implícitamente, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 308.

¹¹⁵⁴ *Vid.*, especialmente, *infra*, Cap. II, III. 5. B).

cada uno de los Estados parte¹¹⁵⁵, y ello justifica que, *ad ex.*, en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, la presentación de tal autorización no se exija imperativamente junto a los documentos que deben acompañar a la solicitud (art. 8), si bien *ex art.* 28, la Autoridad central requerida puede exigir que la demanda vaya acompañada de tal autorización; o, en el mismo sentido, en el marco del Convenio de Nueva York de 1956, *ex art.* 3.3 se incorpora que la autorización a la Institución intermediaria para actuar en nombre del demandante deberá adjuntarse «en su caso» a la solicitud junto con el resto de documentos pertinentes.

La recepción de la obligación por parte del solicitante de presentar el respectivo poder en el primer momento de iniciación del procedimiento convencional es distinta en los Convenios concluidos en esta materia a escala regional o bilateral, en los que el conocimiento en el momento de la redacción del texto de los respectivos Derechos internos de los Estados implicados, permite adoptar una postura convencional inequívoca. En este aspecto concreto, respecto a los Convenios que poseen esta naturaleza, y teniendo en cuenta la obligatoriedad del otorgamiento de dicha autorización en todos los Estados parte, tal obligatoriedad queda reflejada en la propia letra del texto. Así se observa, en los arts. 4.2 y 13.1 a) del Convenio de Luxemburgo de 1980; art. 5.3 ii) del Convenio de Roma de 1990; y arts. 15 d) y 16.4 del Convenio hispano-marroquí específico de 1997.

Con relación a la forma que debe adoptar este poder, si bien en todos los ámbitos convencionales en los que se instaura existe un cierto deseo de estandarización o normalización a través de la elaboración de formularios modelos, hasta el momento, en nuestro Ordenamiento jurídico, como se vio *supra*, dicho documento unificador sólo ha sido adoptado en la aplicación del Convenio hispano-marroquí de 1997¹¹⁵⁶. En el resto de los marcos convencionales, a pesar de algunos intentos de estandarización, continúa respetándose la libertad de los Estados parte en

¹¹⁵⁵ *Vid.*, en este sentido, respecto al Convenio de Nueva York de 1956, E. Krispi-Nicoletopoulou, «Le recouvrement des aliments à l'étranger...», *cit.*, p. 11; con relación al Convenio de La Haya de 1980, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 469.

¹¹⁵⁶ *Vid.*, Cap. I, III. 5 B) d).

cuanto a los requisitos de forma exigidos por su respectivo Derecho interno para la validez del mismo¹¹⁵⁷.

La delegación de la reglamentación de los requisitos de forma que el poder debe reunir para su eficacia en el Estado requerido en los respectivos Derechos internos de los Estados parte, no concurre con la misma intensidad respecto a la regulación de las cuestiones relativas al fondo o contenido de dicha autorización, pudiendo observarse en ciertos Convenios una serie de pautas mínimas suministradas por la normativa convencional, que deben ser respetadas en su caso por la reglamentación interna de los Estados partes. En este sentido, puede distinguirse un primer grupo de Convenios que de manera implícita prevén una autorización de carácter general, sin referencia a un contenido concreto y que, por tanto, alcanzará tanto a las actuaciones específicamente atribuidas a la Autoridad central por la normativa convencional que lo requieran, como a aquellas otras que la citada autoridad pudiera adoptar *in casu* en el ejercicio de su obligación global de cooperación para alcanzar los respectivos objetivos convencionales. Este poder general de representación se observa en los Convenios multilaterales relativos a sustracción internacional de menores y afecta, fundamentalmente aunque no de forma exclusiva, a la incoación por parte de la Autoridad central de los procedimientos judiciales tendentes a obtener la restitución del menor¹¹⁵⁸. En segundo lugar, en el Convenio de Nueva York de 1956 el planteamiento es algo distinto, puesto que aunque nada prohíbe al acreedor de alimentos otorgar un poder general a la Institución intermediaria para que actúe en su nombre, sin embargo, el Convenio implícitamente propicia que la actuación de la Institución intermediaria quede supeditada a la extensión del poder otorgado por el particular, de modo que entre las tres opciones que *ex art.* 6.1 la Institución intermediaria posee para satisfacer la pretensión del solicitante, el particular podrá limitar en la correspondiente autorización las facultades de la citada Autoridad, quién en cualquier caso, deberá siempre actuar dentro de dichos límites (*art.* 6.1)¹¹⁵⁹. Una

¹¹⁵⁷ *Vid., ad. ex.*, con relación al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, question W.

¹¹⁵⁸ *Vid.*, básicamente, *art.* 7 b), c), f), g), h) del Convenio de La Haya de 1980; y *art.* 5.1 del Convenio de Luxemburgo de 1980.

¹¹⁵⁹ La citada autorización será análoga a la reclamación contenida en la solicitud, de manera que la naturaleza de ésta determinará el ámbito de actuación de la Institución intermediaria. *Ad. ex.*, el

tercera opción convencional con relación a la regulación del contenido del poder fue la adoptada por el Convenio de Roma de 1990 relativo a la simplificación de los procedimientos relativos al cobro de los créditos alimentarios. En éste se contempla, dada la exclusiva finalidad de asegurar la ejecución en el Estado requerido de la resolución obtenida en el Estado de origen, que el poder debe contener tanto una autorización general para que la Autoridad central actúe en nombre del acreedor, como una autorización específica para permitir que se adopten medidas ejecutorias si fuera necesario¹¹⁶⁰.

Finalmente debe ponerse de manifiesto con relación a esta peculiar función desempeñada por las AACC, que en tanto esta obligación engloba otras obligaciones convencionales susceptibles de delegación, todos los Convenios que la incorporan prevén con carácter general que su ejecución pueda ser llevada a cabo tanto de manera directa por la Autoridad central, como con el concurso de otras autoridades o sujetos que serán designados por aquélla para actuar como representante del solicitante¹¹⁶¹. La concreción de esta cuestión corresponde ya en este segundo momento a los respectivos Derechos internos, que son los que regulan si tal delegación se llevará o no a cabo y, en caso positivo, su organización.

acreedor puede sólo solicitar una reglamentación extrajudicial o judicial o limitarse únicamente a instar la ejecución de la resolución judicial (*vid.*, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments a l'étranger...», *cit.*, p. 10). En cualquier caso, la concesión del poder por el acreedor a la Institución intermediaria en una pieza esencial del dossier en este marco convencional (*vid.*, M. Sauteraud-Marcenac, «Les recouvrement des aliments a l'étranger», *cit.*, p. 65). En el cuestionario sobre las obligaciones alimenticias realizado a los Estados parte de los Convenios de La Haya sobre la materia, del Convenio de Nueva York, e incluso a Estados no parte de los citados Convenios, pero miembros de la Conferencia de La Haya, Italia señalaba la importancia de precisar la naturaleza y los poderes de la Institución intermediaria, especialmente, en los supuestos de divergencia con el demandante sobre las iniciativas a adoptar (*vid.*, «Extraits des réponses au questionnaire sur les obligations alimentaires», *cit.*, p. 91).

¹¹⁶⁰ *Vid.*, art. 5.3 ii), y sobre su alcance, J. C. Martin y C. O. Huiginn, «Report on The Convention», *cit.*, p. 30. Esta misma técnica en cuanto a la concreción del contenido del poder es también la que puede observarse en el modelo recomendado que se emplea en nuestro país en la aplicación del Convenio hispano-marroquí de 1997, puesto que, de un lado, se contiene una referencia general en virtud de la cual la Autoridad central de Marruecos representa al otorgante conforme a lo establecido en el art. 15 d) del Convenio y, de otro, una autorización específica para que ésta entable las necesarias medidas judiciales.

¹¹⁶¹ *Vid.*, *ad. ex.*, art. 2.3 del Convenio de Nueva York de 1956: «...un poder que autorice a la Institución Intermediaria para actuar en nombre del demandante o para designar a un tercero con este objeto...»; art. 13.1 a) del Convenio de Luxemburgo de 1980: «de un documento por el que se habilite a la autoridad del Estado requerido para actuar en nombre del requirente o para designar a tal efecto otro representante».

En el Derecho español, concretamente, la regla general es la no representación directa por parte de la Autoridad central española sino que ésta actúa fundamentalmente a través de los Servicios Jurídicos del Estado territorialmente competentes (concretamente, en cuanto personas físicas, por los Abogados del Estado) y, excepcionalmente, a través del Ministerio Fiscal¹¹⁶². Efectivamente, en el marco de los tres Convenios internacionales vigentes en nuestro sistema en materia de sustracción internacional de menores, el solicitante no es representado directamente por la Autoridad central española, sino que al amparo del art. 1902 LEC de 1881, que prevé que ésta podrá designar una autoridad que la represente, el demandante es representado ante el juez español que conoce del procedimiento de restitución previsto en los arts. 1901-1908 del mismo texto por el Abogado del Estado de la provincia donde se encuentre el menor¹¹⁶³. La situación es distinta en los supuestos de aplicación del Convenio de Nueva York de 1956, puesto que en estos casos la representación de los intereses del solicitante es atribuida fundamentalmente al Ministerio Fiscal y, en menor medida, a los Servicios Jurídicos de la Autoridad central española. Tradicionalmente, como es sabido, se trataba de una función que la Autoridad central española desempeñaba exclusivamente a través del Ministerio Fiscal, sin embargo, la experiencia puso de relieve que dicha atribución no resultaba del todo adecuada, puesto que su intervención, al margen de otras consideraciones, ocasionaba una contradicción insalvable en los supuestos en que se solicitaba el reconocimiento de la decisión extranjera ya que, en estos casos, el Ministerio Fiscal actuaba como solicitante del reconocimiento y, paralelamente, como garante de la legalidad y dictaminador en el trámite del *exequátur*¹¹⁶⁴. Actualmente, con objeto de

¹¹⁶² La regla general en el Derecho comparado es también la no representación directa (*vid.*, C. S. Bruch, «The Central Authority's Role...», *cit.*, pp. 48-50).

¹¹⁶³ En ocasiones, en la práctica, el solicitante opta por un abogado particular, y en estos casos la Autoridad central española presta únicamente su asesoramiento sin asumir gastos (*vid.*, C. González Beilfuss, «International Child Abduction in Spain», *cit.*, p. 331).

¹¹⁶⁴ *Vid.*, Consulta núm 7/1985 de la Fiscalía General del Estado, de 10 de octubre 1985, *BIMJ* supl. 23/1986, pp. 35-38, nota de L. Bardají Gómez, *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 246-247. En general, la legitimación del Ministerio Fiscal para actuar como Autoridad central española en este Convenio continúa planteando toda una serie de cuestiones actualmente (*ad. ex.*, desaparición constitucional de la imagen del Ministerio Fiscal como gestor de los intereses del Ministerio de Justicia, problemas que ocasiona la atribución al Ministerio Fiscal de la tutela de intereses particulares, o causa de su intervención en tanto que el poder del alimentista no se le atribuye directamente, y no es posible encontrar dicha causa en una facultad de sustitución). Puede verse, entre otros, F. Hernández Gil, «El Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956...», *cit.*, pp. 1430-1432.

superar esta contradicción, la función de representación del solicitante se lleva a cabo de manera conjunta entre el Ministerio Fiscal y los Servicios Jurídicos competentes de la Autoridad Central, que actúan en aquellos supuestos en los que se opta por acudir a la opción de la ejecución, si bien el Ministerio Fiscal continúa no sólo actuando como representante en el resto de las dos opciones convencionales (solución extrajudicial y nueva acción), sino también como autoridad supervisora de las actuaciones llevadas a cabo en España en cuanto Estado requerido con relación a una concreta solicitud formulada al amparo del citado Convenio.

d) Intercambio de información *in genere*

Entre el conjunto de obligaciones que en general las AACC tienen asignada en el marco de estos Convenios como expresiones de la obligación de cooperación *ad extra* se erige de manera determinante, como pieza básica y nuclear de la CIA instaurada en estos textos internacionales, la obligación de las AACC de los distintos Estados parte de un determinado Convenio de informarse recíprocamente. A pesar de la relevancia que en general puede afirmarse respecto de esta obligación de información, sin embargo, en realidad, deben distinguirse netamente respecto a la misma dos modalidades distintas de intercambio de informaciones, que presentan distinta importancia. De un lado, aquellos intercambios de informaciones entre AACC que pueden denominarse generales, en el sentido que exclusivamente se encuentran orientados a facilitar y mejorar la respectiva ejecución de cada concreto Convenio de CIA entre sus Estados parte (aunque dentro de este primer grupo puedan verificarse, a su vez, distintas modalidades de obligaciones generales de información en función del contenido concreto sobre la que verse) y, de otro lado, aquellas obligaciones de intercambio de informaciones útiles destinadas exclusivamente a un concreto procedimiento en curso o, incluso, orientadas a decidir en cuanto a la conveniencia o no de su iniciación.

Este segundo grupo de intercambio de informaciones, que por contraposición a las primeras pueden denominarse particulares o específicamente destinadas a un procedimiento en curso, presentan obviamente una importancia cualitativamente distinta frente a las obligaciones de información en general, pues en atención a la

finalidad a la que se destinan, se encuentran orientadas a procurar garantizar mediante la colaboración de las autoridades de los distintos Estados relacionados con la situación (y no exclusivamente mediante AACC o delegadas) el interés superior del menor *in casu*. Por estas razones teleológicas se ha estimado conveniente incluir estos intercambios de información entre autoridades destinados a un procedimiento en curso en el capítulo siguiente destinado a los procedimientos de cooperación, y analizar en este momento, entre las obligaciones cuasi generalizadas de las AACC, exclusivamente las obligaciones de información de carácter general. No obstante, debe ponerse de relieve que, como en todo proceso de división o clasificación, la línea de separación entre las obligaciones de información generales y el intercambio de información *ad hoc* no es absolutamente rígida y, en ocasiones, pueden verificarse concretas obligaciones de información que pueden ser utilizadas tanto con carácter general como con carácter específico.

Entre los intercambios regulares de información que se prevén entre las AACC de cada uno de estos Convenios con carácter general se distinguen a su vez, como se ha anunciado, diferentes modalidades en atención al contenido sobre el que versa la información que las AACC están obligadas convencionalmente a suministrar al resto de las AACC. Entre estas modalidades existen dos obligaciones que se incluyen sistemáticamente en todos estos Convenios: la obligación de información legislativa y la obligación de las AACC de mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio en cuestión, eliminando, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación. Junto a estas dos manifestaciones generales, pueden verificarse otras modalidades de intercambio de información exclusivas y particulares de ciertos de estos Convenios, justificados por el objetivo material de cada uno de ellos.

La relevancia de la ejecución de estas dos modalidades básicas de intercambio de informaciones para el funcionamiento global de estos Convenios se advierte si se observa que, en ciertos ámbitos convencionales, su cumplimiento se atribuye directamente a las AACC, sin posibilidad de intermediación o de delegación (Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre sustracción y Convenio de La Haya de 1993

sobre adopción internacional)¹¹⁶⁵, aunque es cierto que en otros marcos convencionales se incorpora entre el resto de obligaciones cuya ejecución permite la intervención de otras autoridades distintas (básicamente, Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción y Convenio hispano-marroquí específico de 1997).¹¹⁶⁶

Respecto a la obligación de las AACC de facilitar o adoptar las medidas necesarias para suministrar información sobre las respectivas legislaciones estatales, debe destacarse que en ningún caso el objetivo de la instauración de esta obligación es convertir a las Autoridades centrales en un servicio de consulta legislativa general para las autoridades del resto de los Estados parte¹¹⁶⁷, sino que, de manera más o menos amplia, el contenido de dicha información queda delimitado en las respectivas normas convencionales a la legislación nacional que afecta directamente a la materia objeto del Convenio y/o a la legislación existente relativa a su aplicación¹¹⁶⁸. Aunque se está en presencia de un intercambio de información destinado básicamente a facilitar la ejecución de estos Convenios *in genere*, sin embargo, su recepción en ciertos de estos textos también permite que puede hacerse uso del intercambio de información legislativa de forma relevante en un supuesto concreto.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁵ *Vid.*, arts. 3.2 y 7.2, respectivamente. En el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción resulta especialmente significativo que se trate de las únicas obligaciones convencionales atribuidas a las AACC de manera indelegable.

¹¹⁶⁶ *Vid.*, art. 7 y art. 4.2, respectivamente.

¹¹⁶⁷ *Vid.*, este recelo expresado por algunos delegados durante la elaboración del Convenio de la Haya de 1996, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 41-42. También en el informe explicativo al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción se refleja claramente que queda fuera del ámbito de esta obligación que las AACC asesoren jurídicamente en casos concretos (*vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 452). Por otra parte, no debe olvidarse que existen instrumentos convencionales específicos, como se ha visto *supra*, que utilizan la técnica de la CIA y que aparecen destinados exclusivamente al proceso informativo del Derecho extranjero, aunque su éxito no haya sido demasiado afortunado hasta el momento [*vid.*, Cap. introd., I. 3. B) e) 2º].

¹¹⁶⁸ Así, de manera amplia, se recoge en el art. 30.2 del Convenio de La Haya de 1996; limitada a la legislación relativa a la aplicación del Convenio: art. 7.e) del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción; arts. 4.2 f) y 14.2 del Convenio hispano-marroquí de 1997; art. 7.2 a) del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional; de manera mucho más concreta en cuanto al contenido de dicha información, art. 3.2 b) del Convenio de Luxemburgo de 1980, que hace referencia a la respectiva legislación en materia de custodia de menores y a la evolución de la misma; y art. 3.2 a) del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero.

¹¹⁶⁹ *Ad. ex.*, en los supuestos de sustracción internacional de menores tramitados por el Convenio de La Haya de 1980, tal como pone de relieve E. Pérez Vera en su informe explicativo del texto, la obligación impuesta a las AACC de facilitar información sobre el contenido del Derecho de su Estado *ex art.* 7 e) puede ser especialmente útil en el caso que el traslado haya tenido lugar antes de haberse dictado una resolución relativa a la custodia del menor, puesto que la Autoridad central del Estado de la residencia habitual de este menor podrá expedir una certificación sobre el contenido del derecho de dicho Estado, con vistas a la aplicación del Convenio (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 454); con un matiz distinto,

La posibilidad de particularización que concurre en determinados marcos convencionales con relación al intercambio de información legislativa, no concurre respecto a la segunda de las modalidades de intercambio de información de carácter general, sino que, al contrario, puede sostenerse que se está en presencia en atención a su contenido, información sobre el funcionamiento de los respectivos Convenios y suprimir los obstáculos para su aplicación, del intercambio de información más general en cuanto al objeto al que se destina, esto es, facilitar y mejorar el funcionamiento de los respectivos Convenios de CIA. Se consagra expresamente en la casi totalidad de estos Convenios¹¹⁷⁰, salvo en el Convenio bilateral hispano-marroquí específico de 1997, en el que dicha obligación pasa a ser asumida básicamente por la Comisión Mixta consultiva *ex art. 5*, y en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, donde el papel de las AACC en el funcionamiento global del Convenio es cualitativamente inferior al que ostentan en los Convenios de CIA predominante y en los Convenios híbridos.

Esta específica obligación de intercambio de informaciones, como se indicaba en el informe explicativo al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, deberá llevarse a cabo en dos ámbitos distintos y complementarios¹¹⁷¹: de un lado, en el marco de las relaciones bilaterales entre Estados partes y, de otro lado, en el ámbito multilateral, mediante la participación de las AACC en las Comisiones especiales relativas a los seguimientos de los respectivos Convenios¹¹⁷².

Junto a estas dos modalidades básicas de la obligación de las AACC de intercambiarse información, como se apuntó con anterioridad, también pueden

puesto que se trataría de un caso en que las AACC actúan como intermediarios de este intercambio de información entre autoridades competentes *stricto sensu, vid.*, art. 3.2 a) del Convenio de Luxemburgo, en virtud del cual, las AACC asegurarán la remisión de las peticiones de información procedentes de las autoridades competentes y relativas a cuestiones de derecho o de hecho relativas a procedimientos pendientes.

¹¹⁷⁰ Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción [art. 7i)]; Convenio de Luxemburgo de 1980 [art. 3c)]; Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional [art. 7.2 b)]; e, implícitamente, en cuanto origen de la misma, art. 2.4 del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos.

¹¹⁷¹ *Vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 455.

¹¹⁷² La canalización de la cooperación *ad extra* mediante los Acuerdos específicos hasta el momento, como se ha visto *supra*, no ha tenido gran éxito, habiendo sido concentrado todo el proceso de comunicación e información mutua en el ámbito multilateral vía Comisiones especiales (*vid.*, Cap. I, III. 7).

observarse en determinados Convenios de CIA como las AACCC están obligadas directa o indirectamente a intercambiar informaciones sobre otros aspectos concretos íntimamente relacionados con el ámbito material cubierto por cada uno de ellos, y que se encuentran también destinadas, como todas las obligaciones de información *in genere*, a facilitar y mejorar la ejecución del respectivo Convenio. Ejemplo de éstas obligaciones, que también podrían contemplarse en el seno de las obligaciones particulares, se encuentran *ad. ex.*, en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, en el cual las AACCC están obligadas a adoptar directamente todas las medidas adecuadas para proporcionar informaciones generales, tales como estadísticas y formularios [art. 7.2 a) *in fine*], así como directa o indirectamente, tomar las medidas apropiadas para intercambiar informes generales sobre las experiencias en materia de adopción internacional [art. 9d)]. Igualmente, en el marco del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, se atribuye a las AACCC la obligación de intercambiarse informaciones sobre los servicios disponibles en su respectivos Estados en materia de protección del niño (art. 30.2).

e) Obligación de facilitar acuerdos amistosos

La obligación de las AACCC de adoptar directamente o hacer que se adopten las medidas apropiadas para solucionar amistosamente las controversias suscitadas en torno a la protección del menor en las situaciones privadas internacionales que le afectan, mediante la mediación, conciliación o procedimientos análogos, es probablemente una de las funciones asignadas a las AACCC en el marco de estos Convenios de CIA, de manera cuasi generalizada, que progresivamente va adquiriendo mayor relevancia en el marco internacional de la protección de menores, como instrumento eficaz de resolución de los litigios que conciernen al menor, y favorable a la garantía de su interés superior¹¹⁷³. En tanto que esta obligación convencional, al igual que la obligación de transmisión de las solicitudes, sólo se activa con relación a un concreto procedimiento convencional en curso, integrándose

¹¹⁷³ Su importancia en los conflictos relativos a los derechos de guarda y de visita ha sido destacada siempre por la doctrina (*vid., ad. ex.*, P. Monin-Hersant y B. Sturlèse, «Les conflits relatifs au droit de garde et au droit de visite en droit international privé conventionnel», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1987-1988, pp. 125-145, esp., pp. 130-131).

como parte del mismo, su análisis particularizado se llevará a cabo en el capítulo siguiente relativo a los procedimientos¹¹⁷⁴, poniéndose de relieve en este momento sólo una serie de ideas básicas.

La recepción convencional de esta obligación experimenta decididamente un proceso ascendente, como demuestra su incorporación *ex novo* en un ámbito material tan amplio como es el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores in genere [art. 31 b)]¹¹⁷⁵, si bien con anterioridad a éste, la obligación de las AACC de lograr un acuerdo amistoso mediante la transacción, conciliación, o mediación entre las partes, fue ya recogida en el ámbito material de la obtención de alimentos en el extranjero (concretamente, art. 6. 1 del Convenio de Nueva York de 1956), y en el marco de los litigios relativos a los derechos de custodia y de visita [fundamentalmente, arts. 7 2.c) y 10 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y, posteriormente, art. 4. 2 c) del Convenio hispano-marroquí de 1997)].

En todos los supuestos convencionales se está en presencia de una obligación que la Autoridad central no está obligada a ejecutar directamente, sino que podrá llevarla a cabo a través de intermediarios, haciendo adoptar las medidas necesarias para su consecución. En todo caso, como se viene reiterando, la responsabilidad sobre dicha iniciativa no se transfiere nunca a otras autoridades intervinientes. Se trata, obviamente, de una obligación que, como ha sido apuntado, no aparece consagrada en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, puesto que en el ámbito material cubierto por este texto no concurre conflicto alguno de intereses sobre el que pueda alcanzarse un acuerdo amistoso o, en su caso, litigar ante los órganos jurisdiccionales.

El objetivo o fundamento de la obligación (o del procedimiento *in genere*) de facilitar un acuerdo amistoso resulta indiscutible, pues con independencia del concreto procedimiento que utilice la Autoridad central para alcanzarlo (mediación,

¹¹⁷⁴ *Vid., infra*, Cap. III, III. 3. B) d).

¹¹⁷⁵ Art. 31.b): «La Autoridad central de un Estado contratante tomará, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas para facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio».

conciliación u otros análogos), en función, una vez más, de las vías previstas para ello en su respectivo Derecho interno, la obligación se dirige directamente a eliminar de forma voluntaria entre las partes un proceso principal mediante la adopción de un acuerdo que goza de fuerza ejecutiva. Con la adopción de dicho acuerdo interpartes, en general, se consigue reducir el tiempo y los costes que lleva aparejado todo proceso judicial y, concretamente, tratándose de conflictos que afectan directamente al menor, y en los que las partes enfrentadas suelen ser sus progenitores, es indudable que el interés del menor se ve mucho menos perjudicado si se logra alcanzar entre aquellos una solución consensuada adecuada.

En definitiva, la obligación de las AACC de alcanzar, por todos los procedimientos y vías disponibles en su respectivos Derechos internos, el acuerdo amistoso entre las partes, evitando así la etapa contenciosa, debe ser propiciada en la medida de lo posible en interés del menor respecto a todos aquellos procedimientos que afecten a su protección a escala internacional¹¹⁷⁶ (idea que quedó reflejada precisamente de manera expresa entre las acciones contempladas en el «Proyecto de la Haya de 1999 sobre cooperación internacional y la protección de menores»¹¹⁷⁷). Propiciar de *lege ferenda* la mediación o conciliación en este ámbito material no implica desde luego desconocer la realidad jurídica, siendo conscientes que la efectividad de estas medidas depende en gran parte de los Derechos internos de los Estados contratantes (entre otras cuestiones, en muchos sistemas jurídicos este tipo de actuaciones quedan prohibidas o sujetas a restricciones tratándose de asuntos que afectan a menores)¹¹⁷⁸, ni la realidad sociológica, que demuestra que en este tipo de

¹¹⁷⁶ No debe olvidarse que la normativa convencional se aplica exclusivamente a los litigios internacionales que caigan dentro de su respectivo ámbito de aplicación, no afectando en caso alguno a las soluciones adoptadas para las situaciones internas en cada Estado parte. Esta idea de no intromisión deseó ser expresada claramente en el marco del Convenio de La Haya de 1996, en el que, como acaba de verse, *ex art. 31. b)*, la obligación de procurar el acuerdo amistoso mediante conciliación, mediación o cualquier otro procedimiento interno, queda delimitada *in fine* «a las situaciones a las que se aplica el Convenio» (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 43).

¹¹⁷⁷ *Vid.*, *supra*, Cap. I, III. 8 C).

¹¹⁷⁸ Este es el caso del Derecho español, donde, como es sabido, en los procesos matrimoniales y de menores, por las peculiaridades de su objeto, la transacción queda sujeta a limitaciones o exclusiones que regula el art.751 LEC 1/2000 (sobre su alcance, *vid.*, *ad. ex.*, J. Bayo Delgado, «Procesos matrimoniales y de menores», J. Alonso-Cuevillas Sayrol (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, *cit.*, pp. 33-37).

controversias, la regla general continúa siendo acudir al procedimiento contencioso¹¹⁷⁹.

C) Obligaciones específicas o particulares

a) Consideraciones previas: criterio de especialidad material y principio de no imperativa ejecución directa

Junto al conjunto de obligaciones cuasi generalizadas que las AACC tienen atribuidas en el marco de estos Convenios de CIA, como se ha apuntado con anterioridad, también se observan otra serie de obligaciones dirigidas a las AACC que sólo concurren en determinados de estos Convenios, y cuya incorporación se justifica en función del concreto ámbito material de protección en el que el Convenio *in casu* opere. En este sentido, se sostiene que son obligaciones específicas o particulares *versus* las cuasi generalizadas, puesto que no concurren con carácter general en todos los Convenios de CIA en materia de protección de menores; y que se incorporan conforme a un criterio de especialidad material, ya que su recepción convencional viene exigida por la concreta materia regulada por el respectivo Convenio internacional. De este modo, se verifica claramente, como ahora se demostrará, que los tres Convenios internacionales vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico que regulan el fenómeno de la sustracción internacional de menores, recogen de una manera muy similar todo un mismo conjunto de obligaciones específicas. Esta coincidencia debería también verificarse respecto a las atribuciones particulares atribuidas a las AACC en los dos Convenios internacionales de CIA concluidos para facilitar el cobro de los créditos alimentarios en el extranjero, aunque la realidad en su no concurrencia, por los motivos que a continuación se examinarán. En el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, único Convenio de CIA que regula la cuestión, se observan funciones atribuidas a las AACC que, naturalmente, sólo se justifican por la situación privada internacional objeto de regulación, y que se distancian frontalmente de las previstas en las otras dos categorías

¹¹⁷⁹ *Ad. ex.*, en la estadística global del Convenio de La Haya de 1980 con relación a las demandas de retorno planteadas en 1999, sólo un 18% alcanzaron un acuerdo amistoso (*vid.*, N. Lowe y otros, «Analyse statistique des demandes déposées en 1999...», *cit.*, p. 11).

materiales de Convenios de CIA¹¹⁸⁰. No obstante, las obligaciones particulares comparten con las cuasi generalizadas dos rasgos en común: en primer lugar, se trata de funciones específicas atribuidas a las AACC como manifestaciones de su obligación global de cooperación (tanto desde la perspectiva *ad extra* como *ad intra*); en segundo lugar, y como consecuencia de lo primero, ambas categorías se dirigen exclusivamente a alcanzar los respectivos objetivos convencionales.

Si bien respecto a la ejecución de las obligaciones cuasi generalizadas se ha verificado que se llevan a cabo en el marco de una geometría variable, en función de la imposición por el Convenio *in casu* de la ejecución directa (o no) por parte de la Autoridad central, y en caso de que admita la cooperación de otras autoridades o delegación, en función del concreto Ordenamiento jurídico interno del Estado al que pertenezca la Autoridad central competente *in casu*; con relación a la ejecución de las obligaciones particulares o específicas, puede afirmarse con carácter general el principio de no ejecución directa o de delegación. En efecto, a diferencia de las obligaciones cuasi generalizadas, todas las obligaciones particulares, con independencia del concreto ámbito material en el que operen, admiten que la Autoridad central adopte las medidas apropiadas para su ejecución bien directamente, bien a través de intermediarios (es decir, con la cooperación de otras autoridades públicas), o en determinados casos y siempre dentro de los límites convencionales, que dichas obligaciones sean ejercidas por otras autoridades como una especie de acto de delegación (delegación de obligaciones que es consustancial al funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional en favor de los organismos acreditados e, incluso, de otros organismos privados). En última instancia, por tanto, para determinar la forma de ejecución de estas obligaciones, en ocasiones, corresponderá a la Autoridad central competente *in casu* elegir entre una u otra opción en función de su propio Ordenamiento jurídico y dentro del espíritu del deber general de cooperación que tiene asignado *in genere*¹¹⁸¹, en otros supuestos, será la propia normativa interna del Estado en cuestión la que directamente decida la forma de

¹¹⁸⁰ La especialidad de la intervención de las AACC en el marco de los Convenios de conflicto de autoridades justifica que el análisis de las obligaciones de éstas se realice *infra* [*vid.*, Cap. II, III. 5. B) b)].

¹¹⁸¹ *Vid.*, respecto a las obligaciones particulares en el ámbito de la sustracción internacional de menores, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 453.

ejecución, sin que la Autoridad central disponga de una capacidad decisoria para pronunciarse sobre este aspecto¹¹⁸².

Finalmente, debe ponerse de relieve que este principio de no imperativa ejecución directa, no implica en modo alguno que las obligaciones particulares sean cualitativamente menos importantes para el eficaz funcionamiento del Convenio en cuestión *versus* las cuasi generalizadas, de las que cabe predicar, en conjunto, un mayor protagonismo directo de la Autoridad central, sino que la justificación de la posibilidad de intermediación o delegación en cuanto a la ejecución de las obligaciones particulares debe buscarse tanto en la propia naturaleza de las obligaciones en cuestión, como en los posibles límites de actuación que la Autoridad central en cuanto autoridad administrativa *stricto sensu* puede encontrar en su respectivo sistema jurídico. En cualquier caso, al igual que las obligaciones cuasi generalizadas susceptibles de ejecución indirecta, no debe olvidarse que sea cual sea la forma concreta de ejecución de las obligaciones particulares, la Autoridad central continúa siendo la destinataria principal y responsable de todas las obligaciones de cooperación que los respectivos Convenios le imponen.

b) Marco de la sustracción internacional de menores

Los tres Convenios internacionales vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico que afrontan el fenómeno de la sustracción internacional de menores incorporan básicamente un mismo conjunto de obligaciones particulares¹¹⁸³, que como se ha puesto de relieve, deben contemplarse simplemente como una relación ejemplificativa y no imperativa respecto a la obligación general de cooperar en sus dimensiones (*ad extra* y *ad intra*). Todas las obligaciones particulares recogidas en los Convenios que regulan este concreto ámbito material de protección, a diferencia de las cuasi generalizadas, se activan con relación a un concreto procedimiento convencional en curso y, por tanto, serán las circunstancias específicas del supuesto concreto las que

¹¹⁸² *Vid.*, art. 22. 1 *in fine* del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional.

¹¹⁸³ También las mismas atribuciones particulares se incorporan, básicamente, en los Convenios específicos franco-marroquí de 1981 y franco-argelino de 1988 (puede verse, *ad. ex.*, al hilo del Convenio hispano-marroquí de 1997, M. M. Velázquez Sánchez, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, pp. 505-507).

determinen cuáles de las obligaciones particulares deben llevarse a cabo, así como si deben adoptarse otras medidas específicas requeridas *in casu* y no previstas en la letra de los respectivos textos. El hecho que estas funciones se activen con relación a un procedimiento en curso, erigiéndose algunas de ellas como piezas claves del procedimiento de cooperación principal que se observa respectivamente en cada texto, justifica que su tratamiento se realice en el Capítulo siguiente destinado a los procedimientos de CIA y, por lo cual, en este momento, baste con una presentación sumaria y general de las mismas.

En este sentido, las medidas que las AACC deben adoptar directamente o con la cooperación de otras autoridades públicas en un caso tipo de sustracción internacional de menores deben estar destinadas al cumplimiento de las siguientes obligaciones: 1º) Localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita¹¹⁸⁴; 2º) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas (especialmente el demandante). Para el cumplimiento de esta atribución los tres Convenios específicos prevén de manera análoga que la Autoridad central deberá adoptar o hacer que se adopten las medidas provisionales adecuadas¹¹⁸⁵; 3º) Intercambiar información relativa a la situación del menor; 4º) Incoar, en su caso, los procedimientos que procedan ante las autoridades competentes *stricto sensu*, dependiendo, en primer lugar, del Convenio en cuestión del que se trate y, en segundo lugar, de la concreta acción que se ejercite en su marco. Efectivamente, si se trata del Convenio de la Haya de 1980 o del Convenio hispano-marroquí específico de 1997, en tanto que el objeto de la solicitud sea obtener el retorno del menor, la Autoridad central deberá incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o

¹¹⁸⁴ La adopción de este tipo de medida aparece contemplada en todos los Convenios internacionales relativos a la sustracción internacional de menores: art. 5.1 a) del Convenio de Luxemburgo de 1980; art. 7.2 a) del Convenio de La Haya de 1980; art. 4.2 a) del Convenio hispano-marroquí de 1997. Esta obligación también se incorpora *ex novo* en el marco del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, previendo que: «La Autoridad central de un Estado contratante tomará ya sea directamente o con la cooperación de otras autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas para ayudar a petición de una autoridad competente de otro Estado contratante, a localizar al niño cuando parezca que éste se encuentre en el territorio del Estado requerido y necesita protección» art. 31.c)]. El ámbito de aplicación personal de esta obligación es más amplio que el previsto en los Convenios particulares sobre sustracción, puesto que no sólo se dirige a los menores desplazados o retenidos ilícitamente, sino, en general, a todos aquellos que se encuentran en dificultad (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 43).

¹¹⁸⁵ *Vid.*, art. 5.1 b) del Convenio de Luxemburgo; art. 7.2 b) del Convenio de La Haya de 1980; art. 4.2 b) y h) del Convenio hispano-marroquí de 1997.

administrativo con el fin de obtener la devolución del menor¹¹⁸⁶. Si en el marco de estos Convenios el objeto de la solicitud recae sobre la organización o el ejercicio del derecho de visita, dicha obligación se extiende también a los procedimientos que resulten necesarios para alcanzar dichos objetivos¹¹⁸⁷. Por el contrario, si se trata del Convenio de Luxemburgo de 1980, en cuanto Convenio de *exequatur*, o del Convenio hispano-marroquí de 1997, en tanto que la acción que se ejercite en su marco se refiera al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales relativas a la custodia y el derecho de visita, la Autoridad central deberá incoar, en los términos previstos respectivamente por cada uno de los Convenios, los procedimientos adecuados ante sus autoridades competentes con objeto de asegurar el reconocimiento o la ejecución de la resolución *in casu*¹¹⁸⁸; 5º) Garantizar la restitución del menor al demandante en los supuestos que proceda. Esta última obligación particular de las AACC de restituir al menor, en el mínimo tiempo posible, a quién ostentaba el derecho de custodia antes de producirse el desplazamiento ilícito, procederá únicamente en los supuestos en que la demanda haya prosperado conforme a las pretensiones del solicitante, bien porque mediante decisión judicial se haya ordenado el retorno del menor, o bien cuando se haya autorizado o aprobado la ejecución de la resolución. La ejecución efectiva de esta obligación implica la adopción directa o indirecta de cuantas medidas administrativas sean necesarias para garantizar el retorno del menor sin peligro¹¹⁸⁹.

c) Marco de la facilitación del cobro de los créditos alimentarios

A diferencia de la recepción análoga de obligaciones particulares que, como acaba de comprobarse, concurre en los Convenios internacionales relativos a la

¹¹⁸⁶ *Vid.*, art. 7.2 f) y art. 4. 2 g), respectivamente.

¹¹⁸⁷ *Vid.*, art. 7.2 f) *in fine* del Convenio de La Haya de 1980 y art. 13.3 b) del Convenio hispano-marroquí de 1997. En el marco del Convenio de La Haya está obligación, tanto para los supuestos de sustracción como de organización o protección del derecho de visita, lleva aparejada *ex art.* 7.2 g), en los casos que la Autoridad central no pueda recurrir directamente a las autoridades competentes de su propio Estado, la obligación de conceder o, en su caso, facilitar la asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado (de conformidad con el art. 25).

¹¹⁸⁸ *Vid.*, art. 5.1c) del Convenio de Luxemburgo de 1980 y art. 14.1 del Convenio hispano-marroquí de 1997.

¹¹⁸⁹ *Vid.*, art. 5.1d) del Convenio de Luxemburgo de 1980; art. 7.2 h) del Convenio de La Haya de 1980; art. 4. 2 e) del Convenio hispano-marroquí de 1997.

sustracción internacional de menores, en el marco de la obtención de alimentos en el extranjero no puede verificarse *stricto sensu* una incorporación similar de obligaciones particulares atribuidas a las AACC entre el Convenio (en vigor) de Nueva York de 1956 y el Convenio (no en vigor) de Roma de 1990. Sin embargo, tampoco puede sostenerse que los respectivos Convenios internacionales prevean obligaciones particulares diametralmente distintas, sino que únicamente el Convenio de Nueva York de 1956, en cuanto Convenio de CIA incipiente, que no parte, como se ha visto, expresamente de la obligación global de cooperación de las autoridades administrativas encargadas de su aplicación, no desarrolla en este aspecto las obligaciones particulares que la Institución intermediaria debe llevar a cabo en el Estado requerido para el cumplimiento de su objetivo convencional, limitándose a recoger *ex art. 6*, con carácter general, que dicha autoridad tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, incorporando a continuación el contenido principal del procedimiento de cooperación previsto en este texto. Al contrario, el Convenio de Roma de 1990, elaborado en un momento en el que la cooperación internacional entre autoridades de carácter administrativo posee ya una importante trayectoria en el marco internacional, sí incorpora, al igual que el resto de Convenios de CIA, un conjunto de obligaciones particulares que la Autoridad central deberá adoptar directamente, o con la cooperación de otras autoridades públicas. Al igual que las obligaciones particulares de las AACC en el marco de la sustracción internacional de menores, se trata de obligaciones que sólo se activan a raíz de un concreto procedimiento en curso, y como todas las obligaciones particulares, deben considerarse únicamente como una enumeración ejemplificativa y no imperativa, que permite adoptar otras medidas distintas si el supuesto concreto así lo requiriese.

En este sentido, las medidas que la Autoridad central del Estado requerido debe adoptar o hacer que se adopten en un caso tipo de reclamación de alimentos en el extranjero, conforme a lo previsto en el Convenio de Roma de 1990 *ex art. 3.2*, deben dirigirse al cumplimiento de las siguientes obligaciones particulares: 1º) Buscar o localizar al deudor o a su patrimonio; 2º) Obtener, en su caso, de las administraciones u organismos públicos, la información necesaria sobre el deudor; 3º) Registrar o declarar ejecutoria la decisión, como pieza esencial y distintiva del procedimiento de cooperación diseñado por este Convenio. En efecto, el Convenio de Nueva York de

1956 en este aspecto concreto se separa frontalmente de lo previsto en el Convenio de Roma, otorgando, como se ha anunciado, a la Institución intermediaria *ex art.* 6.1, la facultad de optar, dentro de los límites previstos en el respectivo poder, entre tres posibilidades: transacción, incoación de una nueva acción de alimentos, o reconocimiento y ejecución; 4º) Facilitar la transferencia de la pensión alimentaria al acreedor o al organismo público subrogado; 5º) Asegurar la ejecución de la resolución en los supuestos en que el acreedor no pague o deje de pagar la pensión alimentaria debida.

El desarrollo concreto de las obligaciones particulares de las AACC que se incorpora, como acaba de verse, en el marco del Convenio de Roma de 1990, quizás sea uno de los escasos aspectos positivos que el texto comunitario aporta respecto al Convenio de Nueva York de 1956 en el marco de la CIA en este concreto ámbito material de protección. El Convenio de Nueva York de 1956 desde esta perspectiva puede considerarse que establece un sistema de cooperación, fundamentalmente, sólo desde la perspectiva *ad intra*, y bastante simple y rudimentario¹¹⁹⁰, cuyos resultados negativos ya han sido puestos de relieve en la práctica. En este sentido, el futuro texto multilateral que actualmente se encuentra en proceso de elaboración en el marco de la Conferencia de La Haya en materia de prestaciones de alimentos *in genere*, decididamente debería incorporar en el concreto sector de la CIA una serie de obligaciones particulares asignadas a las AACC, y para lo cual podría tomar como modelo el art. 3.2 del Convenio de Roma de 1990, que en este concreto aspecto resulta en líneas generales bastante satisfactorio, incorporando obligaciones tan relevantes como la que se refiere a la localización del deudor o de sus bienes, transferencias de fondos, o medidas de ejecución¹¹⁹¹.

¹¹⁹⁰ *Vid.*, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 289; denunciando la no adecuación del Convenio en este aspecto a las exigencias impuestas por el art. 27.4 del Convenio de las NU sobre los Derechos del niño, A. Bucher, «Le famille en droit international privé», *cit.*, p. 158.

¹¹⁹¹ *Vid.*, W. Duncan, «Note sur l'opportunité de reviser...», *cit.*, párr. 75.

d) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional

Las AACC resultan responsables en este marco convencional de la ejecución de una serie de funciones particulares que puede decirse que se encuentran a medio camino entre las obligaciones cuasi generalizadas, recogidas básicamente *ex art. 7* (y que, curiosamente, son las únicas obligaciones indelegables en el texto), y entre las obligaciones particularmente ligadas al procedimiento de adopción *stricto sensu* (arts. 14-21)¹¹⁹².

La ejecución de estas obligaciones implica, en general, la adopción de una serie de medidas que la Autoridad central deberá adoptar, directamente, o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos acreditados en su Estado (art. 9), aunque excepcionalmente, respecto a la obligación prevista *ex art. 8*, se excluye implícitamente la intervención de los organismos acreditados. El hecho que estas obligaciones se encuentren a medio camino entre las obligaciones cuasi generalizadas y las obligaciones particularmente ligadas a un procedimiento en curso justifica que, a diferencia de los otros dos ámbitos materiales de protección, en los que, como acaba de verse, todas las funciones particulares se activan con relación a un concreto procedimiento convencional en curso, las obligaciones particulares incorporadas en el marco del Convenio de La Haya de 1993, incluyan tanto algunas obligaciones que claramente se refieren sólo a un concreto procedimiento de adopción [art. 9 a) y 9 e)], otras que poseen un carácter general [art. 9 c) y 9 d)], y otras que aunque también poseen un carácter general son susceptibles de particularizarse en un concreto caso de adopción convencional [art. 9 b)]¹¹⁹³.

De manera casi enunciativa las medidas que directa o indirectamente han de adoptar las AACC de manera particular, al margen de las que desarrollan en la tramitación del procedimiento de adopción internacional, se refieren a las siguientes obligaciones: 1º) Prevenir beneficios materiales indebidos con relación a una adopción e impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio (art. 8). Dada la enunciación general de esta obligación, corresponde a cada Estado parte determinar a

¹¹⁹² La distinción de estas tres categorías de obligaciones puede verse, *ad. ex.*, M. Jametti Greiner y A. Bucher, «La Dix-septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *RSDIE*, 1994, pp. 55-102, esp., pp. 68-69.

¹¹⁹³ *Vid.*, J. H. A. van Loon, «International Co-operation...», *cit.*, pp. 349-350.

partir de cuando una práctica puede ser calificada como «contraria a los objetivos del Convenio»¹¹⁹⁴; 2º) Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción [art. 9 a)]. El cumplimiento de esta obligación, que sólo tendrá lugar con relación a un concreto procedimiento de adopción internacional, debe interpretarse que se llevará a cabo dentro de los límites y condiciones previstos en la legislación de cada Estado¹¹⁹⁵; 3º) Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción internacional [art. 9 b)]. Esta obligación enunciada en términos tan generales¹¹⁹⁶, y que también podrá invocarse en un concreto procedimiento de adopción, se aplica en general a toda las autoridades que intervienen en el procedimiento; 4º) Responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por otras autoridades públicas [art. 9 e)]. Esta obligación, que sólo se activa con relación a un concreto supuesto de adopción, y que fue incorporada tras una serie importante de dificultades¹¹⁹⁷, debe interpretarse de intervención excepcional, y siempre dispositiva por parte de la Autoridad central requerida en la medida permitida por su sistema jurídico interno¹¹⁹⁸; 5º) Promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones, e intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional [art. 9 d) y e)]. Estas dos obligaciones, como fácilmente se deduce de su redacción, poseen un carácter más general que el resto, en tanto se encuentran destinadas a garantizar el buen funcionamiento del Convenio *in genere* entre los Estados parte, aunque no pierden su carácter particular, puesto que sólo tienen sentido en atención al concreto ámbito material de protección en el que se incorporan.

¹¹⁹⁴ Señala, no obstante, el informe del texto que en casos de divergencia de interpretación, la cuestión deberá ser examinada en el seno de las Comisiones especiales (*vid.*, en general, sobre este precepto, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 581-582).

¹¹⁹⁵ *Vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 584.

¹¹⁹⁶ La obligación es reiterada de manera particularizada en otros preceptos del Convenio, concretamente, arts. 18, 19.1, 20 y 35.

¹¹⁹⁷ *Vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 586.

¹¹⁹⁸ *Vid.*, M. Jametti Greiner y A. Bucher, «La Dix-septième session...», *cit.*, p. 69.

5. Alcance de la intervención

A) Consideraciones previas: de nuevo sobre la «desjudicialización»

Analizar el alcance de la intervención de las AACC puede realizarse desde diferentes perspectivas. En este trabajo insertado en el ámbito del DIPr., y concretamente en este capítulo destinado a analizar las estructuras a través de las cuales se articula y vehicula la cooperación incorporada en los Convenios de CIA en materia de protección de menores, interesa básicamente analizar en que medida la Autoridad central en cuanto estructura de carácter administrativo se encuentra investida convencionalmente de obligaciones y competencias que exceden de aquéllas que tradicionalmente han ostentado las autoridades del aparato administrativo de los Derechos internos. Este análisis conduce de nuevo a la cuestión en torno al posible proceso de «desjudicialización» experimentado por estos Convenios, proceso que, en definitiva, se traduce en un marcado protagonismo de la autoridad administrativa frente a la autoridad judicial en una materia que afecta directamente al estado y a la capacidad de las personas, y cuyo conocimiento tradicionalmente ha correspondido a los órganos jurisdiccionales de carácter civil. La verificación de estas cuestiones se realizará de manera ascendente, es decir, atendiendo a aquellas pautas que permiten comprobar que de manera progresiva las autoridades administrativas han ido alcanzado protagonismo en la ejecución de estos Convenios de CIA, hasta llegar a desplazar el protagonismo que tradicionalmente ha ostentado la autoridad judicial en la reglamentación de estas cuestiones.

B) Convenios de conflicto de autoridades: función marcadamente auxiliar a las autoridades competentes *stricto sensu*

a) Consideraciones previas

La articulación del nuevo sistema de cooperación judicial instaurado en el Convenio de La Haya de 1996, como ha sido visto *supra*, de carácter facultativo y, fundamentalmente, asistido por la estructura de las AACC¹¹⁹⁹, hace cuestionarse, como se anunció, el alcance de la intervención de las AACC en este nuevo régimen de

¹¹⁹⁹ *Vid.*, Cap. II, II. 2 A) b).

CIA y, particularmente, interrogarse si las AACC resultan atribuidas de algún tipo de capacidad de apreciación o de decisión en torno a dichos procedimientos que comporte consecuencias jurídicas desde el punto de vista de los particulares. Se distinguirá para ello, sumariamente, su intervención en los dos grandes bloques de disposiciones que pueden distinguirse en el capítulo V de este Convenio instaurado *ex novo* y destinado exclusivamente a reglamentar la CIA.

b) Competencias autónomas de las AACC

En el Capítulo V del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores se encuentran inicialmente una serie de disposiciones que no sólo instauran *ex novo* en un Convenio de conflicto de autoridades la estructura de la Autoridad central en cada Estado parte, sino que también regulan el conjunto de competencias y de responsabilidades que éstas tienen asignadas en el respectivo marco convencional.

Entre este haz de atribuciones se hallan, como se viene comprobando, en primer lugar, las obligaciones generales de cooperación *ad extra* y *ad intra* (art. 30.1), en segundo lugar, otras funciones que en líneas generales comparten con el resto de las AACC de los Convenios de CIA, aunque se recojan algo adaptadas a la especialidad material del texto. Entre estas últimas, caracterizadas en este Convenio como obligaciones claramente delegables *versus* las primeras, se encuentran: intercambiar información legislativa y sobre los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño (art. 30. 2); procurar alcanzar acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño [art. 31.b)]; y ayudar a petición de una autoridad competente de otro Estado contratante a localizar al niño necesitado de protección [art. 31.c)]¹²⁰⁰.

Junto a estas obligaciones cuasi generalizadas, en tercer lugar, el Convenio también atribuye a las AACC algunas funciones particulares más interesantes, y que revelan la esencia de su intervención en los Convenios de conflicto de autoridades. En

¹²⁰⁰ Debe enfatizarse que en la recepción de esta obligación, las AACC están llamadas expresamente a «facilitar...acuerdos amistosos», amplitud que incluye también la facilitación mediante la cooperación de dos Autoridades centrales implicadas (*vid.*, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 310).

realidad, este fundamento se encuentra consagrado, con carácter general, en la obligación de facilitar las comunicaciones y ofrecer asistencia a las autoridades competentes en los procedimientos de cooperación judicial [art. 31.a)]; y como manifestaciones concretas de este principio, afectando a los esquemas clásicos de la cooperación judicial en este ámbito, se halla la competencia de la Autoridad central del Estado en que el niño tenga su residencia habitual, de suministrar directamente o con el concurso de otras autoridades, a petición motivada de la Autoridad central o de otra autoridad competente del Estado contratante con el que el menor tenga un vínculo estrecho, un informe sobre la situación del niño [art. 32. a)]; verificándose los mismos requisitos, solicitar a la autoridad competente de su Estado que examine la oportunidad de adoptar medidas para la protección de la persona o de los bienes del niño [(art. 32 b)]¹²⁰¹; y aprobar previamente, después de ser consultada en cuanto Autoridad central del Estado requerido, la decisión de colocación o el acogimiento de un menor en su territorio por parte de la autoridad de otro Estado (Estado requirente) (art. 33). Esta última atribución particular, a diferencia del resto, se lleva a cabo por parte de la AACC en el curso de un concreto procedimiento, y aunque *a priori* pueda interpretarse que la responsabilidad jurídica atribuida en dicho procedimiento a las autoridades administrativas es muy importante, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el Convenio no exige que deba ser cumplida imperativamente por la respectiva Autoridad central, ya que conforme a la dicción literal del precepto, la autoridad competente del Estado requirente puede dirigirse indistintamente a la Autoridad central o a otra autoridad competente del Estado requerido¹²⁰², pareciendo preferible, a mi juicio, dada la trascendencia de esta decisión para los intereses del menor afectado, así como respecto a los solicitantes, que sea adoptada por una autoridad que revista naturaleza jurisdiccional.

Hasta el momento, por tanto, se verifica que las AACC están llamadas a desempeñar en el nuevo Convenio de conflicto de autoridades en materia de

¹²⁰¹ En estos supuestos no puede sostenerse que se está en presencia de obligaciones *stricto sensu*, sino más bien de facultades, puesto que en ambos casos, el art. 32 habilita a la Autoridad central requerida a responder a la demanda (bien sea directamente o con la cooperación de otras autoridades públicas u otros organismos), pero en ningún caso le impone la obligación de responder (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 43).

¹²⁰² *Vid.*, en este sentido, P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, p. 740.

protección de menores, algunas funciones generales de cooperación, y otras funciones particulares de carácter procedimental que quedan reunidas por la obligación de prestar asistencia y facilitar comunicaciones a las autoridades competentes *stricto sensu* en los procedimientos de cooperación judicial incorporados en el texto. En este sentido, resulta fácilmente comprensible que en ejercicio de dichas funciones particulares las AACC intervengan siempre a instancias de su homónima en el extranjero, o a petición de otra autoridad competente, pero nunca imperativamente a instancia de un particular. En la misma línea, se verifica que su intervención se separa de las funciones típicas atribuidas a las AACC en el resto de los Convenios de CIA, dirigidas a satisfacer directamente los intereses del solicitante (*ad. ex.*, función de representación).

La única obligación que parece escapar de este esquema de funciones, atribuyendo una capacidad de apreciación importante a las AACC, que puede incidir en la posible iniciación de un procedimiento, se halla contenida en las atribuciones previstas en el art. 32 del texto que, como se verá en el capítulo siguiente destinado a los procedimientos de CIA, aunque *stricto sensu* se llevan a cabo fuera de un procedimiento en curso, en realidad se dirigen a apreciar la oportunidad de iniciar un concreto procedimiento.

Junto a esta serie de atribuciones generales/particulares de cuya ejecución se responsabiliza a las AACC, todos los autores que se han acercado a este nuevo capítulo del Convenio de La Haya de 1996 coinciden en que el núcleo duro del régimen de CIA incorporado en el mismo reside en los procedimientos de cooperación que se instauran entre autoridades competentes *stricto sensu* de los Estados implicados en un concreto procedimiento en curso¹²⁰³, y aunque el Convenio en ningún momento prevea la obligación general de las autoridades competentes de cooperar *in casu*¹²⁰⁴. Sin perjuicio que el régimen jurídico de estos procedimientos, destinados básicamente a múltiples intercambios de información, se analicen en el capítulo siguiente, en este

¹²⁰³ *Vid.*, *ad. ex.*, P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, pp. 740-741; A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 142; P. Nyghn «The New Hague Child Protection Convention», *cit.*, pp. 356-357.

¹²⁰⁴ *Vid.*, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 308. Este autor señala, no obstante, que una invitación general a la cooperación *in casu* forma parte de la filosofía del Convenio.

momento la cuestión que interesa analizar consiste en determinar el alcance de la intervención de las AACC en estos procedimientos de cooperación judicial.

c) Alcance de la intervención de las AACC en los procedimientos de cooperación entre autoridades competentes

La intervención de las AACC en los procedimientos de cooperación previstos entre autoridades competentes *stricto sensu* es diversa en función de los concretos procedimientos de cooperación de los que se trate, y de las posibilidades que ofrezca el Convenio respecto a cada uno de ellos, pudiendo distinguirse básicamente cuatro grupos en función decreciente.

En primer lugar, puede contemplarse un único supuesto en el que la autoridad competente del Estado requirente deberá dirigirse inexcusablemente a la autoridad competente del Estado requerido por intermedio de la AACC de dicho Estado, actuando ésta, por tanto, como una especie de filtro de las solicitudes que provengan del exterior. Se trata de la opción contenida en el art. 34, precepto que en principio deja abierta la posibilidad a la autoridad judicial de dirigirse indistintamente a la autoridad competente o a la Autoridad central del Estado requerido (párr. 1º) para solicitar informaciones sobre un menor en el curso de un procedimiento, pero prevé que los Estados contratantes puedan declarar que las solicitudes (no las respuestas), sólo puedan realizarse a través de su Autoridad central (párr. 2º). Aunque el informe explicativo del texto funda tal restricción en el deseo de superar el peligro que supone para el funcionamiento del Convenio el inconveniente tradicional de la técnica de la cooperación directa, es decir, que la autoridad requerida no pueda identificar cómodamente a la autoridad requirente ni apreciar su competencia para transmitir dicha solicitud¹²⁰⁵, en realidad, debe advertirse que en el Estado requerido su Autoridad central podrá ejercer un control sobre dichas solicitudes, realizando una selección y pudiendo rechazar el trámite de algunas de ellas¹²⁰⁶. Se trataría, por tanto, de un excepcional supuesto en el que la Autoridad central del Estado requerido pudiera vetar la intervención de la autoridad judicial de dicho Estado, decidiendo *a*

¹²⁰⁵ *Vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 44-45.

¹²⁰⁶ *Vid.*, en el mismo sentido, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, nota 37.

priori rechazar la solicitud de cooperación realizada por la autoridad competente del Estado requirente¹²⁰⁷.

En un segundo grupo se reunirían aquellos supuestos en que al igual que en el art. 34.1, se prevé que la autoridad competente pueda dirigirse indistintamente a la autoridad competente del Estado requerido o a la Autoridad central de este último Estado (*ad. ex.*, como acaba de verse, art. 33 con relación al procedimiento de colocación transfronteriza del menor)¹²⁰⁸.

Un tercer grupo de supuestos serían aquéllos en los que la intervención de la Autoridad central en los procedimientos de cooperación entre autoridades se presenta sólo accesoriamente, y dirigida a favorecer la coordinación y cooperación entre las autoridades competentes, quiénes en principio están llamadas a entrar en contacto entre ellas directamente. Ejemplo paradigmático de esta forma de intervención son los casos de los arts. 8 y 9 relativos a los procedimientos de transmisión y reivindicación de la competencia, y respecto a los cuales interesa destacar en este momento, que las autoridades competentes están llamadas a proceder a un intercambio de opiniones «directamente» *ex párrs. 2 y 3*, respectivamente, y las AACC a colaborar en dicho procedimiento *ex párrs. 1.2* de ambos [en relación también con el art. 31.a)].

Se encontrarían, finalmente, los supuestos en que las autoridades judiciales están llamadas a cooperar directamente entre sí, sin que la intervención de la Autoridad central se encuentre específicamente prevista en el texto (arts. 35 a 37). Sin embargo, a pesar de la no intervención expresa de las AACC, no debe olvidarse, como se ha visto, de un lado, que una de las obligaciones generales que tienen atribuidas las AACC en este marco convencional, y que comparten con el resto de Convenios de la misma naturaleza, es la obligación de cooperación *ad intra* o la obligación de

¹²⁰⁷ La decisión adoptada por las Autoridad central en el ejercicio de esta función de cooperación, aunque no implique una auténtica toma de posición por parte de la Autoridad central que produzca directamente efectos que modifiquen la situación jurídica del solicitante, excepcionalmente podría dar lugar a un posible recurso administrativo por parte del particular implicado, en tanto implique un perjuicio para el mismo (*vid.*, esta posibilidad, así como la naturaleza del recurso, S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération...», *cit.*, pp. 658-659).

¹²⁰⁸ Esta alternatividad de opciones permite, no obstante, que la Autoridad central del Estado requerido pueda actuar de manera principal en dicho procedimiento de CIA. En este caso, la decisión adoptada por la Autoridad central sí tendría importantes consecuencias jurídicas, que obligarían a admitir un posible recurso administrativo contra la misma (*vid.*, en este sentido, S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération...», *cit.*, pp. 664-665).

promover la colaboración entre las Autoridades competentes para alcanzar los objetivos del Convenio *ex art. 30.1* y, de otro lado, que la función particular que caracteriza la intervención de las AACC en este concreto marco convencional radica en facilitar las comunicaciones y ofrecer asistencia a las autoridades competentes en los procedimientos de cooperación judicial *ex art. 31 a*). Por tanto, y en aplicación de dichos preceptos, las autoridades judiciales podrán en todo momento asistirse de la vía de las AACC en dichos procedimientos de cooperación.

Después de este breve análisis sobre el alcance de la intervención de las AACC en los procedimientos de cooperación judicial previstos en este nuevo Convenio de conflicto de autoridades en materia de protección de menores, puede concluirse sobre este aspecto que la autoridad judicial continúa siendo desde una perspectiva institucional la estructura básica y protagonista en la ejecución de dichos procedimientos¹²⁰⁹. En líneas generales, las autoridades competentes disponen siempre de la posibilidad de dirigirse directamente a sus homónimas en el Estado requerido, aunque en determinados supuestos dispongan también de la facultad (no obligación) de dirigirse de manera indistinta a la respectiva Autoridad central del Estado requerido, y posean en cualquier caso la opción de asistirse de las respectivas AACC en cualquier tipo de procedimiento judicial. En este sentido, parece que las autoridades judiciales son las únicas autoridades que continúan disponiendo de la facultad de decidir en torno a estos procedimientos, para decidir actuar (o no) como autoridades requirentes, o para determinar si prestar (o no) la asistencia solicitada en cuanto autoridad requerida. *A priori*, por tanto, las AACC no encuentran investidas a título principal e imperativo de capacidad decisoria alguna que pueda conllevar la adopción de decisiones que comporten consecuencias jurídicas respecto a los particulares. No obstante, de manera excepcional, debe recordarse el supuesto particular previsto en el art. 34.2, aunque también resulta obligado reconocer, además

¹²⁰⁹ Debe tenerse en cuenta, como destaca A. Bucher («La famille en droit international privé», *cit.*, p. 141), que en materia de protección de menores *in genere*, los procedimientos susceptibles de plantearse son muy numerosos y de una naturaleza muy variada, con lo cual gran parte de la colaboración transfronteriza debe ser confiada necesariamente a las autoridades competentes en cada caso particular, sin que las AACC resulten implicadas a título principal.

de su carácter excepcional, que requiere para su concurrencia una declaración expresa por parte del Estado en cuestión¹²¹⁰.

En conclusión, las AACC, al margen de algunas funciones generales/particulares de cooperación, que deben ser recibidas positivamente en tanto que coayudan a mejorar, en aras a la eficacia, la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional, han sido incorporadas en este nuevo Convenio de conflicto de autoridades para desempeñar una función marcadamente auxiliar y asistencial a las autoridades judiciales en los procedimientos de cooperación judicial. Ello no implica desconocer que con esta nueva aproximación, los Convenios de conflicto de autoridades se colocan en cierto modo en la perspectiva del resto de los Convenios de DIPr. en materia de protección de menores, puesto que su objeto ya no es sólo la unificación de las normas de DIPr., sino también la unificación progresiva de prácticas administrativas¹²¹¹. Tampoco puede ignorarse, finalmente, que las posibilidades dejadas abiertas por el Convenio a la intervención de las AACC en los procedimientos de cooperación judicial (fundamentalmente, arts. 33 y 34), pueden contemplarse como un paso inicial (y algo peligroso) hacia la mayor atribución de competencias a autoridades de naturaleza administrativas en un marco convencional llamado a crear actos que afectan directamente a la situación jurídica de las personas, y cuya aplicación, por tanto, debe ser dirigida preferiblemente por autoridades de naturaleza jurisdiccional.

¹²¹⁰ Algún autor cuestiona, incluso, que en este particular supuesto la intervención de la Autoridad central posea carácter imperativo, teniendo en cuenta que la filosofía general del Convenio parece radicar en asegurar siempre la posible cooperación directa entre autoridades judiciales (*vid.*, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 310).

¹²¹¹ En general, poniendo de relieve esta nueva tendencia hacia la unificación progresiva de las prácticas administrativas en los últimos Convenios de La Conferencia de La Haya, *vid.*, A. Dyer, «L'Évolution du droit international privé de la famille...», *cit.* p. 103.

C) Convenios híbridos y Convenios de CIA predominante: capacidad de decisión en torno a la tramitación de la solicitud

a) Distinción de supuestos: posibilidad de prescindir de la intervención de las AACC/La Autoridad central como *passage obligé*

En el marco de los Convenios híbridos y de los Convenios de CIA predominante se ha comprobado como las AACC tienen asignadas un conjunto de obligaciones y de responsabilidades jurídicas que exceden de las funciones de información, mediación, y de asistencia procesal que llevan a cabo en el Convenio de la Haya de 1996 relativo a la protección de menores. Se ha verificado que en la mayoría de estos Convenios, la Autoridad central, en cuanto autoridad requirente, recibe la solicitud del particular que actúa el mecanismo convencional en su Estado y la transmite a su homónima en el Estado requerido; y, en cuanto autoridad requerida, asume un papel de representante de los intereses de éste en su Estado, llevando a cabo toda una serie de iniciativas jurídicas, directamente o con la cooperación de otras autoridades, dirigidas a obtener la pretensión del solicitante. En todo este *iter* convencional, las AACC van adoptando una serie de decisiones que inciden con distinto alcance en el curso del procedimiento convencional, afectando directamente a los intereses de los solicitantes y, en ocasiones, modificando su situación jurídica.

Se ha dicho que salvo en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, las AACC no disponen de una capacidad decisoria importante en la tramitación del procedimiento convencional¹²¹². Esta afirmación, sin embargo, no es del todo exacta o debe ser precisada, pues si bien es cierto que, como se verá más adelante, exclusivamente en el marco del Convenio de La Haya de 1993 puede apreciarse por parte de las AACC una cierta capacidad de decisión en torno al fondo del asunto, que permite sostener en este ámbito convencional la presencia de un proceso de «desjudicialización»¹²¹³, ello no implica desconocer que en el resto de estos Convenios, las AACC tienen atribuido un margen de apreciación en la adopción de una serie de decisiones que, aunque no se refieran directamente al fondo del asunto, afectan a los intereses y a la situación jurídica de los solicitantes.

¹²¹² *Vid.*, en este sentido, A. Bucher, «La famille en droit international privé», p. 140.

¹²¹³ *Vid.*, *infra*, Cap. II. III. 5. D).

Las decisiones que adoptan las AACC a lo largo del *iter* convencional presentan muy distinta naturaleza, y sobre todo alcance, dependiendo del Convenio en cuestión del que se trate, del momento convencional en que se adopten, y de su contenido. Un análisis sobre las decisiones que adoptan las autoridades que realizan propiamente la cooperación en estos Convenios requeriría un detallado estudio que no procede en este trabajo¹²¹⁴. Por tanto, a grandes rasgos, en el marco de los Convenios híbridos y predominantes de CIA, a mi juicio, deben distinguirse claramente dos modalidades de decisiones: de un lado, aquellas decisiones que adoptan las AACC en el Estado requirente respecto a las solicitudes que reciben de los particulares que actúan el mecanismo convencional y, de otro lado, las decisiones que adoptan las AACC en el Estado requerido en cuanto representantes del particular¹²¹⁵.

Respecto a las decisiones que adopta la Autoridad central en cuanto autoridad requerida por el particular que actúa el respectivo mecanismo convencional, se aprecia inequívocamente que en todos estos Convenios las AACC (o las Autoridades remitentes en el marco del Convenio de Nueva York de 1956) se encuentran investidas de una cierta capacidad de decisión, en tanto que les resulta atribuida convencionalmente la responsabilidad de admitir o rechazar (en determinadas circunstancias) la solicitud del interesado. En los Convenios híbridos, la posibilidad que la Autoridad central cuya intervención se solicite pueda rechazar la solicitud del particular se prevé expresamente en el art. 4.4 del Convenio de Luxemburgo de 1980¹²¹⁶; en el art. 3.2 del Convenio hispano-marroquí específico de 1997¹²¹⁷; e

¹²¹⁴ *Vid., amplius*, limitado a las decisiones adoptadas por las AACC, S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération des autorités centrales...», *cit.*, pp. 641-680.

¹²¹⁵ Desde esta perspectiva de análisis no se incluyen, por tanto, las decisiones que muy excepcionalmente (y en ningún caso de manera imperativa) son susceptibles de adoptarse por las AACC afectando a la situación jurídica de los particulares, como acaba de verse, en el marco de los Convenios de conflicto de autoridades (fundamentalmente, la decisión de la Autoridad central del Estado requerido en el procedimiento relativo a la colocación transfronteriza del menor *ex art.* 33 del Convenio de La Haya de 1996).

¹²¹⁶ Art. 4.4: «La Autoridad central a quien se haya dirigido la solicitud podrá negarse a intervenir si resulta claramente manifiesto que no se cumplieron las condiciones requeridas en virtud del presente Convenio».

¹²¹⁷ Art. 3.2: «La Autoridad central competente podrá denegar su intervención cuando no se reúnan las condiciones requeridas por el presente Convenio».

implícitamente en el art. 5.2 del Convenio de Roma de 1990¹²¹⁸, siendo además confirmada de manera expresa por su informe explicativo¹²¹⁹. Igualmente, en los Convenios de CIA predominante se prevé esta posibilidad: arts. 4.1 y 6. 2 del Convenio de Nueva York de 1956¹²²⁰; art. 27 del Convenio de La Haya de 1980¹²²¹; art. 3.2 del Convenio hispano-marroquí específico de 1997; y art. 14 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.

Estas disposiciones revelan claramente que en estos Convenios de CIA la Autoridad central ya no es exclusivamente una vía o canal de transmisión entre autoridades competentes, como en los Convenios relativos al procedimiento civil, o un instrumento asistencial de los órganos jurisdiccionales como en los Convenios de conflicto de autoridades, sino que poseen un auténtico poder de apreciación para decidir en torno a la aceptación o el rechazo de la solicitud del requirente, mediante su pronunciamiento sobre la legitimidad de dicha solicitud¹²²² e, incluso, como han puesto de relieve algunos autores, esta capacidad de decisión podría convertirse en una vía por la que las AACC podrían introducir, en tanto autoridades de naturaleza

¹²¹⁸ Art. 5.2: «*Antes de transmitir una demanda al Estado requerido, la Autoridad central del Estado de origen se asegurará de que la solicitud y los documentos que la acompañen sean conformes con el apartado tercero del presente artículo y con el artículo 6*».

¹²¹⁹ En dicho informe se destaca que la Autoridad central sólo está obligada a transmitir la solicitud si ésta cumple con todos los requisitos del Convenio, por lo que a *sensu contrario* podrá negarse a intervenir rechazando la solicitud si no concurren los requisitos necesarios. No obstante, si se deja sentado en el citado informe que las AACC en esta verificación deberán ser suficientemente flexibles (*vid.* J. Martín y C. O. Huiginn, «Report on the Convention...», *cit.*, pp. 15-16).

¹²²⁰ Art. 4.1: «*La Autoridad Remitente transmitirá los documentos a la Institución Intermediaria del Estado del demandado, a menos que considere que la solicitud no ha sido formulada de buena fe*»; la posibilidad que la Institución intermediaria rechace la solicitud del demandante aparece de manera menos clara en el Convenio *ex* art. 6.2: «*La Institución Intermediaria tendrá convenientemente informada a la Autoridad Remitente. Si no pudiese actuar, lo hará saber los motivos de ello, y le devolverá la documentación*».

¹²²¹ Art. 27: «*Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la demanda carece de fundamento, una Autoridad central no estará obligada a aceptar la demanda. En este caso, la Autoridad central informará inmediatamente al demandante de los motivos de su decisión o a la Autoridad central por conducto de la cual se haya presentado la demanda, según el caso*».

¹²²² *Vid.*, en este sentido, H. Bosse-Platière, «Enlèvement d'enfant et adoption internationale...», *cit.*, pp. 416-417; R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, p. 257; S. Corneloup y V. Corneloup, «Les contentieux de la coopération...», *cit.*, p. 660.

administrativa, razones de simple oportunidad en orden a rechazar o no la demanda¹²²³.

Aunque pudiera discutirse si realmente los redactores de estos Convenios quisieron atribuir o no a las AACC dicho poder de apreciación¹²²⁴, ciertamente, la jurisprudencia ya ha puesto de relieve que el margen de decisión otorgado convencionalmente a las AACC en este primer momento convencional de recepción de la solicitud es suficientemente amplio como para suscitar problemas en su aplicación¹²²⁵, puesto que la decisión adoptada en este primer momento es susceptible de afectar directamente a los intereses de los solicitantes y a su situación jurídica.

La importancia real de la cuestión radica en determinar en que modo la decisión negativa de actuar por parte de la Autoridad central se traduce en un perjuicio respecto a los intereses del solicitantes, y el éxito de su pretensión convencional que puede implicar una modificación de su situación jurídica (la decisión positiva de actuar inequívocamente *a priori* no implica ningún perjuicio)¹²²⁶. En este sentido, deben distinguirse, a mi juicio, dos repuestas convencionales distintas: de un lado, aquellas

¹²²³ No debe olvidarse la constatada tendencia hacia la protección de los nacionales por parte de las autoridades estatales en los litigios relativos a la custodia de menores entre parejas mixtas por razón de la nacionalidad (*vid.*, H. Bossé Platière, «Enlèvement d'enfants...», *cit.*, p. 417).

¹²²⁴ *Ad. ex.*, el término de «manifiesto» incluido en el art. 4.4 del Convenio de Luxemburgo de 1980 parece hacer pensar que los redactores del Convenio quisieron excluir la posibilidad de apreciación por parte de las AACC; o la redacción del Convenio de Roma de 1990 en este aspecto parece que sólo está pensando en un control formal de la regularidad de la solicitud.

¹²²⁵ *Vid.*, con relación al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, Arrêt de *la Cour administrative d'appel* de Paris de 11 juillet 1997; y a propósito de la misma, H. Bosse-Platière, «Enlèvement d'enfant et adoption internationale...», *cit.*, pp. 414-421.

¹²²⁶ Pueden distinguirse claramente dos modalidades de decisiones en este momento convencional: de rechazo o de aceptación. Sólo las primeras son susceptibles de producir directamente consecuencias jurídicas respecto a la situación del particular, mientras que las segundas, que puede denominarse como «preparatorias de una decisión posterior», no lo hacen, sino que las consecuencias jurídicas respecto a la situación del particular se producirán a raíz de la decisión posterior adoptada por la autoridad judicial del Estado requirente (*vid.*, S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération...», *cit.*, pp. 660-662). Estos autores, no obstante, examinan la posibilidad que estas decisiones de aceptación, en determinados supuestos, y en tanto actos adoptados en el funcionamiento de un servicio público extranjero, puedan ser objeto de contestación o recurso por el particular por vía de responsabilidad estatal (*ad. ex.*, en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, la Autoridad central del Estado requirente transmite la solicitud de retorno transcurrido el plazo de un año previsto en el art. 12 y la autoridad judicial del Estado requerido rechaza el retorno fundándose en dicha circunstancia).

en la que el mecanismo convencional puede actuarse al margen de la intervención de las AACC y, de otro lado, aquellas en las que la intervención de las AACC es imperativa o, en otros términos, la Autoridad central es paso obligado para el funcionamiento del mecanismo convencional.

Se constata un grupo de Convenios de CIA que desde el punto de vista de la articulación de la cooperación instaurada se presenta como dual o mixto, es decir, aunque se apueste básicamente por un sistema de cooperación articulado a través de la vía de las AACC, erigidas como piezas básicas del sistema, se permite alternativamente la posibilidad de prescindir de su intervención. Estos marcos convencionales, por tanto, en los supuestos que la Autoridad central requerida por el particular deniegue su intervención por estimar que no concurren las condiciones exigidas por la respectiva norma convencional, dejan siempre abierta al particular la posibilidad de acudir directamente ante la autoridad judicial del Estado requerido ejercitando su pretensión con base en el respectivo Convenio. Así se recoge expresamente en el Convenio de La Haya de 1980 relativo a la sustracción de menores *ex art. 29*; en el Convenio hispano-marroquí de 1997 *ex art. 2.3*; y se admite también implícitamente en el marco del Convenio de Luxemburgo de 1980, aunque no se prevea expresamente en su letra¹²²⁷. De estos preceptos se deduce, por tanto, que en el marco de los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores y protección de los derechos de custodia y de visita, la decisión negativa de actuar por parte de la Autoridad central no se erige en un obstáculo jurídico para el solicitante, que puede dirigirse directamente al órgano jurisdiccional del Estado requerido que deba conocer de la acción de retorno del menor, de la garantía del derecho de visita o de la pretensión del *exequátur*¹²²⁸.

¹²²⁷ *Vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 244.

¹²²⁸ Respecto al Convenio de La Haya de 1980, este carácter dual ha sido generalmente destacado por la doctrina que ha analizado el funcionamiento convencional (*vid., ad. ex.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», p. 139; G. Castex, «Commentaire sur la Convention de La Haye...», *cit.*, p. 249; L. Silberman, «Hague Convention...», *cit.*, p. 13).

Esta flexibilidad convencional en orden a la intervención de las AACC que permite al solicitante, al cual se le ha denegado la tramitación de su solicitud conforme a los cauces convencionales ordinarios, dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente del Estado requerido, no significa desconocer los graves perjuicios que se derivan para el particular de la decisión negativa por parte de la AACC. En efecto, no sólo se le estará obligando a desplazarse al Estado requerido, sino que se le estará privando de todas las facilidades que la intervención de la Autoridad central le confiere específicamente en el marco de cada uno de estos Convenios, así como de la mayoría de los beneficios convencionales que se incorporan en los mismos (*ad. ex.*, y de gran importancia, el principio de gratuidad de los procedimientos que sólo se actúa cuando tiene lugar la intervención de las AACC). La relevancia, por tanto, del poder de apreciación de las AACC en el marco de estos Convenios parece indiscutible, puesto que aunque su intervención no decida directamente la intervención de la autoridad competente *stricto sensu*, su negativa de actuación desvirtúa completamente el expediente convencional de CIA, perdiendo toda su naturaleza tuitiva¹²²⁹. El Convenio queda reducido a un expediente clásico de *exequátur* en los supuestos de los Convenios híbridos, y a un expediente atípico y desconocido en el resto de los casos.

Más negativa aún es la consecuencia que se deriva de la decisión negativa de actuar por parte de las AACC en el resto de los Convenios de CIA, en los que la intervención de la Autoridad central se convierte en elemento imperativo para el funcionamiento convencional, sin posibilidad para el particular solicitante de prescindir de su intervención, y actuar directamente el mecanismo convencional ante las autoridades competentes del Estado requerido. Esta intervención de la AACC como *passage obligé* concurre expresamente en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional respecto a todo proyecto de adopción internacional

¹²²⁹ H. Bosse-Platière («Enlèvement d'enfant et adoption internationale...», *cit.*, p. 418) denuncia que los obstáculos de hecho que en estos supuestos se imponen al solicitante convierten en precaria la garantía propuesta por el derecho convencional. En términos similares, *vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 139; S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération...», *cit.*, pp. 662, 666-667.

que desee tramitarse bajo el régimen del citado Convenio¹²³⁰ e, implícitamente, también en el ámbito de la facilitación de los créditos alimentarios en el extranjero, tanto en el Convenio en vigor de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, como en el Convenio no en vigor de Roma de 1990.

En el marco de los Convenios relativos al cobro de los créditos alimentarios en el extranjero, no se prevé expresa o implícitamente la posibilidad del solicitante de dirigirse directamente ante el órgano jurisdiccional del Estado requerido con base en el respectivo Convenio, prescindiendo de la intervención de las AACC o autoridades equivalentes. Parece verificarse en estos Convenios, por tanto, el establecimiento de un sistema no dual o único, articulado exclusivamente a través de las autoridades administrativas encargadas de ejecutarlo (Autoridades remitentes e Instituciones intermediarias en el marco del Convenio de Nueva York y AACC en el marco del Convenio de Roma)¹²³¹. Teniendo en cuenta este exclusivo sistema de CIA, la decisión de rechazo de la solicitud por parte de la autoridad administrativa receptora, resulta mucho más gravosa para el particular *versus* el sistema dual, puesto que no sólo se le priva a éste de las ventajas que la intervención de estas autoridades reporta (*ad. ex.*, localización de bienes del deudor, intercambio de informaciones, etc.), y de los beneficios convencionales (principalmente, gratuidad de los procedimientos), sino que tal decisión administrativa se convierte en un auténtico veto a la actuación del concreto procedimiento convencional, quedando éste bloqueado *ab initio*. En estos supuestos, el demandante se ve obligado inexcusablemente a renunciar al mecanismo convencional y a acudir a otros posibles instrumentos internacionales, fuera del ámbito de la CIA, para satisfacer su pretensión.

Igual conclusión se verifica en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, aunque la intervención imperativa de las autoridades de carácter administrativo en esta primera fase del procedimiento convencional posee una

¹²³⁰ *Vid.*, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 50; H. Bosse-Platière, «Enlèvement d'enfant...», *cit.*, pp. 418-419.

¹²³¹ Esta conclusión parece extraerse inequívocamente del Convenio comunitario, puesto que, como mas adelante se comprobará, si no se permite al particular presentar directamente la solicitud ante una Autoridad central distinta a la del Estado de origen, difícilmente cabe pensar que se le permita formularla ante el órgano jurisdiccional del Estado requerido.

justificación material que no concurre en el marco de los Convenios relativos al cobro de los créditos alimentarios. Las personas que deseen actuar el mecanismo convencional, conforme al art. 14 del texto y siempre que se cumplan los requisitos de su ámbito de aplicación, deberán dirigirse inexcusablemente a la Autoridad central del Estado de su residencia habitual (Estado de recepción), y sólo *ex art.* 15, si ésta «considera» que los solicitantes son aptos y adecuados para adoptar, preparará un informe sobre la situación personal de los futuros padres adoptantes, sus motivaciones, su calificación y aptitud para adoptar. El punto de partida, por tanto, del procedimiento convencional se fija en la presentación de la solicitud por parte de los potenciales adoptantes ante la Autoridad central del Estado de recepción, y ésta posee *ex art.* 15 un poder de apreciación para rechazar la solicitud si considera que los solicitantes no son adecuados y/o aptos para adoptar¹²³². Desde un punto de vista estructural, esta redacción parece contradecir en cierto modo lo previsto en el art. 5 del Convenio que, como se verá más adelante, atribuye dicha responsabilidad de apreciación y verificación conforme a una serie de normas materiales especiales mínimas a las «autoridades competentes del Estado de recepción»¹²³³ (autoridades que no tienen porqué coincidir inexcusablemente con la estructura de la Autoridad central en dicho Estado¹²³⁴). En el caso que se trate de la misma autoridad (como es el caso de nuestro Ordenamiento jurídico en el que la autoridad competente *ex art.* 5 es la Autoridad central), la negativa de ésta a preparar el correspondiente informe como elemento inicial del procedimiento convencional, impedirá obviamente el curso de la vía convencional y, en ningún caso, los potenciales adoptantes podrán formular su solicitud directamente a la Autoridad central o a cualquier otra autoridad pública u organismo acreditado del Estado de origen. En el caso de que ambas autoridades no

¹²³² Este primer momento de impulso del procedimiento ante las AACC es imperativo, aunque deben conjugarse los arts. 14 y 15 con el art. 22.1 del Convenio, de modo que la solicitud podrá ser presentada por los candidatos a la adopción ante otras autoridades públicas distintas a la Autoridad central, o ante organismos acreditados en la medida que lo permita la ley del Estado donde se formule. Sobre el poder de apreciación de las AACC en este primer momento convencional, *vid.*, H. Bosse-Platière, «Enlèvement d'enfant et adoption internationale...», *cit.*, p. 419; B. Sturlèse, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *JCP*, I, 1993, pp. 427-433, esp. p. 431; S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération...», *cit.*, pp. 667-678.

¹²³³ *Vid.*, *infra*, Cap. IV, III. 3. C) b) y c).

¹²³⁴ *Vid.*, resaltando esta importante contradicción que no suele ser advertida por la mayoría de los comentaristas del Convenio, B. Sturlèse, «La Convention de La Haye de 21 mai 1993...», *cit.*, p. 431.

coincidan y, por tanto, la Autoridad central y la autoridad competente sean autoridades distintas dentro del Estado de recepción, igualmente, aunque de manera mucho más grave (puesto que en este caso la Autoridad central estará sustituyendo la apreciación de la autoridad competente *ex art. 5*¹²³⁵), la Autoridad central impedirá la actuación de la vía convencional. En uno y otro caso, como se desprende, la Autoridad central del Estado requerido se erige en el *passage obligé* de cualquier proyecto de adopción internacional que se tramite bajo el Convenio, y su decisión de no actuar bloquea *ab initio* la actuación del Convenio.

Aunque la intervención imperativa de las AACC del Estado de recepción se justifique en el deseo ante todo de evitar cualquier tipo de contacto directo entre los futuros padres adoptivos y los países de origen del menor¹²³⁶, ello no implica desconocer el perjuicio que implica para los potenciales adoptantes la decisión negativa por parte de la Autoridad central del Estado de recepción, en cuanto se les veta la utilización del mecanismo convencional, igual que concurre, como se ha verificado, respecto al acreedor de alimentos en el marco de los Convenios relativos a la prestación de alimentos, donde también la autoridad administrativa se erige en paso obligado y, en menor medida, gracias a la recepción del sistema mixto, con relación al interesado en actuar el funcionamiento de los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores.

En todos estos supuestos, por tanto, parece que queda suficientemente justificada la necesidad de articular un posible recurso contra la decisión adoptada por la Autoridad central en cuanto autoridad requerida por el particular¹²³⁷.

¹²³⁵ Debe suponerse, no obstante, que en este caso, la Autoridad central actuará conforme a las constataciones realizadas previamente por las autoridades competentes.

¹²³⁶ La obligatoriedad de este paso previo por la Autoridad central del Estado de recepción se introdujo en el Convenio, fundamentalmente, con objeto de evitar las negativas experiencias derivadas de los contactos directos entre los adoptantes y los países de origen (*vid.*, éste y otros argumentos para rechazar, en cualquier caso, la opción de presentación directa de las solicitudes ante las autoridades del Estado de origen, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 592-593).

¹²³⁷ Aparte de otras consideraciones a las ya realizadas que pueden justificar la necesidad de un control jurisdiccional respecto a las decisiones adoptadas por las AACC (*vid.*, H. Bosse-Platière, «Enlèvement d'enfant et adoption internationale...», *cit.*, pp. 416-419), en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, la necesidad de admitir este recurso parece imponerse, aún más, teniendo en cuenta que el Convenio lo que realmente persigue es evitar que las personas que desean adoptar niños en el extranjero se desplacen por sus propios medios a «buscar» al menor.

No parece poder sostenerse la misma conclusión respecto a las decisiones que adoptan las AACC (o las Instituciones intermediarias en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos) en el Estado requerido en tanto en cuanto actúan como representantes del interesado. En efecto, a pesar de las muchas diferencias que pueden constatarse entre los distintos Convenios, en realidad, las AACC, en estas actuaciones, tal como se ha visto anteriormente, se encuentran guiadas exclusivamente por la idea de satisfacción de los intereses del solicitante, como una especie de Abogado o de representante, con lo cual si el interesado se encontrara insatisfecho respecto a las actuaciones realizadas por la Autoridad central o la Institución intermediaria (*ad. ex.*, adoptar o no medidas provisionales en el marco del Convenio de La Haya de 1980 para evitar un nuevo desplazamiento del menor; optar entre una nueva acción o el reconocimiento de la decisión en el marco del Convenio de Nueva York de 1956, etc.), parece que sólo le quedaría la posibilidad de desplazarse al Estado requerido e instar por él mismo las actuaciones que considere convenientes, renunciando a la tutela y a la asistencia que le otorga la intervención de las AACC¹²³⁸.

b) Posible recurso contra la decisión administrativa de las AACC de rechazo de la solicitud

Ninguno de los Convenios de CIA en materia de protección de menores prevén la sujeción de las decisiones de rechazo adoptadas por las AACC a cualquier tipo de control o revisión. Sin embargo, a pesar de interpretación sostenida implícitamente por algunos autores ante este silencio convencional, en el sentido de excluir la posibilidad de articular un recurso contra las decisiones de las AACC¹²³⁹, y rechazada la posible calificación de estas decisiones como «actos políticos gubernamentales»¹²⁴⁰,

¹²³⁸ *Vid.*, esta conclusión con relación al Convenio de Nueva York de 1956, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, pp. 253-254.

¹²³⁹ Respecto al Convenio de La Haya de 1993 ha sido la postura mantenida por L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Etude de droit international privé de la famille*, Thèse dactyl, París, 1990, nº 220 (citado por S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération...», *cit.*, nota 8).

¹²⁴⁰ En el curso del asunto conocido en apelación por la *Cour administrative d'appel* de París contra la decisión del tribunal administrativo de París, en la cual éste se declaraba incompetente para conocer de una pretensión relativa a la anulación de la decisión de no actuar por parte de la Autoridad central

el recurso contra las decisiones administrativas de las AACC (o Autoridades remitentes en marco del Convenio de Nueva York) en virtud de las cuales éstas se niegan a prestar su asistencia al interesado, rechazando la tramitación de la correspondiente solicitud, debe ser admitido por su trascendencia, tal como acaba de examinarse, en el marco de estos Convenios de CIA.

Dado el silencio convencional absoluto sobre el procedimiento de control de estas decisiones, y sobre los posibles recursos susceptibles de interponerse contra las mismas resulta obligado, por tanto, acudir a los respectivos Derechos internos de los Estado parte para resolver esta cuestión. La primera duda que se suscita radica en determinar si la competencia para conocer de estos recursos corresponde al orden jurisdiccional administrativo en tanto que se trata de decisiones adoptadas por autoridades de naturaleza administrativa o si, por el contrario, resulta más conveniente atribuir el conocimiento de dichas cuestiones al orden jurisdiccional civil, puesto que, en definitiva, la cuestión sobre la que se resuelve afecta directamente a cuestiones relativas al derecho de las personas, cuyo conocimiento corresponde tradicionalmente a los órganos jurisdiccionales civiles. Aunque *a priori* el orden jurisdiccional civil parece resultar más apropiado, puesto que la Autoridad central en su decisión de rechazo resuelve de manera accesoria cuestiones que afectan directamente al estado y capacidad de las personas (*ad. ex.*, violación de un derecho de custodia, aptitud de los potenciales adoptantes, apreciación de la validez de un contrato en supuestos de sustracción si la organización del derecho de custodia ha sido realizada mediante una acuerdo entre los progenitores, etc.), sin embargo, el orden jurisdiccional administrativo parece imponerse, puesto que la decisión de rechazo de la solicitud en el marco de estos Convenios de CIA es una decisión de carácter administrativo¹²⁴¹.

francesa, respecto a un supuesto de sustracción internacional de menores en el que se invocó el Convenio de La Haya, el tribunal administrativo de París en su sentencia de 11 de julio de 1997, retuvo la calificación de acto gubernamental para rechazar el recurso contra el rechazo de asistencia por parte de la Autoridad central, dado el carácter esencialmente irrecurrible de este tipo de actos. Sin embargo, la *Cour d'appel administrative* rechazó directamente este argumento, sosteniendo el carácter de acto administrativo de esta decisión, puesto que aunque la Autoridad central está encargada de aplicar un Tratado de cooperación que necesita, por definición, un concierto entre los Estados partes, su decisión de no actuar pone en juego las relaciones de derecho interno con los particulares (*vid., amplius*, S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération...», *cit.*, pp. 650-656).

¹²⁴¹ *Vid.*, en el mismo sentido, H. Bosse-Platière, «Enlèvement d'enfants et adoption internationale...», *cit.*, pp. 420-421; también, implícitamente, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, pp. 252 y 257.

Habrá de acudirse, por tanto, a los procedimientos administrativos y cauces jurisdiccionales posteriores previstos en el respectivo Derecho interno del Estado del que se trate. Sin embargo, de *lege ferenda*, en todos aquellos supuestos en que la cuestión del litigio principal dependa de una cuestión accesoria relativa al estado o la capacidad de las personas, el órgano administrativo competente deberá abstenerse de conocer, y acudir a vía de las cuestiones prejudiciales, quedando la cuestión, por tanto, decidida en última instancia por los órganos jurisdiccionales civiles¹²⁴².

D) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional: desplazamiento del protagonismo de la autoridad judicial por el de la autoridad administrativa

A pesar que el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional no altera *a priori*, como se vio *supra*, el protagonismo de la autoridad judicial en la fase de constitución de la adopción internacional¹²⁴³, la tendencia a la «desjudicialización» patente en este texto se afirma, no porque las AACC se conviertan en *passage oblig * de cualquier proyecto de adopción internacional *ex art. 15* (puesto que como acaba de verse esta circunstancia concurre en distinta medida en el resto de Convenios de CIA que inciden en la protección del menor), sino por el protagonismo que en conjunto adquiere el procedimiento administrativo (y, por tanto, las decisiones de naturaleza administrativa) *versus* el procedimiento judicial a lo largo del *iter* convencional, así como por la cierta invasión de competencias que puede apreciarse en su desarrollo. El protagonismo de las autoridades administrativas en el curso del procedimiento convencional se aprecia inequívocamente en dos fases procedimentales distintas, que acaecen en momentos temporales dispares. Sin perjuicio de analizar el régimen jurídico de dichas fases en los capítulos correspondientes, en este momento interesa destacar cuáles son los índices que revelan tal «desjudicialización» en tales etapas.

¹²⁴² *Vid.*, H. Bosse-Platière, «Enlèvement d'enfant...», *cit.*, p. 421; S. Corneloup y V. Corneloup, «Le contentieux de la coopération...», *cit.*, pp. 671-680. No obstante, la opción de las cuestiones prejudiciales deberá ser apreciada con cautela y de manera excepcional en los supuestos de sustracción internacional de menores, puesto que su planteamiento en estos casos implicaría un retraso de tiempo muy considerable en el procedimiento, que atenta frontalmente al principio de celeridad que exigen estas actuaciones.

¹²⁴³ *Vid.*, Cap. II, II. 2. C) d).

El primer índice revelador de este proceso de «desjudicialización», donde puede apreciarse una cierta pérdida de autonomía de la autoridad judicial a favor de la autoridad administrativa, se encuentra en el momento último de la fase administrativa de instrucción del procedimiento convencional, concretamente, en el conocido *matching* previsto en el art. 17.c)¹²⁴⁴. Este procedimiento de codecisión, que se analizará detenidamente en el capítulo destinado a los procedimientos de CIA, y que tiene lugar tras el intercambio de informes positivos sobre el menor y los adoptantes, consiste básicamente en un acuerdo conjunto entre las respectivas AACC del Estado de origen y del Estado de recepción implicadas en un concreto proyecto de adopción internacional, como condición indispensable de la continuación del procedimiento convencional de adopción internacional. Mediante este *matching* el Convenio persigue que las AACC aseguren de manera definitiva, de acuerdo con sus respectivas legislaciones, que no existen obstáculos jurídicos a la constitución de dicha adopción (en el Estado de origen o en el Estado de recepción), o al reconocimiento de la misma (en el Estado de recepción)¹²⁴⁵.

La competencia jurídica atribuida en virtud de este precepto a las AACC resulta bastante amplia, excediendo de las competencias ordinarias de las autoridades administrativas y, a mi juicio, es susceptible de afectar a la autonomía del órgano jurisdiccional en la fase de constitución de adopción. En efecto, cuando se contemple este *matching*, en el último capítulo de este trabajo, desde la perspectiva del derecho aplicable, se confirmará que las AACC están realizando en este momento convencional de una manera anticipada la función jurisdiccional que le correspondería a la autoridad judicial¹²⁴⁶, y aunque las AACC no tengan poder decisorio *per se* en la constitución de la adopción, su decisión materializada en dicho acuerdo puede influir en la autonomía que tiene asignada la autoridad judicial en un doble sentido. De un

¹²⁴⁴ La sustracción a la autoridad judicial de toda competencia en la fase de instrucción previa a este momento, como se analizará, no puede contemplarse en modo alguno como característica de «desjudicialización» en este marco convencional, sino sólo un reflejo convencional de la tendencia generalizada de todos los Ordenamientos jurídicos interno, incluido, como es sabido, el Derecho español. La expresión de «*matching*» fue utilizada durante los trabajos preparatorios del Convenio para designar el momento en el que las respectivas AACC implicadas cuestionan conjuntamente sobre la «viabilidad» de la adopción proyectada.

¹²⁴⁵ *Vid.*, N. Meyer-Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 281; B. Sturlèse, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 431.

¹²⁴⁶ *Vid.*, *infra*, Cap. IV, III. 3. C) d).

lado, se advierte fácilmente que sin la existencia de dicho acuerdo, el órgano jurisdiccional no puede proceder nunca a la constitución de la adopción internacional en el marco convencional, dándose por finalizado el procedimiento¹²⁴⁷. Cabría preguntarse, no obstante, si el órgano jurisdiccional en fase de constitución hubiera podido alcanzar una conclusión distinta, examinado los mismos aspectos y resolviendo la procedencia de la constitución de la adopción. Por otro lado, para valorar la incidencia real de la actuación de las AACC *ex art. 17 c)* en la fase de constitución, es necesario determinar si en el supuesto que exista acuerdo de principio entre las respectivas AACC, el órgano jurisdiccional (o autoridad administrativa competente para constituir la adopción), queda vinculado o no por la propuesta elevada por aquéllas. El Convenio no se refiere específicamente a la vinculación de la autoridad competente para constituir la adopción respecto a la decisión de las AACC, aunque, *a priori*, como se ha comprobado, el texto respeta la ordenación interna de los Estados en fase de constitución, por lo que cabe afirmar, desde la perspectiva del Derecho español, que en el supuesto que la adopción se constituya en nuestro país, en defecto de normativa interna de desarrollo, y teniendo en cuenta que en nuestro sistema jurídico, como se ha visto, el acto de constitución de la adopción posee una naturaleza exclusivamente jurisdiccional, sin vinculación respecto a la propuesta de la Entidad Pública, el órgano jurisdiccional no está vinculado por la decisión favorable de la Autoridad central. La respuesta a esta cuestión, sin embargo, podrá ser distinta en otros Ordenamientos jurídicos, en los que la intervención judicial en fase de constitución responda a una función meramente homologadora respecto a las decisión previa adoptada por las autoridades administrativas en fase de instrucción¹²⁴⁸.

En segundo lugar, una vez superada con éxito la fase de constitución, la tendencia a la «desjudicialización» se manifiesta claramente, en general, en sede de eficacia extraterritorial de decisiones y, en el Derecho español, particularmente, desde dos perspectivas.

¹²⁴⁷ *Vid.*, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 50; M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, p. 96.

¹²⁴⁸ Según afirma M. Guzmán Zapater («Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, p. 96), el grado de vinculación dependerá de la ordenación y práctica vigente en cada Estado contratante.

De un lado, como se adelantó, y se volverá sobre ello en el último capítulo de este trabajo, el Convenio de La Haya de 1993, coherente con la tendencia generalizada de estos Convenios de CIA, consagra un sistema de reconocimiento de las adopciones constituidas en su marco muy favorable y casi privilegiado¹²⁴⁹, pero caracterizado por su carácter esencialmente formal¹²⁵⁰. Se reconoce de pleno derecho, *ex art. 23*, las decisiones de adopción que se beneficien de un certificado emitido por la Autoridad del Estado de origen que atestigüe la conformidad de dicha adopción conforme a las reglas del Convenio. La relevancia de este certificado de conformidad resulta incontestable en el marco del procedimiento, puesto que, de un lado, el acceso al régimen privilegiado de reconocimiento queda subordinado inexcusablemente a la expedición de dicho certificado, de manera que la decisión de adopción no puede circular entre los Estados parte sin dicho certificado¹²⁵¹; y, de otro, instituye una presunción casi irrefutable de la regularidad de la adopción conforme a las reglas convencionales. La cuestión del contenido de dicho certificado de conformidad fue muy discutida durante la negociación del Convenio y, finalmente, entendiendo que la adopción debía ser conforme a todas las disposiciones del Convenio¹²⁵², el art. 21.1 sólo exige como garantía adicional que se precise cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el art. 17, reforzándose una vez más la

¹²⁴⁹ *Vid.*, especialmente, *infra*, Cap. IV, IV. 4 B).

¹²⁵⁰ *Vid.*, esta caracterización, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, p. 334.

¹²⁵¹ *Vid.*, en este sentido, N. Meyer Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 286; H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, pp. 50-51; B. Sturlèse, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 96. No obstante, otros autores defienden una interpretación distinta sobre el alcance de dicho certificado, conforme a la cual, éste solo constituiría un medio suplementario para asegurar la observación de las reglas convencionales, y dicho requisito podría alcanzarse por otros medios de prueba (*vid.*, M. Jametti Greiner y A. Bucher, «La Dix-septième session...», *cit.*, pp. 80-81). Nuestra doctrina acertadamente parece sostener la primera postura (*vid.*, *ad. ex.*, S. Adroher Biosca, «Marco jurídico de la adopción internacional», *cit.*, p. 12; M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, p. 96). La DGRN también sigue esta línea, considerando que una adopción no certificada conforme al Convenio no resulta inscribible en España por vulneración patente del Convenio de La Haya [*vid.*, Resolución de 20 de septiembre de 1997 (2º), *Anuario de la DGRN*, 1997, p. 2083; Resoluciones de 22 de enero de 1998 (1ª), (2ª), (3ª), *BIMJ*, núm. 1826, pp. 1983, 1986 y 1989, respectivamente].

¹²⁵² La discusión se cifró en torno a una propuesta tendente a que se especificara en el certificado de conformidad que se habían respetado las disposiciones del capítulo II. Sin embargo, como señala G. Parra Aranguren en su informe, esta propuesta fue rechazada, puesto que si el certificado debía contener el respeto a ciertas disposiciones del Convenio, podría interpretarse que no tenían que observarse todas las disposiciones y, en definitiva, que no debía establecerse una distinción entre normas supuestamente fundamentales y no fundamentales (*vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 614).

trascendencia de este procedimiento de codecisión en el marco de todo el Convenio¹²⁵³. En conclusión, la función del certificado de conformidad es crucial para el funcionamiento del Convenio, y asegurar el logro de sus objetivos convencionales, con lo cual, la responsabilidad de la autoridad competente en cada Estado para librarlo es de gran trascendencia jurídica. La emisión de dicho certificado corresponde a las Autoridades designadas al efecto en el Estado contratante donde se constituya la adopción¹²⁵⁴ y, en España, como en la mayoría de los Estados parte del Convenio, la emisión de dicho certificado corresponde a las AACC¹²⁵⁵. Por tanto, puede verificarse en esta última fase convencional una primera manifestación de como la autoridad administrativa vuelve a convertirse en la estructura protagonista del Convenio, estrechándose de manera paralela cuantitativa y cualitativamente las competencias de los órganos jurisdiccionales. No obstante, debe denunciarse, tal como ha sido realizado por algunos autores, que dada la trascendencia de dicho certificado, hubiera sido preferible que el Convenio en este aspecto no hubiera dejado tan amplio margen de discrecionalidad a los Estados parte, y hubiera atribuido sistemáticamente esta competencia a la autoridad que *in casu* haya constituido la adopción¹²⁵⁶ (autoridad que en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos se identifica con una autoridad judicial).

De otro lado, al margen de la autoridad competente en el marco convencional para expedir el certificado de conformidad¹²⁵⁷, la segunda manifestación en sede de

¹²⁵³ Respecto a la forma del citado certificado de conformidad, tal como se vio con anterioridad, existe un modelo recomendado que fue aprobado en la Comisión de 1994 [*vid.*, *supra*, Cap. I. III. 5. B) d)].

¹²⁵⁴ El art. 23.2 obliga a los Estados que devengan parte en el Convenio a notificar al depositario del Convenio la identidad y funciones de la autoridad o autoridades competentes en dicho Estado para expedir la certificación, así como los posibles cambios que al respecto se puedan producir.

¹²⁵⁵ *Vid.*, Instrumento de ratificación, conforme al cual se deduce la competencia de la Autoridad central correspondiente a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ha constituido la adopción. Solo excepcionalmente algunos Estados como Finlandia atribuyen la competencia para librar el certificado a la autoridad que ha constituido la adopción.

¹²⁵⁶ *Vid.*, B. Sturlése, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 432; N. Meyer Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 287; E. Poisson- Drocourt, «L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 726. Por otro lado, parece incomprensible esta identificación de competencias existente en la práctica en la figura de la Autoridad central, para emitir el acuerdo de principio *ex art.* 17.c), y el certificado de conformidad *ex art.* 23, puesto que si en definitiva la finalidad del segundo es atestiguar que se ha cumplido adecuadamente el primero, resulta incoherente que la misma autoridad verifique lo que ella misma previamente ha realizado.

¹²⁵⁷ A. Vaccaro («L'adozione internazionale...», *cit.*, p. 1133) sostiene, no obstante, que la competencia de la Autoridad central para expedir el certificado de conformidad queda excluida por la dicción literal

reconocimiento del proceso de «desjudicialización» se percibe si se examina la naturaleza de las autoridades competentes en nuestro Ordenamiento jurídico en esta concreta fase convencional de reconocimiento; autoridades que, en modo alguno, pueden identificarse *stricto sensu* con la autoridad judicial.

Al margen de los diferentes regímenes convencionales existentes en el Derecho español aplicables al reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero ante autoridades extranjeras, que sólo excepcionalmente hacen intervenir a los órganos jurisdiccionales en cuanto jueces del *exequátur*¹²⁵⁸, el reconocimiento de las adopciones constituidas al amparo del Convenio de La Haya de 1993 no hace intervenir en ningún caso a las autoridades judiciales. Una vez que la adopción ha sido constituida y certificada conforme al Convenio, el reconocimiento debe producirse sin formalidad de tipo alguno y procediendo únicamente a la correspondiente inscripción¹²⁵⁹. La competencia para proceder al reconocimiento por inscripción se encuentra compartida entre el Encargado del Registro Civil Central y el Cónsul

del precepto, puesto que si el Convenio hubiera querido referirse a la Autoridad central hubiera adoptado la misma terminología empleada en el precepto anterior.

¹²⁵⁸ El reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero ante autoridades extranjeras, como es sabido, no precisa en nuestro Derecho autónomo el *exequátur*, tal como la DGRN ha señalado reiteradamente durante años, la doctrina ha justificado teóricamente [*vid., ad. ex.*, R. Arenas García, «Nota al ATS (Sala 1ª) de 16 de junio de 1994», *REDI*, vol. XLVII, 1995, 2, pp. 400-403], y la Disposición Adicional 2ª de la Ley Orgánica 1/1996 ha confirmado legislativamente («para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero el Encargado del Registro apreciará la conveniencia de los requisitos del art. 9.5 C»). Sólo excepcionalmente si existe régimen convencional bilateral específico que así lo requiera, el reconocimiento de la adopción precisará *exequátur*, siendo condicionado el mismo a los presupuestos que cada Convenio exija (Convenio entre España y Colombia de 30 de mayo de 1908; Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969; Convenio hispano-italiano de 22 de mayo de 1973; Convenio entre España y Checoslovaquia de 4 de mayo de 1987; Convenio entre España y la República Popular China de 2 de mayo de 1992; Convenio hispano-búlgaro de 23 de mayo de 1993). Finalmente, al margen del régimen convencional multilateral del Convenio de La Haya de 1993, existe también otro régimen convencional bilateral específico recogido en ciertos Convenios bilaterales que prevén el reconocimiento automático (Convenio hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983; Convenio hispano-austríaco de 17 de febrero de 1984). Sobre los diferentes regímenes de reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero ante autoridad extranjera, *vid.*, S. Adroher Biosca, «Marco jurídico de la adopción internacional», *cit.*, pp. 117-135; C. Espulgues Mota, «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España», *cit.*, pp. 58-74; al hilo de la práctica, B. Campuzano Díaz, «Nota a las Res. (s) DGRN (1ª) de 23 de febrero de 1999, de 30 de marzo de 1999, de 11 de mayo de 1999», *REDI*, vol. LII, 2000, 1, pp. 214-217.

¹²⁵⁹ *Vid.*, C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, p. 36; M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, pp. 110-111. La inscripción consiste en la transcripción en el Registro Civil español de la certificación de nacimiento del adoptado y la anotación marginal de la resolución por la que se constituye la adopción. El procedimiento se sustancia mediante el expediente registral de inscripción de nacimiento fuera de plazo (*vid.*, S. Adroher Biosca, «Marco jurídico de la adopción internacional», *cit.*, pp. 122-123).

español. En el supuesto en que, constituida la adopción en el extranjero, se desee el reconocimiento de la adopción antes del traslado del adoptado a España, la competencia para la inscripción se atribuye exclusivamente al Cónsul español encargado del Registro Consular correspondiente, para su posterior traslado al Registro Civil Central¹²⁶⁰. Evidentemente, la naturaleza de la función del Cónsul no es jurisdiccional, sino claramente administrativa y dependiente directamente del Ministerio de Asuntos Exteriores. En el supuesto en que el reconocimiento de la adopción constituida en el Estado de origen conforme al Convenio se solicite en España, la competencia para practicar el reconocimiento por inscripción corresponde al Encargado del Registro Civil Central¹²⁶¹. Aunque la competencia para atender el Registro Civil Central se atribuya a los Juzgados de Primera Instancia, resulta también evidente que en el ejercicio de esta función, dichos órganos jurisdiccionales no están realizando una función jurisdiccional, sino de naturaleza puramente administrativa¹²⁶². Por tanto, ya sea practicada la inscripción en el extranjero por el Cónsul español (supuesto que resultará más beneficioso puesto que evita los problemas de extranjería relativos a la entrada del menor en España), como ya sea practicada en España por el Encargado del Registro Civil Central, resulta indiscutible, una vez más, el protagonismo que las autoridades de naturaleza administrativa poseen en esta última fase del procedimiento convencional *versus* las autoridades judiciales, a las que le es sustraída cualquier competencia en esta fase de reconocimiento.

En conclusión, se ha comprobado que tanto la fase de instrucción como la fase de reconocimiento en la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional resulta atribuida en nuestro Ordenamiento jurídico de manera exclusiva a autoridades de carácter administrativo. En la concreta fase de constitución de la

¹²⁶⁰ *Vid.*, art. 16 de la LRC: «*Los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen*».

¹²⁶¹ *Vid.*, art. 18 de la LRC: «*En el Registro Civil Central se inscribirán los hechos para cuya inscripción no resulte competente ningún otro Registro y aquellos que no puedan inscribirse por concurrir circunstancias excepcionales... Igualmente se llevarán en el Registro Civil Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones consulares*».

¹²⁶² La competencia de los Juzgados de Primera Instancia para atender al Registro Civil Central (funciones que comparte con un Administrador Civil) fue atribuida en virtud de la Ley de Demarcación y Planta, de 28 de diciembre de 1988, aunque la naturaleza administrativa de este Registro fue patente desde su creación por la Ley de 8 de junio de 1957, en su dependencia directa del Ministerio de Justicia (*vid.*, *amplius*, J. M. Álvarez Álvarez, «El Registro Civil Central», *BIMJ*, núm. 1834, 1998, pp. 3437-3464).

adopción, aunque la competencia decisoria continúa siendo reservada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, su intervención se subordina al acuerdo de principio que compete a las AACC. En este acuerdo, a mi juicio, puede apreciarse una cierta invasión de competencias jurisdiccionales, al igual que también puede sostenerse en fase de reconocimiento respecto a la competencia de la Autoridad central para la emisión del certificado de conformidad *ex art. 23*.

Este proceso convencional de «desjudicialización» latente en el Convenio de La Haya de 1993, y que no concurre en el resto de los Convenios de CIA en materia de protección de menores, no sólo obliga a reflexionar desde un punto de vista teórico sobre la tendencia del DIPr. desde el punto de vista de la aplicación de sus normas, sino que también provoca serias dificultades prácticas en la aplicación del Convenio en aquellos Estados parte que poseen un modelo de adopción internacional marcadamente «judicialista», dando lugar a serios problemas de delimitación de competencias entre ambas estructuras¹²⁶³.

IV. Otras estructuras de cooperación

1. Consideraciones previas: forma de determinación de su intervención y fundamento

El hecho que las AACC se erijan como estructuras administrativas nucleares de los procedimientos de cooperación incorporados en los Convenios de CIA relativos a la protección de menores no implica, como se ha comprobado, que todas las obligaciones asignadas a las AACC deban ser ejecutadas directamente por éstas sino que, por el contrario, todos los Convenios internacionales analizados en este trabajo prevén, con distinto alcance, la intervención de otras autoridades públicas u organismos privados en la ejecución efectiva de muchas de las obligaciones atribuidas convencionalmente a las AACC.

¹²⁶³ Problemas de delimitación de competencias entre AACC y tribunales que se han planteado, principalmente, en algunos países de América Latina (*vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale...décembre 2000», *cit.*, p. 15).

La determinación efectiva de las autoridades públicas u organismos que ejecutarán o podrán ejecutar una concreta obligación convencional en los respectivos Estados parte y, en caso que se admita la intervención de otras autoridades distintas a las AACC, los cauces para organizar la cooperación entre las distintas autoridades intervinientes, viene dada de nuevo por dos índices o factores: en primer lugar, por la específica normativa convencional y, en segundo lugar, por la concreta normativa interna de cada uno de los Estados parte.

Efectivamente, en primer lugar, la posibilidad de intermediación o delegación en la ejecución de las obligaciones de las AACC viene suministrada por el propio Convenio internacional de CIA que *in casu* se trate, puesto que para que una determinada obligación pueda no ser llevada a cabo directamente por la Autoridad central, la propia normativa convencional tiene que admitir expresamente dicha posibilidad. En este sentido, *ad. ex.*, se ha podido verificar que ciertas de las obligaciones cuasi generalizadas de las AACC (*ad. ex.*, recepción de la solicitud), mientras que en algunos textos su cumplimiento se asigna exclusivamente a la AACC (*ad. ex.*, Convenios relativos a la sustracción internacional de menores), en otros se abre la posibilidad de delegación en otras autoridades públicas u organismos nacionales (*ad. ex.*, Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional *ex art.* 22). El grado de apertura convencional hacia la intervención de otras autoridades distintas a las AACC, para llevar a cabo las tareas que se le asignan a éstas, viene dado básicamente por dos factores: de un lado, el ámbito de aplicación del Convenio y, de otro, fundamentalmente, por el contenido efectivo de dichas obligaciones. Ciertamente, los Convenios multilaterales abiertos a una pluralidad de Estados con Ordenamientos jurídicos muy dispares, inevitablemente tienen que reconocer la posible delegación por parte de las AACC en otras autoridades de muchas de sus funciones, pues deben ser capaces, como requisito indispensable de su éxito, de respetar los Ordenamientos jurídicos internos de cada Estado parte y, concretamente, la capacidad jurídica de actuación que en cada uno de ellos disponga la concreta estructura de la Autoridad central¹²⁶⁴; en segundo lugar, y como idea básica que

¹²⁶⁴ *Vid.*, esta misma idea, como justificación de la apertura existente en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 438; en general, B. Brunet, «Autorité parentale», *cit.*, p. 8.

justifica o fundamenta la colaboración de otras autoridades públicas u organismos privados con las AACC en el ejercicio de las funciones de éstas, el grado de apertura convencional viene dado o exigido por la naturaleza y los contenidos específicos de las obligaciones atribuidas a la Autoridad central. De este modo, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento directo por las AACC de las muy variadas atribuciones que le son asignadas convencionalmente requeriría para su ejecución efectiva crear en cada Estado parte *ex novo* una especie de administración específica destinada a la aplicación de estos Convenios de CIA, con lo cual, ante tal utopía, que además corre el riesgo de caer en una excesiva burocracia en la aplicación de estos textos que afectan tan directamente al estado y capacidad de las personas¹²⁶⁵, la opción lógica es permitir que las tareas asignadas a las AACC se realicen con la colaboración de las autoridades u organismos estatales ya existentes en el organigrama nacional, y que pueden prestar, por su especialización de funciones, la asistencia necesaria a las AACC para el cumplimiento de sus variadas obligaciones. Debe recordarse en este sentido, que todas las obligaciones particulares incorporadas en los diferentes ámbitos materiales de protección, que por naturaleza requieren actividades diversas más específicas materialmente, se rigen, como se ha visto, por el principio de no imperativa ejecución directa por parte de las AACC; y que la complejidad del proceso de adopción internacional, erige al Convenio de La Haya de 1993 como ejemplo paradigmático de concurso de diferentes autoridades y organismos nacionales de muy variada naturaleza.

En segundo lugar, para determinar *in casu* la forma de ejecución respecto a una concreta atribución de las AACC en los supuestos en que, previamente, se abra la posibilidad convencional de intermediación y/o de delegación, ha de acudirse inexcusablemente a cada uno de los Derechos internos de los Estados parte, puesto que naturalmente los respectivos Convenios de CIA no designan la identidad de dichas autoridades, sino que corresponde a cada uno de los Estados parte que hagan uso de la opción convencional, concretar, de acuerdo con su estructura orgánica

¹²⁶⁵ *Vid.*, en este sentido, el recelo y la dura crítica realizada por Y. Lequette («Le droit international privé de la famille...», *cit.*, pp. 218 y 229) respecto al sistema de CIA instaurado por el Convenio de La Haya de 1993, que llega a calificar como un instrumento llevado a cabo por los funcionarios para los funcionarios, dirigido más a confirmar el poder de éstos, que a responder al interés de los principales interesados.

interna, que autoridades están llamadas a cooperar con las AACC, y en que términos se organiza la colaboración entre dichas autoridades. No obstante, también debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, la propia norma convencional impone una serie de límites o condiciones a los Estados parte con relación a la libertad de delegación de funciones, organiza la colaboración entre los agentes intervinientes, así como atribuye a los Estados cierta libertad para decidir en que medida, en cuanto Estados co-contratantes, aceptan la delegación de funciones realizada por otros Estado parte en sus relaciones mutuas¹²⁶⁶.

No debe olvidarse, finalmente, que al margen de las previsiones convencionales específicas sobre las relaciones entre autoridades intervinientes, las AACC, tal como se viene reiterando, son las autoridades responsables *ad intra* y *ad extra* de la ejecución efectiva de todas y cada una de las obligaciones que convencionalmente les son asignadas, y las relaciones entre éstas y las autoridades u organismos que intervengan por delegación siempre estarán presididas por las ideas de cooperación y control; cooperación *in genere* para alcanzar los respectivos objetivos convencionales, y control que principalmente debe ejercerse por las AACC sobre la actuación de los organismos de carácter privado.

2. Autoridades públicas

A) Consideraciones previas

La cooperación de las AACC con las autoridades públicas estatales competentes de sus respectivos Estados, prevista como se ha visto en todos los Convenios de CIA, se convierte en elemento indispensable para la ejecución, principalmente, de las obligaciones particulares asignadas a aquéllas en los diferentes ámbitos materiales de protección. La colaboración de organismos supranacionales de carácter netamente público, también se presenta actualmente como una vía eficaz para el cumplimiento de determinadas obligaciones, y aunque su intervención no aparezca incorporada

¹²⁶⁶ *Ad. ex.*, como se verá más detenidamente *infra*, con relación a los organismos no acreditados en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional *ex art. 22 [vid., Cap. II, IV. 3 C)]*.

expresamente en la mayoría de estos textos, debe incluirse en la cobertura de los respectivos preceptos que prevén esta modalidad de cooperación¹²⁶⁷.

Resulta obvio que no puede realizarse una concreción exhaustiva de todas las autoridades públicas susceptibles de cooperar con las AACC en el marco de estos Convenios de CIA y, en general, puede sostenerse que en cada concreto supuesto de actuación convencional, las AACC habrán de cooperar con cuantas autoridades públicas se hallen implicadas *in casu* en la adopción internacional, en la sustracción internacional de menores, en la reclamación de alimentos, o en la adopción de una medida de protección sobre el menor o sus bienes. Estas autoridades podrán pertenecer tanto a la Administración pública (Cuerpos de Seguridad del Estado, Órganos de la Seguridad Social, Órganos de Protección de la Infancia, Registros Públicos, Servicios Jurídicos del Estado etc.), como al Poder Judicial (órganos jurisdiccionales, personal judicial, y asimilados como la Fiscalía o los Médicos Forenses). Aparte de resaltar la importancia de la cooperación de las AACC con los órganos jurisdiccionales, aspecto que se analizará más detenidamente en el capítulo siguiente, en cuanto que se alzan como las dos estructuras básicas en la aplicación de estos Convenios de CIA¹²⁶⁸, así como la intervención decisiva en nuestro Ordenamiento jurídico del Ministerio Fiscal en cuanto órgano tutelar de los intereses de los menores en juicio y fuera del mismo, se examinarán brevemente algunas de las autoridades públicas cuya intervención resulta más generalizada en el marco de estos Convenios, con una especial atención al Derecho español¹²⁶⁹.

¹²⁶⁷ Básicamente, arts. 3.1 y 5.1 del Convenio de Luxemburgo de 1980; art. 7 del Convenio de La Haya de 1980; art. 4.2 del Convenio hispano-marroquí de 1997; art. 6.1 del Convenio de Nueva York de 1956; art. 3 del Convenio de Roma de 1990; arts. 8, 9 y 22. 1 del Convenio de La Haya de 1993; art. 31 del Convenio de La Haya de 1996. *Vid.*, esta apreciación respecto a la intervención de la Interpol en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción *ex art. 7*, C. González Beilfuss, «La aplicación del Convenio de La Haya...», *cit.*, p. 75.

¹²⁶⁸ Aparte del ejercicio de las competencias que autónomamente tienen asignadas cada una de las autoridades judiciales en el marco de los respectivos Convenios de CIA, la relación entre éstas y las AACC en la aplicación de los mismos también debe estar presidida por las ideas de cooperación y de control; cooperación *in genere* para alcanzar los respectivos objetivos convencionales, y control por las autoridades judiciales respecto a las decisiones administrativas adoptadas por las AACC en el ejercicio de sus competencias.

¹²⁶⁹ Entre la intervención de las autoridades públicas también debe incluirse y resaltarse la importancia de la cooperación de las AACC con algunos organismos de naturaleza semipública, como son los Colegios de Abogados (en nuestro Ordenamiento jurídico, Corporaciones de Derecho Público). Los Colegios de Abogados realizan una función muy importante en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, respecto a la obligación de las AACC de facilitar la

B) Identificación

a) Autoridades de naturaleza policial

En el marco de la sustracción internacional de menores es preciso la cooperación con las AACC de todas las autoridades gubernamentales susceptibles de ayudar al cumplimiento de la obligación de localización del menor en el concreto Estado al que éste haya sido desplazado o retenido, especialmente de los Cuerpos de Seguridad del Estado¹²⁷⁰. En el seno de las Comisiones especiales sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores se ha puesto de relieve la dificultad en el cumplimiento de esta obligación convencional¹²⁷¹, destacando la importancia para su ejecución efectiva de la obtención por las AACC de todas las informaciones útiles susceptibles de ser suministradas por diversas autoridades estatales, así como la posterior comunicación a las autoridades implicadas. En esta línea, se insiste en la conveniencia de suprimir en este ámbito las exigencias relativas a la protección de datos personales previstas por los respectivos Derechos internos¹²⁷². Igualmente, y dado el aumento del número de sustracciones que ha tenido lugar entre los Estados partes del Convenio de Schengen tras la supresión de los controles transfronterizos, que dificulta la localización de menores, la cooperación

asistencia judicial y jurídica [art. 7.2 g)], en aquellos Estados que, como se vio *supra*, no disponen de un sistema de asistencia judicial [*vid.*, Cap. I, III. 5 B) c)]. Para superar esta laguna, fundamentalmente, Estados Unidos, ha propiciado la conclusión de acuerdos entre los Colegios de Abogados en el ámbito local, nacional e internacional, con objeto que el demandante extranjero pueda disponer de manera rápida y gratuita de la asistencia de un abogado, a efectos básicamente de la incoación del procedimiento de retorno (*vid.*, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, párrs. 44-45; «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, réponse a la question 34).

¹²⁷⁰ La exigencia de esta colaboración fue puesta de relieve expresamente en la Resolución adoptada por el IDI en 1996 relativa a la cooperación entre autoridades estatales en la lucha contra el desplazamiento ilícito de menores (*vid.*, *Annuaire IDI*, 1996, vol. 66-II, pp. 321-367).

¹²⁷¹ Se realizó una especial mención al problema de España como Estado requerido para localizar a los menores desplazados a nuestro país, en la medida que éstos son llevados a zonas muy turísticas. Teniendo en cuenta esta dificultad se ha insistido en la importancia de la cooperación *ad extra*, debiendo comunicar las AACC requirentes a la Autoridad central española todas las informaciones posibles que faciliten la rápida localización del menor (*vid.*, «Rapport de la troisième réunion...», *cit.*, párrs. 24-25). En otros Estados, *ad. ex.*, Canadá o Australia, se trata de una cuestión que tradicionalmente ha suscitado problemas (*vid.*, K. B. Farquhar, «The Hague Convention on International Abduction comes to Canada», *Revue Canadienne de droit familial*, vol. I, 1983, pp. 5-34, esp., pp. 16-17; P. Nygh, «The International Abduction of Children», J. Doek et al. (Eds), *Children on the Move*, *cit.*, pp. 29-45, esp., pp. 44-45, respectivamente).

¹²⁷² *Vid.*, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, conclusion V; «Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 5.

de las AACC con la Interpol y la Europol es una actividad indispensable y decisiva para la localización de los menores¹²⁷³.

Estas mismas autoridades nacionales y supranacionales especializadas están llamadas también a realizar una función indispensable en el ámbito de la facilitación de los créditos alimentarios (Convenio de nueva York de 1956), en orden a localizar en los respectivos territorios de los Estados parte al deudor de alimentos, así como en el marco general de la protección de menores (Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores), con objeto de localizar a los menores no sólo desplazados, sino también a los que se encuentren en cualquier situación de riesgo o dificultad que exija su localización física entre los Estados partes.

En la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, la intervención de las autoridades públicas policiales y de las fuerzas de seguridad competentes también se presenta indispensable para prevenir los beneficios materiales indebidos en relación a la adopción y las prácticas contrarias a los objetivos del Convenio (art. 8). Por esta razón, deberán cooperar con las AACC en lo que se refiere a la prevención y represión de los delitos relativos a menores¹²⁷⁴.

b) Servicios de inmigración

La intervención de las diversas autoridades competentes en materia de inmigración se erige como pieza nuclear en el cumplimiento de muchas de las obligaciones que las AACC tienen asignadas en la mayoría de estos Convenios de CIA puesto que, como se ha visto, la mayoría de estos textos regulan situaciones que implican un desplazamiento físico del menor de un Estado a otro. De este modo, la intervención de algunas autoridades competentes en materia de inmigración (*ad. ex.*, en España, Fronteras dependiente del Ministerio del Interior) desempeñan una función decisiva en el marco de la sustracción internacional de menores, desde un punto de vista preventivo en orden a evitar precisamente que tenga lugar la sustracción, o que

¹²⁷³ Estos organismos supranacionales están llevando a cabo una labor decisiva en los supuestos de sustracción internacional de menores. En la Europol se ha creado al efecto un registro específico de menores.

¹²⁷⁴ *Vid.*, A. Durán Ayago, «La filiación adoptiva...», *cit.*, p. 7.

existan nuevos desplazamientos durante el curso de un concreto procedimiento convencional [art. 7.2 b) del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción y análogos]¹²⁷⁵.

La colaboración de las AACC con estas autoridades es sobre todo nuclear en la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, tanto para garantizar el desplazamiento del menor al Estado de recepción (art. 19), como fundamentalmente y con carácter previo, asegurar la salida del menor del Estado de origen y la entrada y permanencia del adoptado en el Estado de recepción (art. 18). Desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico español, en cuanto Estado de recepción, la colaboración de las AACC con las autoridades competentes españolas en materia de inmigración (Ministerio de Justicia y Ministerio de Asuntos Exteriores, especialmente, Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulados, Embajadas, Consulados), para que el menor disponga de toda la documentación que le permita entrar y residir en nuestro país con carácter permanente es indispensable para el cumplimiento de esta obligación. Su ejecución ha ocasionado en España numerosos problemas de Derecho de extranjería, y sobre todo en los supuestos en que la adopción no se constituía ante la autoridad extranjera, sino que el menor era desplazado a España como extranjero con la finalidad de ser adoptado en nuestro país (cuestión que se agudizaba en aquellos supuestos en los que la adopción no llegaba a constituirse por no coincidir con nuestra institución de la adopción plena)¹²⁷⁶. Todas estas dificultades recibieron una respuesta en los «*Criterios para la actuación consular en supuestos de adopción internacional a solicitud de adoptantes españoles domiciliados en España*», aprobados por la Comisión de Política de Visados y de Cooperación Internacional, delegada de la Comisión Interministerial de Extranjería, el 7 de

¹²⁷⁵ La actuación de estas autoridades desde un punto de vista preventivo, en los supuestos de custodia conjunta en que existe una decisión judicial por la que se limita el derecho del progenitor con quien reside el menor a desplazarse de dicho país, ocasiona delicados problemas, tanto con relación al derecho de movilidad personal de dicho progenitor como, desde un punto de vista práctico, por la supresión de las fronteras dentro de la Unión Europea (*vid., ad. ex.*, A. Dyer, «Traslado de los padres guardianes y de sus hijos dentro de la Unión Europea y problemas del derecho de visita. Ámbito y tiempos de la intervención judicial», *Infancia y Sociedad*, nº 33, *cit.*, pp. 147-167; J. del Rosal Alonso, «La sustracción internacional de menores», *ibid.*, pp. 193-200).

¹²⁷⁶ Sobre los problemas de Derecho de extranjería que ocasionaba la adopción internacional en nuestro Ordenamiento jurídico, *vid.*, entre otros, C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, pp. 323-325; S. Adroher Biosca, «Marco jurídico de la adopción internacional», *cit.*, pp. 140-143.

noviembre de 1996. En estos criterios, partiendo de la idea general de la exigencia de visado para la entrada del menor en España de un menor extranjero, salvo que con el país de procedencia se hubiera acordado su supresión o pertenezca a la Unión Europea, se suministran a los Cónsules los índices que deben tener en cuenta en la expedición de un visado a un menor que pretende entrar en España con fines de constituir una adopción, o para facilitar el acceso al Registro Civil Consular de una adopción constituida ante autoridad extranjera competente¹²⁷⁷.

c) Organismos públicos en materia de protección de la infancia

La intervención de las autoridades competentes estatales en materia de protección de menores (en España, las Entidades públicas respectivas de cada Comunidad Autónoma)¹²⁷⁸, es indispensable en la aplicación de todos estos Convenios de CIA, y su colaboración con las AACC es decisiva para la ejecución efectiva de muchas de las obligaciones que éstas tienen asignadas.

En el ámbito de la sustracción internacional de menores, las autoridades públicas en materia de protección de la infancia están llamadas a desempeñar un papel importante en las diversas etapas de un supuesto tipo de sustracción: *ad. ex.*, como instituciones mediadoras para alcanzar un acuerdo extrajudicial con objeto de obtener el retorno voluntario del menor¹²⁷⁹; durante el procedimiento de retorno, desde el punto de vista de la asistencia y representación jurídica en algunos Estados; y, fundamentalmente, en los supuestos en que se ordene el retorno del menor, para garantizar la ejecución de la orden de retorno sin peligro para éste¹²⁸⁰.

¹²⁷⁷ La Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares cursó a las oficinas consulares españolas el 11 de noviembre de 1996 la instrucción de servicio nº 404, recogiendo estos criterios para la actuación consular (*vid.*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Guía práctica para la aplicación del Convenio de La Haya...*, *cit.*, pp. 16-18; J. I. Esquivias Jaramillo, *Adopción internacional*, *cit.*, pp. 34-43).

¹²⁷⁸ *Vid.*, *supra*, Capítulo introd., II, 2. D) c).

¹²⁷⁹ *Vid.*, C. S. Bruch, «The Central Authority's Role...», *cit.*, p. 42.

¹²⁸⁰ La ejecución de la orden de retorno suscita en algunos Estados numerosos problemas en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción (*vid.*, C. González Beilfuss, «La aplicación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores...», *cit.*, pp. 75-76; *id.*, «International Child Abduction on Spain», *cit.*, pp. 340-342). La última Comisión Especial sobre el funcionamiento del citado Convenio incide en la relevancia de la colaboración en este aspecto de las AACC con las autoridades públicas en materia de protección de la infancia del Estado requirente, tanto previniendo

En el marco de la aplicación (en su caso) del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, no cabe duda que el ámbito de actuación de estas autoridades será muy amplio, tanto en el ejercicio de las obligaciones que las AACC tienen atribuidas de manera particular (*ad. ex.*, facilitar acuerdos amistosos) como, básicamente, en la ejecución de las funciones de asistencia que las AACC desempeñan respecto a los órganos jurisdiccionales en los procedimientos de cooperación judicial (arts. 33-37).

Debe también ser puesto de relieve que en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, las autoridades públicas en materia de protección de la infancia desempeñan, en general, un papel decisivo junto a los organismos acreditados u otras entidades, tanto en la ejecución de algunas obligaciones impuestas a las AACC al margen de un concreto procedimiento de adopción internacional (*ad. ex.*, intercambio de informes generales sobre las experiencias en materia de adopción internacional), como fundamentalmente en el ejercicio de las funciones que las AACC tienen asignadas en cada concreto proceso (*ad. ex.*, servicios de asesoramiento a los potenciales adoptantes; elaboración de informes etc.)¹²⁸¹. La circunstancia que concurre en nuestro Ordenamiento jurídico de identidad de las AACC con los Entes públicos autonómicos en materia de protección de menores, exige un esfuerzo suplementario de cooperación por parte de las AACC españolas con otros organismos ajenos a la administración para el cumplimiento de las obligaciones convencionales y,

del retorno de un menor potencialmente en peligro, como informando a dichas autoridades de las medidas susceptibles de adoptarse para ejecutar dicho retorno (*vid.*, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième reunion...», *cit.*, p. 6).

¹²⁸¹ Las donaciones o contribuciones que en muchos Estados de origen reciben los órganos y servicios de protección de la infancia en los procedimientos de adopción internacional han sido objeto de serio debate en la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de 2000, que culminó en la adopción por unanimidad de dos Recomendaciones. La primera en virtud de la cual se establece que las donaciones de los futuros padres adoptantes a los organismos implicados en el procedimiento de adopción internacional no serán requeridas, ofertadas o hechas; y, la segunda, que exhorta a los Estados de recepción a apoyar los esfuerzos realizados por los Estados de origen a fin de mejorar los servicios nacionales de protección de la infancia, incluyendo programas de prevención de los abandonos, pero de manera que dicho apoyo no sea dado o solicitado de modo que se comprometa la integridad del procedimiento de adopción internacional, o que se instaure un sistema que dependa de los ingresos derivados de la adopción internacional. Del mismo modo, las decisiones relativas a la colocación de menores con objeto de una adopción internacional no deben ser influenciadas por el montante de pagos o de contribuciones. Éstos no deben tener incidencia alguna en cuanto a la posibilidad para un menor de ser adoptado, ni en cuanto a su edad, su salud o cualquier otra característica relativa al futuro menor adoptado (*vid.*, *amplius*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale...», *cit.*, pp. 24-26).

fundamentalmente, con las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIS).

d) Autoridades consulares

La intervención que las autoridades consulares tienen o pueden tener en el marco de estos Convenios de CIA se sitúa en un ámbito distinto y peculiar a la cooperación que se lleva a cabo a través del sistema de las AACC. Al margen de poder observar la acción que realizan los cónsules en el Estado receptor como una manifestación de la cooperación internacional (cooperación jurídica consular)¹²⁸², debe advertirse que en la mayoría de las ocasiones la intervención de la institución consular en el marco de estos Convenios se produce al margen del sistema de CIA incorporado en cada uno de ellos, como manifestaciones de las funciones que estas autoridades *in casu* tienen atribuidas en virtud de los tres Ordenamientos jurídicos que confluyen en la configuración de su régimen jurídico¹²⁸³. Sólo, excepcionalmente, en aquellos supuestos en que su intervención se traduzca en una actividad de cooperación con las autoridades locales, esta actuación podría insertarse en el sistema de cooperación articulado a través del sistema de AACC, en el que las autoridades consulares cooperarían con aquéllas en la ejecución de las obligaciones convencionales.

Desde el punto de vista de la intervención autónoma de las autoridades consulares en el marco de estos Convenios, y desde la exclusiva perspectiva del Ordenamiento jurídico español, entre las funciones consulares susceptibles de desempeñar la autoridad consular española¹²⁸⁴, destaca la importante actividad que

¹²⁸² *Vid.*, esta aproximación, J. R. Remacha y Tejada, «Cooperación jurídica consular», en S. Álvarez González y J. R. Remacha y Tejada (Eds.), *Cooperación jurídica internacional...*, *cit.*, pp. 16-30.

¹²⁸³ El ejercicio de la función consular viene determinado, como es sabido, en el marco de un triángulo normativo: dos Ordenamientos jurídicos estatales (el del Estado del territorio en que se encuentra acreditado el cónsul y el del Estado del país que envía al cónsul), y el Derecho Internacional Público. En la doctrina, sobre el ejercicio de la función consular, *vid.*, entre muchos, J. Núñez Hernández, *La función consular en el Derecho español*, 1980; J. Torroba Sacristán, *Derecho consular. Guía práctica de los Consulados de España*, 1993.

¹²⁸⁴ Funciones que vienen determinadas por el citado triángulo normativo, aunque su concreción resulte en nuestro Ordenamiento jurídico muy compleja dada la dispersión de normas que caracteriza la normativa consular española (un análisis reciente de los diferentes supuestos tomando como referencia

realizan en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, en cuanto autoridad encargada del Registro Civil Consular. Su intervención, como se ha visto con anterioridad, es decisiva en los supuestos en que constituida la adopción del menor extranjero en el Estado de origen ante autoridad extranjera competente se proceda a efectuar, una vez obtenido el certificado de conformidad, el reconocimiento de la misma mediante la correspondiente inscripción en el Registro Civil Consular, evitando así los problemas de extranjería que se suscitan cuando el menor adoptado entra en España en calidad de extranjero.¹²⁸⁵

También en el marco del Convenio de La Haya de 1993, en tanto en que el Convenio *a priori* no afecta ni altera las reglas de competencia de los Estados parte en sede de competencia, teóricamente, la autoridad consular española podría estar llamada a intervenir en cuanto autoridad competente para constituir la adopción en el Estado de origen del menor, siempre que se verifiquen los requisitos exigidos para ello en nuestro Derecho interno, y la ley del Estado receptor no se oponga al ejercicio de esta función consular¹²⁸⁶. No obstante, a pesar de la teórica admisión de esta figura en nuestro Ordenamiento jurídico, debe señalarse que la viabilidad de la adopción consular en el marco del Convenio de La Haya de 1993 resulta algo dudosa, como ha sido puesto de relieve por algunos autores¹²⁸⁷. En efecto, no sólo desde un punto de vista práctico, la intervención consular en estos supuestos tendrá carácter sumamente excepcional puesto que, como se ha visto, los Estados de origen del menor suelen reivindicar en este aspecto la competencia exclusiva de sus autoridades para la constitución de la adopción¹²⁸⁸, sino que fundamentalmente la admisión de esta figura

la *Recopilación de Ordenes Circulares vigentes* puede verse en, J. R. Remacha y Tejada, «Cooperación jurídica consular», *cit.*, pp. 25-29).

¹²⁸⁵ *Vid.*, *supra*, Cap. II, III. 5. D).

¹²⁸⁶ Conforme a nuestro Derecho interno *ex art.* 9.5 Cc, el adoptante debe ser español y el adoptado debe estar domiciliado en la demarcación territorial. Además del cumplimiento de estos requisitos, debe tenerse en cuenta que no se trata de una función consular absoluta, sino limitada por la normativa del Derecho del Estado receptor, y sólo podrá llevarse a cabo si la normativa de dicho país lo permite. Sobre la figura de la adopción consular en nuestro Ordenamiento jurídico, *vid.*, *amplius*, J. M. Paz Agüeras, *La adopción consular*, 1990; *id.*, «La adopción consular. El problema de la propuesta previa», *BIMJ*, nº 1552, 1990, pp. 519-539.

¹²⁸⁷ *Vid.*, señalando su incompatibilidad, principalmente, C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, pp. 39-41.

¹²⁸⁸ *Vid.*, *supra*, Cap. I. I. 3 C) y Cap. I. II. 4 B). Debe tenerse presente que la DGRN se ha mostrado especialmente rígida a la hora de apreciar el requisito relativo a que el Estado local no debe oponerse al

atenta a la filosofía y el espíritu de la norma convencional, que a su vez es fiel reflejo, como es sabido, de la actual concepción de la institución. En este sentido, debe recordarse que la supervivencia *in genere* de la figura de la adopción consular en nuestro Ordenamiento jurídico es criticada de manera cuasi generalizada por nuestra doctrina desde la promulgación de la Ley 21/1987 hasta nuestros días, por considerarse que, básicamente, se trata de una institución que facilita la adopción a los adoptantes españoles en el extranjero¹²⁸⁹. Desde esta perspectiva, la compatibilidad de la institución con el espíritu de la norma convencional, que gira exclusivamente en torno a la consideración del interés superior del menor en el procedimiento de adopción internacional, resulta altamente cuestionable¹²⁹⁰.

Desde la perspectiva de la cooperación de las autoridades consulares con las AACC en el ejercicio de las funciones de éstas, actualmente, en el marco de estos Convenios, puede sostenerse que la intervención de los agentes consulares responde básicamente al ejercicio de sus funciones en cuanto autoridades de inmigración, es decir, en materia de expedición de pasaportes o visados¹²⁹¹. En esta línea, como ha sido visto, su intervención *ad. ex.*, es decisiva para asegurar el cumplimiento de la obligación convencional de las AACC españolas, en el marco del Convenio de La Haya de 1993, de asegurar la entrada en España del menor extranjero que va a ser adoptado en nuestro país, o que adoptado en el extranjero no ha sido inscrito en el Registro Civil Consular.

desempeño de estas funciones consulares (*vid.*, S. Adroher Biosca, «Marco jurídico de la adopción internacional», *cit.*, p. 135).

¹²⁸⁹ *Vid.*, entre otros, J. D. González Campos, «Filiación y alimentos» en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, *cit.*, p. 371; P. Rodríguez Mateos, *Adopción internacional*, *cit.*, pp. 172-174; A. Borrás Rodríguez, «Problemas de Derecho internacional privado suscitados por la nueva Ley del Menor», en J. C. Fernández Rozas (Dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, *cit.*, pp. 161-229, esp., p. 187. Existen autores que, excepcionalmente, avalan su permanencia y consolidación en nuestro Ordenamiento jurídico (*vid.*, J. M. Paz Agüeras, «La adopción consular...», *cit.*, pp. 523-526; recientemente, A. Durán Ayago, «La filiación adoptiva...», *cit.*, pp. 10-11).

¹²⁹⁰ Aparte de otras consideraciones como la incoherencia que supondría con la estructura convencional el hecho que la adopción se constituya en el Estado de origen por una autoridad del Estado de recepción; y al margen de la necesaria adaptación en estos hipotéticos supuestos de la normativa interna con la normativa convencional (*vid.*, más detenidamente, C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, pp. 344-345).

¹²⁹¹ *Vid.*, art. 5 d) del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963 (*BOE*, núm. 56, de 6 de marzo de 1970).

Aunque los supuestos de cooperación entre AACC y autoridades consulares actualmente resulten bastantes escasos en nuestro Ordenamiento jurídico, de *lege ferenda*, debe advertirse sobre la oportunidad de incidir en esta línea de cooperación entre autoridades, tanto entre AACC locales y autoridades consulares, como entre AACC estatales y respectivas autoridades consulares¹²⁹². Este modelo de cooperación, del que pueden encontrarse algunos antecedentes en nuestro Derecho convencional bilateral consular¹²⁹³, al margen de poder desarrollarse espontáneamente en el marco de los Convenios multilaterales, ha sido incorporado de manera expresa en algunos de los recientes Convenios bilaterales concluidos entre Estados extranjeros en materia de protección de menores con resultados positivos (*ad. ex.*, con relación al derecho de visita en el art. 22 del Convenio franco-portugués de 20 de julio de 1983)¹²⁹⁴.

3. Personas y organismos privados

A) Ámbito de actuación

Si bien todos los Convenios de CIA en materia de protección de menores incorporan expresamente la cooperación de las AACC con otras autoridades estatales, sólo los últimos Convenios concluidos en este ámbito en la Conferencia de La Haya prevén, con carácter general y *ex profeso*, la posibilidad que determinadas funciones

¹²⁹² Sobre todo teniendo en cuenta que una de las funciones consulares por excelencia es la de velar por los intereses de los menores [*vid.*, art. 5 h) del Convenio de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares].

¹²⁹³ El antecedente más destacable de este sistema de CIA se encuentra en el Convenio entre España y el Reino Unido de 30 de mayo de 1963, en el que se incorporan algunas manifestaciones de cooperación entre las autoridades locales y las autoridades consulares en materia de protección de menores. Básicamente, de un lado, se instaura la obligación de información respecto a la existencia de menores de edad, nacionales del Estado mandante, que se encuentren en el Estado de recepción desprovistos de protección jurídica, y, de otro, la posibilidad de adopción de medidas de protección por los Cónsules de conformidad con las leyes del Estado mandante, en cuanto no se opongan a la legislación del Estado de residencia, y por las autoridades competentes del territorio conforme a lo dispuesto por la legislación territorial (*vid.*, sobre esta manifestación de la autoridad consular en nuestro Ordenamiento jurídico, M. Aguilar Benítez de Lugo, «La familia en los Convenios de la Haya...», *cit.*, p. 35).

¹²⁹⁴ En dicho precepto se prevé que adoptada una resolución relativa al derecho de visita transfronterizo, las autoridades judiciales informarán a las autoridades consulares competentes con objeto de asegurar la expedición de los pasaportes necesarios para su ejercicio. En el Convenio franco-algerino de 21 de junio de 1988 también se prevé, *ex art.* 4, un extraño modelo de intervención consular en el sistema de cooperación entre AACC (sobre ambas manifestaciones, con una actitud crítica respecto a la segunda, *vid.*, F. Monéger, «La Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés...», *cit.*, pp. 60-61).

se deleguen en organismos de carácter privado¹²⁹⁵. Novedosamente, la intervención de organismos privados en la aplicación de estos Convenios se incorpora en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional y, posteriormente, su recepción es trasladada también de manera expresa al Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores. Sin embargo, existe una diferencia importante en cuanto a la recepción de la posible intervención de organismos privados entre ambos marcos convencionales. Mientras el primero exige con carácter general que se trate de «organismos debidamente acreditados» (art. 9), el segundo no requiere para su intervención el requisito de la acreditación, sino que podrá tratarse, con carácter general, de cualesquiera «otros organismos» (art. 31). Excepcionalmente, y con ciertas restricciones y cautelas, también el Convenio de la Haya de 1993 permite la intervención de «personas y organismos no acreditados» en el procedimiento de adopción internacional.

B) Organismos acreditados en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional

a) Marco convencional

El Convenio de La Haya de 1993 incorpora expresamente *ex novo* la posibilidad de delegación de ciertas competencias de las AACC en organismos privados debidamente acreditados por los respectivos Estados parte [arts. 9-13, 22.1 y 4, 32 y 36 d)]. La incorporación de estructuras privadas *in genere* en el funcionamiento convencional fue sin duda una de las cuestiones más delicadas y polémicas que se suscitaron durante la negociación del citado Convenio, puesto que mientras algunos Estados rechazaban su participación, ya que se había puesto suficientemente de relieve que todas las experiencias negativas con relación a la adopción internacional tenían su origen en la intervención de «intermediarios» en las diferentes etapas del procedimiento, otros defendían la libertad de los Estados partes en la ejecución de las

¹²⁹⁵ Ello no implica desconocer que esta colaboración se ha llevado a cabo en marcos convencionales de CIA donde no se preveía expresamente, como es el caso del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción en el que, como se ha comprobado, los abogados han realizado una importante función en las obligaciones de asistencia jurídica gratuita en aquellos Estados que no disponen de un sistema estatal sobre la misma.

obligaciones convencionales. Una vez más, como fruto del compromiso, el Convenio admite la intervención de organismos privados, pero siempre que se trate, con carácter general, de organismos debidamente acreditados, que cumplan una serie de requisitos mínimos establecidos por la norma convencional, y dentro del ámbito de competencias que el Convenio les permite¹²⁹⁶. La intervención de los organismos acreditados se ha convertido actualmente en elemento nuclear en la aplicación del Convenio, pues en la mayoría de los Estados de recepción su mediación en las diferentes etapas del procedimiento de adopción internacional se ha erigido fundamental¹²⁹⁷.

A pesar de la relevancia práctica que han adquirido estos organismos en el funcionamiento del Convenio, debe subrayarse que la delegación de facultades en organismos debidamente acreditados se presenta sólo para los Estados partes como una facultad convencional, y nunca como una obligación, por lo que cada uno de los Estados dispone de la libertad de optar entre un sistema de autoridades participativo en el que los organismos acreditados intervengan imperativamente (*ad. ex.*, sistema seguido en Rumanía), un sistema articulado exclusivamente a través de autoridades públicas (*ad. ex.*, modelo adoptado en Panamá)¹²⁹⁸, o un sistema dualista que prevea ambas opciones (adoptado por el Derecho español y por otros Estados como Francia o Venezuela). En cualquier caso, los Estados contratantes quedan obligados convencionalmente *ex art.* 13 no sólo a comunicar a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya el nombre y dirección de los organismos acreditados en su respectivo Estado, sino a determinar el ámbito de sus funciones, de manera que el reparto de responsabilidades entre los diversas estructuras intervinientes y su relación quede claramente definido¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ *Vid.*, esta labor de compromiso, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 586.

¹²⁹⁷ *Vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale... décembre 2000», *cit.*, p. 17.

¹²⁹⁸ También existen países donde no existen organismos acreditados, aunque se permite la participación de organismos acreditados de los Estados de recepción con distinto alcance y mediante diferentes procedimientos de «acreditación» (*ad. ex.*, Filipinas o Costa Rica).

¹²⁹⁹ El conocimiento por los Estados parte del reparto de responsabilidades existentes en el resto de los Estados parte es indispensable para el eficaz funcionamiento de la norma convencional, y así se ha destacado en la última Comisión celebrada con relación al Convenio de La Haya de 1993. La Comisión especial adoptó la siguiente Recomendación sobre este aspecto: «Cada Estado contratante debe presentar un estado descriptivo del modo en que las diversas responsabilidades y funciones definidas en el Convenio son repartidas entre las Autoridades centrales, autoridades públicas y organismos

El Convenio no contiene una definición legal de las entidades privadas creadas a su amparo, sino que se limita a establecer una normas mínimas que deben ser respetadas inexcusablemente por los Estados partes que hagan uso de esta opción convencional, y deja una amplia libertad a los Derechos internos para el establecimiento de condiciones y requisitos suplementarios. Las condiciones del régimen jurídico convencional mínimo de dichos organismos se recogen en los arts. 10, 11, 12 y 32. 3, y sintéticamente son las siguientes: a) Habrá de tratarse de organismos y nunca de personas físicas; b) Demostrar su aptitud para el cumplimiento correcto de las funciones atribuidas; c) Perseguir únicamente fines no lucrativos, dentro de los límites que establezca el Estado que los ha acreditado; d) Ser dirigidos y administrados por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional; e) Estar sometidos al control de las autoridades del país que los acredita en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera; f) Los directores, administradores y empleados de dichos organismos no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación con los servicios prestados; g) Los organismos acreditados en un Estado contratante sólo pueden actuar en otro Estado contratante si han sido autorizados por las autoridades competentes de ambos Estados.

Es importante resaltar que tanto la competencia para expedir las correspondientes acreditaciones, como para llevar a cabo el control e inspección de las actividades de dichos organismos en cada Estado parte, no tiene porque recaer directamente en la estructura de la Autoridad central, sino que puede corresponder a cualquier autoridad pública designada específicamente al efecto en la respectiva legislación interna de desarrollo.¹³⁰⁰

acreditado, a fin que las entidades responsables para intervenir en la aplicación de ciertos artículos del Convenio, así como los mecanismos de interrelación entre ellas, sean claramente definidos. La Oficina Permanente debe establecer un formulario que ayude a los Estados partes a suministrar dichas informaciones. Las informaciones deberían ser remitidas a la Oficina Permanente y publicadas». La lista de los nombres y direcciones de los organismos acreditados por los respectivos Estados parte pueden consultarse en <http://www.hcch.net>.

¹³⁰⁰ *Vid., G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», cit., p. 588. La acreditación incluso podrá ser llevada a cabo por organismos privados, tales como organizaciones profesionales, aunque, en cualquier caso, el control sobre su composición, funcionamiento y situación financiera sí debe ser ejercido por autoridades públicas ex art. 11, bajo la coordinación y supervisión de las AACC (vid., J. H. A. van Loon, «International Co-operation...», cit., p. 353).*

Junto a estos criterios mínimos previstos en el texto con relación al régimen jurídico de los organismos acreditados, y que se refieren tanto a aspectos relativos a la acreditación, régimen de funcionamiento, régimen económico y financiero, control e inspección, el Convenio también impone ciertos límites a los Estados parte en cuanto a la delegación de funciones que las AACC pueden realizar en los mismos, y que deberán ser respetadas por las respectivas normas internas. En efecto, aparte de las obligaciones generales de cooperación, previstas como se ha visto en el citado Convenio *ex art. 7*, que resultan indelegables, de modo que la respectiva Autoridad central debe cumplir directamente, la obligación incorporada independientemente *ex art. 8*, que se refiere a la obligación de prevenir beneficios materiales indebidos en relación a la adopción e impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio, sólo podrá ser delegada por las AACC a favor de otras autoridades públicas, pero no podrá ser llevada a cabo por los organismos acreditados. Este límite o restricción convencional al ejercicio de las funciones que podrán ser ejercidas por los organismos acreditados, que debe conjugarse con los arts. 32 y 33, se justifica en el deseo de excluir expresamente a los organismos acreditados en las funciones relativas al control e inspección de las adopciones internacionales, puesto que, como se ha visto, ellas mismas deben ser objeto de un severo control por parte de las autoridades públicas competentes¹³⁰¹. Salvo estos dos límites convencionales, el posible ámbito de actuación de los organismos acreditados en el marco convencional resulta extremadamente amplio, pues afecta tanto a la ejecución de las obligaciones previstas en los términos ya examinados en el art. 9, así como, y fundamentalmente, al ejercicio de todas las funciones que las AACC tienen asignadas en cada concreto procedimiento de adopción internacional (toda la fase administrativa previa a la constitución de la adopción que se realiza en primer lugar en el país de recepción y posteriormente en el país de origen, así como toda la fase posterior a la constitución relativa al seguimiento de la adopción). Dentro de este amplio ámbito de actuación, y respetando los límites incorporados en el Convenio, será cada uno de los Derechos internos de los Estados parte los que regulen el concreto ámbito de actuación que detenten en cada uno de ellos (Cap. IV en relación con el art. 22.1).

¹³⁰¹ *Vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 581-582.

b) Las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional en el Derecho español

Los organismos acreditados instaurados en el Derecho español que actúan en el marco del Convenio de La Haya de 1993, así como en los supuestos de adopciones internacionales que quedan fuera de la normativa convencional, reciben el nombre, como es sabido, de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (conocidas y denominadas en la praxis jurídica como ECAIS), y si bien su activación en nuestro Derecho interno ha tenido lugar bastante tardíamente si se compara con la experiencia de otros Estados parte del Convenio, actualmente, su presencia en nuestro Ordenamiento jurídico se ha consolidado, convirtiéndose en organismos privados esenciales en la gestión de un proceso de adopción internacional esencialmente descentralizado, y que requiere de un específico sistema de coordinación interna entre autoridades intervinientes¹³⁰².

El régimen jurídico de las ECAIS en nuestro Ordenamiento jurídico, partiendo del marco convencional ofrecido por el Convenio de La Haya de 1993, se encuentra contenido, en primer lugar, de manera genérica, en el art. 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y, en segundo lugar, especialmente, de modo mucho más concreto, desarrollando el citado precepto, respecto a las organismos acreditados por las respectivas CCAA, en los Decretos Autonómicos dictados por las CCAA en su condición de AACC en el marco

¹³⁰² El sistema de coordinación interna entre autoridades públicas y entre autoridades públicas y organismos privados se desarrolla, básicamente, del siguiente modo: a) Conferencia Sectorial: máximo órgano competencial entre CCAA, compuesto por todos los Consejeros con competencias en materia de infancia de las CCAA y Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales; b) Comisión de Directores Generales competentes en materia de infancia; c) Comisión Técnica interautonómica: trabaja la coordinación en temas concretos, de acuerdo con el mandato de la Comisión de Directores Generales; d) La Coordinación Interministerial se realiza a través del Grupo de Trabajo de Adopción Internacional, de carácter interministerial, creado en 1992, en el cual se analizan y estudian los temas relativos a la adopción internacional, relacionado con las competencias de los Ministerios implicados: Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Trabajo y Asuntos Sociales, e Interior (*vid.*, sobre la coordinación interna, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Guía práctica para la aplicación del Convenio de La Haya...*, *cit.*, pp. 11-12).

convencional y de autoridades públicas constitucionalmente competentes en la materia¹³⁰³.

El art. 25 de la Ley Orgánica 1/1996, que pretende impulsar claramente la intervención de los organismos acreditados en toda la fase administrativa previa a la constitución de la adopción, aporta bien poco respecto a la reglamentación mínima de estos organismos, prevista en el marco del Convenio de La Haya de 1993, limitándose más bien a extender algunas de las disposiciones convencionales a las adopciones relacionadas con Estados que no sean parte del Convenio¹³⁰⁴. Básicamente, el régimen estatal de las ECAIS es el siguiente: a) Se distinguen aquellas funciones que deben ser realizadas con carácter indelegable por las entidades públicas (básicamente, expedición de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento)¹³⁰⁵, y aquellas otras que pueden delegarse en las ECAIS; b) Se atribuye a las Entidades públicas la acreditación, control, inspección y la elaboración de directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial; c) Se incorporan los requisitos que deben poseer las Entidades para obtener la correspondiente acreditación (sólo podrán ser acreditadas las entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente, que tengan como finalidad en sus estatutos la protección de menores, dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas, y estén dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral y por su

¹³⁰³ Sobre las ECAIS en nuestro Ordenamiento jurídico, en general, *vid.*, J. I. Esquivias Jaramillo, *Adopción internacional*, *cit.*, pp. 74-106; A. Durán Ayago, «El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Eds.), *Mundialización y familia*, *cit.*, pp. 325-346.

¹³⁰⁴ *Vid.*, C. González Beilfuss, «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica Del Menor...», *cit.*, p. 501. Con anterioridad a esta ley, existían algunas referencias legales a estas Entidades, tanto en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (Disposición Adicional primera, párr. 2º), como en algunas normas autonómicas (*ad. ex.*, en Cataluña, art. 32 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de Medidas de Protección de los menores desamparados y de la Adopción, modificada por la Ley 8/1995, de 27 de julio, Atención y Protección de los niños y adolescentes; en Aragón, arts. 29 a 33 de la Ley 10/1989, de 14 de diciembre de Protección de Menores), aunque sus previsiones fueron poco desarrolladas.

¹³⁰⁵ El compromiso de seguimiento hace referencia, como es sabido, a la obligación de las AACC de ambos países implicados de informarse mutuamente sobre el desarrollo del procedimiento de adopción y su finalización, una vez que el niño se encuentre en el Estado de recepción (esta obligación de las AACC se recoge de manera genérica, es decir, tanto si el menor se encuentra en el Estado de origen como en el Estado de recepción, en el art. 20 del Convenio de La Haya entre las obligaciones procedimentales de las AACC).

formación en el ámbito de la adopción internacional); d) Las Entidades públicas podrán retirar la acreditación concedida, mediante expediente contradictorio a aquellas entidades de mediación que dejen de cumplir las condiciones que motivaran su concesión o que infrinjan en su actuación el ordenamiento jurídico; e) Se prohíbe expresamente la obtención de beneficios financieros indebidos; y d) Novedosamente, respecto a la reglamentación mínima convencional, con objeto de reforzar la labor inspectora de la Administración, se prevé la creación de un registro de reclamaciones formuladas por las personas que acudan a las entidades acreditadas.

Junto a ésta reglamentación genérica, el núcleo duro del régimen jurídico de las ECAIS en nuestro sistema se contiene, como se ha dicho, en los respectivos Decretos autonómicos dictados por las CCAA, básicamente, a partir de un borrador que, a instancias del Ministerio de Asuntos Sociales, se elaboró en una Comisión interautonómica como modelo de norma sobre habilitación de ECAIS¹³⁰⁶. Estas normas autonómicas regulan de manera particularizada, con ciertas peculiaridades entre ellas, los requisitos que han de cumplir las ECAIS para que sean habilitadas por la respectiva Entidad Pública, el procedimiento de habilitación, su ámbito de actuación, su régimen económico y financiero, y su control e inspección.¹³⁰⁷

¹³⁰⁶ *Vid.*, C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, p. 28.

¹³⁰⁷ En este sentido, actualmente, *vid.*, ANDALUCÍA, Decreto 454/1996, de 1 de octubre, de Habilitación de Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar y acreditación de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (*BOJA* núm. 120, de 19 de octubre de 1996); ARAGÓN, Decreto 146/1988, de 13 de septiembre, por el que se regula el sistema de concesión de la habilitación para actuar como Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar (*BOA* núm. 96, de 23 de septiembre de 1988) y Decreto 16/1997, de 25 de febrero, de habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional (*BOA* de 5 de marzo de 1997); ASTURIAS, Decreto 5/1998, de 5 de febrero, Reglamento de instituciones colaboradoras de integración familiar y de entidades colaboradoras de adopción internacional (*BOPA* núm. 41, de 19 de febrero de 1998); CANARIAS, Decreto 200/1997, de 7 de agosto, por el que se regula la habilitación de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (*BOC* núm. 109, de 20 de agosto de 1997); CASTILLA-LA MANCHA, Decreto 35/1997, de 10 de marzo, de Acreditación de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (*BOCM*, núm. 11, 14 de marzo de 1997); CASTILLA y LEÓN, Decreto 207/1996, de 5 de septiembre, de habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional (*BOCyL*, de 11 de septiembre de 1996); CATALUÑA, Decreto 337/1995, de 28 de diciembre, de acreditación y funcionamiento de las instituciones colaboradoras de integración familiar y de las entidades colaboradoras de adopción internacional (*BO* núm. 2153, de 12 de enero de 1996); EXTREMADURA, Decreto 142/1996, de 1 de octubre, de Régimen jurídico, funcionamiento y habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional (*DOE* núm. 119, de 15 de octubre de 1996); GALICIA, Decreto 34/1996, de 12 de enero, de habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional (*DOG* núm. 27, de 7 de febrero de 1996); ISLAS BALEARES, Decreto 187/1996, de 11 de octubre, de acreditación de entidades colaboradoras de adopción internacional (*BOCAIB* de 14 de noviembre de 1996); MADRID,

Respecto a los requisitos de habilitación, básicamente, la entidad debe reunir las siguientes condiciones: a) Tratar de una asociación o fundación, constituida legalmente e inscrita en el registro correspondiente, de acuerdo con su ámbito territorial de actuación¹³⁰⁸; b) Tener como finalidad en sus estatutos la protección de menores; c) Perseguir fines no lucrativos; d) Su trayectoria en el desarrollo de las actividades para la consecución de los objetivos estatuarios ha de haber sido correcta y adecuada; e) Tener aptitudes para cumplir correctamente las funciones que vaya a asumir; f) En su proyecto de actuación debe quedar suficientemente garantizado el respeto a los principios y normas de la adopción internacional, y la debida intervención de los órganos administrativos y judiciales competentes del país extranjero en el que vaya a efectuar su actuación; g) Disponer de los medios materiales necesarios para el desarrollo de sus funciones; h) Contar con equipos multidisciplinares, formados como mínimo por un licenciado en derecho, un psicólogo, un trabajador social, competentes profesionalmente, y con experiencia en la acción social con niños, adolescentes y familias. Deberá contar con conocimientos sobre las cuestiones relativas a la adopción internacional; i) Estar dirigida y administrada por personas calificadas por su integridad moral y por su formación y/o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional; j) Tener su sede social en el territorio de la Comunidad Autónoma que la habilita y representación en el país extranjero para el que solicita la acreditación; k) Contemplar en sus estatutos los principios y las bases según las cuales puede repercutir a los solicitantes de adopción los gastos derivados de la tramitación efectuada por la entidad colaborada; l)

Decreto 192/1996, de 26 de diciembre, de acreditación y funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional (*BOM* núm. 2, de 3 de enero de 1997); MURCIA, Decreto 66/1997, de 12 de septiembre, de acreditación y actuación de las instituciones colaboradoras de integración familiar y de las entidades colaboradoras de adopción internacional (*BORM* núm. 220, de 23 de septiembre de 1997); NAVARRA, Decreto Foral 256/1996, de 24 de junio, por el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional (*BON* núm. 89, de 24 de julio de 1996); RIOJA, Decreto 29/1997, de 9 de mayo de 1997; COMUNIDAD VALENCIANA, Decreto 168/1996, de 10 de septiembre, que regula la acreditación de las entidades de mediación de adopción internacional (*DOCV* núm. 2831, de 20 de septiembre de 1996); PAÍS VASCO, Decreto 302/ 1996, de 24 de diciembre, por el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional (*BOPIV*, de 3 de enero de 1997).

¹³⁰⁸ Debe tenerse presente que mediante el procedimiento de acreditación, la entidad no adquiere la personalidad jurídica, sino que ésta es uno de los requisitos en nuestro sistema para acceder a la acreditación (*vid.*, especialmente, J. I. Esquivias Jaramillo, *Adopción internacional, cit.*, pp. 82-92).

Justificar mediante estudio económico los costes y gastos directos, incluidos los honorarios profesionales, derivados de la tramitación jurídico-administrativa de las solicitudes y procesos de adopción internacional, para acreditar que no podrán obtener beneficios materiales indebidos.

Respecto al procedimiento de habilitación o acreditación puede establecerse una serie de pautas comunes, si bien debe tenerse en cuenta la existencia de peculiaridades entre las diferentes normativas autonómicas, que hacen referencia, principalmente, al plazo de resolución del expediente y a la duración de la habilitación. Como premisa debe tenerse en cuenta que la intervención de una entidad en procesos de adopción internacional de menores extranjeros precisa de una habilitación específica respecto a cada uno de los países en los que la Entidad desee intervenir, con lo cual, deberá presentarse una solicitud por cada uno de ellos. El procedimiento administrativo se inicia con la correspondiente solicitud, cuyo modelo ha sido normalizado, y los preceptivos documentos que reflejen el cumplimiento de los respectivos requisitos de habilitación exigidos, que deberán presentarse bien directamente ante el organismo público competente o bien ante cualquiera de los lugares previstos en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹³⁰⁹. Si se cumplen los requisitos establecidos, se otorga mediante resolución estimatoria la correspondiente acreditación o habilitación por un plazo, como regla general, de dos años, quedando prorrogada por periodos anuales, salvo que la entidad colaboradora solicite la baja (que deberá hacerse con una antelación mínima de seis meses a la fecha de vencimiento). La no resolución en plazo (generalmente, tres meses) equivaldrá a la desestimación de la solicitud, según las normas generales. También debe advertirse como dato importante relativo a este concreto aspecto del procedimiento de habilitación, que si alguno de los países de origen de los menores susceptibles de adopción fija un número limitado de ECAIS para actuar en su territorio, los órganos públicos competentes de la Comunidad Autónoma cooperarán con los órganos competentes del resto de las CCAA y del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para hacer posible la acreditación entre todas ellas del número máximo de ECAIS

¹³⁰⁹ Modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 13 de enero).

permitido por el país de origen, denegando las solicitudes de la restantes entidades colaboradoras.

Otro de los aspectos regulados con distinto alcance por los respectivos Decretos Autonómicos es el relativo al régimen de funcionamiento de las ECAIS, en el que cabe destacar tanto las pautas generales que han de guiar su funcionamiento, como el régimen especial al que queda sujeto el personal que presta sus servicios. Respecto a sus criterios de actuación, al margen de las consideraciones generales, destaca especialmente, de un lado, la obligación de colaborar activamente con la Administración que las habilite con objeto de garantizar el buen fin del procedimiento de adopción internacional y permitir todas las actuaciones de control e inspección que las Autoridades públicas consideren oportunos llevar a cabo y, de otro lado, la obligación de velar porque no medie compensación económica ilícita por la adopción internacional. Con relación al código deontológico al que quedan sujetos el personal al servicio de las ECAIS, debe resaltarse: a) Obligación de guardar secreto de toda información a que tengan acceso sobre adoptantes y adoptados; b) Incompatibilidad para los profesionales de simultanear esa actividad con otra en el sector público en trabajos relacionados con menores; c) Prohibición de intervenir en un procedimiento de adopción internacional cuando concurra alguna circunstancia que haga peligrar la objetividad del mismo¹³¹⁰.

Una cuestión esencial del régimen jurídico de las ECAIS es su régimen económico y financiero, pues como se reitera en toda la normativa que rodea a la reglamentación de la adopción internacional, y se incide en los respectivos Decretos autonómicos, es imprescindible evitar el enriquecimiento indebido de cualquier intermediario en el proceso de adopción internacional. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los ámbitos convencionales, donde se comprobó que con distinto alcance, se garantizaba como rasgo peculiar de estos Convenios de CIA, el principio de gratuidad de los procedimientos¹³¹¹, en el marco de la adopción internacional, es obvio que el desempeño de las funciones llevadas a cabo por estos organismos, así como por las Entidades Públicas competentes, implica una serie de

¹³¹⁰ Otros aspectos relativos al régimen de funcionamiento de las ECAIS, pueden verse en A. Durán Ayago, «El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», *cit.*, pp. 337-338.

¹³¹¹ *Vid., supra*, Cap. I, III. 5. B) c).

gastos que son repercutidos en los solicitantes del proceso (*ad. ex.*, gastos de tramitación, gastos de obtención, legalización y autenticación, gastos de desplazamientos etc)¹³¹². Se trata, por tanto, de un aspecto delicado que requiere una cuidadosa regulación y, sobre todo, de un firme control por parte de las Entidades públicas competentes. De este modo, la mayoría de los Decretos autonómicos prevén que las ECAIS deberán informar a las personas que soliciten su asesoramiento o que demanden sus servicios, del importe aproximado de los gastos que ocasionará los trámites de adopción. Debe recordarse que se está en presencia de entidades privadas sin ánimo de lucro, con lo cual, sus ingresos (incluidos gastos de tramitación, las subvenciones procedentes de los organismos públicos y las cuotas de sus afiliados) no podrán ser superiores a los gastos previstos por las mismas y, en caso de que el saldo económico fuera positivo, el excedente se destinará a programas de atención a menores. Las ECAIS tienen que llevar a cabo con carácter preceptivo una contabilidad que deberá adecuarse al Plan General Contable y a las posibles normas promulgadas al efecto por la respectiva Comunidad Autónoma que las haya habilitado.

El control y la inspección sobre estas Entidades por parte de las autoridades públicas competentes es la pieza esencial para el adecuado funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 (y más cuando la intervención de la ECAIS tenga lugar al margen del Convenio)¹³¹³. En nuestro Ordenamiento jurídico, en virtud de las respectivas normas autonómicas, el control y la inspección sobre las entidades mediadoras con relación a sus actuaciones en los procedimientos de adopción internacional, corresponde a la Inspección de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma que las haya acreditado. Cuando la misma entidad hubiera sido acreditada en otra u otras CCAA, se procurará establecer la oportuna coordinación entre sus respectivos órganos competentes a efectos de un control eficaz y homogéneo. Se informará al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de las entidades Colaboradoras habilitadas para que éste lo ponga en conocimiento del órgano competente del país extranjero donde vaya actuar. Además, como prevé el art. 25.4 de la Ley Orgánica

¹³¹² *Vid.*, en general, sobre los distintos aspectos relativos a los gastos en el marco del Convenio de La Haya de 1993, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale... décembre 2000», *cit.*, pp. 23-26.

¹³¹³ *Vid.*, distintas experiencias en los Estados parte, y algunas Recomendaciones al respecto adoptadas por la Comisión especial, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale...décembre 2000», *cit.*, pp. 17-20.

1/1996, de 15 de enero, se llevará un registro de reclamaciones formuladas por las personas cuyas solicitudes de adopción internacional hayan sido tramitadas ante las Entidades Colaboradoras.

Con relación al ámbito de actuación territorial y, sobre todo, material de las entidades colaboradoras debe tenerse especialmente en cuenta, respecto al primero, que la actuación de la ECAIS se circunscribe al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma que la haya habilitado, y respecto a las solicitudes de los residentes en la misma. En el extranjero, su intervención queda referida al país o países para los que haya sido acreditada por la Comunidad Autónoma y, como exige la norma convencional *ex art. 12*, autorizada por las autoridades de dichos países extranjeros. Respecto a su ámbito de actuación material, punto nuclear del régimen jurídico de las ECAIS, que indica su marco de competencias en la adopción internacional, actualmente en nuestro régimen jurídico, con carácter general, puede señalarse que la entidad mediadora intervendrá únicamente en funciones de mediación para la adopción internacional de menores del país o países para los que haya sido acreditada, y para las actividades previstas en las normas que las habilite, en los términos y condiciones señaladas por la misma. Este enunciado genérico de funciones, se ha traducido en los respectivos Decretos Autonómicos en un amplio ámbito de actuación, tanto en la fase previa a la constitución de la adopción, como en la fase posterior a la constitución.

En la fase previa a la constitución de la adopción internacional, concretamente, pueden distinguirse las funciones susceptibles de llevarse a cabo por las ECAIS en el país de recepción (España), y aquellas otras que se pueden realizar en el país de origen del menor. En el país de recepción: a) Actividades de información y asesoramiento; b) Llevar un registro de solicitudes de tramitación de adopción internacional recibidas; c) Completar el expediente de adopción internacional, para lo que recabarán los documentos necesarios, procederán, en su caso, a su traducción, y efectuarán las gestiones necesarias para su legalización y autenticación; d) Desarrollar actividades de preparación y formación para la adopción internacional, orientadas a personas que estén tramitando la misma a través de la Entidad Colaboradora; e) Remitir la documentación que conforma el expediente, incluidos el certificado de idoneidad, el informe psicosocial y, en su caso, el compromiso de seguimiento, al representante de

la Entidad en el país de origen del menor, informando de ello a la autoridad pública competente. En el país de origen del menor: a) Hacer llegar la documentación del expediente de adopción, a través de sus representante, a la autoridad pública competente en dicho país, o al organismos privado habilitado al efecto por las autoridades del mismo, ante el que esté autorizado a tramitar las solicitudes de adopción la Entidad Colaboradora; b) Seguir y activar el procedimiento de adopción, manteniendo los oportunos contactos con los organismos públicos administrativos y judiciales competentes en la adopción; c) Recabar información sobre la tramitación a fin de poder mantener informadas a las personas solicitantes, así como al órgano público competente en materia de servicios sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente; d) Recibir del organismo oficial del país de origen del menor el documento referente a su preasignación; e) Informar de la preasignación al organismo público competente, así como a los solicitantes; f) Presentar en el país de origen el documento de aprobación o no aprobación emitido por el Departamento competente en materia de servicios sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente; g) Asegurarse que el menor reúne los requisitos para la entrada y residencia en España; h) Informar a las personas interesadas del momento en que puedan trasladarse al país de origen del menor para ultimar los trámites.

Las actuaciones posteriores a la constitución de la adopción, sintéticamente, son las siguientes: a) Comunicar la constitución de la adopción a la autoridad pública correspondiente; b) Remitir al país de origen del menor los informes de seguimiento emitidos por el organismo público competente, o por la propia Entidad Colaboradora, si para ello hubiera sido facultada; c) Asesorar e instar a las personas adoptantes para que soliciten la inscripción de la adopción en el Registro Civil Central, en su caso; d) Preocuparse en los supuestos de tutela legal u otra figura jurídica de proponer al órgano judicial competente la constitución de la adopción; e) Informar mensualmente al órgano público competente sobre los casos en que haya intervenido; f) Comunicar a la autoridad pública competente, y al organismo del país de origen, que la resolución de adopción se encuentra inscrita en el Registro Civil Central, o Consular correspondiente; g) Servicio de apoyo al menor adoptado y a los padres adoptantes; h) Podrá elaborar informes sobre la adaptación del menor a su nueva familia durante el

periodo de seguimiento que haya señalado el país de origen y con la periodicidad que se haya previsto, que se remitirán a la autoridad pública competente.

Después de este breve acercamiento al régimen jurídico interno de los organismos acreditados en materia de adopción internacional en el Derecho español, no puede dudarse de la relevancia que han adquirido las ECAIS en nuestro sistema como agentes colaboradores de las entidades públicas competentes en materia de adopción internacional, agilizando el procedimiento, y realizando funciones difícilmente asumibles *per se* por la Administración, que afectan tanto al asesoramiento, gestión, tramitación y seguimiento de la adopción internacional.

A pesar de la relevancia adquirida en nuestro sistema por las ECAIS, debe tenerse presente que su concreta intervención y ámbito de actuación en un proceso de adopción internacional, en el que España actúe como país de recepción, va a depender de una serie de factores y, fundamentalmente, de dos índices: normativa aplicable a la adopción internacional y voluntad de los solicitantes. Efectivamente, su forma de intervención se articula de modo distinto dependiendo que la adopción se tramite al amparo de la normativa convencional (o de un Protocolo sobre adopción internacional formalizado por las autoridades españolas con el país de origen del menor) o al margen de la misma¹³¹⁴.

Si se lleva a cabo en el primer supuesto, que es el que interesa en este momento, debe insistirse en el carácter dualista de nuestro sistema con relación a la intervención de los organismos acreditados, de modo que si el país de origen del menor no exige la intervención de estos organismos en su territorio, entra en juego el segundo índice, correspondiendo a los solicitantes optar entre llevar a cabo el procedimiento exclusivamente a través de la entidad pública competente (Autoridad central), o bien con la colaboración de una ECAI elegida por los mismos para tramitar el expediente, siempre que esté autorizada por el país de origen del menor. También con relación a la intervención de las ECAIS en la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 en nuestro país, deben resaltarse aquellas obligaciones que en virtud de nuestro régimen

¹³¹⁴ Sobre la exégesis procedimental en cada uno de los supuestos, puede verse, A. Durán Ayago, «El papel de la Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», *cit.*, pp. 341-345; En el marco del Convenio de La Haya de 1993, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Guía para la aplicación del Convenio de La Haya...*, *cit.*, pp. 12-16.

jurídico, tal como acaba de verse, no resultan delegables por las AACC a favor de aquéllas. Las obligaciones convencionales que las Entidades públicas competentes en cuanto AACC deberán realizar directamente en el marco del Convenio de La Haya de 1993 son las siguientes: a) Recepción de la solicitud de los potenciales adoptantes *ex art. 14*¹³¹⁵; b) Expedición del certificado de idoneidad, como elemento nuclear del contenido del informe que *ex art. 15* debe elaborar la Autoridad central del Estado de recepción (sin perjuicio que el informe sea completado por la ECAI respectiva con relación a otros aspectos)¹³¹⁶; c) Emisión del documento en virtud del cual se apruebe la preasignación del menor a los futuros padres adoptivos y se de la conformidad para que siga el procedimiento de adopción internacional *ex art. 17 c*); d) Emisión del certificado de conformidad previsto *ex art. 23* en los escasos supuestos en que la adopción se hubiera constituido en nuestro país. Salvo estas cuatro obligaciones convencionales, el resto de obligaciones, generales y procedimentales, que dentro de los límites convencionales pueden ser delegadas por las AACC en el Derecho español pueden ser llevadas a cabo por las ECAIS, en los términos y límites previstos en la respectiva norma autonómica que las haya acreditado.

El relevante papel que actualmente las ECAIS han adquirido en nuestro país en materia de adopción internacional merece finalmente hacer una llamada de atención a los riesgos de funcionamiento de este sistema descentralizado y, especialmente, al necesario control por parte de las autoridades públicas sobre la trascendental y delicada actividad que llevan a cabo estas agencias privadas. Si bien debe valorarse positivamente que el régimen jurídico de las ECAIS sea probablemente uno de los

¹³¹⁵ Aunque *a priori ex párr. 1 a)* del art. 25 de la Ley Orgánica 1/996 se atribuye a las entidades públicas la recepción y tramitación de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas, no obstante, la presentación *stricto sensu* de la solicitud debe presentarse directamente ante la Autoridad central del Estado de la residencia habitual de los futuros padres adoptantes, con el fin de obtener el correspondiente certificado de idoneidad; requisito indispensable para poder contratar los servicios de una ECAI (*vid.*, este aspecto en la práctica, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Guía para la aplicación del Convenio de La Haya...*, *cit.*, pp. 12-13).

¹³¹⁶ Sobre la relevancia del certificado de idoneidad en el Convenio de La Haya de 1993, *vid.*, M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», *BIMJ*, núm. 1888, pp. 5-30, esp., pp. 12-18; en general, sobre el requisito del certificado de idoneidad del adoptante por la entidad pública en nuestro sistema, y la posible flexibilización en cuanto a su exigencia, *vid.*, F. Calvo Babío, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas», *La Ley*, 1998, 5, D-241, pp. 455-464; P. Orejudo Prieto de los Mozos, «El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)», *Aranzadi Civil*, 1998, nº 12, pp. 13-26.

aspectos más desarrollados por nuestro Derecho interno en el marco de estos Convenios de CIA, debe insistirse fundamentalmente en los aspectos relativos a la acreditación y al control de estos organismos. Respecto al primero, la acreditación masiva de Entidades por algunas CCAA sin un adecuado proceso de selección entre las mismas, así como la escasa importancia que se concede entre los criterios de acreditación a las necesidades particulares de los Estados de origen para los cuales van a ser acreditadas, son aspectos que merecen ser denunciados¹³¹⁷. Con relación al segundo, no cabe duda que el ejercicio de un control adecuado por parte de las Entidades públicas competentes es el único medio para garantizar la legitimidad de la intervención de los organismos privados en la adopción internacional. En nuestro Ordenamiento jurídico, como se ha visto, existen cauces adecuados para ello, aunque no sólo es necesario reforzarlos sino, fundamentalmente, ejercerlos de manera firme, rigurosa y periódica, insistiendo especialmente en el control financiero de estas entidades, aspecto más negativo de la experiencia de las adopciones internacionales realizadas a través de intermediarios.

C) Personas y organismos no acreditados

La intervención de personas y organismos acreditados en estos marcos convencionales de CIA hace referencia exclusivamente a la posible delegación de competencias de las AACC en estos sujetos, incorporada de manera expresa en la letra de los respectivos Convenios, y no a la posible actuación que los particulares, especialmente los solicitantes en cuanto máximos interesados en la satisfacción de sus pretensiones, desempeñen en los mismos, puesto que esta intervención queda fuera del marco institucional instaurado por los respectivos textos internacionales para la obtención de sus objetivos convencionales¹³¹⁸. En este sentido, como ya se anunció, su

¹³¹⁷ El número excesivo de organismos acreditados en un Estado se considera inadecuado conforme a los criterios de acreditación generalmente aceptados por la comunidad internacional en la materia (*vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale... décembre 2000», *cit.*, p. 18). Nuestro país, en este sentido, teniendo en cuenta el factor de descentralización en las CCAA, debe controlar este aspecto, buscando criterios de limitación del número de ECAIS, e incidir en los criterios de selección. Igualmente, los criterios de acreditación deberían incidir más en las necesidades particulares de los países de origen (*ibid.*, p. 18).

¹³¹⁸ *A sensu contrario*, los candidatos a una adopción internacional que se tramite fuera del marco convencional o protocolario sí pueden estar llamados a desarrollar gestiones de tramitación de manera

intervención se recoge exclusivamente, con distinto alcance, en el Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional y en el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores.

El Convenio de La Haya de 1996 permite la intervención de organismos privados en el ejercicio de las competencias generales delegables que tienen atribuidas las AACC en este marco convencional (arts. 31-32), quedando excluida implícitamente la intervención de personas físicas. En general, se tratará de personas jurídicas (asociaciones, fundaciones) con experiencia en materia de protección de la infancia, aunque llama la atención que la norma convencional no exija para la intervención de estos organismos cualquier tipo de acreditación o autorización específica por parte de las autoridades públicas competentes. Aunque el informe explicativo del Convenio de La Haya de 1996 justifique esta apertura convencional en la innecesaria especialización que se requiere para actuar en este ámbito general de la protección del menor *versus* el marco de la adopción internacional¹³¹⁹, y el ámbito de actuación de estos organismos sea marcadamente asistencial a las AACC, sin embargo, la intervención de entidades privadas que no se encuentren sujetas a cualquier tipo de control específico por parte de las autoridades públicas, no resulta coherente con los principios que rigen el actual contexto internacional de la protección de menores¹³²⁰.

La intervención de estos organismos en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional resulta mucho más compleja y delicada, puesto que afecta a un ámbito material que exige un riguroso control público sobre los intervinientes, y en el que *a priori* la iniciativa privada parece no tener cabida¹³²¹. Sin embargo, una vez más, la norma convencional, como solución pragmática y

combinada o sustitutiva a las Entidades acreditadas, que quedarían dentro del marco institucional (*vid.*, sobre esta posible intervención de los particulares, J. I. Esquivias Jaramillo, *Adopción internacional*, *cit.*, p. 43; A. Durán Ayago, «El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», *cit.*, pp. 344-345).

¹³¹⁹ *Vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 43.

¹³²⁰ En este sentido, a mi juicio, hubiera sido más conveniente admitir la propuesta del Servicio Social Internacional, limitando la posibilidad de delegación de las AACC en «organismos profesionales autorizados». Esta propuesta no llega a imponer el requisito de la acreditación como en el Convenio de La Haya de 1993, pero exige, al menos, un control sobre dichos organismos.

¹³²¹ *Vid.*, especialmente, art. 21.e) de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que hace referencia exclusivamente a «autoridades u organismos competentes», excluyendo implícitamente los intermediarios privados.

consensual, amparando la intervención en algunos Estados de estos organismos y, en particular, de los «*lawyers*» americanos¹³²², acaba realizando una concesión a la iniciativa privada, con objeto de obtener un mayor número de ratificaciones, así como de extender su ámbito de protección, abriendo una vía de actuación, en ciertos términos, a las polémicas «adopciones privadas» o «independientes».

De este modo, *ex art. 22.2*, se permite a los Estados parte declarar que las funciones procedimentales de las AACCC previstas en los arts. 15 a 21 puedan ser ejercidas en su territorio por personas u organismos distintos a las autoridades públicas o a los organismos acreditados conforme al Convenio. Sin embargo, esta concesión a favor de la iniciativa privada (que incluye *versus* el Convenio de La Haya de 1996 o, incluso respecto a los organismos acreditados en el propio marco del Convenio de 1993, a las personas físicas), se somete convencionalmente, como contrapartida, a importantes restricciones. En primer lugar, sólo intervendrán en los Estados que hayan realizado la declaración expresa contenida *ex art. 22.2* y, además, el resto de los Estados podrán igualmente declarar *ex art. 22.4* ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio sólo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las AACCC se ejercen por autoridades públicas o por organismos acreditados conforme al Cap. III. En segundo lugar, al igual que respecto al régimen jurídico de los organismos acreditados, el Convenio ofrece una serie de pautas mínimas, *ex art. 22.2*, que deberán ser respetadas y desarrolladas por los Estados parte que realicen la correspondiente declaración: a) Su actuación será llevada a cabo bajo el control de las autoridades competentes del respectivo Estado que los haya autorizado; b) Deben cumplir las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por el Estado que realiza la declaración; d) Deben estar capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional; e) Los nombres y direcciones de estas personas y organismos deben ser comunicados con regularidad a la Oficina Permanente de la Conferencia *ex*

¹³²² *Vid.*, éste y otros aspectos relativos a la ejecución del Convenio en EEUU, P. H. Pfund, «Intercountry Adoption: The 1993 Hague Convention...», *cit.*, pp. 66-75; *id.*, «Implementation of The Hague Intercountry Adoption Convention in The United States: issues and problems», en A. Borrás y otros (Eds.), *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz...*, *cit.*, pp. 321-336.

art. 22.3; f) Para actuar en otro Estado contratante deben haber sido autorizadas por las autoridades competentes ambos Estados¹³²³. Estos criterios, a pesar de ser más débiles que los exigidos a los organismos acreditados, son coherentes con los mismos, aunque la diferencia esencial radica en que las personas u organismos autorizados no tienen que cumplir el requisito de perseguir únicamente fines no lucrativos, uno de los objetivos fundamentales que se persigue alcanzar en el marco convencional. En tercer lugar, respecto al ámbito de actuación de la iniciativa privada, el Convenio restringe su intervención en un doble sentido: de un lado, las AACC exclusivamente podrán delegar las funciones procedimentales previstas en los arts. 15 a 21, quedando excluida por tanto, como ha sido anunciado, la obligación de recepción de la solicitud *ex art.* 14; de otro lado, los informes previstos en los artículos 15 y 16, con relación al menor adoptable y a los candidatos a la adopción, deben ser preparados bajo la responsabilidad de la Autoridad central o de otras autoridades u organismos acreditados (art. 22.5).

No puede desconocerse que esta solución de compromiso con relación a esta tercera vía de intervención en el marco del Convenio de La Haya de 1993 ha sido objeto de severas críticas por algunos autores¹³²⁴, aunque debe también resaltarse que, en la práctica, su alcance real ha quedado bastante reducido, puesto que han sido muy escasos los Estados parte que han autorizado su intervención *ex art.* 22.2, y muchos más numéricamente los Estados que, como España, la han prohibido en los términos previstos en el art. 22.4¹³²⁵. En nuestro Derecho interno, en la misma línea, la totalidad de los Decretos autonómicos coinciden en señalar que ninguna otra persona o entidad

¹³²³ Aunque este requisito no se incorpora expresamente debe exigirse por analogía al art. 12 con relación a los organismos acreditados (*vid.*, en este sentido, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 610; J. H. A. van Loon, «International-Co-operation...», *cit.*, p. 353; en sentido contrario, *vid.*, M. F. Lucher-Babel, «Adoption Internationale...», *cit.*, p. 29).

¹³²⁴ *Vid.*, especialmente, B. Sturlèse, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 430.

¹³²⁵ Nuestro país en el momento de la ratificación realizó la siguiente declaración: «*Las adopciones de niños con residencia habitual en España, sólo podrán tener lugar por los residentes en aquellos Estados en los que, las funciones conferidas a las Autoridades Centrales son ejercidas por autoridades públicas o por Organismos reconocidos de acuerdo con lo previsto en el párrafo 1º del art. 22 del Convenio*» (*vid.*, Instrumento de ratificación). En el mismo sentido, han limitado la intervención de los organismos privados países como Australia, Austria, Brasil, Canadá, Dinamarca, Francia, Noruega, Polonia, Suecia, Andorra, El Salvador o Panamá. Excepcionalmente, Italia o Colombia han realizado la declaración prevista *ex art.* 22.2, autorizando la intervención de ciertos organismos privados en su territorio en los términos convencionales.

podrá intervenir en funciones de mediación para la adopción internacional¹³²⁶. En cualquier caso, en los escasos supuestos de intervención de personas y organismos privados en el proceso de adopción internacional tramitado al amparo de la normativa convencional, no debe olvidarse que quedan obligados a respetar todas las disposiciones del texto, fundamentalmente, la prohibición de obtener beneficios materiales indebidos *ex art. 32* (aspecto sobre el que debe incidir el control ejercido por las autoridades públicas sobre su actuación)¹³²⁷, y la prohibición de cualquier contacto entre los futuros padres adoptivos y la familia de origen del menor en los términos previstos *ex art. 29*. Debe recordarse, finalmente, que las AACC tienen siempre la responsabilidad de asegurar que se tomen las medidas adecuadas en los supuestos de violación o riesgo de violación de alguna de las disposiciones del Convenio (arts. 33 y 8).

¹³²⁶ *Vid.*, A. Durán Ayago, «El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», *cit.*, p. 334.

¹³²⁷ *Vid.*, C. Saclier, «Rapport du groupe de travail...», *cit.*, p. 204.

CAPITULO III:
PROCEDIMIENTOS DE CIA

I. Procedimientos de CIA de naturaleza judicial: Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores

1. Consideraciones previas

Entre el conjunto de Convenios de CIA que inciden actualmente en la reglamentación internacional de la protección de menores, sólo en el marco de los Convenios de conflicto de autoridades puede observarse la utilización de procedimientos de CIA que revistan una naturaleza esencialmente judicial. Dichos procedimientos remontan sus orígenes a los Convenios de La Haya sobre protección de menores *in genere* anteriores al Convenio de La Haya de 1996¹³²⁸, aunque ha sido en este último Convenio donde han alcanzado una importancia destacable tanto cuantitativa como materialmente, por lo que será concretamente en el marco de éste donde se centrará la exposición.

A diferencia de otros Convenios internacionales de CIA en la materia que instauran un único procedimiento de CIA y de carácter imperativo (por excelencia, Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional), el Convenio de La Haya de 1996 incorpora diversos procedimientos de CIA y de carácter generalmente facultativos. En efecto, los procedimientos de cooperación judicial son varios numéricamente, y cada uno de ellos susceptible de llevarse a cabo *in casu* en función de una pluralidad de circunstancias (fundamentalmente, contenido del *petitum*, circunstancias fácticas, y apreciación de oportunidad por las autoridades competentes, teniendo en cuenta, principalmente, el interés del menor). Por otro lado, como se apuntó con anterioridad, dichos procedimientos se configuran como regla general, aunque no exenta de importantes excepciones, con un carácter facultativo respecto a las autoridades implicadas¹³²⁹.

¹³²⁸ *Vid., supra*, Cap. II, II. 2. A) b).

¹³²⁹ *Vid., supra*, Cap. II, II. 2. A) a).

El carácter o naturaleza esencialmente judicial de estos procedimientos de CIA (dejando al margen las funciones generales de cooperación de las AACC *ex arts.* 30 y 31, que sí revisten naturaleza administrativa, pero que no pueden contemplarse como procedimientos *stricto sensu*), se verifica acudiendo a los tradicionales criterios doctrinales de clasificación de la CIA, esto es, y como fue visto, en función del objeto al que se dirige, o en atención a la naturaleza de las autoridades que participan en la actividad de cooperación. Si se atiende al criterio del objeto, se observa como con mayor o menor intensidad, la utilización de todos estos procedimientos de CIA se dirige de manera inmediata a asistir a las autoridades competentes *stricto sensu* de los respectivos Estados parte en el correcto cumplimiento de su función jurisdiccional. Aunque esta asistencia, en última instancia, se encuentre orientada, al igual que en el resto de los Convenios de CIA en materia de protección de menores, a la realización del interés del menor *in casu*, sin embargo, en este Convenio la concreción de dicho interés pasa por un adecuado cumplimiento de la función jurisdiccional, y a éste precisamente se ordenan los distintos procedimientos de CIA incorporados. Si se acude al criterio de la naturaleza de la autoridad que participa en la actividad de cooperación, ya se ha comprobado anteriormente que, excepto los procedimientos previstos *ex art.* 32, y la posible declaración con relación al procedimiento del *art.* 34, en el resto de los procedimientos de CIA, la utilización de la vía de las AACC no es preceptiva (aunque su asistencia pueda ser recomendable *in casu*), y la directa y máxima responsabilidad en cuanto a su ejecución corresponde únicamente a las autoridades competentes *stricto sensu* de los Estados implicados¹³³⁰.

Los procedimientos de cooperación judicial arbitrados en el Convenio de La Haya de 1996 pueden clasificarse en función de varios criterios, aunque básicamente son tres las clasificaciones que deben retenerse. En primer lugar, según tengan lugar con ocasión de un procedimiento en curso o fuera del mismo; en segundo lugar, en función del momento del procedimiento en que puedan tener lugar, pueden diferenciar tres modalidades de procedimientos de CIA: aquéllos que pueden actuarse en el primer momento convencional, es decir, en la fase de determinación de la autoridad internacionalmente competente *in casu*; otros que operan una vez

¹³³⁰ *Vid., supra*, Cap. II, III. 5. B) c).

determinada la autoridad competente y antes de la adopción de una medida de protección; y, finalmente, aquéllos que pueden tener lugar en la fase de reconocimiento y ejecución de la medida de protección previamente adoptada. En tercer lugar, en atención al contenido de la cooperación que incorporan los procedimientos de CIA judicial, se distinguen claramente dos grupos: un primer conjunto de procedimientos que directa o indirectamente tienden a alcanzar una codecisión entre las autoridades de los dos Estados implicados, y una segunda agrupación que, en su conjunto, aunque con muy variado alcance, poseen un contenido básicamente asistencial.

2. Procedimientos tendentes a la codecisión

A) Procedimientos de transferencia de competencias

a) Acercamiento

Los procedimientos de cooperación judicial incorporados *ex novo* en los arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996 se presentan, sin lugar a dudas, como la principal innovación de este nuevo texto de conflicto de autoridades en materia de protección de menores, tanto desde el punto de vista de la competencia internacional de autoridades, como desde la dimensión de la cooperación entre autoridades, porque se trata de la única manifestación de cooperación entre autoridades competentes *stricto sensu* en sede de competencia de autoridades. Efectivamente, mientras que el resto de las expresiones de cooperación judicial recogidas en el Convenio de 1996 parten ya de la existencia de una concreta autoridad competente *in casu* determinada conforme a las reglas convencionales, y se dirigen con distinto alcance a asistir a dicha autoridad en el procedimiento tendente a la adopción de la medida que el interés del menor requiera (o, en su caso, a su ejecución), los procedimientos de cooperación incorporados en los arts. 8 y 9 se dirigen precisamente a determinar con carácter previo la autoridad competente *in casu* para adoptar dicha medida de protección, teniendo en cuenta el interés superior del menor y, sin perjuicio, naturalmente, que posteriormente dicha autoridad una vez determinada pueda hacer uso del resto de los

procedimientos de CIA previstos en el texto, que le auxilién en el correcto ejercicio de sus funciones¹³³¹.

La solución cooperadora consagrada en los arts. 8 y 9 en sede de competencia, traduce el resultado final de un proceso de grandes esfuerzos llevado a cabo durante la negociación del nuevo texto, dirigido a poner fin a los numerosos y oscuros problemas que habían ocasionado la puesta en funcionamiento del sistema transaccional de 1961 entre la competencia de las autoridades de la nacionalidad del menor y aquéllas de su residencia habitual¹³³². El nuevo texto, aun consagrando la competencia natural de las autoridades de la residencia habitual del menor, debía encontrar una fórmula que en circunstancias excepcionales permitiera intervenir a autoridades de Estados distintos que se encontraran *in casu* en mejor situación que aquéllas para apreciar el interés superior del menor, y después de rechazar por insatisfactorias las diferentes opciones planteadas¹³³³, se optó por resolver el problema, *ex arts.* 8 y 9, sustituyendo los métodos clásicos del sector de la competencia por dos procedimientos de CIA judicial, que exigen claramente un acuerdo común entre las dos autoridades implicadas en orden a fijar la competencia judicial internacional *in casu*.

Los arts. 8 y 9 instauran un auténtico sistema de transferencia de competencia en doble sentido: transferencia de competencia, puesto que las autoridades que poseen la competencia natural en virtud de las reglas convencionales (arts. 5-6, y como regla general *ex art.* 5, las autoridades de la residencia habitual del menor) transfieren excepcionalmente su competencia natural a otras autoridades de determinados Estados, que *in casu* se encuentren en mejor situación para apreciar el interés del menor, erigiéndose este criterio material, a diferencia de su predecesor y en coherencia con la nueva reglamentación internacional del menor, en el único título que funda el sistema¹³³⁴; transferencia de competencias en doble sentido, puesto que ésta puede tener lugar en un dos direcciones, en función de la autoridad de la cual

¹³³¹ Esta importante especialidad justifica que desde un punto de vista sistemático los procedimientos de cooperación de los arts. 8 y 9 se encuentren incorporados en el capítulo dedicado a la competencia (capítulo II), y no junto al resto de los procedimientos de cooperación, que se encuentran recogidos en el capítulo específico destinado a la cooperación (capítulo V).

¹³³² *Vid., infra*, Cap. IV, II. 1. A).

¹³³³ *Vid., infra*, Cap. IV, II. 1. B) a).

¹³³⁴ *Vid.*, resaltando esta consideración del interés superior del menor en el sistema, R. M. Moura Ramos, «La protección de los menores en el ámbito internacional», *cit.*, p. 75.

emane la iniciativa: si la iniciativa proviene de la autoridad que posee la competencia natural, puede sostenerse que se está en presencia de un mecanismo de «remisión de competencia» (art. 8); y, por el contrario, si la propuesta emana de las autoridades de determinados Estados investidos por la normativa convencional para reivindicar tal competencia, se está en presencia de un «procedimiento de reivindicación de competencia» (art. 9)¹³³⁵.

Ambos procedimientos de transferencia de competencias exigen, como se ha dicho, un acuerdo común de decisiones entre ambas autoridades implicadas *in casu*, es decir, dos decisiones expresas en el mismo sentido, aunque a diferencia de lo que ocurre en otros procedimientos de codecisión previstos en otros Convenios de CIA [Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción *ex art. 17. c)*], ambas autoridades no se encuentran en pie de igualdad, ya que la efectiva transferencia de competencias en el marco del Convenio de La Haya de 1996 depende siempre finalmente de la voluntad de las autoridades de la residencia habitual del menor¹³³⁶.

No cabe duda que los mecanismos de remisión y de reivindicación de competencias se inspiran y colocan en la perspectiva de los tradicionales métodos utilizados por los sistemas del *Common Law*, del *forum non conveniens* y del *forum conveniens*, respectivamente¹³³⁷. Esta aproximación de planteamientos implica no sólo una novedad, sino, fundamentalmente, algunos problemas de aceptación en los Ordenamientos jurídicos del *Civil Law*, como el Derecho español¹³³⁸. No obstante, como ahora se comprobará, los procedimientos de transferencias de competencias no son idénticos a los métodos anglosajones, con lo cual a la hora de admitir los primeros en nuestro Ordenamiento jurídico, no debe partirse como regla general de su rechazo, tal como ocurre respecto a los segundos.

¹³³⁵ *Vid.*, esta distinción, P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, pp. 715-718.

¹³³⁶ *Vid.*, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 155-156.

¹³³⁷ *Vid.*, P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, p. 715; A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, pp. 83-84; P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 308.

¹³³⁸ *Vid.*, poniendo de relieve la dificultad de admitir los arts. 8 y 9 del Convenio en nuestro país, pudiendo incluso resultar contrarios al art. 24 de la Constitución Española, A. Borrás Rodríguez, «Problemas de derecho internacional privado...», *cit.*, p. 183. *A sensu contrario*, una nueva aproximación, *vid.*, C. Otero García-Castrillón, «En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español», *AEDIPr.*, t. I, pp. 425-434.

Por último, en este acercamiento a los procedimientos de transferencias de competencias del nuevo Convenio de La Haya de 1996, debe advertirse que estos procedimientos de CIA exclusivamente operan en las relaciones entre los Estados contratantes del Convenio. Esta solución fue una vez más el resultado de un intenso debate ocasionado durante la negociación del nuevo texto, rechazándose diversas proposiciones, fundamentalmente de Estados Unidos y con relación al procedimiento de remisión *ex art. 8*, en el sentido de poder autorizar la transferencia de competencia a autoridades judiciales y/o administrativas de un Estado no contratante, si el interés del menor lo exigía. Finalmente, por una mayoría no demasiado amplia, al igual que en sede de reconocimiento, se adoptó la tesis restrictiva, limitando su aplicación exclusivamente entre los Estados parte del Convenio, puesto que aparte de otras consideraciones, las medidas adoptadas por la autoridad de un tercero Estado beneficiario de la transferencia de competencias no podrían ser reconocida en aplicación del Convenio en los Estados contratantes¹³³⁹.

b) Procedimiento de remisión de competencia

Las autoridades de la residencia habitual del menor, o en las situaciones patológicas previstas en el art. 6, las autoridades del Estado en que se encuentre el menor, podrán proponer excepcionalmente que su competencia sea transferida a la autoridad de otro Estado contratante, si consideran que ésta se encuentra en mejor situación para apreciar en un caso particular el interés superior del niño (art. 8.1). La oportunidad sobre la realización de la transferencia se delega, por tanto, en un primer momento a la apreciación del interés superior del menor por la autoridad normalmente competente, quién deberá valorar dicho interés *in casu*, teniendo en cuenta las concretas conexiones con la situación fáctica, así como el índice de la aplicación por la autoridad requerida en el otro Estado, como regla general, de su propia ley interna (art. 15.1)¹³⁴⁰.

¹³³⁹ *Vid.*, sobre esta cuestión, más detenidamente, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 18; P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, p. 718.

¹³⁴⁰ En el curso de los debates del Convenio se observó *ad ex*, que resultaría particularmente inoportuno que la autoridad del Estado donde se encuentra el menor refugiado y que sería normalmente competente para adoptar las medidas de protección *ex art. 6*, proponga al Estado de la nacionalidad del menor

Una vez que la autoridad competente decida positivamente sobre la procedencia *in casu* de dicha transferencia de competencia, el Convenio le ofrece básicamente dos vías o canales para solicitar a la autoridad requerida la aceptación de dicha remisión: de un lado, la autoridad competente podrá dirigirse directamente a dicha autoridad (pudiendo hacerlo también, como ha sido visto anteriormente, por mediación de la Autoridad central de dicho Estado¹³⁴¹); y, de otro, podrá suspender el procedimiento e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado. Los dos canales de comunicación se presentan convencionalmente en pie de igualdad, y la elección entre ambos corresponde a la apreciación de la autoridad normalmente competente, quién debe tener en cuenta en dicha decisión, no sólo las normas procesales del foro, sino también aquéllas del Estado de la autoridad extranjera y, particularmente, si dicha autoridad puede o no actuar de oficio en estos supuestos. Como indica el informe explicativo del texto, será conveniente que los Estados parte que ratifiquen el Convenio incorporen en su legislación interna la facultad de sus autoridades competentes *stricto sensu* (judiciales o administrativas) de poder actuar a instancia de la autoridad de otro Estado parte, teniendo en cuenta que esta solicitud podrá realizarse también por vía de la Autoridad central del Estado de la autoridad destinataria *ex art. 31 a)*¹³⁴².

Los Estados cuyas autoridades pueden ser requeridas para que acepten tal transferencia se recogen en el párr. 2º, y son los siguientes: a) Estado de la nacionalidad del menor. En los supuestos en que el menor posea más de una nacionalidad, se deduce implícitamente del texto que la competencia subsidiaria puede ser atribuida a las autoridades de uno u otro Estado; b) Estado en que estén situados bienes del menor. Esta solicitud de transmisión de competencia podrá resultar apropiada cuando se trate de adoptar una medida de protección con relación a dichos bienes (*ad. ex.*, autorización necesaria para vender un inmueble situado en otro Estado

ocuparse de su protección (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 18). Resaltando la relevancia de tener en cuenta, en el proceso de apreciación, las consecuencias del principio de la *lex fori*, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, p. 82; *id.*, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 154.

¹³⁴¹ *Vid.*, *supra*, Cap. II, III. 5.B) c).

¹³⁴² *Vid.*, esta llamada a los Derechos internos, así como otras opciones que se plantearon durante la negociación del texto con relación a la articulación de las dos vías de comunicación, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 18.

distinto al de la residencia habitual del menor)¹³⁴³; c) Estado en que se esté conociendo de una demanda de separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio. El foro del divorcio podría operar por remisión en los supuestos en que no se cumplan las condiciones previstas *ex art.* 10 para que pueda actuar de manera autónoma, o bien en los casos en que la autoridad investida por el mismo, en el ejercicio de su competencia, haya decidido en un primer momento no actuar; d) Estado con el que el niño mantenga un vínculo estrecho. Esta competencia por remisión, cuyo criterio es incorporado *ex novo* como foro de competencia en el Convenio de La Haya de 1996, puede interpretarse como una cláusula de cierre que traduce el auténtico espíritu del procedimiento de remisión, en el sentido que las autoridades normalmente competentes podrán dirigirse a cualquier Estado contratante solicitando la aceptación de la competencia de sus autoridades si el interés del menor lo requiere *in casu*, y de modo que las autoridades citadas en los párrafos precedentes deben considerarse sólo como una enumeración ejemplificativa de las posibles autoridades requeridas¹³⁴⁴.

Para que el procedimiento de transferencia tenga lugar efectivamente la autoridad requerida por la autoridad normalmente competente deberá aceptar la competencia ofrecida en función de la apreciación que realice sobre el interés superior del menor (como se desprende, el interés superior del menor *in casu* es sometido a una doble apreciación, en primer lugar, por la autoridad requirente y, en segundo lugar, por la autoridad requerida; doble apreciación que se traduce en doble decisión en sentido positivo en torno a la autoridad competente en el supuesto concreto). En ningún caso, en coherencia con el carácter facultativo de las reglas convencionales de cooperación, la autoridad requerida está obligada a aceptar dicha competencia, y podrá rechazarla en función de su propia apreciación sobre la necesidad y la oportunidad de su intervención, así como en los supuestos en que estime que no se

¹³⁴³ Esta posibilidad de competencia delegada no limita la competencia de las autoridades del Estado donde se encuentren bienes del menor en los supuestos de urgencia previstos *ex art.* 11.1.

¹³⁴⁴ Esta cláusula de cierre permitirá intervenir, si el interés superior del menor requiere *in casu* tal actuación, *ad. ex.*, a las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual del menor, o a aquéllas del Estado en que vive uno de los miembros de la familia del menor dispuesto a ocuparse del mismo. Igualmente, puede resultar apropiada la transferencia de competencia en virtud de este precepto a las autoridades del Estado del domicilio de uno de los progenitores, quienes podrían encontrarse en mejor situación para regular las relaciones personales de dicho progenitor con el menor, que las autoridades de la residencia habitual del menor.

verifican ninguna de las hipótesis prevista *ex párr. 2* (art. 8.4)¹³⁴⁵. Los Estados contratantes podrán instaurar en su sistema interno un procedimiento que tenga por objeto exclusivamente examinar la oportunidad de la transferencia de competencias, y las autoridades implicadas podrán proceder a un intercambio de opiniones en torno a la cuestión directamente o por vía de las AACC (art. 8.3)¹³⁴⁶.

En los supuestos en que la autoridad requerida no responda a la solicitud de remisión en un plazo razonable de tiempo (hipótesis no prevista en el texto y que puede resolverse mediante un intercambio de opiniones entre autoridades implicadas), parece razonable sostener que la autoridad inicialmente prevista como competente deberá asumir las consecuencias y ejercer plenamente su competencia¹³⁴⁷. En las hipótesis en que la autoridad requerida acepte la competencia, ésta deviene competente, colocándose en el lugar de la autoridad que fuera normalmente competente en virtud de los arts. 5 y 6, y su competencia se extenderá a la adopción de las medidas de protección que estime oportunas, encontrándose sólo limitada por la necesidad de protección que el menor requiera en el caso particular¹³⁴⁸. Esta transferencia de competencia, en ningún caso, deberá interpretarse como definitiva, de modo que ante una nueva situación del menor que requiera la adopción de nuevas medidas de protección, las reglas convencionales de determinación de la competencia se activarán *ex novo*.

¹³⁴⁵ El precepto recoge literalmente que la autoridad requerida «puede» y no «debe».

¹³⁴⁶ La garantía del derecho a ser oído (de las partes y del menor) debe ser respetada en dicho procedimiento conforme a la *lex fori*, pero teniendo en cuenta la naturaleza de este procedimiento, y dado que la autoridad requerida dispone de un poder de apreciación para rechazar o aceptar la transferencia, parece suficiente informar a las partes de los resultados de este intercambio de opiniones, e invitarlos a pronunciar su opinión en un breve plazo de tiempo (*vid.*, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 154-155).

¹³⁴⁷ *Vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 19; P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, nota 32.

¹³⁴⁸ *Ad. ex.*, si la autoridad que deviene competente ha sido requerida para decidir sobre el derecho de visita que deberá ejercerse en su Estado, la competencia de dicha autoridad no podrá extenderse a pronunciarse *ad. ex.*, sobre la enajenación de bienes del menor que se encuentran en su territorio; aunque dentro del marco de protección requerido *in casu*, la citada autoridad podrá adoptar las medidas de protección que estime más convenientes para el interés superior del menor, y no estará vinculada a las medidas de protección que la autoridad requirente haya podido sugerir (*vid.*, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, p. 83).

c) Procedimiento de reivindicación de competencia

Se trata del procedimiento de transferencia que tiene lugar en dirección contraria a la prevista en el art. 8 del texto, de modo que *ex art. 9* las autoridades de los Estados contratantes mencionados en el art. 8. 2, en principio convencionalmente incompetentes con carácter general, disponen la posibilidad de solicitar a las autoridades de la residencia habitual del menor, en las mismas condiciones y a través de las mismas vías de comunicación que *ex art. 8*, que la competencia natural que éstas poseen les sea transmitida a ellas en el caso particular.

A diferencia del art. 8, el art. 9 menciona únicamente como posibles autoridades requeridas a aquéllas del Estado de la residencia habitual que poseen la competencia natural *ex art. 5*, y no a las autoridades del Estado donde se encuentre el menor *ex art. 6*. No obstante, debe destacarse que, como indica el informe explicativo del Convenio, se trata sólo de una omisión de los redactores, de modo que el art. 9, en su totalidad, debe interpretarse teniendo presente que las autoridades susceptibles de participar en este procedimiento de CIA en materia de competencia, deben ser las mismas que las previstas en el art. 8, que se refieren tanto a las autoridades competentes según el art. 5, como *ex art. 6*¹³⁴⁹.

Finalmente, con relación a este procedimiento de reivindicación de competencias debe destacarse que expresamente el precepto, a diferencia del art. 8, prevé que las autoridades requirentes sólo podrán ejercer su competencia en lugar de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño «*si esta autoridad ha aceptado la petición*» (art. 9. 3). La exigencia expresa de la aceptación de la competencia por parte de la autoridad requerida encuentra su justificación en el deseo de evitar cualquier interpretación positiva respecto al silencio de ésta, que pudiera ser fuente de decisiones contradictorias. Por tanto, el silencio debe ser interpretado de modo negativo, y en estos casos la autoridad requirente sólo podrá adoptar las

¹³⁴⁹ *Vid.*, sobre esta omisión, y el aviso expreso del relator, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 20.

medidas urgentes y provisionales previstas en los arts. 11 y 12 del texto, si se verifican los presupuestos para el ejercicio de tales competencias¹³⁵⁰.

d) Sobre su admisibilidad en el Derecho español

No cabe duda que los procedimientos de remisión y reivindicación de competencias incorporados en los arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996, como se ha adelantado, se inspiran y asemejan en gran medida a las instituciones anglosajonas del *forum non conveniens* y *forum conveniens*, respectivamente, aunque no son idénticos.

Entre las diferencias existentes entre ambos planteamientos pueden señalarse las siguientes: en primer lugar, en el modelo del *forum non conveniens* se parte como presupuesto para su ejercicio de la existencia de foros alternativos, mientras que en los procedimientos de transferencia de competencias, como se ha visto, existe una sola autoridad que posee competencia única, y otras autoridades determinadas, *a priori* incompetentes, que pueden devenir competentes *in casu* sólo por aceptación de la primera¹³⁵¹; en segundo lugar, las autoridades competentes *stricto sensu* en los supuestos previstos en los arts. 8 y 9, actúan de oficio y nunca a instancia de las partes, a diferencia del funcionamiento clásico de la doctrina anglosajona, en el que corresponde al demandado invocar al tribunal que aunque posee competencia para decidir el asunto, no es el convenientemente competente, pues existen otros tribunales más convenientes; en tercer lugar, en la institución de los países del *Common Law*, el tribunal no entra en contacto directo con los tribunales de otros Estados posiblemente más convenientemente competentes, sino que se limita a rechazar la demanda e invitar a las partes a dirigirse ante los tribunales de dicho Estado (es decir, sólo existe la vía de comunicación prevista *ex art. 8.1 in fine*). Finalmente, y aquí se encuentra, a mi juicio, la diferencia esencial que separa ambos planteamientos, frente al método *forum*

¹³⁵⁰ La autoridad requirente, para superar la incertidumbre que crea el lapsus temporal desde que realiza la correspondiente solicitud, puede informar a la autoridad requerida que la demanda quedará sin objeto si no recibe una respuesta en un plazo determinado de tiempo (*vid.*, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 155).

¹³⁵¹ *Vid.*, resaltando esta diferencia teniendo en cuenta que «*an alternative forum abroad*» es condición tradicional en el sistema del *Common Law*, P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, p. 716.

non conveniens, la efectiva transferencia de competencia en el marco del Convenio de La Haya de 1996 sólo puede tener lugar si existe una aceptación por parte de cada una de las autoridades de los dos Estados implicados (es decir, existe una codecisión en torno a la competencia *in casu*).

Esta decisiva diferencia entre ambos procedimientos, que radica en la codecisión *in casu* en torno a la competencia en los procedimientos de cooperación judicial *ex arts. 8 y 9*, ausente en el *forum non conveniens*, permite sostener, en mi opinión, que no existe obstáculo alguno de fondo para integrar los primeros en nuestro Ordenamiento jurídico dentro del marco convencional si España ratifica el Convenio¹³⁵². En efecto, si la razón fundamental del rechazo a la institución del *forum non conveniens* en nuestro sistema radica en su contrariedad a los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva (art. 24)¹³⁵³, en el supuesto que el tribunal español competente transmita su competencia a otras autoridades de Estados determinados en los términos previstos en el art. 8 (supuesto más conflictivo), no podrá sostenerse que existe vulneración a la tutela judicial efectiva, puesto que se tratará de una resolución de inadmisión de la demanda fundada en la existencia de un tribunal extranjero competente, ya determinado que, con toda seguridad jurídica para el particular, no sólo garantizará su acceso a la tutela judicial efectiva, sino que realizará su derecho de manera más satisfactoria¹³⁵⁴; y sin perjuicio que posteriormente, la decisión adoptada por dicho tribunal sea reconocida de pleno

¹³⁵² Fuera del marco convencional los mecanismos de transferencia de competencias resultan bastante inviables en la práctica, puesto que aparte de las dilaciones que conllevarían si se advierte que el sistema de cooperación convencional no funciona entre Estados no contratantes, el hecho que partan de una competencia única y otras competencias delegadas haría inviable el sistema, teniendo en cuenta la libertad del legislador estatal a la hora de confeccionar su sistema de competencia judicial internacional autónomo (*vid.*, rechazando también esta posibilidad, aunque con matices, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 157).

¹³⁵³ *Vid.*, en nuestra doctrina, entre otros, M. A. Amores Conradi, «La nueva estructura...», *cit.*, p. 413; más recientemente, M. Checa Martínez, «Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1998, pp. 521-576, esp., p. 541; en sentido positivo, defendiendo la introducción de la institución, en cuanto no afectaría al derecho constitucional al juez legalmente predeterminado ni a la seguridad jurídica, C. Otero García Castellón, «En torno a los problemas de aplicación...», *cit.*, pp. 426-431.

¹³⁵⁴ No debe olvidarse que conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no implica que toda persona tenga derecho a una decisión sobre el fondo del asunto, sino que este derecho queda garantizado por la obtención de una decisión de inadmisión de la demanda, siempre que sea fundada en Derecho (*vid.*, por todas, STC 192/1992).

derecho en nuestro país conforme a las normas convencionales (tutela por reconocimiento)¹³⁵⁵.

Reconociendo la compatibilidad de los procedimientos convencionales de transferencia de competencias con nuestro Derecho interno dentro del marco convencional, no deben desconocerse las dificultades de su articulación en la práctica, puesto que, en definitiva, se trata de mecanismos, que al igual que el *forum non conveniens*, resultan desconocidos en nuestro sistema. Si España ratifica el Convenio sería conveniente previamente introducir algunas disposiciones internas que facilitaran la aplicación de los citados procedimientos, teniendo en cuenta *ad. ex.*, que en los supuestos en que nuestro país actuara como Estado requirente *ex art. 8*, sería más acorde con nuestra concepción de la tutela judicial efectiva y nuestro sistema procesal (puesto que se parte del presupuesto que los órganos jurisdiccionales españoles poseen competencia judicial internacional), llevar a cabo el procedimiento de remisión directamente con las autoridades extranjeras (o bien por medio de las AACC), y no por la vía contemplada *ex art. 8.2* (suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de otro Estado), más acorde con el sistema del *forum non conveniens*. En los supuestos en que España fuera Estado requerido *ex art. 8*, aparte de prever que nuestras autoridades puedan actuar a instancia de sus homónimas extranjeras (o por vía de las Autoridades centrales), sería necesario articular un procedimiento con carácter previo a su posible actuación, que tuviera por objeto exclusivamente examinar la oportunidad de aceptación por nuestros tribunales de la competencia ofrecida, y en el que se garantizara la necesaria audiencia a las partes, así como el derecho del menor a ser oído.

En definitiva, los procedimientos de transferencia de competencias recogidos en el nuevo Convenio de La Haya de 1996, como instrumentos excepcionales de atribución de competencia a autoridades distintas a las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor, deben acogerse satisfactoriamente por dos motivos: de un lado, introducen los elementos de flexibilización y particularización que la

¹³⁵⁵ Debe recordarse que en el ámbito internacional, a diferencia del ámbito interno, la tutela judicial efectiva puede proveerse de dos formas, bien directamente a través de un proceso de cognición en el foro (tutela por declaración), o bien indirectamente admitiendo la competencia de los tribunales extranjeros y reconociendo sus decisiones (tutela por reconocimiento) [*vid., supra*, Cap. introd., I. 2. C) b) 1º)].

concreción del interés superior del menor exigen¹³⁵⁶ y, de otro lado, al estar supeditados siempre a la codecisión de las dos autoridades implicadas y una de ellas es siempre la autoridad de la residencia habitual, su aplicación elimina las posibilidades de decisiones contradictorias¹³⁵⁷. El desconocimiento de estas instituciones por nuestro Derecho interno no debe convertirse en un obstáculo a la ratificación por nuestro país del nuevo Convenio, puesto que no atentando a nuestros principios jurídicos esenciales¹³⁵⁸, sólo exige, una vez más, como en todos los Convenios de CIA en la materia, la necesaria normativa interna de ejecución que permita a los órganos jurisdiccionales españoles cooperar con sus homónimos extranjeros en sede de competencia en los términos diseñados en la normativa convencional. De este modo, se estaría ratificando, como se verá en el capítulo siguiente más detenidamente, que la CIA se erige también como una técnica adecuada para resolver las cuestiones de competencia internacional de autoridades en el contexto internacional¹³⁵⁹.

B) Procedimiento de colocación del menor en el extranjero

a) Régimen jurídico

El principio facultativo que inspira los procedimientos de CIA incorporados en el Convenio de La Haya de 1996, encuentra su única excepción en el art. 33 del texto. Este precepto incorpora, con relación a la decisión en un Estado contratante sobre la colocación del menor en otro Estado contratante, el único procedimiento de CIA de carácter obligatorio entre las autoridades de los dos Estados implicados¹³⁶⁰. Se trata de un procedimiento que se traduce, al igual que los procedimientos de transferencias de competencias, en la exigencia de dos decisiones en sentido positivo, adoptadas cada

¹³⁵⁶ Defendiendo la admisión del *forum non conveniens* en base, en general, a elementos de flexibilización de las normas de competencia judicial conforme a las exigencias de nuestra Constitución, *vid.*, C. Otero García-Castrillón, «En torno a los problemas de aplicación...», *cit.*, p. 433.

¹³⁵⁷ *Vid.*, en sentido similar, R. M. Moura Ramos, «La protección de los menores en el ámbito internacional», *cit.*, p. 84; M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 75; G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 155.

¹³⁵⁸ También G. Esteban de la Rosa (*El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 156-157) llega a la conclusión que no habría obstáculo para aceptar un planteamiento de este tipo en nuestro Derecho.

¹³⁵⁹ *Vid.*, *infra*, Cap. IV, II. 1.

¹³⁶⁰ *Vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 43-44.

una de ellas por las autoridades de los dos Estados implicados, aunque a diferencia del supuesto anterior, la doble decisión no tiene por objeto determinar la competencia judicial internacional *in casu*, sino que se dirige a la adopción de una concreta medida de protección por la autoridad competente, previamente determinada conforme a las normas de competencia del Convenio.

La autoridad competente de un Estado contratante, *ex art. 33.1*, que prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *Kafala* o por una institución análoga, y la colocación haya de tener lugar en otro Estado contratante, debe consultar antes de la adopción de la citada medida a la Autoridad central o a otra autoridad competente del Estado al que en niño vaya a ser trasladado con los citados fines de colocación. A tal efecto, la autoridad del Estado que proyecta la adopción de la medida remitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento (*art. 33.1 in fine*). La obligatoriedad de este procedimiento se induce del párr. 2º de dicho precepto en relación con el *art. 23.2 f)*, puesto que, conforme al primero, el Estado requirente sólo podrá adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño. La no observación de este procedimiento, procediéndose por la autoridad competente en el Estado de origen a la constitución de tal acogimiento o colocación sin la consulta previa y respectiva aprobación por la autoridad competente del Estado de recepción (o ignorando la decisión en sentido negativo), es sancionada por el Convenio con el posible no reconocimiento de tal medida de protección en el resto de los Estados contratantes, puesto que el no respeto a dicho procedimiento se incorpora precisamente en el texto como uno de los posibles excepcionales motivos de denegación del reconocimiento [*art. 23.2 f)*]¹³⁶¹.

Este procedimiento de cooperación que supedita la constitución de la colocación o el acogimiento del menor en un Estado a su aprobación por las autoridades competentes del Estado donde la medida va a llevarse a efecto, tiene su precedente inmediato en el conocido *matching* incorporado en el *art. 17c)* del Convenio de La

¹³⁶¹ *Vid., supra*, Cap. IV, IV. 2. B) b).

Haya sobre adopción internacional, puesto que la finalidad que persiguen ambos procedimientos es análoga, evitar el desplazamiento del menor de un Estado o otro con fines de crear un proyecto familiar para el menor en el segundo, sin las garantías suficientes de que dicho proyecto responda al interés superior del menor y puede llevarse a cabo de manera efectiva¹³⁶². El art. 33 hace partícipe en la adopción por las autoridades competentes para ordenar la decisión a las autoridades del Estado donde el acogimiento o colocación vaya a tener efecto, y además sitúa a éstas últimas en una situación de control, puesto que sin su aprobación la medida no podrá ser adoptada por las autoridades que *a priori* tienen competencia para ordenarla.

b) Valoración

La recepción de este procedimiento imperativo de consulta y aprobación previa ha sido contradictoria entre la doctrina. Para algunos autores, a mi juicio, desde un punto de vista objetivo, la codecisión imperativa en torno a la constitución de un acogimiento o colocación en otro Estado contratante es una condición procesal demasiado onerosa con relación al contenido de la medida, puesto que ésta puede tener únicamente un carácter limitado y transitorio (*ad. ex.*, colocación de un menor en un establecimiento). En este sentido, se sostiene que no hubiera sido necesario incorporar el procedimiento con este carácter codecisional y obligatorio, puesto que el Convenio permite a la autoridad competente, conforme a las reglas de cooperación convencionales, realizar dicha consulta en los supuestos en que conforme a su apreciación sea oportuna y necesaria, y en esta línea, se propone limitar el procedimiento imperativo únicamente al plano interpretativo¹³⁶³.

En sentido totalmente opuesto, otro sector doctrinal, entre el que se incluye la doctrina española, ha acogido este procedimiento de consulta y aprobación previa imperativo como un procedimiento de CIA necesario desde el punto de vista de la legislación de inmigración del Estado requerido¹³⁶⁴. Concretamente, para un sector de la doctrina española, la recepción de este procedimiento imperativo puede

¹³⁶² *Vid.*, este paralelismo, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 157.

¹³⁶³ *Vid.*, especialmente, P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, pp. 740-741.

¹³⁶⁴ *Vid.*, en general, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 309.

considerarse como un éxito para los países de inmigración, como España, en cuanto permite introducir un control sobre estas instituciones de protección y, concretamente, sobre la *Kafala* del Derecho marroquí, tanto con relación a la constitución con fines fraudulentos, como con relación a los supuestos en que se ha pretendido fuera considerada como una adopción¹³⁶⁵.

El Convenio, a mi juicio, al introducir expresamente la *Kafala* en su ámbito de aplicación material [art. 3e)], y excluir también *ex profeso* la adopción del mismo [art. 4 b)], ya confirma inequívocamente, con relación a la primera, que se está en presencia de una medida de protección del menor, y no de una adopción. Igualmente, se confirma la solución que la DGRN había adoptado, dada la falta de similitud entre la *Kafala* y la adopción, cuando se pretendía en España la inscripción de una *Kafala* constituida en el extranjero¹³⁶⁶. Esta solución, sin embargo, queda aclarada por la propia delimitación del ámbito material del texto, y no por la forma en que se articula convencionalmente la efectiva constitución de la medida *ex art. 33*. Respecto a este procedimiento de colaboración, el procedimiento no es *per se* negativo, sino todo lo contrario, resulta positivo, puesto que afecta a la adopción de una medida de protección del menor *suis generis*, en la medida en que se ordena en un Estado

¹³⁶⁵ *Vid.*, A. Borrás Rodríguez, «La XVIII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (30 de septiembre a 19 de octubre de 1996)», *REDI*, vol. XXLVIII, 1996-2, pp. 357-363; especialmente, p. 362; *id.*, «Problemas de derecho internacional privado...», *cit.*, pp. 182-183.

¹³⁶⁶ La Doctrina de la DGRN ha sido indubitada, como es sabido, con relación al alcance de la *Kafala* en nuestro Ordenamiento jurídico: no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento jurídico español (adopción plena), y en cuanto a su alcance no puede siquiera considerarse como adopción simple (*vid.*, *ad. ex.*, Res. DGRN de 14 de mayo de 1992 y nota de P. Rodríguez Mateos, *REDI*, vol. XLIV, 1992, 2, pp. 661-664). De este modo, la *Kafala* pronunciada por autoridades marroquíes (en sus diferentes variantes atendiendo a la nacionalidad de los elementos personales) no podría ser reconocida en España como adopción simple, ni inscrita en el Registro civil. Para que esta situación jurídica pudiera producir los efectos propios de la adopción sería preciso la constitución *ex novo* ante la autoridad judicial española [*vid.*, *ad. ex.*, SAP de Granada (Sección 4) de 25 de abril de 1995 y nota de M. Moya Escudero, *REDI*, vol. XLVII, 1995, 2, pp. 416-419], sin perjuicio que pueda dar lugar a una situación de acogimiento preadoptivo (*vid.*, sobre el tema, A. Rodríguez Benot, «El reconocimiento de las medidas de protección...», *cit.*, pp. 4437-4441; A. Borrás Rodríguez, «La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derecho de visita y devolución de menores», I. García Rodríguez (Ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 1999, pp. 237-261, esp., pp. 258-260). En Francia, la solución adoptada, en línea general, por la jurisprudencia es más restrictiva, prohibiéndose la constitución de la adopción, aunque existen también algunas decisiones más matizadas que permiten la constitución *ex novo* siempre que se cumplan ciertos requisitos (*vid.*, *ad. ex.*, T. Garé, «Nota a la decisión de la *Cour d'appel de Versailles* de 1 de julio de 1997», *JCP*, 1997, pp. 22916-22917; H. Muir Watt, «Nota a la decisión de la *Cour d'appel* de París de 4 de junio de 1998, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 112-121).

contratante y va a llevarse a efecto en otro Estado distinto. Esta especialidad aconseja que, en interés superior del menor, la adopción de la medida sea adoptada conjuntamente por las autoridades de los dos Estados implicados, puesto que la autoridad del Estado de recepción tendrá un conocimiento directo (ausente en la autoridad competente) de la situación de la familia o del centro que va a acoger al menor; conocerá y solucionará los problemas de extranjería que pueda suscitar la entrada del menor acogido en su condición de extranjero; se asegurará que no existen obstáculos para el reconocimiento de la medida en su Estado, etc. Reconociendo las ventajas de este procedimiento de codecisión¹³⁶⁷, finalmente, debe incidirse que en su aplicación no debe perderse de vista que, como indica el propio art. 33 *in fine* del texto, el criterio que debe ser tenido en cuenta en la adopción de las citadas medidas por las respectivas autoridades implicadas *in casu* y, principalmente, en la decisión en torno a su definitiva aprobación o denegación por parte de las autoridades del Estado de recepción, debe ser un criterio de contenido material, el interés superior del menor, y no otros posibles intereses estatales, como pueda ser el control de la inmigración por parte de los países europeos.

C) Protección al progenitor titular o futuro titular del derecho de visita que reside en un Estado contratante distinto al de la residencia habitual del menor

a) Régimen jurídico

Una de las innovaciones más relevantes que ofrece el Convenio de La Haya de 1996, colmando una de las lagunas más graves que, como se viene comprobando, presenta actualmente la reglamentación internacional de la protección del menor, esto es, la protección del derecho de visita y del derecho de relación transfronterizo del menor, radica en el procedimiento de cooperación judicial incorporado en los párrafos

¹³⁶⁷ En la doctrina española, se ha llegado, incluso, a calificar el procedimiento de insuficiente en los supuestos en que la medida se refiera a un acogimiento preadoptivo. Se ha sostenido que en estos casos la necesidad de garantizar la efectividad de la medida no sólo debería limitarse al momento inicial, sino que debería extenderse a un periodo de tiempo posterior, para observar el desarrollo del acogimiento preadoptivo (*vid.*, en sentido de denuncia, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 346-347).

2 a 5 del art. 35¹³⁶⁸. Este procedimiento se dirige a establecer una efectiva cooperación entre las autoridades competentes para decidir sobre el derecho de visita y las autoridades del Estado de la residencia habitual del progenitor que desea obtener o conservar dicho derecho, y aunque a diferencia de los anteriores procedimientos, no puede contemplarse como un procedimiento de codecisión *stricto sensu*, puesto que carece del carácter imperativo del que gozan aquéllos, sin embargo, su espíritu y finalidad sí se dirige, al igual que en los supuestos anteriores, a alcanzar una codecisión entre autoridades implicadas con relación a la decisión sobre la atribución y conservación del derecho de visita y, especialmente, las condiciones de su ejercicio.

El art. 35. 2 prevé que las autoridades de un Estado contratante en el que el niño no tenga su residencia habitual pueden, a petición de un progenitor que resida en ese Estado y desee obtener o conservar un derecho de visita, recabar informaciones o pruebas, y pronunciarse sobre la aptitud de este progenitor para ejercer el derecho de visita y sobre las condiciones en que podría ejercerlo. La autoridad competente para decidir sobre el derecho de visita, en virtud de los arts. 5 a 10, deberá, antes de pronunciarse, admitir y tomar en consideración estas informaciones, pruebas o conclusiones. La decisión *suis generis* adoptada de este modo por las autoridades de la residencia habitual del progenitor que solicita la atribución o protección del derecho de visita debe integrarse, por tanto, en la decisión adoptada por la autoridad competente, en tanto en cuanto debe ser tomada en consideración antes de adoptar la decisión, aunque la primera no sea determinante ni vincule el contenido la segunda¹³⁶⁹. Es más, conforme al párrafo 3º del art. 35, la autoridad competente para conocer del asunto «podrá» suspender el procedimiento hasta que se resuelva sobre la solicitud del progenitor, particularmente, cuando se le haya presentado con ocasión del cambio de la residencia habitual del menor una solicitud para modificar o suprimir el derecho de visita, concedido por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual. Para evitar todo hiato en la protección del menor, mientras se sustancia el

¹³⁶⁸ *Vid.*, en este sentido, entre otros, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, pp. 102-103; S. Detrick, «Hague Convention...», *cit.*, p. 81; P. Nygh, «The Hague Convention...», *cit.*, p. 26.

¹³⁶⁹ Para A. Bucher («La famille en droit international privé», *cit.*, p. 147), se está en presencia igualmente de un procedimiento tendente a la codecisión, puesto que aunque los elementos suministrados por la autoridad del Estado de la residencia habitual del progenitor que solicita el derecho de visita, no sean determinantes en la decisión adoptada por la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del menor, dichos elementos constituyen una parte de la decisión.

respectivo procedimiento en el Estado de la residencia habitual del progenitor solicitante del derecho de visita, el art. 35.4º prevé que la autoridad competente en virtud de las reglas convencionales pueda adoptar las medidas provisionales pertinentes hasta que se resuelva sobre dicha solicitud.

b) Valoración

Esta nueva solución cooperadora debe acogerse muy satisfactoriamente en el nuevo marco de la protección internacional de menores *in genere*, básicamente, por los siguientes motivos: a) Hace partícipe a las autoridades de la residencia habitual del progenitor que solicita el derecho de visita en la adopción de la decisión relativa al derecho de visita. Estas autoridades se encuentran en mejores circunstancias que aquéllas de la residencia habitual del menor para apreciar los hechos y circunstancias relativos a la aptitud de la persona del progenitor para ejercer dicho derecho y a las condiciones de tal ejercicio. De este modo, como han apreciado algunos autores, se logra colocar en «igualdad de armas» a ambos progenitores, puesto que generalmente las autoridades competentes para pronunciarse sobre el derecho de visita, suelen apreciar el conjunto de las circunstancias que rodean el ejercicio del citado derecho, desde la exclusiva perspectiva del progenitor que reside con el menor y que ostenta el derecho de custodia¹³⁷⁰; b) Contribuye a prevenir, en general, posibles supuestos de sustracción internacional de menores y, en particular, por parte del progenitor que ha visto vulnerado injustamente su derecho de visita¹³⁷¹; c) Colma, al menos, parcialmente, las lagunas que ocasiona el insuficiente art. 21 del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores con relación a la protección del derecho de visita¹³⁷²; d) Si se advierte que la autoridad de la residencia habitual del progenitor no sólo debe pronunciarse sobre la aptitud del progenitor para ejercer el derecho de visita, sino también sobre las condiciones en las cuáles podría ejercerlo, y

¹³⁷⁰ *Vid.*, esta perspectiva del procedimiento como instrumento que corrige el riesgo de un desequilibrio en la presentación y análisis de las circunstancias, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, p. 103; *id.*, «Le droit international privé de la famille», *cit.*, p. 146.

¹³⁷¹ El problema especialmente se plantea, como se vio *supra*, en los supuestos en que el titular del derecho de custodia completo abusa de tal derecho, desplazado dolosamente al menor a otro Estado, con objeto de impedir el ejercicio del derecho de visita del otro progenitor [*vid.*, Cap. I, III, 1. B) a)].

¹³⁷² *Vid.*, más ampliamente, W. Duncan, «Droit de visite/droit d'entretenir un contact transfrontière et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980...», *cit.*, pp. 15-16.

se conecta dicho precepto con la posibilidad excepcional contemplada en el art. 15.2 de texto, respecto a la ley aplicable por la autoridad competente y la toma en consideración de la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho¹³⁷³, se comprende que el sistema convencional arbitrado permite en la mayoría de las ocasiones, si se realiza una correcta interpretación del texto, un reconocimiento fácil y rápido de la decisión pronunciada, favoreciendo el derecho de relación transfronterizo¹³⁷⁴.

Reconociendo las ventajas que incorpora este nuevo procedimiento de cooperación judicial tendente a la codecisión con relación al ejercicio del derecho de visita y el derecho de relación transfronterizo, el único riesgo que la configuración convencional presenta en su aplicación efectiva radica, al igual que se ha puesto de relieve con relación a los mecanismos de cooperación incorporados en el capítulo V del texto *in genere*¹³⁷⁵, en su carácter facultativo respecto a la autoridad competente para decidir sobre el asunto. Esta discrecionalidad judicial, que una vez más aparece justificada en el informe explicativo del Convenio en el deseo de no dilatar los procedimientos y convertirlos inútilmente en onerosos¹³⁷⁶, y que resulta acertada con relación a los procedimientos que se traducen básicamente en una cooperación de contenido asistencial, no parece congruente en este supuesto particular respecto al derecho de visita, dado también el carácter *suis generis* del contenido de la medida a la que se refiere (al igual que se verifica con relación al procedimiento de colocación transfronterizo, que sí se configura, como se ha visto, con carácter imperativo), y la finalidad pretendida de dicho procedimiento, tanto con relación a la sustracción internacional de menores desde un punto de vista preventivo, como respecto al efectivo y pacífico ejercicio del derecho de visita y derecho de relación transfronterizo.

En esta línea, el procedimiento, a mi juicio, debería haber seguido la opción de los anteriores procedimientos de cooperación codecisionales, imponiendo a la autoridad competente, particularmente en aquellos supuestos en que la demanda va

¹³⁷³ *Vid., infra*, Cap. IV, III. 2. D).

¹³⁷⁴ *Vid.*, en este sentido, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 106, 150-151.

¹³⁷⁵ *Vid., supra*, Cap. II, II. 2. A) b).

¹³⁷⁶ *Vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 45-46.

dirigida a modificar o suspender el derecho de visita con ocasión de un cambio de la residencia habitual del menor, la obligación de suspender el procedimiento hasta que la autoridad de la residencia habitual del progenitor titular del derecho de visita, le haya transmitido las informaciones, pruebas y conclusiones respectivas con relación a la aptitud de dicho progenitor para ejercer el derecho de visita y, especialmente, las condiciones en la que podrá ejercerse. La imperatividad de este procedimiento no tiene porque implicar en caso alguno un perjuicio para la estabilidad del menor, ya que como se ha visto, *ex* 35. 4º, se posibilita a la autoridad competente la adopción de medidas provisionales mientras se sustancia el procedimiento *ex* párr. 2º en el Estado de la residencia habitual del progenitor que solicita el derecho de visita o su conservación¹³⁷⁷.

3. Procedimientos de asistencia mutua

A) Ligados a un procedimiento en curso

a) Antes de la adopción de una medida de protección: petición de informaciones útiles relativas a la situación del menor

Las AACC, como se ha visto, son las responsables directas de las obligaciones de intercambio de información *in genere*, incorporadas en los respectivos Convenios de CIA en la materia. Junto a este intercambio de información general dirigido a mejorar el funcionamiento de los respectivos Convenios, el intercambio de informaciones útiles relativas a la situación del menor y a su familia con ocasión de un procedimiento en curso, constituye la esencia tanto de alguno de los procedimientos de CIA de naturaleza claramente administrativa (por excelencia, como se verá seguidamente, Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional), como de los procedimientos de CIA judicial incorporados en los Convenios de conflicto de autoridades.

¹³⁷⁷ En esta línea, denunciando el carácter facultativo del procedimiento, *vid.*, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 151. Para esta autora, el Convenio al introducir el adverbio «particularmente», restringe la discrecionalidad de la autoridad que conoce en los supuestos en que la demanda vaya dirigida a modificar o suspender un derecho de visita otorgado por las autoridades de la antigua residencia habitual. Al contrario, avalando este carácter facultativo, ya que de este modo se evita que el progenitor que no reside en el Estado de la autoridad competente puede emprender el procedimiento previsto *ex* párr. 2º, sólo con objeto de dilatar el procedimiento iniciado en el Estado de la residencia habitual del menor, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, p. 103, esp., nota 39.

El art. 34. 1 del Convenio de La Haya de 1996, que encuentra su antecedente más inmediato en el art. 10 del Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores¹³⁷⁸, dispone, efectivamente, que cuando se prevé una medida de protección, las autoridades competentes en virtud del Convenio pueden, si la situación del niño lo exige, solicitar que toda autoridad de otro Estado contratante les transmita las informaciones útiles que pueda tener para la protección del niño. Esta petición de información podrá hacerse directamente a la autoridad competente en el Estado requerido o por mediación de su respectiva Autoridad central aunque, como ha sido examinado, se está en presencia del único supuesto de cooperación judicial del nuevo texto en que los Estados contratantes podrán, en cuanto Estados requeridos, utilizar la estructura de su Autoridad central como una especie de filtro de las solicitudes provenientes del extranjero¹³⁷⁹.

Esta petición de informaciones útiles sobre el menor necesitado de protección *in casu* por parte de la autoridad competente, antes de la adopción de la medida de protección, a autoridades de otros Estados contratantes, queda configurada por el nuevo Convenio con toda una serie de precauciones y restricciones para evitar los peligros de una recolección incontrolada de información (como propugnaba en cierto modo el art. 10 de su predecesor¹³⁸⁰), y prevenir toda burocratización superflua. En esta línea restrictiva, en primer lugar, la propia letra del precepto limita la petición de informaciones exclusivamente a los supuestos en que la situación del menor lo exija. Será, por tanto, la autoridad competente de acuerdo con la situación fáctica, y teniendo en cuenta únicamente el interés superior del menor, quién deberá apreciar *in casu* la

¹³⁷⁸ Este precepto recoge que: «*en lo posible y para asegurar la continuidad del régimen aplicado al menor, las autoridades de un Estado contratante no adoptarán medidas que le afecten sin antes haber intercambiado impresiones con las autoridades de los otros Estados contratantes, cuyas decisiones estén aún en vigor*».

¹³⁷⁹ *Vid., supra*, Cap. II, III. 5. B) c).

¹³⁸⁰ La finalidad del art. 10 es conseguir que se recoja la mayor cantidad de información posible sobre las relaciones personales, familiares y sociales del menor, antes de que se tome una decisión, en aras a la continuidad de su protección (*vid.*, G. Esteban de la Rosa *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 343-344). Debe resaltarse, no obstante, que el supuesto fáctico y el fin de ambas normas difieren, puesto que mientras que el art. 10 del Convenio de La Haya de 1961, sólo limita este intercambio de información a los supuestos en que exista una decisión aún vigente, y por tanto se dirige básicamente a garantizar el principio de la continuidad de la protección del menor, el art. 34 del Convenio de la Haya de 1996 se refiere a cualquier situación en que se prevea la adopción de una medida, y se dirige a asistir a la autoridad competente, de modo que dicha medida de protección responda satisfactoriamente al interés superior del menor. Sobre otras manifestaciones de intercambio de información en el texto de 1961, *vid.*, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *vid.*, pp. 304-306.

conurrencia o no de dicha circunstancia y, en caso positivo, justificar dicha verificación en la correspondiente solicitud dirigida a la autoridad que dispone de tal información; en segundo lugar, la autoridad requerida, como se anunció, no se encuentra obligada formalmente a suministrar dicha información, aunque teniendo en cuenta el espíritu del texto en el sentido de desear reforzar la cooperación entre los Estados contratantes, debe interpretarse que dicha autoridad queda obligada *a priori* a remitir dicha información a la autoridad requirente, si conforme a su apreciación la situación del menor y el interés superior de éste así lo exige¹³⁸¹; en tercer lugar, el ámbito material sobre el que puede versar la demanda de información queda limitado en el texto a cualquier información útil que la autoridad requerida posea en el momento de la solicitud. Esta delimitación sobre el contenido u objeto de la solicitud de información merece apuntar, al menos, dos consideraciones. De un lado, la expresión «informaciones útiles» abarca un amplio ámbito de posibles informaciones susceptibles de ser solicitadas y comunicadas, que afectarán generalmente a dossiers relativos a procedimientos anteriores, con independencia que finalmente hubieran culminado en la adopción de una determinada medida de protección. También podrán referirse a cualquier tipo de informes o documentos útiles que dispongan los servicios sociales, médicos, tutelares o asistenciales del Estado requerido. De otro lado, si bien el ámbito material de la información solicitada y comunicada es *a priori* amplio y, por tanto, la operatividad de este procedimiento de cooperación puede ser muy importante (*ad. ex.*, la autoridad competente para pronunciarse sobre el divorcio y la atribución de la custodia del menor que tenga su residencia habitual en otro Estado contratante *ex art. 10*, podrá reunir por esta vía informaciones que provengan de las autoridades que se encuentren en contacto directo con el menor; o la autoridad de la residencia habitual del menor que vaya a pronunciarse *ex art. 5*, sobre la custodia del menor, podrá recabar informaciones objetivas sobre el progenitor que resida en otro Estado contratante), sin embargo, debe advertirse que convencionalmente este procedimiento queda restringido en gran medida, puesto que únicamente podrá tratarse de informaciones útiles que «posean las autoridades del Estado requerido». Esta

¹³⁸¹ En el mismo sentido A. Bucher, («La famille en droit international privé», *cit.*, p. 145), interpreta que el informe del texto únicamente procura destacar que el poder de apreciación del que dispone la autoridad requerida, y el ejercicio de dicho poder, queda delimitado por el análisis de la situación del menor y de su interés superior.

limitación implica que las autoridades del Estado requerido no tienen en este caso un deber de investigación a favor de las autoridades que prevean la adopción de la medida de la protección, como ocurre tal como acaba de verse, con las autoridades de la residencia habitual del progenitor que solicita el derecho de visita *ex art. 35.2* a favor de las autoridades competentes para pronunciarse sobre dicho derecho. Por tanto, el cumplimiento de determinados principios esenciales relativos al procedimiento no podrá verse garantizado por medio de este procedimiento de cooperación, como *ad. ex.*, y básicamente, el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento que le afecte¹³⁸²; principio fundamental cuya no observación es precisamente, como se verá en el capítulo siguiente, uno de los posibles tasados motivos de no reconocimiento de la decisión adoptada por la autoridad competente *ex art. 23.1 b)*¹³⁸³; finalmente, en cuarto lugar, el intercambio de informaciones útiles entre autoridades judiciales con ocasión de un procedimiento en curso *ex art. 34*, queda limitado por una serie de restricciones que la normativa convencional impone con carácter general con relación al intercambio de informaciones realizados conforme al Convenio. Estas disposiciones generales deben ser observadas por las autoridades implicadas antes de la solicitud o transmisión de la información considerada, de modo que una autoridad no puede solicitar o transmitir la información si considera que tal solicitud o transmisión de la información proyectada podría poner en 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 (*art. 37*)¹³⁸⁴; así como después que

¹³⁸² Como ha puesto de relieve A. Bucher («La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 147-150), en los supuestos excepcionales en que la autoridad competente que prevea la adopción de la medida de protección no sea la autoridad de la residencia habitual del menor, la primera no podrá solicitar, *ex art. 34*, a la segunda, que satisfaga el trámite de la audición del menor, y le remita el resumen de dicha actuación, puesto que no se trataría de una información que ya detentara la autoridad del Estado requerido, sino que implicaría una diligencia positiva por parte de ésta a favor de la autoridad requirente. En estos supuestos, *a priori*, la autoridad que prevea la adopción de la medida deberá acudir a los cauces convencionales ordinarios de asistencia judicial internacional, con las dilaciones y complicaciones que pudiera ocasionar la decisión sobre la medida a adoptar. Sin embargo, el citado autor propone una solución al problema dentro del propio marco del Convenio de La Haya de 1996, y consiste en que la autoridad de la residencia habitual del menor, antes de aceptar la transferencia de competencia *ex arts. 8-9*, a la autoridad de otro Estado contratante, proceda directamente a la audición del menor para recabar su opinión sobre su situación y la necesidad de protección considerada. El resumen de esta actividad procesal constituirá entonces una información útil que ya posee, que transmitirá a la autoridad extranjera a quién la competencia le será transferida.

¹³⁸³ *Vid., infra*, Cap. IV, IV. 2. B) b).

¹³⁸⁴ Este supuesto puede tener lugar *ad ex.*, cuando se trate de menores refugiados o desplazados internacionalmente como consecuencia de disturbios en su país de origen, o cuando la información

tenga lugar dicha transmisión, tanto con relación a la obligación de protección de los datos personales, de modo que los datos personales que se hubieran obtenido o transmitido conforme al Convenio no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron (art. 41)¹³⁸⁵, como respecto a la obligación de la confidencialidad de las informaciones recibidas conforme a la ley de su Estado (art. 42)¹³⁸⁶.

b) Después de la adopción de una medida de protección: asistencia en la ejecución de las medidas adoptadas

La colaboración judicial en la faceta de la ejecución de las medidas de protección se introduce por primera vez, en cierto modo, con el Convenio de La Haya de 1961, concretamente en su art. 6, estableciendo la posibilidad que las autoridades competentes a tenor del Convenio «deleguen» en otras autoridades la competencia para ejecutar las medidas adoptadas por las primeras¹³⁸⁷. La interpretación y funcionamiento de esta disposición, fundamentalmente, respecto a la delegación de funciones por parte de las autoridades de la nacionalidad del menor a favor de las autoridades de su residencia habitual, volvió a poner de relieve la dialéctica que

afecte a los orígenes del menor, en particular respecto a la identidad de sus padres así como a su historia médica y a la de su familia.

¹³⁸⁵ La protección de datos personales, que es también prevista en términos similares en el art. 31 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, debe continuar siendo asegurada después que el menor haya alcanzado los dieciocho años, a pesar de la delimitación del ámbito personal del Convenio ex art. 2 (*vid.*, esta precisión, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 7 y 48).

¹³⁸⁶ La solución retenida de someter el grado de protección de la confidencialidad de las informaciones a la ley del Estado de la autoridad destinataria de las mismas, ha sido una vez más el resultado de un compromiso entre las opciones aperturistas y aquellas más discretas con relación a esta cuestión (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 48). De igual modo que respecto a la protección de datos personales ex art. 41, la confidencialidad de las informaciones ex art. 42, también debe garantizarse en los términos convencionales después de que el menor alcance los dieciocho años.

¹³⁸⁷ Concretamente el art. 6 prevé que: «Las autoridades del Estado del que es nacional el menor podrán, de acuerdo con las del Estado donde tenga su residencia habitual o posea sus bienes, confiar a estas últimas la ejecución de las medidas adoptadas. Las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor tendrán la misma facultad respecto a las autoridades del Estado donde el menor tenga sus bienes».

subyace en todo el Convenio entre los foros de la residencia habitual del menor y el de su nacionalidad¹³⁸⁸.

El nuevo Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores pone fin, una vez más, a todos los problemas interpretativos suscitados en torno a este aspecto por su precedente, insertando la cuestión en el capítulo destinado específicamente a la cooperación, y poniendo de relieve que en ningún caso en estos supuestos se está en presencia de un foro de competencia por delegación, sino exclusivamente de una manifestación más de la cooperación entre autoridades de Estados distintos implicados *in casu* y que, al igual que el resto de las expresiones de CIA, tiene únicamente por objeto la satisfacción del interés superior del menor implicado en el caso concreto.

En virtud de esta faceta de la cooperación judicial, *ex art.* 35. 1 del Convenio de La Haya de 1996, las autoridades competentes de un Estado contratante pueden pedir a las autoridades de otro Estado contratante que le presten su asistencia para la puesta en práctica de las medidas adoptadas en aplicación del Convenio y, en particular, para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho a mantener contactos directos regulares. Las autoridades requeridas no tienen porqué resultar competentes en virtud de las reglas convencionales para adoptar una medida de protección, ya que su intervención se limita exclusivamente a prestar una simple asistencia o supervisión en la aplicación o ejecución de las medidas adoptadas en otro Estado contratante, y que han sido reconocidas en su Estado. El contenido de esta asistencia puede comprender igualmente, en su caso, el derecho a designar una persona cualificada, como *ad. ex.*, un tutor, que adoptará las disposiciones apropiadas al respecto, conforme a las pautas que figuren en la medida adoptada por la autoridad competente requirente¹³⁸⁹.

La petición de asistencia por parte de las autoridades que han adoptado una medida de protección, a autoridades de otros Estados parte, para poner en práctica la

¹³⁸⁸ *Vid.*, con relación a este aspecto que pone en relación los arts. 4.1 y 6.1 del Convenio de La Haya de 1961, y del que se deriva la operatividad real del art. 6 en su conjunto, G. Esteban de la Rosa, *Acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 338-340.

¹³⁸⁹ *Vid.*, destacando el simple carácter asistencial de la intervención de la autoridad del Estado requerido, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 152.

medida ordenada por las primeras, resultará apropiada en todas aquellas hipótesis en las que dicha medida responda a una necesidad de protección que se manifieste también en el territorio de otro Estado contratante (*ad. ex.*, colocación del niño en una familia o en un establecimiento situado en un Estado distinto del que ha adoptado la medida de acogimiento, ejercicio del derecho de visita acordado por las autoridades de la residencia habitual del menor en otro Estado donde el titular de dicho derecho tiene su residencia, etc.); supuestos todos ellos en los que, afortunadamente, como acaba de verse, el nuevo Convenio también procura paralelamente garantizar la cooperación entre autoridades implicadas con carácter previo a la adopción de la concreta medida, mediante procedimientos tendentes a la codecisión entre ambas autoridades que garanticen el éxito de la ejecución de la medida proyectada.

Debe resaltarse positivamente la mención expresa *ex art. 35. 1 in fine* a esta modalidad de asistencia para asegurar el efectivo ejercicio del derecho de visita ya acordado, así como el derecho del menor a mantener contactos directos regulares con sus dos progenitores¹³⁹⁰. Con relación al derecho de visita, el texto al extender su garantía *ex profeso* con posterioridad a la adopción de la decisión, reafirma el deseo convencional de colmar la laguna que actualmente presenta el art. 21 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y, respecto al derecho de relación transfronterizo, su recepción en este precepto debe interpretarse como un paso muy importante en la actual reglamentación de la protección de los menores, no sólo porque se recoja expresamente la asistencia entre autoridades como vía eficaz para garantizar su ejercicio efectivo, sino también porque esta facultad se positiviza de manera independiente al mecanismo del derecho de visita, en coherencia con el art. 10 del Convenio de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del niño, y con el propio Preámbulo del Convenio de La Haya de 1996¹³⁹¹.

¹³⁹⁰ *Vid.*, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, p. 309; A. Bucher, «La dix-huitième session...», *cit.*, p. 103.

¹³⁹¹ M. Moya Escudero (*Aspectos internacionales...*, *cit.*, nota 126) destaca que esta disposición, a pesar de partir de la institución tradicional (derecho de visita del progenitor), menciona expresamente el derecho del hijo a mantener contactos directos con el progenitor, sea o no a través del mecanismo del derecho de visita.

c) Antes o después de la adopción de la medida de protección: asistencia en los supuestos de menor expuesto a un grave peligro

El art. 36 del Convenio de La Haya de 1996 reafirma de nuevo el espíritu de las reglas de CIA incorporadas en el nuevo texto, en el sentido de procurar reforzar la cooperación directa entre autoridades competentes *stricto sensu* en supuestos concretos, instaurando *ex novo* una manifestación más de la posible cooperación entre autoridades que puede tener lugar en un supuesto particular, y que se refiere concretamente a aquellas hipótesis en las que el menor se encuentra expuesto a un grave peligro (*ad. ex.*, enfermedad debida a un tratamiento constante, influencia de una secta, drogas, etc.).

Esta asistencia internacional particular puede llevarse a cabo tanto antes como después de la adopción de una concreta medida de protección de dicho menor por la autoridad competente, conforme a las reglas convencionales. En este sentido, el citado precepto prevé que en caso de exposición del niño a un grave peligro, las autoridades competentes del Estado contratante en el que se hayan adoptado o estén en vías de adoptarse medidas de protección de este niño, avisarán, si son informadas del cambio de residencia o de la presencia del niño en otro Estado, a las autoridades de este Estado acerca del peligro y de las medidas adoptadas o en curso de examen. De manera excepcional respecto al resto de los procedimientos de cooperación judicial incorporados en el texto, la obligación de información impuesta en este procedimiento a las autoridades de los Estados parte, se extiende también a los casos en que el menor se encuentre presente o haya cambiado su residencia habitual a un Estado no contratante¹³⁹².

La operatividad real de este concreto procedimiento de CIA de naturaleza judicial en los supuestos en que el menor se encuentra expuesto a un grave peligro, queda bastante limitada si se advierte, como pone de relieve el informe explicativo del texto que, para su eficaz funcionamiento, las autoridades del primer Estado deben tener conocimiento de la presencia del menor en el segundo. El mismo informe señala que, no obstante, nada impide a las autoridades del primer Estado, una vez que hayan

¹³⁹² La extensión a los Estados no parte del Convenio tuvo lugar por una proposición de la delegación de Burkina-Faso (*vid.*, *Doc. trav. No 83*).

constatado que el menor ha abandonado su territorio y tengan motivos para creer que se encuentra en otro Estado parte, recurrir en primer lugar a la solicitud de localización de dicho menor *ex art. 31.c)* y, en segundo lugar, una vez determinado el Estado donde éste se encuentre, proceder al intercambio de información previsto en este precepto¹³⁹³. Se trataría en este caso de un excelente ejemplo de la importancia de la intervención de autoridades administrativas orientada a un proceso judicial.

No debe olvidarse que el concreto intercambio de información incorporado en este procedimiento de CIA, queda supeditado a las restricciones previstas en el texto con carácter general al intercambio de informaciones, de modo que no podrá transmitirse dicha información si de la transmisión pudiera resultar un grave peligro para el menor o un miembro de su familia (art. 38); los datos personales que se hubieran obtenido o transmitido no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron (art. 41); y las autoridades deberán asegurar la confidencialidad de las informaciones conforme a su ley interna (art. 42).

B) Fuera de un procedimiento en curso

a) Consideraciones previas

Los procedimientos de CIA incorporados en el art. 32 del Convenio de La Haya de 1996 pueden contemplarse, como ha sido visto con anterioridad, como los únicos procedimientos del nuevo texto que, excepcionalmente, no revisten un carácter judicial *stricto sensu*.¹³⁹⁴ En atención a las autoridades responsables de su ejecución, se está en presencia de procedimientos de CIA de naturaleza básicamente administrativa, puesto que su ejecución pasa inexcusablemente por la vía de la Autoridad central del Estado requerido, sin posibilidad alguna de poder realizarse directamente entre autoridades competentes *stricto sensu*. Sin embargo, si se atiende al objeto al que dichos procedimientos de CIA se dirigen, se observa que, aunque *a priori* se trate de los únicos que tienen lugar fuera de un procedimiento en curso, su objetivo es valorar la conveniencia de iniciar un nuevo procedimiento, por lo cual,

¹³⁹³ *Vid.*, sobre la aplicación práctica de este procedimiento introducido por una proposición de la delegación irlandesa, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 46.

¹³⁹⁴ *Vid.*, *supra*, Cap. II, III. 5. B).

desde esta perspectiva, continúan siendo procedimientos de CIA judicial. Su incorporación también debe contemplarse como una importante novedad del Convenio de La Haya de 1996 en sede de CIA *versus* el modelo de CIA de su predecesor, puesto que las manifestaciones de CIA en el Convenio de La Haya de 1961 se reducían únicamente a los supuestos de procedimientos ya en curso.

b) Petición de informes relativos a la situación del menor

Esta es la hipótesis contemplada *ex art.* 32.1 con relación a la posible petición de informes por la autoridad de un Estado a una autoridad extranjera sobre la situación de un menor determinado. De acuerdo con este precepto, la Autoridad central u otra autoridad competente de un Estado contratante con el que el menor tenga un vínculo estrecho, puede solicitar de manera motivada a la Autoridad central del Estado contratante en que el niño tenga su residencia habitual y en que éste se encuentre, que le proporcione un informe sobre la situación del menor. La transmisión de la demanda y la elaboración del respectivo informe por la Autoridad central podrá ser confiada en estos casos, como ha sido visto, a otra autoridad pública u organismo privado. Al igual que acaba de comprobarse respecto a la petición de informaciones ligadas a un procedimiento en curso *ex art.* 34, la Autoridad central del Estado requerido no está obligada a suministrar dicho informe, aunque dicha libertad no debe traducirse en una decisión arbitraria, sino delimitada en este caso por su apreciación sobre los motivos que justifican la correspondiente petición por la autoridad del Estado requirente.

La posibilidad de obtener un informe sobre la situación del menor por la vía preceptuada en esta disposición se manifiesta especialmente útil para el progenitor que vive en otro Estado distinto al de su hijo, y que no siendo titular del derecho de visita (u ostentando tal derecho no lo ejerce satisfactoriamente), no puede reunir por él mismo informaciones suficientes¹³⁹⁵. Las informaciones suministradas en el informe pueden permitir a las autoridades del Estado requirente evaluar más apropiadamente las posibilidades de obtener un derecho de visita, o las modificaciones de su ejercicio, redundando todo ello en el interés del menor en general y, particularmente, en su

¹³⁹⁵ *Vid.*, en este sentido, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 151.

derecho de relación transfronterizo. Una vez más, no debe olvidarse que este intercambio de informaciones queda supeditado a las reglas convencionales generales sobre el intercambio de informaciones (arts. 37, 41 y 42).

c) Petición de adopción de medidas de protección

La petición de asistencia por parte de las autoridades competentes del Estado contratante con el que el menor tenga un vínculo estrecho a la Autoridad central del Estado donde el menor se encuentre y tenga su residencia habitual, no queda reducida exclusivamente, *ex art. 32 a)*, a la petición de un informe sobre la situación del menor, sino que por la misma vía *ex art. 32 b)*, la primera autoridad podrá solicitar motivadamente a la segunda, que examine la oportunidad de adoptar medidas para la protección de la persona o de los bienes del niño.

Este procedimiento podrá utilizarse por parte de la autoridad incompetente *in casu* como una alternativa al procedimiento de reivindicación de competencias *ex art. 9*¹³⁹⁶, quién en vez de reivindicar su competencia en los términos del citado precepto podrá, a la vista de las circunstancias, dirigirse simplemente a la Autoridad central de la residencia habitual del menor solicitando su actuación¹³⁹⁷. La vía articulada *ex art. 32 b)* puede resultar muy beneficioso para el interés del menor si se inicia *ad. ex.*, por parte de juez del divorcio o por las autoridades de la residencia habitual del progenitor con objeto de garantizar el derecho del menor a tener contactos directos regulares con sus dos progenitores¹³⁹⁸.

¹³⁹⁶ En esta línea, el art. 32, en general, introducido por petición de la delegación australiana, es denominado por P. Lagarde como el diminutivo del art. 9 (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 43).

¹³⁹⁷ De este modo, la Autoridad central del Estado requerido se convierte en autoridad requirente quién, en su caso, se dirigirá a la autoridad competente *stricto sensu* de su propio Estado, solicitando la adopción de una medida para la protección de la persona o los bienes del menor. Como fácilmente se desprende, la articulación de este concreto procedimiento vía AACCC, se coloca ya más bien en la perspectiva del resto de los procedimientos de CIA, que se desenvuelven fuera del estricto marco de la cooperación judicial.

¹³⁹⁸ *Vid.*, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, p. 102.

II. Procedimientos de CIA de naturaleza administrativa: Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional

1. Consideraciones previas

Entre todos los Convenios de CIA en materia de protección de menores que se analizan en este trabajo, como se ha verificado con anterioridad, exclusivamente en el marco del Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional puede sostenerse la preeminencia que adquiere en su funcionamiento el procedimiento administrativo *versus* el procedimiento judicial¹³⁹⁹. La realización de cualquier proyecto de adopción internacional, que caiga dentro del ámbito de aplicación del Convenio, se lleva a cabo a través de un procedimiento administrativo regulado de manera detallada en el capítulo IV del texto, y que se refiere exclusivamente a las diferentes etapas procedimentales previas al pronunciamiento de la adopción¹⁴⁰⁰.

A diferencia de los procedimientos de cooperación judicial que acaban de analizarse, que se articulan bajo la dirección de las autoridades competentes *stricto sensu*, sin perjuicio que éstas se asistan para su ejecución de las respectivas AACC de los Estados implicados, el procedimiento instaurado en el Convenio de La Haya de 1993 es ejecutado y controlado bajo la directa responsabilidad de las respectivas AACC de los Estados de origen y de recepción¹⁴⁰¹, y se basa en una estrecha y

¹³⁹⁹ *Vid., supra*, Cap. II, III. 5. D).

¹⁴⁰⁰ Sobre el desarrollo del procedimiento convencional puede verse, entre otros, M. Jametti Greiner y A. Bucher, «La dix-septième session...», *cit.*, pp. 70-79; J. H. A. van Loon, «International Co-operation...», *cit.*, pp. 354-363; N. Meyer-Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, pp. 277-285; P. Bourel, «Adoption», *J.-Cl. dr. int.*, 1995, 5, fasc. 548-4, pp. 1-12; en nuestra doctrina, C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, pp. 9-40; S. Álvarez González, «Adopción internacional...», *cit.*, pp. 195-198; un esquema muy útil puede verse en A. Bucher, «Commentaire sur la Convention du 29 mai 1993», *Children on the Move*, *cit.*, pp. 87-93, esp., p. 93. Debe recordarse que una vez superado este procedimiento administrativo, la adopción internacional deberá superar el procedimiento de constitución *stricto sensu* (de carácter judicial o administrativo en función del Derecho del Estado parte en que se proceda a la constitución). Sin embargo, este segundo procedimiento (que generalmente tendrá carácter judicial) no es regulado por el Convenio, sino por los respectivos Derechos internos, y el Convenio respecto al mismo únicamente se limita a introducir algunas normas de cooperación entre AACC destinadas a garantizar el éxito de la adopción internacional (*vid., ad. ex.*, respecto a nuestro derecho interno, B. de Marino y Gómez Sandoval, «Las adopciones transnacionales», *cit.*, pp. 1664-1665; respecto al derecho francés, H. Gaudemet-Tallon, «Le droit français de l'adoption internationale», *Rev. int. dr. comp.*, 1990, pp. 567-597; esp. pp. 577-578).

¹⁴⁰¹ Debe tenerse presente en todo momento que las obligaciones atribuidas a las AACC en este Capítulo IV no han de ser cumplidas directamente por ellas mismas, sino que, en los términos analizados anteriormente, dentro de los límites convencionales *ex art. 22*, y en la medida prevista por la

constante cooperación entre dichas AACC, dirigida a garantizar el interés superior del menor, asegurar la protección de otros intereses en presencia, así como respetar todas las condiciones de fondo necesarias para el éxito de la adopción en los términos prescritos convencionalmente¹⁴⁰².

A pesar de la diferente naturaleza entre los procedimientos de CIA de carácter judicial del Convenio de La Haya de 1996 y el procedimiento de CIA de carácter administrativo del Convenio de La Haya de 1993, tanto por la distinta naturaleza de los agentes responsables de su ejecución (autoridades judiciales y autoridades administrativas, respectivamente), como en cuanto al objeto al que se dirigen (desarrollo adecuado de los procedimientos judiciales, y realización del procedimiento administrativo previo a la constitución de la adopción, respectivamente), sin embargo, entre ambos textos puede observarse una cierta analogía respecto al contenido de los procedimientos de CIA incorporados en uno y otro. En efecto, esta analogía en cuanto al contenido procedimental se refiere no sólo, *ad. ex.*, al intercambio de informaciones relativas al menor y a su familia durante el curso del procedimiento (e incluso, excepcionalmente, fuera de un procedimiento en curso) que se recogen en ambos textos¹⁴⁰³, sino fundamentalmente, como se ha anunciado, a la tendencia implícita

legislación de cada Estado parte, pueden ser ejercidas por otras autoridades públicas, organismos acreditados, o por personas y organismos privados no acreditados.

¹⁴⁰² Estas condiciones de fondo se recogen básicamente en el capítulo II del texto, mediante una serie de normas materiales mínimas, haciendo especial hincapié en el sector de los consentimientos. Las disposiciones relativas a los capítulos II y IV, a pesar de la estructura del Convenio, deben ser consideradas y aplicadas conjuntamente (*vid.*, M. Jametti Greiner y A. Bucher, «La Dix-septième session...», *cit.*, p. 70). Teniendo en cuenta el objeto de esta exposición, tanto las cuestiones relativas a las condiciones de fondo, así como el resto de aspectos que se refieren al derecho aplicable por las respectivas AACC en este *iter* convencional, no se analizarán en este momento, sino en el capítulo siguiente con relación a la intervención del derecho aplicable en el marco de estos Convenios de CIA [*vid.*, *infra*, Cap. IV, IV. 3. C)

¹⁴⁰³ Este intercambio de informaciones, como acaba de verse, es nuclear en los procedimientos de cooperación judicial *ex.*, arts. 32, 34 y 35.2 y 3 del Convenio de La Haya de 1996; en el procedimiento del Convenio de La Haya de 1993 no sólo es la esencia que inspira los arts. 15 y 16, sino que también se prevé, con distinto alcance, *ex* arts. 9 a), 9 e), y 20. De igual modo que en el Convenio de La Haya de 1996, en el marco del Convenio de La Haya de 1993 también existen disposiciones particulares relativas a la protección de los datos personales concernientes al menor y a los adoptantes que son obtenidas y transmitidas en aplicación del Convenio. Estas hacen referencia básicamente a su restitución si el desplazamiento del menor no se produce (art. 19.2); a su conservación (art. 31); y a su confidencialidad, aspecto muy delicado y discutido, sobre el que finalmente el texto logra un equilibrio, consagrando, de un lado, la obligación de protección de los datos personales (art. 31), fundamentalmente en interés de la madre biológica y, de otro, asegurando al niño la posibilidad de conocer sus orígenes en la medida permitida por la ley de cada Estado (art. 30.2).

existente en estos procedimientos de CIA a alcanzar, con muy distinto alcance, una codecisión entre las autoridades de los Estados implicados¹⁴⁰⁴.

Debe recordarse que el procedimiento de cooperación del Convenio de La Haya de 1993 se caracteriza por ser un sólo procedimiento y de carácter imperativo¹⁴⁰⁵, mientras que los procedimientos de cooperación judicial incorporados en el Convenio de La Haya de 1996, como acaba de verse, son varios procedimientos numéricamente, y en líneas generales, de carácter facultativo. No obstante, resulta interesante destacar que las excepciones al carácter dispositivo de los procedimientos de CIA judicial, tienden a verificarse precisamente respecto a aquellos procedimientos que, al igual que el procedimiento de CIA administrativo del Convenio de La Haya de 1993, aspiran a alcanzar una codecisión entre autoridades de Estados implicados *in casu*.

El carácter único del procedimiento de cooperación administrativo del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional no impide, sin embargo, que en su *iter* o desarrollo puedan apreciarse inequívocamente tres fases o etapas claramente diferenciadas, en función de su objeto y del grado de CIA que inspira la realización de cada una de ellas: una primera fase compuesta de una serie de operaciones preliminares que se desarrollan separadamente en el Estado de la residencia habitual del menor y en el Estado de la residencia habitual de los candidatos a la adopción; una segunda etapa decisiva para la continuación del procedimiento que se cifra en el conocido *matching* o gestión conjunta de AACC implicadas; y una tercera fase de colaboración que se refiere a todas aquellas gestiones imprescindibles *in casu* en los respectivos Estados de origen y Estados de recepción para que la adopción pueda finalmente ser constituida con éxito.

¹⁴⁰⁴ Esta tendencia común favorable a la codecisión puede apreciarse claramente en la exposición de A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 144-157.

¹⁴⁰⁵ La imperatividad del procedimiento fue puesta de relieve en el informe explicativo del texto (*vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 556); confirmada por la doctrina (*vid.*, *ad. ex.*, B. Sturlèse, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 428) y, también, acertadamente, ha sido la postura sostenida en España por la DGRN (*vid.*, al respecto, *ad. ex.*, con problemas también de aplicación temporal, Res. DGRN de 29 de noviembre de 1996 y nota de B. Campuzano Díaz, *REDI*, vol. L, 1998, 1, pp. 315-317; Res. DGRN de 23 de julio de 1998 y nota de F. Calvo Babío, *REDI*, vol. LI, 1999, 1, pp. 234-238, esp., pp. 237-238).

2. Fase distributiva de competencias

A) Estado de recepción

El procedimiento convencional se inicia, como ha sido visto con anterioridad, mediante la correspondiente solicitud que los futuros padres adoptivos formulan ante la Autoridad central de su residencia habitual, debiendo insistirse, principalmente, en este primer momento relativo a la incoación del procedimiento, en la prohibición de dirigirse directamente a las autoridades competentes del Estado de origen del menor. (art. 14)¹⁴⁰⁶.

Una vez formalizada la solicitud se inicia la fase de instrucción del expediente en la que, como ha sido puesto de relieve, dicha Autoridad central se convierte en este momento convencional en *passage obligé* del proyecto de adopción internacional¹⁴⁰⁷. Si la Autoridad central considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar (*vid.*, también art. 5), preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su situación social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional, así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo (art. 15.1)¹⁴⁰⁸. La relación de las informaciones relativas a los futuros padres adoptantes que debe contener el respectivo informe, en coherencia con el carácter mínimo de la norma convencional, debe interpretarse sólo como una enumeración no exhaustiva, pudiendo incluirse cualquier otro tipo de información que

¹⁴⁰⁶ Con relación al Derecho español, debe recordarse que la solicitud se formula por los candidatos ante la Autoridad central de la respectiva Comunidad Autónoma donde poseen su residencia habitual, y nunca directamente ante una posible ECAI [*vid.*, *supra* Cap. II, IV. 3. B) b)]. Con carácter previo a la formulación de la solicitud (aunque a veces tiene lugar después de haber sido formulada), existe una fase de información y asesoramiento, que se dirige a poner en conocimiento de los solicitantes todos los aspectos relativos a las diferentes fases del proceso que conlleva la adopción internacional, con objeto que conozcan el alcance de su decisión. Una vez formalizada la solicitud, los candidatos a la adopción deben solicitar formalmente la emisión del «certificado de idoneidad» y, en su caso, del «compromiso de seguimiento».

¹⁴⁰⁷ *Vid.*, *supra*, Cap. II, III. 5. C) a).

¹⁴⁰⁸ La expedición de este informe, que viene a coincidir con el contenido del certificado de idoneidad, es competencia indelegable en el Derecho español de las respectivas AACC (respecto al resto de los Estados para identificar el organismo competente para su expedición deberá tenerse en cuenta el art. 22 en todos sus párrafos). No obstante, en su elaboración, al igual que ocurre respecto a las adopciones tramitadas fuera del marco convencional, suelen intervenir los Colegios de Psicólogos y Trabajadores Sociales, con objeto de acelerar los trámites al amparo de convenios de colaboración que las CCAA han suscritos con aquéllos (*vid.*, sobre este aspecto, M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, «El certificado de idoneidad...», *cit.*, pp. 824-826).

la Autoridad central del Estado de recepción considere pertinente para seleccionar al menor que se adecue a dichas circunstancias¹⁴⁰⁹. Una vez expedido el correspondiente informe, la Autoridad central del Estado de recepción lo transmitirá a la Autoridad central del Estado de origen (art. 15.2)¹⁴¹⁰. En la hipótesis en que la Autoridad central resuelva la solicitud en sentido negativo, el procedimiento convencional se daría por finalizado, debiendo dejarse a salvo, como ha sido analizado, las oportunas reclamaciones y recursos previstos en la ley de dicho Estado contra la decisión negativa de la respectiva Autoridad central¹⁴¹¹.

B) Estado de origen

La Autoridad central del Estado de origen del menor debe constatar, en primer lugar, la adoptabilidad del menor en los términos convencionales, y una vez verificado dicho presupuesto (*vid.*, también, art. 4), preparar un informe sobre el menor,

¹⁴⁰⁹ El objeto del informe expedido por la Autoridad central del Estado de recepción es transmitir suficientes elementos personales respecto a los futuros padres adoptivos a la Autoridad central del Estado de origen, para que pueda encontrarse al menor que corresponda mejor con dichos elementos, y asegurarse así el éxito de la adopción internacional. De ahí, la especificación contenida en el art. 15.1 *in fine*, en el sentido que el informe debe contener informaciones «sobre los niños que estarían en condiciones (los futuros padres adoptantes) de tomar a su cargo», entendiéndose naturalmente que dichas preferencias deben ser expresadas en términos generales, y nunca recaer sobre las características personales de un menor considerado en particular (*vid.*, sobre el objeto del informe del Estado de recepción, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 594).

¹⁴¹⁰ La elección del Estado destinatario de la solicitud se lleva a cabo en función de una serie de variables, como son *ad. ex.*, programas de adopción existentes, intercambio de informaciones anteriores llevados a cabo entre autoridades de los Estados contratantes, preferencias expresadas por los futuros padres adoptantes etc. (*vid.*, N. Meyer Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 278). La vía de transmisión de los respectivos informes desde el Estado de recepción al Estado de origen dependerá también de una serie de factores (*vid.*, art. 22 en sus dos primeros párrafos), fundamentalmente, en función que el Estado de origen exija o no la intervención de organismos acreditados para la realización de la adopción en su territorio, de la voluntad de los interesados de llevar a cabo el procedimiento exclusivamente a través de las AACC o con la intervención de un organismo acreditado, o que se trate o no de Estados plurilegislativos con varias AACC. En nuestro Ordenamiento jurídico existen dos opciones: a) si va a intervenir una agencia colaboradora porque así lo exige el país de origen del menor o porque los interesados han realizado esa opción, la Entidad Pública correspondiente remite el expediente a la ECAI elegida, que se encarga de hacerlo llegar a la Autoridad central del Estado de origen a través de sus representantes en dicho país; b) En los supuestos en que no interviene una ECAI, la tramitación del expediente tiene lugar, como ya se vio, a través de la Dirección General de Acción Social, del Menor y la Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (más ampliamente, sobre la tramitación del expediente de adopción en nuestro país dentro del marco del Convenio, *vid.*, A. Durán Ayago, «El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», *cit.*, pp. 341-343).

¹⁴¹¹ *Vid.*, *supra*, Cap. II, III. 5. C) b).

independientemente de toda solicitud recibida desde un Estado de recepción¹⁴¹². El informe debe contener información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares [art. 16.1 a)]. La norma convencional realiza una llamada de atención a las respectivas AACC sobre la necesaria consideración que deben realizar respecto aquellos factores que puedan hacer especialmente delicada la integración del menor en una futura familia adoptiva, preceptuando que en la elaboración de dicho informe la autoridad competente deberá tener debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño, así como su origen étnico, religioso y cultural [art. 16.1b)]¹⁴¹³. El informe debe ser completado por la constatación que todos los consentimientos necesarios han sido obtenidos, conforme a las exigencias del art. 4 [art. 16.1c)].

Una vez elaborado el informe relativo al menor, reunidos los consentimientos necesarios y recibido el informe relativo a los futuros padres adoptantes, la Autoridad central del Estado de origen o, en su caso, otra autoridad pública u organismo acreditado *ex art. 22.1*, adoptará una decisión preliminar que consiste en asignar un menor determinado a unos futuros padres adoptivos determinados, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, constatando que dicha colocación obedece al interés superior del niño [art. 16.1d)]¹⁴¹⁴. La Autoridad central del Estado de origen una vez adoptada esta primera decisión sobre la colocación del menor, transmitirá a la Autoridad central del Estado de recepción el informe sobre el niño, la prueba sobre la obtención de los consentimientos necesarios, y la motivación de dicha decisión, procurando no revelar

¹⁴¹² Los informes relativos a los menores deben ser realizados en el Estado de origen porque la respectiva Autoridad central haya verificado que la adopción internacional asegura la mejor protección de aquéllos, y esta elaboración previa permitirá que el procedimiento *in casu* se lleve a cabo con la celeridad requerida (*vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 596).

¹⁴¹³ Con la incorporación de la referencia a la religión del menor, introducida a demanda de Egipto, el Convenio deja abierta, como ya se ha comprobado, la cuestión de la posible adoptabilidad en el marco convencional de un menor cuya ley personal prohíba la adopción [*vid.*, *supra*, Cap. I, II. 2. A) b)].

¹⁴¹⁴ Esta primera decisión de la Autoridad central del Estado de origen sobre la asignación de un niño a unos futuros adoptantes se realiza, como regla general, mediante una selección entre los menores susceptibles de ser adoptados y los susceptibles adoptantes a la luz de los respectivos informes de cada uno de ellos. No obstante, pueden existir otras opciones, como la confirmación por la respectiva Autoridad central del Estado de origen de la propuesta realizada por los solicitantes en determinadas condiciones (*vid.*, sobre estas otras opciones, M. Jametti Greiner y A. Bucher, «La Dix-septième session...», *cit.*, pp. 74-75).

la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse dicha identidad (art. 16.2)¹⁴¹⁵.

3. Fase de codecisión

La primera fase del procedimiento de adopción se desarrolla en el marco convencional, como acaba de verse, de manera separada en los respectivos Estados de origen y Estado de recepción, mediante un reparto distributivo de competencias entre las respectivas AACC de los Estados implicados. Estas diligencias iniciales del proyecto de adopción internacional resultan indispensables para el éxito del mismo, aunque en el *iter* procedimental, puedan contemplarse como una simple etapa preparatoria previa e indispensable a la fase decisional y crucial del procedimiento, que se recoge en el art. 17 del texto¹⁴¹⁶.

Llegados a este punto, no resulta desconocida la codecisión entre AACC implicadas que subyace en este precepto, concretamente *ex* párr. c), pues ya se ha verificado que, desde un punto de vista estructural, al ser confiada su ejecución a autoridades de naturaleza administrativa, su aplicación en relación con la perspectiva del derecho aplicable y con la posible incidencia que puede llegar a tener en la fase de constitución, resulta un índice revelador de la «desjudicialización» latente en el seno de este Convenio de CIA¹⁴¹⁷. Aún conociendo estos datos sobre el decisivo párr. 3, debe advertirse que dicho precepto se enmarca en una fase o etapa convencional más amplia, *ex* art. 17 en su conjunto, que se caracteriza *in genere* por implicar una gestión conjunta entre las autoridades competentes de los Estados implicados. Esta fase culmina, si se desarrolla con éxito, con la decisión definitiva de la Autoridad central del Estado de origen de confiar al menor a sus futuros padres adoptivos, y en ella la participación de la Autoridad central del Estado de recepción se presenta como

¹⁴¹⁵ En estos supuestos en que la identidad de los padres deba ser protegida en el Estado de origen, no será posible transmitir copia del consentimiento parental, y corresponderá a la ley del Estado de recepción decidir si una simple certificación sobre dicho extremo, expedida por la Autoridad central del Estado de origen, será o no suficiente (*vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 598).

¹⁴¹⁶ Aunque formalmente la etapa distributiva es previa a la fase codecisional, si la primera se lleva a cabo correctamente conforme a las disposiciones convencionales, la segunda debería superarse en la mayoría de los supuestos sin problema alguno, convirtiéndose en un trámite formal de aquélla (*vid.*, S. Álvarez González, «Adopción internacional...», *cit.*, pp. 197-198).

¹⁴¹⁷ *Vid.*, *supra*, Cap. II, III. 5. D).

requisito indispensable del equilibrio que el texto desea consagrar en el reparto de competencias y de responsabilidades entre Estados implicados en cada concreto proyecto de adopción internacional considerado¹⁴¹⁸.

El Convenio, realizando una sutil distinción entre los párrafos b) y c) del art. 17, exige imperativamente a la Autoridad central del Estado de origen que, antes de adoptar la decisión final de confiar dicho menor a los futuros padres adoptivos y una vez haya adoptado su decisión preliminar sobre la preasignación del menor en los términos del art. 16.1d), y haya transmitido el respectivo informe a la Autoridad central del Estado de recepción *ex art.* 16. 2, obtenga la aprobación o aceptación, por parte de la Autoridad central del Estado de recepción, del proyecto de adopción internacional considerado *in casu*, de manera que sin la existencia de la doble decisión, el procedimiento no puede seguir su curso. Para obtener dicha aprobación el Convenio arbitra dos vías: de un lado, *ex párr.* b), se prevé que la Autoridad central del Estado de recepción apruebe la decisión de confiar al menor a los futuros padres adoptivos si dicha aprobación se requiere por la ley de su Estado o bien por la ley del Estado de origen¹⁴¹⁹. Esta aprobación por parte de la autoridad del Estado de recepción no tendrá que tener lugar, por tanto, imperativamente, puesto que puede ocurrir que ninguna de las respectivas legislaciones exija este extremo y, por ello, de otro lado, como segunda vía, y como auténtico *matching* del procedimiento, *ex párr.* c), la autoridad competente del Estado de recepción, en cualquier caso y con independencia que haya otorgado su aprobación *ex art.* 17 b), debe manifestar su aprobación a que el procedimiento de adopción siga su curso¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁸ En España la DGRN procede a denegar la inscripción en el Registro civil de la adopción constituida bajo el Convenio en la que no haya intervenido la Autoridad central española, por vulneración patente de las reglas convencionales (*vid., ad. ex.*, Res. (1º) DGRN de 23 de febrero de 1999, *BIMJ*, nº 1855, 1999, pp. 3093-3095).

¹⁴¹⁹ Este precepto es, una vez más fruto, del compromiso entre algunos Estados de recepción favorables a las adopciones independientes (fundamentalmente Estados Unidos), que no deseaban que sus autoridades fueran implicadas sistemáticamente en cada concreta decisión, sino preferían delegar dicha apreciación en las autoridades del Estado de origen, siempre que hubiera acuerdo de los padres adoptivos; y la mayoría de los Estados de origen, que insistían en el carácter codecisional o de gestión conjunta que debía caracterizar esta fase del procedimiento (sobre las discusiones en torno a este precepto, *vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 600-601).

¹⁴²⁰ En el supuesto que la Autoridad central deba aprobar la decisión *ex art.* 17 b), en un mismo documento constará tanto dicha aprobación como la aceptación *ex art.* 17 c). En el Derecho español, la aprobación no es requerida, con lo cual sólo debe emitirse por la correspondiente Entidad Pública competente en los supuestos en que sea exigida por el Estado de origen.

El art. 17 logra de este modo imponer la exigencia de la doble decisión, dos decisiones respectivamente por parte de las autoridades competentes de los dos Estados implicados, como requisito *sine qua non* para que la adopción pueda tener lugar¹⁴²¹. Se trata del momento crucial en el que la Autoridad central del Estado de recepción debe verificar de manera definitiva, conforme a sus respectivo Ordenamiento jurídico, que no van a existir obstáculos jurídicos al pronunciamiento de la adopción (en el Estado de origen o en su Estado) ni, fundamentalmente, a su reconocimiento. Si opone su veto a la continuación del procedimiento, éste se dará por finalizado, y si consiente a su prosecución, se habrá dado el paso que, como regla general, conducirá al reconocimiento de pleno derecho de la adopción una vez constituida¹⁴²². Teniendo en cuenta, por tanto, la trascendencia de este acto formal de aprobación y/o aceptación por parte de la autoridad competente del Estado de recepción (vid., también, art. 23.1 *in fine*), cabe también la posibilidad que éste pueda ser otorgado quedando subordinado a ciertas condiciones (fundamentalmente, en la medida en que el orden público del Estado de recepción pueda oponerse al reconocimiento de la adopción) o, incluso, preferiblemente, que se proceda en dos tiempos, de modo que se solicite en primer lugar el cumplimiento de ciertas condiciones que, a juicio de la autoridad competente, resulten indispensables para el éxito de la adopción y, sólo una vez satisfechas éstas, se proceda en un segundo momento a expedir la aceptación formal¹⁴²³.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el art. 17, en su espíritu de cogestión, subordina además la decisión de la Autoridad central del Estado de origen de confiar el menor a sus futuros padres adoptivos a dos condiciones suplementarias que se satisfacen conjuntamente por las autoridades implicadas. En primer lugar, *ex párr. a)*,

¹⁴²¹ El principio de la soberanía de los Estados no permitió a la Conferencia, como hubiera sido deseable según algunos autores, llegar más lejos y preconizar una sola decisión sobre el *matching*, adoptada conjuntamente por las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de recepción (vid., A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 156).

¹⁴²² El único motivo de denegación del reconocimiento que el Convenio permite, *ex art. 24*, como se verá *infra*, es la contrariedad manifiesta de la adopción con el orden público, teniendo en cuenta el interés superior del menor [(vid., Cap. IV, IV. 4. B)] La autoridad competente del Estado de recepción sólo deberá otorgar su aprobación y/o aceptación *ex art. 17*, si ha verificado íntegramente que no existe obstáculo al reconocimiento de dicha adopción conforme a su Ordenamiento jurídico; otorgar su aceptación, e introducir posteriormente en sede de reconocimiento la cláusula de orden público, sería ir en contra de los propios actos y del respeto al principio de buena fe.

¹⁴²³ Vid., M. Jametti Greiner y A. Bucher «La dix-septième session...», *cit.*, p. 77.

la Autoridad competente del Estado de origen debe constatar que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo. Esta condición adicional parte ya de la verificación realizada previamente por la citada autoridad sobre la aptitud de los interesados, pero se erige como elemento esencial para el éxito de la adopción internacional proyectada, puesto que debe ser asegurado que dichos solicitantes han aceptado al concreto menor seleccionado (aspecto que, en su caso, se constatará en el documento de aceptación que la Autoridad central del Estado de recepción le remita). En segundo lugar, para que la aceptación de la autoridad competente del Estado de recepción pueda producir sus efectos, siendo considerada como elemento válido por la Autoridad central del Estado de origen en su decisión final del confiar al menor a los futuros padres adoptantes, esta aprobación y/o aceptación deberá ser acompañada, *ex párr. d)*, de una garantía que asegure que el niño ha sido o será autorizado a entrar y a residir permanentemente en el Estado de recepción [art. 17 d)]¹⁴²⁴.

¹⁴²⁴ La ejecución de esta fase de cogestión en España, difiere en función de la intervención o no de ECAIS en el concreto procedimiento de adopción internacional considerado. En los supuestos en que interviene un organismo acreditado, la autoridad competente del país del menor, una vez realizada la preasignación del menor, facilita toda la documentación con la información correspondiente a la ECAI interviniente, quién la comunica a los interesados a fin que éstos extiendan, en su caso, el oportuno documento de aceptación del menor y, simultáneamente, la trasladan a la Autoridad central competente. Ésta deberá proceder a extender, tras las verificaciones oportunas, el documento en que conste que aprueba la decisión de confiar ese menor a los futuros padres adoptivos (una vez que éstos lo hayan aceptado), si así lo exige la legislación del Estado de origen y, en todo caso, su aceptación a la continuación del procedimiento con fines de adopción. En caso contrario, si el Departamento competente verifica que existe algún obstáculo de tipo jurídico o psicosocial que se oponen al éxito de la adopción, ejercerá el derecho de veto que le concede *ex art. 17 c)*, y se daría por terminado el procedimiento administrativo. Si la autoridad competente otorga la aceptación y, en su caso aprobación, lo remite a la ECAI elegida, quién interesa del Ministerio de Justicia e Interior documento de autorización de entrada y residencia del menor en nuestro país, y posteriormente hace llegar todo el expediente a través de su representante a la Autoridad central del país de origen, quién ya podrá adoptar la decisión definitiva de asignar al menor a las futuras personas adoptantes. En el resto de los supuestos en que no intervenga ECAI y el procedimiento se esté tramitando exclusivamente a través de las respectivas AACC, la Autoridad central del Estado de origen remite directamente a la Entidad Pública española competente el acuerdo de preasignación y el resto de la documentación quién, en su caso, emitirá el documento en el que conste que aprueba la decisión de confiar el menor a los futuros padres adoptivos (una vez que éstos lo hayan aceptado), en el supuesto que así lo exija la legislación del Estado de origen, y que acepta que continúe el procedimiento con fines de adopción. La Comunidad Autónoma solicita del Ministerio de Justicia e Interior, documento de autorización de entrada y residencia del menor en nuestro país y, posteriormente, hace llegar a través de la Dirección General del Acción Social, del Menor y la Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales toda la documentación a la autoridad competente del país de origen del menor para que pueda adoptar la decisión prevista *ex art.17 (vid., sobre esta exégesis procedimental, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Guía practica para la aplicación del Convenio..., cit., pp. 14-15; A. Durán Ayago, «El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», cit., pp. 341-344).*

Cuando todas las condiciones del art. 17 han sido satisfechas, la autoridad competente del Estado de origen, finalmente, puede adoptar la decisión de confiar al menor a los futuros padres adoptivos. Esta decisión, como regla general, se corresponderá con la colocación en el Estado de origen, aunque puede implicar *in casu* otro tipo de efectos de menor intensidad en función del derecho de dicho Estado¹⁴²⁵. Ahora bien, en cualquier caso, la decisión fundada *ex art. 17*, constituye en cada proyecto de adopción internacional, el punto neurálgico del sistema de cooperación entre el Estado de origen y el Estado de recepción.

4. Fase de colaboración

A) Consideraciones previas

Sólo cuando la Autoridad central del Estado de origen haya adoptado la decisión de confiar al menor a sus futuros padres adoptivos en los términos del art. 17, observándose todas las garantías contenidas en dicho precepto, puede tener lugar el desplazamiento físico del niño del Estado de origen al Estado de recepción (art. 19). Dicho desplazamiento podrá tener lugar después que se haya constituido la adopción en el Estado de origen, o bien antes que ésta haya sido pronunciada, con objeto de su posterior constitución en el Estado de recepción. Tanto en una como en otra hipótesis, el texto procura asegurar que la cooperación entre AACC de los Estados implicados, que inspira *in genere* el funcionamiento convencional, se extienda también a la fase de continuación del procedimiento que sigue a la etapa de cogestión.

Esta última fase del procedimiento convencional tiene por objeto, básicamente, asegurar que el desplazamiento del menor se lleve a cabo con las debidas garantías, y que el procedimiento de adopción finalice con éxito. Frente a las etapas anteriores, la ejecución de estas gestiones no se desarrolla por las AACC implicadas ni de manera separada ni codecisional, sino se trata sólo de una simple colaboración entre autoridades que tiene por finalidad garantizar los objetivos de esta última fase convencional, aunque no obstante, pueda observarse un cierto peso decisional en la

¹⁴²⁵ *Vid.*, sobre este aspecto, M. Jametti Greiner y A. Bucher, «La dix-septième session...», *cit.*, pp. 77-78.

Autoridad central del Estado donde la adopción internacional está llamada a constituirse *in casu*.

B) Modalidades

a) Constitución de la adopción en el Estado de origen

En la mayoría de las ocasiones, teniendo en cuenta, como se ha visto, que los Ordenamientos jurídicos de los Estados de origen suelen reivindicar la competencia exclusiva de sus autoridades para constituir la adopción¹⁴²⁶, y que el art. 28 del texto, como se verá en el capítulo siguiente, salva esta competencia exclusiva en el marco convencional¹⁴²⁷, la decisión fundada *ex art.* 17, será seguida por el pronunciamiento de la adopción en el Estado de origen, y el posterior desplazamiento del menor al Estado de recepción.

Durante este *iter* temporal antes de la constitución, *ex art.* 20, la Autoridad central del Estado de origen mantendrá informada a la Autoridad central del Estado de recepción sobre el procedimiento de adopción, y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como sobre el desarrollo del periodo probatorio, si fuera requerido. Una vez constituida la adopción, y conforme al art. 18 del texto, las AACC de ambos Estados deberán colaborar para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen, así como de entrada y residencia permanente en el Estado de recepción¹⁴²⁸. Igualmente, *ex art.* 19. 2, y en desarrollo de lo previsto *ex art.* 21 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, las AACC implicadas deberán cooperar para que el desplazamiento del menor se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas, y cuando sea posible en compañía de los padres adoptivos. Si por cualquier razón no se produce el desplazamiento del niño, renunciándose a la adopción, los informes relativos al menor y a los futuros padres adoptivos expedidos

¹⁴²⁶ *Vid., supra*, Cap. I, II. 4. B).

¹⁴²⁷ *Vid., infra*, Cap. IV, II. 3. C) b).

¹⁴²⁸ Aunque con anterioridad a este momento del procedimiento, tanto las autoridades del Estado de origen como las autoridades del Estado de recepción ya han debido constatar que el niño va a ser autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción *ex arts.* 5 c) y 17 d), la obligación impuesta *ex art.* 18 no es una reiteración de las contenidas en los anteriores preceptos, puesto que no sólo se aplica también a la obtención de la autorización de salida del Estado de origen, sino que es posible que anteriormente sólo se hubiera constatado que el menor va a disponer de dicha autorización en el Estado de recepción, y en este momento se proceda a su expedición formal.

ex arts. 15 y 16, respectivamente, serán devueltos a las autoridades que los hayan expedido (art. 19.3)¹⁴²⁹.

b) Constitución de la adopción en el Estado de recepción

En aquellos supuestos excepcionales en que la legislación del Estado de origen no reivindique la competencia exclusiva de sus autoridades para la constitución de la adopción, el Convenio no prohíbe que en virtud de las reglas de competencia del Estado de recepción, la adopción pueda ser constituida en dicho Estado, una vez se haya adoptado la decisión de confiar al menor *ex art. 17*, y se haya procedido a su desplazamiento desde el Estado de origen hacia el Estado de recepción.

Las AACC de ambos Estados, en tales hipótesis, están obligadas a cooperar igualmente para garantizar el correcto desplazamiento del menor en los términos vistos de los arts. 18 y 19 del texto. Hasta el momento en que efectivamente se proceda a la constitución de la adopción por los futuros padres adoptivos asignados, el menor debe ser provisto en el Estado de origen de un estatuto jurídico que le asegure toda la protección necesaria¹⁴³⁰, y en este *iter* temporal, en virtud del art. 20, la Autoridad central del Estado de recepción tendrá convenientemente informada a aquélla del Estado de origen sobre las medidas adoptadas, así como sobre el desarrollo del periodo probatorio cuando fuera requerido¹⁴³¹.

En estos supuestos, finalmente, el texto también prevé el posible, aunque excepcional, fracaso del proyecto de adopción *ex art. 21*, si antes que la adopción sea

¹⁴²⁹ Este precepto fue introducido a propuesta de Alemania teniendo en cuenta la legislación de ésta en materia de protección de datos (*vid.*, *Document de travail No 70*).

¹⁴³⁰ Las autoridades del Estado de recepción, en consecuencia, podrán adoptar las decisiones que estimen oportunas acompañadas de las medidas necesarias, siempre que se respete la decisión fundada *ex art. 17*, en la medida en que el menor le ha sido confiado a los futuros padres adoptivos con vistas a su adopción (*vid.*, sobre estas medidas intermedias, J. Jametti Greiner y A. Bucher, «La dix-septième session...», *cit.*, p. 78).

¹⁴³¹ Debe tenerse en cuenta que este precepto se introduce principalmente para estas hipótesis, con objeto de permitir a las autoridades del Estado de origen mantenerse informadas sobre el desarrollo del procedimiento, hasta la efectiva constitución de la adopción. Debe retenerse también que el periodo probatorio, al que se refiere el citado precepto, hace alusión exclusivamente al periodo posterior a la atribución del menor a los futuros padres adoptivos y anterior a la constitución de la adopción, pero no comprende particularmente el periodo que se desarrolla en algunos Estados de recepción, con posterioridad a la constitución de la adopción, como condición del reconocimiento de ésta (*vid.*, sobre dicho alcance, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 604).

pronunciada en el Estado de recepción, se constata por la Autoridad central de dicho Estado que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior¹⁴³². En tales excepcionales casos, dicha autoridad adoptará todas las medidas necesarias para la protección del niño, manteniendo convenientemente informada a la Autoridad central del Estado de origen *ex art.* 20. La primera de las medidas previstas en dicho precepto se dirige únicamente a poner fin a la situación existente, retirando al niño de las personas que deseaban adoptarlo, y ocupándose provisionalmente de su cuidado provisional [art. 21 a)]¹⁴³³. Se recogen, posteriormente, otra serie de medidas que deberán adoptarse de manera subsidiaria por la Autoridad central del Estado de recepción (*vid.*, también, art. 22), en función de las circunstancias fácticas y del interés superior del menor *in casu*, y con la colaboración, en todo caso, de la Autoridad central del Estado de origen, en los términos exigidos respectivamente por el texto para la adopción de cada una de las medidas previstas.

En primer lugar, en la mayoría de los supuestos, la situación del fracaso del proyecto de adopción internacional tramitado deberá ir seguida sin dilación de una nueva colocación del menor, con vistas a su adopción en el Estado de recepción. Para la adopción de dicha medida, y para evitar cualquier efecto dilatorio, la Autoridad central del Estado de recepción, únicamente deberá consultar a la Autoridad central del Estado de origen. Sin embargo, para que la adopción posterior a dicha colocación pueda tener lugar, la Autoridad central del Estado de origen tiene que ser debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos¹⁴³⁴. En segundo lugar, en los supuestos en que la adopción del menor por una nueva familia en el Estado de recepción no sea posible o conforme al interés superior del niño, convendría que la Autoridad central

¹⁴³² El art. 21 se refiere exclusivamente a los supuestos en que el menor se encuentra en el Estado de recepción después de su desplazamiento desde el Estado de origen, puesto que es evidente que en los supuestos en que se encuentre en el Estado de origen y las autoridades competentes de su Estado consideren que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, éstas adoptarán todas las medidas necesarias para la protección del niño.

¹⁴³³ Las medidas provisionales que se adopten de manera urgente por la Autoridad central del Estado de recepción, se harán en función de lo previsto en los respectivos Ordenamientos jurídicos de los Estados parte para tales situaciones.

¹⁴³⁴ En tales hipótesis de nueva adopción ha quedado sin resolver en el texto la cuestión de saber si el Estado de origen debe consentir expresamente a la nueva colocación en los términos del art. 17. Esta laguna es, una vez más, consecuencia de las posturas antagónicas existentes durante la elaboración del Convenio, entre aquellas delegaciones que defendían las mismas garantías y condiciones para la nueva colocación que para la primera, y aquellas otras que sostenían la relajación de formalidades en estos supuestos (*vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 606).

del Estado de recepción, en consulta con la Autoridad central del Estado de origen, decidiera una colocación alternativa de carácter duradero, es decir, una colocación, en principio, sin perspectiva de adopción, que haría entrar en funcionamiento el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, o en su caso, el Convenio de La Haya de 1996 llamado a reemplazarlo [art. 21.1 b)]. En tercer lugar, y como último recurso, cuando todas las medidas previstas no hayan podido tener lugar, y el mantenimiento prolongado del menor en el Estado de recepción fuera contrario a su interés superior (o no lo garantizara suficientemente), la Autoridad central del Estado de recepción, excepcionalmente, podrá decidir el retorno del menor al Estado de origen [art. 21. 1 c)]¹⁴³⁵. El Convenio, finalmente, precisa que todas las medidas adoptadas en los supuestos de fracaso del proyecto de adopción internacional en la familia de recepción, deberán ser adoptadas después que el menor haya sido consultado y, en su caso, se haya obtenido su consentimiento (art. 21.2)¹⁴³⁶.

III. Procedimientos de CIA de naturaleza mixta o compleja: Convenios de CIA relativos a la protección de los derechos de custodia y de visita, y relativos a la facilitación de los créditos alimentarios en el extranjero

1. Consideraciones previas

A) Sobre la naturaleza mixta o compleja

a) Acercamiento

Se ha verificado que los procedimientos de CIA instaurados en el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores son procedimientos básicamente de carácter judicial, tanto en atención a su objeto, como en atención al criterio de la naturaleza de la autoridad responsable de su ejecución. El Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, a *sensu contrario*, instaura un

¹⁴³⁵ Una medida de tal gravedad, aunque el Convenio no lo exija formalmente, deberá ser preparada por la Autoridad central del Estado de recepción en consulta con la Autoridad central del Estado de origen, asegurando entre ambas el retorno del menor a su lugar de origen.

¹⁴³⁶ En la práctica, hasta el momento, afortunadamente, el art. 21 no ha tenido que ser aplicado en ninguno de los Estados parte (*vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión especial sobre la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional», *REDI*, vol. LII, 2000, 2, pp. 653-659, esp., p. 656).

procedimiento de cooperación de naturaleza claramente administrativa, tanto por el objeto al que se dirige, como por la naturaleza claramente administrativa de las autoridades responsables de su aplicación. Frente a estas dos categorías de Convenios de CIA, en los que a pesar de la diversidad tanto de procedimientos, como de autoridades susceptibles de intervenir en su ejecución, puede observarse, respectivamente, la preeminencia de una CIA de naturaleza judicial y de una CIA de naturaleza administrativa, en el resto de los Convenios de CIA existentes en materia de protección de menores en nuestro Ordenamiento jurídico, es decir, los Convenios de CIA relativos a protección de los derechos de custodia y visita, así como su infracción (Convenio de La Haya de 1980, Convenio de Luxemburgo de 1980, y Convenio hispano-marroquí específico de 1997), y los Convenios relativos al cobro de los créditos alimentarios en el extranjero (Convenio de Nueva York de 1956 y Convenio, no en vigor, de Roma de 1990), se constata una importante dificultad a la hora de identificar la naturaleza de los procedimientos de CIA que se utilizan por los respectivos textos para alcanzar sus respectivas finalidades, siendo imposible encuadrarlos sistemáticamente en una u otra modalidad de CIA.

b) En atención al objeto

Si se atiende a los objetivos de la CIA instaurada por los respectivos procedimientos convencionales es indiscutible que, como Convenios extremadamente utilitaristas, cada uno de ellos se dirige exclusivamente a satisfacer sus respectivos objetivos convencionales, enlazados directamente con el interés del solicitante y con el interés del menor *in casu*. En la mayoría de las ocasiones, como se ha anunciado, la satisfacción de los respectivos objetivos convencionales va a exigir la iniciación de un proceso judicial (o administrativo) en el Estado requerido. Este procedimiento puede adoptar muy diferentes modalidades y exigir diversas actuaciones de CIA, en las que se vean implicadas autoridades de naturaleza administrativa. Sin embargo, en ningún caso la relevancia de dicha fase judicial puede llevar a interpretar que la CIA instaurada respectivamente por cada texto vaya dirigida a asistir a la autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. La fase judicial puede contemplarse como una etapa relevante, pero, en definitiva, una etapa más, e incluso prescindible, en el normal iter convencional, a cuyo correcto desarrollo en conjunto va dirigido toda la CIA. La

fase judicial viene acompañada en el procedimiento convencional, como se ha visto con anterioridad, tanto con carácter previo como con carácter *ex post*, de otra serie de actuaciones ajenas e independientes a la asistencia a las autoridades judiciales nacionales, y que presentan una naturaleza claramente administrativa en atención a su objeto (*ad. ex.*, localización del menor o búsqueda de informaciones sobre el patrimonio del deudor). En conclusión, por tanto, respecto a este primer criterio en atención al objeto, puede verificarse que la CIA arbitrada en el seno de estos textos internacionales no responde a una CIA de naturaleza judicial, ni a una CIA de naturaleza administrativa, sino a una CIA de carácter mixto o complejo, que se dirige únicamente, como Convenios esencialmente utilitaristas, al cumplimiento de los respectivos objetivos convencionales, y que se materializa tanto en actuaciones de cooperación de carácter judicial, con independencia de la naturaleza de las autoridades que intervengan en su ejecución, como en actuaciones de cooperación administrativa.

c) En atención a la naturaleza de las autoridades

Si se atiende al criterio de la naturaleza de las autoridades que intervienen en los procedimientos de CIA, de nuevo vuelve a constatarse la imposibilidad de encuadrar estos procedimientos en una u otra categoría de CIA. Tanto las autoridades de naturaleza administrativa como las autoridades de naturaleza judicial se presentan como estructuras cuya intervención es igualmente indispensable (y a la vez, en ocasiones, igualmente prescindible) en la correcta ejecución de los respectivos procedimientos convencionales, para alcanzar los respectivos fines convencionales, y sin que pueda afirmarse, en su conjunto, la preeminencia de unas sobre otras.

Si se examina la intervención de estas estructuras desde un punto de vista autónomo y genérico, se comprueba, de un lado, que las AACC, como ha sido visto, se erigen en piezas esenciales para la ejecución de estos Convenios de CIA, estando obligadas a cooperar tanto con las AACC de otros Estados como con sus propias autoridades para el cumplimiento de los respectivos objetivos convencionales, convirtiéndose de este modo, en cierto sentido, en las máximas autoridades

responsables del correcto desarrollo del *iter* convencional¹⁴³⁷. Sin embargo, de otro lado, esta responsabilidad directora de las AACC no puede llevar a afirmar que se está en presencia, al igual que en el marco del Convenio de La Haya de 1993, de una CIA administrativa, entre otras razones, *ad. ex.*: 1º) En el marco de los Convenios relativos a sustracción internacional de menores, como se ha visto, su intervención es prescindible, pudiendo dirigirse el particular directamente ante el órgano jurisdiccional del Estado requerido¹⁴³⁸; 2º) La intervención judicial en estos Convenios de CIA se convierte en pieza esencial (y en la mayoría de las ocasiones imprescindible) para el correcto desarrollo de los respectivos mecanismos convencionales; 3º) Las AACC, en muchas ocasiones, no podrán llevar a cabo la ejecución de las obligaciones que tienen asignadas, si no es con la colaboración e intervención de las autoridades judiciales (*ad. ex.*, adopción de medidas provisionales que prevengan al menor secuestrado de un nuevo secuestro). En conclusión, desde esta perspectiva, tampoco puede afirmarse que se esté en presencia de procedimientos convencionales en los que prevalezca más la importancia de la intervención de las AACC o de las autoridades judiciales, sino que el correcto cumplimiento por cada una de ellas de las funciones que respectivamente tienen asignadas, y la cooperación entre ambas, es la verdadera clave del funcionamiento adecuado de estos Convenios de CIA.

Puede predicarse igual conclusión si se examina la intervención de estas estructuras en las concretas actividades de CIA que se llevan a cabo en el curso de cualquiera de estos procedimientos convencionales, ya que desde esta perspectiva pueden verificarse básicamente tres modalidades distintas de CIA. En primer lugar, una CIA de naturaleza claramente administrativa, en cuanto existen determinadas actuaciones convencionales que se ejecutan mediante una cooperación articulada exclusivamente entre autoridades de naturaleza administrativa. Se trata de actuaciones que son ejecutadas bajo la responsabilidad directa de las AACC de los respectivos Estados implicados, y cuyo contenido coincide con la ejecución de algunas de las obligaciones particulares que éstas tienen asignadas por la respectiva normativa convencional; en segundo lugar, una CIA de carácter mixto *stricto sensu*, ya que

¹⁴³⁷ *Vid., supra*, Cap. II, III. 4. A).

¹⁴³⁸ *Vid., supra*, Cap. II, III. 5. C) a).

determinadas fases o actuaciones del procedimiento convencional requieren la intervención conjunta de autoridades de naturaleza administrativa (básicamente, AACC) y autoridades de naturaleza jurisdiccional; y, finalmente, en tercer lugar, también cabe predicar en el marco de estos Convenios de CIA, una cierta CIA de naturaleza judicial, es decir, articulada exclusivamente entre las autoridades judiciales de los respectivos Estados implicados *in casu*. Aunque esta modalidad de cooperación no se fomente en gran medida en la letra de estos instrumentos, sin embargo, como se verá a continuación, su puesta en funcionamiento en determinadas fases convencionales sería conveniente, tal como la práctica viene reclamando¹⁴³⁹.

En conclusión, si de los Convenios de La Haya de 1996 sobre protección de menores y de 1993 sobre adopción internacional puede predicarse la utilización preferente de una CIA de naturaleza judicial y administrativa, respectivamente, tanto en atención al objeto al que se dirigen, como en atención al criterio de la naturaleza de las autoridades responsables de las mismas, en los Convenios de CIA en materia de protección de los derechos de custodia y de visita, y facilitación de los créditos alimentarios en el extranjero, no existe en atención a estos dos criterios, una CIA de naturaleza judicial o administrativa, sino que únicamente podría predicarse de ellos la utilización de una CIA de carácter mixta o compleja.

B) Sobre el carácter único/diverso

Si en el marco del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores existen varios procedimientos de cooperación que son elegidos en función de una serie de circunstancias por la autoridad competente *in casu*, y en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional existe un solo procedimiento, susceptible de dividirse en etapas diferenciadas, en los Convenios que predomina una CIA de carácter mixto, se observa que aunque el procedimiento instaurado por cada Convenio de CIA posea un cierto carácter único, se trata ciertamente de un carácter único relativo, muy distinto al que caracteriza al procedimiento de CIA en materia de adopción internacional.

¹⁴³⁹ *Vid.*, especialmente, *infra*, Cap. III, III. 5. A).

Cada uno de los Convenios de CIA de carácter mixto, como se viene comprobando, instaura un *iter* procedimental lógico, susceptible de desarrollarse a través de etapas sucesivas, y que posee un cierto carácter único, tanto en atención a su espíritu, finalidad, estructuras de ejecución y competencias, así como beneficios procedimentales que se le conceden al solicitante. Sin embargo, a diferencia del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional en el que, como se ha visto, el procedimiento es único y compacto, y el cumplimiento correcto de cada etapa convencional es imprescindible para el paso a la siguiente etapa, estos procedimientos convencionales se caracterizan por su posibilidad de diversificación, y por el no imperativo cumplimiento de cada una de sus fases. De este modo, el *iter* procedimental de cada concreto procedimiento en curso podrá adoptar diferentes vías o caminos, quedando dibujado básicamente por la conjunción de dos factores o índices: de un lado, la actuación del solicitante; de otro, y fundamentalmente, por la apreciación de la respectiva Autoridad central del Estado requerido *in casu*, y las sucesivas decisiones que vaya adoptando.

El solicitante, en efecto, dispone en estos Convenios de CIA de una capacidad decisoria sobre el curso del procedimiento convencional *in casu* que, en conjunto, resulta atípica o excepcional, con relación no sólo a los Convenios clásicos de DIPr., sino incluso respecto al resto de Convenios de CIA en materia de protección de menores. *Ad. ex.*, en ocasiones, el solicitante deberá delimitar *ab initio* su *petitum* entre las posibles acciones cubiertas por un mismo texto (*ad. ex.*, en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, los presupuestos de la acción y el curso del procedimiento serán diversos en función que *in casu* se solicite el retorno del menor, el reconocimiento de las resoluciones cubiertas por su ámbito material, o la protección de un derecho de visita); en el marco de los Convenios relativos a sustracción internacional de menores, el curso del procedimiento convencional será radicalmente distinto, dependiendo que el solicitante accione el respectivo procedimiento de manera convencional, es decir, mediante la vía de las respectivas AACC, o lo haga de manera excepcional, es decir, presentando directamente su solicitud ante la autoridad competente *stricto sensu* del Estado donde se encuentre retenido ilícitamente el menor o haya sido desplazado; por otra parte, dado que, como se ha visto, todos estos Convenios propugnan la opción de la mediación o conciliación como vía apropiada

antes de la contenciosa, la voluntad del solicitante en aras a alcanzar un acuerdo eficaz será determinante para el curso y tiempo del procedimiento convencional¹⁴⁴⁰; finalmente, entre esta enumeración de manifestaciones que demuestran la capacidad decisoria del solicitante respecto al *iter* procedimental, destruyendo su carácter único *stricto sensu*, debe apuntarse la facultad excepcional de la que éste puede disponer en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, en orden a determinar la actuación procesal a seguir por parte de la Institución intermediaria en el Estado requerido.

Si la actuación del solicitante es relevante en estos marcos convencionales para decidir el curso del procedimiento convencional *in casu*, en la práctica, y con carácter general, son las sucesivas decisiones adoptadas por la AACC de los respectivos Estados requeridos, en cuanto representantes de aquél, durante el curso del procedimiento *in casu*, las que van perfilando éste de manera definitiva. En efecto, el procedimiento convencional es instaurado siguiendo un *iter* procedimental lógico para el logro de los respectivos objetivos convencionales, pero no todas las actuaciones que componen este *iter* deben ser llevadas a cabo *in casu* para obtener el fin convencional, sino que en líneas generales corresponderá a la Autoridad central del Estado requerido, elegir conforme a su apreciación aquellas actuaciones que sean necesarias en función de las concretas circunstancias, y adoptar cuantas medidas sean apropiadas para llevarlas a cabo¹⁴⁴¹.

C) Sobre la imperatividad/facultatividad

Si los procedimientos de cooperación judicial, sobre todo cuando poseen un contenido básicamente asistencial, poseen un carácter generalmente facultativo y, *sensu contrario*, el procedimiento administrativo del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional tiene un carácter rigurosamente imperativo, los procedimientos convencionales de CIA instaurados en los Convenios donde predomina la CIA de carácter mixto, al igual que se ha verificado respecto a su

¹⁴⁴⁰ *Vid., supra*, Cap. II, III. 4. B) e).

¹⁴⁴¹ *Vid. supra*, Cap. II, III. 4 A) y B).

carácter único, se encuentran a medio camino entre un carácter imperativo y dispositivo.

Existen determinadas actuaciones tanto judiciales como administrativas cuya ejecución es imperativa para satisfacer la pretensión del solicitante conforme al respectivo Convenio del que se trate (*ad. ex.*, la obligación de la autoridad que conoce de la solicitud de retorno de ordenar dicho retorno salvo si concurre alguno de los tasados motivos de no devolución) y, a *sensu contrario*, se constatan otra serie de actuaciones que poseen un carácter relativamente facultativo o dispositivo, y que son todas aquéllas que conceden al particular o a la respectivas AACC una capacidad de decisión en torno a ciertas cuestiones del *iter* procedimental¹⁴⁴².

Pueden observarse también, finalmente, cierto número de actuaciones que aunque pueden considerarse imperativas, puesto que incorporan obligaciones de resultado, su correcta observación por las autoridades nacionales va a depender del concreto desarrollo interno (legislativo y organizativo) que haya sido realizado por los respectivos Estados parte para su ejecución (*ad. ex.*, obligación de aplicar procedimientos de urgencia en los Convenios relativos a sustracción internacional de menores o facilitar la transferencia de las pensiones alimentarias al acreedor en los Convenios relativos a la facilitación de los créditos alimentarios en el extranjero).

Teniendo en cuenta, por tanto, las peculiares características de estos procedimientos convencionales de CIA y, en definitiva, su variabilidad en función no sólo de cada Convenio en particular, sino también dentro de cada uno de ellos en función de una pluralidad de índices o factores, se ha optado por analizar estos procedimientos convencionales en su conjunto al hilo de las sucesivas fases procedimentales susceptibles de observarse en todos ellos, y de la modalidad prevalente de CIA a través de las que se articulan.

¹⁴⁴² Se sostiene que se trata de disposiciones relativamente dispositivas, puesto que aunque en ocasiones sean dispositivas *stricto sensu*, sobre todo cuando se trata de conceder a los particulares la facultad de elegir entre una u otra opción (*ad. ex.*, interponer la demanda ante la respectiva Autoridad central de su Estado o hacerlo directamente ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen), en otros supuestos, sobre todo con relación a las facultades de las AACC implicadas, esta libertad de elección no es absoluta o discrecional, sino que queda delimitada por las circunstancias concretas del caso y el interés del menor considerado.

2. Fase de iniciación del procedimiento convencional: CIA de naturaleza básicamente administrativa

A) Modelo básico

El modelo básico u ordinario de iniciación de estos procedimientos convencionales tiene lugar, como se ha anunciado, de una manera atípica respecto a los Convenios clásicos de DIPr. y el resto de Convenios de CIA. El mecanismo tradicional de formulación de la pretensión por el solicitante ante la respectiva autoridad internacionalmente competente es sustituido por una clara actividad de CIA administrativa vehiculada por las respectivas AACC de los Estados implicados, como consecuencia de la obligación de la Autoridad central del Estado de origen de actuar como canal de transmisión entre el solicitante y la Autoridad central del Estado requerido¹⁴⁴³.

Esta primera actuación de cooperación administrativa, que es articulada además, como se ha comprobado, de una manera indelegable por las AACC, responde básicamente a la idea de facilitar al particular implicado la actuación del mecanismo convencional, introduciendo un criterio de proximidad entre el solicitante y la Autoridad central de su Estado. El particular podrá presentar su solicitud ante la Autoridad central del Estado donde se encuentra físicamente (Estado de origen o Estado requirente), y ésta la trasladará por aquél al Estado donde se desea que prospere la pretensión (Estado requerido). De este modo se evita que el interesado deba desplazarse (no necesariamente de manera física) al Estado extranjero requerido (básicamente, Estado donde el menor haya sido trasladado ilícitamente o donde se encuentre el progenitor obligado a la prestación de alimentos)¹⁴⁴⁴. Con la articulación de esta primera fase convencional de iniciación del procedimiento convencional, se deja entrever suficientemente la idea tutelar latente en el seno de todos estos Convenios de CIA, tal como se viene reiterando, y cuya ejecución se confía principal y directamente a las respectivas AACC implicadas *in casu*.

¹⁴⁴³ *Vid., supra*, Cap. II, III. 4. B) b).

¹⁴⁴⁴ *Vid.*, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, p. 251.

B) Peculiaridades

a) Delimitación

Si bien el cauce ordinario de iniciación de los respectivos procedimientos convencionales es el anterior modelo, deben tenerse en cuenta dos datos para la configuración global de esta primera fase del procedimiento. De un lado, las posibles excepciones a la regla general, que consisten, como ya es sabido, en la libertad ofrecida al solicitante en los Convenios de CIA relativos a la protección de los derechos de custodia y de visita y sustracción internacional de menores, de dirigirse directamente al órgano jurisdiccional del Estado requerido, prescindiendo de la intervención de las respectivas AACCC¹⁴⁴⁵. De otro lado, las diferencias entre el conjunto de estos textos en el diseño de este momento de incoación, que hacen referencia básicamente a dos aspectos: en primer lugar, al grado de flexibilidad convencional ofrecido al particular en cuanto a la elección de la posible Autoridad central competente para recibir la solicitud y, en segundo lugar, a la intensidad de cooperación administrativa directa que se instaura en este primer momento entre las respectivas AACCC implicadas.

b) Libertad del interesado en cuanto a la elección de la Autoridad central competente para recibir la solicitud

La primera de las diferencias, dentro de la vía normal de actuación convencional, se refiere efectivamente al grado de libertad ofrecido convencionalmente al solicitante en cuanto a la elección de la posible Autoridad central receptora de su solicitud. Entre el conjunto de estos Convenios se observa que mientras el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y el Convenio de Luxemburgo de la misma fecha sobre derecho de custodia admiten que el particular pueda presentar su solicitud ante la Autoridad central de cualquiera de los Estados parte del respectivo Convenio¹⁴⁴⁶, el resto de ellos se presentan más

¹⁴⁴⁵ *Vid., supra*, Cap. II, III. 5. C) a).

¹⁴⁴⁶ Aunque ambos textos recogen esta posibilidad, su recepción entre ellos también difiere. Mientras el Convenio de Luxemburgo de 1980 prevé, abiertamente, que el solicitante pueda dirigirse indistintamente a cualquier Autoridad central de cualquier Estado contratante (art. 4.1 *in fine*), el Convenio de La Haya de 1980, por el contrario, recoge una primera referencia a la Autoridad central de

restrictivos en este concreto aspecto y, expresa o implícitamente, no admiten otra posibilidad que la presentación de la solicitud en el respectivo Estado de origen¹⁴⁴⁷.

Esta inflexibilidad no parece justificable en el marco del Convenio de Roma de 1990, puesto que si bien la obligación impuesta al acreedor de alimentos de presentar su solicitud ante la Autoridad central del Estado donde obtuvo la resolución condenatoria puede explicarse en la especial configuración del texto comunitario¹⁴⁴⁸, sin embargo, dicha restricción parece implicar un importante perjuicio para los acreedores de alimentos, puesto que puede que el interesado, en el momento de la presentación de la solicitud, se encuentre en otro Estado distinto a aquél en el que obtuvo la resolución. Por esta razón, y dado el carácter también tutelar del texto, podría haberse previsto más acertadamente que el acreedor pudiera presentar la solicitud ante la Autoridad central de cualquiera de los Estados parte del Convenio. Esta solución permitiría igualmente salvaguardar el carácter regional del texto.

En el resto de los instrumentos convencionales donde se incorpora tal restricción, esto es, en el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero y en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, la limitación impuesta al solicitante parece no poseer apenas relevancia práctica. Respecto al primer texto, si el solicitante desea presentar su solicitud en otro Estado distinto a aquél en el que se encuentra (hipótesis muy excepcional), este Estado sólo podría ser el Estado donde se halle el deudor obligado, y una vez que se haya producido el desplazamiento del interesado al extranjero (acción que precisamente el Convenio desea evitar), resultará para él más beneficioso iniciar personalmente la reclamación ante las autoridades competentes (debe recordarse en todo momento el

la residencia habitual del menor (art. 8). Esta referencia en el segundo no debe llevar a interpretar en su marco que los supuestos distintos deban ser excepcionales, puesto que sólo se incorporó por razones de eficacia (*vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 455).

¹⁴⁴⁷ En el Convenio de Nueva York de 1956, el demandante deberá dirigirse a la Autoridad remitente del Estado en cuyo territorio se encuentre (art. 3.1); en el Convenio de Roma de 1990, a la Autoridad central del Estado donde el acreedor haya obtenido la resolución condenatoria (art. 5.1); en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, a la Autoridad central del Estado de la residencia habitual del menor anterior a su desplazamiento o no devolución (art. 4.1).

¹⁴⁴⁸ El Convenio de Roma nace con una finalidad extremadamente limitada, esto es, convertirse en un instrumento comunitario de CIA complementario a las reglas uniformes sobre reconocimiento y ejecución existentes en el territorio comunitario. Este estrechado espíritu parece justificar el planteamiento convencional esencialmente rígido que le caracteriza, en el sentido que a pesar de reconocer como todos estos Convenios de CIA su carácter de no exclusividad, si el solicitante decide actuar el mecanismo convencional debe someterse inexcusablemente a sus reglas.

carácter no exclusivo del texto)¹⁴⁴⁹. Igual conclusión, aunque más justificada, dado el carácter bilateral del Convenio hispano-marroquí específico de 1997, puede sostenerse respecto a este instrumento convencional, puesto que si el interesado se desplaza al Estado donde el menor ha sido trasladado ilícitamente, resulta ya más congruente que se dirija directamente, tal como permite el Convenio *ex art.* 1.3, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado¹⁴⁵⁰.

c) Intensidad de CIA

La segunda de las diferencias que se constata entre el conjunto de estos Convenios, se aprecia posteriormente a que la Autoridad central del Estado requirente o, en el marco del Convenio de Nueva York de 1956, la Autoridad remitente, haya procedido a verificar la legitimidad de la solicitud del interesado en los términos previstos respectivamente por cada uno de estos Convenios, y haya decidido positivamente en torno a su tramitación, transmitiendo la solicitud del particular, así como los correspondientes documentos que deben acompañarla (en los términos exigidos respectivamente por cada uno de los Convenios) a la Autoridad central del Estado requerido (o, en su caso, a la Institución intermediaria).

En este primer momento de contacto entre AACC (o autoridades homólogas en el marco del Convenio de Nueva York de 1956) se observan dos importantes diferencias en cuanto al grado de cooperación directa entre autoridades implicadas que inspiran los Convenios de CIA que regulan la protección de los derechos de custodia y

¹⁴⁴⁹ En esta hipótesis debe interpretarse que el solicitante ha renunciado implícitamente al mecanismo convencional (*vid.*, R. Arenas García, «Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento», *cit.*, p. 256). No obstante, esta conclusión sólo puede sostenerse teniendo en cuenta el carácter limitado del Convenio de Nueva York respecto al contenido de las actuaciones de cooperación administrativa que recoge. La conclusión sería distinta si el Convenio previera actuaciones tales como la localización del deudor o de sus bienes, el intercambio de información etc. Si se adoptara este modelo, cabe que el interesado desee trasladarse al Estado del demandado para seguir las actuaciones, presentando directamente la solicitud ante la respectiva Autoridad central, y sin renunciar al contenido tutelar y de eficacia que la CIA le ofrezca.

¹⁴⁵⁰ En estos casos debe cuestionarse en que medida el sujeto que presenta la solicitud ante los órganos jurisdiccionales del Estado donde se encuentra el menor desplazado o retenido ilícitamente puede beneficiarse de las actuaciones que el Convenio impone a la Autoridad central del Estado requerido con objeto de obtener el retorno del menor. Si se interpreta que puede beneficiarse de las mismas, la conclusión sería válida, pero si, por el contrario, se interpreta que el particular al dirigirse directamente al órgano jurisdiccional renuncia a la asistencia de las AACC, debería defenderse la posibilidad de presentar la solicitud ante cualquiera de las AACC implicadas.

de visita, así como su infracción, y los Convenios de CIA que se ocupan de la facilitación de los créditos alimentarios en el extranjero.

En primer lugar, en el marco de los Convenios multilaterales relativos a sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y Convenio de Luxemburgo de 1980), justificado por la libertad ofrecida a los particulares, como acaba de verse, en cuanto a la elección de la Autoridad central competente para recibir la solicitud, y por la especialidad de la situación privada internacional considerada (puesto que puede ocurrir que no se conozca con exactitud el Estado parte donde se encuentra el menor trasladado o retenido ilícitamente), ambos textos consagran expresamente en esta actividad de transmisión de solicitudes, una importante cooperación entre AACC de los Estados parte que puedan verse implicados *in casu*, hasta identificar a la Autoridad central del Estado en donde efectivamente se encuentre el menor. De este modo, en los dos marcos convencionales se incorpora la obligación de la Autoridad central del Estado requerido, cuando tenga razones para creer que el menor se halla en el territorio de otro Estado contratante, de remitir los documentos a la Autoridad central de dicho Estado directamente y sin demora¹⁴⁵¹, y sólo el Convenio de La Haya de 1980 prevé la hipótesis que en este proceso de transmisión de solicitudes, puedan verse implicadas *in casu* tres AACC de tres respectivos Estados parte, consagrando en este supuesto, la obligación de la segunda Autoridad central que transmite la solicitud a una tercera de informar de dicha transmisión a la primera¹⁴⁵².

En segundo lugar, a pesar de esta actividad de cooperación incorporada *ab initio* en los Convenios multilaterales relativos a sustracción internacional de menores, debe denunciarse que en estos marcos convencionales parece no fomentarse suficientemente en este primer momento convencional una cooperación directa entre las AACC implicadas. En efecto, en estos textos se observa que no se incorpora el

¹⁴⁵¹ *Vid.*, art. 9 del Convenio de La Haya de 1980 y arts. 4. 3 y 5. 2 del Convenio de Luxemburgo de 1980.

¹⁴⁵² *Vid.*, art. 9 del Convenio de La Haya de 1980, que aunque en su redacción es bastante confuso, recoge ambas hipótesis, con distintas obligaciones, dependiendo que la solicitud final haya sido recibida directamente por la Autoridad central requirente, o por intermediación de otra Autoridad central (*vid.*, sobre el concreto significado de este precepto, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 457).

necesario intercambio de información entre autoridades sobre el *iter* que vaya adoptando el concreto procedimiento en curso. Esta actividad de cooperación administrativa sí se incorpora acertadamente en el marco de los Convenios relativos al cobro de los créditos alimentarios en el extranjero. De un lado, el Convenio de Nueva York de 1956, aparte de consagrar en este primer momento una importante labor de asistencia al solicitante atípica en estos textos, que implica una cooperación previa entre autoridades¹⁴⁵³, recoge la facultad de la Autoridad remitente de hacer saber a la Institución intermediaria, su opinión sobre los méritos de la pretensión del demandante, y recomendar que se conceda a éste asistencia jurídica gratuita y exención de costas¹⁴⁵⁴. De otro, tanto el Convenio de Nueva York de 1956 como el Convenio de Roma de 1990 incorporan, de manera similar, un intercambio de información de la Institución intermediaria a la Autoridad remitente, o de la Autoridad central requerida a la Autoridad central requirente, respectivamente, sobre todos los aspectos relativos a la tramitación de la solicitud que sean objeto de interés¹⁴⁵⁵.

Se instaura, por tanto, en estos dos textos de CIA relativos al cobro de los créditos alimentarios en el extranjero, un intercambio de información entre autoridades administrativas implicadas en cuanto al curso de las solicitudes y sus

¹⁴⁵³ El Convenio asigna efectivamente a la Autoridad remitente una labor de asistencia al interesado, con objeto que su solicitud prospere en el Estado requerido, que implica, por otra parte, una actividad de cooperación previa entre autoridades estatales (arts. 3. 4 y 4. 2). De este modo, la Autoridad remitente en la preparación del dossier queda obligada a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley del Estado de la Institución intermediaria, y a cerciorarse que los documentos exigidos reúnen los requisitos de forma de acuerdo con la Ley del Estado del demandante. De ahí que el art. 3. 2 obligue a cada Parte contratante, a informar al Secretario General acerca de los elementos de prueba normalmente exigidos por la Ley del Estado de la Institución intermediaria para justificar la demanda de prestación de alimentos, de la forma en que la prueba debe ser presentada para ser admisible y de cualquier otro requisito que haya de satisfacerse de conformidad con esa ley. El Secretario General debe comunicar estas informaciones a los Estados contratantes y a los Estados no miembros que tengan derecho a adherirse al Convenio (art. 19). Se supone que cada Estado parte comunicará dichas informaciones a sus respectivas Autoridades remitentes, para que éstas conozcan el contenido de la legislación de los otros Estados parte, y puedan proceder conforme a sus disposiciones en la preparación del dossier (*ad ex.*, generalmente, en los supuestos de acreedores menores, la Institución intermediaria deberá adjuntar a la solicitud, los documentos que prueben que ésta y la procuración han sido realizados por el representante legal del menor, conforme a la ley del Estado del acreedor, comprendiendo las normas de DIPr.).

¹⁴⁵⁴ *Vid.*, art. 4. 3. La opinión expresada por la Autoridad remitente en este primer momento puede ser de gran utilidad para la Institución intermediaria, en cuanto autoridad encargada de la tramitación del asunto en el Estado requerido, aunque en ningún caso la opinión de la Autoridad remitente vincula a la Institución intermediaria (*vid.*, E. Krispi-Nikoletopolou, «Le recouvrement des aliments à l'étranger...», *cit.*, pp. 12-13).

¹⁴⁵⁵ *Vid.*, art. 6. 2 del Convenio de Nueva York de 1956 y art. 3. 3 del Convenio de Roma de 1990.

resultados, que permite instaurar un marco de cooperación idóneo para el desarrollo adecuado de las actuaciones que *in casu* se requieran. Esta cooperación administrativa directa inicial no concurre expresamente en los Convenios multilaterales relativos a la sustracción internacional de menores, en los que sólo se prevé, como regla general, la obligación de la Autoridad central del Estado requirente de mantener informado al solicitante de los resultados de su petición¹⁴⁵⁶. Finalmente, debe denunciarse que el Convenio hispano-marroquí específico de 1997 es mucho más exiguo que los dos grupos anteriores en este aspecto, puesto que no incorpora ni la obligación de la Autoridad central requirente de informar al interesado de los resultados de la solicitud, ni la obligación de la Autoridad central requerida de informar de los mismos a la Autoridad central requirente.

3. Fase prejudicial y de CIA de naturaleza básicamente administrativa

A) Delimitación

Se trata de un conjunto de actuaciones llevadas a cabo, como regla habitual, en el Estado requerido, por iniciativa y bajo la responsabilidad de su respectiva Autoridad central, tras la recepción de una solicitud conforme a las respectivas reglas del Convenio del que se trate. Consisten, con carácter general, en diligencias previas e imprescindibles a la previsible fase judicial *stricto sensu* que se desarrollará en el mismo Estado, aunque excepcionalmente algunas de ellas, en función de las respectivas normas internas de desarrollo de los Estados parte, sólo, o también, podrán ser llevadas a cabo al hilo de un procedimiento judicial en curso. Estas actuaciones se ejecutan básicamente mediante una cooperación entre autoridades de naturaleza administrativa, que es canalizada siempre a través de las respectivas AACC (u autoridades homólogas en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero). No obstante, las limitaciones de los Derechos internos en cuanto a la capacidad de actuación de sus respectivas AACC,

¹⁴⁵⁶ En el informe relativo al Convenio de Roma de 1990 se incide en la relevancia de la comunicación directa entre AACC, con relación al aspecto concreto de la tramitación de las solicitudes, procurando superar los déficits que la ausencia de tal comunicación había provocado en Convenios anteriores de la misma naturaleza. Se resalta que el modelo adoptado sigue un sistema de cooperación directa entre AACC, y no de éstas respecto a los particulares implicados, aunque se parte del presupuesto que la Autoridad central del Estado requirente mantendrá convenientemente informada al acreedor interesado sobre el desarrollo de su solicitud (*vid.*, J. Martín y C. O. Huiginn, «Report on The Convention...», *cit.*, pp. 23-24).

como autoridades de carácter administrativo, justifica que algunas de estas diligencias sólo puedan ser llevadas a cabo con la intervención de autoridades de naturaleza jurisdiccional¹⁴⁵⁷.

Esta cooperación básicamente administrativa es susceptible de llevarse a cabo *in casu* tanto desde una perspectiva horizontal, es decir, entre AACC, como ejecución de su obligación de cooperar *ad extra*, como desde una perspectiva vertical, es decir, entre la Autoridad central y otras autoridades públicas de su Estado, como ejecución de su obligación de cooperar *ad intra*, ya que debe recordarse que, a diferencia de la obligación de transmisión de solicitudes que es atribuida directa e indelegablemente a las AACC, estas actuaciones de las AACC permiten como regla general su delegación. Debe apuntarse, finalmente, que el objetivo de estas actuaciones es muy diverso aunque, en líneas generales, tienen una finalidad tanto instructora como tutelar de los intereses del solicitante, y tendente a evitar el procedimiento judicial *stricto sensu*, alcanzándose previamente un acuerdo amistoso entre las partes. Se analizarán brevemente las actuaciones de CIA que en esta fase suelen ser habituales.

B) Actuaciones habituales de CIA

a) Localización del menor o del deudor alimenticio

En todos los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores se incorpora, como se ha comprobado anteriormente, la obligación de las AACC de adoptar las medidas adecuadas para localizar a los menores trasladados o retenidos ilícitamente¹⁴⁵⁸. Esta obligación se traduce en una actividad de cooperación administrativa y de carácter básicamente (aunque no exclusivo) vertical, indispensable para el éxito de estos mecanismos convencionales. Se trata de una labor de cooperación que naturalmente sólo se lleva a cabo cuando por cualquier circunstancia no se conoce con exactitud donde se encuentra el menor. Actualmente, como se ha verificado, después de algunos problemas en concretos Estados ya superados, se

¹⁴⁵⁷ Debe tenerse presente que en ciertos sistemas jurídicos existen series dificultades para aceptar que una autoridad administrativa, como es la Autoridad central o la Institución intermediaria, pueda actuar antes de la presentación de una demanda ante las autoridades competentes (*vid.*, con relación al Convenio de La Haya de 1980, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 457).

¹⁴⁵⁸ *Vid.*, *supra*, Cap. II, III. 4. C) b).

desarrolla en líneas generales sin dificultades gracias a los eficaces instrumentos arbitrados por los Estados parte (fundamentalmente, intervención de la Interpol y de la Europol, y restricción de las limitaciones de los Derechos internos en cuanto al intercambio de informaciones)¹⁴⁵⁹.

En el marco de la facilitación de los créditos alimentarios, la cooperación entre autoridades administrativas en orden a localizar al deudor y/o su patrimonio se erige también en una actividad de cooperación indispensable para el éxito de cualquier mecanismo convencional que desde la óptica del DIPr. pretenda facilitar al acreedor alimenticio el cobro de sus créditos alimentarios en el extranjero. El Convenio de Nueva York de 1956, como se ha puesto de relieve con anterioridad, resulta insuficiente en cuanto a la incorporación de las necesarias disposiciones de cooperación administrativa¹⁴⁶⁰, y no recoge expresamente esta actividad de cooperación en su mecanismo. La práctica ha puesto de relieve las dificultades que se suscitan en el contexto internacional en orden a localizar al demandado en los supuestos de reclamaciones alimenticias en el extranjero, y que los métodos de los que estatalmente se disponen para la localización del deudor son notablemente inferiores a los que se utilizan en materia de sustracción internacional de menores (particularmente, existen importantes limitaciones para acceder a informaciones por parte de los organismos públicos)¹⁴⁶¹. El Convenio de Roma de 1990, más acorde con la situación actual y con las experiencias convencionales anteriores de CIA, insiste básicamente en la cooperación administrativa y, en este sentido, incorpora expresamente entre las obligaciones particulares de la Autoridad central del Estado requerido la de buscar o localizar al deudor o su patrimonio (art. 3.2 III). Esta actuación, al igual que en el marco de la sustracción internacional de menores, sólo tendrá lugar cuando el acreedor no conozca con exactitud donde se encuentra el deudor y/o sus bienes, y se traducirá con carácter general en una actividad de cooperación de la respectiva Autoridad central requerida con organismos de carácter policial u otras autoridades públicas¹⁴⁶². Su incorporación en el futuro Convenio de La

¹⁴⁵⁹ *Vid., supra*, Cap. II, IV. 2. B) a).

¹⁴⁶⁰ *Vid., supra*, Cap. II, III. 4. C) c).

¹⁴⁶¹ *Vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale...d'avril 1999», *cit.*, pp. 11-12.

¹⁴⁶² El informe explicativo del texto pone de relieve que en la elaboración del Convenio se fue consciente de los supuestos en que el deudor se encontrara fuera de la jurisdicción de un Estado

Haya en materia de prestaciones alimenticias es incontestable entre las disposiciones claves relativas a la cooperación administrativa, insistiendo fundamentalmente en el acceso e intercambio de informaciones.

b) Intercambio de informaciones sobre el menor o el deudor alimenticio

Junto a los intercambios de información *in genere* entre AACC incorporados en todos estos Convenios de CIA, y el intercambio de información entre las mismas autoridades administrativas sobre el curso del procedimiento *in casu* (que, aunque como acaba de verse no se prevé expresamente en ningún Convenio en vigor, debe fomentarse tal como incorpora *ex profeso* el Convenio de Roma de 1990), el intercambio de informaciones entre autoridades implicadas en el curso de un concreto procedimiento convencional sobre el menor en particular (en los Convenios relativos a sustracción internacional de menores) o sobre el deudor alimenticio y/o sus bienes en particular (en los Convenios relativos al cobro de los créditos alimentarios) vuelve de nuevo a erigirse en un elemento básico del contenido de la CIA instaurada en los Convenios de esta naturaleza en materia de protección de menores.

Respecto a la recepción de esta actividad de cooperación administrativa en el marco de los Convenios de CIA relativos a la sustracción internacional de menores, que puede tener lugar tanto desde una perspectiva *ad intra* como *ad extra*, el intercambio de información relativo a la situación del menor en el curso de un procedimiento sólo se incorpora en el Convenio de La Haya de 1980 y en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997¹⁴⁶³, si bien con distintos matices. En efecto, mientras que en el Convenio multilateral el contenido de la información se limita sólo a la «situación social del menor», y sólo debe tener lugar «si se estimase conveniente», en el Convenio bilateral específico la petición de información puede recaer sobre cualquier aspecto relativo a la situación del menor (información médica,

miembro, pero sus bienes se situasen en un Estado miembro, o bien el deudor se encontrara en un Estado miembro y sus bienes en otro. En tales situaciones debía entenderse que la Autoridad central podría ejecutar la decisión contra los bienes situados en dicho Estado, aunque el deudor no residiera en el mismo, y para ello debería adoptar todas las medidas útiles y adecuadas para localizar los bienes del deudor (*vid.*, J. Martín y C. O. Huiginn, «Report on the Convention...», *cit.*, p. 20).

¹⁴⁶³ *Vid.*, art. 7.2 d) y art. 4.2 d), respectivamente.

psicológica, etc.), y no se encuentra limitado a ninguna apreciación¹⁴⁶⁴. A pesar de estas diferencias, debe interpretarse que el intercambio de información sobre la situación del menor entre las AACC implicadas en este ámbito material, en coherencia con el espíritu que inspira la actuación de las AACC, y teniendo en cuenta también las nuevas reglas de CIA en este aspecto recogidas en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores *in genere*¹⁴⁶⁵, no tiene que tener lugar en todos los supuestos de actuación convencional, sino sólo en aquéllos en que, conforme a la apreciación de las respectivas AACC, se requiera para alcanzar los objetivos convencionales *in casu*¹⁴⁶⁶. Este intercambio de información entre la Autoridad central del Estado requirente y aquélla del Estado requerido puede resultar muy útil para la autoridad competente del Estado requerido en el momento que deba decidir sobre la orden de retorno del menor¹⁴⁶⁷. Por tanto, debe dejarse constancia que esta actividad de CIA podrá tener lugar no sólo con carácter previo a la intervención judicial (*ad. ex.*, a la hora de adoptar de medidas provisionales), sino también al hilo de un procedimiento de retorno en curso e, incluso, posteriormente en el momento de ejecutar la orden de retorno.

En el marco de la facilitación del cobro de los créditos alimentarios en el extranjero, el intercambio de información sobre el deudor y sus bienes (fundamentalmente, toda información que permita identificar claramente el patrimonio del deudor, tales como inmuebles, salarios, distintos ingresos, retenciones públicas, gastos, etc.) es una actividad de CIA absolutamente indispensable para el funcionamiento eficaz de cualquier Convenio en la materia. Esta cooperación, fundamentalmente de carácter administrativo, debe desarrollarse tanto entre AACC de Estados implicados, como entre éstas y todos los Organismos públicos de sus respectivos Estados susceptibles de suministrar información útil sobre los bienes y

¹⁴⁶⁴ *Vid.*, M. M. Velázquez Sánchez, «El Convenio Hispan-Marroquí de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, p. 506.

¹⁴⁶⁵ *Vid.*, *supra*, Cap. III, I. 3. A) a).

¹⁴⁶⁶ Como refleja el informe del Convenio de La Haya de 1980 no es conveniente imponer una obligación rígida en este aspecto, sino resulta más conveniente dejar la decisión sobre su ejecución efectiva a la apreciación de las AACC implicadas *in casu*. Entre los argumentos utilizados para justificar tal posición se alegan, *ad. ex.*, la inexistencia en determinados supuestos de tal información, o que la obligatoriedad puede ser utilizada como táctica dilatoria de las partes (*vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 454).

¹⁴⁶⁷ *Vid.*, *infra*, Cap. III, III. 4. D) b) 1°).

datos financieros del deudor (Organismos de la Seguridad Social, Organismos Fiscales, Registros Públicos, etc.). El Convenio de Nueva York de 1956, una vez más, no incluye disposiciones específicas al respecto, a diferencia del Convenio de Roma de 1990 que, como se anunció, recoge expresamente esta actividad de cooperación *ex art. 3.2 III*.

La recepción realizada en el texto comunitario, no en vigor, del intercambio de informaciones, se realiza, no obstante, únicamente desde la perspectiva en que éste estaba llamado a desenvolverse, es decir, facilitar la ejecución de la resolución condenatoria obtenida por el acreedor en el Estado de origen. Aunque esta recepción deba valorarse positivamente, en tanto que se trata del primer instrumento internacional en la materia que recoge específicamente esta actividad de cooperación administrativa, sin embargo, en aras a la elaboración de un futuro Convenio internacional en la materia, sería conveniente incorporar esta actividad de cooperación, tanto para facilitar la ejecución de la resolución en el Estado requerido, como previa y fundamentalmente en el momento de la adopción de la decisión por la autoridad internacionalmente competente en el Estado de origen, mediante la articulación de un procedimiento de cooperación a imagen del art. 35 2-4 del Convenio de La Haya de 1996 con relación al derecho de visita¹⁴⁶⁸.

c) Adopción de medidas provisionales

La adopción de medidas provisionales con carácter previo a la iniciación de un procedimiento judicial en el Estado requerido o al hilo de éste (bien sea *ad ex.*, el procedimiento de retorno del menor o el procedimiento tendente al reconocimiento y ejecución de la resolución condenatoria en materia de alimentos) es una actividad que tanto en los supuestos en que se trate de obtener la devolución del menor, como en los casos en que se desee garantizar al acreedor alimenticio el cobro efectivo de su pensión, debe tenerse muy presente como posible actuación indispensable para cumplir los objetivos convencionales *in casu*.

¹⁴⁶⁸ *Vid., infra*, Cap. III, I. 2. C).

En el marco de los Convenios relativos a sustracción internacional de menores, como se anunció, es una de las actuaciones de cooperación que se incorporan expresamente en los tres textos internacionales específicos, de manera análoga entre las obligaciones particulares de las AACC, previendo que éstas deberán adoptar o hacer que se adopten las medidas provisionales necesarias para prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas¹⁴⁶⁹. El objetivo de esta actuación en este ámbito material es decisivo, puesto se encuentra dirigido especialmente a evitar un nuevo desplazamiento del menor por parte del progenitor secuestrador hacia otro Estado (particularmente, hacia un tercer Estado no parte del Convenio)¹⁴⁷⁰, y su ejecución exige una clara CIA de carácter mixto *stricto sensu*, es decir, entre autoridades administrativas y autoridades judiciales, puesto que dicha actuación por parte de la Autoridad central excede generalmente de las competencias que éstas tienen atribuidas por los respectivos Derechos internos y, por tanto, ésta deberá dirigirse directa o indirectamente al órgano jurisdiccional competente dentro de su Estado, solicitando la adopción de las medidas provisionales que estime oportunas, tal como ocurre en nuestro Derecho interno¹⁴⁷¹.

En el Derecho español, la posible adopción de medidas provisionales de aseguramiento en los supuestos de sustracción internacional de menores se recogen expresamente en el procedimiento específico destinado a la ejecución de estos Convenios (arts. 1901 a 1909 LEC 1881). Concretamente, *ex art.* 1903 se prevé que al inicio del procedimiento, y a petición de quien lo promueva, o también a petición del Ministerio Fiscal, el Juez que esté conociendo del asunto podrá adoptar las medidas provisionales de aseguramiento que estime oportunas. Estas medidas provisionales, con carácter general, consisten en la constitución de una guarda judicial, en virtud de la cual se atribuye la guarda del menor provisionalmente a una entidad pública

¹⁴⁶⁹ *Vid., supra*, Cap. II, III. 4. C) b).

¹⁴⁷⁰ Este objetivo aparece consagrado expresamente en la letra del Convenio bilateral [art. 4. 2 b)], y también se refleja en el informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980 (*vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 454). El IDI, en su Resolución de 1995 sobre la cooperación entre autoridades estatales en la lucha contra los desplazamientos ilícitos, aludía expresamente a la importancia de dotar a las medidas provisionales de una eficacia real hasta que la decisión en torno al retorno llegara a ser definitiva (*vid.*, «La coopération entre autorités...», *cit.*, p. 6).

¹⁴⁷¹ Así como en la casi totalidad de los Estados parte (*vid.*, C. S. Bruch, «The Central Authority's...», *cit.*, pp. 46-47).

mientras se sustancia el procedimiento, y en los términos previstos en la respectiva resolución judicial¹⁴⁷²

Sensu contrario, la posible solicitud de adopción de medidas provisionales por parte de la Autoridad central del Estado requerido en el marco de la facilitación de los créditos alimentarios, no se incorpora expresamente en ninguno de los dos Convenios que reglamentan la cuestión. Esta actuación, no obstante, puede resultar muy apropiada e incluso imprescindible para garantizar al acreedor el cobro efectivo de su pensión en muchos supuestos (piénsese en las posibles actuaciones fraudulentas que el deudor suele llevar a cabo con objeto de eludir el cumplimiento de su obligación)¹⁴⁷³. En los casos en que hubiera indicios razonables sobre la posible realización de dichas actuaciones o que, efectivamente, hubieran sido consumadas, la Institución intermediaria debería solicitar al órgano jurisdiccional competente en su Estado la adopción de las medidas provisionales adecuadas para evitar o subsanar tales actuaciones fraudulentas, garantizando así al acreedor el cobro efectivo de su pensión (*ad. ex.*, solicitud de retención de salarios)¹⁴⁷⁴. Dos alternativas acumulativas, a mi juicio, deberían ser recogidas en aras a la elaboración del futuro Convenio multilateral omnicompreensivo en materia de alimentos: en primer lugar, si en el Estado de origen se han adoptado dichas medidas provisionales, las AACC deberían estar investidas para solicitar en su propio Estado la ejecución provisional de las medidas adoptadas en el Estado requirente¹⁴⁷⁵ y, en segundo lugar, se debería incluir, en cualquier caso, entre las disposiciones de cooperación administrativa, la facultad de las AAAC del Estado requerido de solicitar la adopción de las medidas provisionales que se estimaran oportunas a la luz del concreto supuesto de hecho.

¹⁴⁷² *Vid.*, F. Pantoja García, *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, 1997, esp., pp. 55, 81.

¹⁴⁷³ *Vid.*, P. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial...», *cit.*, pp. 291-293.

¹⁴⁷⁴ Aunque en el Convenio de Nueva York de 1956 no existe la obligación general de cooperar *ad intra*, el art. 6 sí prevé que la Institución intermediaria «tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos». En el Derecho español, la posible adopción de medidas provisionales, en los supuestos en que se trate de reclamaciones de alimentos realizados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, podría solicitarse por la vía de los procesos especiales del Cap. IV (del Título I del Libro IV) de la LEC 2000 (art. 770. 6º).

¹⁴⁷⁵ Esta opción podría tener cabida perfectamente en el marco del Convenio de Roma de 1990, en tanto que en este texto la obligación de cooperación de las AACC *ex art.* 3.1 es sólo enunciativa, y en el marco comunitario (Convenio de Bruselas de 1968 y Reglamento 44/2001), el *exequatur* de una resolución provisionalmente ejecutiva es admitido (*vid.*, sobre este último aspecto, *ad. ex.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 301).

d) Facilitación de un acuerdo amistoso entre las partes

1º) Consideraciones previas

Entre las actuaciones imprescindibles que las AACC están obligadas a llevar a cabo en el marco de estos Convenios, en cooperación con las autoridades que se consideren apropiadas, destaca por su importancia, como se ha visto con anterioridad, la de procurar por cualquier vía o procedimiento (mediación, conciliación o procedimiento análogo) un acuerdo amistoso entre las partes¹⁴⁷⁶. Esta actuación que, *a priori*, es encomendada convencionalmente a autoridades de naturaleza administrativa, y que cada día es fomentada en mayor medida en todas aquellas cuestiones litigiosas que afectan al menor en el contexto nacional e internacional, actualmente, *de lege lata*, recibe un distinto tratamiento en el marco de la CIA en materia de facilitación de los créditos alimentarios en el extranjero, y en el contexto de la CIA en la protección de los derechos de custodia y de visita.

2º) Marco de la facilitación de los créditos alimentarios en el extranjero

En el contexto del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero¹⁴⁷⁷, la transacción se presenta como una vía ofrecida a la Institución intermediaria entre las distintas medidas apropiadas que podrá adoptar en su Estado para obtener el pago de alimentos antes de iniciar la vía judicial *ex novo* o proceder al reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera (art. 6.1)¹⁴⁷⁸. Sin embargo, el efectivo recurso a esta vía por parte de la Institución intermediaria *in casu*

¹⁴⁷⁶ *Vid., supra*, Cap. II, III. 4. B) e).

¹⁴⁷⁷ El Convenio de Roma de 1990 no recoge expresamente esta actuación, puesto que el énfasis de su funcionamiento se coloca exclusivamente en la obtención del reconocimiento y ejecución de la resolución condenatoria. Sin embargo, como destaca su informe explicativo, no puede olvidarse que el reconocimiento y ejecución no dejan de ser sólo instrumentos puestos al servicio del fin convencional, lograr el cobro efectivo de los créditos alimentarios, por lo cual el acuerdo amistoso podría admitirse en sustitución del reconocimiento y ejecución, aunque de forma excepcional, cuando lo prevea el Derecho interno del Estado requerido, el acreedor alimentario no se oponga al mismo, y se garantice el cobro efectivo y rápido (*vid.*, J. Martín y C. O. Huiginn, «Report on the Convention», *cit.*, p. 23).

¹⁴⁷⁸ La Institución intermediaria, *a priori*, debe proceder a la transacción antes de iniciar la vía judicial, con independencia que exista o no resolución condenatoria contra el deudor, puesto que como se deduce de los términos del art. 6.1, a la vía judicial sólo deberá acudir «en caso necesario» (*vid.*, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments à l'étranger...», *cit.*, p. 13).

aparece condicionado por dos factores: en primer lugar, por las facultades que el acreedor alimentario haya conferido *in casu* a dicha Autoridad mediante la correspondiente solicitud y poder. La Institución intermediaria sólo puede acudir a esta vía si el solicitante le ha facultado para ello, y en los términos previstos por el mismo¹⁴⁷⁹; en segundo lugar, por el respectivo Derecho interno del Estado requerido, ya que la Institución intermediaria sólo podrá acudir a la transacción pre-judicial, si conforme a su respectivo Ordenamiento jurídico interno tiene atribuida competencia para actuar antes de la presentación de una demanda ante las autoridades competentes *stricto sensu* y, en caso positivo, dicha transacción se llevará a cabo conforme a los términos, límites y procedimientos previstos en los respectivos sistemas jurídicos internos. De *lege ferenda*, no cabe duda que esta actuación por parte de las AACC debería incorporarse expresamente y promoverse en el futuro Convenio de La Haya en materia de alimentos, y no sólo como opción apropiada antes de proceder al reconocimiento y ejecución, sino que a imagen del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores *ex art. 31 b)*, debería preverse con carácter genérico, susceptible de intentarse en cualquier momento del procedimiento convencional, y no sólo con carácter *ad intra*¹⁴⁸⁰.

Con relación a la aplicación de esta opción convencional del Convenio de Nueva York de 1956 en España en cuanto Estado requerido, debe apuntarse que el cumplimiento voluntario, salvo que la solicitud proveniente del Estado de origen disponga lo contrario, es la primera vía intentada por el Ministerio Fiscal para obtener el pago, procurando así alcanzar un acuerdo amistoso con el deudor alimenticio antes de proceder a cualquiera de las otras dos vías convencionales que ya se desenvuelven en un marco judicial. La transacción, en muchas ocasiones, obtiene en nuestro país resultados positivos, evitando así la iniciación del procedimiento judicial

¹⁴⁷⁹ El acreedor alimenticio, como se ha analizado anteriormente, puede facultar a la Institución intermediaria exclusivamente para una u otra opción de las previstas *ex art. 6.1*, de modo que la Institución intermediaria sólo procederá a la transacción cuando esta vía no le haya quedado vetada entre las facultades que le ha conferido el demandante expresa o implícitamente. También el demandante puede disponer que se acuda primero a la vía judicial y, sólo en caso que ésta no prospere, se proceda a la transacción.

¹⁴⁸⁰ *Vid., supra*, Cap. II, III. 5. B) b).

3º) Marco de la sustracción internacional de menores

En el contexto de los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores, especialmente en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, la obligación de las AACC de adoptar o hacer que se adopten las medidas adecuadas para obtener la restitución voluntaria del menor o una solución amigable se presenta como una vía especialmente útil para obtener los respectivos objetivos convencionales¹⁴⁸¹. Tanto en el Convenio de La Haya de 1980 como en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, a diferencia del Convenio de Nueva York de 1956 que supedita esta vía, como acaba de verse, al alcance de las facultades atribuidas a la Institución intermediaria por el demandante, obligan a la Autoridad central de manera imperativa a procurar en todos los supuestos de actuación convencional el retorno voluntario del menor o una solución amistosa¹⁴⁸².

La ejecución de esta actuación, responsabilidad directa de la Autoridad central del Estado requerido, se delega absolutamente en los respectivos Derechos internos de los Estados parte, que determinan básicamente el momento de llevarse a cabo (principalmente, antes o durante el procedimiento judicial)¹⁴⁸³, y su forma de

¹⁴⁸¹ Esta actuación no se recoge expresamente en el marco del Convenio de Luxemburgo de 1980, justificada dicha ausencia por tratarse básicamente de un Convenio de *exequatur*. Sin embargo, la extrapolación de esta opción a los supuestos de traslado sin derecho previstos en el art. 8, a mi juicio, sería perfectamente congruente con los objetivos de este precepto, y podría facilitarse por la correspondiente Autoridad central del Estado requerido en virtud de los arts. 3.1 y 5.1. Prueba del especial interés de esta opción en el marco del Convenio de La Haya de 1980 es que se dediquen en el texto dos preceptos a la misma. En primer lugar, se incluye entre la enumeración de las obligaciones de las AACC en general [art. 7.c)] y, en segundo lugar, en un precepto específico insertado en el desarrollo del *iter* convencional (art. 10).

¹⁴⁸² Debe destacarse, no obstante, que la recepción de esta obligación en el marco multilateral *versus* el bilateral difiere, puesto que mientras que en el primero aparece directamente orientada sólo a los supuestos de sustracción internacional de menores (así aparece delimitado de manera inequívoca *ex art.* 10), en el segundo se extiende expresamente, además, al ejercicio del derecho de visita. Aún así, en el marco multilateral debe interpretarse *ex art.* 21, en conjunción con el art. 7 c) *in fine*, que cuando este último precepto atribuye a la Autoridad central la obligación de facilitar una solución amigable, está también incluyendo las solicitudes relativas a la organización o la garantía del derecho de visita. De hecho, en la estadística correspondiente al año 1999 aparece un porcentaje muy alto, concretamente, el 20'3 %, de demandas relativas al derecho de visita que finalizaron en un acuerdo amistoso, *versus* el 29'4 % que se resolvieron por decisión judicial, y de éstas últimas el 21'6 acordando el derecho de visita (*vid.*, N. Lowe y otros, «Analyse statistique des demandes déposées en 1999...», *cit.*, p. 27). El carácter imperativo de esta vía en el Convenio multilateral se reitera en las sucesivas Comisiones especiales sobre el funcionamiento del Convenio (*vid.*, *ad. ex.*, «Rapport de la deuxième réunion...», *cit.*, conclusión 4; «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 5).

¹⁴⁸³ En el texto del anteproyecto del Convenio de La Haya la obligación de garantizar la restitución voluntaria *ex art.* 10 se situaba en el tiempo «antes de la apertura de cualquier procedimiento judicial», sin embargo, dicha frase se suprimió en el texto final, básicamente, por las dificultades existentes en

ejecución. Ahora bien, en dicha regulación interna, los Estados parte inexcusablemente deben tener presente dos ideas o posibles límites a su libertad de reglamentación en este concreto aspecto, derivados de la esencia o filosofía convencional: de un lado, dada la relevancia del factor tiempo en todo el procedimiento convencional, las medidas adoptadas por las AACC para alcanzar el retorno voluntario o la solución amigable no deben dar lugar, en ningún caso, a retrasos injustificados en el procedimiento de retorno (arts. 2 *in fine*); de otro lado, durante todo el tiempo previo a la decisión de retorno, las AACC deberán adoptar todas las medidas preventivas necesarias para impedir un nuevo desplazamiento del menor por cualquiera de los partes, especialmente, por el secuestrador [art. 7.2b)]¹⁴⁸⁴.

El Derecho comparado, en la práctica, ofrece básicamente dos formas distintas de organizar el retorno voluntario o el acuerdo amistoso. Existe un grupo de Estados (*ad. ex.*, Austria, Chipre, Israel, Nueva Zelanda o el Reino Unido), que optan porque sus AACC incoen el procedimiento judicial inmediatamente después de haber recibido la demanda y, de manera simultánea, adopten las medidas tendentes a obtener el retorno voluntario del menor. Este sistema pretende que la autoridad judicial pueda advertir al progenitor secuestrador su situación legal y, si no se obtiene el retorno voluntario, continuar el procedimiento en orden a decretar la orden de retorno, ahorrando así tiempo, y evitando que el demandado pueda esconder al menor o desplazarlo a otro tercer Estado. Por el contrario, existen otra serie de Estados (Francia, Alemania o los Países Bajos), que prefieren que sus AACC adopten medidas inmediatas con objeto de lograr el retorno voluntario del menor, comprendiendo el envío de la notificación al progenitor secuestrador. Estas AACC estiman que tal actuación no implica una pérdida de tiempo, puesto que en dicho plazo de reglamentación extrajudicial (que es muy breve, alrededor de dos semanas), continúan

algunos Ordenamientos jurídicos para que una autoridad administrativa pueda actuar antes de formular una demanda ante las autoridades judiciales. Ello implica que los Estados parte son libres de situar este momento de conciliación antes de iniciar el procedimiento judicial, o una vez iniciado el mismo, antes de alcanzar la decisión judicial. También es posible proseguir los esfuerzos para obtener el retorno voluntario del menor una vez iniciado en procedimiento judicial, aunque dichas actuaciones ya se llevaran a cabo anteriormente sin resultado positivo. En cualquier caso, la Autoridad central es la única responsable de la ejecución de esta obligación y le compete a la misma decidir cuándo dichas tentativas han fracasado (*vid., amplius*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 457).

¹⁴⁸⁴ Estos dos límites quedan especialmente reflejados en la última Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 (*vid.*, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 5).

trabajando el dossier (designando al abogado apropiado o recopilando todas las informaciones útiles para completar la demanda). En general, esta segunda opción se adopta fundándose en la experiencia constatada en algunos países (fundamentalmente, Alemania), sobre la tramitación de los acuerdos amistosos en esta materia, y la verificación del resultado que estos acuerdos se logran en mayor medida fuera de los tribunales que en el curso de un procedimiento judicial¹⁴⁸⁵. En la misma línea, la última Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 se inclina decididamente por los acuerdos extrajudiciales como la vía más adecuada en orden a obtener el retorno voluntario del menor¹⁴⁸⁶. Desafortunadamente, no es la opción seguida en nuestro Derecho interno, en el que las medidas adoptadas por las AACC antes de iniciar el procedimiento judicial (o incluso simultáneamente) para facilitar el retorno voluntario del menor o un acuerdo amistoso son muy escasas, e incluso, inexistentes, contemplándose únicamente esta posibilidad en el curso del procedimiento judicial una vez iniciado [arts. 1904 a) y 1906 LEC 1881]¹⁴⁸⁷.

4. Fase judicial y de CIA de naturaleza mixta

A) Consideraciones previas

La fase judicial en el marco de estos Convenios de CIA de carácter mixto, a diferencia del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, como fue anunciado, es relevante, aunque no en todos ellos con la misma intensidad. Salvo en el marco de los Convenios híbridos, tendentes a facilitar mediante la CIA administrativa, el reconocimiento y ejecución en el Estado requerido de la resolución obtenida por el particular en el Estado de origen, en los que el procedimiento del *exequatur* en el

¹⁴⁸⁵ *Vid.*, «Rapport de la troisième reunion...», *cit.*, párr. 43.

¹⁴⁸⁶ La Comisión propone a las AACC para facilitar los acuerdos extrajudiciales dos opciones: a) Instruir a juristas especializados en estas cuestiones, ya sea el Ministerio Público o sujetos particulares tales como abogados o profesionales; b) Reenviar a las partes ante una organización especializada susceptible de suministrar los servicios de mediación necesarios. En este aspecto, el papel de los tribunales resulta igualmente importante (*vid.*, «Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion...», *cit.*, p. 5).

¹⁴⁸⁷ Una vez promovido el expediente mediante la correspondiente solicitud, el Juez de Primera Instancia, en los términos previstos en el art. 1904, requiere al demandado para que se manifieste si accede voluntariamente a la restitución o se opone a la misma. Si el demandado accede a la restitución voluntaria del menor, se levanta acta, acordando el Juez, mediante auto, la conclusión del procedimiento y la entrega del menor al titular del derecho de custodia, así como lo procedente en cuanto costas y gastos (art. 1906).

Estado requerido, como ha sido visto, es imprescindible para el normal funcionamiento de estos instrumentos¹⁴⁸⁸, en el resto de Convenios de CIA, el procedimiento judicial, cualquiera que sea su naturaleza y finalidad, sólo tendrá lugar en aquellos supuestos en que en la fase prejudicial no hubiera logrado alcanzarse un acuerdo amistoso entre las partes. A pesar de esta decisiva diferencia, sin embargo, en todos estos procedimientos judiciales pueden observarse una serie de pautas comunes.

En primer lugar, *stricto sensu* es una fase convencional que se desarrolla mediante una CIA de carácter mixto, puesto que aunque las autoridades judiciales u homónimas sean en este caso las máximas autoridades responsables de su correcto desarrollo, la intervención de las respectivas AACC, así como de otras autoridades de carácter público, resulta también crucial en esta etapa convencional, tanto en la fase de iniciación del procedimiento judicial, como en la fase de desarrollo y, fundamentalmente, en la fase de ejecución *stricto sensu*. Efectivamente, la incoación del respectivo procedimiento judicial, como se anunció, es competencia de la respectiva Autoridad central del Estado de origen, salvo que, excepcionalmente, en el marco de los Convenios de CIA en materia de protección de los derechos de custodia y de visita, el particular haya optado por dirigirse directamente al órgano jurisdiccional del Estado requerido. Esta actuación de la Autoridad central, como es sabido, no tiene porqué ser realizada por la Autoridad central directamente, sino que podrá llevarse a cabo por otra persona que ésta designe; durante el desarrollo del procedimiento judicial, la Autoridad central desempeña básicamente dos funciones: de un lado, en tanto que asume el papel de representante del solicitante, debe llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para salvaguardar los intereses de aquél, entre las que destacan, la de facilitarle asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un Abogado o la petición de la adopción de las medidas provisionales que sean necesarias para proteger sus intereses; de otro lado, las AACC deberán asistir a la autoridad competente *stricto sensu* que conozca del asunto en el Estado requerido en el correcto desarrollo del concreto proceso; para la cual la Autoridad central del Estado donde se desarrolle el procedimiento deberá cooperar tanto *ad extra*

¹⁴⁸⁸ *Vid., supra*, Cap. II, II. 2. B) a).

(fundamentalmente con la Autoridad central del Estado requirente) como *ad intra*. El contenido de esta cooperación mixta puede recaer *ad. ex.* intercambio de informaciones relativas al menor o al deudor alimenticio, obtención de pruebas, obtención de ciertas certificaciones legislativas, etc. Finalmente, las disposiciones de cooperación administrativa en la fase de ejecución *stricto sensu* de la resolución obtenida en el Estado requerido son piezas nucleares para la efectividad real de estos procedimientos, por lo cual y, dado que en cierto modo, su desarrollo es independiente al procedimiento judicial llevado a cabo en el Estado requerido, esta etapa se analizará a continuación de la fase judicial.

En segundo lugar, todos estos Convenios de CIA coinciden también en la acentuación de norma mínima con relación a los aspectos procedimentales del régimen de CIA insaturado, puesto que en líneas generales, aunque con distinto alcance, sólo suministran unos principios comunes que deben regir estos procedimientos, correspondiendo el desarrollo de los mismos a los respectivos Derechos internos de los Estados parte. Entre estos principios comunes destacan los principios de urgencia y celeridad, dada la trascendencia del factor tiempo en las situaciones privadas internacionales que ventilan, y el respeto a ciertos principios procedimentales básicos, como son, básicamente, los principios de contradicción y de audiencia del menor; principio este último cuya garantía en el marco de los procedimientos relativos a la protección de los derechos de custodia y de visita adquiere un especial relieve.

Este carácter marco ha sido y continua siendo, en general, uno de los puntos débiles del correcto funcionamiento de estos textos en la práctica, puesto que, como ya se ha visto, el incumplimiento de esta obligación de desarrollo por los Estados parte afecta no sólo a la aplicación del Convenio en dicho Estado, sino a la aplicación del Convenio *in genere*. La experiencia española con relación a los cauces procesales internos existentes para la aplicación de las disposiciones convencionales no ha sido muy afortunada hasta el momento, y aunque se hayan realizado algunos avances destacables, todavía queda una amplia tarea legislativa, que debería quedar solventada en las futuras leyes de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y de jurisdicción voluntaria.

B) Procedimientos de reconocimiento y ejecución *stricto sensu*

a) Delimitación

Los Convenios en los que esta fase judicial coincide con un procedimiento de *exequátur* en el Estado requerido, o en otros términos la CIA está dirigida a facilitar dicho *exequátur*, son *a priori* los Convenios que se han denominado a lo largo de este trabajo como Convenios híbridos: Convenio de Luxemburgo de 1980, Convenio de Roma de 1990, y Convenio hispano-marroquí específico de 1997, en tanto que la acción ejercitada *in casu* por el solicitante se refiera al reconocimiento y ejecución de una resolución relativa al derecho de custodia o al derecho de visita. Todos ellos coinciden efectivamente en el establecimiento de un régimen de reconocimiento y ejecución en el Estado requerido, iniciado, como regla general, en el Estado requirente por el particular mediante la presentación de su correspondiente solicitud a su respectiva Autoridad central. La regulación de este procedimiento de *exequátur*, aparte de las normas sustantivas y salvo algunos principios procesales enunciados, queda delegada su ejecución en el Derecho del Estado requerido. Los cauces procesales existentes en el Derecho español para la aplicación de estos textos difieren en gran medida en función de cada uno de ellos.

b) Convenio de Luxemburgo de 1980

1º) Régimen sustantivo

El Convenio de Luxemburgo adopta, en parte, los mecanismos jurídicos propios de un Convenio internacional de carácter multilateral sobre eficacia extraterritorial de decisiones, estableciendo un detallado régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en materia de custodia y derecho de visita (Título II). Desde un punto de vista del régimen sustantivo del *exequátur*, el talón de Aquiles del Convenio radica en las amplias causas de no reconocimiento que se incorporan en el Convenio, entre las que destacan el control que se realiza de la competencia judicial internacional del tribunal del Estado de origen¹⁴⁸⁹. Dichos motivos de rechazo son articulados

¹⁴⁸⁹ *Vid.*, en este sentido, *ad. ex.*, R. L. Jones, «Council of Europe...», *cit.*, pp. 472-473; B. Brunet, «Autorité parentale»..., *cit.*, p. 15; A. Marín López, «El Convenio europeo...», *cit.*, p. 224; S. Álvarez González, «Legal Kidnapping...», *cit.*, pp. 24-25; *id.*, «Artículo 9. Apartado 6» en M. Albaladejo y S.

mediante un sistema en el que el juez del *exequátur* opera en el marco de un control de geometría variable, que va desde un control mínimo o inexistente a un amplio poder de apreciación, dependiendo de los distintos supuestos de hecho (arts. 8, 9, 10), pero que es clausurado con una posibilidad de reserva susceptible de arruinar todo el funcionamiento convencional.

El régimen convencional en este aspecto puede sistematizarse del siguiente modo: a) Inexistencia de control o motivos extremadamente limitados (art. 8): se contemplan, como ha sido visto, los supuestos en que los padres y el menor tienen la nacionalidad del Estado de origen, el menor tiene la residencia habitual en dicho Estado y la solicitud de restitución se ha presentado en el plazo de 6 meses desde el traslado. En estos casos, como se apuntó, no cabe control alguno de la competencia judicial internacional, ni invocar causa alguna de no reconocimiento y ejecución, imponiéndose el *exequátur*, y debiendo ordenarse inmediatamente la restitución¹⁴⁹⁰; b) Control mínimo (art. 9): supuestos de traslado sin derecho siempre que se haya dirigido la solicitud de restitución en el plazo de 6 meses, pero que no concurren los factores del supuesto anterior (nacionalidad común y residencia habitual del menor). En estos casos el control de la competencia judicial internacional sólo tiene lugar si la resolución se ha dictado en rebeldía (y en este supuesto se podrá rechazar el no reconocimiento y, consecuentemente, no retorno, si la resolución del Estado de origen no ha estado fundada en la residencia habitual del demandado, o en la última residencia habitual de los padres del menor, siempre que al menos uno de ellos resida todavía allí, o en la residencia habitual del menor); también se recoge como motivo de denegación del reconocimiento, la existencia en el Estado requerido de una decisión judicial relativa a la custodia incompatible con la decisión extranjera, siempre que fuese ejecutiva en el Estado requerido antes del traslado; c) Amplio control (art. 10): en este grupo se encuentran el resto de los supuestos (traslado sin derecho cuando la solicitud de restitución se ha presentado después del plazo de 6 meses desde el momento del traslado y todos los demás casos de reconocimiento de decisiones sobre

Díaz Alabart (Coords.), *Comentarios al Código civil...*, cit., pp. 284-286; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional...», cit., pp. 499, 502.

¹⁴⁹⁰ En estos supuestos, el juez del Estado requerido sólo tendrá que verificar la concurrencia de las circunstancias especificadas en el precepto (*vid.*, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, cit., p. 200.

custodia sin traslado). En estas hipótesis el número de causas por las que el tribunal del Estado requerido podrá rechazar el reconocimiento se amplía de manera excesiva, incorporándose: a') las causas previstas en el art. 9; b') una formula matizada del orden público, en tanto que se recoge como motivo de denegación, la comprobación de que los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por el que se rige la familia y los hijos en el Estado requerido¹⁴⁹¹; c') peligrosa construcción en torno al interés del menor: «*si se comprueba que, con motivo de modificaciones de las circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, pero no el mero cambio de residencia del menor como consecuencia de un traslado sin derecho, los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente, con el interés del menor*», d') una combinación entre los vínculos de la nacionalidad del menor y de la residencia habitual del menor que, como ha indicado algún autor de nuestra doctrina, hacen que sea la proximidad con el Estado requerido y no la búsqueda del juez adecuado lo que pueda hacer fundar el rechazo al reconocimiento de la resolución extranjera¹⁴⁹²; d) Como consecuencia del compromiso alcanzado entre los Estados parte en torno a los dos grandes problemas discutidos durante la elaboración del Convenio (de un lado, la amplia discrecionalidad del juez para rechazar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de custodia y, de otro, las causas que puedan rechazar el retorno¹⁴⁹³), se introdujo, *ex art. 17*, la posibilidad que todo Estado parte pueda denegar el reconocimiento y la ejecución, en los supuestos de los art. 8 y 9 (o, en uno de ellos), por cualquiera de todas las diversas y numerosas causas recogidas en el art. 10.

Esta fórmula de compromiso resulta claramente criticable por varios razones. La primera porque deja en manos de los Estados parte (y en última instancia de los tribunales), la efectividad real del Convenio, abriendo la posibilidad de construir un

¹⁴⁹¹ *Vid.*, en sentido crítico, P. Reymond, «Convention de La Haye et Convention de Strasbourg...», *cit.*, p. 343.

¹⁴⁹² Se prevé que el juez del *exequatur* puede rechazar el reconocimiento de la resolución extranjera: «*si en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado de origen: a) El menor tuviera la nacionalidad del Estado requerido o su residencia habitual en dicho Estado, y no existiera ninguno de dichos vínculos con el Estado de origen; b) El menor tuviera a la vez la nacionalidad del Estado de origen y la del Estado requerido y su residencia habitual en el Estado requerido*» [art. 10c)] (*vid.*, en tono crítico respecto a este foro indirecto, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 200-201).

¹⁴⁹³ *Vid.*, esta dualidad, S. Álvarez González, «Artículo 9. Apartado 6», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil*, *cit.*, pp. 284-285.

sistema completamente discrecional en que el juez del *exequátur* podrá ampararse en muy diferentes motivos para denegar el retorno del menor, entrando a conocer sobre el fondo del asunto, consolidando la situación de hecho que quiere evitarse en supuestos de sustracción (y, por tanto, frustrando el objetivo convencional en orden a restablecer la custodia), y posibilitando dos sentencias contradictorias, totalmente contrarias al interés del menor. En segundo lugar, esta facultad de reservar produce además un «desagradable efecto multiplicador» en el resto de los Estados parte, ya que conforme al art. 17.2, los demás Estados parte podrán denegar, por obvias razones de reciprocidad, el reconocimiento y la ejecución a las decisiones procedentes de los Estados que hayan hecho uso de dicha reserva por los mismos motivos que éstos hayan formulado en la misma¹⁴⁹⁴.

Este complejo mecanismo convencional, como puede comprobarse, mediante controles de competencia variables en los que la residencia habitual del menor no consigue despegarse del peso del criterio de la nacionalidad para erigirse como foro de competencia natural para resolver sobre los derechos de custodia y de visita del menor, demuestra que los negociadores del Convenio no lograron arbitrar la técnica adecuada para resolver el doble objetivo que se planteaban y, como, una vez más, como riesgo implícito de los Convenios pragmáticos, el compromiso traducido en la posibilidad de reservar contenida en el art. 17, ha puesto en juego la efectividad de este texto para resolver el problema de la sustracción internacional de menores¹⁴⁹⁵. Únicamente, a favor del régimen sustantivo de *exequátur* recogido en el Convenio de Luxemburgo puede destacarse la posibilidad que se concede al juez del *exequátur*,

¹⁴⁹⁴ *Vid.*, una crítica generalizada a esta reserva, entre otros, P. Reymond, «Convention de La Haye et Convention de Strasbourg...», *cit.*, pp. 542-543; N. Watte, «Les nouvelles conventions...», *cit.*, p. 14; R. Galbiati, V. Librando, L. Rovelli, «La Convenzione europea...», *cit.*, pp. 380-383. Mediante esta reserva se obtiene, además, que el recurso al orden público, que en principio había quedado excluido salvo los supuestos del art. 10.1, pueda activarse como regla general en el funcionamiento del texto, aunque, en cualquier caso, de manera matizada (*vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional...», *cit.*, p. 500).

¹⁴⁹⁵ En los supuestos de sustracción internacional de menores, efectivamente, el Convenio de Luxemburgo no es apenas actuado en la práctica. Debe tenerse en cuenta que actualmente de los 26 Estados que forman parte del Convenio, más de la mitad hacen uso de la citada reserva, bien ampliando a los arts. 8 y 9 todas los motivos previstos en el art. 10, o bien sólo algunos de ellos. Si a ello se une el citado efecto multiplicador es fácilmente justificable que el progenitor privado que ha sido víctima de un secuestro acuda al mecanismo del Convenio de La Haya de 1980. Afortunadamente, España que hizo uso de la reserva en el momento de la ratificación del Convenio el 30 de mayo de 1984, la ha retirado con efecto de 28 de julio de 1995 (*B.O.E.* de 17 de octubre de 1995). Puede verse la historia completa de las declaraciones realizadas al tratado, en la fecha citada, en <http://www.coe.fr/>

respecto al reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas al derecho de visita, de modificar, en cierta medida, el fallo procedente del extranjero a la hora de su reconocimiento, pudiendo fijar las modalidades de su cumplimiento y ejercicio, teniendo en cuenta, especialmente, los compromisos contraídos al efecto por las partes (art. 11.2)¹⁴⁹⁶.

2º) Aspectos procedimentales convencionales

El Convenio de Luxemburgo de 1980, en línea general con el resto de Convenios híbridos de CIA, no regula específicamente el procedimiento para la tramitación del *exequátur*, remitiéndose en este aspecto a los respectivos Derechos internos de los Estados parte, aunque establece una serie de pautas mínimas, que deben ser respetadas y, en su caso, desarrolladas, por aquéllos (Título III).

El procedimiento que será promovido, como es sabido, como regla general, por la respectiva Autoridad central del Estado requerido ante sus autoridades competentes [art. 5.1 c)] deberá ser simple y rápido por mandato convencional, garantizando que su petición pueda efectuarse mediante simple instancia (art. 14). La instancia deberá ir acompañada de una serie de documentos enumerados en el art. 13.1, entre los que destaca el documento por el que se habilita a la Autoridad central para actuar en nombre del requirente, o para designar a tal efecto otro representante¹⁴⁹⁷. El procedimiento debe garantizar básicamente todos aquellos beneficios procedimentales que, con carácter general concurren, como se ha visto, en estos Convenios de CIA (*ad. ex.*, gratuidad *ex art.* 15. 3 y 2, exención de legalizaciones u otras formalidades análogas *ex art.* 16, asistencia jurídica gratuita *ex art.* 5.3 etc.). Respecto al idioma de las comunicaciones entre AACC, salvo acuerdo específico entre ellas o entre los Estados respectivos (como *ad. ex.*, el Canje de Notas entre España y el Reino Unido

¹⁴⁹⁶ Esta disposición es, sin duda, una de las más interesantes e innovadoras del régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones del Convenio. Puede contemplarse como una clara expresión de cooperación judicial en su marco y demuestra el grado de confianza mutua entre los Estados parte que presidió la elaboración del texto.

¹⁴⁹⁷ El resto de documentos se refieren a los documentos acreditativos de diversos extremos relacionados con la resolución judicial cuyo reconocimiento se pretende (autenticidad y ejecutoriedad de la resolución), o con el procedimiento en el Estado de origen que garanticen el respeto a los derechos de defensa, o circunstancialmente, indicaciones del lugar en que pudiera hallarse el menor en el Estado requerido, o las propuestas relativas a las modalidades de restablecimiento de la custodia.

de 12 de febrero de 1993 y 31 de mayo de 1993¹⁴⁹⁸), las comunicaciones se harán en la lengua oficial del Estado requerido (o cualquiera de las lenguas oficiales de dicho Estado), o bien deberán ir acompañadas de una traducción a dicha lengua. No obstante, podrán aceptarse las comunicaciones en francés o inglés, o acompañadas de una traducción a dicha lengua, salvo que el Estado requerido haya presentado una reserva a esta última posibilidad, como hizo España (arts. 6 y 27). Debe ponerse de relieve que el texto procura garantizar el derecho del menor a ser oído en aquellos procedimientos de *exequátur* en que haya de resolverse sobre la aplicación de la causa de no reconocimiento prevista en el art. 10 1b); causa, que como acaba de verse, se funda en el interés superior del menor, y que puede ser extendida a todos los supuestos *ex art. 17*. En estas hipótesis, el Convenio, de un lado, ordena a la autoridad competente del Estado requerido oír al menor, a menos que exista alguna imposibilidad práctica para ello, habida cuenta especialmente de su edad e incapacidad de discernimiento y, de otro lado, le promueve a solicitar que se practiquen las indagaciones adecuadas (art. 15.1).

3º) Derecho español

Con relación a los aspectos procedimentales de este texto, desde la perspectiva del Derecho español, en primer lugar, debe recordarse que, a pesar de las discrepancias doctrinales existentes en torno a la incidencia sobre este Convenio del procedimiento de restitución de menores introducido en nuestro sistema por la Ley Orgánica 1/1996 (arts. 1901-1909 LEC de 1881)¹⁴⁹⁹, en tanto los supuestos previstos en el art. 8 del texto recogen una acción de restitución inmediata del menor sustraído o retenido ilícitamente, en estos casos no sería de aplicación un procedimiento de reconocimiento y ejecución de la resolución relativa al derecho de custodia o al derecho de visita, sino que resultaría aplicable el citado cauce procesal interno, en los términos que se analizarán más adelante. Salvo estas hipótesis, tanto en los supuestos de los arts. 9 y 10, como en los recogidos en el art. 11 con relación al derecho de visita, el procedimiento instaurado en el texto convencional, como acaba de verse, es

¹⁴⁹⁸ BOE, de 26 de junio de 1993.

¹⁴⁹⁹ *Vid., supra*, Cap. II, II. 2. B) b).

un procedimiento de *exequátur*, y en coherencia con su naturaleza, así debe ser aplicado en los respectivos Estados parte¹⁵⁰⁰.

La experiencia española con relación a la aplicación del procedimiento del Convenio de Luxemburgo, como se puso de manifiesto en el capítulo anterior, ha sido en líneas generales bastante negativa. En primer lugar, no se ha desarrollado un procedimiento de *exequátur* adaptado a las exigencias convencionales; en segundo lugar, nuestra jurisprudencia, comenzando por el propio Tribunal Supremo, no ha comprendido la auténtica naturaleza de *exequátur* del texto, y ha obtenido en su aplicación, mediante la práctica de remitir su competencia a los Juzgados de Primera Instancia, los resultados precisamente contrarios a los objetivos convencionales (dilataciones procesales, transcurso del tiempo, integración del menor en su nuevo medio, denegación del *exequátur*, no restitución en los casos de traslado).

Actualmente, teniendo presente la situación legislativa vigente, todavía debe seguir siendo denunciada la no adaptación de nuestro Derecho procesal interno a este Convenio de CIA¹⁵⁰¹. La efectividad de este texto exige como presupuesto, tal como ha sido llevado a cabo en la mayoría de los Estados miembros del Convenio, un procedimiento interno específico de *exequátur*, que se adapte a los requisitos convencionales de rapidez y simplicidad (*ad. ex.*, competencia de los Juzgados de Primera Instancia, plazos muy concretos, posibilidad de reconocimiento incidental). A *sensu contrario*, en el Derecho español, el procedimiento de base aplicable al *exequátur* convencional continúa siendo el contenido en el art. 955 y ss. de la LEC de 1881, competencia del TS, es decir, un procedimiento completamente lejano a las exigencias convencionales.

De *lege ferenda*, la futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil debería solventar los problemas de aplicación de este texto en dos sentidos. En primer lugar, delimitar definitivamente los supuestos convencionales en los que la vía

¹⁵⁰⁰ Para otros autores, no obstante, los supuestos contenidos en el art. 10 se tramitarían también por la vía del procedimiento de la LEC de 1881, y el resto de supuestos resultarían discutibles (*vid.*, ampliamente, E. Rodríguez Pinau, «Sustracción internacional de menores...», *cit.*, pp. 1751-1752).

¹⁵⁰¹ *Vid.*, una severa crítica a la inaptitud del legislador español con relación a este Convenio, denunciando que la ineficacia de este texto en nuestro país es consecuencia de los problemas internos de aplicación, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 188-189, 197-198; en el mismo sentido, C. González Beilfuss, «International Child Abduction in Spain», *cit.*, p. 342.

de los arts. 1901-1909 de la LEC de 1881 resultaría aplicable y, en segundo lugar, arbitrar para el resto de los supuestos un procedimiento simple y rápido de *exequátur* de la resolución extranjera, del que conocieran los Juzgados de Primera Instancia del lugar de la residencia habitual del progenitor que reside en España, y que permitiera tanto un reconocimiento incidental como un reconocimiento definitivo en función del supuesto de hecho y de la pretensión del solicitante¹⁵⁰². Este procedimiento de *exequátur* podría ser el procedimiento general para las resoluciones extranjeras si llegara después de la esperada reforma a adaptarse a tales circunstancias o, en su defecto, un procedimiento específico *ex novo* que podría resultar también aplicable a otros Convenios internacionales de CIA, que exigen, como se verá a continuación, un procedimiento rápido y sencillo para obtener la eficacia en nuestro país de las decisiones extranjeras en materia de derechos de custodia y de visita, y en materia de alimentos.

c) Convenio de Roma de 1990

A diferencia del resto de estos Convenios de CIA, debe resaltarse que, excepcionalmente, el Convenio de Roma de 1990 no regula en absoluto ni los aspectos sustantivos ni los aspectos procedimentales relativos al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras susceptibles de operar en su ámbito¹⁵⁰³. El Convenio sólo atribuye a la Autoridad central del Estado requerido, entre sus atribuciones particulares, la obligación de registrar o declarar ejecutoria la resolución (art. 3.2 III), una vez recibida la solicitud de su homónima en el Estado de

¹⁵⁰² *Ad. ex.*, en los supuestos en que no exista desplazamiento ilícito (art. 10), y se planteara el reconocimiento de la decisión extranjera como presupuesto de otra petición (*ad. ex.*, solicitud de cambio de la residencia habitual del menor), resultaría más apropiado un reconocimiento incidental. Sin embargo, debería dejarse abierta la posibilidad del reconocimiento de la resolución extranjera con carácter definitivo en función de las pretensiones del solicitante (*ad. ex.*, en los supuestos de infracción de un derecho de visita *ex art. 11*, el solicitante podría también desear un reconocimiento de la decisión extranjera con carácter definitivo y *erga omnes*).

¹⁵⁰³ Se discutió durante la elaboración del Convenio sobre la conveniencia de incorporar un procedimiento específico en el texto para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de alimentos, que fuera más acelerado que el normal *exequátur* de los Derechos internos, y particularmente que evitara retrasos en la fase de apelación. Sin embargo, una vez más, el riesgo de desviarse de las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968 en este aspecto condujo a rechazar esta opción (*vid.*, las discusiones en este punto, J. Martin y C. O. Huiging, «Report on the Convention...», *cit.*, pp. 19-22).

origen, así como los documentos que deben acompañarla conforme a los arts. 5.3 y 6 del texto¹⁵⁰⁴.

Esta ausencia de disposiciones reguladoras sobre el régimen del reconocimiento y ejecución, que *stricto sensu* convierten el texto en un Convenio básicamente de cooperación administrativa, se justifica en la propia esencia del Convenio comunitario, es decir, como es sabido, completar el sistema del Convenio de Bruselas de 1968 y, actualmente, si llegara a entrar en vigor, completar a éste y, fundamentalmente, al Reglamento (CE) 44/2001. Este peculiar planteamiento no desdibuja, sin embargo, el carácter híbrido del texto, puesto que las solicitudes tramitadas bajo el Convenio comunitario se verían sujetas, con carácter general, al régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales previsto en el Capítulo III del citado Reglamento comunitario¹⁵⁰⁵.

Asentada esta regla general, en el informe explicativo del texto se encuentran algunos criterios, tanto sustantivos como procedimentales, que deberían tenerse en cuenta a la hora de delimitar el procedimiento de *exequátur* aplicable a las resoluciones que se tramitaran bajo el Convenio de CIA. En primer lugar, las causas de no reconocimiento contenidas actualmente en el art. 34 del Reglamento 44/2001 no quedarían afectadas por este Convenio; en segundo lugar, y como criterio determinante, el procedimiento de *exequátur* debería ser rápido, evitando cualquier retraso injustificado que perjudicara los intereses del acreedor alimenticio (sobre todo retrasos en las apelaciones), y para lo cual los Estados miembros deberían adoptar todas las medidas apropiadas que permitieran a la Autoridad central de su Estado actuar con la diligencia requerida. El problema de aplicación del Convenio, en su

¹⁵⁰⁴ El art. 5.3 se refiere *stricto sensu* a los documentos que debe incluir la solicitud, entre los que destacan: el poder por el que se delega a la Autoridad central requerida la facultad de actuar, o de hacer que se actúe en nombre del acreedor de la ayuda alimentaria, incluida la autorización específica para permitir que se adopten medidas ejecutorias; nombre, fecha de nacimiento, nacionalidad y descripción del deudor y todas las informaciones pertinentes sobre su identidad y paradero o la localización de su patrimonio; y la documentación exigida con arreglo a la Sección 3 del Título III del Convenio de Bruselas (respecto al Reglamento (CE) 44/2001, Sección 3 del Capítulo III). El art. 6 se refiere al idioma en que dicha documentación, así como la correspondencia entre AACC debe estar redactada. Conforme a éste, salvo que las Autoridades afectadas acuerden otra cosa, deben estar redactadas o ir acompañadas de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido, o a cualquier otro idioma que el Estado requerido haya declarado que aceptar

¹⁵⁰⁵ Aunque el Convenio no prohíbe utilizar otro régimen de eficacia extraterritorial de resoluciones vigente entre los Estados implicados [*vid., supra*, Cap. I, I. 2. C) c)], sin duda, su filosofía radica en emplear el régimen comunitario *ad hoc* en la materia.

caso, se cifraría de nuevo respecto a aquellos Estados parte que no disponen de tales procedimientos de *exequátur* acelerados (de nuevo, supuesto del Derecho español)¹⁵⁰⁶.

d) Convenio hispano-marroquí de 1997

1º) Régimen sustantivo

El régimen sustantivo de reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas al derecho de custodia o al derecho de visita del Convenio bilateral específico se inspira, en líneas generales, en el sistema del Convenio de Luxemburgo de 1980, aunque con una regulación más pobre, soluciones más restrictivas, y obviando algunas disposiciones fundamentales (Cap. III y art. 13.2)¹⁵⁰⁷.

Se recogen como posibles causas de denegación del reconocimiento: la indefensión del demandado [art. 11 a)]; diversos controles indirectos de competencia judicial internacional tipificados en el art. 8 del Convenio de Luxemburgo, que no procederán si el demandado o su representante legal han estado presentes, y que olvidan de manera criticable, como se apuntó con anterioridad, el foro de la residencia habitual del menor, separándose de este modo de la reglamentación actual de la protección internacional del menor, y reflejando una vez más las concesiones realizadas al Derecho marroquí durante la negociación del Convenio [art. 11 b)]¹⁵⁰⁸; inconciliabilidad de la resolución cuyo reconocimiento y ejecución se pretende con una resolución relativa a la custodia que haya adquirido fuerza ejecutiva en el Estado requerido antes del desplazamiento del menor [art. 11 c)], transposición incompleta

¹⁵⁰⁶ En España, como es sabido, no existe una normativa *ad hoc* que desarrolle el procedimiento de *exequátur* previsto en la normativa comunitaria, produciéndose importantes lagunas legales que deben integrarse a través de la aplicación analógica de los arts. 955-958 LEC 1881 (*vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *cit.*, vol. I, pp. 299-303).

¹⁵⁰⁷ *Vid.*, en general, J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, pp. 155-158, M. M. Velázquez Sánchez, «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, pp. 514-517.

¹⁵⁰⁸ En este caso, el Convenio ha incorporado las reglas de competencia directas recogidas en el Derecho autónomo marroquí, pero al igual que ha sucedido a lo largo de toda la redacción del texto, la delegación española no se ha ocupado de defender las exigencias del sistema español, en este caso, el foro de la residencia habitual del menor (una dura crítica a las excesivas concesiones realizadas al Derecho marroquí en este Convenio en general, y en este aspecto en particular, pueden verse en M. Moya Escudero y H. Zerki, «Nuevo régimen...», *cit.*, pp. 371-377). La falta de directrices negociadoras propias del Estado español en este caso no es un supuesto aislado en nuestra política convencional bilateral, sino un rasgo que ya la caracteriza (*vid.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, p. 304).

del art. 9.1 c) del Convenio de Luxemburgo de 1980¹⁵⁰⁹; integración del menor en su nuevo medio, sólo en los supuestos de desplazamiento ilícito en los que la solicitud se haya presentado una vez transcurrido un plazo de seis meses [art. 11 d)], y de manera incongruente con lo preceptuado en el art. 9 del texto con relación a las causas de no devolución en los mismos supuestos de hecho. En efecto, las causas de rechazo del reconocimiento deben ser las mismas que las causas de no devolución en los supuestos de desplazamiento ilícito, y mientras en el segundo supuesto el texto introduce la posible exposición del menor a algún peligro físico o psíquico o a una situación intolerable como posible causa de no devolución, teniendo en cuenta únicamente el interés superior del menor, en los supuestos de reconocimiento se obvia dicha cláusula, e incluso la consideración del interés superior del menor como único parámetro de actuación judicial¹⁵¹⁰. Finalmente, como único aspecto positivo de esta desafortunada e incoherente regulación, debe destacarse la no recepción de la excepción de orden público como motivo de rechazo de reconocimiento y ejecución, excepción sumamente peligrosa en Convenios de este tipo que vinculan a países con sistemas jurídicos tan dispares¹⁵¹¹.

2º) Aspectos procedimentales

El Convenio bilateral específico, siguiendo una vez más la tónica de los Convenios multilaterales en los que se inspira, no regula el procedimiento conforme al cual se llevará a cabo la tramitación de la solicitud del reconocimiento y ejecución, remitiéndose al Derecho interno del Estado requerido (art. 14. 1). La normativa convencional impone, no obstante, a los dos Estados contratantes la obligación de aplicar un procedimiento rápido y sencillo, velando en particular por que el Ministerio

¹⁵⁰⁹ *Vid.*, al respecto, J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, p. 156.

¹⁵¹⁰ En este supuesto, por tanto, la causa de no devolución prevista en los supuestos de desplazamiento ilícito *ex art 9* se debería haber incorporado como causa de no reconocimiento (*vid.*, M. Moya Escudero y H. Zerki, «Nuevo régimen...», *cit.*, p. 375; A. Borrás Rodríguez, «La protección del menor inmigrante...», *cit.*, p. 256).

¹⁵¹¹ *Vid.*, J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, p. 157.

Público o el Abogado del Estado puedan presentar la solicitud del *exequátur* (art. 14.1 *in fine*)¹⁵¹².

El art. 16 recoge, en línea tradicional, los documentos que deben acompañar a la solicitud de reconocimiento o ejecución, destacando, al igual que en el Convenio de Luxemburgo de 1980, cualquier documento que habilite a la Autoridad central del Estado requerido para actuar en nombre del requirente o a designar para ello otro representante, en aquellos supuestos en que se solicite su intervención (art. 16.4). A diferencia de los Convenios multilaterales, positivamente, el art. 17, en una línea de flexibilización, permite que los documentos que deban adjuntarse a la solicitud de reconocimiento y ejecución, sean presentados en un momento posterior o incluso, para facilitar el procedimiento, puedan ser sustituidos por otros documentos equivalentes que contengan información suficiente. El procedimiento garantiza también, como se vio en su momento, los beneficios procedimentales característicos de estos Convenios¹⁵¹³, incorporando novedosamente una disposición de cooperación administrativa en caso de duda acerca de la autenticidad de los documentos (art. 19).

Dada la naturaleza bilateral y especial de este Convenio, hubiera sido deseable que el propio texto, rompiendo con la tónica general de los Convenios multilaterales, e incluso otros textos bilaterales, hubiera regulado más concretamente los aspectos procedimentales del *exequátur*, puesto que mediante la genérica cláusula de remisión al Derecho interno del Estado requerido, las dudas procedimentales en nuestro Ordenamiento jurídico con relación al cauce aplicable para su tramitación vuelven a plantearse.

En efecto, frente algunos autores que extienden la aplicación del procedimiento de retorno de los arts. 1901-1909 LEC 1881 a los supuestos en que en el marco de este

¹⁵¹² Se entiende que el Ministerio Público y el Abogado del Estado presentarán la solicitud del *exequátur* en los supuestos en que el particular haga uso de la intervención de las AACC, y que éstos actuarán, por tanto, como representantes de aquél y nunca por sí mismos. No intervendrán con esta condición en los supuestos en que el solicitante se dirija directamente a la autoridad judicial del Estado requerido (art. 3.3).

¹⁵¹³ Respecto al idioma de los documentos que deban tramitarse en aplicación del Convenio, el texto recoge que deberán estar redactados en la lengua (o una de las lenguas) del Estado de la Autoridad requirente, acompañados de una traducción auténtica en la lengua (o una de las lenguas oficiales) del Estado requerido. Las comunicaciones entre autoridades se realizarán en la lengua (o una de las lenguas) de sus Estados respectivos y, si ha lugar, sus comunicaciones se acompañarán de una traducción en lengua francesa (art. 18).

Convenio se solicite el reconocimiento y ejecución de una resolución relativa al derecho de custodia o al derecho de visita¹⁵¹⁴, en mi opinión, parece indiscutible que, con carácter general, no se está en presencia de una acción de devolución del menor, sino de una auténtica acción de *exequátur*, de las que podrán conocer los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la residencia habitual del progenitor que se encuentre en España (por aplicación de la regla de competencia contenida en este sentido en el Convenio bilateral general *ex art. 25*), aplicando las disposiciones contenidas en el Convenio bilateral específico con objeto de facilitar y agilizar el procedimiento de *exequátur*, y sin ser necesaria la introducción de una solución específica¹⁵¹⁵.

C) Otros procedimientos de reconocimiento y ejecución

a) Delimitación

Entre el conjunto de estos Convenios de cooperación mixta se observa también en ciertos de ellos que, en ocasiones, el objetivo de la CIA respectivamente instaurada no va dirigido directamente, como en los supuestos anteriores, a facilitar el *exequátur* (fundamentalmente, la ejecución) en el Estado requerido de la resolución obtenida en el Estado de origen, pero la consecución del respectivo objetivo o finalidad convencional perseguida *in casu* va a exigir a la Autoridad central del Estado requerido, por diferentes motivos y vías, incoar ante sus autoridades competentes un procedimiento de *exequátur* de la resolución obtenida por el solicitante en otro Estado distinto. Estos son los supuestos a los que conduce la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en los casos en que no existiendo desplazamiento ilícito la solicitud del interesado se dirija a la protección de un derecho de visita organizado *ex art. 21*, y del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, en las hipótesis en que el acreedor de alimentos haya optado *a priori* por la opción del *exequátur*, o la Institución

¹⁵¹⁴ *Vid.*, en este sentido, E. Rodríguez Pinau, «Sustracción internacional de menores...», *cit.*, p. 1752; P. P. Miralles Sangro, «La obligación alimenticia. Especial referencia a la protección de la persona del menor», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, *cit.*, p. 232.

¹⁵¹⁵ Sólo en el supuesto de existencia de traslado ilícito y en el que el solicitante opte por la vía del reconocimiento y ejecución *versus* la acción de devolución inmediata del menor, podría sostenerse la aplicación del procedimiento de los arts. 1901-1009 LEC 1881.

intermediaria del Estado requerido considere que el reconocimiento y ejecución en su Estado de la resolución condenatoria previamente obtenida por el solicitante en otro Estado es la vía procesal más oportuna en el caso concreto para satisfacer los intereses de éste.

b) Convenio de La Haya de 1980 y protección del derecho de visita organizado en ausencia de desplazamiento ilícito

Ha sido visto anteriormente como la protección del derecho de visita en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores resulta insuficiente en el actual contexto internacional en los supuestos de desplazamiento del menor por el progenitor que ostenta la custodia completa del menor, debido básicamente a la sola concepción de esta protección como medida preventiva a la sustracción del menor¹⁵¹⁶. Esta deficiencia intrínseca al texto con relación a la protección del derecho de visita y al derecho de relación transfronterizo del menor vuelve a confirmarse una vez más desde el punto de vista de su protección judicial en los supuestos en que el derecho de visita esté organizado en virtud de una decisión o acuerdo y no exista desplazamiento del menor¹⁵¹⁷.

Debe recordarse *a priori* que convencionalmente *ex art. 21. 2*, las AACC quedan vinculadas por las obligaciones de cooperación previstas en el *art. 7* para asegurar el disfrute pacífico del derecho de visita, y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sometido el ejercicio de ese derecho. En este sentido, las AACC deben adoptar las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho; y *ex art. 21.3*, la Autoridad central del Estado requerido «podrá» incoar o facilitar, directa o indirectamente, los procedimientos pertinentes ante sus autoridades competentes con el fin de organizar o

¹⁵¹⁶ *Vid., supra*, Cap. I, III. 1.B) a).

¹⁵¹⁷ *Vid.*, en general, las limitaciones del Convenio de La Haya de 1980 con relación al derecho de visita en función de los parámetros organización (o no) del derecho, y existencia (o no) de desplazamiento del menor, J. J. Forner Delaygua, «El acceso de los hijos a sus progenitores...», *cit.*, pp. 36-40; N. Lowe, «Problems relating to access...», *cit.*, pp. 375-385.

proteger el derecho de visita y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sometido el ejercicio de ese derecho¹⁵¹⁸.

A pesar de esta aparente simetría entre la protección procesal otorgada convencionalmente al solicitante en los supuestos de sustracción internacional de menores y en las hipótesis de protección del derecho de visita organizado, sin embargo, en un segundo momento, la práctica ha puesto de relieve que el alcance real de la protección judicial que el Convenio otorga al segundo es completamente distinto e inferior a la protección procesal en los supuestos de sustracción. En efecto, al margen de advertirse que se está sólo en presencia de actuaciones dejadas a la discrecionalidad de la Autoridad central competente *in casu* [arts. 7 f) y 21.3]¹⁵¹⁹, fundamentalmente debe dejarse sentada la clara línea jurisprudencial restrictiva que la protección procesal del derecho de visita *ex art. 21* ha recibido en los últimos años. Conforme a la interpretación general que los tribunales nacionales han realizado del art. 21, dicho precepto no crea un derecho de ejecución exigible ante los tribunales, no abre ninguna vía procesal contra la vulneración de un derecho de visita si no hay desplazamiento o retención ilícito. El art. 21 sólo autoriza a pedir a las AACC que garanticen su efectividad, sin otorgar unas facultades independientes a los jueces, y ello sin perjuicio del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones en la materia, que se regirá por la ley interna de cada Estado¹⁵²⁰.

A la luz de esta clara línea jurisprudencial, resulta indiscutible que en el Derecho español las solicitudes de protección de un derecho de visita organizado que se reciban *ex art. 21* del Convenio de La Haya de 1980, no podrán tramitarse por la Autoridad central española por la vía del procedimiento de restitución de la LEC

¹⁵¹⁸ A diferencia del derecho de custodia, que puede derivar de una decisión, acuerdo o directamente de la ley, el derecho de visita requiere una decisión o acuerdo para su identificación, de ahí que el art. 21 también se encuentre destinado a solicitar dicha organización.

¹⁵¹⁹ *Vid.*, resaltando esta discrecionalidad, «Rapport de la troisième reunion...», *cit.*, párr. 80; P. Nygh, «The International abduction of children», *cit.*, pp. 43-44.

¹⁵²⁰ *Vid.*, en esta línea restrictiva, *ad. ex.*, en Inglaterra, Caso *B. v. B.* resuelto por la *High Court* en 1987 (*INCADAT* HC/Uke 165); Caso *Re G.*, resuelto por la *Cour A'appeal* en 1992 (*INCADAT* HC/Uke 110); Caso *Re T. and Others* resuelto por la *High Court of Justice* en 1993 (*INCADAT* HC/E/Uke 111); en Estados Unidos, Caso *Bromley v Browlwy* en decisión de 1998 del Tribunal Federal del Distrito Este de Pensilvania (*INCADAT* HC/E/USF 223). Más detenidamente, *vid.*, J. J. Forner Delagua, «El acceso de los hijos a sus progenitores...», *cit.*, pp. 36-40.

1881¹⁵²¹, tampoco podrán ser objeto de ejecución fundándose en el art. 21 del Convenio de La Haya de 1980, por lo que la única vía procesal que de *lege lata* la Autoridad central podría utilizar, interpretando que así se admitiera en virtud del principio de no exclusividad del Convenio multilateral, sería obtener el reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera relativa al derecho de visita invocando la normativa que resultare aplicable al supuesto de hecho conforme al Derecho español¹⁵²².

El problema se cifraría de nuevo en los cauces de eficacia extraterritorial de los que dispone nuestro Ordenamiento jurídico, en este caso en concreto, en materia de derecho de visita, puesto que hasta el momento, y como se comprobará más ampliamente en el Capítulo siguiente, resultan altamente insuficientes, cuando no inexistentes. Únicamente la situación podría obtener una garantía importante si la decisión cayera en el ámbito de aplicación preferente del Reglamento «Bruselas II», que contiene un régimen de eficacia extraterritorial ágil y liberal y reglas de competencia¹⁵²³. Sin embargo, el alcance de este sistema, hasta el momento, resulta extremadamente limitado, ya que se refiere únicamente a los hijos comunes de una pareja matrimonial y a causas relativas a dichos menores con ocasión de las causas matrimoniales de sus padres (y no a hijos no comunes o a hijos comunes de parejas no matrimoniales o a causas independientes o posteriores a la causa matrimonial)¹⁵²⁴. En el amplio número de supuesto no cubiertos por el régimen comunitario, difícilmente puede encontrarse un régimen satisfactorio: el Convenio de La Haya de 1961 *ex art.* 7.2 resulta claramente insuficiente¹⁵²⁵; si la decisión entrara en el ámbito de aplicación del Convenio de Luxemburgo de 1980, podría tramitarse la solicitud conforme a su régimen de *exequátur ex art.* 11, aunque también se ha comprobado que los cauces internos no se adecúan a las exigencias de celeridad que estas situaciones requieren; y

¹⁵²¹ *Vid.*, en el mismo sentido, E. Rodríguez Pinau, «La sustracción internacional de menores...», *cit.*, p. 175; A. Dyer, «Traslado de los padres guardianes...», *cit.*, p. 152.

¹⁵²² Debe tenerse presente que la experiencia española con relación a las peticiones *ex art.* 21 es prácticamente inexistente (*vid.*, C. González Beilfuss, «International Child Abduction in Spain», *cit.*, pp. 334-336).

¹⁵²³ *Vid.*, *infra*, Cap. IV. IV. 2. B).

¹⁵²⁴ *Vid.*, entre otros, J. J. Forner Delaygua, «El acceso de los hijos...», *cit.*, pp. 29-30 J. Carrascosa González, «Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000», A. L. Calvo Caravaca y J. L. Ángel Iriarte (Eds.), *Mundialización y Familia*, *cit.*, pp. 213-239, esp., p. 235.

¹⁵²⁵ *Vid.*, *infra*, Cap. IV, IV, 2. A).

en defecto de régimen comunitario o convencional, naturalmente, la solución del *exequátur* en nuestro Derecho autónomo no se adecúa en caso alguno a las especialidades de estas decisiones.

La protección del derecho de visita vía ejecución reclama, por tanto, urgentemente una solución. En el marco intracomunitario la respuesta parece avanzar a partir de la Iniciativa propuesta en su día por la República Francesa, es decir, supresión del *exequátur*, sin necesidad de procedimiento específico alguno en el Estado miembro de ejecución de las resoluciones certificadas en el Estado miembro de origen, de manera que la resolución se trate a efectos de ejecución como si se hubiera dictado en el Estado miembro de ejecución, siempre que se cumplan una serie de requisitos procesales mínimos¹⁵²⁶. No obstante, resulta evidente la dificultad de abordar de manera satisfactoria la cuestión del derecho de visita en el marco intracomunitario si no existe una regulación satisfactoria general en materia de protección de menores en la que se apoye¹⁵²⁷, a la vez que es indispensable alcanzar soluciones satisfactorias respecto a las decisiones que provengan de Estados extracomunitarios¹⁵²⁸. La solución de ambas cuestiones apunta decididamente hacia el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores. El nuevo Convenio multilateral recoge, en general, un sistema de eficacia extraterritorial de decisiones adecuado, englobado en un conjunto normativo (de competencia, derecho aplicable y CIA) satisfactorio y, en particular, como se ha comprobado, proporciona

¹⁵²⁶ Así se recoge en la reciente Propuesta de Reglamento, de mayo de 2002, en materia matrimonial y responsabilidad parental, que prevé una sección específica destinada al derecho de visita en el capítulo destinado al reconocimiento y ejecución (sección 3º del Cap. IV). En virtud de dichas reglas, se establece el principio general por el que en el Estado miembro de ejecución no se requerirá un procedimiento especial para el reconocimiento y la aplicación de las sentencias legalizadas de conformidad con sus reglas, siempre que se hayan cumplido los dos requisitos procesales pertinentes (que la resolución no se haya dictado en rebeldía y que se haya oído al menor teniendo en cuenta su edad y madurez). Distingue entre las decisiones para la atribución del derecho de visita y las relativas a la organización de su ejercicio. Respecto a las segundas, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejercen estos derechos disponen de un cierto margen de maniobra para decidir las modalidades prácticas necesarias, siempre que no se establezcan en la resolución inicial y que se respeten sus elementos esenciales.

¹⁵²⁷ *Vid.*, C. González Beilfuss, «El Proyecto de medidas...», *cit.*, pp. 664-665; J. J. Forner Delaygua, «El acceso de los hijos a sus progenitores...», p. 47.

¹⁵²⁸ *Vid.*, especialmente, Documento de trabajo de la Comisión «Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental», *cit.*, pp. 10-12; «Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros en interés de la Comunidad Europea el Convenio de La Haya de 1996», *cit.*, pp. 1-7.

ex art. 35 una respuesta muy adecuada a la protección del derecho de visita en términos de CIA¹⁵²⁹.

c) Convenio de Nueva York de 1956 y reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras relativas a prestaciones de alimentos

1º) Régimen convencional

A diferencia del sistema previsto en el Convenio de Roma de 1990 que pasa inexcusablemente, como acaba de verse, por la vía del *exequátur* en el Estado requerido, en el funcionamiento del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, la opción del *exequátur* de la resolución extranjera sólo se configura, como es sabido, como uno de los tres posibles expedientes utilizables por la Institución intermediaria del Estado requerido para obtener el fin convencional.

La petición del *exequátur* por parte de la Institución intermediaria en representación del solicitante tendrá lugar en dos supuestos. En primer lugar, si el acreedor que se encuentra en el Estado requirente ha delimitado su correspondiente solicitud a la petición de un *exequátur* (opción que, naturalmente, presupone la existencia de una resolución obtenida a su favor frente al demandado). En estos supuestos, la Institución intermediaria del Estado requerido, en tanto que ex art. 6 actúa, como ha sido visto, dentro de las facultades que le haya otorgado el demandante, queda obligada a incoar ante sus autoridades competentes la petición del *exequátur* de la resolución extranjera, y a realizar todas las actuaciones necesarias, en nombre del acreedor, para obtener la ejecución. Estas actuaciones deben ser llevadas a cabo por la Institución intermediaria con independencia de cuál sea su apreciación personal, respecto a la opción jurídica que resultara más apropiada *in casu* para obtener el pago de los alimentos¹⁵³⁰. En segundo lugar, el expediente del *exequátur*

¹⁵²⁹ *Vid., supra*, Cap. III, I. 2. C).

¹⁵³⁰ No obstante, la práctica española en la aplicación del Convenio, ha puesto de relieve que en ocasiones existen series dificultades para identificar la acción que es pretendida por el interesado, puesto que hay solicitudes en las que, como solución alternativa al cumplimiento voluntario, se expresa genéricamente que «se tomen medidas judiciales», o bien que «se actúe ante los Tribunales de primera instancia y de apelación» (*vid.*, F. Hernández Gil, «El Convenio de Nueva York de 20 de junio 1956

será utilizado por la Institución intermediaria, en ausencia de indicaciones específicas por parte del demandante, en aquellos supuestos en que, no habiendo prosperado la vía extrajudicial, considere conforme a su apreciación que este expediente resulta más adecuado en el caso concreto, *versus* la iniciación de una nueva acción de alimentos, para garantizar al solicitante el pago de los alimentos debidos.

El régimen de ejecución (*exequátur* o registro) de la sentencia obtenida por el acreedor alimenticio, así como de cualquier otro título ejecutorio según la ley del Estado del deudor, será aquel previsto por la ley de dicho Estado, es decir, la ley del Estado de la Institución intermediaria determinará las modalidades de ejecución de la sentencia¹⁵³¹. La extensión del *exequátur* en el texto del Convenio queda reducida exclusivamente a la prestación de alimentos. No se comprenden en el mismo las sentencias de divorcio o de separación con el fin de cumplir el efecto constitutivo o registral de la inscripción, ni tampoco el reconocimiento y ejecución se extiende a las sentencias que determinen la filiación matrimonial o no matrimonial, con objeto de obtener efectos ejecutivos y/o registrales¹⁵³². Ello no implica que dichos pronunciamientos extranjeros no puedan ser utilizados a efectos meramente probatorios en los supuestos en que se inicie (o sea solicitada por el interesado) una nueva acción de alimentos fundada sobre dicha decisión. La cuestión de determinar si la citada decisión constituye un medio de prueba, y cual es su fuerza probatoria, dependerá, como se verá a continuación, del Derecho aplicable a esta cuestión conforme al derecho del Estado del foro (es decir, Estado del demandado). Finalmente, también debe destacarse el art. 8 del texto, que declara aplicables, en líneas generales, las disposiciones convencionales a las solicitudes de modificación de decisiones judiciales en materia de alimentos. Este precepto permite incluir también su ámbito de aplicación las solicitudes de modificación fundadas en una previa sentencia extranjera que así lo declare. La amplitud y ambigüedad de la disposición relativa a las solicitudes de modificación de decisiones judiciales parece poder sostener, *a priori*, la inclusión dentro del marco convencional tanto de las solicitudes en las que el

sobre obtención...», *cit.*, p. 1437). En estos supuestos de indeterminación de la solicitud parece que la opción deberá atribuirse a apreciación de la Institución intermediaria.

¹⁵³¹ *Vid.*, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments à l'étranger...», *cit.* p. 15.

¹⁵³² *Vid.*, más ampliamente sobre la cuestión de la extensión del *exequátur*, F. Hernández Gil, «El Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención...», *cit.*, pp. 144-145.

acreedor inicial aparezca como demandante, como aquéllas que provengan de parte del deudor (*ad. ex.*, reducción del montante de la pensión alimentaria en razón de una modificación de las circunstancias)¹⁵³³.

Respecto a los aspectos procedimentales, aplicables con carácter general, independientemente de cuál sea el expediente utilizado por la Institución intermediaria en el Estado requerido, básicamente, el Convenio recoge: *ex arts.* 3. 3º y 4º, el contenido de la solicitud que el acreedor alimenticio debe formular ante la Autoridad remitente de su Estado, así como los documentos que deben acompañar a ésta, incluido, en caso necesario, un poder que autorice a la Institución intermediaria para actuar en nombre del demandante o para designar un tercero con ese objeto¹⁵³⁴; actividades o procedimientos de cooperación entre autoridades para asegurar la autenticidad documental, principal modo de instar con garantías las reclamaciones alimenticias (básicamente, arts. 3.2 y 4.2); disposiciones de cooperación administrativa directa entre autoridades *ab initio* (arts. 4.3 y 6.2); régimen de transmisión de sentencias y otras actos judiciales (art. 5), incluyendo como hábiles

¹⁵³³ *Vid.*, más detenidamente sobre el alcance de esta disposición,, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments a l'étranger...», *cit.* p. 20.

¹⁵³⁴ La solicitud debe expresar inexcusablemente: a) El nombre y apellidos del demandante, su dirección, fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación y, en su caso, el nombre y dirección de su representante legal; b) El nombre y apellidos del demandado y, en la medida en que sean conocidos por el demandante, sus direcciones durante los últimos cinco años, su fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación; c) Una exposición detallada de los motivos en que se funda la pretensión del demandante y del objeto de ésta y cualesquiera otros datos pertinentes, tales como los relativos a la situación económica y familiar del demandante y el demandado. Esta solicitud deberá ir acompañada, aparte del poder a favor de la Institución intermediaria, de todos los documentos que puedan justificar el cobro de los alimentos (*ad. ex.*, acta del matrimonio, acta de nacimiento del menor, actos de reconocimiento, o decisión que atribuye una pensión alimentaria). Aunque la letra del Convenio exige *ex art.* 3.3 la aportación de una fotografía del acreedor y del demandado, la Comisión especial de 1995, dado el carácter inútil de esta exigencia respecto al demandante, concluyó que «una fotografía no tenía por qué acompañar sistemáticamente a los dossier» (*vid.*, «Conclusions générales...», *cit.*, párr. 51). Respecto a la exigencia de traducción de la demanda y el resto de los documentos, el Convenio no especifica nada al respecto y se ha planteado en la práctica como un problema particular. La aplicación estricta del Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento y ejecución obliga a las Autoridades remitentes a traducir todos los documentos pertinentes y, en los términos del art. 9, a asumir los costes. Estos costes son a veces demasiado elevados y la obligación, por tanto, no es cumplida. La Comisión especial de 1995 reconoció la necesidad de modificar las obligaciones en materia de traducción a los solos documentos y partes de las decisiones absolutamente indispensables (*vid.*, W. Duncan, «Note sur l'opportunité de réviser les Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires...», *cit.*, p. 24). La cuestión, aparte de existir arreglos bilaterales al respecto y depender en gran medida de la actitud más o menos abierta de los Estados en este punto, se ha puesto en relación con los formularios y la inclusión de códigos que permitieran su utilización informática, reduciendo así de una manera importante el problema (*vid.*, A. Borrás Rodríguez, «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: reunión de la Comisión especial sobre la aplicación de los Convenios en materia de alimentos...», *cit.*, p. 501).

para las reclamaciones, tanto las decisiones definitivas como las provisionales, así como cualquier otro acto judicial que haya intervenido en materia de alimentos a favor del demandante en un tribunal competente de cualquiera de las Partes contratantes; finalmente, garantiza, *ex arts. 9 y 10*, como fue analizado en su momento, una serie de beneficios procedimentales a favor del solicitante, como *ad. ex.*, asistencia jurídica gratuita en los términos que la Ley del Estado del foro otorgue a sus nacionales o residente, supresión de la *cautio judicatum solvi*, gratuidad de los servicios de las Autoridades remitentes y de las Instituciones intermediarias, y preferencia en materia de transferencia de fondos.

La práctica en la aplicación del Convenio de Nueva York de 1956 con relación a la acción de reconocimiento y ejecución, ha puesto de relieve, en general, que a pesar de la teórica compatibilidad de este Convenio con otros Convenios internacionales existentes en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de alimentos, que podrían ayudar a optimizar el procedimiento (fundamentalmente, Convenio de La Haya de 1973), la opción del *exequátur* en las condiciones actualmente existentes en el panorama internacional (entre otras, algunos Estados parte del Convenio de Nueva York no aceptan la compatibilidad de éste con el Convenio de La Haya de 1973 específico, y en aquellos Estados en que se acepta dicha compatibilidad, el procedimiento del *exequátur*, en definitiva, como es sabido, queda sometido a los Derechos internos de los Estados parte por la cláusula de remisión existente en el primero), resulta inapropiada para obtener los objetivos convencionales¹⁵³⁵. En términos generales, los procedimientos de *exequátur* aplicados en los respectivos Estados parte no se adaptan a las exigencias de eficacia, celeridad y economía que exigen estas pretensiones¹⁵³⁶.

¹⁵³⁵ En general, G. Castex cifra el alcance limitado del Convenio, en la práctica, en el hecho que éste no recoja en sí mismo un régimen de reconocimiento y ejecución (*vid.*, «Le recouvrement des aliments a l'étranger», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1992/1993, pp. 29-34, esp., p. 30).

¹⁵³⁶ *Vid.*, con especial referencia al Convenio de La Haya de 1973, W. Duncan, «Note sur l'opportunité de reviser las Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires...», *cit.*, pp. 32-34.

2º) Derecho español

La práctica jurisprudencial española del texto, con relación a los procedimientos convencionales tramitados mediante la vía del *exequátur*, no posee apenas experiencia alguna puesto que, como es sabido y a continuación se profundizará, la aplicación en nuestro país del Convenio de Nueva York de 1956 ha estado caracterizada precisamente por la criticada opción contraria, es decir, por la iniciación por parte del Ministerio Fiscal en cuanto Institución intermediaria española de una acción de alimentos *ex novo*¹⁵³⁷. La doctrina española, efectivamente, ha venido criticando con sólidos argumentos, de manera constante y firme, la no contemplación por parte del Ministerio Fiscal de la opción del *exequátur*, y su recurso cuasi automático a la vía de la nueva acción. Esta postura implicaba eludir el medio más rápido y ágil para la obtención de alimentos, cual es el reconocimiento de la resolución extranjera, a favor de un denominado prejuicio nacionalista derivado de un posible y efectivo conocimiento sobre el fondo¹⁵³⁸.

Esta actuación que en su día pudo ser explicada (aunque no justificada) en los tradicionales problemas existentes en nuestro sistema con relación a la legitimación del Ministerio Fiscal para actuar como solicitante del *exequátur*, actualmente no puede encontrar justificación alguna puesto que, como se ha visto en el capítulo anterior, dichos problemas se encuentran ya superados, actuando como solicitantes en los supuestos de *exequátur* los Servicios Jurídicos del Estado (a través del

¹⁵³⁷ No obstante, en los inicios de la aplicación de este Convenio en nuestro país, sí pueden encontrarse ciertos supuestos excepcionales en los que el Ministerio Fiscal acudió a la opción del *exequátur*, aunque el cauce sería abandonado muy pronto a causa de su no prosperación, entre otros desafortunados motivos, por una incorrecta utilización del orden público procesal. En esta línea, *vid.*, STS (Sala 1ª) de 8 de julio 1969 (sobre la misma, *vid.*, F. Hernández Gil, «El Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956...», *cit.*, nota 18); STS (Sala 1ª) de 5 de abril de 26 de noviembre 1979 (sobre ésta, *vid.*, J. C. Fernández Rozas, «Las obligaciones alimenticias...», *cit.*, pp. 106-107). Más recientemente, en la misma línea, puede verse, SAP Madrid (Sección 10ª) de 7 de julio 1997 (*vid.*, *REDI*, vol. L, 1998, 2, pp. 227-228 y nota de M. A. Rodríguez Vázquez, *REDI*, vol. L, 1998, 1, pp. 303-305). Aunque se desconoce si en este caso el Ministerio Fiscal optó por la vía del *exequátur* o de la nueva acción, la Audiencia, con una pésima interpretación del Convenio, rechazó su aplicación fundándose con carácter previo en la no procedencia del *exequátur* respecto a la resolución extranjera relativa a la paternidad y en la indisociabilidad de ésta respecto a la resolución alimentaria.

¹⁵³⁸ *Vid.*, por todos, J. C. Fernández Rozas, «Las obligaciones alimenticias...», *cit.*, pp. 101-108.

correspondiente Abogado del Estado), y reteniendo el Ministerio Fiscal su posición de dictaminador en el procedimiento¹⁵³⁹.

La desaparición de los problemas de legitimación no implica, a mi juicio, que en nuestro sistema deba adoptarse una postura de salida favorable al *exequátur versus* iniciación de una nueva acción de alimentos, sino que en este aspecto la solución adecuada pasa por las ideas de flexibilidad y ponderación de las circunstancias fácticas y jurídicas del supuesto de hecho, orientadas a la elección de la vía procesal que *in casu* resulte más satisfactoria a las pretensiones del acreedor de alimentos. De este modo, y al margen de volver sobre este aspecto a continuación, con relación al análisis de la opción de la acción de alimentos *ex novo*, deben dejarse sentadas las siguientes premisas. En primer lugar, recordar que la viabilidad de la opción del *exequátur* viene condicionada por la existencia de una resolución extranjera y, por tanto, en ausencia de ésta, no existe opción por parte del Ministerio Fiscal, imponiéndose la vía de la nueva acción¹⁵⁴⁰; en segundo lugar, existiendo resolución extranjera, la elección de la vía procesal idónea por parte del Ministerio Fiscal deberá ir precedida por una labor imprescindible, cuál es la identificación del concreto régimen de reconocimiento que resultaría aplicable *in casu*. Esta labor identificativa resulta básica a la hora de optar o no por la vía del *exequátur*, puesto que el Ministerio Fiscal debe verificar y asegurar, con carácter previo a su elección en sentido positivo, que la resolución extranjera cumple todos los presupuestos exigibles por el régimen de *exequátur* teóricamente aplicable, para que la resolución sea reconocida en nuestro país, así como la no concurrencia de alguno de los posibles motivos de denegación previstos en el mismo¹⁵⁴¹. En aquellos supuestos en que el *exequátur* no fuera posible a la luz del régimen aplicable o, incluso, su éxito pudiera ser dudoso, el Ministerio Fiscal deberá también optar por la vía de la nueva acción en detrimento del

¹⁵³⁹ *Vid., supra*, Cap. II, III. 4. B) c).

¹⁵⁴⁰ En este sentido, *vid., ad. ex.*, SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3º) de 22 de julio de 1995, y nota de I. Valentín Gamazo, *REDI* vol. XLVIII, 1996, 1, pp. 364-367.

¹⁵⁴¹ Deberá tenerse especialmente en cuenta que en los supuestos en que la resolución extranjera contenga dos pronunciamientos, el principal relativo al título jurídico en que se funda el derecho de alimentos (*ad. ex.*, filiación o separación matrimonial), y el accesorio, que es el que se refiere a la condena de alimentos cuyo reconocimiento se solicita, que en tanto que la extensión del *exequátur* en el texto del Convenio sólo comprende el reconocimiento del accesorio, el régimen del reconocimiento y ejecución aplicable admita el *exequátur* parcial (admisión que *stricto sensu*, nuestro régimen de producción interna, *de lege lata*, como es sabido, aún no admite).

*exequátur*¹⁵⁴²; finalmente, en tercer lugar, sólo si el *exequátur* y su éxito resultan viables *in casu*, el Ministerio Fiscal deberá realizar una delicada labor de ponderación a la luz, como ahora se verá, de un conjunto de circunstancias, en la elección de la vía procesal que resulte más idónea para satisfacer los intereses de su representado¹⁵⁴³, aunque *a priori* debe advertirse que si el régimen aplicable al *exequátur*, en ausencia de Instrumento internacional, resultara ser el contenido en nuestro régimen de producción interna, es evidente que dicho procedimiento, competencia del Tribunal Supremo, tampoco se adecúa, como en la mayoría de los Estados partes del Convenio, a la celeridad que exigen las reclamaciones alimenticias provenientes del extranjero.

D) Procedimientos *ex novo*

a) Delimitación

Entre los procedimientos distintos al *exequátur* que se incorporan en el marco de estos Convenios como procedimientos a iniciar *ex novo* en el Estado requerido, como regla general, por su respectiva Autoridad central ante sus autoridades competentes, en representación del solicitante que se encuentra en el Estado requirente, se encuentran básicamente, en atención a su objeto, los siguientes: 1º) Los procedimientos dirigidos a obtener el retorno del menor trasladado o retenido ilícitamente en el Estado requerido. Estos procedimientos, aparte del previsto en el art. 8 del Convenio de Luxemburgo de 1980, se incorporan, con distintos matices, en el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, y en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, en tanto que la acción ejercitada en su marco se refiera a la acción de devolución inmediata del menor; 2º) Los procedimientos que tienen por objeto la obtención de una resolución en el Estado requerido relativa al derecho de visita. Estos procedimientos pueden tener lugar, en determinadas condiciones, en el marco del Convenio de Luxemburgo de 1980, y en el

¹⁵⁴² *Vid.*, en este sentido, positivamente, a favor de una nueva acción de alimentos, puesto que el éxito del *exequátur* era cuestionable, SAP de Las Palmas Gran Canaria de 12 julio 1991, *RGD*, núm. 579, 1992, 12806-12810. De igual forma, se plantea en nuestro Ordenamiento jurídico la viabilidad del *exequátur* de las sentencias extranjeras provisionales, puesto que aunque el Convenio de Nueva York de 1956 prevea implícitamente esta opción *ex art. 5. 1*, en nuestro sistema *stricto sensu*, *ex art. 951 LEC 1881*, sólo se permite el *exequátur* de las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros.

¹⁵⁴³ *Vid.*, *infra*, Cap. III, III. 4. D) d) 2º).

del Convenio hispano-marroquí específico de 1997; 3º) El procedimiento dirigido a obtener *ex novo* en el Estado requerido una resolución relativa a alimentos a favor del acreedor de alimentos. Este procedimiento, como es sabido, puede tener lugar en la aplicación del Convenio de Nueva York de 1956, como alternativa procedimental elegida bien por el solicitante, o bien por la respectiva Institución intermediaria.

b) Procedimientos de retorno del menor

1º) Régimen del Convenio de La Haya de 1980

El procedimiento de retorno del menor previsto en el Convenio de la Haya de 1980, punto neurálgico de la efectividad del texto, y sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo del mismo, tiene por objeto fundamental, como es sabido, el retorno del niño en el menor plazo de tiempo al lugar en el que éste tenía su estabilidad antes de la sustracción¹⁵⁴⁴. Para obtener dicha finalidad, el Convenio instaura dos ejes nucleares: de un lado, impedir al órgano jurisdiccional del Estado requerido que esté conociendo de la cuestión entrar a resolver sobre los derechos de custodia del menor, consagrando de este modo, como ha sido apuntado, un foro de competencia judicial internacional implícito a favor de las autoridades del Estado donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del secuestro¹⁵⁴⁵; de otro, limitar al mínimo las causas de no retorno, exigiendo una interpretación y aplicación restrictivas de las mismas¹⁵⁴⁶.

En el diseño del primero de sus ejes, debe resaltarse el conocido art. 16 del texto, que veta al órgano jurisdiccional la posibilidad de entrar a conocer sobre el fondo del asunto, salvo que se hubiera determinado que el menor no tiene que ser

¹⁵⁴⁴ El retorno del menor, en principio, debe ser ordenado al Estado donde éste tiene su residencia habitual pero, como ya se vio en su momento, el Convenio está redactado de forma que autoriza el retorno del niño a otro Estado distinto de aquél, que suele ser el Estado donde se encuentra el solicitante que ostenta la custodia. No obstante, las legislaciones internas de desarrollo, así como la jurisprudencia es muy diversa en este aspecto, y ciertos Estados han adoptado una interpretación restrictiva en torno a esta cuestión [*vid., supra*, Cap. I, I. 2. C. b)].

¹⁵⁴⁵ *Vid., infra*, Cap. IV, II. 3. B) a).

¹⁵⁴⁶ No debe desconocerse que las causas de no retorno esconden precisamente el riesgo de comprometer la efectividad del sistema, por lo que en última instancia, éste sólo depende de su correcta interpretación y aplicación por las autoridades nacionales encargadas de aplicarlo (*vid.*, A. Corner, «Actualité du jugement de Salomon. Comment ne pas trancher les enfants victimes d'un déplacement international», *Gazette du Palais*, 1997, pp. 1582-1586; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional de menores», *cit.*, pp. 508-510).

restituido de conformidad con las reglas convencionales, o haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado la solicitud de retorno, así como los arts. 17 y 19 del mismo.¹⁵⁴⁷ El segundo de los pilares convencionales radica básicamente en los arts. 12 y 13¹⁵⁴⁸, conforme a los cuales, partiendo de una presunción favorable al retorno del menor (art. 12.1), se recogen las cuatro posibles causas por las que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido, excepcionalmente, podrán rechazar la demanda de restitución¹⁵⁴⁹: a) cuando la iniciación del procedimiento haya tenido lugar transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita y quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio (art. 12.2)¹⁵⁵⁰; b) El titular del derecho de custodia no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que el menor fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención [art. 13 a)]¹⁵⁵¹; c) Existencia de un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico, o de que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable [art. 13 b)]. Esta

¹⁵⁴⁷ Recuérdese que, en virtud del art. 17, el sólo hecho que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a las reglas convencionales, pero mediante una disposición de cooperación judicial, el precepto permite que las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido, puedan tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el Convenio; y en el art. 19, se reitera la idea de base, afirmándose que la decisión adoptada en el marco convencional sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo de derecho de custodia.

¹⁵⁴⁸ También debe tenerse presente la posibilidad de no ordenar el retorno *ex art. 20*, aunque debe advertirse la escasa aplicación de este precepto en la práctica, así como la existencia de una corriente doctrinal favorable a su eliminación en las reglas nacionales de desarrollo; postura que se basa, entre otras razones, en estimar su carácter innecesario en la medida que sus disposiciones se encuentran cubiertas por el art. 13.1 b). No obstante, frente a esta corriente, parece más adecuada la opinión de otros expertos, que consideran que el art. 20 cumple una función autónoma en el texto, cuál es, como se sabe, evitar el recurso a la temible excepción de orden público.

¹⁵⁴⁹ La carga de la prueba en estos supuestos corresponde a la persona que se opone al retorno, y debe ser más dura que la que se requiere en el marco del art. 3. Para que pueda operar alguna de ellas, la persona que se opone al retorno no sólo debe aportar una prueba completa de sus alegaciones, como en un proceso civil habitual, sino que debe persuadir al juez de que éstas deben ser tomadas en consideración (*vid.*, sobre esta cuestión, «Rapport de la troisième réunion...», *cit.*, párr. 54).

¹⁵⁵⁰ En la práctica, se constatan dos tendencias jurisprudenciales diversas en cuanto a la verificación de la integración del menor: de un lado, se considera suficiente la integración en la célula familiar inmediata y, de otro, se exige una integración más amplia del menor en la comunidad local (*vid.*, sobre esta cuestión, M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de La Haye sur les aspects civils...», *cit.*, nota 96).

¹⁵⁵¹ *Vid.*, en España, AAP de Barcelona (Sección 1ª) de 21 de abril de 1997, caso en el que concurría precisamente esta causa de no retorno, aunque la Audiencia no lo interpretó así, y curiosamente (por su aplicación sumamente excepcional en el Derecho comparado) rechazó el retorno del niño fundándose en el art. 20 del Convenio (a propósito del mismo, *vid.*, nota de C. González Beilfuss, *REDI*, vol. L, 1998, 2, pp.231-234).

causa de no retorno ha sido, sin duda, el motivo más frecuentemente alegado por los demandados en la aplicación práctica del texto, generándose al respecto una numerosa y compleja jurisprudencia¹⁵⁵². En líneas generales, puede decirse que en estos supuestos las ordenes de retorno son más numerosas que las de no retorno¹⁵⁵³, aunque ello no implica que en aquellos casos en que ordenándose la restitución del menor, la seguridad física y/o psíquica de éste pueda verse comprometida en el Estado de origen, se adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad del menor *ex post*; medidas que, tras diversas prácticas llevadas a cabo por los tribunales nacionales, actualmente, como se verá a continuación, se dirigen hacia una cooperación judicial entre las autoridades de los dos Estados implicados¹⁵⁵⁴; d) Oposición del menor a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones (art. 13. 4)¹⁵⁵⁵.

Junto a estos pilares sustantivos básicos, el Convenio, siguiendo la tónica general, incorpora algunas disposiciones procesales mínimas en cuanto al procedimiento de retorno a llevar a cabo en el Estado requerido. De este modo, el procedimiento se inicia, como regla general, como se ha visto, por la respectiva

¹⁵⁵² *Vid.*, en general, entre otros, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional de menores», *cit.*, p. 508; L. Silberman, «Hague Convention on international abduction...», *cit.*, pp. 26-27; M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de La Haye sur les aspects civils...», *cit.*, pp. 33-34.

¹⁵⁵³ Aunque en la mayoría de los Estados han existido problemas en torno a la interpretación de esta causa de no retorno, la tendencia se dirige hacia su correcta interpretación y aplicación en términos marcadamente restrictivos (*vid.*, *ad. ex.*, H. Bosse Platière, «L'application par les tribunaux français des Convention visant à lutter contre les déplacements d'enfants», en J. Rubellin-Devichi y R. Frank (Dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, *cit.*, pp. 413-431, esp. pp. 420-421; A. Cornec, «The Hague Convention on Abduction and Beyond. Conflicting Aims, Different Solutions-The French Practice», *FamLaw*, vol. 23, 1993, pp. 148-151; C. Bruch, «Les conflits en matière d'enlèvements d'enfants aux États Unis», *cit.*, pp. 321-324).

¹⁵⁵⁴ *Vid.*, *infra*, Cap. III, III. 5. A).

¹⁵⁵⁵ La opinión del menor en el contexto del Convenio recibe muy distinto tratamiento en las respectivas normas de desarrollo de los Derechos internos, y su alcance resulta bastante discutido entre la doctrina, entre aquellos que sostienen que el Convenio otorga demasiada relevancia a la opinión del menor (puesto que también la audición del menor puede tener lugar en otras hipótesis *ex art.* 20), y aquellos otros que consideran que la opinión del menor debe ser expresada y utilizada como medio de prueba cuando son invocados algunos de los otros motivos de no retorno. La excepción prevista *ex art.* 13 no es incondicional, sino que la autoridad judicial deberá comprobar que el menor ha alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones (circunstancias que se apreciarán según las circunstancias del caso concreto). Esta causa de no retorno también ha sido objeto de una jurisprudencia diversa (*vid.*, al respecto, la práctica jurisprudencial comparada, M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de La Haye sur les aspects civils...», *cit.*, p. 38).

Autoridad central del Estado requerido ante sus autoridades competentes¹⁵⁵⁶, mediante la pertinente solicitud cuyos sencillos requisitos se prevén en el art. 8. 2¹⁵⁵⁷. Los Estados parte deben aplicar procedimientos de urgencia para tramitar la solicitud de retorno, debiendo adoptarse una decisión en el plazo máximo de 6 semanas (art. 11)¹⁵⁵⁸. Las normativa relativa a la obtención y admisión de pruebas, comprendiendo las periciales, deberán ser aplicadas a los procedimientos de retorno teniendo en cuenta la necesidad de una tramitación rápida, y la importancia de limitar su objeto a las cuestiones litigiosas que se encuentren directamente ligadas a la cuestión de retorno¹⁵⁵⁹. También debe recordarse, como ya fue visto, el alcance de los beneficios convencionales previstos en el texto, menor, en líneas generales, que el incorporado en el Convenio de Luxemburgo de 1980, debiendo insistirse, sobre todo, en la importancia de garantizar la asistencia judicial y jurídica al demandante como presupuesto de la rapidez del procedimiento y de la eficacia del texto, vistas las dificultades experimentadas en algunos Estados parte para garantizar este extremo¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵⁶ Debe recordarse en este momento la cuestión abierta entre los Estados parte sobre la conveniencia o no de la concentración de estos litigios en determinados tribunales nacionales, y la postura favorable a la desconcentración por parte de La Conferencia de La Haya [*vid., supra*, Cap. II, II. 2.C) b)].

¹⁵⁵⁷ En este momento inicial de recepción de la solicitud es conveniente que las autoridades competentes *stricto sensu* del Estado requerido hagan uso de la disposición de cooperación mixta prevista *ex art.* 15, solicitando a las autoridades de la residencia habitual del menor una decisión o certificación de que el traslado o retención eran ilícitos en el sentido del art. 3, puesto que en virtud del art. 14 se permite a las autoridades del Estado requerido tener en cuenta la legislación y las decisiones judiciales o administrativas (...) sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables (*vid., en este sentido*, A. L. Calvo-Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional de menores», *cit.*, p. 506).

¹⁵⁵⁸ Debe tenerse en cuenta la disposición prevista en el art. 11. 2, que consagra el derecho del solicitante o de la Autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad central del Estado requirente, en los supuestos en que la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Si la Autoridad central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha respuesta la transmitirá a la Autoridad central del Estado requirente, o en su caso, al demandante. La rapidez de los procedimientos es otro de los requisitos que, como se viene reiterando, es indispensable para el éxito del Convenio y, en este sentido, la última Comisión especial sobre el funcionamiento del texto volvía a señalar la obligación de los Estados contratantes de tramitar rápidamente las demandas de retorno, extendiéndose esta obligación a los procedimientos de recurso. En la misma línea, se invita a los tribunales nacionales, tanto en primera como en segunda instancia, a fijar y respetar plazos concretos a fin de asegurar la tramitación con celeridad del procedimiento (*vid., «Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion...», cit.*, p. 9).

¹⁵⁵⁹ Esta disposición no aparece consagrada en la letra del texto, aunque ha sido reiterada por la última Comisión especial sobre el funcionamiento del texto (*vid., «Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion...», cit.*, p. 10).

¹⁵⁶⁰ *Vid., supra*, Cap. I, III. 5. B) c).

Finalmente, debe destacarse la disposición de cooperación mixta prevista *ex art. 12 in fine*, conforme a la cual, como se ha visto *supra*, al examinar las posibles causas alegadas de no retorno, las autoridades judiciales y administrativas del Estado requerido, tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad central u otra autoridad competente del lugar de la residencia habitual del menor. Esta disposición es olvidada a menudo por los tribunales nacionales, y puede resultar indispensable para la resolución del procedimiento, puesto que, generalmente, las autoridades nacionales que conocen del procedimiento de retorno no disponen de los elementos suficientes para apreciar *in totum* las circunstancias previstas en el citado precepto [básicamente, a efectos de la aplicación del art. 13 b)].

El Convenio de La Haya de 1980, como ha sido visto, aunque no obliga *stricto sensu* a los Estados parte del mismo a introducir en sus respectivas legislaciones procesales internas un proceso especial para esta modalidad de reclamaciones, sí ha experimentado en la práctica esta conveniente (e incluso necesaria) labor de desarrollo y adaptación interna por diferentes cauces y, actualmente, de manera global, superadas las dificultades constatadas en ciertos Estados parte, puede decirse que las reglas procesales internas de los Estados parte se adaptan, en líneas generales, a las exigencias expeditivas de la normativa convencional en este aspecto.

2º) Derecho español

La experiencia española con relación a la aplicación del procedimiento de retorno del Convenio de La Haya de 1980 ha sido, como es sabido, compleja, aparte de copiosa, teniendo presente la peculiar condición de nuestro país como Estado requerido¹⁵⁶¹. En éste sentido, en el *iter* de la aplicación interna del texto en España desde su entrada en vigor en 1989 hasta nuestros días, pueden distinguirse, básicamente, a grandes rasgos, tres etapas: una etapa de confusión, otra de adaptación, y, finalmente, la etapa actual inaugurada en 1996 con la entrada en vigor del

¹⁵⁶¹ Una selección de jurisprudencia puede verse en M. Echezarreta Ferrer, «La infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Informaciones y puntos clave para el debate», *Revista de Derecho de familia*, nº 10, 2001, pp. 238-255.

procedimiento *ad hoc* en la LEC de 1881. a) Primera etapa: coincide con los primeros años de la aplicación del Convenio en España, y viene marcada por una confusión por los tribunales nacionales, en su conjunto, en cuanto a la naturaleza del texto y los procedimientos utilizables para su aplicación¹⁵⁶². De manera generalizada, el Convenio se aplicó como si se tratara exclusivamente de un Convenio de colaboración o auxilio judicial¹⁵⁶³ o, incluso, de modo excepcional, más gravemente, llegó a aplicarse como un Convenio de *exequatur*¹⁵⁶⁴. El resultado de este proceder condujo a una incorrecta aplicación del texto, que motivó incluso una llamada de atención por parte de la Conferencia de La Haya en la Primera Comisión sobre el funcionamiento del Convenio¹⁵⁶⁵; b) Segunda etapa: se caracteriza por un acercamiento por parte de los tribunales nacionales, gracias a las aportaciones doctrinales, al funcionamiento y finalidad del texto, aunque a su vez en esta segunda etapa puedan distinguirse dos tendencias jurisprudencias claramente opuestas, reunidas por las dificultades procesales que continuaba suscitando la ausencia de un procedimiento específico para la tramitación de las solicitudes recibidas¹⁵⁶⁶. En esta segunda etapa, desafortunadamente, pesan más las decisiones jurisprudenciales caracterizadas por una pésima interpretación de los objetivos y pilares básicos del Convenio, deficiente aplicación de los excepcionales motivos de no retorno, con tintes nacionalistas y/o

¹⁵⁶² Sobre esta primera etapa, *vid.*, especialmente, A. Borrás Rodríguez, «Práctica española del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores», *La sustracción internacional de menores...*, *cit.*, pp. 81-93.

¹⁵⁶³ Entre estas resoluciones que, de modo similar, declaraban la incompetencia del TS, interpretando que a las medidas solicitadas se les debía dar el trámite de diligencias judiciales a practicar en país extranjero (arts. 300 LEC 1881 y 277 LOPJ), señalando la competencia de los Juzgados de Primera Instancia donde se hallara el menor, y dilatando el procedimiento, se incluyen, *ad. ex.*, ATS de 11 de mayo de 1989, y nota de D. P. Fernández Arroyo (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 198-206); ATS de 15 de junio de 1989 (*REDI* 1990, vol. XLII, pp. 249); ATS de 16 de junio de 1989 (*REDI* 1990, vol. XLII, pp. 250); ATS de 19 de junio de 1989 (*REDI* 1990, vol. XLII, pp. 251); ATS de 25 de julio de 1989 (*REDI* 1991, vol. XLIII, pp. 206-207); ATS de 14 de diciembre de 1989 (*REDI* 1991, vol. XLIII, p. 208).

¹⁵⁶⁴ ATS de 24 de abril de 1989, y nota de A. Borrás Rodríguez (*REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 246-249).

¹⁵⁶⁵ *Vid.*, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989...», *cit.*, conclusion III.

¹⁵⁶⁶ Sobre esta etapa, *vid.*, *ad. ex.*, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional de menores», *cit.*, pp. 520-524; G. García Cantero, «L'Application de la Convention de La Haye de 1980 sur l'Enlèvement d'Enfants, par les Tribunaux Espagnols», en N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers...*, *cit.*, pp. 685-692; A. Pascual, «Aplicación en España de los Convenios de La Haya, de 25 de octubre de 1980 y de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, con especial referencia a la autoridad central española», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 169-182.

dilataciones procesales, que conducían a arruinar la finalidad del texto¹⁵⁶⁷. Junto a esta práctica generalizada, se encuentran también, aunque numéricamente inferiores, decisiones comprometidas con el espíritu del texto, y que van abandonando prisms nacionalistas, realizando una interpretación restrictiva de los motivos de denegación del retorno¹⁵⁶⁸. Ambas tendencias jurisprudenciales, como se ha dicho, continuaban enfrentándose a serias dificultades de adaptación de los mecanismos procesales internos a las exigencias convencionales, que suscitaban problemas de aplicación, y planteaban diversas cuestiones, entre las que destacan: cuáles eran los órganos competentes para ordenar la restitución del menor¹⁵⁶⁹; dudas sobre la legitimación activa de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia¹⁵⁷⁰; preceptiva presencia del Ministerio Fiscal¹⁵⁷¹; c) Tercera etapa y etapa actual: su punto de partida se encuentra con la demandada introducción de los arts. 1901-1909 LEC de 1881, que proporcionan finalmente un cauce procesal idóneo en nuestro Derecho interno para tramitar el procedimiento convencional de retorno¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁷ El mayor error cometido por los tribunales españoles en la aplicación del texto fue su amplio recurso a los motivos de no retorno previstos en el Convenio (fundamentalmente, sobrevaloración de la opinión del menor y recurso a su interés *ex art.* 13, letra b y párrafo 4º), con el fin de denegar o dilatar el retorno del menor secuestrado en España por nacional español; motivos cuya interpretación y aplicación restrictiva constituyen, como se ha visto, uno de los cimientos del Convenio. En esta línea, se encuentran, *ad. ex.*, SAP Burgos (Sección 3ª) 24 de enero de 1991, y nota de D. P. Fernández Arroyo (*REDI* 1992, vol. XLIV, pp. 220-223); AAP Oviedo 18 de febrero de 1992 (*REDI* 1994, vol. XLVI, pp. 316-320); AAP Granada (Sección 3ª) de 9 de diciembre de 1993 (*REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 345-347); SAP Almería 27 de octubre 1993, *cit.*; AAP Zaragoza (Sección 2ª) de 28 de marzo de 1994, y nota de C. González Beilfuss (*REDI* 1995, vol. XLVII, pp. 229-232); AAP Cádiz (Sección 3ª) de 17 de mayo de 1995, y nota de M. Moya Escudero (*REDI* 1996, vol., XLVII, pp. 291-297); AAP Palencia de 1 de julio de 1997 (*RAJ* 1997, pp. 49-50). Afortunadamente, hacia una correcta interpretación del art. 13 b), *vid.*, SAP de Málaga de 7 de octubre de 1997 y nota de M. L. Trinidad García, *REDI*, vol. XLIX, 1997, 1, pp. 244-247.

¹⁵⁶⁸ *Ad. ex.*, AAP Valencia (Sección 8ª) 16 de octubre de 1993 (*REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 340-341); AAP Málaga 4 de octubre de 1993 (*REDI* 1994, vol. XLVI, pp. 339-340); AAP Zaragoza de 31 de mayo de 1996 (*RAJ* 1996, núm. 1889); AAP Vizcaya (Civil) 24 octubre de 1996 (*RAJ* 1997, núm. 251).

¹⁵⁶⁹ *Ad. ex.*, AAP Barcelona de 14 de julio de 1992, *RGD*, núm. 582, 1993, pp. 2138-2139.

¹⁵⁷⁰ *Ad. ex.*, AAP Barcelona de 14 de julio de 1992, *cit.*, pp. 2138-2139.

¹⁵⁷¹ *Ad. ex.*, AJPI (núm. 3º) de Estepona de 18 de noviembre de 1992 (*inédito*), que rechaza la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, fundándose en la autonomía del procedimiento instaurado en el Convenio.

¹⁵⁷² El procedimiento interno, en general, se adapta a las exigencias de celeridad requeridas (tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiera solicitado ante el juez la restitución del menor); se prevé una amplia legitimación activa (la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor, la autoridad central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente Convenio y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad); imperativa intervención del Ministerio Fiscal; y garantía de los principios de audiencia y contradicción. Si durante la tramitación

La reforma que, en líneas generales, se adapta a las pautas específicas marcadas por el Convenio de La Haya de 1980, y que demuestra, por primera vez, la comprensión por parte del legislador español de las exigencias derivadas del carácter marco de los Convenios de CIA¹⁵⁷³, no deja, sin embargo, de revelar algunas lagunas y generar importantes problemas en su aplicación; insuficiencias que el legislador debería de tener especialmente en cuenta con vistas a la promulgación de la futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

En primer lugar, como ya se ha comprobado, la reforma genera lagunas y graves problemas interpretativos en cuanto a su ámbito de aplicación, puesto que si bien de su art. 1901, se deduce claramente su aplicación al procedimiento de retorno previsto en el Convenio de La Haya de 1980, y su no aplicación respecto a las solicitudes de retorno provenientes de Estados no vinculados con nuestro país por un Convenio internacional específico¹⁵⁷⁴, de su letra no queda claro a que otros Convenios internacionales que forman parte de nuestro Ordenamiento jurídico y que regulan el fenómeno de la sustracción internacional de menores (o cuestiones conexas) es posible su extensión. A pesar de las discrepancias doctrinales en este concreto aspecto, como se ha verificado respecto a determinadas acciones convencionales¹⁵⁷⁵, y en tanto que el objeto del procedimiento interno se circunscribe a facilitar la restitución de los menores desplazados o retenidos ilícitamente existiendo mecanismo convencional

del procedimiento, como se ha visto, no se lograra alcanzar el retorno voluntario, y el demandado compare oponiéndose a la restitución, el procedimiento prosigue ante el mismo Juez que este conociendo del asunto, por los trámites del juicio verbal. El procedimiento termina por auto contra el que sólo cabe recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de 20 días. Si el Juez acuerda la restitución del menor, en el auto se establecerá que la persona que retuvo o trasladó al menor abone las costas del procedimiento, así como los gastos en que hubiera incurrido el solicitante, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción (sobre el mismo, *vid.*, S. Álvarez González, «Nuevas medidas relativas al retorno de menores...», *cit.*, pp. 504-506).

¹⁵⁷³ Los casos resueltos con base en el Convenio de La Haya de 1980 tras la entrada en vigor del nuevo cauce procesal, en líneas generales, son más respetuosos con el espíritu y la finalidad del texto, y aunque los plazos no logren respetarse, sin embargo se ha avanzado considerablemente en la tramitación de los procedimientos (*vid.*, algunos ejemplos, no exentos de excepciones, en E. Rodríguez Pineau, «Sustracción internacional de menores...», *cit.*, pp. 1753-1754).

¹⁵⁷⁴ El art. 1901 delimita el ámbito de aplicación del cauce procesal del siguiente modo: «*en los supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita, se procederá de acuerdo con lo previsto en esta Sección.*»

¹⁵⁷⁵ En general, sobre las discrepancias doctrinales, tanto con relación a su extensión a otros Convenios internacional, como a los supuestos en que no medie Convenio internacional, *vid.*, *amplius*, E. Rodríguez Pineau, «Sustracción internacional de menores...», *cit.*, pp. 1750-1753.

aplicable (y no otras pretensiones como pueden ser la protección del derecho de visita o el reconocimiento de una resolución relativa al derecho de custodia), este procedimiento será aplicable básicamente a tres supuestos: a) Solicitudes de retorno de menores desplazados o retenidos ilícitamente formuladas en el marco del Convenio de La Haya de 1980; b) Solicitudes de restitución inmediata del menor realizadas al amparo del art. 8 del Convenio de Luxemburgo de 1980; y c) Solicitudes de devolución de menores desplazados o retenidos ilícitamente formuladas con base en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997¹⁵⁷⁶.

En segundo lugar, aparte de las lagunas, el nuevo cauce procesal también ha tenido ocasión de poner de relieve algunos problemas en su aplicación entre los que destacan dos: la articulación del procedimiento de restitución con los distintos procedimientos que pueden llegar a entablarse en situaciones de crisis de la convivencia familiar (procedimientos de separación o divorcio de los cónyuges y/o

¹⁵⁷⁶ Las solicitudes de devolución de menores que se refieran al Convenio hispano-marroquí de 1997 se tramitarán por este procedimiento, pero aplicándose el régimen sustantivo contenido en el Convenio bilateral para estos supuestos. Este régimen, aparte de las consideraciones ya realizadas anteriormente en tono crítico con relación al concepto de desplazamiento ilícito [*vid., supra*, Cap. I, III. 1. B) a)], se completa con la enumeración de las posibles causas de denegación de la devolución, que merecen igual consideración crítica. De un lado, totalmente desafortunada, no conocida en los Convenios multilaterales sobre sustracción, y explicable únicamente desde las concesiones realizadas al Derecho marroquí, se recoge en el art. 8.2 que la autoridad requerida podrá rechazar la devolución si el menor es nacional exclusivamente del Estado requerido, y según la ley interna de dicho Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad. Obviamente, se trata de una causa de denegación que favorece de manera exclusiva a la parte marroquí en los supuestos que sea Estado requerido, teniendo en cuenta que en su sistema jurídico la patria potestad es atribuida *ex lege* al padre. No concuerda con el interés del menor y, naturalmente, nunca será aplicable cuando España sea Estado requerido, pues la patria potestad en nuestro sistema es atribuida *ex lege* a ambos padres (art. 154 C.c.), que sólo podrán ser privados de la misma por resolución judicial (art. 170 C.c.). De otro lado, el deseo convencional de asegurar una mejor protección de los menores (*vid.*, preámbulo), parece aquí completamente olvidado, cuando, como sucede en el Convenio de La Haya de 1980, debía ser la única consideración a tener en cuenta en la redacción de los posibles motivos de devolución. El Convenio hispano-marroquí específico distingue dos supuestos, según si la solicitud de devolución sea presentada en el plazo de seis meses (art. 8), o si ha pasado dicho plazo (art. 9). En el primer caso, sólo la causa prevista en el art. 8.2, junto con la criticable posible existencia de una resolución ejecutiva relativa a la custodia en el territorio del Estado requerido con anterioridad al desplazamiento (opuesta frontalmente al espíritu del Convenio de La Haya de 1980), son los dos únicos motivos que enervan la obligación de devolución inmediata. De este modo, incomprensiblemente, la existencia de un peligro físico o psíquico, o la integración del menor en su nuevo medio, son causas de no devolución que sólo pueden tomarse en consideración en el segundo supuesto (si la solicitud de devolución se ha planteado transcurrido un plazo superior a seis meses); y, es más, la posible oposición del menor como expresión de su derecho a ser oído, ni siquiera es tomada en consideración a la hora de valorar el retorno del menor en los dos supuestos (*vid.*, una severa crítica a los posibles motivos de denegación del retorno en este marco convencional, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 100; M. Moya Escudero y H. Zekri, «Nuevo régimen de asistencia judicial internacional...», *cit.*, 374).

petición de medidas provisionales), y las consecuencias de la admisión del recurso en un solo efecto.

La ausencia de una respuesta específica a la primera cuestión en los nuevos artículos de la LEC 1881, ha vuelto a dar lugar a criticables decisiones, que de nuevo infringen el espíritu y finalidad de la normativa convencional (art. 16)¹⁵⁷⁷. En este sentido, hubiera sido necesario no sólo que la LEC afirme, como ha hecho, el carácter preferente de la tramitación del procedimiento (art. 1902), sino que, como consecuencia de este principio, se hubiera hecho constar expresamente que la tramitación de un procedimiento de restitución suspende cualquier otro procedimiento que se encuentre abierto, impide la presentación de una demanda, y además deja sin efecto las medidas adoptadas hasta que se decida que no procede la restitución del menor.

Quizás el problema de más difícil resolución, se plantea, como se ha dicho, en las consecuencias de la admisión del recurso en un solo efecto frente a la decisión que otorgue la restitución. Si la apelación revoca la decisión, el requerido obtendrá una decisión de imposible ejecución (permanencia del menor), ya que se concedió la ejecución al auto revocado.¹⁵⁷⁸ De *lege ferenda*, se han propuesto tres posibles opciones al legislador español con vistas a la futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. La primera articular el proceso de restitución en una sola instancia, de manera que se elimine toda posibilidad de recurso; la segunda, mantener el sistema de doble instancia en un solo efecto; y la tercera, introducir un

¹⁵⁷⁷ Antes de la reforma, *vid.*, SAP de Almería de 27 de octubre de 1993, y nota de S. Álvarez González, (*REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 341-345); asunto que culminó siete años después de su inicio en la STS de 22 de junio de 1998. Después de la reforma, los mismos fallos han vuelto a reiterarse en el asunto resuelto por la AP de Palencia de 1 de julio de 1997 (*vid.*, *REDI*, 2000, vol. LII, pp. 203-208, y nota de G. Esteban de la Rosa). En este caso, se realiza la petición de restitución ante el JPI (nº 4) de Palencia, encontrándose pendiente un procedimiento de separación matrimonial ante el JPI (nº 2) de Palencia, y denegado el retorno por el primero, el auto es recurrido ante la Audiencia, que confirma la decisión de instancia, alegando que se privaría de eficacia a lo dispuesto en el auto que prevé las medidas provisionales, en las que se determina la custodia de la madre, y se dificultaría la ejecución de la decisión a la que se puede llegar en sentencia de separación. La actuación tanto del JPI nº 2, como de la AP, resultan de nuevos criticables, el primero por no suspender el procedimiento, y la segunda, entre otras razones, por vulnerar flagrantemente el espíritu del Convenio de La Haya (concretamente, art. 16), e invocar motivos de rechazo no previstos en el mismo.

¹⁵⁷⁸ Este problema fue ya anticipado por la doctrina tras la entrada en vigor de la reforma (*vid.*, A. Borrás, «Problemas de Derecho internacional privado...», *cit.*, p. 195).

modelo de doble instancia con recurso en ambos efectos¹⁵⁷⁹. Aunque la cuestión es compleja y delicada, la primera opción, además de ir en contra de las tendencias existentes en el Derecho comparado, elimina cualquier posibilidad de subsanación de errores; la segunda, no equilibra los derechos procesales de las partes; por lo cual, parece que la solución más adecuada pasa por la tercera vía, siempre que, sobre todo, se respete el plazo máximo de 20 días, al margen de proveerse medidas provisionales de custodia del menor hasta la resolución definitiva¹⁵⁸⁰.

c) Ejercicio de una acción *ex novo* en materia de derecho de visita

Junto a la protección básica otorgada con distinto alcance en el marco de estos Convenios al titular de un derecho de visita con base en una decisión o acuerdo, en los supuestos de infracción y sin la existencia de un desplazamiento ilícito (protección que, como se ha visto, queda reducida prácticamente tanto en el Convenio de Luxemburgo de 1980, como en el Convenio de La Haya de 1980, a facilitar vía AACC el reconocimiento y ejecución en el Estado requerido del título jurídico invocado, por los cauces ordinarios del foro), también excepcionalmente, en el marco del Convenio de Luxemburgo de 1980 y, siguiendo su pauta, en el Convenio hispano-marroquí de 1997, se prevé la posibilidad que la persona que invoque tal derecho, sin necesidad de resolución previa, pueda dirigirse a la Autoridad central del Estado requerido (generalmente, donde reside el progenitor que tiene la custodia), con objeto que dicha Autoridad, en representación del interesado, se dirija a las autoridades competentes *stricto sensu* de su Estado, solicitando que se resuelva sobre el derecho invocado.

Esta manifestación de CIA mixta a favor del progenitor que invoque un derecho de visita, se incorpora efectivamente de manera excepcional en el art. 11. 3 del

¹⁵⁷⁹ *Vid.*, sobre el alcance y posibles vías de solución al problema, E. Rodríguez Pinau, «Sustracción internacional de menores...», *cit.*, pp. 1753-1756.

¹⁵⁸⁰ Al margen de estos problemas, también han sido destacadas por la doctrina otras cuestiones que plantea el nuevo procedimiento, como *ad. ex.*, la merma que implica para la eficacia de la prueba la idea de agilización del procedimiento, o algunas dificultades de articulación de los plazos procedimentales, quizás debidas a las deficientes redacción que se aprecia en algunos de los preceptos (*vid.*, S. Álvarez González, «Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamientos ilícitos de menores: los casos difíciles», S. Álvarez González y J. R. Remacha y Quejada (Eds.), *Cooperación jurídica internacional...*, *cit.*, pp. 125-136, esp., pp. 129-130).

Convenio de Luxemburgo de 1980 y, en idénticos términos, en el art. 13. 3 c) del Convenio hispano-marroquí específico de 1997 en dos supuestos: primero, no exista resolución alguna sobre dicho derecho y, segundo, se haya denegado el reconocimiento o la ejecución del derecho de custodia. En el primero de los Convenios, el alcance de esta protección, como se ha visto, y según se desprende de su informe explicativo, va dirigido básicamente a los supuestos de desplazamiento ilícito en los que se hubiera resuelto en el Estado requerido la no devolución del menor y, por tanto, la persona a la que se hubiera concedido la custodia viviera con éste en dicho Estado; en cambio, en el Convenio bilateral, no queda claro si se refiere a las hipótesis de desplazamiento ilícito del menor, o a todos en general, ni si engloba los supuestos en que el progenitor a quién se ha atribuido la custodia vive en el Estado requerido, o también cuando reside en el Estado requirente¹⁵⁸¹.

Si bien esta posibilidad de acción *ex novo* por mediación de las respectivas Autoridades centrales debe acogerse positivamente, en cuanto una manifestación más del deseo de arbitrar distintas vías de CIA que faciliten la organización y el ejercicio efectivo del derecho de visita, coadyudando de este modo a la satisfacción del derecho del niño a mantener contactos directos regulares con ambos progenitores, sin embargo, la efectividad de esta vía, al igual que la prevista en el marco del Convenio de la Haya de 1980, no deja de ser claramente insuficiente por su vaguedad, generalidad y, sobre todo, por su unilateralidad. El único camino satisfactorio para el ejercicio adecuado de este complejo derecho, así como del derecho de relación transfronterizo del niño, discurre por el camino iniciado, como se ha visto, en el Convenio de La Haya de 1996 *ex art. 35*, es decir, una cooperación judicial desde el punto de vista de la competencia entre las autoridades del Estado que han de decidir sobre el derecho de visita y las autoridades del Estado donde dicho derecho va a ejercerse efectivamente. Esta cooperación permite también incidir directamente en el marco de la ley aplicable, posibilitando la correcta adaptación de las condiciones del ejercicio de dicho derecho, y asegura el reconocimiento de pleno derecho de la resolución adoptada en dichos términos de cooperación.¹⁵⁸² En este sentido, es sobre

¹⁵⁸¹ *Vid.*, denunciando la imprecisión del Convenio hispano-marroquí de 1997 en este aspecto, M. Moya Escudero y H. Zerki, «Nuevo régimen de asistencia judicial internacional...», *cit.*, p. 375.

¹⁵⁸² *Vid.*, *supra*, Cap. III, I. 2. C).

todo criticable que el Convenio hispano-marroquí se haya limitado en este aspecto, una vez más, simplemente a transcribir las soluciones de los Convenios multilaterales anteriores (respuestas que, por otra parte, la práctica ya había puesto de relieve su inaptitud), en vez de inspirarse en las nuevas soluciones de CIA ya existentes en el marco del Convenio de La Haya de 1996¹⁵⁸³.

d) Ejercicio de una acción *ex novo* en materia de alimentos

1º) Pautas convencionales

Esta es una de las tres posibles vías que, como es sabido, el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, *ex art.* 6, ofrece a la Institución intermediaria del Estado requerido para hacer efectivo el derecho de alimentos del acreedor que se encuentra en el Estado requirente, junto con el acuerdo extrajudicial, y el *exequátur* de la decisión extranjera. En el *iter* convencional, como ha sido apuntado, el recurso a una acción judicial con objeto de obtener el pago de los alimentos, procede una vez haya fracasado la reglamentación extrajudicial, pero siempre supeditado a las facultades que el demandante haya otorgado a la Institución intermediaria en el marco de la solicitud y del poder correspondiente. En este sentido, la Institución intermediaria debe llevar a cabo todos los actos necesarios para intentar una acción alimentaria en nombre del acreedor, con objeto de obtener una pensión por parte del deudor. El procedimiento a seguir para la apertura del proceso, la competencia del tribunal, la modalidad de procedimiento y desarrollo, así como el pronunciamiento de la decisión, serán fijados por la *lex fori*. De igual modo, la ley del Estado de la Institución intermediaria es la que determina si dicha autoridad posee legitimación activa para iniciar por ella misma el proceso o bien dicha atribución debe ser confiada a otros organismos o personas determinadas (*ad. ex*, Abogados)¹⁵⁸⁴. Respecto al derecho aplicable a la acción alimentaria desarrollada en el Estado requerido, como se verá más detenidamente en el Capítulo siguiente, el Convenio es

¹⁵⁸³ *Vid.*, en el mismo sentido, añadiendo a la solución contenida en el Convenio de La Haya de 1996, el modelo del Convenio franco-argelino relativo a los hijos de matrimonios mixtos separados de 21 de junio de 1988, como los dos posibles ejemplos que los negociadores del Convenio hispano-marroquí pudieron seguir en el sistema de protección del derecho de visita, J. A. Pérez Beviá, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997...», *cit.*, pp. 158-160.

¹⁵⁸⁴ *Vid.*, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments à l'étranger...», pp. 14-15.

absolutamente claro *ex art.* 6.3, y determina que el tribunal aplicará a la resolución de las acciones de alimentos y a toda cuestión que surja con ocasión de la misma la Ley del Estado del demandado, inclusive el DIPr. de ese Estado (es decir, la ley interna prevista por el DIPr. del Estado al que pertenece la autoridad competente)¹⁵⁸⁵. Finalmente, debe apuntarse que el Convenio, en ningún momento, exige que la acción *ex novo* deba estar fundada necesariamente en una previa decisión extranjera adoptada en el Estado de origen. En la práctica, aunque la mayoría de los Estados parte así lo interpretan, excepcionalmente, existen dos Estados, concretamente, Francia y Bélgica, que exigen la decisión extranjera¹⁵⁸⁶.

2º) Derecho español

La vía de la nueva acción, a pesar de las reiteradas críticas recibidas por nuestra doctrina, ha sido el expediente frecuentemente utilizado en nuestro país por el Ministerio Fiscal, en cuanto Institución intermediaria española, frente a las solicitudes provenientes del extranjero, en defecto de acuerdo extrajudicial con el demandado, y en detrimento del *exequátur*, independientemente que existiera o no resolución extranjera condenatoria susceptible de reconocimiento y ejecución en España¹⁵⁸⁷.

Aún reconociendo las ventajas que *a priori* la opción del *exequátur* ofrece *versus* la opción de la nueva acción, en aquellos supuestos en que exista resolución extranjera condenatoria, y que ésta sea susceptible de una validez extraterritorial efectiva en nuestro país (cuestión esta última que, como se ha visto, no siempre es factible a la luz del concreto régimen de reconocimiento al que la resolución

¹⁵⁸⁵ *Vid., infra*, Cap. IV, III. 3. B) a).

¹⁵⁸⁶ *Vid.*, sobre la práctica en este extremo, W. Duncan, «Note sur l'opportunité de reviser...», *cit.*, p. 23.

¹⁵⁸⁷ Primeros exponentes de esta práctica son, entre otras, STS de 5 de abril de 1974 y nota de J. A. Tomás Ortiz de la Torre, *REDI*, 1976, pp. 526-527; SAT Palma de Mallorca de 3 de diciembre de 1974, *ADI*, vol. III, 1976, pp. 549-550; de 12 de diciembre de 1974 (*ibid.*, pp. 556-557); Posteriormente, manteniendo la misma línea, STS 20 de diciembre de 1983, y nota de J.C. Fernández Rozas, *REDI*, 1984, vol. XXXVI, pp. 674-678; SAP Palma de Mallorca de 30 de octubre de 1984 (*RGD*, núm. 487, 1985, pp. 1186-1187, y nota de R. Arroyo Montero, *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 314-316); SAP Palma de Mallorca de 13 de marzo de 1989, *REDI*, 1989, vol. XLI, pp. 649-650; SAP de Palma de Mallorca 22 de mayo de 1990 y nota de J. A. Pérez Beviá, *REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 535-538; SAP Gran Canaria de 12 de julio de 1991, *cit.*; SAP Granada (Sec. 3ª) de 12 de febrero de 1992, *REDI*, 1992, vol. XLIV, pp. 235-236; SAP Almería de 21 abril 1993 y nota de J. Maseda Rodríguez, *REDI*, 1995, vol. XLVII, pp. 240-244; SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 22 de julio de 1995, *cit.*

extranjera quede sometida), a mi juicio, como ha sido puesto de relieve, no debe descartarse de manera rígida la opción de la acción *ex novo* a favor de la opción del *exequátur*, sino que han de ser las circunstancias fácticas y jurídicas del supuesto concreto las que, en definitiva, hayan de determinar la opción que *in casu* satisfaga más adecuadamente las pretensiones del acreedor de alimentos y, en definitiva, la realización del objetivo convencional¹⁵⁸⁸.

En esta línea de valoración de las circunstancias *in casu* a la hora de optar por una u otra vía procesal, son varios los criterios que deberían tenerse en cuenta, entre los que destacan: a) Las concretas pretensiones del solicitante, puesto que si éste desea principalmente aumentar la cuantía de la cuota alimenticia, el Ministerio Fiscal deberá acudir a la vía de la nueva acción, mientras que si desea obtener de la manera más rápida posible su derecho de alimentos, la opción del *exequátur*, *a priori*, puede resultar más eficaz; b) La agilidad del procedimiento. Se aduce tradicionalmente, como ha sido apuntado, que la vía del *exequátur* es más rápida y ágil que la iniciación de una nueva acción. Dicha afirmación, tras la entrada en vigor de la nueva LEC, de *lege lata*, no opera de manera definitiva, ya que, aparte que la agilidad del *exequátur* dependerá del concreto régimen de reconocimiento al que quede sometido la resolución extranjera (piénsese *ad. ex.*, las diferencias en términos de tiempo que puede existir entre el reconocimiento de la resolución al amparo del Reglamento 44/2001, del que conocen los Juzgados de Primera Instancia, o bajo el régimen de condiciones de nuestro Derecho interno, del que conoce el TS), después de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, las acciones de alimentos se deciden en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía¹⁵⁸⁹, *versus* el sistema anterior que se tramitaban por los lentos cauces del juicio ordinario declarativo que correspondiese según la cuantía¹⁵⁹⁰;

¹⁵⁸⁸ *Vid.*, *supra*, Cap. III, III. 4. C) c) 2º). En esta misma línea de flexibilización, *vid.*, J. Maseda Rodríguez, «Nota a la SAP de Almería de 21 de abril de 1993», *cit.*, pp. 243-244.

¹⁵⁸⁹ *Vid.*, con carácter general, art. 250. 8 LEC 1/2000. También en los supuestos en que se trate de reclamaciones de alimentos formuladas por un cónyuge contra el otro, en nombre de los hijos menores, podrá utilizarse indistintamente la vía de los procesos especiales matrimoniales y de menores (Cap. IV del Título I del Libro IV).

¹⁵⁹⁰ Antes de la reforma también se planteó la posibilidad que las reclamaciones de alimentos, realizadas al amparo del Convenio, se tramitaran por la vía del juicio especial y sumario de alimentos provisionales (arts. 1609-1617 LEC 1881), aunque la línea jurisprudencial seguida con acierto era la tramitación por los cauces del juicio declarativo ordinario que correspondiera según la cuantía (*vid.*, sobre la cuestión del cauce procesal idóneo en el sistema anterior, F. Hernández Gil, «El Convenio de Nueva York de 1956...», *cit.*, pp. 1438-1439).

c) La sencillez del procedimiento. El ejercicio de una acción *ex novo* en España, aparte de los aspectos formales¹⁵⁹¹, presenta indudablemente un importante elemento de complejidad ausente en la opción del *exequátur*, cuál es el siempre complejo proceso aplicativo del derecho extranjero. En este aspecto, el Convenio de Nueva York de 1956, como se ha comprobado es rotundamente claro *ex art. 6.3*, remitiendo al DIPr. del foro. Sin embargo, a pesar de esta clara remisión normativa, la jurisprudencia española, una vez más, haciendo gala de una clara actitud *legeforista* y nacionalista, se equivoca reiteradamente al entrar en funcionamiento el art. 6.3¹⁵⁹². En efecto, desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento jurídico, esta remisión implica que el juez español aplicará inexcusablemente el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos (que, a su vez, remite como es sabido, en primer lugar, a la ley del residencia habitual del acreedor de alimentos *ex art. 4*). No obstante, la práctica de nuestros tribunales, erróneamente, consiste en aplicar el Derecho civil español en la materia y no las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 1973¹⁵⁹³. En otras ocasiones, incurriendo en un doble error, se aplica el Derecho español, acudiendo en primer lugar al inaplicable art. 9. 7 C.c.¹⁵⁹⁴; d) Actitud de los tribunales del foro ante la vía de la nueva acción en orden a admitir las pretensiones del demandante. Efectivamente, a favor de la opción de la acción *ex novo* en la aplicación práctica del Convenio de Nueva York de 1956, la actitud de los tribunales españoles ante la nueva reclamación se erige en un argumento positivo que la avala¹⁵⁹⁵, puesto que la práctica demuestra que, a pesar de la ausencia de un verdadero reconocimiento de la resolución extranjera y de los errores llevados a cabo en el derecho aplicado a la cuestión *ex art. 6.3*, se respeta tanto el derecho a percibir

¹⁵⁹¹ Sobre las cuestiones planteadas en nuestra jurisprudencia con relación a los aspectos formales de las demandas de alimentos, así como sobre su contenido, *vid.*, F. Hernández Gil, «El Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos...», *cit.*, pp. 1439-1440.

¹⁵⁹² *Vid.*, una severa crítica en este sentido, J. Carrascosa González, «Alimentos» en A. L. Calvo Caravaca y otros, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, *cit.*, p. 196.

¹⁵⁹³ *Vid.*, en este sentido, *ad. ex.*, SAT Palma de Mallorca 3 de diciembre de 1974, *cit.*; SAT Granada de 5 de diciembre de 1978, *cit.*; SJPI Gijón 8 septiembre 1979, *cit.*; STS (Sala 1ª) de 20 de diciembre de 1983, *cit.*; SAP Las Palmas de Gran Canaria 12 de julio 1991, *cit.*

¹⁵⁹⁴ *Vid.*, *ad. ex.*, SAP Granada (Sec. 3ª) 8 de marzo 1990, *cit.*; SAP Palma de Mallorca 22 de mayo 1990, *cit.*; SAP Gran Canaria 12 de julio 1991, *cit.*

¹⁵⁹⁵ *Vid.*, en el mismo sentido, J. Maseda Rodríguez, «Nota a la SAP Almería 21 de abril 1991», *cit.*

los alimentos, como la cuantía de la deuda alimenticia¹⁵⁹⁶; resultado que, en definitiva, es tanto el fin perseguido por el interesado al accionar el mecanismo convencional, como el objetivo del Convenio utilitario en su conjunto, y con independencia de los instrumentos utilizados para su consecución. Además, como se vio anteriormente, dicho resultado no ha logrado alcanzarse en nuestro sistema en los excepcionales supuestos en que directa o indirectamente se ha acudido a la vía del *exequátur*.

En definitiva, a pesar de las críticas recibidas por nuestra doctrina a la práctica del Ministerio Fiscal de acudir a la vía de la acción *ex novo* en la aplicación en nuestro sistema del Convenio de Nueva York de 1956, en este extremo debe adoptarse una postura de flexibilización como punto de partida, y proponer un análisis individualizado de las circunstancias *in casu*, así como la toma en consideración de la actitud de los tribunales españoles ante la vía de la nueva acción, para elegir en cada caso concreto el expediente procesal que resulte más adecuado para obtener las pretensiones del solicitante.

5. Fase de ejecución stricto sensu y de CIA de naturaleza básicamente mixta

A) Ejecución de la orden de retorno en algunos supuestos conflictivos

Se ha comprobado anteriormente las importantes dificultades que en los últimos años ha experimentado el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 en los supuestos que a la autoridad competente *stricto sensu* del Estado requerido, que está conociendo de la petición de retorno, se le alega por parte de la persona que se opone al mismo (generalmente la madre) el peligro físico o psíquico que comporta para el niño dicho retorno al Estado de su residencia habitual¹⁵⁹⁷. Se trata especialmente de los supuestos en que el niño debe ser retornado a un Estado que no garantiza unas condiciones de vida adecuadas para aquél (supuestos de conflictos armados, situaciones económicas precarias, riesgo de explotaciones de menores, etc.)¹⁵⁹⁸, y de

¹⁵⁹⁶ *Vid.*, en este sentido, SAP de Las Palmas de Gran Canaria 12 de julio de 1991, *cit.*; SAP Almería de 21 de abril de 1993, *cit.*; SAP de Santa Cruz de Tenerife 22 julio 1995, *cit.*

¹⁵⁹⁷ *Vid.*, *supra*, Cap. III, III. 4. D) b) 1º).

¹⁵⁹⁸ Los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, teniendo en cuenta sus condiciones políticas y económicas estables, realmente no tuvieron presente tales supuestos, que sin embargo son manifiestamente cubiertos por el texto *ex art.* 13. 1b) (*vid.*, destacando de nuevo el rigor que caracteriza

aquellos otros en que son alegados los riesgos que comporta para el menor las pésimas condiciones de vida que le ofrece el titular del derecho de custodia presuntamente infringido (posibles malos tratos, violencia sexual, alcoholismo por parte de dicho progenitor etc.). En tales supuestos, el espíritu del Convenio, obliga a la autoridad requerida, como se ha visto, excepto en los supuestos en que el riesgo alegado sea característico y quede suficientemente probado, a interpretar restrictivamente el art. 13 b), y ordenar el retorno del menor, confiando en el buen criterio de la autoridad del Estado que debe resolver definitivamente sobre los derechos de custodia y de visita.

Esta cierta rigurosidad que el Convenio ha demostrado con el paso del tiempo en su aplicación ha procurado, no obstante, ser corregida acudiéndose a diferentes expedientes que de una u otra forma garanticen tanto la restitución del menor sin peligro como su protección íntegra en la situación de post-retorno, y hasta que se decida definitivamente sobre su custodia. Entre otros, los instrumentos propuestos y/o arbitrados para colmar esta especie de laguna convencional han sido los siguientes: 1º) Acudir a los propios recursos del sistema convencional, incidiendo en esta fase en un reforzamiento de una CIA administrativa articulada por la vía de las AACC, especialmente *ex art. 7h*), de modo que se garantice el retorno del menor sin peligro, y la protección de éste, así como, en su caso, del progenitor secuestrador, hasta que en su caso se ejerza la competencia del tribunal apropiado para resolver sobre la custodia del menor¹⁵⁹⁹; 2º) Acudir a «*engagement*» o «*undertakings*», acuerdos convenidos

al Convenio con relación a este aspecto concreto, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 165).

¹⁵⁹⁹ Esta cuestión fue discutida especialmente durante la tercera Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio. La síntesis de esta discusión, realizada por la Oficina Permanente, fue la siguiente: 1º) En los límites fijados por los poderes de sus AACC y por los sistemas de protección jurídica y social de su país, los Estados contratantes reconocen que las AACC tienen una obligación, establecida por el art. 7 h), de asegurar que los órganos de protección de la infancia pertinentes hayan sido prevenidos y puedan actuar para proteger el bienestar del menor desde el momento de su retorno hasta que, en su caso, la competencia del tribunal pertinente haya sido efectivamente ejercida; 2º) Se reconoce que en la mayor parte de los supuestos el interés superior del menor exige que los dos progenitores puedan participar y ser oídos en el curso del procedimiento sobre la custodia. En consecuencia, las AACC deberían cooperar lo máximo posible para suministrar informaciones sobre la asistencia social y financiera y sobre todos los mecanismos de protección que existan en el Estado requerido y para facilitar el contacto con esos organismos de protección cuando sea necesario; 3º) Las medidas que pueden ser adoptadas para cumplir las obligaciones previstas *ex art. 7 h*) pueden consistir principalmente en las siguientes: a) prevenir del retorno de un menor potencialmente en peligro a los órganos de protección de la infancia o a las autoridades judiciales apropiadas en el Estado requirente; b) Informar al Estado requerido, si así se ha solicitado, sobre las medidas y los organismos de protección de la infancia susceptibles de intervenir en el Estado requirente con el objetivo de asegurar la seguridad

entre las partes al margen del Convenio, y que se incorporan por el juez del Estado requerido a la orden de retorno, regulando aspectos relativos a la acogida que será reservada al menor en el Estado al que debe ser retornado. Mediante esta práctica habitual en los Estados anglosajones, en particular en Inglaterra, Estados Unidos y Australia, el juez del Estado requerido autoriza el retorno del menor, pero sometido a ciertos compromisos por parte del progenitor «custodiador», que aseguran, principalmente de este último, el bienestar físico y psicológico del menor, así como ciertos derechos del otro progenitor en el Estado requirente¹⁶⁰⁰. Si bien estos acuerdos vienen coayudando a favorecer la aplicación restrictiva del art. 13b), y asegurar el retorno del menor al Estado requirente en los términos previstos por el Convenio, sin embargo, el problema que principalmente plantean en su aplicación es su estatuto jurídico y consecuente alcance, pues si bien es cierto que la autoridad requerida puede fijar unilateralmente estas condiciones, es igualmente cierto que *stricto sensu* no gozan de eficacia alguna en el Estado al que el menor es retornado, por lo que en supuestos de violación, la forma de exigir su cumplimiento en dicho Estado es bastante incierta¹⁶⁰¹. c) De *lege ferenda*, y a la vista de estos mecanismos arbitrados por la práctica tanto dentro como al margen del Convenio para colmar esta especial dificultad en la actual aplicación del texto, parece que el camino al que se dirige la

del retorno del menor; c) suministrar al Estado requerido un informe sobre el bienestar del menor; d) fomentar la aplicación del art. 21 del Convenio con objeto de asegurar un ejercicio efectivo del derecho de visita (*vid.*, «Rapport de la troisième réunion...», *cit.*, Anexo III).

¹⁶⁰⁰ La forma y contenido de estos acuerdos es muy diversa entre la jurisprudencia que hace uso de los mismos. Así, en ocasiones son propuestos espontáneamente por las partes, y en otras requeridos por la autoridad que conoce del retorno. Se puede convenir *ad. ex.*, que el menor sea colocado en su familia próxima y no bajo los cuidados directos del padre requirente, con objeto de no confrontarlo al alcoholismo o a la violencia; o que el menor sea acompañado por su madre y que puedan vivir juntos en un marco de seguridad (sobre éstos, *vid.*, *amplius*, P. Beaumont y P. McEleavy, *The Hague Convention...*, *cit.*, pp. 156-172).

¹⁶⁰¹ *Vid.*, planteando ampliamente la cuestión de la sanción en caso de violación de las condiciones, *ad. ex.*, Corte Suprema de Canadá, 26 enero 1994, *Thompson v. Thompson* y nota de H. Muir-Watt, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, p. 342-356. Algunos autores han sugerido para superar esta cuestión que el Convenio sea revisado con objeto de insertar disposiciones sobre el reconocimiento internacional de tales *undertakings*, otros, por el contrario, estiman que el establecimiento de estas condiciones corresponde al tribunal del Estado de la residencia habitual del menor, sin perjuicio de las medidas de seguridad que puedan ser adoptadas por el juez del lugar donde se encuentra el menor; en una posición intermedia, han sido acogidos satisfactoriamente la práctica de los Estados Unidos del *safe harbor order*, por la cual la parte que invoca el retorno toma la iniciativa previa de comprometerse a las condiciones de retorno ante el juez del Estado de la residencia habitual del menor, garantizándose así que dicha autoridad sí asegurará su cumplimiento (*vid.*, algunas notas jurisprudenciales y doctrinales al respecto en M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de La Haye sur les aspects civils...», *cit.*, pp. 34-35).

resolución de este problema se encuentra, una vez más, hacia una codecisión entre las autoridades del Estado requerido que deben resolver sobre el retorno y las autoridades del Estado al que el menor haya de ser retornado. En esta codecisión deberá reflejarse un acuerdo mutuo entre autoridades sobre la forma en que el retorno debe ser organizado, así como sobre la situación del menor con posterioridad al mismo, garantizándose también el derecho del progenitor secuestrador a intervenir en el proceso que, en su caso, se ventile ante las autoridades competentes para resolver definitivamente sobre la custodia del menor¹⁶⁰².

B) Ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones alimenticias

En el marco de la facilitación de los créditos alimentarios en el extranjero puede decirse que el Convenio de Nueva York de 1956 en su planteamiento resulta pragmáticamente correcto, puesto que aunque para un acreedor que desea obtener el pago de su crédito alimentario de un deudor que se encuentra en otro Estado distinto, la respuesta más sencilla y eficaz sea obtener una resolución estimatoria en su Estado, y ejecutarla en el Estado donde reside el deudor, en aquellos supuestos en que el *exequatur* no resulte posible o resulte improcedente, debe arbitrarse un sistema de CIA que posibilite la obtención de una resolución de alimentos en el Estado donde reside el deudor; opción no ideal, pero más satisfactoria para el acreedor que la insuficiencia de un sistema incapaz de garantizar la eficacia extraterritorial de las decisiones entre Estados, sin alternativa jurídica alguna. Sin embargo, tanto la vía ideal como la subsidiaria no logran garantizar íntegramente las pretensiones del acreedor alimenticio, puesto que una vez obtenida en el Estado requerido (Estado de la residencia habitual del deudor) la resolución estimatoria, bien sea por reconocimiento de otra extranjera anterior o bien *ex novo*, el acreedor se enfrenta a un nuevo problema, cual es ver satisfecha de manera efectiva y periódica su pensión alimentaria en el Estado de su residencia habitual.

El Convenio de Nueva York de 1956, una vez más, resulta insuficiente en la protección otorgada al acreedor en esta última y decisiva fase del proceso relativa a la

¹⁶⁰² *Vid.*, poniendo de relieve esta tendencia, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 167.

ejecución *stricto sensu* en el Estado requerido de la resolución condenatoria nacional o *exequaturizada*; ausente de disposiciones de cooperación administrativa que faciliten tanto la ejecución voluntaria de la resolución, sin necesidad que el acreedor deba soportar gastos que impidan la satisfacción íntegra de su derecho, como la ejecución forzosa en los supuestos en que el deudor no pague o deje de pagar al acreedor la pensión debida.

A *sensu contrario*, el Convenio de Roma de 1990, mucho más comprometido con las dimensiones actuales del problema y los mecanismos de CIA disponibles, incide acertadamente en estas cuestiones relativas a la ejecución *stricto sensu*, extendiendo la CIA administrativa más allá de la simple facilitación por las AACC del *exequátur* de la resolución alimenticia en el Estado requerido. Esta protección queda diseñada, al margen de incorporar el intercambio de informaciones, en un doble sentido.

En primer lugar, *ex art. 3.2 IV*, el Convenio de Roma incide en el problema de las transferencias de las pensiones alimentarias al acreedor, imponiendo a las AACC de los Estados implicados la obligación de adoptar o hacer adoptar todas las medidas útiles y adecuadas para facilitar dichas transferencias al acreedor o al organismo público subrogado. La prioridad en materia de transferencias de fondos al extranjero destinados al pago de alimentos fue ya asumida, como ha sido visto, por los Estados parte del Convenio de Nueva York de 1956. La experiencia en la aplicación del texto ha puesto de relieve, sin embargo, que las autoridades estatales no aceptan responsabilidad alguna en lo que concierne a la transferencia o recepción de las pensiones alimenticias, y que habitualmente es el acreedor el que soporta el coste. Debe insistirse, por tanto, en la necesidad de adoptar todos los métodos adecuados susceptibles de reducir los gastos, creando, especialmente, un marco administrativo idóneo entre AACC dirigido a este objetivo, y que puede consistir *ad. ex.*, en sistemas bilaterales de compensación entre autoridades o en la apertura de cuentas bancarias en el extranjero por las respectivas Autoridades centrales¹⁶⁰³.

¹⁶⁰³ Existen algunos Estados (*ad. ex.*, República Checa), en los que se han introducido disposiciones específicas, en virtud de las cuales el deudor paga el montante de los alimentos en dicho Estado a la cuenta bancaria de su respectiva autoridad administrativa competente, y ésta soporta los gastos de la

En segundo lugar, el Convenio europeo específico afronta también el problema del posible incumplimiento voluntario por el deudor de lo ordenado por la resolución ya reconocida y ejecutoria en el Estado requerido (problema clave para el cobro efectivo de la pensión alimenticia por el acreedor, entre otras razones, por la naturaleza esencialmente periódica de esta obligación). En este sentido, en los supuestos de incumplimiento, se atribuye a las respectivas AACC *ex art. 3.2. V*, la obligación de velar por que se utilicen los medios coercitivos apropiados previstos en el Estado requerido que sean aplicables y que permitan cobrar dichas cantidades. Debe interpretarse que los procedimientos de ejecución serán iniciados automáticamente, sin necesidad de comunicación previa al acreedor, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto¹⁶⁰⁴, e insistiendo, fundamentalmente, en la necesaria colaboración de todas las autoridades estatales, cuya intervención pueda coadyudar a lograr el cobro de las cantidades debidas.

transferencia al extranjero, que son inferiores a los que debería soportar el particular. Existen otros métodos, como es el proyecto piloto que se está llevando a cabo en Michigan, en virtud del cual la institución extranjera abre una cuenta bancaria en Michigan, las pensiones alimenticias son pagadas a dicha cuenta, y la institución extranjera retira los fondos en moneda local desde su Estado, reduciendo así los gastos al mínimo (sobre la relevancia de incidir en una CIA administrativa en esta cuestión, y distintos métodos susceptibles de reducir los gastos, *vid.*, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale...1999», *cit.*, párrs. 31-32).

¹⁶⁰⁴ *Ad. ex.*, puede haber casos en que el deudor haya dejado de satisfacer el pago por causas que no le sean imputables, y no resultaría apropiado ni útil iniciar el procedimiento de ejecución *stricto sensu* (*vid.*, esta apreciación respecto al Convenio de Roma de 1990, J. Martin y C. O. Huigin, «Report on the Convention», *cit.*, pp. 22-23).

CAPITULO IV: ALCANCE DE LA CIA

I. Posición de la CIA

Una vez analizados los principios articuladores de estos peculiares Convenios de DIPr., las autoridades encargadas de la ejecución de los procedimientos de CIA arbitrados en los mismos, y el contenido de dichos procedimientos, poniendo de relieve los principales problemas que suscitan estos Convenios marco en su aplicación, la principal cuestión que estos Convenios continúan planteando desde una perspectiva internacionalprivatista radica en determinar cuál es realmente su alcance en el conjunto del sistema, o en otros términos, tal como se planteó al principio de este trabajo, cual es su posición respecto a los sectores tradicionales del DIPr. ¿Se trata de un nuevo sector del DIPr.?, ¿puede encajarse concretamente en algunos de ellos?, ¿se está en presencia de una técnica puesta al servicio de cada uno de ellos?.

La cuestión es compleja, aunque desde luego su calificación como nuevo sector del DIPr., hoy por hoy, a mi juicio, *a priori* creo que es demasiado arriesgada. En efecto, y partiendo de la concepción tripartita del DIPr., la CIA adolece todavía de la falta de autonomía y de uniformidad de la que gozan el resto de los sectores del DIPr., tanto con relación a las cuestiones que regula, como respecto a las técnicas de resolución, como con relación a la finalidad a la que se dirige. La CIA no es una cuestión cuya resolución se presente como requisito inexcusable para alcanzar una disciplina jurídica global de las situaciones privadas internacionales, puesto que, entre otras razones, si ello fuera así, la CIA debería operar en la reglamentación de todas las situaciones privadas internacionales, y no sólo respecto a alguna de ellas. A mi juicio, se está más bien en presencia de una técnica, de un expediente o de un método de reglamentación del DIPr., en tanto que este sector del Ordenamiento jurídico no sólo debe aspirar a ofrecer una reglamentación global y unitaria de las situaciones privadas internacionales, sino también debe garantizar una reglamentación que satisfaga de manera eficaz los derechos e intereses de los particulares implicados, y existen determinadas situaciones privadas internacionales, presididas por las ideas de

protección estatal de determinadas categorías de personas, necesidad de urgencia y celeridad en su reglamentación, que reclaman la CIA.

Partiendo de la consideración de la CIA como técnica o expediente¹⁶⁰⁵, son muchas las cuestiones susceptibles de plantearse en torno a su posición o alcance. *Ad. ex*, ¿se trata de una técnica o método que opera para dar respuesta a las cuestiones clásicas (competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento o ejecución de resoluciones extranjeras)? o ¿se trata de una técnica que ofrece respuestas a otras cuestiones distintas susceptibles de plantear la situación privada internacional considerada? o, en otros términos ¿se trata de una técnica que opera al servicio de cada uno de los sectores del DIPr. u opera con cierta independencia? Si opera al servicio del resto de los sectores del DIPr., la cuestión que principalmente se suscita, y que se ha procurado poner de relieve a lo largo de este trabajo, es la posición o alcance de la CIA en relación con los expedientes o métodos tradicionales de resolución de cada uno de los sectores considerados: ¿se trata de una relación de coexistencia, de desplazamiento de protagonismos, o tal vez de sustitución?. Si por el contrario, la CIA opera resolviendo cuestiones independientes a los problemas planteados por los sectores clásicos del DIPr., ¿podría estarse entonces en presencia de la concurrencia de un presupuesto para el surgimiento de un nuevo sector del DIPr?. ¿Cuál es su posición respecto a aquéllos?

En las páginas que siguen no se tratará de resolver todas las cuestiones que suscita el anclaje de la CIA en el conjunto del DIPr., ni todas las relaciones susceptibles de observarse entre los sectores clásicos del DIPr. y la CIA, objetivo que requeriría otro estudio específico, sino de analizar, partiendo de la consideración de la CIA como técnica o expediente, si ésta opera en la reglamentación convencional de la protección del menor como técnica de resolución al servicio de los sectores clásicos o de manera independiente, y en que medida la CIA desplaza o sustituye la importancia de las cuestiones clásicas y de sus métodos tradicionales de reglamentación. Para ello se ofrecerá un acercamiento a la respuesta que ofrecen estos Convenios a las cuestiones clásicas de DIPr., y se analizará la incidencia de la CIA en dichas

¹⁶⁰⁵ Esta es la posición también adoptada en nuestra doctrina por R. Arenas, «Relaciones entre reconocimiento y cooperación internacional de autoridades», *cit.*, p. 258.

soluciones. Dada la falta de uniformidad que como se ha puesto de relieve caracteriza al conjunto de Convenios de CIA que se vienen analizando, resulta imprescindible separar las tres modalidades de categorías de Convenios que se han distinguido en este trabajo.

II. Sector de la competencia internacional de autoridades

1. Convenios de conflicto de autoridades: hacia la CIA judicial en clave de codecisión

A) Convenio de La Haya de 1961: repuesta en complejos términos de reparto

El Convenio de La Haya de 1961 se desenvuelve, básicamente, en el marco de las soluciones clásicas del sector de la competencia internacional de autoridades, incorporando normas reguladoras de competencia, que reparten la competencia judicial internacional entre las autoridades competentes *stricto sensu* de los Estados parte. Estas normas de competencia, como es sabido, fruto del momento histórico y de los objetivos utilitaristas y conciliadores de sus redactores, reflejan el resultado final de una difícil labor de transacción o compromiso entre los principios de la nacionalidad y de la residencia habitual del menor; obra que se articula a través de la técnica del principio y la excepción¹⁶⁰⁶. Se reconoce en primer lugar, por razones principales de proximidad, la competencia prioritaria de las autoridades de la residencia habitual del menor para adoptar medidas encaminadas a proteger su persona o bienes (art. 1); salvo que la ley nacional del menor no prevea la existencia de una relación *ex lege* (art. 3); no obstante, la competencia general de las autoridades de la residencia habitual tampoco tendrá lugar cuando las autoridades de las que es nacional el menor, después de haber notificado a aquéllas, consideren oportuno en interés del menor, adoptar ciertas medidas de protección (art. 4); sin embargo, la competencia de las autoridades del Estado del que es nacional el menor, cederá en

¹⁶⁰⁶ *Vid., supra*, Cap. I, I. 3. B) a).

cualquier caso a favor de las de la residencia, en los supuestos en que la persona del menor o sus bienes sean amenazados por un peligro serio (art. 8)¹⁶⁰⁷.

El resultado conciliador final entre las conexiones de la residencia habitual y de la nacionalidad realizado por el Convenio de 1961 en sede de competencia, como se desprende fácilmente de esta breve exposición, no quedó delimitado de modo demasiado claro en la letra del texto. Doctrinalmente, como se apuntó, no existe unanimidad entre los comentaristas del Convenio sobre si el resultado convencional final fue la preeminencia del criterio de la residencia habitual del menor¹⁶⁰⁸ o, si a través de esta extraña articulación de normas de competencia, se logró justamente lo contrario, es decir, la supremacía de las autoridades del Estado del que es nacional el menor¹⁶⁰⁹. En la práctica, el funcionamiento del texto ha puesto de relieve las enormes dificultades de la aplicación de esta oscura fórmula transaccional entre residencia habitual *versus* nacionalidad, y que se han manifestado fundamentalmente en torno a las siguientes cuestiones¹⁶¹⁰: 1º) Supuestos de conflictos de competencias entre las autoridades de la residencia habitual del menor y las de su nacionalidad; 2º) La discutida naturaleza del art. 3 («*en todos los Estados contratantes se reconocerá una relación de autoridad resultante de pleno derecho de la ley interna del Estado del que es nacional el menor*») y, sobre todo, su controvertido alcance en cuanto límite a la competencia de las autoridades de la residencia habitual del menor¹⁶¹¹; 3º) Conflictos

¹⁶⁰⁷ Al margen del foro de urgencia como competencia parcial *ex art. 9* (sobre su alcance, *vid.*, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 122-126).

¹⁶⁰⁸ *Vid.*, esta interpretación *ex art. 8, ad. ex.*, M. Simón-Depitre, «La protection des mineurs...», *cit.*, pp. 124-125; D. Alexandre, «Nota sobre la decisión de La *Cour d'appel* de París de 27 de mayo de 1987», *cit.*, p. 343; M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 82.

¹⁶⁰⁹ A favor de esta conclusión *ex art. 4 in fine, ad. ex.*, Y. Lequette, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, pp. 72-73.

¹⁶¹⁰ *Vid.*, una clara exposición de éstos, P. Lagarde, resección a la obra de S. Boelck, *Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigen-schutzabkommen vom 1961*, 1994, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 230-232; M. L. Niboyet, «Capacité», *cit.*, pp. 17-18.

¹⁶¹¹ El art. 3 es sin duda el precepto más controvertido del Convenio y representante por excelencia del citado compromiso entre la conexión de la residencia habitual y la conexión de la nacionalidad. Su formulación deja abierta muchas dudas cuya interpretación ha dividido a la doctrina y jurisprudencia: 1º) Naturaleza de la norma: ¿se trata de una norma de conflicto o simplemente, como se desprende de su texto, una regla de reconocimiento?. Conforme a la primera interpretación, el precepto debería observarse siempre para cualquier actuación, independientemente de la adopción de una medida de protección concreta; conforme a la segunda, el precepto sólo se aplica si la autoridad que resulta competente se dispone a adoptar una medida de protección específica (*ad. ex. acogimiento*), para lo cual, ésta deberá verificar conforme a la ley nacional del menor si existe una relación *ex lege*, y en caso afirmativo, reconocerla y examinar si la medida de protección prevista puede o no adaptarse al contenido de aquélla; 2º) Alcance o incidencia de la norma respecto a la competencia de las autoridades

positivos de competencias de autoridades en los frecuentes supuestos de menores de doble nacionalidad, en los que las autoridades de cada uno de los Estados de los que el menor posee la nacionalidad reivindica la competencia de sus autoridades, en razón del principio de la primacía de la ley del foro, conllevando esta situación a una parálisis del Convenio¹⁶¹².

Aunque en teoría parece que la articulación convencional entre los foros de la residencia habitual del menor y la nacionalidad del menor fue diseñada en sus orígenes como una relación de prioridad (residencia habitual) y subsidiaridad (nacionalidad)¹⁶¹³, los comentaristas del texto, y la jurisprudencia en su mayoría, no lo han interpretado de este modo, y estos criterios en la práctica han pasado a intervenir

de la residencia habitual. En este punto, tres teorías han sido defendidas por la doctrina: a) teoría del límite: la competencia de las autoridades de la residencia habitual quedaría sólo limitada a los supuestos de peligro serio para la persona del menor o de sus bienes, o situaciones de urgencia (arts. 8 y 9). Fuera de estos casos, la existencia de una relación *ex lege*, impediría a las autoridades de la residencia habitual intervenir; b) teoría del Derecho nacional: cuando exista una relación *ex lege*, las autoridades de la residencia habitual del menor sólo podrán intervenir si lo permite el Derecho nacional que le ha dado origen; c) teoría del reconocimiento: las autoridades de la residencia habitual del menor pueden intervenir en todos los supuestos que exista una relación *ex lege*, siempre que sea necesario, y no ignoren su existencia. De estas tres teorías, la interpretación seguida por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia más reciente es cercana a la tercera, entendiendo que las autoridades de la residencia habitual del menor deben reconocer (en el sentido de respetar) la existencia de una relación de autoridad, no pudiendo modificarla, suprimirla ni reemplazarla, más que si la necesidad de protección del niño exige la constitución de medidas de protección de conformidad con la ley interna de la autoridad de la residencia habitual (*vid.*, sobre el precepto, *inter alia*, A. E. von Overbeck, «La reconnaissance des rapports d'autorité *ex lege* selon la Convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Mélanges en l'honneur de Henri Descheneaux, publiés à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire par la Faculté de Droit et des Sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg*, 1977, Suiza, pp. 447-467; G. A. L. Droz, «La protection des mineurs...», *cit.*, pp. 611-618; P. Lagarde, rescensión a la obra de S. Boelck, *Reformüberlegungen...*, *cit.*, pp. 230-232; en nuestra doctrina, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 98-101, y jurisprudencia allí comentada).

¹⁶¹² El problema se ha presentado en la jurisprudencia francesa desde la primera aplicación del Convenio (*vid.*, sentencia del Tribunal de *Grande Instance* de Nanterre (Ch. du cons.) de 24 de marzo de 1976 y nota de Y. Lequette, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, pp. 345-353); posteriormente, sentencia de la *Cour de Cassation* (1 Ch. Civ.) de 16 de diciembre de 1986, y nota de P. Lagarde, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 401-414. Sobre el problema, *vid.*, P. Lagarde, «La protection du mineur double national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961», *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, 1989, pp. 529-542. La solución defendida por la mayoría de la doctrina pasa por resolver el conflicto de nacionalidades a favor de la nacionalidad efectiva (*vid.*, *ad. ex.*, en Francia, P. Lagarde, «Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités, à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1987», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, pp. 30-54; en Alemania, S. Boelck, *Reformüberlegungen...*, *cit.* por P. Lagarde, rescensión a la obra, *cit.*, p. 231).

¹⁶¹³ En la que la intervención de las autoridades de la nacionalidad no era incluso obligatoria, sólo posible (*vid.*, W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 80). Resaltando este carácter excepcional puede verse en la jurisprudencia comparada, *ad. ex.*, decisión del AG de Tubinga de 5 de octubre de 1990; decisión del OLG de Hamburgo de 16 de mayo de 1991 (citada en G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 103, nota 67).

de manera concurrente. En realidad, las autoridades de la residencia habitual del menor se resistían a aceptar la protección a distancia ejercida por las autoridades del Estado de la nacionalidad del menor, y para procurar conservar su competencia *ex art. 8*, evitando la de aquéllas, tendían a interpretar ampliamente su título de intervención, esto es, «peligro serio del menor»¹⁶¹⁴. Este resultado de concurrencia de foros, posible origen de decisiones inconciliables o contradictorias entre sí, y totalmente contraria a los objetivos del Convenio, originó en su aplicación, numerosos supuestos de conflictos de competencia (conflictos positivos o conflictos negativos), cuyas consecuencias se vieron agravadas en la práctica por la ausencia en el Convenio de una norma específica que los resolviera.

En esta línea, algunos autores denunciaron la falta de la incorporación en el texto de normas de competencia específicas (concretamente, normas de aplicación), y especialmente la ausencia de una regla en el texto que admitiera la litispendencia internacional¹⁶¹⁵. Dicha laguna convencional, con independencia de la mayor o menor oportunidad de su incorporación, se justifica simplemente, a mi juicio, por el hecho que la introducción de esta regla de aplicación sólo resulta necesaria cuando los foros de competencia se articulan de manera concurrente, y éste presupuesto, como acaba de verse, no se encontraba en el espíritu del Convenio de La Haya de 1961. Esta situación, que conllevó a la parálisis del Convenio, producida *extremis* en los supuestos de doble nacionalidad¹⁶¹⁶, motivó que en los trabajos de revisión del texto, la articulación competencial entre las autoridades de la residencia habitual y las de la nacionalidad se erigiese en el punto neurálgico de sus debates.

¹⁶¹⁴ *Vid.*, P. Lagarde, «La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs», *cit.*, p. 219.

¹⁶¹⁵ *Vid., ad. ex.*, A. Bonomi, «La Convenzione dell'Aja...», *cit.*, p. 653.

¹⁶¹⁶ El problema se planteaba irresoluble en los supuestos de conflicto de competencias en los que uno de los Estados de la nacionalidad del menor coincidía, además, con el lugar de la residencia habitual del menor. En estos casos la presunción de competencia de las autoridades de la residencia habitual se reforzaba frente a las que sólo poseían como título de intervención la nacionalidad del menor.

B) Convenio de La Haya de 1996: respuesta en clave de CIA judicial

a) Soluciones barajadas durante los trabajos preparatorios en clave tradicional

La primacía de las autoridades de la residencia habitual del menor era indiscutible, como se ha visto, para los redactores del Convenio de La Haya de 1996, aunque ineludiblemente, tratándose de protección de menores, no cabía sostener un foro de carácter exclusivo, puesto que la necesidad de protección que puede requerir el menor *in casu* puede exigir la intervención de otras autoridades distintas. El método tradicional para articular la intervención de distintas autoridades pasaba por aceptar la concurrencia de foros y definir un orden de prelación entre ellos, con objeto de evitar decisiones contradictorias e inconciliables. Entre las propuestas barajadas en los trabajos preparatorios del Convenio se hallaban principalmente dos métodos tradicionales: de un lado, fijar la competencia prioritaria de las autoridades de la residencia habitual y la competencia subsidiaria de las autoridades de la nacionalidad; y, de otro, incorporar una regla específica de competencia que admitiera la litispendencia internacional¹⁶¹⁷.

La dificultad de la primera de las opciones consistió en definir el criterio que hiciera cesar la competencia de las autoridades de la residencia habitual, iniciándose la competencia de las de la nacionalidad¹⁶¹⁸. Se propuso esencialmente permitir la intervención de las autoridades de la nacionalidad, en un caso concreto, cuando las de la residencia habitual no interviniesen o no lo hicieran transcurrido un plazo de tiempo. Sin embargo, dicha opción fue rechazada, puesto que se consideraría que no

¹⁶¹⁷ También se había propuesto anteriormente incorporar una cláusula similar a la prevista en el art. 7.2 del Convenio franco-portugués de 20 de julio de 1983 relativo a la protección de menores que reconoce en todo caso, la competencia prioritaria de las autoridades de la residencia habitual, incluso cuando las autoridades de la nacionalidad hubieran intervenido anteriormente en el tiempo. Textualmente, dice así: «cuando las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor son elegidas y ejercen su competencia en virtud del párrafo precedente, las autoridades del otro Estado, incluso si ya han sido elegidas, no hacen uso, con respecto a ese menor, de la facultad que les concede el párrafo 1º del art. 4 del Convenio de La Haya de 1961». Sin embargo, esta opción no triunfó en los trabajos de elaboración del Convenio, acertadamente, a mi juicio, puesto que no parece que sea aceptado que sean siempre las autoridades de la residencia habitual del menor *versus* las de la nacionalidad las que se que se encuentren en mejor situación para apreciar el interés del menor.

¹⁶¹⁸ Esta opción fue ya propuesta por algunos autores (*vid. ad. ex.*, S. Boelck, *Reformüberlegungen...*, cit. en P. Lagarde, resección a la obra, p. 231). Sobre los argumentos sostenidos a favor y en contra de la adopción de la nacionalidad como foro subsidiario, en los trabajos preparatorios de la Comisión especial encargada de la modificación del Convenio de 1961, *vid.*, *Conclusions de la première réunion de la commission spéciale sur la protection des mineurs et des incapables majeurs. Document préliminaire No 4 d'octubre 1994. Rapport de séance No 20*, pp. 2-3.

aseguraba con certeza la posición adoptada por la autoridad de la residencia habitual¹⁶¹⁹. El simple criterio de la subsidiaridad del foro de la nacionalidad resulta además, inapropiado, a mi juicio, por dos razones: de un lado, porque si para la intervención de las autoridades de la nacionalidad hay que esperar a la inacción de las autoridades de la residencia habitual, dicha inactividad puede ir en muchas ocasiones en contra del interés del menor, que puede requerir una intervención inmediata; de otro, porque este criterio *per se* sólo define la relación entre el foro de la residencia habitual y el de la nacionalidad, dejando a un lado la posible intervención de otras autoridades distintas. Esta situación fácilmente podría desembocar de nuevo en conflictos de competencia.

Existía también la alternativa de aceptar la concurrencia de foros y admitir la litispendencia internacional, aunque dicha opción no prosperó en los trabajos preparatorios del nuevo Convenio. Aunque algunos autores han justificado su rechazo en el argumento que no resulta apropiada tal norma de aplicación en materia de protección de menores, donde las autoridades pueden intervenir de oficio¹⁶²⁰; fundamentalmente, a mi juicio, la litispendencia internacional no debe admitirse con carácter general en materia de protección de menores porque el mero criterio cronológico o temporal para definir el orden de intervención de distintas autoridades implicadas resulta inadecuado en esta materia, en la que el único criterio que debe prosperar es el criterio material del interés del menor, ya que no siempre la autoridad elegida en primer lugar será la mejor situada para atender a su protección¹⁶²¹.

En conclusión, no era posible encontrar ningún criterio aceptable entre las tradicionales normas de competencia judicial internacional (normas de aplicación o de regulación) para el reparto o distribución de competencias entre las autoridades competentes *stricto sensu* de los Estados parte. El único camino que realmente parecía satisfacer todas las necesidades del interés del menor en este aspecto parecía pasar por incorporar procedimientos de CIA entre las autoridades competentes *stricto sensu* de los Estados parte que se vieran implicados *in casu*. Esta solución, como se ha comprobado en el capítulo anterior, ha sido finalmente la adoptada por el nuevo

¹⁶¹⁹ *Vid.*, A. Bucher, «La revisión...», *cit.* pp. 44-45; *id.*, «La Dix-huitième session...», *cit.*, p. 82.

¹⁶²⁰ *Vid.*, en este sentido, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 153.

¹⁶²¹ *Vid.*, en el mismo sentido, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 159.

Convenio de La Haya de 1996 mediante los procedimientos de transferencias de competencias¹⁶²².

b) Solución adoptada en clave de CIA judicial codecisional

El Convenio de La Haya de 1996, como ha sido comprobado, rompe novedosamente con los esquemas clásicos de competencia internacional de autoridades, y partiendo de la competencia prioritaria de las autoridades de la residencia habitual del menor (art. 5), articula un sistema organizativo de competencias en clave de CIA, que consagra el triunfo definitivo del foro de la residencia habitual del menor. El nuevo Convenio de La Haya en materia de protección de menores *in genere* parte del reconocimiento inexcusable en esta reglamentación que el interés del menor *in casu* puede exigir la intervención de autoridades distintas a las de su residencia habitual, que tengan un título de intervención justificado, pero fuera de las que pueden denominarse «competencias parciales», en el sentido que habilitan sólo para la adopción de medidas limitadas por su objeto y/o alcance¹⁶²³ (foro de urgencia *ex art. 11*, el criticable foro del divorcio *ex art. 10*¹⁶²⁴, y foro *presentiae ex art. 12*), estas otras autoridades siempre intervendrán, como se ha visto, a instancia o con el consentimiento de las autoridades que posean la competencia natural en virtud de los arts. 5 y 6 (en los supuestos de normalidad, *ex art. 5*, las autoridades de la residencia habitual).

Esta solución cooperadora a partir de las normas clásicas se obtiene mediante los analizados procedimientos de transferencia de competencia *ex art. 8*, y

¹⁶²² *Vid., supra*, Cap. III, I. 2. A).

¹⁶²³ *Vid.*, esta expresión con relación a las competencias previstas en el Convenio de La Haya de 2000 sobre protección internacional de adultos, E. Pérez Vera y A. Borrás, «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la protección internacional de los adultos», *cit.*, p. 806.

¹⁶²⁴ La incorporación definitiva de este foro fue muy discutida durante la elaboración del Convenio, y si bien se alcanzó en un primer momento un acuerdo en el sentido de no incorporar dicho criterio de competencia (teniendo en cuenta sobre todo el alcance de la reserva contenida en su predecesor *ex art. 15*, que había sido denunciada casi en su totalidad por los Estados que inicialmente la habían realizado), su incorporación en los trabajos de la Unión Europea, en torno entonces hacia la elaboración del Convenio de Bruselas II, y los deseos de asegurar la ratificación de estos países al nuevo texto, condujeron a su final admisión en el texto multilateral. Las condiciones de su ejercicio previstas en el art. 10 son, no obstante, algo complejas (*vid.*, detenidamente, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, pp. 84-85).

reivindicación de competencias *ex art. 9*, procedimientos de CIA judicial de contenido claramente codecisional entre autoridades de Estados implicados *in casu*, que deben acogerse de manera satisfactoria, como se ha destacada con anterioridad, y fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque salvaguardan las ideas de flexibilidad y particularidad que exige cualquier reglamentación internacional de la protección del menor, permitiendo *in casu* la intervención de autoridades distintas a las del Estado de la residencia habitual del menor que puedan encontrarse en condiciones más adecuadas que aquéllas para apreciar el interés del menor; en segundo lugar, y principalmente, puesto que es el objetivo más difícil de articular, al exigir un acuerdo inequívoco entre autoridades implicadas, supeditado en cualquier caso a la voluntad de la autoridad del Estado de la residencia habitual del menor, proclama la preeminencia de la competencia de éstas, evita competencias concurrentes, conflictos de competencias (positivos y negativos) y, en última instancia, garantiza la no existencia de decisiones inconciliables o contradictorias¹⁶²⁵.

La adecuación de la respuesta convencional en clave de CIA al problema de la competencia de autoridades no implica desconocer, como ha sido analizado anteriormente, los problemas de admisión de dichos procedimientos entre los Estados parte del *Civil Law*, y, fundamentalmente, los problemas de articulación en la práctica, puesto que, como procedimientos marco, su correcta aplicación por los Estados parte

¹⁶²⁵ El único punto débil del sistema se encuentra en la admisión del foro del divorcio como competencia parcial. En efecto, la competencia de las autoridades de la residencia habitual de uno de los progenitores en los términos del art. 10, rompe la uniformidad del sistema, provoca una posible discontinuidad en el régimen internacional de la protección del menor, e introduce una vía de competencias concurrentes respecto a las autoridades de la residencia habitual del menor o de otras que actúen por transferencia de aquéllas. La admisión final de este foro de competencia, cuyas consecuencias lesionan el deseo convencional de evitar ante todo competencias concurrentes, fuente de posibles decisiones contradictorias, llevó a los redactores a la introducción final de una norma similar a la litispendencia internacional para solucionar posibles conflictos de competencias concurrentes (art. 13). No obstante, dado que la solución de la litispendencia, como se ha visto, no resulta oportuna en materia de protección de menores, la respuesta más satisfactoria en el marco convencional para poner fin a los posibles conflictos de competencias debería pasar, a mi juicio, por el sistema de CIA de los arts. 8 y 9, es decir, la competencia debería ser transferida a aquella autoridad implicada que se encontrara *in casu* en mejor situación para apreciar el interés del menor (solución que, a diferencia de la litispendencia, se fundaría no en el criterio temporal, privilegiando inexcusablemente a la primera autoridad que conoce del asunto, sino en el criterio material del interés del menor, que podría privilegiar indistintamente a cualquiera de las autoridades implicadas). Se es consciente, no obstante, que este recurso no siempre resultara viable [entre otras cuestiones porque el juez del divorcio para ejercer su competencia *ex art. 10* deberá haber verificado previamente que ésta responde al interés superior del niño *ex párr. 1 b) in fine*] y, por tanto, la solución de la litispendencia, *ex art. 13*, como cláusula de cierre que dirima finalmente cualquier conflicto de competencia resulta satisfactoria.

dependerá de las concretas medidas legislativas internas adoptadas por cada uno de ellos.

Esta idea cooperadora en clave de codecisión, y determinante de la competencia, no se agota en el Convenio de La Haya una vez concretada la autoridad internacionalmente competente sino que, afortunadamente, como ha sido visto, se extrapola también, respecto a determinadas situaciones, al momento del ejercicio de dicha competencia una vez determinada. En efecto, se ha comprobado que la CIA en clave de codecisión es también la solución seguida por el Convenio para la adopción de aquellas particulares medidas de protección, que por su carácter *suis generis* (especialmente por el hecho que deben ser adoptadas en un Estado parte, pero en realidad van a ser llevadas a cabo o ejecutadas principalmente en otro Estado parte) requieren para su efectividad un cierto consenso entre las autoridades de los dos Estados implicados en la situación privada internacional considerada (codecisión con carácter obligatorio *ex art. 32* con relación a la constitución de la *Kafala* o de un acogimiento en otro Estado parte; codecisión, aunque en este caso, con un cuestionado carácter dispositivo, *ex art. 35. 2º-4º*, con relación al establecimiento u ejercicio de un derecho de visita en otro Estado parte)¹⁶²⁶.

C) Traslación de la solución a otros regímenes de protección

La solución del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores al problema de la competencia, en clave de CIA y articulada mediante un sistema de codecisión controlado por unas determinadas autoridades (que también coinciden con las autoridades de la residencia habitual), ha sido de *lege lata* exportada a otro ámbito material distinto, que comparte con el marco de la protección del menor desde una perspectiva internacional privatista similares exigencias materiales o de protección, esto es, la protección internacional de los adultos. Efectivamente, el Convenio de La Haya de 2000 sobre la protección internacional de los adultos, adopta el mismo principio de cooperación en clave de codecisión, tanto en materia de

¹⁶²⁶ *Vid., supra*, Cap. III, I. 2. B) y C).

competencia judicial internacional, como respecto a la adopción de las medidas de colocación del adulto en otro Estado parte.

En sede de competencia internacional *stricto sensu*, partiendo del criterio principal de competencia de la residencia habitual del adulto (art. 5), se retiene básicamente el mismo sistema de transferencia de competencias adoptado por el Convenio de La Haya de 1996, con objeto de limitar los foros de competencia judicial internacional *in casu* a uno sólo, evitar competencias concurrentes, y salvaguardar las exigencias de flexibilidad¹⁶²⁷. El art. 8 del Convenio de La Haya de 2000 permite a las autoridades de la residencia habitual del adulto, si lo consideran beneficioso para su interés, por propia iniciativa o a instancia de las autoridades de otro Estado, requerir a las autoridades de una serie de Estados, enumerados en el párr. 2º, para que tomen las medidas, totales o parciales, que sean necesarias para su protección. El procedimiento de transferencia adoptado, en líneas generales, es algo más simplificado que el sistema del Convenio de La Haya de 1996, e introduce, por razones de especialidad, algunos otros foros de competencia que pueden intervenir por transferencia en doble sentido, como son, *ad. ex.*, las autoridades del Estado que han sido elegidas por el adulto por escrito, autoridades del Estado de la residencia habitual de una persona próxima al adulto dispuesto a encargarse de su protección, o autoridades del Estado donde se encuentre el adulto, en lo que concierne a la protección de su persona.

Respecto a los supuestos en que una vez determinada la autoridad internacionalmente competente, en el ejercicio de dicha competencia, se prevea por las autoridades competentes la colocación del adulto en otro Estado parte, el Convenio de 2000 sobre protección de adultos también recoge, *ex art. 33*, el principio de CIA codecisional incorporado en el Convenio de La Haya de 1996 para situaciones privadas internacionales similares con relación a los adultos, con objeto de garantizar

¹⁶²⁷ El Convenio también consagra una serie de competencias parciales, que habilitan sólo para la adopción de medidas limitadas por su objeto y/o alcance. Entre éstas se encuentran: la competencia de las autoridades de la situación de los bienes del adulto (art. 9); la competencia de las autoridades del Estado en el que se encuentra el adulto en dos hipótesis: como foro de urgencia, cuando las circunstancias así lo exijan (art. 10), y como foro de la presencia, de manera excepcional, cuando la intervención sea necesaria para la protección de la persona del adulto (art. 11) (*Vid.*, E. Pérez Vera y A. Borrás Rodríguez, «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la protección internacional de adultos», *cit.*, pp. 913-916).

la efectividad de la medida. Su recepción, no obstante, es menos rigurosa que en éste, puesto que no exige la necesaria aprobación formal de la autoridad del Estado requerido, sino que únicamente la decisión sobre la colocación no podrá ser adoptada si esta autoridad manifiesta su oposición en un plazo de tiempo razonable.

Por último, de *lege ferenda*, en aras a la elaboración de un nuevo Convenio internacional omnicomprendivo en materia de obligaciones alimenticias, teniendo presente los cambios experimentados, como se ha visto, en las legislaciones internas de los Estados y la necesidad de instaurar mecanismos rápidos y pocos costosos¹⁶²⁸, que podrían reclamar, como se verá a continuación, desde el punto de vista del derecho aplicable, la aplicación generalizada de la *lex fori*, debería reflexionarse, como presupuesto de este sistema de la unidad, sobre la oportunidad de adoptar en sede de competencia esta línea de CIA¹⁶²⁹. La solución podría pasar por la introducción de un sistema de transferencia de competencias que, controlado por las autoridades de la residencia habitual del acreedor alimenticio, elimine el riesgo de competencias concurrentes, abriendo la posibilidad de intervención de otras posibles autoridades competentes que *in casu* se encuentren en mejor situación para apreciar los intereses del acreedor alimenticio.

D) Algunas relaciones entre CIA y competencia internacional

A la luz de los procedimientos de transferencias de competencias instaurados *ex novo* en el Convenio de La Haya de 1996 para solucionar la cuestión de la determinación de la autoridad internacionalmente competente, puede afirmarse que la CIA judicial en el seno de los Convenios de conflicto de autoridades ha pasado a erigirse como expediente o técnica apropiada para la regulación de este sector del DIPr. De esta manera, la CIA judicial ha conseguido elevarse como técnica adecuada para conseguir los objetivos de este sector del DIPr. en el marco convencional, esto es, repartir o distribuir de la manera más apropiada la competencia internacional entre los Estados parte, teniendo en cuenta la especialidad material de las situaciones privadas internacionales a las que afecta. Sin embargo, junto a este proceso de incorporación de

¹⁶²⁸ *Vid., supra*, Cap. II, II. 1 A) c).

¹⁶²⁹ *Vid.*, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 58-59.

nuevas técnicas en el sector de la competencia, también cabría apreciar paralelamente, y de manera interesante, un cierto proceso de alteración del planteamiento del problema en el marco internacional, puesto que las nuevas técnicas empleadas (CIA) en este sector del DIPr. (competencia internacional de autoridades) pasan de plantear el problema no en términos de reparto o distribución¹⁶³⁰, sino más bien en términos de codecisión.

La adecuación de la CIA en este sector del DIPr. no implica, como se ha comprobado, la desaparición de los métodos clásicos de reglamentación del sector de la competencia judicial internacional, esto es, normas reguladoras y normas de aplicación, puesto que, como se ha comprobado, éstas continúan subsistiendo en el marco convencional, tanto como presupuesto para la ejecución de los procedimientos de transferencia de competencias, como para resolver aquellos conflictos de competencias cuya posible concurrencia no ha podido ser erradicada de manera definitiva mediante la CIA (aunque hubiera sido deseable). En conclusión, en los Convenios de conflicto de autoridades en materia de protección de menores, concretamente en sede de competencia internacional de autoridades, existe actualmente una interacción o combinación entre los expedientes clásicos y los expedientes de CIA, en el que los segundos no sustituyen a los primeros, aunque sí puede observarse un cierto desplazamiento de protagonismo, puesto que no sólo la experiencia ha demostrado la insuficiencia de los expedientes clásicos de este sector *per se* en materia de protección de menores (fundamentalmente, por su imposibilidad de evitar las competencias concurrentes), sino porque en el diseño convencional el procedimiento de transferencia de competencias completa, superponiéndose en cierto modo, a las reglas de competencia tradicionales¹⁶³¹, con lo cual, en realidad, la CIA estaría desplazando en este momento histórico el protagonismo de los expedientes clásicos de este sector, aunque sin llegar a sustituirlos. Este planteamiento, como se ha comprobado, tiende progresivamente a exportarse a la reglamentación de aquellas

¹⁶³⁰ La función distributiva o de reparto de las normas de competencia de origen internacional *versus* el carácter atributivo de las normas de competencia de origen interno es, hasta el momento, indiscutida (*vid.*, en la doctrina española, J. D. González Campos, «La competencia judicial internacional. Aspectos generales», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, p. 364; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 82; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, pp. 67-68).

¹⁶³¹ *Vid.*, P. Lagarde, «La nouvelle Convention de La Haye...», *cit.*, pp. 225-226.

situaciones privadas internacionales presididas, al igual que la reglamentación de la protección del menor, por las ideas de realización estatal de determinados valores materiales.

Esta consideración de la CIA judicial como técnica *stricto sensu* de competencia internacional de autoridades es, sin duda, la relación más importante e innovadora que concurre entre la CIA en el seno de estos Convenios de conflicto de autoridades y la CIA. Sin embargo, del conjunto de procedimientos de CIA judiciales que se han analizado en este trabajo y de las disposiciones de cooperación administrativa insertas en el Convenio de La Haya de 1996 cabe también observar distintas relaciones entre la CIA y el sector de la competencia internacional de autoridades, que permiten contemplar aquélla como técnica al servicio de este sector del DIPr. Estas relaciones pueden examinarse desde diferentes perspectivas, *ad. ex.*, relación de eliminación, puesto que en tanto que la competencia internacional de autoridades es la primera cuestión del DIPr. o presupuesto del litigio¹⁶³², los procedimientos de mediación o conciliación tienden precisamente a eliminar la aparición del litigio en torno a la situación privada internacional considera; relación de activación, en tanto que mediante procedimientos de cooperación judicial (*ad. ex.*, supuestos de menor en peligro *ex art. 36*) o excepcionales procedimientos de cooperación administrativa [*ad. ex.*, petición por las AACC de la adopción de determinadas medidas *ex art. 32.b*)], se procura activar la intervención de la autoridad internacionalmente competente *in casu*, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del menor que reclaman dicha intervención; y, sobre todo, relaciones en el ejercicio de dicha competencia, que se enlazan ya con la cuestión del derecho aplicable, y que van desde la asistencia que la CIA administrativa ofrece a la autoridad internacionalmente competente (*ad. ex.*, petición de informes sobre el menor, intercambio de legislación) hasta, más relevantemente, la articulación de procedimientos que permiten hacer intervenir activamente a autoridades de otros Estados implicadas *in casu* en el contenido de la decisión finalmente adoptada (colocación del menor en el extranjero *ex art. 33* y protección del derecho de visita *ex art. 35. 2-4*).

¹⁶³² *Vid.*, J. D. González Campos, «La competencia judicial internacional. Aspectos generales», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, pp. 289-290; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, pp. 18, 65.

2. Convenios híbridos

A) Insuficiencia de las soluciones

Los Convenios que se han denominado a lo largo de este trabajo como Convenios híbridos, esto es, Convenio de Luxemburgo de 1980, parcialmente, Convenio hispano-marroquí específico de 1997, y Convenio de Roma de 1990, en tanto que son Convenios que únicamente desean facilitar mediante un sistema de CIA de carácter mixto, y en el caso del Convenio de Roma de 1990, de CIA básicamente administrativa, el reconocimiento y, fundamentalmente, ejecución de las resoluciones cubiertas en su ámbito material en el Estado requerido, no abordan el problema de la competencia judicial internacional, puesto que esta cuestión excede de sus objetivos. Sin embargo, la ausencia de soluciones al problema de la competencia judicial internacional en esta modalidad de Convenios, no por inexistentes deben ser aceptadas como respuestas satisfactorias, sino que debe ponerse de relieve las consecuencias de esta opción metodológica, y las posibles soluciones a los problemas que plantea.

Centrados en el marco de los Convenios relativos al reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas al derecho de custodia y al derecho de visita, no es una idea nueva que una reglamentación satisfactoria de estas cuestiones en el contexto internacional pasa inexcusablemente por el objetivo de evitar la posible diversidad de decisiones por autoridades de Estados distintos, y el riesgo implícito, por tanto, de decisiones inconciliables o contradictorias que, en definitiva, impiden la protección de estos derechos y el derecho de relación transfronterizo del menor¹⁶³³. Mediante los Convenios híbridos de CIA que, en definitiva, como se ha visto, son Convenios de *exequátur*, no se logra garantizar adecuadamente dichos resultados, puesto que de este modo quedan a salvo las reglas de competencia judicial internacional de origen autónomo de los respectivos Estados parte, que en su funcionamiento puedan dar lugar a foros concurrentes. Las técnicas arbitradas por estos Convenios utilitarios de CIA resultan insuficientes para la consecución de los fines convencionales: garantizar

¹⁶³³ Vid., en la doctrina española, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, cit., pp. 67, 88, 98; en la extranjera, ad. ex., M. C. Rondeau-River, «Les conventions internationales en matière de droit de la famille», cit., p. 272.

los derechos de custodia y de visita, así como el derecho de relación transfronterizo del menor en el marco del Convenio hispano-marroquí específico de 1997.

B) Alternativas de *lege ferenda*

La superación de las limitaciones de estos Convenios híbridos hubiera pasado por dos posibles alternativas, que desafortunadamente no han sido adoptadas por ninguno de ellos. La primera de las soluciones hubiera sido recurrir a los cauces tradicionales del DIPr., y elaborar en vez de Convenios exclusivamente de reconocimiento y ejecución, Convenios dobles que, con carácter previo, mediante la introducción de ciertas normas de competencia judicial internacional reguladoras, junto con una regla de competencia de aplicación que admitiera la litispendencia internacional, limitara la competencia judicial internacional de los respectivos Estados parte, determinando un solo órgano jurisdiccional competente. Mediante esta fórmula clásica no sólo se proporcionaría un reconocimiento cuasi automático de las resoluciones adoptadas en el marco convencional en los respectivos Estados parte, sino que, fundamentalmente, se evitaría la posible contrariedad de resoluciones judiciales, garantizando así la mejor protección de los derechos del menor. Esta es la opción seguida por algunos Convenios bilaterales concluidos por Estados extranjeros en la materia, que establecen criterios de competencia judicial internacional que intervienen tanto directa como indirectamente¹⁶³⁴, y aunque es la línea que debería haber sido adoptada por el Convenio hispano-marroquí específico de 1997, sin

¹⁶³⁴ Existen algunos Convenios bilaterales celebrados por países de nuestro entorno en la materia que, a diferencia del Convenio hispano-marroquí, sí recogen reglas de competencia judicial directas que sirven también para controlar la competencia del juez de origen. En todos ellos, a imagen de los Convenios multilaterales específicos, la residencia habitual del menor constituye el foro de competencia judicial prioritario. Así ocurre en el Convenio franco-polaco de 5 de abril de 1967, que consagra en su art. 11 el domicilio del menor como criterio de competencia preeminente, en una concepción de exclusividad y en doble sentido, disponiendo que en los asuntos relativos a relaciones entre padres e hijos son competentes los tribunales del domicilio común de los padres y del menor y, en su defecto, el domicilio del menor (*vid.*, sobre el alcance de este foro, J. Jodlowski y A. Ponsard, «La Convention franco-polonaise...», *cit.* pp. 588-590). También, el Convenio franco-portugués de 20 de julio de 1983, prevé en su art. 7 la residencia habitual del menor como criterio de competencia directa, que juega igualmente como regla de competencia indirecta. Del mismo modo, aunque de manera no tan explícita, el Convenio franco-argelino de 21 de junio de 1988 recoge en materia de custodia una regla de competencia judicial directa única en su art. 5, que es la jurisdicción del lugar del domicilio conyugal, entendiéndose ésta como lugar de vida familiar común. Si la resolución dictada en el Estado de origen no se ha fundado en dicho criterio, no se beneficiará del régimen de *exequatur* simplificado previsto en el texto (*vid.*, sobre esta regla y su alcance, F. Monéger, «La Convention...», *cit.*, pp. 50-53).

embargo, como se ha visto, éste no sólo no asume el modelo¹⁶³⁵, sino que al introducir criterios de competencia judicial indirectos que no se adecúan a los criterios de competencia judicial internacional actualmente aceptados en materia de protección internacional de menores, corre el riesgo de provocar, como se anunció, graves problemas de articulación con el Convenio de La Haya de 1996, si éste llega a entrar en vigor en ambos Estados.

En efecto, el nuevo Convenio de la Haya sobre protección de menores ha supuesto, como se ha visto, el *réquiem* o desaparición definitiva de la nacionalidad del menor como criterio de competencia, y el triunfo del foro de la residencia habitual del menor. El Convenio hispano-marroquí específico de 1997, como es sabido, sólo establece una regla de competencia judicial indirecta en el art. 11, b), en el supuesto que se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, facultando en este caso al juez del Estado requerido a denegar el reconocimiento y la ejecución¹⁶³⁶. Si entrara en vigor el Convenio multilateral, conforme a su art. 52, el Convenio bilateral prevalecerá sobre aquél, aunque al no contenerse en el mismo normas de competencia directa se aplicarían las reglas de competencia previstas en el Convenio multilateral, a las que no se adecúa el sistema de control de la competencia judicial internacional previsto en el Convenio bilateral. En la práctica, este sistema en los supuestos de traslado dará lugar a consolidar la situación y entrar a conocer en el fondo del asunto, y en los supuestos de reconocimiento sin traslado a sentencias contradictorias que impiden, en definitiva, el derecho del niño a relacionarse con ambos progenitores¹⁶³⁷.

La segunda de las alternativas que podría haberse arbitrado, en aras a evitar la posibilidad de decisiones contradictorias en materia de derechos de custodia y de visita (sobre todo en el marco del Convenio hispano-marroquí de 1997, dada su relativa actualidad), y en ausencia de normas de competencia judicial internacional

¹⁶³⁵ *Vid.*, denunciando la ausencia de normas de competencia directa y de normas sobre la litispendencia en el Convenio bilateral, A. Borrás Rodríguez, «La protección del menor inmigrante y la cooperación...», *cit.*, p. 253.

¹⁶³⁶ *Vid.*, *supra*, Cap. III, III. 4. B) d) 1°).

¹⁶³⁷ *Vid.*, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 203-204. Los problemas de adecuación entre los foros de competencia directa previstos en el Convenio multilateral y los criterios de competencia indirectos contenidos en el Convenio bilateral podrían resolverse si conforme al art. 52.1 del primero, el segundo quedase derogado por declaración de ambos Estados.

unificadas, podría haber discurrido por los nuevos procedimientos de CIA de carácter codecisional adoptados en el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores, y que resultan más satisfactorios en materia de protección de menores *versus* los expedientes tradicionales como la litispendencia. El Convenio hispano-marroquí específico de 1997, como ha sido examinado, desafortunadamente tampoco sigue el modelo instaurado en el art. 35. 2-4 del Convenio multilateral *in genere* con relación a la protección del derecho de visita, sino que en este aspecto concreto, siguiendo su tónica general, prefiere la transposición de los preceptos de los Convenios multilaterales específicos en los que se inspira; soluciones que la práctica ya había tenido ocasión de poner de relieve su ineficacia en el momento de la elaboración del Convenio bilateral.

En conclusión, los Convenios híbridos actualmente existentes en materia de protección de menores resultan insuficientes en cuanto a su planteamiento (facilitar el reconocimiento y ejecución) y a su técnica (CIA) para la obtención de los respectivos fines convencionales. La garantía de los derechos de custodia, de visita y de relación transfronterizo en el contexto internacional exige, en primer lugar, como requisito inexcusable, limitar los foros de competencia judicial internacional entre los Estados parte y evitar el riesgo de decisiones inconciliables. El camino adecuado para alcanzar dichos resultados discurre, como ha sido visto, por los expedientes clásicos de este sector completado con un sistema de CIA judicial en clave codecisional¹⁶³⁸.

3. Convenios de CIA predominante

A) Consideraciones previas

Entre los Convenios de CIA predominante, dejando a un lado el Convenio de Nueva York de 1956, que actualmente funciona de manera complementaria con las

¹⁶³⁸ Esta combinación de expedientes tradicionales y de CIA en sede de competencia es la línea seguida en materia de responsabilidad parental por la Propuesta de Reglamento de mayo de 2002 en materia de crisis matrimoniales y de responsabilidad parental. En efecto, se parte de ciertas normas reguladoras de competencia, que proclaman el triunfo del foro de la residencia habitual del menor, junto con competencias parciales, y se introduce un mecanismo de CIA que permite la devolución o remisión de la competencia a otros órganos jurisdiccionales en principio incompetentes si ello redundaría en interés del menor. La solución se completa con tradicionales normas de aplicación, como son con relación al control de la competencia o la admisión de la litispendencia (*vid.*, sección 2ª del Cap. II).

normas internacionales y/o autónomas de los respectivos Estados parte en sede de competencia judicial y, cuyas normas de CIA, de *lege ferenda*, como acaba de verse, deberían integrarse de manera perfeccionada, en un Convenio de conflicto de autoridades, que desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, adoptara el sistema de cooperación judicial de los modelos actualmente existentes en materia de protección de menores y protección de adultos, los Convenios de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y de 1993 sobre adopción internacional son los únicos Convenios en materia de protección de menores en los que la CIA se presenta como la única o predominante técnica de reglamentación elegida por sus redactores para dar respuesta a la situación privada internacional considerada.

En consecuencia, *a priori*, los Convenios de CIA predominante no abordan el problema de la competencia internacional de autoridades, puesto que esta cuestión excede o se presenta como innecesaria para alcanzar los respectivos fines convencionales¹⁶³⁹ y, por tanto, la CIA se estaría utilizando como técnica que ofrece respuesta a cuestiones distintas a las planteadas por el sector de la competencia internacional de autoridades. No obstante, a pesar de esta teórica despreocupación convencional por los redactores del texto sobre las cuestiones de competencia, en realidad, en un segundo momento, si se profundiza en el espíritu y en la letra de ambos textos, pueden apreciarse dos datos con relación a este sector de problemas en su respectiva reglamentación. De un lado, ninguno de ellos, si bien por muy diferentes motivos, ha sido capaz de despreocuparse totalmente de las cuestiones de competencia; de otro lado, mediante sus atípicas soluciones a la cuestión, insertadas en el sistema de CIA que respectivamente instauran, ambos confirman en sede de competencia, directa o indirectamente, en línea coherente con el resto de los Convenios en materia de protección de menores, la residencia habitual del menor como foro de competencia prevalente en materia de protección internacional de menores, por lo cual, indirectamente, la CIA también se estaría encontrando al servicio de este sector del DIPr. en esta modalidad de Convenios de CIA.

¹⁶³⁹ *Vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, pp. 141-142; J. H. A. van Loon, «The Increasing Significance...», *cit.*, pp. 116-122; «Unification and Co-operation...», *cit.*, p. 185.

A pesar de estos rasgos comunes que comparten ambos textos, el objetivo de la regulación atípica de la cuestión, los expedientes utilizados para su regulación, y el alcance de las respectivas soluciones arbitradas, son completamente distintos en los Convenios de La Haya de 1980 y de 1993, puesto que ambos regulan parcelas de la protección internacional del menor que responden a unos objetivos materiales específicos, cuya regulación sólo queda reunida por la satisfacción del valor material del interés superior del menor que ambas persiguen.

B) Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores

a) La residencia habitual del menor como foro de competencia judicial implícito

Si se profundiza en el espíritu y finalidad del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, se observa claramente, como ya se apuntó, que todo el sistema de CIA arbitrado parece subyacer en la idea que existe una competencia natural de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor para conocer sobre los asuntos relativos a su custodia¹⁶⁴⁰. El objetivo pragmático de este sistema de CIA, como se ha comprobado, se cifra únicamente en el retorno inmediato del menor al Estado donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o no retorno, pero la esencia de dicho objetivo se encuentra en preservar la competencia de las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor en el momento de la sustracción, y garantizar que la sustracción, ilícita por definición, no modifique, en principio, el reparto de la competencia internacional para decidir sobre el derecho de custodia, impidiendo paralelamente que el secuestrador, prevaleciéndose de la situación, cree artificialmente una competencia internacional en el Estado al que ha desplazado o retenido ilícitamente al menor, con objeto de obtener la custodia de éste.

Para garantizar estos objetivos, el mecanismo convencional de CIA, *ex art. 16*, como ha sido visto, veta o prohíbe a las autoridades del Estado contratante donde el menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente decidir sobre la cuestión de fondo de

¹⁶⁴⁰ Esta competencia natural del juez de la residencia habitual del menor anterior a la sustracción en los litigios relativos a su custodia, fue puesta de relieve en los trabajos preparatorios del Convenio (*vid.*, E. Pérez Vera, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 445).

los derechos de custodia, hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo previsto en el Convenio, o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio¹⁶⁴¹. En consecuencia con esta premisa, *ex art. 19*, se prevé que ninguna decisión adoptada en el marco convencional sobre la restitución del menor pueda afectar a la cuestión de fondo de derecho de custodia; y *ex art. 17*, se confirma que el solo hecho que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo previsto en el Convenio (...) ¹⁶⁴².

El objeto de todas estas prescripciones convencionales que forman parte del mecanismo de CIA se dirige, indubitadamente, a impedir modificar la competencia internacional para decidir sobre el fondo de los derechos de custodia. Algunos autores, en este sentido, han encontrado en las mismas el reconocimiento implícito del foro de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior a la sustracción internacional de menores para conocer sobre los derechos de custodia¹⁶⁴³; y la jurisprudencia, en coherencia con este foro implícito, interpreta que la posibilidad convencional, como se ha comprobado, de ordenar el retorno del menor al Estado donde pudiera hallarse el titular del derecho de custodia (en caso de cambio de residencia habitual)¹⁶⁴⁴, sólo debe admitirse de manera excepcional¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴¹ Sobre el alcance de la prohibición temporal contenida en el art. 16 del Convenio hasta que efectivamente haya tenido lugar el retorno al juez natural, puede verse una correcta interpretación por nuestro TS en sentencia de 22 de junio de 1998 al hilo del recurso de casación promovido por el Ministerio Fiscal contra la S AP Almería de 27 de septiembre de 1993 (*vid.*, texto de la sentencia, *La Ley*, 1998, 4, n° 7542; comentarios, J. M^a Espinar Vicente, «Comentario a la S 604/1998 de la Sala 1^a del TS. Recurso en interés de ley...», *cit.*, pp. 31-47; S. Álvarez González, «El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el TS», *cit.*, pp. 1-3; Nota de H. Aguilar Grieder, *REDI*, vol. L, 1998, 2, pp. 235-238; Observaciones de S. García Cano, *AEDIPr.*, 2000, *cit.*, pp. 940-943).

¹⁶⁴² Causa que, como se ha visto con anterioridad, se configura criticablemente en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997 como motivo de rechazo al retorno [art. 8.2.b)].

¹⁶⁴³ *Vid.*, *ad. ex.*, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 80; M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention...», *cit.*, pp. 39-40; L. Silberman, «Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis», *cit.*, p. 11; E. Jayme, «Identité culturelle et intégration...», *cit.*, pp. 186-187.

¹⁶⁴⁴ *Vid.*, especialmente, *supra*, Cap. I, I. 2. C) b).

¹⁶⁴⁵ *Vid.*, en este sentido, en el Reino Unido, sentencia de *l'Cour de Appeal* de 13 de junio de 1987 (M. Sumanpouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye...*, t. IV, *cit.*, pp. 160-162).

b) Limitaciones de la opción del Convenio de La Haya de 1980 y art. 7 del Convenio de La Haya de 1996

El problema de este reconocimiento implícito o indirecto del foro de la residencia habitual del menor como criterio de competencia en materia de custodia en el sistema de CIA del Convenio de La Haya de 1980 radica en el hecho que, en realidad, las normas convencionales, en general, y el art. 16, en particular, no afirman que las autoridades del Estado de procedencia del menor secuestrado conserven su competencia judicial internacional. Esta laguna se presenta particularmente grave tanto en los supuestos en que el juez del retorno considera que el foro de la residencia habitual no es el foro apropiado para discutir sobre los derechos de custodia¹⁶⁴⁶, como en los supuestos en que el menor no tenga su residencia habitual en dicho país¹⁶⁴⁷, provocándose, en estos casos, serias dificultades al progenitor al que el menor le ha sido secuestrado para encontrar un foro donde pueda obtener una decisión sobre su derecho de custodia¹⁶⁴⁸.

Esta importante laguna del Convenio de La Haya de 1980, derivada de la ausencia de una norma de competencia judicial internacional *stricto sensu*, puede ser colmada si llega a entrar en vigor de manera generalizada el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, mediante la regla de competencia judicial internacional incorporada en su art. 7. Este precepto «congela» ficticiamente, en los

¹⁶⁴⁶ En estos supuestos, la jurisprudencia comparada ha dado muestras de aprehender la debilidad (en algunos casos, llamada «flexibilidad») de las reglas de competencia judicial internacional previstas en el Convenio, y a través de diversos expedientes, no observar los mandatos convencionales (*vid.*, sobre esta cuestión, *amplius*, R. Schuz, «The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law», *ICLQ*, vol. 44, 1995, pp. 771-802, esp., pp. 780-792).

¹⁶⁴⁷ También, como es sabido, la aplicación del Convenio ha puesto de relieve dicha laguna en los supuestos en que existe un procedimiento de retorno en curso en el Estado requerido, pero existe una incertidumbre sobre si el menor ha adquirido ya su residencia habitual en dicho Estado, dado el tiempo transcurrido y la intensidad de conexiones del menor con su nuevo medio, que podrían llevar a interpretar que se ha producido su integración en dicho Estado, y consecuentemente, el establecimiento de una residencia habitual (*vid.*, M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention de La Haye sur les aspects civils...», *cit.*, pp. 48-52).

¹⁶⁴⁸ *Vid.*, en este sentido, afirmando que el Convenio se queda a medio camino, A. Bucher, «La famille en international privé», *cit.*, pp. 160-163.

supuestos de desplazamiento o retención ilícitos¹⁶⁴⁹, la competencia de las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual del menor inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención, hasta que el niño obtenga una nueva residencia habitual en otro Estado y, sobre todo, no pueda esperarse razonablemente un retorno del menor. De este modo, *ex art. 7. 1 b)*, se fija positivamente que la competencia de la autoridad de la antigua residencia habitual del menor cesará a beneficio de la autoridad de la nueva residencia habitual, a falta de consentimiento por el titular del derecho de custodia al desplazamiento o retención, cuando haya transcurrido el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia conozca o debiera haber conocido el lugar en el que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio¹⁶⁵⁰. Debe interpretarse, por tanto, que si por el contrario, la petición de retorno es presentada durante el periodo del año y se encuentra en examen, al término del plazo del año, la autoridad de la antigua residencia habitual del menor conserva su competencia justo hasta que el procedimiento de retorno finalice. En los supuestos en que la petición haya sido presentada inmediatamente, y las autoridades del Estado requerido hayan decidido definitivamente la no procedencia del retorno, igualmente, la autoridad de la antigua residencia habitual del menor conserva su competencia hasta que transcurra el plazo de un año, y a pesar de la inexistencia de perspectiva de retorno del menor¹⁶⁵¹.

En definitiva, mediante la solución consagrada en el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996, se prolonga la competencia de la autoridad de la antigua residencia habitual del menor por el plazo de un año desde la localización del menor secuestrado,

¹⁶⁴⁹ El Convenio contiene, además, una definición de desplazamiento o retención ilícito copiada literalmente del art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (art. 7. 2).

¹⁶⁵⁰ Esta norma de competencia paraliza o deroga la aplicación de la regla general en los supuestos de cambio de residencia habitual del menor entre Estados parte *ex art. 5. 2* (las autoridades de la nueva residencia habitual del menor adquieren la competencia desde el momento en que se produce el cambio). Deroga igualmente el art. 6. 2, que hubiera podido crear un foro de competencia fundado sobre la sola presencia del menor secuestrado en el Estado de recepción, desde el momento en que no se hubiera podido establecer su residencia habitual ni en este Estado ni en su Estado de origen.

¹⁶⁵¹ En estas hipótesis, si la autoridad de la antigua residencia habitual del menor considera que, teniendo en cuenta la no perspectiva de retorno del menor, el ejercicio de su competencia no deviene en el interés superior del menor, puede prever la posibilidad de realizar una transferencia de competencia *ex art. 8*, a favor de la autoridad del Estado de la nueva residencia habitual del menor.

siempre que el titular del derecho de custodia no haya consentido el desplazamiento¹⁶⁵². No obstante, debe destacarse que, mediante el sistema de transferencia de competencias incorporado en el texto, se introduce la flexibilidad necesaria para no congelar dicho foro en aquellos supuestos en que quede demostrado que el foro de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al secuestro no es el foro más apropiado para decidir sobre los derecho de custodia del menor. Esta solución proporcionada mediante el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996 resulta más satisfactoria que la implícitamente recogida en el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980, y aunque el nuevo Convenio, *ex art.* 50, no afecta al funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados parte en ambos Convenios, sin embargo, el art. 7 del Convenio multilateral general, en cuanto regla de competencia judicial internacional *stricto sensu*, inexistente en el Convenio multilateral específico, resultará aplicable en este aspecto concreto en las relaciones entre los Estados parte de ambos Convenios. Debe tenerse en cuenta, además, que el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996 extiende su solución de competencia a aquellos Estados que no son parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, pero pueden llegar a serlo del Convenio de 1996¹⁶⁵³.

De nuevo se comprueba, por tanto, en este caso con relación al problema de la sustracción internacional de menores, la necesaria interacción entre los expedientes clásicos de competencia internacional de autoridades y los mecanismos de CIA en sede de competencia, con un cierta preponderancia cualitativa de los expedientes de CIA judicial, que permiten introducir la flexibilidad y particularidad que la reglamentación del menor exige. La práctica ha puesto de relieve que el sistema de CIA recogido en el Convenio de La Haya de 1980 con relación a la preservación de la competencia judicial internacional de las autoridades de la residencia habitual del menor anterior al secuestro se revela en ocasiones insuficiente *per se*, y en otras

¹⁶⁵² Se reserva, no obstante, *ex art.* 7. 3, la competencia de las autoridades del Estado al que el niño ha sido desplazado o retenido ilícitamente para adoptar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el art. 11.

¹⁶⁵³ La situación, hoy por hoy, es distinta en el marco de un divorcio en un Estado miembro de la Unión Europea, decidiéndose sobre la responsabilidad parental del menor que tenga su residencia habitual en tal Estado. En estos supuestos, el Reglamento 1347/2000 prevalece, según su art. 37, sobre el Convenio de La Haya de 1996, aunque debe recordarse que, en cualquier caso, el Reglamento salvaguarda, *ex art.* 4, la aplicación del art. 16 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores.

demasiado rígido. Situaciones privadas internacionales especiales no pueden ser reguladas de manera satisfactoria sólo mediante procedimientos de CIA, sino que también requieren normas de competencias especiales o, más correctamente, se exige la integración de técnicas de CIA en este sector de la competencia internacional¹⁶⁵⁴. En esta línea, la norma de competencia judicial internacional *stricto sensu* incorporada en el Convenio de La Haya de 1996 para estas situaciones completa la laguna del Convenio de La Haya de 1980 en los supuestos en que éste se muestre insuficiente, pero, en cualquier caso, el sistema de CIA judicial previsto en aquél, mediante el procedimiento de transferencia de competencias, permite *in casu* localizar de manera rápida el foro apropiado que resulte más conveniente al interés superior del menor para resolver sobre el fondo del asunto.

C) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional

a) Del reparto de competencias hacia la CIA administrativa codecisional

En el ánimo de los redactores del Convenio de La Haya de 1993, para obtener los objetivos convencionales que, como es sabido, se centran prioritariamente en que el procedimiento de adopción se lleve a cabo con unas debidas garantías y controles, no era necesario reglamentar convencionalmente las soluciones al problema del reparto de la competencia internacional de autoridades, puesto que el pronunciamiento de la adopción, en sí mismo, no era un acto relevante donde podrían tener lugar los mayores riesgos que el Convenio trataba de prevenir. El texto no presenta como

¹⁶⁵⁴ Esta misma idea es la que inspira la solución retenida en la Propuesta de Reglamento comunitario, de mayo de 2002, en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que recoge por primera vez, como se ha visto con anterioridad, una solución *ad hoc* para los supuestos de sustracción; solución que prevalecerá, en su caso, respecto a los Estados miembros *versus* la regulación del Convenio de La Haya de 1980 (Cap. III de la Propuesta). Junto a una regla de competencia inspirada directamente en el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996 (art. 21), se establece un sistema de CIA destinado a lograr la inmediata restitución del menor salvo que se transfiera la competencia a la autoridad del Estado miembro donde el menor ha sido sustraído (básicamente, *ex arts.* 22-25, la Autoridad central del Estado miembro al que el niño ha sido trasladado debe actuar ante sus órganos jurisdiccionales para que el menor sea restituido en el plazo de un mes desde que haya sido localizado, y la única forma de vetar dicha restitución es solicitar una medida provisional cautelar de no restitución del menor, que sólo podrá tomarse sobre la base de un riesgo grave o de la objeción del niño. La diferencia esencial respecto al Convenio de La Haya de 1980 radica en que esta medida de no restitución es provisional, el tribunal que la haya dictado puede decidir en cualquier momento que deje de aplicarse, y podrá ser reemplazada por una resolución sobre la custodia emitida por el Estado miembro de la residencia habitual del niño inmediatamente antes del traslado o de la retención).

objetivo, por tanto, ofrecer una solución convencional al problema de la competencia internacional de autoridades, no pretende unificar las normas de competencia de autoridades de los respectivos Estados parte, sino que opta por dejarlas subsistir, no derogándolas.

La prioridad del Convenio de La Haya de 1993, como consecuencia de este planteamiento, radica, como ha sido visto con anterioridad, en regular de manera detallada toda la fase administrativa previa a la constitución de la adopción (aquella donde la experiencia muestra la existencia de mayores riesgos) y, es más, en el espíritu convencional, la relevancia del problema de la competencia internacional para constituir la adopción queda desplazada por el reparto distributivo de competencias o responsabilidades entre las respectivas autoridades de origen y de recepción durante todo el procedimiento convencional que se articula, como se ha visto, mediante un incesante sistema de CIA¹⁶⁵⁵. Esta fase distributiva de competencias o de responsabilidades entre autoridades de Estados implicados deviene o culmina en el *iter* convencional, como se ha comprobado, en el procedimiento de codecisión entre AACC de los respectivos Estados implicados *ex art. 17. c*); procedimiento de CIA, de carácter codecisional, realmente neurálgico para que la adopción internacional pueda efectivamente tener lugar (bien sea en el Estado de origen o en el Estado de recepción)¹⁶⁵⁶.

Este procedimiento de cogestión o codecisión, como ha sido apuntado y se volverá sobre ello más adelante, tiene como objeto fundamental que las AACC de los Estados implicados *in casu* verifiquen, de manera anticipada, conforme a sus respectivos Ordenamientos jurídicos (incluidas las normas de DIPr.) la inexistencia de obstáculos jurídicos para la constitución de la adopción internacional (en el Estado de origen o en el Estado de recepción)¹⁶⁵⁷, y el posterior reconocimiento de pleno derecho. Por tanto, *a priori*, cabe interpretar que en el marco convencional la

¹⁶⁵⁵ Algunos de los autores que analizan el texto coinciden en que la despreocupación convencional tanto por las cuestiones de competencia, como de derecho aplicable es sustituida en el marco convencional por el reparto distributivo de competencias entre las autoridades del Estado de origen y las autoridades del Estado de recepción (*vid. ad. ex.*, B. Sturlèse, «La Convention...», *cit.*, pp. 429-430; E. Poisson-Drocourt, «L'entrée en vigueur...», *cit.*, p. 719; también en el mismo sentido, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.* p. 204).

¹⁶⁵⁶ *Vid., supra*, Cap. III, II. 3.

¹⁶⁵⁷ *Vid., infra*, Cap. IV, III, 3. C) c).

determinación de la autoridad internacionalmente competente *in casu* para constituir la adopción será una de las cuestiones que las AACC están llamadas a resolver, de común acuerdo y de manera anticipada, a la luz de las normas de competencia judicial internacional de sus respectivos Ordenamientos jurídicos. La CIA se encontraría de nuevo al servicio del sector de la competencia internacional de autoridades, aunque naturalmente esta cuestión no es el objeto principal del procedimiento de CIA administrativa.

Desde esta perspectiva, *a priori*, puede sostenerse que el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional es el único texto entre los Convenios de CIA en materia de protección de menores en el que el problema de la competencia internacional de autoridades queda resuelto mediante un expediente de CIA, de carácter codecisional, que desplaza a los expedientes tradicionales de este sector del DIPr. (normas unificadas de competencia judicial internacional que derogan a las normas de origen interno). Sin embargo, una vez más, al igual que en el resto de los Convenios de CIA que inciden en la materia, esta primera afirmación ha de ser matizada, y no puede sostenerse *stricto sensu* que se esté en presencia de un proceso de sustitución de métodos clásicos por procedimientos de CIA, sino más bien ante un proceso de interacción, en que la CIA, en todo caso, desplaza el protagonismo de los expedientes clásicos.

Efectivamente, esta interacción de expedientes puede contemplarse en la respuesta convencional en sede de competencia internacional de autoridades desde dos perspectivas. En primer lugar, en tanto que las AACC deciden conforme a sus respectivas normas de competencia judicial internacional de origen interno en cual de los dos Estados implicados la adopción será constituida, se está en presencia de una solución al problema de la competencia judicial internacional en el marco convencional suministrada mediante un proceso de interacción entre expedientes de CIA de origen convencional y expedientes tradicionales del sector de la competencia judicial internacional de origen interno. En segundo lugar, junto a esta combinación de normas convencionales de CIA y normas autónomas de competencia, en las que las primeras no logran desplazar a las segundas, sino que hacen uso de las mismas, la interacción de expedientes en el sector de la competencia judicial internacional en el marco del Convenio de La Haya de 1993 también puede afirmarse si se observa que

aunque los redactores del Convenio no desearon regular el problema de la competencia, no fueron capaces de prescindir totalmente de la cuestión.

b) La residencia habitual del menor en su vertiente de foro de competencia

A pesar de la teórica despreocupación del Convenio de La Haya de 1993 por las cuestiones de competencia internacional de autoridades, que como se comprobó en el capítulo primero, más que despreocupación parece imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las inconciliables posiciones de los Estados de origen y de los Estados de recepción en este aspecto¹⁶⁵⁸, si se profundiza en la letra del texto, se observa que en el marco convencional, el foro de la residencia habitual, aparte de alzarse, como ha sido visto, en criterio determinante de la aplicabilidad de las reglas convencionales¹⁶⁵⁹, desempeña también un papel prioritario en cuanto criterio de competencia para la constitución de la adopción internacional y, concretamente, en la línea que viene siendo habitual, el foro de la residencia habitual del menor.

Este triunfo del foro de la residencia habitual como criterio de competencia puede contemplarse, efectivamente, en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional desde tres perspectivas. La primera de ellas hace referencia a la fase previa a la constitución de la adopción internacional, en la cual, como es sabido, las autoridades de los Estados implicados deben comprobar distributivamente si se cumplen o no las condiciones de fondo para la constitución de la adopción y, precisamente, en el reparto de competencias entre el Estado de origen y el Estado de recepción previsto en los arts. 4 y 5 del Convenio, el criterio retenido es el de la residencia habitual del adoptado y de los candidatos a la adopción, respectivamente. Las dos segundas manifestaciones se refieren ya a la fase de constitución *stricto sensu* de la adopción internacional. En primer lugar, se constata en el Convenio un rechazo implícito a las autoridades del Estado de la nacionalidad del menor o de los futuros padres adoptivos para constituir la adopción, ya que de su art. 2 se desprende claramente que, en cualquier caso, las autoridades competentes para constituir la adopción internacional serán, bien las de la residencia habitual del menor,

¹⁶⁵⁸ *Vid., supra*, Cap. I, II. 4. B).

¹⁶⁵⁹ *Vid., supra*, Cap. I, II. 2. A) b).

o bien las de la residencia habitual de los futuros padres adoptivos, pero nunca las autoridades de otro Estado distinto, como puede ser el de la nacionalidad del menor o el de los futuros padres adoptivos, cuando unos u otros no residan en el Estado de su nacionalidad¹⁶⁶⁰. En segundo lugar, y más interesante, puede también contemplarse en el Convenio un reconocimiento expreso a la competencia prevalente de las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor para constituir la adopción *versus* la competencia de las autoridades de la residencia habitual de los adoptantes.

En este punto es clave el art. 28 del texto, consagrando que: «*El Convenio no afecta 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 ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción antes de su adopción*». Mediante esta norma de competencia, que no aparecía en el Anteproyecto del Convenio, los Estados occidentales ceden, finalmente, a favor de las exigencias de los Estados de origen que, como es sabido, reivindican cuasi en su totalidad la competencia exclusiva de sus autoridades para constituir adopciones de menores que residan en su territorio.

Por tanto, puede afirmarse que el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, aún no deseando solucionar el problema de la competencia de autoridades, consagra de distinto modo, pero con igual resultado que el Convenio de La Haya de 1996, el papel prioritario, aunque no exclusivo, de las autoridades de la residencia habitual del menor desde el punto de vista de la competencia, avanzando incluso de este modo con relación a las soluciones contenidas en su predecesor, Convenio de La Haya de 1965, que en este aspecto concreto, prescindía absolutamente del foro de la residencia habitual del menor¹⁶⁶¹. Las autoridades de la residencia habitual del menor poseen en el marco convencional la competencia natural para constituir la adopción internacional, y sólo si no hacen uso de la misma, bien porque no lo exija su Ordenamiento jurídico, o bien porque aún exigiéndolo, renuncien a su ejercicio, esta competencia natural cederá a favor del foro de la residencia habitual de los futuros padres adoptivos.

¹⁶⁶⁰ *Vid.*, en el mismo sentido, M. Jammetti Greiner y A. Bucher, «La Dix-septième session...», *cit.*, p. 65.

¹⁶⁶¹ *Vid.*, *supra*, Cap. I, II. 4. C) b).

Algunos autores han denunciado el carácter innecesario de esta atípica norma de competencia de origen convencional¹⁶⁶² (norma que no afecta a las normas de competencia de los respectivos Estados parte¹⁶⁶³), puesto que cabe pensar que con el sistema de CIA instaurado en el texto, como se ha visto, no debe existir problema alguno en la determinación de la autoridad internacional competente para constituir la adopción en cada supuesto concreto. Sin embargo, independientemente de la eficacia real que esta norma pueda tener en el normal funcionamiento convencional, lo cierto es que su inclusión fue impuesta por las reticencias y desconfianzas de los Estados de origen hacia los Estados de recepción, y las reivindicaciones de éstos en el sentido de fijar en el marco convencional ciertos criterios de competencia predeterminados que salvaguardaran la competencia prioritaria de sus autoridades para constituir la adopción de menores residentes en su territorio

Se demuestra, por tanto, en el marco del Convenio de La Haya de 1993 que, una vez más, la CIA no ha conseguido suprimir los problemas clásicos del DIPr., ni elevarse como respuesta autónoma a los expedientes tradicionales de cada uno de ellos. Desde el punto de vista de la competencia internacional de autoridades, el problema de la determinación de la autoridad internacionalmente competente para constituir la adopción no desaparece, aunque desee ser ignorado por el texto. La respuesta articulada por el Convenio en clave de CIA presupone una aplicación prospectiva por parte de las respectivas AACC implicadas de las normas de competencia de sus respectivos Ordenamientos jurídicos. Sin embargo, la cuestión, finalmente, no ha podido ser abandonada exclusivamente a las técnicas de CIA, sino que mediante una atípica norma de competencia de origen convencional, que no desplaza a las normas de competencia de los Estados parte, se salvaguarda, en caso de un hipotético conflicto de competencias entre los Ordenamientos jurídicos de los Estados implicados, la competencia de las autoridades de la residencia habitual del menor para constituir la adopción internacional.

¹⁶⁶² *Vid.*, en este sentido, A. Borrás Rodríguez, «Problemas de Derecho internacional privado...», *cit.*, p. 173.

¹⁶⁶³ El informe explicativo del texto insiste que en la interpretación del art. 28 conviene no perder de vista que, más allá de lo que en él se dispone, el Convenio no deroga a las normas de los Estados parte (*vid.*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 628).

Finalmente, debe dejarse constancia que a pesar de la interacción de expedientes tradicionales y clásicos, convencionales y autónomos, que cabe apreciar en el marco del Convenio de La Haya de 1993 a la respuesta en el sector de la competencia internacional de autoridades, no cabe dudar que, aunque las técnicas clásicas no desaparezcan, el protagonismo de éstas sí queda absorbido por el protagonismo de los procedimientos de cooperación. Concretamente, por un procedimiento de cooperación, que al igual que en el marco de los Convenios de conflicto de autoridades, tiende hacia la codecisión entre autoridades implicadas *in casu* en detrimento del reparto, pero que se diferencia de éste en dos datos fundamentales. De un lado, mientras que en el marco de los conflictos de autoridades, la codecisión depende siempre, en última instancia, de la decisión de la autoridad de la residencia habitual del menor, en el *matching* del Convenio de La Haya de 1993, la decisión de las autoridades del Estado de origen y la del Estado de recepción se colocan en pie de igualdad¹⁶⁶⁴; de otro, y fundamentalmente, mientras que la codecisión en el contexto de los Convenios de conflicto de autoridades es confiada a autoridades competentes *stricto sensu*, en el marco del Convenio de La Haya de 1993, es confiada a autoridades de naturaleza administrativas. Esta decisiva diferencia, como se analizará a continuación, conlleva que la aproximación de ambas categorías de Convenios, desde el punto de vista de la técnica arbitrada para la resolución de los problemas de derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales respectivamente reguladas por cada una de ellos, sea radicalmente distinta¹⁶⁶⁵.

III. Sector del Derecho aplicable

1. Peculiaridades comunes

A) Abandono progresivo del método conflictual clásico: tendencia a la eliminación de la aplicación del derecho extranjero

La protección internacional del menor, como ha sido apuntado, ha sido uno de los sectores más sensibles a los nuevos elementos, tendencias y técnicas del DIPr.,

¹⁶⁶⁴ Vid., A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 156.

¹⁶⁶⁵ Vid., *infra*, Cap. IV, III. 2. y Cap. IV, III. 3. C), respectivamente.

tanto desde la perspectiva convencional como desde la dimensión autónoma¹⁶⁶⁶. Todos los factores analizados en el capítulo introductorio de este trabajo, que han diseñado el actual contexto internacional de la protección del menor¹⁶⁶⁷, han influido decisivamente en la nueva perspectiva estructural del DIPr. del menor¹⁶⁶⁸, y así expresiones como pluralismo metodológico o coexistencia de métodos adquieren todo su protagonismo en la materia. Desde el punto de vista del Derecho aplicable, la coexistencia de las normas de conflicto con las normas materiales imperativas o de aplicación inmediata, como consecuencia del intervencionismo estatal en la materia, es hoy en día consustancial a cualquier reglamentación autónoma¹⁶⁶⁹; la inadaptación de la norma de conflicto clásica caracterizada por su generalidad, rigidez y neutralidad ha dado paso a la búsqueda de distintas técnicas y métodos que, con distinto alcance, persiguen alcanzar y garantizar soluciones especializadas, esencialmente flexibles, y materialmente orientadas a la protección del menor¹⁶⁷⁰.

En esta línea, todos los Convenios de CIA que se analizan en este trabajo, como se viene comprobando, se presentan *a priori* como ejemplos paradigmáticos del proceso de evolución y transformación que la respuesta clásica de Derecho aplicable ha experimentado en el contexto de la protección del menor. En todos ellos, el método típico o clásico de atribución, en virtud del cual, como es sabido, una vez que la autoridad judicial de un Estado se ha declarado competente para conocer de una cuestión (sobre la base de los criterios distributivos o atributivos de competencia que resulten aplicables convencional o autónomamente), resuelve aplicando la norma de conflicto convencional o autónoma que, a partir de categorías generales de materias, indirectamente localiza la situación bajo el ámbito de un Ordenamiento jurídico

¹⁶⁶⁶ *Vid.*, A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor...», *cit.*, p. 967.

¹⁶⁶⁷ *Vid.*, concretamente, *supra*, Cap. introd., II.

¹⁶⁶⁸ *Vid.*, A. E. von Overbeck, «L'intérêt...», *cit.*, p. 365.

¹⁶⁶⁹ *Vid.*, en nuestro Derecho interno, art. 9. 6 C.c. (entre otros, S. Álvarez González, «Artículo 9. Apartado 6», M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código civil...*, *cit.*, pp. 269-271); y las normas de delimitación incorporadas en las normativas autonómicas sobre protección de menores; en el Derecho francés, D. Gutman, *Droit international privé*, 2^o ed., Dalloz, 2000, p. 113; en general, J. Heron, «Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement (exemple de la protection des mineurs et des procédures collectives)», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1990-1991, pp. 65-91.

¹⁶⁷⁰ En particular, respecto al «interés del menor», *vid.*, A. Borrás Rodríguez, «El interés del menor...», *cit.*, pp. 940-947.

(Ordenamiento extranjero u Ordenamiento del foro, situados todos en una posición de igualdad), es abandonado progresivamente, hasta el punto que aparentemente parece desaparecer. En todos ellos, a través de diferentes métodos alternativos, se puede observar la tendencia a prescindir de la aplicación del derecho extranjero¹⁶⁷¹. Se trata de características metodológicas comunes a todos estos Convenios de CIA desde el punto de vista del derecho aplicable, y que los separan de los Convenios clásicos de DIPr.

El alcance de este abandono progresivo del método atributivo clásico no puede contemplarse de igual modo en todos estos Convenios, sino que, básicamente, debe distinguirse el método arbitrado por los Convenios de conflicto de autoridades, de aquél o aquellos utilizados por los Convenios de CIA predominantes o, en otros términos, por aquellos Convenios de DIPr. en los que no existe conflicto de autoridades, por cuanto que, como se ha visto, el problema de la competencia judicial internacional queda fuertemente mediatizado por la intervención de autoridades administrativas (por excelencia, Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional)¹⁶⁷².

B) Influencia de valores de derecho material y tendencia a las respuestas jurídicas sustantivistas

a) Consideraciones previas

El abandono progresivo del método conflictual que caracteriza a todos estos Convenios de CIA es sustituido parcialmente por una clara opción metodológica adoptada con distinto alcance por todos ellos, y que se refiere a la clara influencia de los objetivos y valores de derecho material que existe en su reglamentación¹⁶⁷³, que queda progresivamente traducida en normas materiales más o menos desarrolladas,

¹⁶⁷¹ *Vid.*, resaltando esta nueva tendencia hostil a la aplicación de toda ley extranjera en los últimos Convenios de la Conferencia de La Haya, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 54.

¹⁶⁷² El planteamiento de la cuestión del método arbitrado por los Convenios híbridos en sede de derecho aplicable, obviamente, no tiene sentido alguno, en tanto que son Convenios de *exequatur*.

¹⁶⁷³ Aunque es conocido que parte de la doctrina tradicionalmente ha insistido en la autonomía de la norma de conflicto con relación al derecho material, este postulado separativo no concuerda con los datos y la ciencia jurídica desde mitad del siglo XX (*vid.*, un planteamiento actual de la cuestión, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 309-321).

que reflejan unos *standars minimus* aceptados por la Comunidad internacional como fundamentales¹⁶⁷⁴.

Efectivamente, como es sabido, una de las características que define al DIPr. de nuestros días frente al DIPr. clásico es el proceso de «materialización» que experimenta, en el que la finalidad de esta disciplina se dirige a la realización de los intereses de los particulares y la realización de valores jurídicos¹⁶⁷⁵. Como pone de relieve J. D. González Campos, dentro de esta tendencia se pueden diferenciar dos modos de realización: de un lado, partir de la localización como elemento característico de la norma de conflicto, e introducir por muy distintos expedientes, y con diferente intensidad, consideraciones propias del Derecho material y, de otro lado, actitudes más directamente sustantivistas, en las que la respuesta al problema del DIPr. se alcanza al margen de la norma de conflicto¹⁶⁷⁶. Los Convenios de CIA se encontrarían básicamente (aunque no de forma exclusiva), dentro de esta segunda opción caracterizada por la búsqueda de soluciones más directamente sustantivistas, pero a diferencia de otros ámbitos donde se avanza en la solución de los problemas de tráfico externo a través del Derecho uniforme, que actúa con independencia de las normas estatales¹⁶⁷⁷, en materia de protección de menores, las grandes diferencias de derecho material que, como se ha verificado, dejan traslucir las diferencias culturales, conducen obligatoriamente a aproximaciones distintas. Se trataría más bien, en la línea postmoderna del DIPr. como canal de comunicación cultural, no de reducir la complejidad cultural, sino de construir nuevas realidades a partir de fines u objetivos

¹⁶⁷⁴ *Vid.*, en general, respeto a la penetración de objetivos y valores de derechos material, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 314-319; en particular, con relación a los *standars minimus* internacionales en el ámbito del Derecho de familia, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, pp. 78-86.

¹⁶⁷⁵ En general, sobre la materialización de las normas de DIPr., *vid.*, recientemente, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 309-411.

¹⁶⁷⁶ *Vid.*, J. D. González Campos, «El paradigma de la norma de conflicto...», *cit.*, pp. 5264-5270; *amplius*, *id.*, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 320-389; A. E. von Overbeck, «Les règles de droit international privé material», *cit.*, pp. 362-379.

¹⁶⁷⁷ El marco típico de actuación de esta modalidad ha sido, obviamente, el Derecho del comercio internacional. Sobre las relaciones entre Derecho uniforme y DIPr., *vid.*, *amplius*, en la doctrina española, J.C. Fernández Rozas, «Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profº Aurelio Menéndez...*, *cit.*, (t. IV), pp. 5209-5237.

comunes¹⁶⁷⁸, y en donde el Derecho convencional no reemplazaría al Derecho autónomo, sino que se verían condenados obligatoriamente a coexistir. El Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, como ahora se comprobaba, se erige como el principal exponente entre los Convenios de CIA en materia de protección de menores de este peculiar proceso de materialización, aunque existen otros ejemplos susceptibles de ser observados en todos ellos.

b) *Standars minimus* internacionales: el interés superior del menor

El interés superior del menor, como se ha comprobado, es incorporado con distinto alcance en todas las legislaciones nacionales en materia de protección de menores, es considerado por la Comunidad internacional como un valor jurídico esencial que debe ser garantizado y promocionado, y tiene su máxima consagración como principio supremo en el Convenio de los Derechos del niño de 1989, en la medida que exige que éste debe constituir en toda decisión que le concierna adoptada por los órganos administrativos o autoridades judiciales de los Estados parte la única consideración primordial (art.3)¹⁶⁷⁹.

La primera ocasión en que el interés del menor es incorporado de manera relevante como una solución en clave material en un Convenio de Derecho internacional privado es en el art. 4 del Convenio de La Haya de 1961, quedando recogido, como se ha visto, como presupuesto o condición esencial de la competencia de las autoridades de la nacionalidad, quiénes intervendrán en detrimento de la competencia de las autoridades de la residencia habitual, cuando el interés del menor lo exija¹⁶⁸⁰. Reconociendo la importancia de esta primera recepción del interés del menor, como elemento de orden material determinante de la competencia y de la ley

¹⁶⁷⁸ En la doctrina española, sobre estas nuevas construcciones, *vid.*, especialmente, S. A. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo...», *cit.*, pp. 576-584; *id.*, «Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1996, pp. 149-173.

¹⁶⁷⁹ *Vid.*, *supra*, Cap. introd., II. 1. D).

¹⁶⁸⁰ Cronológicamente, no obstante, la primera mención del interés del menor, se sitúa antes, concretamente, en el art. 7 del Convenio de La Haya de 1902 sobre tutela de menores, disponiendo que a la espera de la constitución de la tutela o, en caso de urgencia, las autoridades locales pueden tomar las medidas necesarias para la protección de la persona y los intereses de un menor extranjero.

aplicable frente a exclusivos criterios tradicionales como la nacionalidad o la residencia habitual¹⁶⁸¹, debe anotarse que se trata de una incorporación no del todo adecuada, que sólo puede explicarse conociendo la naturaleza transaccional de este Convenio.

El interés del menor, en efecto, no sólo debe justificar la intervención de las autoridades de la nacionalidad, sino que teniendo en cuenta la finalidad del Convenio, esto es, la protección del niño, debe inspirar la actuación de todas las autoridades mencionadas en el texto. Por tanto, la recepción del interés del menor *ex art. 4* debe interpretarse a la luz de dicha finalidad, y teniendo presente la premisa convencional conforme a la cual, como se ha visto, las autoridades de la residencia habitual son las que por razones de proximidad intervendrán como regla general y, sólo excepcionalmente, las autoridades de la nacionalidad. Recordando estas ideas debe interpretarse que las autoridades de la nacionalidad deberán ponderar, para actuar en el marco del art. 4, que su intervención garantiza *in casu* más adecuadamente el interés del menor que la intervención de las autoridades de la residencia habitual. Este presupuesto supondrá un límite a su aparente intervención discrecional¹⁶⁸² y, tal como han destacado decisiones jurisprudenciales, las autoridades de la nacionalidad deberán justificar ante las autoridades de la residencia habitual que dicha intervención ha sido en interés del menor¹⁶⁸³.

El planteamiento del Convenio de La Haya de 1996 parece mucho más ajustado a la finalidad que persigue, esto es, mejorar la protección del menor en las situaciones internacionales, en la forma de incorporación del interés del menor como solución en clave material. En efecto, el interés del menor queda consagrado en el texto, como ha sido visto, como fundamento que condiciona y justifica, desde el punto de vista de la

¹⁶⁸¹ *Vid.*, resaltando este dato, W. E. von Steiger, «La protection des mineurs...», *cit.*, p. 516.

¹⁶⁸² *Vid.*, en el mismo sentido, G. Esteban de La Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 108; por el contrario, interpretando que se trata sólo de un «simple» criterio interpretativo, J. M. Castro-Rial, «El Convenio de La Haya...», *cit.*, p. 237.

¹⁶⁸³ *Vid.*, en este sentido, especialmente ilustrativa, decisión de la *Cour d'appel* de Dijon de 29 de septiembre de 1988. En este caso sobre la custodia de una menor francesa, las autoridades francesas entienden que aunque el art. 4 posibilita la intervención de las autoridades de la nacionalidad para constituir una medida de protección, esta facultad sólo puede ejercitarse si así lo exige el interés del menor, requisito que a juicio del tribunal no concurría en el caso (*vid.*, una valoración positiva de esta decisión, H. Gaudemet-Tallon, «Nota a la sentencia de la *Cour d'appel* de Dijon», *Jour. dr. int.*, 1989, pp. 707-715; Y. Lequette, en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 741-743, en la doctrina española, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 109, nota 77).

competencia, la intervención de todas y cada una de las autoridades *in casu* (determinando de este modo, como regla general, la ley aplicable), así como la realización de los procedimientos de transferencia de competencias incorporados en los arts. 8 y 9; y desde el punto de vista del derecho aplicable, la proyección de este *standard minimus* se recoge, particularmente, como solución de carácter material, en la cláusula de excepción *ex art. 15.2* que permite, como se apuntó y a continuación se analizará más detenidamente, de manera excepcional, en la medida que la protección del menor lo requiera, que la autoridad competente aplique o tome en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga unos vínculos más estrechos¹⁶⁸⁴.

Si en el Convenio de La Haya de 1961 se encuentra la primera incorporación del valor material del interés del menor en un texto de DIPr., la primera vez que éste aparece como solución material en una norma sustantiva, con independencia de las autoridades que pudieran tener competencia y de la ley o leyes que pudieran ser aplicables según las restantes reglas convencionales, es en el Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción¹⁶⁸⁵. En efecto, concretamente su art. 6 recoge, como se anunció, que las autoridades competentes sólo constituirán la adopción si responde al interés del menor y, naturalmente, este presupuesto material obligará con carácter previo a la constitución de la adopción a una investigación exhaustiva sobre el adoptante o adoptantes, menor y su familia, que conducirá a la CIA¹⁶⁸⁶.

En la misma línea, aunque reforzado con la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que consagra, como se ha visto, *ex art. 21* los principios esenciales que deben respetarse en toda adopción internacional¹⁶⁸⁷, el nuevo Convenio de La Haya sobre adopción internacional de 1993 eleva en su art. 1, como objetivo de todo el mecanismo convencional, establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración del interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional (art. 1). La autoridad competente del Estado de origen sólo podrá considerar que una adopción puede tener lugar si ha constatado, después de haber examinado

¹⁶⁸⁴ *Vid., infra*, Cap. IV, III. 2. D).

¹⁶⁸⁵ *Vid., supra*, Cap. I, II. 4. C) b).

¹⁶⁸⁶ *Vid.*, G. Franchi, «Adozione internazionale e convenzione dell'Aja», *Rev. trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 284-300, esp., pp. 298-299.

¹⁶⁸⁷ *Vid., supra*, Cap. introd., III. 3. C) b).

adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del menor [art. 4b)]. El Convenio de La Haya de 1993, en realidad, constituye en gran parte de su esencia, un desarrollo sustantivo o material de los principios consagrados en el art. 21 de la Carta Magna de los Derechos del Niño¹⁶⁸⁸, que se erigen progresivamente como los *standars minimus* de la adopción internacional¹⁶⁸⁹.

La proyección del interés superior del menor como *standar minimus* internacional se ha dejado sentir especialmente en la reglamentación convencional de la protección del menor, como suele hacerse sentir en general con relación a todos los *standars* internacionales de protección derivados de los Derechos Humanos¹⁶⁹⁰, en el proceso evolutivo que ha experimentado la concepción y la intervención de la cláusula de orden público, tanto como límite a la aplicación de las normas extranjeras, como límite a la eficacia de las resoluciones extranjeras. Desde la primera dimensión, que ahora mismo interesa, esta transformación ha quedado patente en el Convenio de la Haya de 1996 sobre protección de menores, y aunque cabe pensar que la invocación de la cláusula de orden público no será muy frecuente, puesto que la autoridad competente aplicará como regla general su ley interna, sin embargo, su actuación será posible tanto por la vía de la cláusula de excepción *ex* 15. 2, como con relación al ejercicio de la responsabilidad parental *ex* art. 17. El art. 22 da un salto cualitativo en la recepción de esta reserva respecto al art. 16 de su predecesor, consagrando que la aplicación de la ley designada por las disposiciones convencionales sólo podrá excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Con esta formulación, el interés del menor pasa a constituir el contenido esencial del orden público, insertándose su concepción en las

¹⁶⁸⁸ M. Werwilghen («La genèse d' une Convention...», *cit.*, p. 440) ponía de relieve que, en realidad, sólo se trataba de concretizar en términos jurídicos precisos los principios generales formulados en el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niños; en la doctrina española, *vid.*, sobre esta relación, M. V. Mayor del Hoyo, «Notas acerca del Convenio de La Haya sobre adopción internacional», *cit.*, pp. 1019-1943.

¹⁶⁸⁹ En el Anteproyecto del Convenio se recogía también una referencia a los derechos fundamentales consagrados en las respectivas Cartas Magnas de los Estados parte, sin embargo, el deseo de salvaguardar ante todo una serie de *minimus* condujo a la supresión de esta referencia, que corría el riesgo de destruir la uniformidad perseguida en este aspecto en la aplicación e interpretación del Convenio por las autoridades estatales (*vid.*, M. Jametti Greiner y A. Bucher, «La Dix-septième session...», *cit.*, p. 64).

¹⁶⁹⁰ *Vid.*, en general, P. A. de Miguel Asensio, «Derechos Humanos...», *cit.*, pp. 545-549.

construcciones doctrinales restrictivas de la noción que se sitúan en la línea de la internacionalización de los valores conformadores de la noción, en detrimento de las meramente nacionales, y con las cuales el orden público deja de ser un concepto netamente nacional para convertirse en un mecanismo que asume los *standars* internacionalmente aceptados a través de Convenios internacionales¹⁶⁹¹. Esta misma comprensión de la función del orden público vinculada directamente a la garantía en el marco internacional del interés del menor, es también la que se recoge, como se verá más adelante, en su recepción en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones.

De esta breve exposición sobre la recepción del interés del menor en cuanto solución de Derecho material en los Convenios de DIPr. que reglamentan su protección, puede concluirse que el interés superior del menor, que tiene sus raíces como *standar* internacional en el art. 3 del Convenio de las Naciones Unidas, ha sido trasladado en el ámbito del DIPr. a todos los Convenios internacionales relativos a la protección del menor¹⁶⁹², confirmando aún más su posición de valor jurídico considerado esencial para la comunidad internacional, convirtiéndose en el presupuesto y objeto tanto de las normas sobre competencia, como de derecho aplicable y reconocimiento.

¹⁶⁹¹ De este modo, el operador jurídico, para advertir la contradicción con el orden público de un Derecho extranjero tendrá que examinar, en primer lugar, si la *police* del foro concuerda con las tendencias de los Convenios internacionales, y sólo si existe tal coincidencia podrá, en segundo lugar, rechazar la aplicación del Derecho extranjero cuando resulte contrario al sentido de la regulación de éste comúnmente aceptada (*vid.*, más concretamente, sobre la intervención del orden público en el sector del Derecho aplicable en los dos últimos Convenios de La Haya generales sobre la protección del menor, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 230-234).

¹⁶⁹² En los Convenios relativos al problema de la sustracción internacional de menores, la incorporación del interés del menor también aparece, pero en distinta medida. En el Convenio de La Haya de 1980 el interés del menor se recoge en su Preámbulo, pero no en la parte dispositiva del texto. Esta acertada exclusión queda justificada, como pone de relieve E. Pérez Vera en su informe explicativo del Convenio, en el peligro de dejar traslucir particularismos sociales y culturales en la aplicación e interpretación de la noción por las autoridades nacionales, que podrían frustrar realmente el objetivo convencional (*vid.*, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 430-432). Por ello, su inclusión en los Convenios de Luxemburgo de 1980 e hispano-marroquí de 1997, entre las causas que pueden justificar el rechazo a la restitución, resulta sumamente peligrosa [*vid.*, arts. 10 1 b), 10.1 d), y art. 9, respectivamente].

c) *Standars minimus* internacionales dependientes del interés del menor y las «normas narrativas»

A pesar de la asunción por la Comunidad internacional del interés del menor como *standar minimus* internacional, y su incorporación a las normas de DIPr. como primer elemento unificador en la materia, su determinación *in casu*, en cuanto concepto jurídico indeterminado, como se vio en su momento¹⁶⁹³, continúa implicando por naturaleza una cierta labor de concreción por la autoridad judicial o administrativa; y en el marco internacional, no puede negarse que dicha concreción continúa enfrentándose al no superado nacionalismo.

Estas dificultades intrínsecas a la concreción *in casu* del *estándar minimus* «interés superior del menor», a mi juicio, se encuentran hoy día reducidas en gran medida, gracias a la labor de sustantivización llevada a cabo por los Convenios de DIPr. que se ocupan de su reglamentación y, entre otros expedientes, a través de las conocidas «normas narrativas»¹⁶⁹⁴, respecto a principios jurídicos relacionados con la protección del menor que tienen su consagración, esencialmente, en la Carta Magna de los Derechos del niño, y en la interpretación del art. 8 de la Convenio Europeo de 1950¹⁶⁹⁵.

Entre tales *standars minimus* internacionales reiterados y desarrollados por las normas narrativas de DIPr. se incluirían básicamente: «*el marco adecuado para el menor es la permanencia con sus padres*»; «*el menor no debe ser desplazado de su residencia habitual sin las garantías suficientes de estabilidad, y en el supuesto de que ello ocurra debe ser restablecido inmediatamente al lugar de su residencia habitual*»; «*el menor debe relacionarse periódicamente con ambos progenitores cuando éstos no conviven juntos*»; «*debe facilitarse al menor todos los medios legales para hacer efectiva su pensión alimenticia respecto a su progenitor que reside en otro Estado distinto*»; «*responsabilidad de las autoridades judiciales y administrativas del lugar de la residencia habitual del menor*»; «*principio de la continuidad internacional en la protección*»; y respecto a la adopción internacional, los cinco

¹⁶⁹³ *Vid. supra*, Cap. introd., II. 1. D) b).

¹⁶⁹⁴ *Vid.*, E. Jayme, *Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tubinga, 1993; *id.*, «Identité culturelle et intégration...», *cit.*, pp. 143-144.

¹⁶⁹⁵ *Vid.*, *supra*, Cap. introd., II. 2. C) a).

principios, ya señalados, consagrados en el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989¹⁶⁹⁶.

En la categoría de normas narrativas de DIPr. suelen incluirse, como es sabido, los Preámbulos o Exposiciones de Motivos, declaraciones de intenciones, Convenios no en vigor, y otras disposiciones, que careciendo del carácter de auténticas fuentes del DIPr., forman parte del razonamiento jurídico, y orientan las soluciones en un sentido u otro. Las construcciones o doctrinas pertenecientes al DIPr. postmodernista, más partidarias de los principios que de las normas, y en cualquier caso proclives a la apertura de estas últimas, destacan la creciente relevancia de estas normas narrativas en el proceso de materialización del DIPr., así como la importancia que adquieren progresivamente en el razonamiento de los tribunales enfrentados a problemas de DIPr., erigiéndose como pautas para valorar la respuesta de aquellos supuestos no resueltos de forma determinante por el Ordenamiento jurídico, o para derogar por vía interpretativa algunos principios caducos¹⁶⁹⁷.

Efectivamente, en mi opinión, las normas narrativas existentes en torno a la reglamentación convencional de la protección del menor desde la óptica del DIPr. realizan una labor fundamental en el proceso de elevación de estos citados principios en *standars minimus* internacionales dependientes del interés superior del menor, y que vendrían a convertirse en un segundo elemento unificador en la materia.

Standars minimus puesto que, partiendo de su consagración más o menos explícita en otra modalidad de Convenios internacionales, son reafirmados y desarrollados en los Preámbulos, cada vez más amplios, de los Convenios de CIA¹⁶⁹⁸, evidenciando de este modo el consenso entre los Estados parte del respectivo Convenio en garantizar unos determinados principios jurídicos básicos como

¹⁶⁹⁶ Debe recordarse que estos cinco principios son los siguientes: a) Principio del interés superior del menor como consideración primordial; b) Principio de subsidiaridad; c) Principio de la competencia de autoridades y del consentimiento paterno-materno; d) Equivalencia de garantías; e) Lucha contra el tráfico.

¹⁶⁹⁷ *Vid.*, sobre el postmodernismo en general, y en concreto sobre las normas narrativas en cuanto expediente de postmodernidad, en la doctrina española, S. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo...», *cit.*, pp. 557-584; *id.*, «Postmodernismo e integración...», *cit.*, pp. 149-171.

¹⁶⁹⁸ Sobre todo si se comparan con los Preámbulos de los Convenios concluidos en materia de obligaciones contractuales y extracontractuales, *ad. ex.* Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera o Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos.

traducciones del interés superior del menor, y con independencia de la idoneidad de las técnicas arbitradas por cada uno de ellos para salvaguardarlos. De este modo, *ad. ex.*, como se ha señalado, el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores no incorpora en su parte dispositiva el concepto de «interés superior del menor», previniendo así el riesgo de la maleabilidad que lleva implícito el mismo, pero sí deja sentado en su Preámbulo la relevancia de restituir al menor al Estado en que tenga su residencia habitual antes de un traslado ilícito, y de asegurar la protección del derecho de visita; principio que vuelve a reafirmarse en el Preámbulo del Convenio de Luxemburgo de 1980, subrayando que el derecho de visita de los padres es consecuencia normal del derecho de custodia, y es necesario introducir las disposiciones apropiadas que permitan restablecer la custodia de menores, cuando ésta haya sido arbitrariamente interrumpida. De nuevo el mismo *standar minimus* se confirma en el Preámbulo del Convenio hispano-marroquí específico de 1997, reiterándose la relevancia para los menores de no ser desplazados ni retenidos ilegalmente, y de mantener relaciones armoniosas y regulares con sus padres. Con relación a la adopción internacional, basta sólo comparar las escasas líneas del Preámbulo del Convenio de La Haya de 1965, con la reafirmación y desarrollo de principios que aparecen plasmados en el Preámbulo del Convenio de La Haya de 1993¹⁶⁹⁹. Igualmente, a mi juicio, el nuevo Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, aún no habiendo entrado todavía en vigor de manera generalizada, está realizando actualmente una importante función como norma narrativa de DIPr., sobre todo respecto a la consagración definitiva del principio de la competencia de las autoridades de la residencia habitual del menor y declive del criterio de la nacionalidad, así como respecto a la necesaria introducción de normas reguladoras de CIA.

Todos estos valores jurídicos esenciales que han sido reafirmados como *standars minimus* internacionales por las normas narrativas del DIPr. (entre las que, en mi opinión, también se incluirían los respectivos informes de cada uno de estos Convenios, pues nadie duda de su enorme influencia en la interpretación y aplicación

¹⁶⁹⁹ *Vid.*, destacando la relevancia del Preámbulo de este último, como instrumento de interpretación de las normas convencionales, G. Parra Aranguren, «History, philosophy and general structure...», *cit.*, pp. 65-66.

de las respectivas normas convencionales), no sólo sirven como traducción de los principios que la Comunidad internacional ha asumido como contenido esencial del *standard minimus* del interés superior del menor, sino que a su vez actúan como límites a la posible discrecionalidad de cualquier autoridad nacional que haya de concretar el interés del menor *in casu* en una situación privada internacional, aunque ineludiblemente, resulten siempre dependientes del propio «interés superior del menor», en cuanto que éste *in casu* será siempre susceptible de requerir la derogación de aquéllos¹⁷⁰⁰.

d) Normas materiales de carácter procedimental

Estos Convenios internacionales de CIA, consustancialmente, acuden cada vez en mayor medida a normas materiales de DIPr. de carácter procedimental, en detrimento del resto de los métodos de DIPr., para alcanzar sus objetivos convencionales, reafirmando así, una vez más, la preferencia por el método de reglamentación directo *versus* el método conflictual. En este caso, se trata de normas materiales que tienen su origen y sentido exclusivamente en un Convenio internacional, y que contienen una respuesta directa a una situación privada internacional, pero que a diferencia de las normas materiales de DIPr. en su acepción tradicional (aun teniendo en cuenta toda su diversidad), no se refieren al fondo de la materia, sino exclusivamente a la forma o procedimiento¹⁷⁰¹.

En los Convenios de CIA que afectan a la protección internacional del menor son cada vez más numerosas, aunque naturalmente aparecen en mayor medida cuanto

¹⁷⁰⁰ *Ad. ex.*, el interés superior del menor es no ser desplazado ilícitamente, y si ello ocurre el retorno inmediato. Sin embargo, en ocasiones el no retorno puede ser justificado en el propio interés superior del menor (*ad. ex.*, ha transcurrido tanto tiempo desde el desplazamiento, que el menor ya se ha integrado en el nuevo medio); la adopción internacional no debe ser concebida cuando el menor pueda ser colocado en su país de origen, pero si esto no es posible, su interés superior aconseja la adopción internacional como medida más adecuada de integración en una familia; el interés superior del hijo es relacionarse con sus dos progenitores cuando éstos no convivan, pero su propio interés superior exige en ocasiones negar dicha relación (*ad. ex.*, respecto a uno de los progenitores que es alcohólico y del que el menor recibe malos tratos continuos).

¹⁷⁰¹ La importancia de esta modalidad de normas materiales de DIPr. fue ya destacada por algunos autores con relación a los Convenios de La Haya sobre procedimiento civil y, en general, respecto a los Convenios sobre eficacia extraterritorial de decisiones (*vid.*, su inclusión en la categoría de normas materiales de DIPr., A. E. von Overbeck, «Les règles de droit international privé matériel», *cit.*, pp. 371-372).

mayor es el grado de CIA arbitrada en su reglamentación para la obtención de los respectivos objetivos convencionales. De este modo, su importancia cuantitativa es inferior en los Convenios de conflicto de autoridades, que responden prioritariamente a las cuestiones clásicas¹⁷⁰², frente a su utilización en los Convenios híbridos y, sobre todo, en los Convenios de CIA predominante, en los que su método queda casi reducido a las mismas (pioneramente, Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero y, posteriormente, Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional)¹⁷⁰³.

En esta modalidad de normas materiales de DIPr. pueden distinguirse, a su vez, dos categorías, dependiendo del objeto de regulación al que se dirijan y, en realidad, *stricto sensu*, sólo las segundas responden a la caracterización de este tipo de normas. De un lado, se encuentran aquellas normas que exclusivamente tienen por objeto instaurar y diseñar el régimen jurídico de las distintas autoridades administrativas intervinientes en los respectivos procedimientos de CIA (normas materiales sobre incorporación de autoridades), y en las que no se incluirían aquéllas que se refieren a las autoridades competentes *stricto sensu*, puesto que éstas vienen determinadas por las normas de competencia de autoridades; de otro, mucho más numerosas, se hayan las normas que se dirigen a reglamentar de manera más o menos detallada los diferentes procedimientos de CIA (judicial o administrativos) incorporados en los respectivos Convenios internacionales (normas materiales de carácter procedimental *stricto sensu*). Tanto unas como otras normas, como se ha comprobado respectivamente en los Capítulos II y III, pueden contemplarse también como normas materiales mínimas, en el sentido que necesitan un desarrollo por las legislaciones internas de los respectivos Estados parte para el buen funcionamiento convencional y confirman, una vez más, el carácter marco de estos Convenios internacionales.

Las normas materiales de carácter procedimental *stricto sensu* se incorporan progresivamente en los Convenios de conflicto de autoridades: Convenio de La Haya

¹⁷⁰² Entre el Convenio de La Haya de 1961 y el de 1996, naturalmente, su utilización es superior en el segundo, que incorpora un capítulo específico destinado a la CIA, mientras que el primero sólo contiene algunas disposiciones aisladas.

¹⁷⁰³ *Vid.*, en el mismo sentido, I. Barrière-Brousse, «L'enfant...», *cit.*, pp. 855-856.

de 12 de junio de 1902 sobre ley aplicable a la tutela (arts. 4.2 y 8); Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores (arts. 4.1, 6, 10 y 11); Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 en materia de adopción (arts. 5.2 y 6); y Convenio de La Haya de 1996 (arts. 8 y 9, 30-37). Sin embargo, en tanto que sólo el último de estos Convenios apuesta por un sistema de CIA articulado y asistido por AACC, exclusivamente en el mismo pueden encontrarse normas de incorporación de autoridades (*ad. ex.*, art. 29, art. 38, art. 47. 8). A *sensu contrario*, el resto de Convenios de CIA incorporan, como presupuesto de su puesta en funcionamiento, normas sobre incorporación de autoridades¹⁷⁰⁴, y progresivamente en el tiempo, como se ha visto, van utilizando, cada vez de manera más numerosa, normas materiales de carácter procedimental *stricto sensu* que regulan, también cada vez de manera más detallada, los diferentes procedimientos o actividades de CIA (recuérdese *ad. ex.*, las escasas normas de este tipo que se utilizaron en el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, y cómo la práctica ha puesto de relieve la necesidad de su incorporación como requisito de su eficacia).

2. Convenios de conflicto de autoridades: relación *forum e ius*

A) Consideraciones previas

Los Convenios de La Haya de 1961 y de 1996 sobre protección de menores *in genere*, aun desenvolviéndose en el esquema tradicional de las cuestiones de DIPr., procurando ofrecer una respuesta unificada en su ámbito de aplicación a las cuestiones de competencia, ley aplicable, y eficacia extraterritorial de decisiones, constituyen, como se viene comprobando, exponentes convencionales de las alteraciones metodológicas que experimentan, con distinto alcance, todos los Convenios de CIA que inciden actualmente en la protección del menor. La solución que ofrecen estos textos al problema de la ley aplicable, clara consecuencia de uno de los principios básicos que inspira su regulación, esto es, como se examinó en el capítulo I, la preeminencia de las cuestiones de competencia *versus* las cuestiones de ley

¹⁷⁰⁴ *Ad. ex.*, son normas materiales de incorporación de autoridades *ad. ex.*, art. 1. 1 *in fine* del Convenio de Nueva York de 1956, art. 6 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción; arts. 6, 10 a 13 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.

aplicable¹⁷⁰⁵, se caracteriza por las relaciones o vínculos que se establecen entre las cuestiones de competencia de autoridades y las cuestiones de derecho aplicable, puesto que subordinan la solución de competencia legislativa a la solución de competencia judicial, logrando de este modo un método de reglamentación unitario de las situaciones privadas internacionales. Con la adopción de este método de reglamentación unitario, los Convenios de conflicto de autoridades rompen con uno de los principios tradicionales del DIPr. tradicional, esto es, la separación entre la respuesta de competencia judicial y la respuesta de competencia legislativa. Se trata de un método de determinación de la ley aplicable que se separa del método conflictual clásico aunque, *a priori*, los expedientes de CIA arbitrados en los respectivos textos, hasta el momento, parecen no haber penetrado como técnica en este sector del DIPr. Sin embargo, ello no implica desconocer la incidencia que los procedimientos de CIA instaurados en el texto tienen en el sector del derecho aplicable.

B) Justificación tradicional de la regla de la unidad

La alineación de la competencia legislativa a la competencia judicial, fenómeno no exclusivo de esta materia, aunque sí es en ella donde experimenta sus primeras manifestaciones¹⁷⁰⁶, implica, como se ha dicho, ignorar uno de los principios estructurales del DIPr. clásico, conforme al cual, la solución alcanzada en el sector de la competencia judicial es independiente a la determinación del derecho aplicable a la situación privada internacional, puesto que mientras la primera cuestión persigue un objetivo judicial, la segunda aspira a obtener un objetivo jurídico, y dado que no persiguen los mismos objetivos, no tienen porqué coincidir las respectivas soluciones¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰⁵ *Vid., supra*, Cap. I, II. 2. A) a).

¹⁷⁰⁶ *Vid.*, esta tendencia en general en el ámbito del DIPr. posterior a la Segunda Guerra Mundial, H. Batiffol, «Le pluralisme des méthodes...», *cit.*, pp. 85-106; *id.*, «L'avenir du Droit international privé...», pp. 316-317.

¹⁷⁰⁷ Sobre las relaciones estructurales entre las normas que rigen estos dos grandes sectores del DIPr. y los distintos objetivos de cada uno de ellos, *vid., amplius*, J. D. González Campos, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé», *R. des C.*, 1977-III, t.

La opción por la alineación entre las dos cuestiones, que produce el resultado de obtener un régimen unitario de la reglamentación mediante la *vis atractiva* que ejerce la competencia judicial sobre la legislativa, determinando ésta, viene justificándose con base a diferentes argumentos. En general, con independencia de la materia, se acude en defensa de la regla de la unidad, a su resultado simplificador, ya que, se dice, no existe nada más fácil para una autoridad que aplicar su propia ley interna, evitando así todas las dificultades inherentes al procedimiento de información y aplicación del derecho extranjero¹⁷⁰⁸. En concreto, en materia de protección de menores, la simplicidad parece exigirse aún más, ya que en un número muy acusado de supuestos la autoridad llamada a intervenir será una autoridad de carácter administrativo, la cual *a priori* no se encuentra en tan buena disposición para aplicar un derecho extranjero¹⁷⁰⁹. A este argumento se une con gran peso el hecho que, como es sabido, gran número de las actuaciones que se llevan a cabo en este ámbito se realizan mediante actos de jurisdicción voluntaria, en los que las relaciones entre fondo y procedimiento son muy estrechas. Por tanto, supeditando la solución legislativa a la judicial, se evita cualquier posibilidad de disociación entre fondo y procedimiento, suprimiendo así los problemas de adaptación entre ambas leyes en los procedimientos de jurisdicción voluntaria donde las relaciones entre la competencia judicial y la competencia legislativa son tan complejas¹⁷¹⁰, a la vez que se evita la aparición de los conocidos problemas derivados en este ámbito de la distinción entre protección familiar (que reclama la ley personal del menor) y protección estatal (que exige la *lex fori*)¹⁷¹¹.

156, pp. 227-376; H. Batiffol, «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», *Choix d'articles...*, *cit.*, pp. 303-313.

¹⁷⁰⁸ Los argumentos utilitarios relativos a la eficacia y a la rapidez se encuentran en la base de esta aproximación simplificadora: la aplicación por la autoridad competente de su propia ley resulta más rápida, más cierta y, finalmente, más justa, porque las posibilidades de error en el sinuoso procedimiento de la aplicación del derecho extranjero quedan reducidas (*vid.*, entre otros, H. Batiffol, «Le pluralisme des methodes...», *cit.*, p. 84-85; Y. Loussouarn, «The IXth Session...», *cit.*, pp. 686-687).

¹⁷⁰⁹ El argumento de la simplicidad de la obra convencional, en beneficio de las autoridades administrativas y organizaciones semioficiales llamadas a aplicarlo, fue de gran peso en los trabajos preparatorios del Convenio (*vid.*, W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 223).

¹⁷¹⁰ *Vid.*, A. V. M. Struycken, «Quelques réflexions sur la jurisdiction gracieuse en Droit international privé», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1986-1987, pp. 106-143, esp., sobre las relaciones entre la competencia judicial y la competencia legislativa en este ámbito, pp. 116-126.

¹⁷¹¹ *Vid.*, Y. Lequette, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, pp. 66-69.

C) Convenio de La Haya de 1961

a) La unidad inseparable del *forum* y el *ius*

Los arts. 2 y 4 del Convenio de 1961 consagran, de modo radical y *ex novo* respecto a las medidas de protección del menor en el contexto del DIPr., el sistema de unidad entre el *forum* y el *ius*, conforme al cual las autoridades competentes en virtud de las reglas convencionales adoptarán las medidas de protección previstas en su ley interna. Es importante retener que con la expresión «ley interna» se hace referencia al Derecho material del Estado en cuestión, con exclusión, por tanto, de las normas de DIPr. Aunque la exclusión de las normas conflictuales del Derecho autónomo no aparezca reflejada expresamente en el texto, sí queda expresada en su informe explicativo¹⁷¹², puede deducirse por contraposición a otros Convenios internacionales que inciden en la materia (*ad. ex.*, art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, que hace referencia al término de «Derecho» y no de «ley»¹⁷¹³) y, además, así ha quedado confirmado positivamente en el nuevo Convenio de La Haya de 1996 *ex art.* 21¹⁷¹⁴.

La solución adoptada por el Convenio de La Haya de 1961 en sede de ley aplicable, haciendo depender inderogablemente la competencia legislativa de la competencia judicial, puede explicarse, una vez más, desde el espíritu conciliador o de compromiso que inspira todo el texto. Mediante este método de reglamentación, los redactores del Convenio evitaron tener que elegir entre el derecho del Estado de la residencia habitual del menor o el derecho del Estado del que es menor es nacional¹⁷¹⁵. Si resultan competentes las autoridades de la nacionalidad (art. 4)

¹⁷¹² *Vid.*, W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 226.

¹⁷¹³ Con la expresión «derecho» del Estado de la residencia habitual del menor, el Convenio contempla tanto el derecho material interno como las normas de Derecho internacional privado de dicho Estado (*vid.*, E. Pérez, «Rapport explicatif...», *cit.*, 446). A *sensu contrario*, con la expresión «ley» se excluyen las normas de DIPr. de dicho Estado.

¹⁷¹⁴ El art. 21. 1 dice así: «A efectos del presente capítulo, se entenderá por ley el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes».

¹⁷¹⁵ Puede verse idéntica aproximación utilitaria al Convenio de 1961, en cuanto a la preeminencia de las cuestiones de competencia y la identificación *forum et ius* como fórmula de compromiso, en el art. 3 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de sucesiones, que indica que para designar al titular del certificado internacional instituido por el Convenio e indicar sus poderes, la autoridad competente aplicará su propia ley interna como regla general.

aplicarán su ley interna, y si resultan competentes las de la residencia habitual, aplicarán su ley interna (art. 2).

b) Valoración crítica

A pesar de todos los argumentos esgrimidos en favor de la adopción de este método, los primeros comentaristas del texto ya advirtieron sobre los peligros de la regla de la unidad en términos radicales¹⁷¹⁶, y sobre todo porque la estrecha relación de esta materia con las cuestiones sobre la capacidad del menor amenazaba de nuevo la posible desaparición del estatuto personal, al ser las primeras sustraídas del mismo¹⁷¹⁷. También se sostuvo que la regla de la unidad iba en contra de los fines tradicionales del DIPr., es decir, excluir la preponderancia de la ley del foro y la posibilidad del *forum shopping*¹⁷¹⁸.

La cuestión, a mi juicio, creo que debe resolverse, tomando palabras de H. Batiffoll, partiendo de la idea que toda opción radical no es jurídica¹⁷¹⁹. Es cierto que en materia de protección de menores, la coincidencia *forum-ius* presenta indudables ventajas tratándose de adoptar medidas de protección *in casu* (es decir, cuando es requisito inexcusable la intervención de una autoridad judicial o administrativa porque la protección familiar ha fallado)¹⁷²⁰. En efecto, aparte de responder más adecuadamente a las exigencias de urgencia concurrentes en buen número de situaciones, si la autoridad competente en el marco convencional adopta las medidas de protección conforme a su ley interna evita muchas dificultades derivadas de la difícil distinción en el ámbito de la protección de menores entre las cuestiones de

¹⁷¹⁶ *Vid.*, *ad. ex.*, M. Simon-Depitre, «La protection...», *cit.*, pp. 123-124; D. Mayer, «Évolution...», *cit.*, pp. 466-467.

¹⁷¹⁷ *Vid.*, sobre esta cuestión, *ad. ex.*, H. Batiffoll, «Le pluralisme des methodes...», *cit.*, p. 88; *id.*, *Una crisis del estatuto personal...*, *cit.*, pp. 29-38. No obstante, debe dejarse sentado que las cuestiones relativas a la capacidad del menor quedan excluidas del ámbito de aplicación material tanto del Convenio de 1961 como del Convenio de 1996, correspondiendo al DIPr. de los Estado contratantes resolver las posibles cuestiones que puedan suscitarse sobre estos aspectos con carácter previo en el marco convencional (*vid.*, respectivamente, W. E. Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 224; P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 10).

¹⁷¹⁸ *Vid.*, sobre esta crítica, W. E. von Steiger, «La protection...», *cit.*, p. 514.

¹⁷¹⁹ *Vid.*, H. Batiffoll, «Le pluralisme des méthodes...», *cit.*, p. 97.

¹⁷²⁰ En estos supuestos, la unidad ha sido incluso defendida por sus mayores detractores (*vid.*, *ad. ex.*, I. Barrière-Brousse, «L'enfant...», *cit.*, pp. 852-853).

fondo y las cuestiones de procedimiento, a la vez que se otorga una mayor previsibilidad y seguridad jurídica, quedando determinado el derecho aplicable de una manera uniforme¹⁷²¹. Si además, como ha sido visto, existe un consenso sobre que la competencia *in casu* será atribuida con carácter general a las autoridades más próximas al menor a través de las respectivas reglas de competencia, esta autoridad en caso de coincidencia *forum-ius*, no sólo aplicará también el Ordenamiento jurídico más relacionado con el entorno del menor para la adopción de la medida, sino que facilitará la ejecución de la misma, puesto que normalmente dicha ejecución tiene lugar en el Estado de la autoridad que adopta la medida, y con lo cual su puesta en funcionamiento y supervisión será más fácil si resulta conforme a la ley de dicho Estado¹⁷²².

No obstante, a pesar de reconocer las ventajas de la coincidencia entre la solución de competencia y la solución de ley aplicable en la materia, su formulación en términos de identidad, de modo que la competencia judicial determine inderogablemente la competencia legislativa, sin posibilidad de separación alguna, no parece en modo alguno apropiada, al igual que toda opción metodológica radical.

En primer lugar, debe dejarse claro que la coincidencia entre ambas competencias, naturalmente sólo es susceptible de afirmarse respecto de las medidas de protección, es decir, en los supuestos en que sea imperativa la intervención de una autoridad (administrativa o judicial) para adoptar una medida *in casu* mediante un procedimiento *ad hoc* (contencioso o voluntario), y no en los supuestos en que se trate únicamente de intervenciones de una autoridad exigidas por ejercicio de la responsabilidad parental¹⁷²³. En estos supuestos de «normalidad», el derecho aplicable debe corresponder al Ordenamiento jurídico que ha establecido y regula el régimen de la responsabilidad parental.

En segundo lugar, aún tratándose de medidas de protección con intervención imperativa de una autoridad, todos los argumentos esgrimidos para justificar la unidad

¹⁷²¹ La idea de la coincidencia *forum-ius* ya se propiciaba parcialmente en el Convenio de La Haya de 1902 sobre la tutela de menores *ex arts. 2, 3 y 7 (vid., W. E. von Steiger, «La protection des mineurs...», cit., p. 493).*

¹⁷²² *Vid., P. Lagarde, «Rapport explicatif...», cit., p. 29.*

¹⁷²³ *Ad. ex., autorización por una autoridad para la venta de un bien del menor que está sometido a responsabilidad parental ex lege.*

inseparable del *forum* y el *ius* parecen fijarse excesivamente en la naturaleza administrativa y no jurisdiccional de los actos de jurisdicción voluntaria, olvidando no sólo que no todas las medidas se adoptan en procedimientos de esta naturaleza, sino que, fundamentalmente, la finalidad esencial de unos y otros es la realización del Derecho privado¹⁷²⁴, y en esta materia concretamente, la satisfacción del interés superior del menor. Esta finalidad obliga a rechazar la inseparabilidad de la competencia judicial y la competencia legislativa, ya que las necesidades de protección del niño *in casu* pueden aconsejar la aplicación por la autoridad competente que este conociendo del asunto de la ley de un Ordenamiento jurídico distinto al del foro (*ad. ex.*, supuestos en que la medida deba ejecutarse en un Estado distinto al de la autoridad que la adopta).

Como la mejor doctrina ha puesto de relieve, la exclusión total de la ley extranjera, como pretende el Convenio de La Haya de 1961 respecto a las medidas de protección, a pesar de sus ventajas, no es posible, y se impone una coexistencia de métodos¹⁷²⁵. Piénsese, *ad. ex.*, en el Convenio de La Haya sobre adopción internacional de 1965, en el que a pesar de reconocer la regla de la unidad *forum e ius ex. art. 4*, reconoce importantes excepciones a favor de la ley nacional tanto del adoptante como del adoptado¹⁷²⁶, o en algunos Convenios bilaterales que regulan la protección de menores (no, desafortunadamente, el Convenio hispano-marroquí específico de 1997 que, como se ha visto, no contiene normas de competencia directa¹⁷²⁷), donde las cuestiones de competencia y de ley aplicable permanecen separadas al igual que la regla tradicional (*ad. ex.*, Convenio franco-polaco de 5 de abril de 1967 relativo a la ley aplicable, a la competencia y al *exequátur* en el derecho de las personas y de la familia).

Como vía de solución apropiada a las relaciones *forum-ius* en el marco general de las medidas de protección con intervención de autoridad, un sector de la doctrina

¹⁷²⁴ *Vid.*, J. D. González Campos, «Les liens entre...», *cit.*, pp. 339-340; G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 170.

¹⁷²⁵ *Vid.*, *ad. ex.*, H. Batiffol, «Le pluralisme des méthodes...», *cit.*, p. 97; I. Barrière-Brousse, «L'enfant...», *cit.*, pp. 852-855. Sobre las dificultades de aplicación del sistema de la inseparabilidad de competencias que construyó el Convenio de 1961 y las nuevas dificultades que se derivan del mismo, *amplius*, Y. Lequette, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, pp. 74-99.

¹⁷²⁶ *Vid.*, *supra*, Cap. I, II. 4. C) b).

¹⁷²⁷ *Vid.*, *supra*, especialmente, Cap. IV, II. 2. A).

viene reivindicando la aplicación de la teoría del paralelismo de las conexiones en detrimento de la regla de la unidad¹⁷²⁸. Mediante esta teoría se procuraría favorecer la coincidencia entre la competencia judicial y la competencia legislativa, pero no buscando la unidad de soluciones en sí misma, sino que la coincidencia sería el resultado de la normal aplicación de ambas reglas que utilizarían un mismo criterio de conexión que satisface el objetivo judicial y jurídico perseguido respectivamente por cada una de ellas. De este modo, la competencia judicial y la competencia legislativa utilizarían un mismo criterio jurídico o fáctico (*ad. ex.*, nacionalidad o residencia habitual del menor), de manera que como regla general se produciría una coincidencia de soluciones, a la vez que cada una de ellas mantendría su autonomía, puesto que no se articularían inderogablemente unidas, y la separación entre ambas tendría lugar cuando no concurriesen o cambiasen las circunstancias que provocaron tal coincidencia.

D) Convenio de La Haya de 1996: la posible separación de competencias vía cláusula de excepción

La teoría del paralelismo de las conexiones fue barajada durante la elaboración del Convenio de La Haya de 1996 como una posible opción a la determinación de la ley aplicable a las medidas de protección¹⁷²⁹. Sin embargo, finalmente, si bien parece adoptarse en determinados supuestos respecto a la responsabilidad parental¹⁷³⁰, respecto a las medidas de protección se rechaza, y se opta, siguiendo a su predecesor, por la primacía de la aplicación de la ley del foro, aunque con algunas novedades que, afortunadamente, rompen el radicalismo del sistema anterior.

El art. 15 del Convenio de La Haya de 1996 mantiene, como se apuntó anteriormente, la regla de la unidad *forum-ius* como modelo general respecto a las medidas de protección, de manera que las autoridades competentes en el marco

¹⁷²⁸ *Vid.*, la propuesta de *lege ferenda* de Y. Lequette, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, p. 99; en nuestra doctrina, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 171, y la bibliografía allí citada.

¹⁷²⁹ *Vid.*, ésta y otras opciones planteadas en la Comisión especial respecto a la determinación de la ley aplicable a las medidas de protección, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 29.

¹⁷³⁰ *Ad. ex.*, art. 17, en cuya virtud la autoridad competente (como regla general, la de la residencia habitual del menor) aplicará la ley interna de la residencia habitual del menor.

convencional aplicarán su ley interna. Sin embargo, novedosamente, la rigidez del sistema se rompe al incorporar como cláusula de excepción que, en la medida que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, dichas autoridades pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo más estrecho. La posibilidad que la autoridad competente *in casu* pueda aplicar un Ordenamiento jurídico distinto al del foro mediante la conexión «vínculos más estrechos», si el interés del menor lo exige es, a mi juicio, una novedad flexibilizadora muy importante del sistema que debe ser acogida positivamente, como expresión de la cooperación internacional en el sector del derecho aplicable, y que se adecúa mucho más satisfactoriamente a las exigencias que la protección del menor requiere en las situaciones internacionales.

No puede desconocerse que la incorporación de esta cláusula ha sido objeto de ciertas críticas doctrinales que ponen en duda su auténtica naturaleza como cláusula de excepción¹⁷³¹, y su efectividad real. En este último sentido, se ha tachado de ilusoria la búsqueda de la «mejor ley» por una determinada autoridad en el marco de un Convenio de vocación universal, dadas las dificultades técnicas que puede presentar en la práctica la valoración de los distintos Ordenamientos jurídicos con los que el menor pueda verse conectado. Según esta opinión crítica, si se suma la incertidumbre que conlleva el precepto, a su dudosa efectividad, la adopción de esta norma resulta totalmente contraria al objetivo de la armonización de soluciones que persigue el texto¹⁷³².

¹⁷³¹ *Vid.*, G. Esteban de la Rosa (*El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 190-191) cuestiona si se está en presencia de una cláusula de excepción *stricto sensu*, afirmando que para que el art. 15.2 fuera una cláusula de excepción se requería utilizar «el interés del menor» como factor exclusivo para valorar la «mayor proximidad». No obstante, debe partirse que no existe unanimidad en la doctrina sobre la naturaleza y definición de este expediente, sólo sobre su función: evitar el funcionamiento automático de la norma de conflicto, permitiendo aplicar una ley más adaptada para regir la situación que la designada por la norma de conflicto. Por tanto, el hecho que la cláusula de excepción prevista en el art. 15.2 sea formulada de manera indeterminada (y, consecuentemente, que requiera una concreción por la autoridad competente del criterio que incorpora «conexión más estrecha con otro Ordenamiento o Estado»), puede implicar un riesgo a la seguridad jurídica, pero no significa que no se esté en presencia de una cláusula de conexión, pues cumple la misma finalidad que reúne y define a este expediente, y el único criterio que debe guiar a la autoridad competente a la búsqueda de la ley más adecuada es «el interés superior del menor» (sobre las cláusulas de excepción, en general, *vid.*, especialmente, C. E. Dublier, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Études Suisses de Droit International, vol. 35, Ginebra, 1983).

¹⁷³² *Vid.*, esta severa crítica al precepto, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, pp. 90-91; *id.*, «La revisión de la Convention...», *cit.*, pp. 69-70. A estas críticas se une para este autor la injustificada

Frente a estas críticas, a mi juicio, como se ha dicho, la flexibilización que se ha realizado en el sistema mediante esta cláusula de excepción permite atender mucho más adecuadamente a las necesidades concretas que la protección del menor requiere *in casu*, frente al rígido sistema de la unidad *forum-ius*.¹⁷³³ La aplicación de esta excepción puede jugar un papel muy importante en aquellos supuestos en que la autoridad que conozca del asunto no sea la de la de la residencia habitual del menor (*ad. ex.*, foro del divorcio), permitiendo la intervención de la ley de la residencia habitual, la cual en la mayoría de los supuestos garantizará más satisfactoriamente que la *lex fori* la continuidad internacional del régimen jurídico del menor¹⁷³⁴. También, como resalta el informe explicativo del Convenio, la aplicación de la ley de otro Estado con la que la situación del menor se encuentre más vinculada, resulta apropiada en los supuestos en que se trate de adoptar medidas respecto de bienes del menor que se encuentren situados en un Estado distinto, pues en estos casos la garantía de la ejecución de tales medidas y las exigencias del tráfico jurídico externo reclaman la aplicación de la *lex situs rei* en detrimento de la *lex fori*.¹⁷³⁵

Reconociendo las ventajas que introduce la posible separación *forum-ius*, la intervención de esta cláusula de excepción debe llevarse a cabo naturalmente con cautelas. En primer lugar, debe tenerse en cuenta en todo momento, como deja bien

distinción que introduce la cláusula de excepción entre las situaciones que presentan un elemento extranjero y las homogéneas y, a su juicio, el Convenio debería haber precisado el Derecho aplicable de manera uniforme, introduciendo reglas suficientemente concretas aplicables a los casos particulares, y garantizando de este modo la seguridad jurídica.

¹⁷³³ *Vid.*, en este mismo sentido favorable, entre otros, P. Picone, «La nuova Convenzione...», *cit.*, pp. 730-731; P. Nygh, «The Hague Convention...», *cit.*, p. 22; en la doctrina española, con relación a su aportación a la regulación del derecho de relación transfronterizo del menor, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, pp. 148-151; con relación al acogimiento internacional, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 190-193.

¹⁷³⁴ El juez del divorcio aplicará según el Convenio su *lex fori* [es decir, la ley del Estado de la residencia habitual del progenitor que lo insta *ex art. 10.1 a)*], que no tiene porqué coincidir con la ley de la residencia habitual del menor, conforme a la cual en la mayoría de los supuestos se habrá adoptado el régimen de protección del menor. Por tanto, las medidas adoptadas por el juez del divorcio corren el riesgo de provocar una discontinuidad en el régimen de protección del menor, que puede evitarse aplicando *ex art. 15.2*, la ley de la residencia habitual del menor. Esta solución, es decir, aplicación de la ley de la residencia habitual del menor en los supuestos del foro del divorcio, fue precisamente propuesta como excepción a la regla general durante la elaboración del Convenio, aunque, finalmente, se rechazó por la persistencia negociadora de mantener la primacía de la aplicación de la ley del foro (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 29).

¹⁷³⁵ El ejemplo más citado es aquél por el que se solicita ante autoridad competente la autorización necesaria para la venta de un bien del menor que se encuentra situado en el extranjero. En este caso, es preferible la aplicación de la *lex situs rei*, incluso si la *lex fori* no exige dicha autorización.

sentado el informe explicativo del Convenio, que se trata de una cláusula de excepción fundada no en el principio de proximidad, sino siempre, como se ha visto, en el valor material del «interés superior del menor»; en segundo lugar, como cláusula de excepción, su utilización ha de realizarse de manera excepcional y restrictiva; y, en tercer lugar, su aplicación no resulta imperativa, sólo se ofrece una posibilidad dejada a la discrecionalidad de la autoridad competente. La autoridad competente *in casu* dispone de todo un sistema de CIA (fundamentalmente, en este caso, y como se ha visto, de intercambio de información sobre las legislaciones *ex art. 30*), que le permite tanto el conocimiento del Derecho extranjero como su correcta aplicación, con lo cual, la búsqueda de la mejor ley no debe resultar tan «ilusoria» en un Convenio que efectivamente es de vocación universal, pero que también parte y estructura su funcionamiento sobre el principio de cooperación internacional entre autoridades, persiguiendo poner fin a la perspectiva unilateral de la reglamentación convencional anterior.

Debe destacarse que la citada cláusula no sólo posibilita la aplicación de un Ordenamiento jurídico distinto al del foro, sino que, alternativamente, la autoridad competente podrá tomarlo sólo en consideración¹⁷³⁶. La adopción de la técnica de la «toma en consideración» del derecho extranjero, que en general se muestra especialmente útil en supuestos como éstos en los que se parte de la aplicación del derecho del foro¹⁷³⁷, debe ser acogida también positivamente en el marco del nuevo Convenio. No sólo permitirá, como se ha comprobado con relación a la protección del derecho de visita *ex art. 35. 2-4*, a la autoridad competente que ha de adoptar una determinada medida que debe ejecutarse en otro Estado, contemplar el contenido del Ordenamiento jurídico de éste a efectos de realizar la oportuna adaptación¹⁷³⁸, sino

¹⁷³⁶ Mecanismo que se enlaza con la concepción del DIPr. en dos escalones (*Zweistufentheorie*) o teoría del segundo escalón del DIPr., u otras teorías próximas (*ad. ex., datum-theorie*), y que reflejan la concepción del DIPr. como canal de comunicación intercultural. En este caso, la toma en consideración del Derecho extranjero se llevaría a cabo en un segundo escalón, permitiendo modular la respuesta jurídica a los datos materiales del caso, rompiendo la neutralidad de la regla de la *unidad forum-ius* (*vid.*, E. Jayme, «Diritto di famiglia...», *cit.*, pp. 295-304; *id.*, «L'adozione internazionale», *cit.*, pp. 554-554; J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 329-335; S. A. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo...», *cit.*, pp. 576-580; S. Álvarez González, «Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa», *A.D.C.*, 1993, pp. 1141-1149, y bibliografía allí citada).

¹⁷³⁷ *Vid.*, S. Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo...», *cit.*, p. 580

¹⁷³⁸ *Vid.*, *supra*, Cap. III. I. 2. C) b).

que fundamentalmente se presenta como una vía muy adecuada en aras a proteger la identidad cultural del menor en aquellos supuestos en que así se requiera.

En conclusión, la alineación de la competencia legislativa a la competencia judicial que se presenta en los Convenios de conflicto de autoridades como una novedad metodológica respecto a la regla clásica de separación de competencias, no debe en modo alguno plantearse en términos absolutos. La opción del Convenio de 1961 por la incondicional coincidencia, sin posibilidad de separación alguna, se explica desde su planteamiento esencialmente utilitarista y conciliador. El funcionamiento del Convenio ha puesto de relieve que los medios arbitrados en el mismo no eran adecuados a los fines perseguidos, que la intervención del derecho extranjero no puede ser absolutamente descartada, y que en determinadas ocasiones la protección del menor puede requerir la intervención de una ley distinta a la *lex fori*. En esta línea, los planteamientos del Convenio de La Haya de 1996 resultan mucho más satisfactorios que su predecesor. De un lado, opta por la teoría del paralelismo de las conexiones respecto de los supuestos de responsabilidad parental *ex lege* y, de otro, respecto a las medidas de protección, aún adoptando la regla clásica de la unidad, rompe con la rigidez de su formulación anterior, abriendo la excepcional posibilidad de separar las competencias vía cláusula de excepción, permitiendo de este modo a la autoridad competente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado distinto cuando así lo exija el interés superior del menor. La formulación de la respuesta a las cuestiones de Derecho aplicable en el Convenio de La Haya de 1996 mediante la incorporación de la cláusula de excepción puede contemplarse, como se ha dicho, como una respuesta a este sector del DIPr. en términos de cooperación entre las distintas leyes en presencia. Sin embargo, de la adopción de estos expedientes de flexibilización no puede interpretarse en modo alguno que se esté en presencia de técnicas de CIA, ni siquiera de técnicas sustitutivas del método conflictual clásico, sino simplemente que se trata de expedientes metodológicos que se inclinan por realizar el valor material del interés del menor partiendo del método clásico localizador¹⁷³⁹, y en ocasiones podrían incluirse entre las teorías sobre el DIPr. en dos escalones, o la combinación del método tradicional con un segundo escalón material.

¹⁷³⁹ *Vid.*, como cláusula correctiva de la localización, J. D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *cit.*, pp. 303-306.

La efectividad de esta solución, no obstante, dependerá, una vez más, de que las autoridades encargadas de aplicar el Convenio aprehendan el espíritu de este nuevo sistema de cooperación internacional y abandonen no tan viejas posiciones unilateralistas y nacionalistas¹⁷⁴⁰.

E) Traslación de la solución a otros regímenes de protección

Al igual que se ha verificado respecto a las opciones metodológicas adoptadas por el Convenio de La Haya de 1996 en sede de competencia internacional de autoridades, la línea seguida por este Convenio en sede de derecho aplicable, adoptando como regla general el sistema de la unidad, pero introduciendo expedientes de flexibilización, y sin incorporación directa de las técnicas de CIA, ha sido también exportada de *lege lata* al nuevo Convenio de conflicto de autoridades en materia de protección internacional de los adultos, y de *lege ferenda* podría seguirse en el futuro Convenio en materia de prestaciones de alimentos; ámbitos de reglamentación presididos, al igual que aquél, por el pragmatismo y la necesidad de realización de determinados valores materiales que son asumidos como objetivos sociales por el Estado.

En efecto, y aunque durante las negociaciones del Convenio de La Haya de 2000, se puso de relieve que la ley de la residencia habitual del adulto traduciría mejor la idea de proximidad, y que su aplicación por autoridades distintas a aquellas del Estado de la residencia habitual permitiría igualmente asegurar la estabilidad del régimen de protección del adulto, sin embargo, finalmente, se rechazó la aproximación clásica, y siguiendo la tendencia pragmática de evitar la aplicación del derecho extranjero, se adoptó el sistema de la unidad, completado por una cláusula de excepción *ex art. 13*, que permite aplicar o tomar en consideración a título excepcional la ley de otro Estado con el que la situación presente un vínculo estrecho¹⁷⁴¹.

¹⁷⁴⁰ Es importante no olvidar el peligro introducido por la cláusula de excepción, pudiendo convertirse en su aplicación en otro instrumento más para mantener las conocidas soluciones nacionalistas en el ámbito de la protección de menores (*vid.*, M. Moya, *Aspectos internacionales...*», *cit.*, p. 149).

¹⁷⁴¹ Esta es la norma general que regula la ley aplicable a los supuestos de medidas adoptadas por autoridades competentes según el Cap. II, aunque debe tenerse en cuenta que junto a esta cuestión el Convenio también regula, de manera relativamente autónoma dos grupos de cuestiones relativas a la ley

De *lege ferenda*, este método parece ser también el planteado como más idóneo desde el punto de vista del derecho aplicable en las recientes negociaciones relativas al nuevo Convenio de La Haya en materia de obligaciones alimentarias. En efecto, las evoluciones experimentadas, como se ha visto, en los Derechos internos en la regulación de la materia, y la tendencia de los Estados a instaurar mecanismos pocos costosos y de aplicación rápida¹⁷⁴², justifica que la opción de evitar la aplicación del derecho extranjero se plantee actualmente como la solución metodológica más atractiva¹⁷⁴³. Esta pragmática opción de derecho aplicable sólo sería efectiva, no obstante, si el sistema se completa con disposiciones de CIA judicial y administrativas que intervengan en distintos momentos. En primer lugar, debe introducirse con carácter previo un sistema de competencia internacional de autoridades que tenga por objeto básico reducir las posibilidades de foros concurrentes, y que, como se ha apuntado anteriormente, podría articularse mediante procedimientos de CIA judicial similares a los mecanismos de transferencia de competencias instaurados en los últimos Convenios de conflicto de autoridades concluidos en el seno de la Conferencia de La Haya. En segundo lugar, el Convenio debe completarse con un eficaz sistema de CIA de naturaleza judicial y administrativa, que podría incidir, en última instancia, en la propia determinación del derecho aplicable por la autoridad internacionalmente competente *in casu*. En efecto, a imagen del Convenio de La Haya de 1996 con relación a la protección del derecho de visita *ex art. 35. 2-4*, podría preverse la intervención de las autoridades del Estado de la residencia habitual del deudor alimenticio, con objeto, principalmente, de que éstas constaten la capacidad económica del deudor, sus diferentes ingresos y su mínimo vital. Las conclusiones

aplicable. De un lado, la ley aplicable a los acuerdos o actos unilaterales adoptados por el propio adulto con vistas a su futura situación (que se somete, como regla de base, a lo dispuesto en la ley de la residencia habitual del adulto en el momento en que tales actos o acuerdos se adopten); de otro, ciertas reglas de funcionamiento de los anteriores grupos de normas que, según el tema abordado, afectan o no a cada uno de ellos (entre estas destacan, al igual que en el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores, el carácter *erga omnes* del Convenio y la exclusión del reenvío). En general, sobre las soluciones convencionales, *vid.*, A. Bucher, «La Convention des Haye sur la protection internationale de adultes», *R.S.D.I.E.*, *cit.*, pp. 37-74; E. Pérez Vera y A. Borrás, «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: la protección internacional de adultos», *cit.*, pp. 804-807.

¹⁷⁴² *Vid.*, *supra*, Cap. II, II. 1. A) c).

¹⁷⁴³ Esta solución es ya retenida por muchos países del *Common Law*, y como pone de relieve A. Bucher («La famille en droit international privé», *cit.*, p. 59), de cualquier modo, si la evaluación de los alimentos debe ser hecha conforme a una ley extranjera, el resultado sería bastante similar al obtenido mediante la aplicación de la ley del foro, en tanto que cada uno de los sistemas debe tener en cuenta la situación financiera de cada una de las partes, independientemente de que residan en Estados distintos.

suministradas mediante esta vía por la autoridad del Estado requerido podrían ser tomadas en consideración en la decisión adoptada por la autoridad internacionalmente competente, pudiendo llegar a adquirir una importante influencia sobre datos como el cálculo de la pensión alimenticia, e incluso, su método o cláusula de revisión¹⁷⁴⁴.

F) Algunas relaciones entre CIA y Derecho aplicable

Como se deduce fácilmente de esta aproximación a la solución adoptada por los Convenios de conflicto de autoridades en sede de ley aplicable, aunque la tendencia adoptada por el Convenio de La Haya de 1996 en este sector pueda contemplarse, como acaba de verse, como una solución en términos de cooperación entre distintas leyes en presencia, sin embargo, a diferencia de lo que sucede, como se ha comprobado, en sede de competencia internacional de autoridades, la CIA, en cuanto técnica de reglamentación, no ha conseguido, hoy por hoy, penetrar en este sector del DIPr. como técnica o expediente de reglamentación. La opción seguida en sede de derecho aplicable por esta modalidad de Convenios se dirige más bien, como acaba de comprobarse, y a diferencia de otros Convenios de CIA predominante (Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional), a la realización del valor material del interés superior del menor mediante expedientes que se separan del método conflictual clásico, pero que no rompen con su esencia localizadora *stricto sensu*.

La no penetración directa de la CIA como técnica o expediente adecuado en este sector del DIPr. no implica, sin embargo, desconocer las relaciones que se pueden articular en el mecanismo convencional entre los procedimientos de CIA instaurados en el texto y la determinación de la ley aplicable *in casu*, con objeto de lograr mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional. En efecto, como ha tenido ocasión de ponerse de relieve, *ad. ex.*, y al margen del contenido asistencial que los procedimientos de CIA prestan a la autoridad competente en el proceso (básicamente, intercambio de información sobre el menor), en aquellos especiales supuestos en que la autoridad del foro considere apropiado hacer uso de la cláusula de excepción aplicando una ley distinta a la *lex fori*, la CIA puede servir como

¹⁷⁴⁴ *Vid.*, A. Bucher, «La famille en droit international privé», *cit.*, p. 159.

expediente al servicio de la autoridad internacionalmente competente en la determinación y aplicación de la ley más idónea para regular la situación privada internacional considerada; en otras ocasiones, la combinación de los procedimientos de CIA y los nuevos expedientes del derecho aplicable, como *ad. ex.*, la toma en consideración de una ley distinta a la *lex fori* que tenga unos vínculos estrechos con la situación, permitirá favorecer ciertos objetivos convencionales, como garantizar el derecho de relación transfronterizo del menor (art. 35. 2º-4º con relación al derecho de visita)¹⁷⁴⁵, o la adecuada colocación del menor en un Estado distinto (art. 33)¹⁷⁴⁶.

3. Convenios de CIA predominante

A) Consideraciones previas: distinción de supuestos

El análisis en el contexto de los Convenios de CIA predominante de la incidencia de la CIA en la determinación del derecho aplicable exige como premisa poner de relieve la falta de uniformidad entre los diversos textos que se han englobado en esta categoría de Convenios de CIA. En efecto, como se apuntó en el primero de los capítulos de este trabajo, entre los Convenios de CIA predominante pueden distinguirse a grandes líneas dos modalidades muy diferenciadas de textos, desde la perspectiva de la relación de la CIA con los sectores clásicos del DIPr. en general y, más concretamente, dada su relevancia intrínseca, con relación al sector del derecho aplicable. De un lado, podrían englobarse los Convenios de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero y, de otro, exclusivamente, se encontraría el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.

En el primero de los grupos de estos Convenios, y a pesar de las importantes diferencias entre ambos textos en sus respectivos planteamientos y funcionamientos con relación a la regulación global u omnicompreensiva de la institución que respectivamente regulan o afectan (derecho de custodia y, en menor medida, derecho

¹⁷⁴⁵ *Vid., supra*, Cap. III, I, 2. C) b).

¹⁷⁴⁶ El procedimiento de CIA previsto, como se ha visto, en el art. 33 del Convenio será más eficaz si la autoridad competente *in casu* para constituir el acogimiento toma en consideración el ordenamiento del Estado donde este vaya a tener lugar, para determinar la concreta modalidad de acogimiento que convenga adoptar (*vid.*, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 192-193).

de visita en el caso del Convenio de La Haya de 1980, y obligación de alimentos en el marco del Convenio de Nueva York de 1956), no tiene sentido preguntarse, como se ha hecho con relación a los Convenios de conflicto de autoridades, sobre la incidencia de la CIA en la determinación del derecho aplicable, puesto que la regulación de las cuestiones de competencia legislativa excede, como se viene comprobando, de los objetivos utilitarios de estos Convenios internacionales. En esta línea, además, puede observarse claramente que entre el conjunto de todos los Convenios de CIA que se han analizado en este trabajo, los Convenios de Nueva York de 1956 y de la Haya de 1980 son los únicos Convenios internacionales de CIA exclusivos, es decir, son los únicos textos de DIPr. en los que la CIA aparece utilizada como única técnica de reglamentación, y de manera independiente a los expedientes tradicionales del DIPr. Esta exclusividad convencional de la CIA, en cuanto técnica jurídica convencional de reglamentación, no debe conducir a equívocos, puesto que se trata naturalmente sólo de una exclusividad absolutamente relativa. En efecto, aunque se esté en presencia de Convenios de DIPr. en los que la CIA es utilizada de manera autónoma y exclusiva, son Convenios internacionales que, como se ha comprobado, funcionan de manera complementaria y adicional, nunca sustitutiva, al resto de las normas (de origen internacional o autónomo) que regulan en los respectivos Estados parte las cuestiones de DIPr. tradicionales (incluidas obviamente las normas de derecho aplicable) que suscitan las situaciones privadas internacionales respectivamente reguladas (obligaciones de alimentos en el caso del Convenio de Nueva York de 1956), o afectadas (derecho de custodia en el caso del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores)¹⁷⁴⁷.

Debiendo partirse en el marco de estos Convenios de CIA exclusivos del no planteamiento y resolución convencional de las cuestiones de ley aplicable, en los términos analizados de adicionalidad y no sustitución de las normas internacionales o internas que reglamentan dichas cuestiones, sin embargo, se advierte que ninguno de estos dos Convenios internacionales prescinde absolutamente de las cuestiones de ley aplicable. Corresponde, por tanto, en este momento analizar cuál es la referencia realizada respectivamente por estos Convenios exclusivos de CIA a las cuestiones de

¹⁷⁴⁷ *Vid.*, especialmente, *supra*, Cap. I, III. 4.

derecho aplicable, y comprobar en que medida la CIA funciona de manera ajena a estas cuestiones.

El Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional se plantea desde esta perspectiva de análisis de una manera completamente distinta a los Convenios de CIA exclusivos. A pesar de compartir con el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero la despreocupación convencional inicial por las cuestiones de ley aplicable, y su no objetivo de proceder a la unificación convencional de las normas de conflicto de los respectivos Estados parte, el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional no prescinde absolutamente de la cuestión de derecho aplicable, ni renuncia a una cierta unificación convencional de las respuestas de derecho autónomo de los Estados parte. Los términos de relación de este Convenio de CIA con las normas de origen internacional o interno que respectivamente regulan en los Estados parte del texto la cuestión del derecho aplicable a la adopción internacional no se plantean, por tanto, en términos tan sencillos como en el marco de los Convenios de CIA. El método arbitrado por este Convenio internacional en la determinación del derecho aplicable, completamente alejado de los expedientes conflictuales clásicos, y sumamente complejo, sólo puede ser concebido en un Convenio de CIA de las características especiales de este texto. La CIA podría en este texto no sólo elevarse como técnica de competencia internacional de autoridades, sino también como técnica de derecho aplicable.

B) Convenios exclusivos de CIA

a) El artículo 6. 3º del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero

El Convenio de Nueva York de 1956 no se pronuncia, como se ha visto, sobre la cuestión del derecho aplicable a las obligaciones alimenticias. Sin embargo, su art. 6. 3, como se apuntó en el capítulo anterior, prevé que: *«No obstante cualquier disposición de esta Convención, la Ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado*

del demandado, inclusive el Derecho internacional privado de ese Estado»¹⁷⁴⁸. La formulación atípica de este precepto, en un Convenio que *a priori* no aspira a unificar las normas de DIPr. de los Estados parte en materia de obligaciones alimenticias, justifica que la norma haya sido objeto de diversas interpretaciones y básicamente de dos.

Conforme a una primera interpretación, por «Ley del Estado del demandado» es preciso entender la Ley personal (ley nacional o ley del domicilio) del deudor¹⁷⁴⁹. Esta interpretación, que conllevaría a calificar el art. 6.3 del Convenio como una auténtica norma de conflicto, no tiene ningún sentido en el marco de un Convenio de naturaleza exclusivamente de CIA, se opone frontalmente al resto de las disposiciones convencionales¹⁷⁵⁰ y, fundamentalmente, contradice el objetivo convencional y la naturaleza absolutamente complementaria y adicional de este texto con relación al resto de los mecanismos jurídicos existentes *ad hoc* en sede de ley aplicable en los respectivos Derechos internos¹⁷⁵¹. Cabe añadir, además, en detrimento de esta primera interpretación, que el contenido de esta «hipotética» norma de conflicto hubiera sido inaceptable por una gran mayoría de Estados, dada su manifiesta contradicción con la reglamentación generalizada en sede de ley aplicable en materia de alimentos¹⁷⁵².

Por tanto, y como la mayoría de la doctrina sostiene con relación a la interpretación de este precepto, en coherencia con el espíritu y naturaleza del Convenio de Nueva York de 1956, por «Ley del Estado del demandado» sólo debe interpretarse ley del Estado de la jurisdicción en la que se encuentra el deudor, ley del

¹⁷⁴⁸ *Vid.*, *supra*, Cap. III, III. 4. D) d).

¹⁷⁴⁹ Esta interpretación puede encontrarse excepcionalmente en la jurisprudencia española (*vid.*, SAP de Almería de 21 de abril de 1993, *cit.*, pp. 240-241). En ella, el tribunal español aplica el derecho inglés, interpretando el art. 6.3 como una norma de conflicto, al entender que no puede aplicarse el Derecho español por no haberse acreditado la adquisición de la nacionalidad española por el demandado. En la jurisprudencia comparada también pueden encontrarse ejemplos de esta interpretación (*vid.*, C. Biscaretti di Ruffia, *La obbligazione alimentari...*, *cit.*, p. 116).

¹⁷⁵⁰ En esta línea C. Biscaretti di Ruffia (*Le obbligazione alimentari...*, *cit.*, pp. 116-117) denuncia la contradicción manifiesta de esta interpretación con relación particularmente al art. 1 del texto, donde, como se ha visto, se atribuye relevancia al concepto de jurisdicción del Estado del foro y no a la idea de soberanía.

¹⁷⁵¹ *Vid.*, especialmente, P. Malaurie, «Nota a la decisión de la *Cour d'appel* de Potiers de 23 de junio de 1965», *Journ. dr. int.*, 1966, pp. 102-107.

¹⁷⁵² *Vid.*, E. Groffier, *Les pensions alimentaires...*, *cit.*, p. 362.

Estado de la Institución intermediaria o, simplemente, *lex fori*¹⁷⁵³. Esta segunda interpretación, que descarta que se esté en presencia de una norma de conflicto de DIPr., encaja perfectamente en el marco general o filosofía del Convenio de Nueva York, en su intento de aproximar acción y procedimiento¹⁷⁵⁴ y, sobre todo, en el respeto convencional a la reglamentación de DIPr. existente en los respectivos Estados parte en torno a esta cuestión, sin ánimo de sustitución, y mucho menos pretensión de crear una nueva regulación de origen convencional.

En conclusión, a pesar de la referencia realizada a las cuestiones de ley aplicable en el Convenio de Nueva York de 1956 *ex art.* 6.3, ésta, que sólo adquiere sentido en el marco general del Convenio¹⁷⁵⁵, no afecta a la naturaleza exclusivamente de CIA de este texto de DIPr., y a su carácter adicional respecto a las expedientes clásicos de DIPr. El Convenio de Nueva York de 1956 confirma de este modo, al igual que en el marco de los Convenios de conflicto de autoridades, la no penetración, hoy por hoy, de la CIA en este sector del DIPr. La CIA no aparece en este texto, por tanto, ni como técnica al servicio de la competencia internacional de autoridades, ni como técnica al servicio del derecho aplicable. Aunque, como se ha apuntado, y a continuación se volverá sobre ello, la técnica de la CIA presenta en este Convenio una mayor relación con el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones *versus* el resto de los dos sectores, sin embargo, a pesar de dicha relación, la CIA en este Convenio supera la exclusiva perspectiva del sector del reconocimiento y ejecución, al igual que la del resto de los sectores tradicionales del DIPr. Hoy por hoy, el Convenio de Nueva York de 1956 representa por excelencia un Convenio de DIPr. en el que la CIA es empleada como técnica independiente, y a la vez paralela, al resto de las técnicas que reglamentan las cuestiones clásicas, y que viene reclamada como un *plus* por la especialidad de la materia a la que se refiere. A corto plazo, la solución en materia de prestaciones de alimentos quizás pase, como viene poniéndose de relieve, por la

¹⁷⁵³ *Vid.*, en este sentido, *ad. ex.*, E. Krispi-Nikoletopoulou «Le recouvrement des aliments...», *cit.*, pp. 14-15; E. Groffier, *Les pensions alimentaires...*, *cit.*, p. 362; C. Biscaretti di Ruffia, *Le obligatione alimentare...cit.*, pp. 116-117; D. Martiny, «Maintenance Obligations in the Conflict of Laws», *cit.*, pp. 280-281.

¹⁷⁵⁴ *Vid.*, M. Verwilghen, «Les obligations alimentaires...», *cit.*, pp. 196-197; P. P. Miralles Sangro, «La obligación alimenticia...», en E. Pérez Vera (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, p. 220.

¹⁷⁵⁵ La remisión al Derecho del foro (con inclusión de las normas de DIPr.), aunque no se hubiera previsto específicamente en el texto, salvo disposición distinta, debería haber sido sobreentendida (*vid.*, E. Krispi-Nikoletopoulou, «Le recouvrement des aliments...», *cit.*, p. 14).

integración de la técnica de CIA en un Convenio de DIPr. o minicompreensivo, en el que la CIA pueda ser también utilizada, en general, al servicio de los sectores clásicos y, en particular, al servicio del derecho aplicable.

b) El art. 3 a) del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores

Se está en presencia, al igual que en el marco del Convenio de Nueva York de 1956, de uno de los excepcionales ejemplos de Convenios de CIA que utilizan exclusivamente la técnica de la CIA en la reglamentación de la situación privada internacional considerada. Los objetivos de este Convenio extremadamente utilitario no se dirigen, como es sabido, a reglamentar ni unificar directa o indirectamente las normas de conflicto entre los Estados parte en materia de custodia, sino sólo y exclusivamente a garantizar la estabilidad del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores, consagrando para ello una presunción favorable a su retorno.

Sin embargo, al igual que en el contexto del Convenio de Nueva York de 1956, el Convenio de La Haya de 1980, tal como ocurre como se ha verificado en su seno respecto a las cuestiones de competencia internacional de autoridades¹⁷⁵⁶, no ha sido capaz de prescindir absolutamente de las cuestiones de ley aplicable para su adecuado funcionamiento. En efecto, el Convenio, como presupuesto jurídico para la aplicación de sus normas, incorpora como norma fundamental su art. 3 a), que consagra el Ordenamiento jurídico del Estado de la residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado o retención como Ordenamiento jurídico de referencia para la determinación de la existencia del elemento jurídico del traslado o retención ilícito. Conforme a dicho precepto: *«el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención»*.

¹⁷⁵⁶ *Vid., supra*, Cap. IV, II. 3. B) a).

Varias son las cuestiones que suscita este atípico precepto, aunque básicamente interesan tres: significado y alcance de su contenido, interpretación desde un punto de vista metodológico, y alcance desde la perspectiva del derecho aplicable. Respecto a la primera cuestión, debe recordarse que la remisión realizada al Derecho del Estado de la residencia habitual del menor *ex art. 3 a)*, como parámetro de apreciación de la existencia de un derecho de custodia, debe ser entendida (a diferencia de los Convenios de conflicto de autoridades) al Ordenamiento jurídico de dicho Estado en su conjunto y, por tanto, con inclusión de sus normas de DIPr¹⁷⁵⁷. Ello conlleva, naturalmente, la inclusión de las normas de conflicto del Derecho de la residencia habitual del menor, que por un posible reenvío pueden remitir a una ley material distinta a la ley de la residencia habitual del menor. Esta admisión del reenvío implica, en consecuencia, que el derecho de custodia *ex lege* puede derivar tanto de la ley material del Estado de la residencia habitual del menor, como de la ley material reclamada por la norma de conflicto de dicho Estado; que la decisión judicial o administrativa en la que el derecho de custodia tenga su origen puede proceder de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor, o de los tribunales de un Estado parte distinto o incluso de un tercer Estado¹⁷⁵⁸; y por último, que el acuerdo entre los padres de los que puede derivar el derecho de custodia puede estar en vigor, y ser eficaz en el Estado de la residencia habitual del menor tanto si es válido conforme a su ley material como si lo es conforme a las normas designadas por sus normas de conflicto.

En segundo lugar, desde un punto de vista metodológico, este precepto, que en modo alguno puede interpretarse como una norma de conflicto (puesto que la autoridad competente en el Estado requerido no está llamada a aplicar en ningún

¹⁷⁵⁷ *Vid.*, aparte del informe explicativo ya citado, A. E. Anton, «The Hague...», *cit.*, p. 545; G. Carella, «La Convenzione...», *cit.*, pp. 783-784; P. Beaumont y P. McEleay, *The Hague Convention...*, *cit.*, pp. 46-48; jurisprudencialmente, Sentencia OGH de 11 de julio de 1990; Sentencia de OGH de 5 de febrero de 1992; Sentencia de OGH de 20 de mayo de 1992; Sentencia OLG Düsseldorf de 2 de abril de 1993 (*vid.*, M. Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, t. V, The Hague/Boston/London, 1996, pp. 97-100).

¹⁷⁵⁸ Justificación de esta afirmación, como pone de relieve G. Carella («La Convenzione...», *cit.*, p. 784), es el tenor literal del art. 14 del texto con relación a la prueba en el Estado requerido de dicho derecho extranjero, en cuanto dispone que «para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del art. 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta la legislación y las *decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor*».

momento en el proceso en el que se decide sobre el retorno las normas de DIPr. del Estado de la residencia habitual del menor), puede ser contemplado como una manifestación del método de referencia al Ordenamiento jurídico competente teorizado doctrinalmente por P. Picone¹⁷⁵⁹ y, más concretamente, parece que se está en presencia de una utilización de esta técnica internacionalprivatista para aquellos supuestos en que se trata de lograr un reconocimiento en el foro de una situación jurídica extranjera¹⁷⁶⁰. En efecto, las situaciones jurídicas comprendidas en el primer párrafo del art. 3 que hayan sido constituidas de manera válida y eficaz en el Ordenamiento jurídico extranjero tomado como referencia (aquel de la residencia habitual del menor) han de ser reconocidas en el foro (Estado requerido cuyas autoridades conocen sobre la acción del retorno del menor). En la práctica, además, debe ponerse de relieve que la superación de este expediente se inscribe en el propio sistema de CIA, puesto que corresponde a las AACC, como se vio en su momento, *ex art. 15* y después de haber intercambiado informaciones, suministrar la prueba a la autoridad competente del Estado requerido de que la retención o desplazamiento son ilícitos de acuerdo con las normas de DIPr. del Estado de origen.

Respecto al alcance de este precepto en un Convenio de CIA exclusivo, como fácilmente se deduce, al igual que en el marco del Convenio de Nueva York *ex art. 6.3*, el art. 3 a) del Convenio de La Haya de 1980 es completamente ajeno a la cuestión de la unificación del derecho aplicable en materia de custodia entre los Estados parte. Puede considerarse sólo como una referencia legislativa necesaria para el adecuado funcionamiento del Convenio, que sólo tiene sentido en su marco general, y que en modo alguno afecta a las soluciones de los Derechos internos en sede de ley aplicable. El art. 3 a) sólo refleja, en esta forma de apreciar y articular la existencia del elemento jurídico de la sustracción, el consenso existente entre los Estados parte del

¹⁷⁵⁹ El método de referencia al Ordenamiento jurídico competente ha sido construido, como es sabido, por este autor, y sobre el mismo puede consultarse, P. Picone, «Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, pp. 309-376; *id.*, «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en Droit international privé», *R. des. C.*, 1986-II, t. 197, pp. 229-419; *id.*, *Ordenamento competente e Diritto internazionale privato*, Cedam, 1986. La aplicación de este método en el sistema del Convenio de La Haya de 1980 ha sido puesta de relieve por algunos autores, *vid.*, G. A. L. Droz, «Évolution du rôle...», *cit.*, p. 140; G. Carella, «La Convenzione...», *cit.*, pp. 784-785.

¹⁷⁶⁰ Sobre el funcionamiento del método en estos supuestos, *vid.*, P. Picone, «La méthode...», *cit.*, pp. 287-302; *id.*, *Ordenamento competente...*, *cit.*, pp. 85-109.

texto de respetar, como premisa indispensable para alcanzar los objetivos convencionales, el foro de la residencia habitual del menor, no sólo como foro de competencia internacional de autoridades, sino también como criterio de ley aplicable¹⁷⁶¹.

Ahora bien, asentada la no afectación de esta solución a los expedientes tradicionales de DIPr. y, por tanto, indirectamente, al igual que en el contexto de Nueva York de 1956, la línea paralela entre éstos y la técnica de CIA, en los que la CIA actuaría como técnica independiente y, a la vez paralela, a las técnicas de reglamentación de las cuestiones clásicas, reclamada por la especialidad de la situación privada internacional considerada, la adecuación o no adecuación de este foro de competencia legislativa en el actual contexto del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción es otra cuestión completamente distinta. En este sentido, y sin ánimo de profundizar en torno a este aspecto, debe ponerse de relieve una cierta polémica suscitada entre la jurisprudencia y la doctrina con ocasión de aquellos supuestos concretos en que el reenvío que las normas de DIPr. del Estado de la residencia habitual del menor realizan a otra ley material distinta a la de la residencia habitual del menor, presenta escasa o ninguna vinculación con la situación jurídica del menor¹⁷⁶², y de aquellos otros casos en que, aun tomándose como referencia la ley material del Estado de la residencia habitual del menor, ésta no parece ser la ley más apropiada para apreciar la ilicitud del desplazamiento¹⁷⁶³.

Finalmente, debe apuntarse, que si bien el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores representa por excelencia el Convenio de DIPr.

¹⁷⁶¹ *Vid.*, G. Carella, «La Convenzione», *cit.*, p. 784; implícitamente, M. Fallon y O. Lhoest, «La Convention...», *cit.*, p. 39; E. Jayme («Identité culturelle et intégration...», *cit.*, p. 187) encuentra en este reconocimiento indirecto de la aplicación de la ley del Estado de origen del menor, una manifestación de la protección a la identidad cultural del menor.

¹⁷⁶² Ello ha servido de justificación a la jurisprudencia inglesa para adoptar una postura pragmática, aplicando siempre, por distintos vías, la ley material de la residencia habitual del menor, obviando cualquier alusión a las normas de conflicto de dicho Ordenamiento jurídico (*vid.*, P. Beaumont y P. McEleavy, *The Hague Convention...*, *cit.*, pp. 47-48).

¹⁷⁶³ *Vid.*, un análisis crítico, basado en datos jurisprudenciales, sobre la consideración mecánica del Ordenamiento jurídico de la residencia habitual del menor, R. Schuz, «The Hague Child Abduction...», *cit.*, pp. 796-800. Esta autora propone, como solución de flexibilización del sistema, y con vistas a una posible reforma del Convenio, la introducción de una excepción a esta regla general, conforme a la cual cuando pueda ser probado que una ley distinta a la de la residencia habitual se encuentra más estrechamente vinculada a la cuestión de la determinación de los derechos de custodia, esta ley debería determinar la ilicitud del desplazamiento.

en el que la CIA parece operar como técnica que trata de ofrecer una respuesta a cuestiones no relacionadas con aquéllas que tratan de resolver las cuestiones clásicas y, por tanto, se alza como exponente que obliga a reflexionar sobre la consideración de la CIA como sector del DIPr., sin embargo, las insuficiencias del sistema en el actual contexto internacional, como se han puesto de relieve a lo largo de las páginas anteriores, así como las tendencias y proyectos legislativos con relación a la reglamentación de la protección del derecho de visita y del derecho de relación transfronterizo, apuntan decididamente hacia la integración de la CIA con el resto de los sectores del DIPr., y al servicio de éstos, como requisito inexcusable de una satisfactoria reglamentación de estos derechos en el marco internacional y del fenómeno de la sustracción internacional de menores. Esta integración se ha verificado anteriormente en sede de competencia tanto con carácter previo a la decisión de retorno (art. 7 del Convenio de La Haya de 1996), como una vez adoptada dicha decisión (codecisión), y respecto al sector aplicable basta recordar el procedimiento de cooperación judicial incorporado en el Convenio de La Haya de 1996 *ex art.* 35, que permite a la autoridad internacionalmente competente para decidir sobre el derecho de visita tomar en consideración la ley del Estado donde reside el progenitor que desea obtener o conservar un derecho de visita, a la luz de las conclusiones suministradas por las autoridades competentes de dicho Estado (sobre todo, con relación a las condiciones de dicho ejercicio), con objeto de adoptar una decisión fácil y rápidamente reconocible que permita la satisfacción de dichos derechos y la prevención de posibles sustracciones.

C) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional

a) Consideración previas: penetración de la CIA

Si hasta el momento se ha verificado que a pesar de las distintas relaciones entre la CIA y derecho aplicable, la CIA en cuanto técnica no ha logrado penetrar directamente en el sector de la determinación del derecho aplicable, el Convenio de La Haya de 1993 puede contemplarse, hoy por hoy, como el único Convenio de CIA en materia de protección de menores donde la CIA penetra e incide en la solución del problema del conflicto de leyes.

El Convenio, como es sabido, no aspira a unificar las normas de conflicto de los Estados parte en materia de adopción internacional; sin embargo, las cuestiones susceptibles de ocasionar un conflicto de leyes no desaparecen en los procedimientos de las adopciones internacionales tramitadas en el marco convencional. La opción metodológica seguida por este Convenio para resolver estas cuestiones, consecuencia directa de su naturaleza básicamente de CIA y de la «desjudicialización» latente en el mismo desde una perspectiva institucional¹⁷⁶⁴, se aleja frontalmente de la respuesta conflictual clásica, pudiendo considerarse como exponente singular de un proceso de «desconflictualización»¹⁷⁶⁵. En conjunto, y a pesar de las muchas dudas que, como consecuencia del su espíritu pragmático, el texto no resuelve o plantea, puede decirse que la técnica utilizada por el Convenio de La Haya de 1993 en sede de ley aplicable se caracteriza, aparte de por su extremada complejidad, por un abandono del método conflictual clásico, que pasa a ser sustituido por una combinación de técnicas o expedientes que operan en fases distintas del procedimiento. Algunas de estas opciones, como la incorporación de normas materiales, pueden contemplarse como soluciones clásicas y, en cambio, otras de ellas, como técnicas singulares y originales, aunque también toman elementos de las soluciones tradicionales. En unas y otras, la determinación de la ley aplicable *in casu* queda fuertemente mediatizada por la intervención y el buen hacer de las respectivas AACC implicadas, de manera que la técnica de la CIA parece también estar penetrando en el sector por excelencia del DIPr., aunque en ningún momento debe olvidarse, que al no estar en presencia de un Convenio de conflicto de autoridades, donde las AACC dispongan de una competencia decisional propia para la creación del vínculo adoptivo, ésta no podrá por el momento alzarse *per se* como técnica de reglamentación¹⁷⁶⁶.

b) Normas materiales especiales mínimas

¹⁷⁶⁴ *Vid., supra*, Cap. II, III. 5. D).

¹⁷⁶⁵ *Vid.*, la calificación de «desconflictualización» para designar la tendencia del Convenio en la dimensión no sólo de derecho aplicable, sino también del reconocimiento, M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, p. 103.

¹⁷⁶⁶ Para una aproximación al método seguido por el Convenio desde la perspectiva del derecho aplicable, haciendo hincapié en las diferencias que separan a éste del método del conflicto de leyes, *vid., amplius*, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, pp. 49-62.

Un paso más ha sido dado por el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional en el proceso de materialización mediante aproximaciones sustantivistas que caracteriza, en general, a los Convenios de CIA y, en particular, con mayor intensidad, a aquéllos que no son de conflicto de autoridades. Este Convenio que rechaza garantizar el interés superior del menor a partir de los expedientes conflictuales clásicos, tampoco podría haberse decantado, pues sería imposible, como se comprobó, por una unificación directa mediante normas materiales especiales que sustituyesen completamente la normativa sobre adopción internacional contenida en los respectivos Derechos internos de los Estados parte¹⁷⁶⁷. El Convenio opta, sin embargo, por situarse en una posición ecléctica e intermedia, adoptando parcialmente, en distintas fases del procedimiento, una técnica que consiste en establecer una serie de disposiciones de carácter material mínimas, que unifican los respectivos Derechos de los Estados parte en una serie de aspectos concretos.

Estas normas pueden considerarse como normas materiales especiales en cuanto ofrecen una respuesta directa y material a una serie de aspectos relativos a la adopción internacional, y sobre los cuales la norma o respuesta convencional sustituye a las normativas autónomas, procurando, en la medida de lo posible, no obligar a los Estados contratantes a modificar sus soluciones de derecho interno. Mediante ellas se refleja el consenso mínimo de los Estados participantes en la elaboración del Convenio en torno a aquellos aspectos que se consideran como indispensables para salvaguardar el interés del menor en el proceso de adopción internacional y, por tanto, su observancia y garantía se requería imprescindible en todo proceso de adopción internacional llevado a cabo en el marco convencional. Estas normas materiales contienen sólo una unificación mínima en la reglamentación convencional de la adopción internacional, pues sólo se regulan de manera directa y sustantiva algunos aspectos nucleares de la adopción internacional, pero respecto al resto de los aspectos no unificados mediante este método, los Derechos autónomos intervienen de distinto modo, como ahora se verá, dependiendo de la fase en la que se encuentre el proceso de adopción. Mediante esta posición ecléctica, que en todo caso refleja un consenso material (en cuanto incorporación del valor del interés del menor) mínimo e

¹⁷⁶⁷ *Vid., supra*, Cap. I, II. 4. B).

indispensable, el Convenio de la Haya de 1993, como buen Convenio pragmático, persigue obtener el mayor número de ratificaciones posibles, extendiendo su protección al mayor número de menores¹⁷⁶⁸.

Se encuentran repartidas a lo largo de todo el texto, y en ocasiones son sólo un desarrollo de los principios jurídicos declarados en el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño: *ad. ex.*, art. 8 con relación al art. 32 respecto a la prohibición de obtener beneficios materiales indebidos; arts. 18 y 19 con relación a la obligación de las AACC de asegurar las autorizaciones de salida y entrada del niño; o art. 30 con relación al secreto de la adopción. Entre este grupo de normas materiales uniformes merece una especial consideración aquélla que reglamenta los efectos de las adopciones constituidas y reconocidas en el marco convencional. Se ha comprobado las dificultades intrínsecas de garantizar el interés del menor en la reglamentación de esta delicada cuestión exclusivamente mediante el método conflictual, y como su predecesor, el Convenio de La Haya de 1965, fue incapaz de afrontar la cuestión, dejando una laguna insalvable para alcanzar los objetivos convencionales¹⁷⁶⁹. El Convenio de La Haya de 1993, siguiendo algunas orientaciones doctrinales ya señaladas, opta por garantizar unos efectos mínimos uniformes en todos los Estados contratantes, de manera que así se asegure al menor una cierta coherencia de su estatuto jurídico a través de las fronteras¹⁷⁷⁰. En este sentido, el art. 26 establece, en primer lugar, que el reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos [párr. 1 a)]. Este reconocimiento del vínculo de filiación resulta una consecuencia natural de la definición de adopción adoptada por el Convenio en su art. 2.2, y conforme a la cual, como se ha visto, quedan incluidas como tal aquéllas que establezcan un vínculo de

¹⁷⁶⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, B. Sturlèse, «La Convention...», *cit.*, p. 429.

¹⁷⁶⁹ *Vid.*, *supra*, Cap. I, II. 4. C) b).

¹⁷⁷⁰ La reglamentación de los efectos de la adopción fue, sin duda, el aspecto más complejo y discutido por los negociadores del Convenio hasta el último momento. Las diferencias entre la solución final recogida en el capítulo V del Convenio (arts. 26 y 27), respecto a la aprobada en el Anteproyecto del Convenio (*vid.*, A. Bucher, «L'avant-projet...», *cit.*, pp. 173-174), suponen un gran avance y reflejan el esfuerzo de los Estados parte por alcanzar una solución conciliadora que garantizara una equivalencia mínima de efectos en todos los Estados contratantes, y permitiera en el marco convencional dejar subsistir tanto la adopción plena como la adopción simple, pero con un cierto imperialismo de la adopción plena (*vid. amplius*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 616-627).

filiación, bien sean simples o plenas¹⁷⁷¹; en segundo lugar, la adopción tiene como efecto el reconocimiento de la responsabilidad parental de los padres adoptivos respecto al hijo [párr. 1 b)], consecuencia directa del vínculo de filiación establecido por la institución. Estos son los únicos efectos que la constitución de una adopción internacional produce uniformemente en todos los Estados contratantes una vez reconocida, ya que el resto de los efectos que produce la adopción en el Estado de recepción no lograron, como se verá a continuación, ser regulados sin acudir al método conflictual¹⁷⁷².

c) Intervención distributiva de los Ordenamientos jurídicos presentes en la aplicación de ciertos principios materiales uniformes

Se trata de un peculiar método de reglamentación adoptado en el Convenio de La Haya de 1993 respecto a las condiciones de fondo mínimas que debe satisfacer *a priori* cualquier proyecto de adopción internacional, y mediante el cual se combinan elementos materiales uniformes que, al igual que en el caso anterior, se tratan sólo de principios mínimos de contenido material, con elementos conflictuales, puesto que la determinación del Ordenamiento jurídico conforme al cual deben ser verificados dichos principios se lleva a cabo mediante normas de conflicto implícitas.

Los arts. 4 y 5 establecen las condiciones mínimas de fondo que deben ser respetadas en cualquier adopción internacional tramitada por la vía convencional, y cuya verificación corresponde distributivamente a las respectivas Autoridades competentes del Estado de origen (respecto al menor y los consentimientos necesarios), y del Estado de recepción (respecto a los futuros adoptantes). El Convenio expresamente no establece conforme a qué Ordenamiento jurídico dichas condiciones deberán ser verificadas, pero establece una referencia genérica *ex art. 4* al Derecho del Estado de origen, y *ex art. 5* al Derecho del Estado de recepción, por lo que algunos autores consideran que, en realidad, se está en presencia de normas de

¹⁷⁷¹ *Vid., supra*, Cap. I, III. 1. D) b).

¹⁷⁷² *Vid., infra*, Cap. IV, IV. 4. B) b).

conflicto implícitas¹⁷⁷³. En definitiva, exista o no dicha referencia implícita, el espíritu del sistema convencional parece radicar en esta fase del procedimiento en consagrar un sistema de intervención distributiva de los Ordenamientos jurídicos en presencia, de modo que las autoridades del Estado de origen (residencia habitual del menor) verifiquen conforme a la ley designada por sus normas de conflicto las condiciones relativas al menor y a los consentimientos; y las autoridades del Estado de recepción (residencia habitual de los futuros padres adoptantes) constaten conforme a la ley designada por las normas de conflicto de su Estado, el control de las condiciones relativas a los potenciales adoptantes y, todo ello, partiendo que se trata sólo de normas mínimas, de manera que las respectivas autoridades, conforme a su Ordenamiento jurídico, pueden exigir el respeto de otras condiciones suplementarias¹⁷⁷⁴.

De este modo, básicamente, el art. 4 obliga a las autoridades competentes del Estado de origen a constatar: que el menor es adoptable; a examinar adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen (principio de subsidiaridad); y a verificar que la adopción responde al interés superior del menor. Con relación a los consentimientos, el Convenio instaura en el art. 4 c), mediante una serie de normas materiales, un «mínimo uniforme» en el marco convencional¹⁷⁷⁵, regulando aspectos relativos tanto al fondo como a la forma de su prestación, y según el cual, las autoridades competentes del Estado de origen deben asegurarse que: *«las personas, instituciones, autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular con relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen»* [art. 4. c) 1)]¹⁷⁷⁶. Junto al pleno conocimiento de los efectos esenciales de

¹⁷⁷³ Vid., en este sentido, M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, p. 104; G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 570.

¹⁷⁷⁴ Vid., N. Meyer Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 273. Esta autora sostiene que implícitamente se consagra un sistema de aplicación distributiva de leyes en presencia o un sistema de aplicación distributiva de Ordenamientos jurídicos en presencia.

¹⁷⁷⁵ Vid., ampliamente, sobre el sector de los consentimientos, M. Jametti Greiner y A. Bucher, «La Dix-septième session...», *cit.*, p. 73.

¹⁷⁷⁶ En esta norma se aprecian claramente los dos elementos, conflictual y material, que se utilizan. De un lado, conforme a la ley del Estado de origen debe suministrarse toda la información referente a las

la adopción, que determinará si se acepta o no la adopción plena, deberá asegurarse que dicho consentimiento se ha dado libremente, en la forma legalmente prevista, pero en cualquier caso, ha sido dado o constatado por escrito [art. 4. c) 2]¹⁷⁷⁷. El consentimiento no podrá haberse obtenido mediante pago o compensación de clase alguna, y si ha sido retirado quedará sin efecto [art. 4. c) 3]. Si el consentimiento de la madre es requerido, producirá sus efectos sólo si ha sido dado con posterioridad al nacimiento del niño [art. 4. c) 4]. El consentimiento del menor puede ser requerido según el derecho del Estado de origen, y entonces deberá cumplir exigencias similares. En cualquier caso, aunque dicho consentimiento no sea exigido, las autoridades del Estado de origen, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, deberán tomar en consideración sus deseos y opiniones [art. 4. d) 1) a 4)]. Respecto a las responsabilidades de las autoridades del Estado de recepción, conforme al art. 5, el Convenio consagra como garantías mínimas que deben respetarse: constatar que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; asegurarse que han sido convenientemente asesorados; y constatar que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

En conclusión, en esta fase del procedimiento, perteneciente al periodo de instrucción, como fácilmente se desprende, se verifica perfectamente que los conflictos de leyes en torno a determinadas situaciones o cuestiones, obviamente, no desaparecen en el contexto del Convenio de La Haya de 1993. El método de solución arbitrado, alejado del método atributivo clásico, se desenvuelve en una compleja interacción o combinación de normativa convencional y de normativa autónoma, en la que se mezclan tanto elementos materiales como elementos conflictuales. La resolución de estas cuestiones se inscribe dentro de la fase distributiva de competencias entre autoridades de Estados implicados, y se configura como función intrínseca de las autoridades responsables de su ejecución (autoridades competentes que en la mayoría de los Estados coinciden, como se ha visto, con las AACC). Desde esta perspectiva, por tanto, puede sostenerse que la CIA sí es utilizada en este

consecuencias generales de la adopción y, sobre todo, con relación al alcance de la ruptura del vínculo; y, de otro, el elemento material, pues debe garantizarse la correcta información.

¹⁷⁷⁷ De nuevo, en esta norma puede verificarse el elemento conflictual (remisión a las normas de conflicto del país de origen) y elemento material (necesaria forma escrita para el consentimiento).

Convenio de DIPr. como técnica en la resolución de los problemas de determinación del derecho aplicable, aunque en ningún caso podría hablarse de desaparición de las técnicas clásicas, sino una vez más, de interacción de expedientes.

d) Método de anticipación

Un método de reglamentación singular, completamente alejado de los expedientes clásicos, es el adoptado por el Convenio de La Haya de 1993 en la fase decisiva del procedimiento convencional, esto es, en el conocido *matching* o codecisión entre respectivas AACC *ex art. 17. c)*, que tiene lugar en el último momento de la fase de instrucción, y que, como se ha visto, es el requisito indispensable para que el procedimiento de adopción siga su curso, abriendo paso a la constitución y posterior certificación de la adopción internacional. La norma, como fue puesto de relieve, impone a las respectivas AACC implicadas un razonamiento de «anticipación» sobre determinados extremos, a partir de sus respectivos Ordenamientos jurídicos (con inclusión de sus normas de conflicto, normas materiales, y condiciones de eficacia internacional de las adopciones constituidas en el extranjero), con objeto de detectar cualquier obstáculo jurídico al pronunciamiento de la adopción y, fundamentalmente, a su eficacia internacional¹⁷⁷⁸.

Si bien el espíritu convencional en el primer momento de verificación de las condiciones de fondo de la adopción se funda, como acaba de verse, en un reparto distributivo de los Ordenamientos jurídicos en presencia, surge la duda sobre si en el momento de cogestión *ex art. 17 c)*, se impone o no una aplicación cumulativa por anticipación de los dos Ordenamientos jurídicos implicados. Se trata de una cuestión delicada, puesto, como se ha visto, el espíritu del art. 17 responde a la doble decisión¹⁷⁷⁹, no limita en modo alguno la discreción de las respectivas AACC en su decisión de otorgar o no su acuerdo a la continuación del procedimiento y, por lo cual, cada una de ellas *a priori* puede exigir el respeto íntegro para la constitución y eficacia de la adopción considerada de todas las disposiciones de su respectivo

¹⁷⁷⁸ *Vid.*, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 53; en la doctrina española, M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, p. 105.

¹⁷⁷⁹ *Vid.*, especialmente, *supra*, Cap. III, II. 3.

Ordenamiento jurídico. Conforme a esta apreciación, puede sostenerse que el Convenio, *ex art. 17 c)*, no excluye una aplicación cumulativa de los dos Ordenamientos jurídicos en presencia¹⁷⁸⁰. Sin embargo, la no exclusión no debe interpretarse de modo que la aplicación cumulativa de ambos Ordenamientos jurídicos se imponga en cualquier proyecto de adopción internacional imperativamente (resultado, que por otro lado, resultaría sumamente gravoso para el éxito de la adopción), sino que de acuerdo con la idea de reparto de responsabilidades entre las AACC implicadas que, como se ha visto, subyace en todo el texto, la norma debe ser interpretada de una manera flexible, permitiendo un margen de apreciación y de decisión a las autoridades intervinientes, que se proyectará necesariamente caso por caso¹⁷⁸¹. De acuerdo con esta interpretación, la aplicación cumulativa de los dos Ordenamientos jurídicos implicados dependerá de cada caso concreto, de las peculiaridades de dichos Ordenamientos jurídicos, y del grado de confianza que las AACC implicadas se dispensen *in casu*¹⁷⁸².

Este razonamiento de anticipación subyacente en el art. 17 c) del Convenio, consecuencia directa de la desjudicialización que marca la fase de instrucción convencional, ofrece, como acaba de verse, la garantía por parte de las AACC de los Estados implicados de la no existencia de obstáculos jurídicos en la continuación con éxito del proceso de adopción internacional; garantía que de *lege lata* puede resultar insuficiente tanto en la fase de constitución como, fundamentalmente, en el objetivo de garantizar la coherencia internacional del estatuto jurídico de los adoptados. Desde el punto de vista de la constitución, como se comprobó, en todos aquellos

¹⁷⁸⁰ *Vid.*, en este sentido, N. Meyer Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 283.

¹⁷⁸¹ *Vid.*, defendiendo la formulación flexible del art. 17c), e inclinándose más bien por la aplicación no cumulativa de los Ordenamientos jurídicos en presencia, sino por una operación de cálculo de probabilidades, M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del derecho...», *cit.*, p. 106; por el contrario, entendiendo que se trata de un supuesto de aplicación cumulativa de ambas leyes, C. González Beilfuss, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993...», *cit.*, p. 338.

¹⁷⁸² Debe observarse, como pone de relieve N. Meyer Fabre («La Convention de la Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 283), que en la mayoría de las ocasiones las condiciones que serán verificadas por las AACC implicadas, conforme a sus respectivos Ordenamientos jurídicos, dependerá de la posición que sus respectivos Estados asuman en la constitución de la adopción. De este modo, la Autoridad central del Estado en el que la adopción va a ser pronunciada, deberá verificar que todas las disposiciones de su Ordenamiento jurídico (comprendiendo las normas de competencia y las normas de conflicto) son íntegramente respetadas, mientras que la verificación que la Autoridad central del otro Estado debe realizar será mucho más flexible, comprendiendo únicamente los aspectos relativos a la eficacia internacional de la adopción constituida conforme al Convenio.

Ordenamientos jurídicos como en el Derecho español en que la decisión administrativa en fase de instrucción no sea vinculante para la autoridad judicial competente para la constitución de la adopción, el Convenio no asegura el éxito de la constitución, puesto que no encontrándose vinculada la autoridad judicial por la decisión positiva de la autoridad administrativa, ésta en el proceso aplicativo de sus normas de conflicto puede llegar a la conclusión de la no procedencia de la constitución de la adopción¹⁷⁸³. En estas hipótesis, el método de anticipación o de CIA resulta insuficiente e inadecuado.

En conclusión, a mi juicio, el método de anticipación puede contemplarse como una técnica de solución *ad hoc*, técnica de CIA, desde el punto de vista del Derecho aplicable, adoptada por un Convenio de DIPr. que opta por la técnica de CIA como opción metodológica predominante para la reglamentación de una situación privada internacional especial, que exige desde luego reforzar la CIA, pero en la que los problemas de conflicto de leyes continúan suscitándose¹⁷⁸⁴. Desde esta perspectiva, y contemplado el método adoptado por el Convenio de La Haya de 1993 en sede de ley aplicable en su conjunto, puede afirmarse que se está en presencia, hoy por hoy, a mi juicio, del único Convenio de CIA en materia de protección de menores en el que *stricto sensu* puede sostenerse que la CIA (y, concretamente la CIA de naturaleza administrativa) no sólo se alza como técnica en el sector de la competencia internacional de autoridades, sino también en el sector del derecho aplicable.

Ahora bien, esta apuesta convencional por la CIA, que conlleva una combinación de métodos peculiares de reglamentación, con aparente abandono del método atributivo clásico, interacción entre normativa convencional y normativa autónoma, elementos materiales y elementos conflictuales, no pueden llevar a afirmar,

¹⁷⁸³ *Vid., supra*, Cap. II, III. 5. D).

¹⁷⁸⁴ Desde una perspectiva dogmática, se ha señalado por la doctrina el paralelismo de este método de solución con el método de referencia al Ordenamiento jurídico competente (*vid.*, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, pp. 53-54; N. Meyer Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 283), en tanto que presentan la misma finalidad primordial, esto es, evitar situaciones claudicantes, proponiendo básicamente subordinar la creación de una situación jurídica a su reconocimiento en los diferentes Ordenamientos jurídicos implicados. Según los autores que predicán este paralelismo, el Convenio organiza, sobre las responsabilidades de las AACC, una especie de referencia acumulativa a los dos Ordenamientos jurídicos en presencia, de la que podría resultar el bloqueo del procedimiento si de la misma se desprenden obstáculos jurídicos que podrían comprometer la constitución o la eficacia internacional de la adopción.

como se ha cuestionado, que se está en presencia de un proceso de «crisis del DIPr.» (como siempre que esta cuestión se plantea)¹⁷⁸⁵. En efecto, como se ha comprobado, y posteriormente se verificará en sede de eficacia extraterritorial de decisiones donde se produce una reactivación de los conflictos de leyes, los problemas de conflicto de leyes no desaparecen en el marco convencional, y el método conflictual localizador tampoco, sino que la función asignada a éste, como ha puesto de relieve H. Muir Watt, puede decirse que se encuentra eclipsada y opera en el marco de una geometría variable¹⁷⁸⁶.

IV. Sector de la eficacia extraterritorial de decisiones

1. Revitalización de la importancia del sector

La preeminencia analizada del *forum* sobre el *ius*, con el consiguiente desplazamiento de la *sedes materiae* del DIPr. del menor hacia la determinación de la autoridad internacionalmente competente se ha traducido consecuentemente en un resurgimiento natural de la importancia del sector de la validez extraterritorial de las decisiones *versus* el del derecho aplicable¹⁷⁸⁷. El interés superior del menor exige garantizar la continuidad en el régimen de protección aplicado al mismo y la conservación de su *status* jurídico a través de las fronteras, evitando cualquier tipo de situación claudicante. La protección de los derechos de custodia y de visita, así como el derecho a las relaciones personales del menor en el contexto internacional reclama una flexibilización del régimen de eficacia extraterritorial de las decisiones relativas a tales derechos, que permita resolver los graves problemas que plantea (incluyendo la sustracción internacional de menores), huyendo de los formalismos de los procedimientos y de los pasos intermedios. La única reglamentación satisfactoria de la adopción internacional pasa por asegurar un estatuto uniforme del niño y evitar constituir una situación claudicante en el Estado donde debe desplegar sus efectos. La satisfacción de los objetivos materiales en otros ámbitos de reglamentación

¹⁷⁸⁵ *Vid.*, *supra*, Cap. I, II. 5.

¹⁷⁸⁶ *Vid.*, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», p. 51.

¹⁷⁸⁷ *Vid.*, D. Mayer, «Évolution...», *cit.*, pp. 468-469; en nuestra doctrina, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 256-257.

(obligación de alimentos y protección de adultos), pasa igualmente por garantizar un sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones rápido, flexible, y respecto al primero, sobre todo, eficaz.

La consecución de estos objetivos materiales, que aunque *a priori* parezca paradójico por la alteración metodológica de estos Convenios de CIA, provoca el retorno a los objetivos de la justicia conflictual o armonía internacional de soluciones¹⁷⁸⁸, exige actualmente de una manera imperiosa poner en funcionamiento todas las herramientas propias del DIPr., tanto los expedientes tradicionales de DIPr., como las diversas técnicas de CIA. A lo largo de este trabajo se ha puesto suficientemente de relieve la idea que el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones y la CIA mantienen una relación muy estrecha, a veces confusa; sin embargo el objetivo o finalidad de la reglamentación para alcanzar la consecución de los objetivos materiales debe ser el camino conjunto, y no paralelo, de los expedientes tradicionales de este sector junto con las técnicas de CIA.

2. Convenios de conflicto de autoridades: línea clásica

A) Insuficiencia de la respuesta del Convenio de La Haya de 1961

El sector del reconocimiento y *exequátur* fue también inicialmente el gran olvidado en la reglamentación convencional de las medidas de protección del menor¹⁷⁸⁹. En el Convenio de La Haya de 1902 sobre ley aplicable a la tutela no

¹⁷⁸⁸ *Vid.*, en este sentido, con relación al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 51.

¹⁷⁸⁹ El sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, como es sabido, ha sido tradicionalmente abandonado a los rígidos, formalistas y lentos mecanismos previstos en los Derechos internos, padeciendo un importante olvido por parte del Derecho convencional (al margen de los Convenios bilaterales), explicable tanto por el protagonismo del sector del derecho aplicable, como por la dificultad de unificar criterios en aspectos conectados con la vieja idea de la soberanía estatal. Un primer resurgimiento de su importancia con relación a la reglamentación de los regímenes de protección se aprecia en la regulación convencional de la deuda alimenticia en los Convenios de La Haya, puesto que en ambos trabajos los negociadores siempre fueron consciente de la importancia de asegurar la eficacia extraterritorial de las decisiones sobre alimentos entre los Estados parte. Los Convenios sobre ley aplicable y reconocimiento se concibieron desde el principio como una unidad (donde no primaba el problema del conflicto de leyes), y durante los trabajos de los años 70 existió incluso un desplazamiento de importancia hacia este sector, como prueba el hecho que se concluyera antes el Convenio sobre el reconocimiento de 1973 que el de la ley aplicable de la misma fecha (*vid.*, M. Verwilghen, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 385-386). No obstante, a pesar de esta revitalización en sede de alimentos, el Convenio actualmente en vigor en la materia, esto es, el Convenio de La Haya de

existía, obviamente, ningún tipo de norma relativa al reconocimiento de las resoluciones adoptadas en su marco entre los Estados parte.

Su sucesor, el actual Convenio en vigor de 1961, a pesar de desear ante todo hacer obra práctica, adoptando las medidas apropiadas que garanticen la continuidad en la protección del menor en el tráfico internacional, aporta bien poco en ese sector, recogiendo una regulación parcial e insatisfactoria de estos aspectos. Efectivamente, como es sabido, aunque el párrafo 1º del art. 7 del texto proclama el principio de reconocimiento mutuo entre los Estados contratantes de las medidas adoptadas en el marco convencional, su párrafo 2º abre una gran laguna al remitir el reconocimiento y ejecución de aquellas medidas que conlleven actos ejecutivos en un Estado distinto de aquél en que se adoptaren al derecho interno del Estado donde se solicite la ejecución o al derecho convencional. De este modo, y a pesar de la interpretación restrictiva predicada por la doctrina y jurisprudencia respecto al art. 7.2 favorable al reconocimiento (en el sentido, *ad. ex.*, que sólo queden exceptuados del reconocimiento los aspectos de la decisión que requieran actos de ejecución y se lleve a cabo el reconocimiento de aquellos otros que no los exijan, actos de organización¹⁷⁹⁰; o que en los supuestos en que sea el Derecho interno o convencional el que regule el reconocimiento y la declaración de ejecutividad, los presupuestos del reconocimiento regulados por el Convenio, es decir, control de la competencia y del Derecho aplicable, deben ser respetados¹⁷⁹¹), el Convenio de La Haya de 1961 ofrece una reglamentación insatisfactoria y, sobre todo, insuficiente del sector de la eficacia extraterritorial de las decisiones¹⁷⁹². La mayoría de las medidas de protección del menor recogidas en el Convenio requieren de actos de ejecución, y en estos supuestos

1973 sobre reconocimiento, a pesar de facilitar el pago para la obtención de alimentos, continúa, como es sabido, sin unificar el procedimiento de reconocimiento y ejecución de las resoluciones, remitiéndose al Derecho del Estado requerido.

¹⁷⁹⁰ *Vid.*, W. E. von Steiger, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 233; M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 181.

¹⁷⁹¹ *Vid.*, B. Ancel, «La réaction du droit international privé français à l'enlèvement international d'enfants», AAVV, *La sustracción internacional de menores*, *cit.*, pp. 7-29; esp., p. 17; aplicado al acogimiento internacional de menores, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 325-326.

¹⁷⁹² Obsérvese que el propio título del Convenio queda limitado a «competencia de las autoridades» y «la ley aplicable», con lo cual puede intuirse la importancia que el sector de la validez extraterritorial de las decisiones tenía para sus redactores. Es evidente que éstos no quisieron comprometerse en la redacción de un verdadero Convenio sobre *exequatur* (*vid.*, G. A. L. Droz, «La protection des mineurs...», *cit.*, p. 629).

el Convenio literalmente remite al Derecho interno (o al Derecho convencional) no sólo la ejecución, sino el simple reconocimiento de la medida. Al escaso número de medidas que puedan beneficiarse del reconocimiento convencional (que el texto no aclara si es o no automático aunque, al no regular procedimiento *ad hoc*, la doctrina ha interpretado que sí lo es)¹⁷⁹³, deben restarse las medidas adoptadas en virtud de los 8 y 9 (medidas en supuestos de peligro serio de la persona o bienes del menor y medidas en casos de urgencia), que quedan fuera de la obligación del reconocimiento mutuo. La práctica ha demostrado que, en última instancia, la remisión operada *ex art. 7.2* conduce a que el tribunal ante el que se solicita la ejecución de la medida de protección lleve a cabo un control o revisión sobre el fondo de la decisión extranjera, pudiendo entrar a apreciar sobre su compatibilidad o incompatibilidad con el «interés del menor»¹⁷⁹⁴. Finalmente, no debe olvidarse que precisamente la inexistencia de un régimen unificado de los aspectos relativos a la ejecución fue la causa fundamental que convirtió en ineficaz al Convenio de 1961 para afrontar el problema de la sustracción internacional de menores entre los Estados contratantes, y que condujo a la conclusión de los Convenios de CIA específicos sobre el problema¹⁷⁹⁵.

B) Revisión del sistema en línea básicamente tradicional

a) Consideraciones previas

La no adecuación que caracteriza al Convenio utilitario de 1961 entre fines perseguidos y técnicas empleadas se reveló, una vez más en este aspecto, y ha procurado ser superada en el nuevo Convenio multilateral tendente a sustituirlo. El Convenio de La Haya de 1996, integrando la laguna abierta por su antecesor, incorpora una reglamentación específica del sector de la validez extraterritorial de las decisiones, con objeto de aportar unos medios técnicos que efectivamente garanticen en mejor medida que aquél la continuidad y la estabilidad de las medidas de protección. Para ello se inspira en gran parte en el régimen liberal del Convenio de Bruselas de 1968, y da un giro copernicano a la reglamentación de este sector en la

¹⁷⁹³ Una interpretación favorable al reconocimiento automático, *vid.*, M. Castro-Rial Canosa, «El Convenio...», *cit.*, p. 40.

¹⁷⁹⁴ *Vid.*, G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 327.

¹⁷⁹⁵ *Vid.*, *supra*, Cap. I, II. 4. C) c).

materia. La opción convencional se desenvuelve básicamente dentro de los expedientes tradicionales, y la técnica de la CIA sólo es utilizada de manera incidental al servicio de los objetivos de este sector.

b) Reconocimiento

El Convenio consagra expresamente como principio general el reconocimiento automático de las medidas adoptadas en un Estado contratante en los demás Estados contratantes (art. 23.1). No obstante y, configurado de manera peculiar, también deja abierta la posibilidad de dotar de mayor estabilidad a la decisión que conceda o deniegue el reconocimiento mediante un procedimiento *ad hoc* (art. 24). Se recogen una serie de causas tasadas por las cuales la autoridad del Estado requerido facultativamente puede denegar el reconocimiento (a instancia de la parte contra la cual la medida sea invocada en el curso de un procedimiento distinto *ex art.* 23, o a instancia de cualquier persona interesada *ex art.* 24)¹⁷⁹⁶, y se prohíbe, como regla general, la revisión sobre el fondo del asunto (art. 27). Respecto a los posibles motivos de denegación del reconocimiento y/o *exequátur* previstos en el art. 23.2, dos consideraciones previas, deben al menos ser realizadas. De un lado, debe resaltarse que, con distinto alcance, todas estas causas, que son *numerus clausus*, pueden contemplarse, como fue apuntado, como claras expresiones de la incorporación del «interés superior del menor» como solución de carácter material en las técnicas clásicas de DIPr. y, concretamente, en este aspecto, en el sector de la validez extraterritorial de las decisiones. De otro, la interpretación e intervención restrictiva, que debe ser realizada siempre en un marco internacional (convencional o institucional) de las causas de denegación del reconocimiento/*exequátur* previstas en el mismo, debe adquirir en este contexto una mayor intensidad, justificada precisamente por el mismo principio del «interés superior del menor», y su manifestación en este sector, el principio de la continuidad internacional de la

¹⁷⁹⁶ La no obligatoriedad del rechazo del reconocimiento si se verifican alguna de estas causas se desprende tanto del término empleado por el texto («podrá»), como del énfasis que el relator del Convenio hace en este aspecto, apuntando que el Convenio autoriza el rechazo al reconocimiento, pero no lo impone (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 38).

protección¹⁷⁹⁷. En algunos supuestos se trata de causas tradicionales de este sector adaptadas al interés del menor, que debe ser la consideración primordial de cualquier decisión que afecte al mismo, en otros, se está en presencia de motivos específicos, pertenecientes al orden público procesal, que adquieren sentido en el marco convencional en el que se han insertado. Entre las causas del primer grupo se encuadrarían la inobservancia de las reglas de competencia previstas en el Convenio; contrariedad de la medida con el orden público del Estado requerido; e inconciliabilidad con otra decisión susceptible de ser reconocida en el Estado requerido. El control de la competencia judicial internacional previsto en el Convenio [art. 23. 2 a)], se justifica plenamente si se advierte que las reglas de competencia formuladas en el texto, gracias al procedimiento de CIA judicial *ex arts.* 8 y 9, se configuran con un cierto carácter de exclusividad, procurando que, en interés del menor, sólo exista una autoridad competente *in casu*, y desaparezca cualquier posibilidad de competencias concurrentes¹⁷⁹⁸. No obstante, este control recogido también implícitamente en el Convenio de 1961¹⁷⁹⁹, adquiere una novedad significativa en el Convenio de 1996, ya que se vincula expresamente a las autoridades del Estado requerido con las apreciaciones de hecho sobre las cuales la autoridad del Estado de origen haya fundado su competencia (art. 25). Esta vinculación favorable al reconocimiento, aunque no exenta de críticas, plantea esencialmente la duda sobre si el criterio del «interés de menor» como foro atributivo de competencia debe considerarse también como una cuestión de hecho, ya que de apreciarse como una cuestión de derecho, el tribunal del Estado requerido podría entrar a valorar la oportunidad de la decisión adoptada *ad. ex.*, por el juez del divorcio (foro, como se ha visto, discutido y criticable en el contexto del Convenio)¹⁸⁰⁰. Las opiniones no son unánimes en torno a esta cuestión¹⁸⁰¹, aunque si se tiene en cuenta

¹⁷⁹⁷ Como pone de relieve K. Siehr, en materia de protección de menores, la experiencia ha revelado que la continuidad de una decisión extranjera que posiblemente no es la óptima, resulta preferible al perjuicio que puede dar lugar su no reconocimiento y, consecuentemente, la necesidad de un nuevo pronunciamiento. (*cit.*, por G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, p. 294, nota 89).

¹⁷⁹⁸ *Vid.*, P. Picone, «La nuova convenzione...», *cit.*, p. 735.

¹⁷⁹⁹ Puede deducirse claramente de su art. 7, que se refiere a las medidas adoptadas por las «autoridades competentes en virtud de los artículos precedentes».

¹⁸⁰⁰ *Vid.*, sobre esta cuestión, también en relación a otros foros de competencia problemáticos, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, pp. 96-97.

¹⁸⁰¹ Del informe explicativo del texto parece desprenderse que el criterio del «interés superior del menor» tendría también la consideración de circunstancia de hecho, vinculando al tribunal del Estado

que el Convenio no prohíbe categóricamente la revisión sobre el fondo del asunto, sino que es admitida excepcionalmente en cuanto sea necesario para verificar alguna de las condiciones de reconocimiento, a mi juicio, creo que por esta vía (interpretación del menor como concepto jurídico) podría revisarse la decisión que se ha basado en un foro inapropiado como puede llegar a ser el foro del divorcio, situándose en una de las excepciones a la prohibición de la revisión del fondo de la decisión, y limitando así, muy excepcionalmente, la eficacia extraterritorial de estas decisiones que pueden llegar a ser inconvenientes al interés superior del menor. Respecto a la ausencia de contradicción con el orden público del foro en su sentido material [art. 23.2 d)], debe destacarse que no sólo se recoge la clásica restricción convencional consistente en que la contradicción debe ser «manifiesta», sino que, fundamentalmente, al igual que el art. 24 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, el «interés superior del menor» como *standar minimus* pasa a constituir el contenido esencial del orden público del foro.¹⁸⁰² Finalmente, entre las causas que se han denominado tradicionales se prevé que el reconocimiento podrá denegarse «*si la medida es incompatible con otra medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido*» [art. 26.2 e)]. Sin duda, tampoco se está en presencia de la formulación clásica de la inconciliabilidad de decisiones como causa de denegación del reconocimiento, y en este caso llama sobre todo la atención que la inconciliabilidad de la medida deba ser respecto a una medida adoptada con «posterioridad» a la que se pretende su reconocimiento (y no con «anterioridad», donde parece tener sentido, *vid., ad. ex.*, art. 34.4 del Reglamento

ad quo al igual que el resto de las circunstancias de hecho que hubieran servido al tribunal *ad quem* como fundamento de su competencia (*vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 40). En defensa también de la prohibición de una nueva apreciación del interés superior del menor en la fase de reconocimiento, *vid.*, M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *cit.*, p. 199. Otros autores estiman, al contrario, que se trata de un concepto jurídico, que no vincula al tribunal *ad quo* y, por tanto, puede revisarse (*vid., ad. ex.*, A. Bucher, «La Dix-huitième session...», *cit.*, p. 97).

¹⁸⁰² Con esta definición del orden público tanto para el reconocimiento de las medidas adoptadas en otro Estado contratante («*el reconocimiento podrá denegarse si es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido teniendo en cuenta el interés superior del niño*»), como para la ley aplicable *ex art. 22*, se avanza respecto al Convenio de 1961, que de manera atípica lo recoge en su art. 16 («*Las disposiciones del presente Convenio sólo podrán no tenerse en cuenta en los Estados contratantes cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público*») sin incorporar el interés superior del menor como contenido esencial. Afortunadamente, como se ha visto con anterioridad, la intervención del orden público desaparece como causa de denegación del reconocimiento y ejecución en el Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997.

comunitario 44/2001). La prioridad de la medida posterior se justifica por razones de proximidad de las autoridades de la residencia habitual con el menor, ya que, como se viene reiterando, se consideran que éstas se encuentran en mejor situación para adoptar la medida que responda más adecuadamente al interés superior del menor¹⁸⁰³. No obstante, en la mecánica del Convenio parece que la operatividad real de la intervención de este motivo va a ser escasa o nula¹⁸⁰⁴. El resto de las causas o motivos de denegación del reconocimiento/*exequátur* formulados en el texto presentan en común que todos hacen referencia al orden público en su dimensión procesal, en la medida en que la decisión cuyo reconocimiento se persigue contradiga los principios procedimentales fundamentales del foro, esencialmente respecto a las garantías del proceso. No obstante, a pesar de esta premisa común, los motivos presentan distinto relieve, ya que mientras que la no audición del menor, salvo en casos de urgencia, en el procedimiento judicial o administrativo en que se hubiera adoptado la medida [art. 26.2b)], sólo podrá ser motivo del rechazo del reconocimiento si dicha condición procesal forma parte de los principios fundamentales del Estado requerido¹⁸⁰⁵, los otros dos motivos tasados en el Convenio implican una vulneración del orden público procesal instaurado directamente en el propio texto, aunque también con muy diferente alcance. Efectivamente, mientras que uno de ellos es una manifestación de la vulneración de los derechos de defensa, concretamente, destinada a asegurar, siempre que la parte lo solicite, el respeto a la persona que ejercía la responsabilidad paternal cuando se constituyó una medida de protección¹⁸⁰⁶ [art. 26.3 b)], el otro implica, como

¹⁸⁰³ *Vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 39.

¹⁸⁰⁴ Si se pone en relación este precepto con los arts. 11.3 y 12.3 del Convenio, que sancionan la pérdida de vigencia de las medidas urgentes y provisionales adoptadas por las autoridades de los Estados contratantes del lugar en donde se encuentra el menor, cuando las autoridades del Estado no contratante hayan adoptado las medidas que la situación exija (*vid.*, sobre esta cuestión y su escasa operatividad, P. Picone, «La nuova convenzione...», pp. 735-736; G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *cit.*, pp. 304-305).

¹⁸⁰⁵ El derecho del menor a ser oído en los procedimientos en que le afecten, como se ha visto, es un principio consagrado directamente en el art. 12 de la Convención de los Derechos del niño, y aunque *a priori* en la elaboración del Convenio de 1996 se procuró elevar su infracción con carácter general a causa de no reconocimiento, sin embargo, no logró alcanzarse una unanimidad al respecto, puesto que no todos los Estados parte del Convenio lo habían trasladado a sus respectivos Ordenamientos jurídicos. Finalmente, quedó limitado sólo a los Estados que hayan recogido el derecho del menor a ser oído como principio fundamental de procedimiento, como es nuestro Ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigor de la LOPJM 1/1996 (art. 9).

¹⁸⁰⁶ El reconocimiento se podrá rechazar: «a petición de toda persona que entienda que la medida de protección atenta a su responsabilidad parental, si esta medida ha sido adoptada, salvo en casos de urgencia, sin que se haya dado a esta persona la posibilidad de ser oída». Esta previsión adquiere su

fue apuntado, la infracción de uno de los procedimientos de CIA que se prevén en este nuevo Convenio para los casos en que la autoridad competente *in casu* prevea adoptar la colocación del niño en el extranjero en un familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *Kafala* o institución análoga (art. 33)¹⁸⁰⁷. Para estos supuestos, como ha sido visto, el Convenio instaura un procedimiento de consulta previo a la Autoridad central u otra autoridad competente del Estado donde la colocación o acogimiento haya de tener lugar, sancionando que la medida no podrá adoptarse sin que dicha autoridad haya dado su aprobación a la medida proyectada. La no observancia de este procedimiento de cooperación se erige en el texto en motivo de rechazo del reconocimiento de dicha medida en el resto de los Estado parte del Convenio [art. 23.2 f)], convirtiéndose de este modo en el único procedimiento de CIA de carácter imperativo *stricto sensu* instaurado en el marco convencional.

Junto a la regla general del reconocimiento automático o incidental, el Convenio de La Haya de 1996 prevé también novedosamente, como se ha apuntado, la posibilidad de obtener un reconocimiento a título principal que disipe definitivamente, y con carácter *erga omnes*, las dudas sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una medida adoptada en el marco convencional¹⁸⁰⁸. La importancia de esta nueva acción preventiva radica no sólo en incorporar una acción declarativa de reconocimiento en la línea de las más modernas reglas procesales, sino también en admitir la posibilidad que esta acción tenga por objeto obtener la declaración de no reconocimiento. Efectivamente, mientras que la acción declarativa de reconocimiento se incorpora actualmente en algunos Convenios internacionales vigentes en nuestro sistema, como el art. 10.3 del Convenio hispano alemán de 14 de noviembre de 1983¹⁸⁰⁹ o el art. 33.2 del Reglamento comunitario 44/2001¹⁸¹⁰, la solicitud declarativa

importancia fundamentalmente con relación al art. 18 del Convenio, precepto que, como se ha visto, permite que mediante una medida de protección se retire o modifique la responsabilidad parental *ex lege*. De este modo, si a una persona se le ha retirado la responsabilidad parental en el marco de este precepto sin que se haya respetado su derecho a ser oído, el reconocimiento de dicha medida podrá ser rechazado en el Estado requerido.

¹⁸⁰⁷ *Vid., supra*, Cap. III, I. 2. B) a).

¹⁸⁰⁸ Dice así: «Sin perjuicio del art. 23, párrafo primero, toda persona interesada puede solicitar a las autoridades competentes de un Estado contratante que decidan acerca del reconocimiento o no reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante. El procedimiento se rige por la ley del Estado requerido».

¹⁸⁰⁹ *Vid.*, en nuestra doctrina, respecto a éste, M. Moya Escudero, «El Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y

de no reconocimiento, admitida en los Ordenamientos procesales de ciertos Estados, resulta completamente desconocida para el Derecho procesal español¹⁸¹¹. La utilidad práctica que conlleva esta nueva acción implica una clara evolución de los mecanismos clásicos de eficacia extraterritorial de decisiones¹⁸¹². No obstante, a pesar de este nuevo avance, el problema que deja abierto el Convenio, y que hace cuestionar la operatividad real de esta acción, tanto en su sentido positivo como negativo, es que a diferencia del Convenio hispano-alemán o del Convenio de Bruselas en donde se organizan los procedimientos de esta modalidad de reconocimiento¹⁸¹³, el Convenio de La Haya de 1996 no incorpora procedimiento alguno *ad hoc*, sino que remite esta cuestión a la ley del Estado requerido. Esta remisión causará importantes problemas en la aplicación del Convenio en todos los supuestos (que serán muchos) en que el Derecho interno del Estado requerido no prevea este tipo de procedimiento, como es el caso del Derecho español¹⁸¹⁴.

documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983», *R.E.D.I.*, 1985, pp. 153-171; *id.*, «Ámbito de aplicación material del Convenio hispano-alemán sobre reconocimiento y ejecución de decisiones: su viabilidad futura con relación al Tratado de Bruselas de 1968», *Las relaciones de vecindad*, Serv. ed. Univ. del País Vasco, 1987, pp. 481-496.

¹⁸¹⁰ *Vid.*, respecto a la inicial incorporación de esta acción en el marco comunitario (art. 26.2 del Convenio de Bruselas de 1968), entre otros, F. Garau Sobrino, «Art. 26», A. L. Calvo Caravaca (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 1994, pp. 473-476.

¹⁸¹¹ Con la reciente excepción del Reglamento 1347/2000, en el que, como se verá, se recoge también dicha posibilidad, aunque la incorporación de esta acción en el marco del Convenio de La Haya de 1996 es previa en el tiempo a su recepción en el citado Reglamento. En nuestro Derecho de origen internacional queda descartada tanto en el marco del Convenio hispano-alemán como en el Convenio de Bruselas, si bien éste deja abierta la posibilidad de ejercer la citada acción mediante el Ordenamiento procesal de aquellos Estados que la regulen (*vid.*, F. Garau Sobrino, «Art. 26», *cit.*, p. 474). El nuevo Reglamento «Bruselas I» tampoco recoge esta nueva acción declarativa del no reconocimiento.

¹⁸¹² Piénsese *ad. ex.* en un padre que ha sido privado, sin ser oído, de la responsabilidad paterna, que ha sido atribuida a la madre, mediante una decisión adoptada en Francia, y que desea impedir, por estimar contrario a los intereses del menor, la conclusión de un contrato en España por la madre en nombre del hijo. El art. 26 concede al progenitor la posibilidad de obtener la declaración de no reconocimiento en España de la resolución francesa, al concurrir precisamente uno de los motivos de rechazo del reconocimiento enumerados en el texto [art. 23.2 c)].

¹⁸¹³ Aunque en ambos casos sólo exista una remisión al procedimiento del *exequátur*, debe entenderse que dicho procedimiento se adaptará a las finalidades específicas de la acción declarativa de reconocimiento (*vid.*, respecto al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, F. Garau Sobrino, «Art. 26», *cit.*, p. 474).

¹⁸¹⁴ El informe del Convenio aclara que este procedimiento no debe ser semejante al procedimiento del *exequátur*, ya que las finalidades de uno y otro son bien distintas. Mientras que el procedimiento del *exequátur*, al perseguir asegurar la libre circulación de decisiones entre los Estados parte, debe de configurarse rápido, simple y no contradictorio en su primera fase, el procedimiento preventivo persigue instaurar inmediatamente un debate sobre la regularidad internacional de la medida y, en caso de oposición, paralizar, su libre circulación. En consecuencia, el procedimiento del reconocimiento o no reconocimiento *ad hoc* deberá ser contradictorio y no tan apremiado como el procedimiento de

c) *Exequátur* o declaración de ejecutividad

Respecto al procedimiento para obtener la declaración de ejecutividad o de registro en el Estado requerido, gran laguna del Convenio de La Haya de 1961, el Convenio de La Haya de 16 de octubre de 1996 tampoco ha logrado incorporar un procedimiento más o menos uniforme de *exequátur*, a imagen *ad. ex.*, de los instrumentos comunitarios, sino que, siguiendo la línea del art. 7 del Convenio de 1961, remite al procedimiento previsto en los respectivos Derechos internos (art. 26.1). No obstante, una vez más, aún cuando es criticable que no se haya regulado, al menos, en líneas generales, el procedimiento del *exequátur* (al igual que el correspondiente al resto de las acciones previstas en el Convenio) puede afirmarse que el Convenio de La Haya de 1996 instaura un régimen de *exequátur* mucho más adecuado que su predecesor, ya que, de un lado, incorpora expresamente las causas por las que puede denegarse la declaración de ejecutividad mediante una remisión a los motivos previstos para el reconocimiento *ex art. 23.2* (causas que igualmente son tasadas y deben actuarse e interpretarse restrictivamente) y, de otro, impone a los Estados parte aplicar un procedimiento simple y rápido, previsión esta última que sólo puede considerarse como *lex imperfecta*, al no imponerse plazo específico alguno¹⁸¹⁵.

Finalmente, una vez declarada ejecutoria o registrada la medida a los efectos de ejecución en el Estado requerido, el Convenio de 16 de octubre de 1996 realiza una especie de «naturalización» de la medida extranjera en el Estado requerido, de manera que la ejecución material de la misma se llevará a cabo en el Estado requerido, como si hubiera sido adoptada por las autoridades de dicho Estado, conforme a su Ordenamiento jurídico y, naturalmente, dentro de los límites previstos en éste (art. 28). De esta manera se procura, una vez más, adaptar los procedimientos clásicos al casuismo que conlleva incorporar el interés del menor como solución de carácter material sobre cuyo eje gira todo el mecanismo convencional, puesto que cuando la

exequátur (vid., P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 40). No obstante, ésta no es la línea que ha seguido el Reglamento 1347/2000, que somete las tres acciones (acción de reconocimiento positivo, acción de reconocimiento negativo y *exequátur*) a un mismo procedimiento.

¹⁸¹⁵ Vid., esta consideración, P. Picone, «La nuova convenzione...», *cit.*, p. 737; P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 40.

ejecución comprenda medidas coercitivas sobre la persona del menor, lo que suele suceder frecuentemente cuando las medidas se refieren al respeto de los derechos de custodia o de visita (*ad. ex.*, oposición de menor a la medida que ordena que debe ir a vivir con el progenitor al que le se le ha concedido la custodia), la autoridad encargada de ejecutar la medida debe tener cierto margen de apreciación para resolver la cuestión, en las mismas condiciones que tiene en su derecho interno, y en su caso proceder a una reconsideración e, incluso, no ejecución de la decisión judicial o administrativa adoptada en el Estado de origen¹⁸¹⁶.

En conclusión, como se comprueba de este breve análisis de la evolución de los mecanismos clásicos de efectividad de decisiones extranjeras en los Convenios generales sobre la protección del menor, es innegable que el Convenio de La Haya de 1996 ha avanzado de manera cualitativa respecto a las técnicas clásicas de este sector, regulándolas, perfeccionándolas, e incluso innovándolas. Inspirándose claramente en el Convenio de Bruselas de 1968 se inserta en la nueva línea actual de regímenes liberales de eficacia extraterritorial de decisiones, donde se consagra como principio general el reconocimiento automático o de pleno derecho, la exclusión de revisión sobre el fondo del asunto, y una limitación de las causas de denegación del reconocimiento (que además, en el texto sólo son facultativas)¹⁸¹⁷. En algunos

¹⁸¹⁶ Sobre este interesante nuevo margen de apreciación admitido por el Convenio en la última fase del procedimiento con relación sobre todo a los supuestos de oposición del menor, *vid.*, P. Lagarde, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 41-42; A. Bucher, «La révision...», *cit.*, pp. 72-73; P. Nygh, «The Hague...», *cit.*, p. 25.

¹⁸¹⁷ En esta misma línea liberal de regímenes de reconocimiento liberal se inserta también el Reglamento CE 1347/2000 o «Bruselas II» respecto a las medidas de responsabilidad parental respecto a los hijos comunes siempre que se planteen al hilo de un procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial entre los padres. Las relaciones entre el Reglamento 1347/2000 y el Convenio de La Haya de 1996, ya estuvieron presentes durante la elaboración del primero, por lo que muchas de sus disposiciones se inspiran directamente en las normas del segundo, con objeto de alcanzar en su día, teóricamente, una aplicación conjunta y armoniosa de ambos instrumentos, mientras que otras normas responden, por el contrario, a los objetivos y a los planteamientos del Reglamento comunitario en general y a los objetivos de la UE. A diferencia del Convenio de La Haya de 1996, este instrumento doble se desenvuelve exclusivamente mediante los expedientes tradicionales del sector, sin incorporación (directa o indirecta) de la CIA. Sus rasgos generales en sede de reconocimiento, sintéticamente, son los siguientes: reconocimiento automático como regla general (art. 14.1), posibilidad, al igual que en Convenio multilateral, de obtener una acción declarativa de reconocimiento, así como de no reconocimiento (art. 14.3); posible suspensión del reconocimiento si la resolución es objeto de recurso (art. 20), prohibición de revisión del fondo del asunto (art. 19); causas tasadas de denegación del reconocimiento y *exequatur* específicas para las resoluciones sobre responsabilidad parental dictadas en el marco comunitario (art. 15.2) *versus* las causas de denegación generales relativas a resoluciones en materia de separación judicial, nulidad matrimonial o divorcio (art. 15.1). Los motivos de denegación, de interpretación y aplicación restrictivos, poseen, a diferencia del Convenio de

aspectos su sistema supera al régimen comunitario inspirador, como *ad. ex.*, la incorporación de una nueva acción declarativa de no reconocimiento o total desaparición del control de la ley aplicada por la autoridad del Estado de origen¹⁸¹⁸, en cambio, en otros puntos, el Convenio de 1996 no logra, a diferencia del régimen comunitario, unificar aspectos esenciales para la efectividad real de estas técnicas, como es, fundamentalmente, establecer las líneas generales de un procedimiento común a todos los Estados parte que sustituya a las normas contenidas en los respectivos Derechos internos de los Estados parte. A pesar de que todavía queda camino por perfeccionar en esta línea clásica, no puede dejar de valorarse el profundo avance de este nuevo régimen unificado de eficacia extraterritorial de decisiones en materia de protección de menores, que garantiza, naturalmente, en mucha mejor medida la estabilidad de las medidas de protección, y, por ende, el interés del menor¹⁸¹⁹.

La Haya de 1996, y al igual que el Reglamento CE 44/2001, un carácter imperativo, y son los siguientes: contrariedad manifiesta del orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor; violación de los derechos de defensa del demandado; inconciliabilidad con una resolución extranjera, pero a diferencia de la causa general *ex art. 15. 1 c)*, y al igual que en el Convenio de La Haya de 1996, sólo cuando la resolución haya sido dictada con posterioridad en el Estado requerido, en otro Estado parte, o en un tercer Estado que sea el de la residencia habitual del menor, siempre, en los dos últimos supuestos, que sea susceptible de reconocimiento en el Estado requerido. A estas causas de denegación, que pueden denominarse clásicas en el espacio judicial europeo, aunque adaptadas a la materia sobre la que versa (*ad. ex.*, orden público), se incorporan otros dos motivos copiados literalmente del Convenio de La Haya de 1996, esto es, de un lado, el menor no haya tenido posibilidad de ser oído en el procedimiento del Estado de origen, salvo en los supuestos de urgencia, violando el orden público procesal del Estado requerido y, de otro, la resolución extranjera menoscabe el ejercicio de la responsabilidad parental de una tercera persona que no ha tenido la oportunidad de ser oída. Finalmente, debe destacarse que el Reglamento CE 1347/2000, a diferencia del Convenio de La Haya de 1996, sí incorpora a grandes líneas un procedimiento entre los Estados comunitarios en los supuestos en que solicite la acción declarativa de reconocimiento, la acción declarativa de no reconocimiento o el *exequátur*. Aunque se trate de tres acciones independientes, con objetivos diferentes, quedan sujetas a un mismo procedimiento directamente inspirado en el previsto en el Convenio de Bruselas de 1968 para la obtención de *exequátur*, esto es, un procedimiento rápido, unilateral o no contradictorio en la primera fase, susceptible de recurso ordinario por cualquiera de las partes, y de recurso extraordinario en los términos del art. 27. Como gran novedad, debe acogerse satisfactoriamente, de un lado, la desaparición del control legislativo en un Convenio doble relativo a materia de Derecho de familia y, de otro, que a diferencia del Convenio de La Haya de 1996, tampoco exista un control de la competencia del tribunal del Estado de origen, justificada dicha desaparición por el severo control de la competencia judicial internacional incorporado en el texto (art. 9).

¹⁸¹⁸ Desaparición del control de la ley aplicada que ya se recoge en el nuevo Reglamento 44/2001.

¹⁸¹⁹ *Vid.*, una recepción favorable a estas reglas por la doctrina, *ad. ex.*, R. M. Moura Ramos, «La protección...», *cit.*, pp. 79-81.

C) Algunas relaciones entre CIA y eficacia extraterritorial de decisiones

La opción seguida por el Convenio de La Haya de 1996 en sede de reconocimiento y ejecución, así como, inspirándose directamente en la misma, por el Convenio de La Haya de 2000 en materia de protección internacional de adultos¹⁸²⁰, culmina la reglamentación de un régimen de protección que, iniciada desde las soluciones de competencia en clave de CIA judicial, permite garantizar la continuidad de las medidas de protección adoptadas, adecuándose a la flexibilidad y al particularismo que la reglamentación de la protección del menor exige en el contexto internacional. Sin embargo, en este concreto sector, a diferencia del sector de la competencia internacional de autoridades, y fundamentalmente, a diferencia de las experiencias convencionales de los Convenios híbridos, la CIA, y concretamente, la CIA administrativa, no aparece instrumentalizada directamente como técnica de reconocimiento.

En efecto, el Convenio de La Haya de 1996 no apuesta por el sistema de reconocimiento y ejecución articulado a través de las AACC, en el que éstas actúan como canal de transmisión de solicitudes, adoptando una postura tuitiva respecto a los interesados, que se traduce en la desaparición de algunos de los problemas intrínsecos que acompañan a los expedientes tradicionales de este sector. Es más, ni siquiera introduce esta técnica como expediente alternativo, sino que, por el contrario, apuesta como respuesta de base exclusivamente por los expedientes tradicionales de este sector del DIPr. No obstante, la opción por no instaurar directamente la técnica de CIA en la reglamentación de este sector no implica, sin embargo, que los procedimientos de CIA incorporados en el texto (tanto judiciales como administrativos) no coadyuden a facilitar los objetivos de este sector, sino que, por el contrario, en este Convenio, la técnica de la CIA, en sus diferentes modalidades, se encuentra desde todos los frentes totalmente al servicio del sector del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, aunque no sea incorporada de manera directa.

¹⁸²⁰ *Vid.*, esta transposición de soluciones, E. Pérez Vera y A. Borrás, «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: la protección internacional de adultos», *cit.*, p. 807.

En primer lugar, como presupuesto decisivo, la solución en sede de competencia que, como se ha visto, se vertebra alrededor de la técnica de CIA judicial en clave de codecisión controlada por las autoridades de la residencia habitual del menor, se dirige directamente, en los supuestos en que la decisión posea alguna vocación extraterritorial, a evitar la existencia de decisiones inconciliables que pueda frustrar la exportación de la solución a otros Estados parte. En segundo lugar, en aquellos supuestos particulares en los que la decisión adoptada en un Estado parte deba ejecutarse única o principalmente en otro Estado parte (*ad. ex.*, colocación del menor en otro Estado parte o ejercicio del derecho de visita), el Convenio garantiza, como se ha visto, antes de la adopción de la medida en el primer Estado, mediante ciertos procedimientos de CIA que hacen intervenir a las autoridades del segundo Estado, y con ayuda, en tercer lugar, de las soluciones de derecho aplicable, la inexistencia de problemas jurídicos a la eficacia extraterritorial de dicha medida en el Ordenamiento jurídico del Estado en el que vaya a insertarse. En cuarto lugar, y siempre al margen de la asistencia que la cooperación administrativa ofrece a la autoridad competente en la adopción de la decisión que coadyuda a garantizar el principio de la continuidad, no debe olvidarse que la CIA se inserta específicamente en el texto en el momento último y decisivo del procedimiento, esto es, en la fase de ejecución, incorporándose expresamente *ex art. 35. 1*, la posibilidad que las autoridades competentes de un Estado puedan pedir a las autoridades de cualquier otro Estado contratante su asistencia para la puesta en práctica de las medidas adoptadas en virtud del Convenio y, en particular, de manera muy destacada, para asegurar el ejercicio efectivo del derecho de visita y el derecho de relación transfronterizo¹⁸²¹.

La opción metodológica realizada por el Convenio de La Haya de 1996 en sede de eficacia extraterritorial de decisiones, a mi juicio, resulta sumamente acertada, puesto que de nada sirve facilitar el sistema de la eficacia extraterritorial de decisiones mediante la CIA sino se dispone, en primer lugar, de un sistema rápido y eficaz, que se adecúe, paralelamente, en cuanto al fondo, a las exigencias materiales que reclama la reglamentación de la protección del menor. El Convenio de La Haya de 1996 cumple satisfactoriamente esta solución de base, que además se optimiza insertando la

¹⁸²¹ *Vid., supra*, Cap. III, I. 3. A) c).

reglamentación de la cuestión en un marco general de reglamentación, que desde todas las ópticas y a través de todos los expedientes y técnicas adecuados (incluida, por excelencia, la CIA) contribuye a garantizar el principio de continuidad de la protección del menor en el contexto internacional. No obstante, todo es mejorable y, de un lado, con relación a los expedientes tradicionales, aparte de otras consideraciones, se echa en falta unas pautas convencionales mínimas que unifiquen tanto los aspectos procedimentales relativos al *exequátur*, como al resto de las acciones de reconocimiento incorporadas en el texto, con objeto de evitar los tradicionales problemas de aplicación en los Derechos internos de los Estados parte, que hacen fracasar la efectividad de los mecanismos convencionales marcos; de otro lado, con relación a la técnica de CIA, parece que tampoco existe inconveniente en favorecer un sistema de protección más tutelar y cercano, introduciendo, siguiendo la experiencia del resto de los Convenios de CIA en general, y de los Convenios híbridos, en particular, la posibilidad de solicitar asistencia directamente ante la Autoridad central del Estado miembro donde resida el interesado en el reconocimiento (fundamentalmente, el titular de la responsabilidad parental), instrumentalizando también de este modo la CIA como técnica directa en este sector del DIPr.

3 Convenios híbridos

Se ha destacado ampliamente en este trabajo la estrecha relación que existe en estos Convenios entre CIA y el sector del reconocimiento, en tanto que, en realidad, se está en presencia de Convenios de *exequátur*, que utilizan la CIA como técnica para facilitar el reconocimiento y ejecución. Mediante la CIA, al asumir las AACC implicadas una posición tutelar, que se traduce en la asunción de una amplia gama de funciones dirigidas directamente a satisfacer las pretensiones del solicitante (entre ellas, también de manera destacada, garantizar la gratuidad de los procedimientos), se palian algunos de los inconvenientes tradicionales de los expedientes tradicionales de este sector (*ad. ex.*, desplazamiento no necesariamente físico del interesado al Estado donde desea obtener el reconocimiento, que queda suprimido por la transmisión de solicitudes mediante la CIA).

Sin embargo, reconociendo las ventajas que aporta la técnica de la CIA en este sector *versus* los expedientes tradicionales del mismo *per se* (principalmente, proximidad, rapidez, eficacia y asistencia a los particulares), debe recordarse que, en ningún caso, la CIA sustituye en estos textos a los expedientes tradicionales del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, es decir, la resolución cuyo reconocimiento y ejecución se pretende queda sometida en el Estado requerido al sistema de reconocimiento/*exequátur* que respectivamente resulte aplicable; sistema que, como ha sido visto, salvo en el marco del Convenio de Roma de 1990, es incorporado en la propia letra de cada texto como contenido esencial del mismo, y como reflejo de sus respectivos planteamientos y objetivos.

Desde esta perspectiva, como se ha puesto de relieve anteriormente, resulta evidente que la técnica de la CIA sólo podrá coadyudar a obtener los objetivos de este sector en materia de protección de menores, añadiendo un plus de eficacia y de asistencia, si se parte, como presupuesto convencional, de un régimen sustantivo de eficacia extraterritorial de decisiones satisfactorio, a imagen, en materia de protección de menores, del Convenio de La Haya de 1996 (básicamente, reconocimiento automático como regla de base, posibilidad de otorgar a la decisión de firmeza en el Estado requerido mediante un procedimiento *ad hoc*, prohibición general de revisar el fondo del asunto salvo cuando excepcionalmente sea necesario, desaparición del control de la competencia legislativa, limitación al máximo de las causas tasadas de denegación del reconocimiento/*exequátur*, noción restringida y materializada de la cláusula de orden público, y admisión de un orden público procesal en donde se garanticen adecuadamente los derechos de defensa de manera satisfactoria, tanto con relación a los derechos de los progenitores, como respecto al derecho del menor a ser oído, y a que sus opiniones sean tomadas en consideración, cuando haya alcanzado edad y madurez suficiente).

En nuestro Ordenamiento jurídico, como se ha comprobado, los Convenios híbridos vigentes en materia de derechos de custodia y de visita (Convenio de Luxemburgo de 1980 y Convenio hispano-marroquí de 1997), aparte de desenvolverse en un marco espacial muy limitado, no se adecúan de manera satisfactoria a los presupuestos sustantivos indispensables para que la CIA pueda realmente coadyudar a facilitar el reconocimiento y ejecución de las decisiones comprendidas en su ámbito,

satisfaciendo así los respectivos objetivos convencionales¹⁸²². En definitiva, el alcance que la técnica de la CIA aporta en estos textos resulta bastante cuestionado. En realidad, como se ha puesto de relieve anteriormente, el problema de la eficacia de estos Convenios utilitarios se enlaza en gran medida con su inadecuación entre objetivos y técnicas, puesto que como presupuesto para obtener los objetivos convencionales fijados por los mismos, se debería haber partido de Convenios dobles, que eliminaran la posibilidad de decisiones inconciliables, y fijaran un reparto de competencias respetuoso con el interés superior del menor. El establecimiento de unas normas de competencia unificadas, completado preferiblemente con un adecuado sistema de transferencia de competencias (CIA judicial), es el primer presupuesto (o, más bien, el único presupuesto), para lograr un adecuado y eficaz sistema de eficacia extraterritorial de decisiones en materia de protección de menores.

Finalmente, aparte de estas consideraciones que revelan el camino inapropiado de estos Convenios, y la limitación del alcance de la CIA incorporada en dichos términos, se suma en detrimento de su eficacia, los problemas de aplicación que, como ha sido visto, estos Convenios marco, fundamentalmente el Convenio de Luxemburgo de 1980, suscitan en nuestro Ordenamiento jurídico, en tanto que establecen mandatos de celeridad en la tramitación de los procedimientos que no son cumplidos satisfactoriamente por el legislador español¹⁸²³. De ahí que, como se viene reiterando, resulte siempre más adecuado, en la medida de lo posible, unificar también en la propia letra del texto los aspectos estrictamente procedimentales.

4. Convenios de CIA predominantes

A) Convenios exclusivos de CIA

a) Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores

Aun reconociendo las relaciones que son susceptibles de ponerse de relieve entre el reconocimiento y la CIA en este Convenio esencialmente utilitario¹⁸²⁴, sin

¹⁸²² *Vid., supra*, Cap. III, 4. B) b) 1º, y 4. B) d) 1º), respectivamente.

¹⁸²³ *Vid., supra*, Cap. III, 4. B) b) 3º).

¹⁸²⁴ Fundamentalmente, en general, *ex art. 3*, como exponente del método de referencia al Ordenamiento jurídico competente, las situaciones jurídicas comprendidas en el primer párrafo que hayan sido constituidas de manera válida y eficaz en el Ordenamiento jurídico extranjero tomado como

embargo, como es perfectamente conocido, el Convenio de La Haya de 1980, a diferencia de los Convenios híbridos, no es un Convenio que tenga por objeto ni obtener, ni facilitar el reconocimiento de las decisiones adoptadas en el Estado requirente.

Aún reconociendo en este texto la exclusividad de la técnica de la CIA en el sentido expuesto, sin embargo, remontándose a los orígenes del Convenio, tal como ha sido analizado, se recordará que precisamente el recurso a la CIA que se realizó por los redactores del texto, en su momento de elaboración, se explica únicamente desde la ineficacia de los expedientes tradicionales de eficacia extraterritorial de decisiones para solucionar de manera satisfactoria los supuestos de sustracción internacional de menores¹⁸²⁵. En realidad, CIA y eficacia extraterritorial de decisiones no se encuentran tan separados en este texto, sino que únicamente la CIA se presentó, en su momento, como una técnica sustitutiva a los expedientes tradicionales del reconocimiento para alcanzar, como solución de base, el mismo objetivo que éstos (que la resolución de custodia adoptada en un Estado parte sea respetada en el resto de los Estados), y en tanto solución especializada, el Convenio procuró además adaptar la técnica empleada (CIA) a las exigencias materiales, técnicas, y jurídicas que la situación privada internacional considerada reclamaba para lograr una respuesta satisfactoria y eficaz (*ad ex.*, ampliación de su ámbito de aplicación a los supuestos de custodia *ex lege*, amplio contenido asistencial vía AACC para obtener un retorno rápido, incorporación de un procedimiento *ad hoc* para decidir sobre el retorno con especial consideración a las causas excepcionales y restrictivas de no retorno, etc.).

Este razonamiento, que aun reconociendo su carácter arriesgado, implica admitir que la CIA en el Convenio de La Haya de 1980 se encuentra orientada en gran medida a favorecer la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia de custodia, no supone en ningún momento rechazar la naturaleza de este Convenio como un Convenio exclusivamente de CIA, ni dejar de destacar las ventajas que la CIA aporta *versus* los expedientes tradicionales de DIPr. *per se* del sector de la eficacia

referencia (aquél de la residencia habitual del menor) son reconocidas en el foro (Estado requerido) y, en particular, en los supuestos en que el derecho de custodia infringido tuviera su base en una decisión judicial, tal resolución es utilizada como un elemento de hecho más a efectos de entender que se está en presencia del supuesto de hecho que el texto exige.

¹⁸²⁵ *Vid., supra*, Cap. I, II. 4. C) c).

extraterritorial de decisiones en la reglamentación de esta especial situación privada internacional, sino que pone de relieve que los objetivos de la CIA y del reconocimiento no se encuentran tan alejados en este texto, aunque la CIA permita abarcar aspectos de la situación privada internacional no cubiertos por las técnicas de eficacia extraterritorial de decisiones (situaciones *ex lege* o ejercidas de facto), y aporte elementos asistenciales y de eficacia que los mecanismos de reconocimiento *per se* no satisfacen.

En este sentido, el hecho que los redactores del Convenio de La Haya de 1980 apostaran en su momento exclusivamente por la técnica de la CIA, no implica que actualmente la reglamentación de esta situación deba pasar inexcusablemente sólo por ella (que, por otra parte, aún reconociendo sus ventajas, también, como ha tenido ocasión de ponerse de relieve, presenta sus inconvenientes de aplicación en los Estados parte y sus insuficiencias en la reglamentación del conjunto), puesto que si los mecanismos de eficacia extraterritorial existentes entre los Estados parte implicados son satisfactorios, éstos pueden presentarse en determinadas ocasiones como igual o más idóneos que el mecanismo de la CIA *per se*, o incluso, en la combinación de métodos o técnicas puede hallarse la opción metodológica más óptima para la solución de los supuestos de sustracción internacional de menores que tengan su origen en la infracción de una decisión sobre custodia.

En esta línea de combinación de expedientes se encuentra el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores, puesto que teniendo en cuenta la excelente labor realizada, como ha sido analizado, en sede de eficacia extraterritorial de decisiones con relación a los expedientes tradicionales del sector, y en tanto que este Convenio incluye dentro de su ámbito de aplicación las resoluciones relativas al derecho de custodia, introduciendo además, como se ha visto, una norma de competencia *ad hoc* para los supuestos de sustracción internacional de menores (más satisfactoria que el sistema de La Haya del 80 por sí mismo)¹⁸²⁶, y un buen número de disposiciones de cooperación administrativa y judicial que pueden coadyudar en una

¹⁸²⁶ *Vid., supra*, Cap. IV, II. 3. B) b).

reglamentación eficaz de la situación (fundamentalmente, cooperación en orden a localizar al menor, fomento de la mediación, intercambio de informaciones sobre el menor, y asistencia en la ejecución de la orden de retorno), las normas de este Convenio se presentan como una vía muy idónea para la resolución de los supuestos de sustracción internacional de menores en los casos en que exista resolución infringida. En este sentido, la opción del Convenio de La Haya de 1996 a través de la vía básica del reconocimiento y ejecución, completada con la técnica de la CIA, puede ser una alternativa al Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados parte de ambos (piénsese además que, aparte de las ventajas citadas, en la aplicación del Convenio de La Haya de 1996, la autoridad del Estado requerido sólo podrá rechazar el retorno si concurre algunas de las causas tasadas previstas en el art. 23. 2 para denegar el reconocimiento); en las relaciones entre los Estados parte del Convenio de La Haya de 1996 y del Convenio de Luxemburgo de 1980, visto el insatisfactorio sistema de reconocimiento de éste en la actualidad y sus problemas de aplicación, sin duda, la opción del primero resulta más adecuada y eficaz; y, finalmente, en las relaciones entre Estados parte del Convenio de La Haya de 1996 y que ambos o alguno de ellos no sean Estados parte del Convenio de La Haya de 1980 (fundamentalmente, Estados musulmanes), la opción del Convenio de La Haya de 1996, de combinación de expedientes, puede ser una solución muy adecuada para la resolución de los problemas de sustracción internacional de menores; es más, quizás sea una solución más óptima que otras alternativas, como es la conclusión de Convenios bilaterales utilitarios no satisfactorios técnicamente en relación con sus objetivos (como es el ejemplo en nuestro Ordenamiento jurídico del Convenio hispano-marroquí de 1997). Ahora bien, aún reconociendo que los expedientes del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones y la CIA pueden ser técnicas alternativas o complementarias para solucionar satisfactoriamente el problema de la sustracción internacional de menores, no debe dejarse de destacar que en aquellos supuestos en que el derecho de custodia infringido no tenga su origen en una decisión, la CIA que actualmente ofrece el Convenio de La Haya de 1980 sigue siendo la única opción adecuada para solucionar el problema, vía que, además, se erige como uno de

los excepcionales ejemplos de Convenios utilitarios en los que existe una satisfactoria adecuación entre los objetivos a los que se dirige y la técnica arbitrada para su consecución¹⁸²⁷.

b) Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero

La misma conclusión sostenida respecto al Convenio de La Haya de 1980 puede ser exportada al Convenio de Nueva York de 1956 respecto a las relaciones entre la técnica empleada por éste (CIA), los expedientes tradicionales del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, y la posición de la CIA en el conjunto del sistema e, incluso, en el funcionamiento de éste se observa mucho más fácil y claramente que en el de aquél. En efecto, el Convenio de Nueva York de 1956, como es bien sabido, no es un Convenio de *exequátur*, sino que es un Convenio exclusivamente de CIA dirigido a facilitar al acreedor alimenticio el cobro de los créditos alimentarios en otro Estado parte donde se encuentra el deudor, sin embargo, en aquellos supuestos en que existe una resolución de alimentos susceptible de *exequátur* en el Estado requerido, el propio Convenio recurre a los expedientes de este sector para obtener sus objetivos convencionales, convirtiéndose la CIA, en estos supuestos, al igual que en los Convenios híbridos, en una técnica para facilitar la eficacia extraterritorial de la decisión.

El funcionamiento del Convenio revela claramente que CIA y eficacia extraterritorial de decisiones se encuentran estrechamente relacionados en este texto, erigiéndose la primera, en algunos supuestos de actuación convencional, como técnica al servicio de la segunda, que aporta, al igual que en los Convenios híbridos, elementos de proximidad y de asistencia a los interesados que redundan en eficacia y, en otros supuestos, al igual que en el contexto del Convenio de La Haya de 1980, la CIA alcanza a situaciones imposibles de resolver *per se* por los mecanismos de eficacia extraterritorial de decisiones, erigiéndose entonces en técnica única de resolución satisfactoria de la pretensión del interesado. En este sentido, el

¹⁸²⁷ *Vid.*, en el mismo sentido, aún partiendo de una actitud crítica *in genere* respecto a los Convenios utilitarios, Y. Lequette, «Le droit international privé de la famille...», *cit.*, pp. 212-214.

planteamiento del Convenio de Nueva York de 1956 es perfectamente adecuado a la finalidad a la que se dirige; sin embargo, como se ha puesto de relieve, actualmente, su funcionamiento resulta insatisfactorio desde diversas perspectivas. Entre estas dificultades destacan, principalmente, la ausencia de un marco de cooperación administrativo adecuado a los objetivos a los que se dirige, y los problemas de aplicación que experimenta el Convenio en los Estados parte, fundamentalmente, por la inexistencia de procedimientos internos que se adapten a las exigencias de celeridad que la prestación de alimentos reclama (tanto en los supuestos en que se inicia una acción *ex novo*, como en muchos de los supuestos en que se recurre al *exequatur*).

Teniendo en cuenta las insuficiencias del Convenio en el actual contexto internacional, así como la necesidad de revisar otros instrumentos que inciden desde las perspectivas clásicas de reglamentación en la prestación de alimentos, el camino parece dirigirse inexcusablemente, como ha sido puesto de relieve, hacia una reglamentación unitaria de la institución, en la línea de los Convenios de conflicto de autoridades concluidos en la Conferencia de La Haya en materia de protección de menores y de protección internacional de adultos. Desde esta perspectiva de reglamentación, que partiría, como se ha apuntado, de un esquema de competencia internacional en clave de cooperación judicial controlado por las autoridades de la residencia habitual del acreedor alimenticio, seguido por una aplicación generalizada de la *lex fori*, con posibilidad de separación de competencias vía cláusula de excepción, debería sobre todo insistirse en los aspectos relativos a la eficacia extraterritorial de decisiones, sector donde intervendría, en gran medida, la técnica de la CIA, facilitando éste.

La solución a la reclamación de alimentos en el contexto internacional pasa inexcusablemente por la instauración de un sistema de eficacia extraterritorial de decisiones liberal, caracterizado principalmente por su rapidez (autónomo aunque con posibilidad de obtener un reconocimiento *erga omnes*), introducción de motivos tasados de denegación, desaparición del control de la competencia legislativa, materialización de la noción de orden público, e insistiendo, sobre todo, en la unificación de los aspectos procedimentales, en la medida de lo posible, para evitar que en la aplicación del mismo por los respectivos Estados parte, la celeridad del procedimiento fracase. Desde esta perspectiva la CIA se uniría al sistema para

coadyudarlo desde todos sus ámbitos y, fundamentalmente, desde el sector de la eficacia extraterritorial, facilitando éste. Naturalmente, sería necesario reforzar las disposiciones de cooperación administrativa en el sentido anteriormente analizado, y tomando como modelo el Convenio de Roma de 1990 (*ad. ex.*, cooperación en orden a localizar al deudor y a su patrimonio, intercambio de informaciones, seguir incidiendo en propiciar la conciliación, asistencia en la fase de ejecución etc), y al igual que en el contexto del Convenio de La Haya de 1980, en aquellos supuestos en que la reclamación no se funde en una resolución o el *exequatur* de ésta en el Estado requerido no resulte viable, la técnica de la CIA se elevará como única respuesta satisfactoria a la cuestión, debiendo entonces preverse, a imagen del Convenio de Nueva York de 1956, la facultad de las AACC de incoar en su Estado (Estado requerido) la respectiva acción alimentaria.

B) Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional

a) La CIA como presupuesto del régimen de reconocimiento

La forma de intervención de la CIA en el marco del Convenio de La Haya de 1993 de adopción internacional en sede de eficacia extraterritorial de decisiones dista frontalmente del planteamiento del resto de los Convenios de CIA en materia de protección de menores, aunque comparte con ellos dos datos relevantes: de un lado, la CIA se alza como técnica al servicio de los objetivos de este sector (asegurar la continuidad de ciertas relaciones jurídicas, evitando la constitución de situaciones claudicantes) y, de otro, mediante la articulación de la compleja respuesta especializada y determinada por la CIA, el Convenio se enmarca, como fue apuntado, en la actual corriente de la reglamentación de la protección internacional de menores, caracterizada por un resurgimiento de la importancia del sector de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras, que se traduce en la instauración de regímenes liberales de reconocimiento y ejecución.

Si para facilitar y asegurar la eficacia extraterritorial de decisiones, como ha sido analizado, los Convenios de conflicto de autoridades optan por un sistema articulado básicamente mediante los expedientes tradicionales, con intervención indirecta de la CIA en todas las fases del procedimiento; los Convenios híbridos apuestan por un

sistema de reconocimiento articulado directamente a través de la CIA (concretamente AACC); y los Convenios exclusivos instauran sólo la técnica de la CIA; el régimen de eficacia extraterritorial de decisiones previsto en este Convenio se encuentra más cercano a la tendencia metodológica clásica seguida por los primeros, aunque a diferencia de éstos, la técnica de la CIA, aparte de ser sólo de naturaleza administrativa, determina de manera decisiva el sistema de reconocimiento, e interviene exclusivamente en la primera fase del procedimiento, determinando tanto, en general, el régimen liberal de reconocimiento que se incorpora en el texto, y del que se benefician todas las adopciones constituidas conforme al Convenio, como determinando, en particular, y de manera formal, el acceso a dicho régimen privilegiado respecto a cada concreta decisión de adopción que desee circular libremente entre los Estados parte.

En efecto, como se apuntó anteriormente, el Convenio de La Haya de 1993, con el fin de obtener su objetivo de asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas conforme al Convenio [art. 1 c)], instaura en su capítulo V, dedicado íntegramente a regular el reconocimiento y los efectos de la adopción, un régimen de reconocimiento de las adopciones constituidas en su marco casi privilegiado¹⁸²⁸. En primer lugar, se consagra, *ex art. 23. 1*, el reconocimiento de pleno derecho de la adopción certificada conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado contratante donde ha tenido lugar en los demás Estados contratantes; y, en segundo lugar, dicho reconocimiento es casi incondicional, de manera que sólo puede denegarse, *ex art. 24*, si resulta manifiestamente contraria al orden público del Estado donde se insta, teniendo en cuenta el interés superior del menor¹⁸²⁹.

La incidencia de la CIA en esta regulación, como se ha dicho, es decisiva o determinante, operando desde dos perspectivas distintas de análisis. En primer lugar,

¹⁸²⁸ *Vid., supra*, Cap. II, III. 5. D).

¹⁸²⁹ El art. 24 del Convenio de 1993 recoge en este aspecto una formulación idéntica a la contenida en el Convenio de La Haya de 1996, de modo que «sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño». Inicialmente en el proyecto del Convenio, se recogía una fórmula que acumulaba el orden público con el interés superior del menor, de manera que el reconocimiento de la adopción podría rechazarse tanto cuando se vulneraba uno u otro, sin embargo, finalmente, se optó por esta opción en que el interés del menor se convierte en el parámetro fundamental de evaluación e interpretación del orden público (*vid.*, sobre la cuestión, y los debates en torno a la recepción de esta cláusula, G. Parra Aranguren «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 614-616).

desde un punto de vista sustantivo, la configuración en general de este sistema tan privilegiado de reconocimiento, que se traduce en una eficacia inmediata de la decisión (en los términos que se analizarán a continuación), sin subordinación alguna a la superación de un procedimiento *ad hoc* en el Estado requerido, deviene o es el resultado directo del riguroso procedimiento de CIA que tiene lugar, en los términos analizados, durante toda la fase previa a la constitución de la adopción internacional¹⁸³⁰. En efecto, sólo resulta justificado este régimen tan especial de reconocimiento si se recuerda que toda la fase de instrucción del procedimiento se lleva a cabo mediante una incesante CIA vehiculada, en términos de responsabilidades, a través de las respectivas AACC de los dos Estados implicados en cada concreto proceso de adopción internacional y, durante la cual, de manera distinta en función de la fase en que se encuentre el procedimiento, todas las condiciones de fondo quedan sometidas a un severo control por parte de las respectivas AACC, quienes mediante una aplicación prospectiva de sus respectivos Ordenamientos jurídicos garantizan, antes de la constitución de la adopción, la inexistencia de problemas jurídicos al reconocimiento de la misma en el Estado de recepción.

En segundo lugar, aparte de esta incidencia en términos generales, aunque en relación con la misma, la CIA también incide en el régimen de reconocimiento, determinando éste, respecto a cada decisión de adopción constituida conforme al Convenio que desee obtener el régimen de reconocimiento previsto en el mismo. Efectivamente, como ha sido analizado, el régimen de reconocimiento incorporado en el Convenio es un sistema de marcado carácter formal, supeditado, de manera inexcusable, a la expedición de un certificado de conformidad de la adopción conforme a las reglas del Convenio, emitido por la autoridad competente del Estado donde ésta haya tenido lugar, y en el que deben quedar especificados cuando y por quién han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el art. 17 c) (art. 23. 1 *in fine*). Debe recordarse que la emisión de dicho certificado, a pesar de la denunciante

¹⁸³⁰ Todos los comentaristas del texto coinciden en la idea que este régimen tan privilegiado es la contrapartida o consecuencia lógica del encuadramiento estricto de la fase previa al pronunciamiento de la adopción (*vid., ad. ex.*, N. Meyer Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 286; B. Sturlèse, La Convention de La Haye du 29 mai 1993..., *cit.*, p. 431; J. H. A. van Loon, «International Co-operation ...», *cit.*, p. 364; en la doctrina española, especialmente, P. A. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, esp., p. 219).

libertad dejada por el texto a la hora de determinar la autoridad competente para su expedición, ha sido atribuida en la mayoría de los Estados parte, al igual que en España, a las respectivas AACC. Por tanto, no sólo desde una perspectiva institucional, esta decisiva competencia en el marco convencional es atribuida a las AACC que han participado en el procedimiento de CIA, sino que el certificado que da el pasaporte al reconocimiento de pleno derecho de la adopción en los Estados parte, debe contener, inexcusablemente, como se ha visto, la indicación de cuándo y por quién se han sido otorgadas las aceptaciones del art. 17 c), de manera que el Convenio mediante esta indicación asegura que un certificado de conformidad no sea emitido sin que la Autoridad central del Estado de recepción haya estado de acuerdo en la continuación del procedimiento de adopción internacional¹⁸³¹.

Una vez verificado, por tanto, la clara incidencia de la CIA en el régimen de reconocimiento privilegiado incorporado en el Convenio de La Haya de 1993 que confirma, una vez más, la utilización de esta técnica al servicio de los objetivos del sector de la eficacia extraterritorial de las decisiones, dos consideraciones deben ser realizadas con relación al alcance y eficacia de ésta en la reglamentación global de la cuestión, que demuestran una vez más, no sólo la exigencia de interacción de expedientes, sino también, paradójicamente, la vuelta a los elementos conflictuales en la reglamentación de la cuestión relativa a los efectos de la adopción.

b) Alcance de la CIA: vuelta a los elementos conflictuales en la reglamentación de los efectos de la adopción

En primer lugar, el sistema de CIA incorporado en el Convenio de La Haya de 1993 no es articulado directamente en la fase de reconocimiento, sino sólo y exclusivamente, como presupuesto o premisa de éste¹⁸³². Esta articulación no directa

¹⁸³¹ La concepción de la certificación como garantía de la intervención de las respectivas AACC ha sido aplicada correctamente en España por la DGRN (*vid.*, sobre este aspecto, M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, «El certificado de idoneidad...», *cit.*, p. 21).

¹⁸³² La intervención de la CIA durante esta fase en algunos de los Protocolos suscritos por España respecto a determinados países en la materia es distinta, pasando la CIA a intervenir directamente, al igual que en los Convenios híbridos, como técnica para facilitar el reconocimiento. *Ad. ex.*, en los arts. 10 y 11 de los Protocolos suscritos con Perú y Colombia, 7 y 8 en el Protocolo suscrito con Ecuador, se recoge que la Autoridad central del Estado que recibe al menor garantiza, de acuerdo con su legislación,

de la CIA en sede de reconocimiento se explica desde los limitados objetivos utilitarios del Convenio, pues éste, como es sabido, se dirige únicamente a promover y facilitar la CIA entre los Estados parte para que las adopciones internacionales tengan lugar en interés superior del menor y, por tanto, dirige todos sus esfuerzos a la reglamentación de la fase previa a la constitución de la adopción internacional. Sin embargo, como es conocido, la consagración convencional de un régimen de reconocimiento en materia de adopción internacional, por muy privilegiado que éste pueda llegar a configurarse como consecuencia de la severa CIA a la que se vea sometida el procedimiento de adopción internacional, no garantiza el objetivo último al que debe estar orientada cualquier reglamentación convencional de la adopción internacional, esto es, garantizar la coherencia internacional del estatuto del adoptado. Los redactores del Convenio fueron conscientes de esta premisa, y de que la garantía de una cierta coherencia internacional del estatuto del adoptado pasa igualmente por la búsqueda de una equivalencia de sus efectos entre los Estados contratantes (así como también paralelamente por la garantía de ciertos derechos de las otras personas implicadas en el proceso de adopción y, fundamentalmente, de la familia biológica). Finalmente, aunque la reglamentación del estatuto jurídico del menor adoptado excedía de los objetivos iniciales del Convenio, los redactores del Convenio se inclinaron, en una labor de gran compromiso, por incluir una regulación sobre ciertos efectos resultantes de todas las adopciones tramitadas bajo el Convenio¹⁸³³. En esta reglamentación, la CIA queda fuera de actuación, cuando en realidad, su intervención, teniendo en cuenta, como ahora se verá, los problemas que el Convenio deja sin resolver en torno a este aspecto, podría también haberse articulado, en aras a facilitar su objetivo, esto es, ofrecer al menor adoptado en el Estado de recepción y en los

el cumplimiento de las acciones necesarias para el reconocimiento de la adopción. Si en el curso del procedimiento se verifican impedimentos que, considerando el interés superior del menor, hacen no oportuno el reconocimiento de la adopción, la Autoridad central que constate tal impedimento informará inmediatamente a la Autoridad central del otro Estado, para establecer de común acuerdo las medidas más apropiadas para salvaguardar los derechos del menor de edad. En el protocolo suscrito con Bolivia se dispone en el Anexo que la Autoridad central del Estado que reciba al menor informará, a través de la Entidad privada autorizada, que se ha producido el reconocimiento de la adopción al haberse efectuado la inscripción en el Registro civil competente.

¹⁸³³ *Vid.*, sobre esta difícil labor final de compromiso, que aún no aspirando a regular todos los efectos de la adopción, supera la laguna en torno a este aspecto tanto del Convenio de La Haya de 1965, como del Anteproyecto del propio Convenio de 1993, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, pp. 616-617.

demás Estados contratantes donde se reconozca la adopción, el estatuto jurídico más favorable, partiendo, como ya se apuntó, de un imperialismo de la adopción plena¹⁸³⁴.

En segundo lugar, e incidiendo en la idea de no intervención directa de la CIA en esta fase (aparte de la posible aplicación de las obligaciones generales de cooperación de las AACC), el método elegido por el Convenio de La Haya de 1993 para la reglamentación de la cuestión de los efectos de la adopción, se caracteriza una vez más por la combinación de expedientes tradicionales de DIPr., pasando por una mezcla de elementos materiales con elementos conflictuales, y por una interacción entre normativa convencional y normativa autónoma. La reglamentación es compleja y deja muchos aspectos relativos a esta cuestión sin resolver.

Son tres los efectos que el Convenio asigna a las adopciones constituidas y reconocidas tras su certificación dentro del marco convencional, aunque se elige para su reglamentación técnicas distintas, y poseen un distinto alcance entre los Estados parte. Los dos primeros efectos, como se vio anteriormente, se regulan mediante normas materiales mínimas uniformes, consagrándose unos efectos equivalentes en todos los Estados parte en que se reconozca dicha adopción. El primero se refiere al reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos [art. 26.1 a)] y, el segundo, consecuencia del primero, al reconocimiento de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo [art. 26. 1b)]¹⁸³⁵. El tercer efecto que se deriva del reconocimiento de la adopción se refiere a la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, pero éste, a diferencia de los dos anteriores, sólo tiene lugar *a priori* si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar [art. 26.1 c)]. La limitación del alcance de este efecto, puesto que no tendrá lugar respecto a todas las adopciones internacionales, se

¹⁸³⁴ *Vid.*, sobre los objetivos que inspira la regulación de los efectos de la adopción contenida en el Convenio, partiendo de este llamado imperialismo de la adopción plena, B. Sturlèse, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 432.

¹⁸³⁵ Aunque estas consecuencias uniformes derivadas del reconocimiento de la adopción no deberán plantear problemas, sin embargo como pone de relieve E. Poisson-Drocourt («L'entree en vigueur de la Convention de la Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 726), las cuestiones de derecho aplicable en relación a éstas no terminan de desaparecer, y el Convenio no da respuesta a ellas (*ad ex.*, respecto al segundo efecto, modalidades del ejercicio de la responsabilidad parental, puesto que pueden ser diferentes aquellas que fije la ley de los adoptantes de las establezca la ley personal del menor; o también será necesario designar una ley aplicable para determinar las medidas a adoptar cuando los adoptantes incumplan sus obligaciones, como *ad ex.*, obligación alimentaria).

justifica por la opción convencional, como se vio en su momento, de incluir dentro del ámbito de aplicación tanto las adopciones simples como las plenas¹⁸³⁶, aunque, como se observa, el Convenio no se refiera expresamente a ellas, sino que prefiere referirse al efecto de ruptura del vínculo de filiación del niño respecto de sus padres biológicos (cuestión que, como ahora se verá, destroza la armonía de la reglamentación). Respecto al método elegido para la reglamentación de este efecto, como se observa, una vez más el Convenio opta por la combinación de elementos materiales y elementos conflictuales, puesto que la norma incluye un elemento material, pero cuyo resultado es supeditado mediante un elemento conflictual al contenido del Ordenamiento jurídico en el que la adopción ha sido constituida¹⁸³⁷. Entre las cuestiones que suscita este precepto, sin duda, la que llama más la atención es su alcance respecto a los Estados que sólo conozcan la adopción simple puesto que, en virtud de esta norma, éstos se verían obligados a reconocer la ruptura del vínculo de filiación entre el menor y su familia de origen, si así lo prevé el Ordenamiento jurídico del Estado donde se haya constituido, aunque su Ordenamiento jurídico no prevea tal efecto para las adopciones constituidas en su Estado. Se trata de una de las lagunas del Convenio que, en teoría, no deberían plantearse puesto que para evitar tales situaciones se encuentra precisamente la codecisión del art. 17.c), aunque pueden llegar a suscitarse (sobre todo con relación a terceros Estados), estando entonces obligado el Estado donde se pretende el reconocimiento a reconocer dicho efecto¹⁸³⁸. Si la adopción produce el efecto de la ruptura del vínculo, el Convenio *ex art. 26. 2*, introduce un primer correctivo a la norma de conflicto que resultaría aplicable a los efectos de la adopción (sin pronunciarse sobre ella), en el sentido que: «...*el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se*

¹⁸³⁶ *Vid., supra*, Cap. I, III. 1. D) b).

¹⁸³⁷ *Vid.*, sobre el aspecto metodológico de la norma, M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, p. 114.

¹⁸³⁸ *Vid.*, en este sentido, con relación sobre todo a terceros Estados que no participan en el *matching*, G. Parra Aranguren, «Rapport explicatif...», *cit.*, p. 620; E. Poisson-Drocourt, «L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 727; N. Meyer Fabre («La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 290), pone además de relieve que el Convenio debería haber previsto que, en estos casos, los derechos del menor adoptivo serían determinados por referencia a la ley de la creación del vínculo adoptivo, o que el menor gozaría en el Estado requerido de derechos equivalentes a los que se derivan en dicho Estado de la filiación de origen. No obstante, esta conclusión no es unánime entre la doctrina [*vid.*, implícitamente, B. Sturlèse («La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 432), quién sostiene que el menor debe gozar del estatuto ligado a la adopción plena sólo en los Estados que conozcan esta institución].

reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de los Estados contratantes». El objetivo de esta norma es, sin duda, otorgar al menor el estatuto jurídico más favorable y, en particular, el precepto se encuentra pensado para aquellos Estados de recepción (u otros en que la adopción se reconozca) que conocen tanto de la adopción plena como de la adopción simple. En estos casos, el menor gozará de derechos equivalentes a aquéllos de un menor adoptado plenamente en el Estado donde opera el reconocimiento, y en ese sentido se está en presencia de un correctivo a la ley normalmente aplicable, puesto que ésta cederá o se inclinará hacia la *lex fori* si ésta es más favorable al menor¹⁸³⁹.

En los supuestos en que conforme al art. 26.1, la adopción no tenga como efecto la ruptura del vínculo de filiación, los párrafos 1 c) y 2 de dicho precepto no resultarían aplicables, sino que *a priori* éstos se regirían exclusivamente por el art. 26.1 a), b) y 26.3¹⁸⁴⁰. Sin embargo, el Convenio para estos supuestos, y siempre desde la perspectiva del imperialismo de la adopción plena y la idea de otorgar al menor adoptado el estatuto jurídico más favorable en el Estado que reconozca la adopción, introduce, *ex art. 27*, otro correctivo a la normal aplicación del art. 26.1c), mediante la admisión de una cláusula de conversión, que inclina la solución al conflicto de leyes en torno a la ruptura del vínculo hacia la ley del Estado de recepción¹⁸⁴¹. En efecto, conforme a este correctivo, si una adopción, siempre que se haya constituido en el Estado de origen, no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, dicha adopción podrá ser convertida en el Estado requerido en una adopción que produzca tal efecto, siempre que se cumplan acumulativamente dos requisitos: de un lado la ley del Estado de recepción lo permita y, de otro, se hayan dado los consentimientos exigidos en el art. 4, apartados c) y d) para tal adopción. La conversión de la adopción será reconocida de pleno derecho en todos los Estados

¹⁸³⁹ *Vid.*, sobre este primer correctivo en la reglamentación convencional de la cuestión, N. Meyer Fabre, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 290.

¹⁸⁴⁰ El art. 26.3 se aplicaría en ambos supuestos, aunque, en realidad, no aporta nada nuevo en su contenido, puesto que sólo reafirma la idea latente en toda la reglamentación de ofrecer al menor el estatuto jurídico más favorable («*Los párrafos precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción*»).

¹⁸⁴¹ *Vid.* H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 58; M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, p. 111.

contratantes (incluido el Estado de origen por aplicación del art. 23.1) (art. 27.2). Mediante la admisión de esta cláusula de conversión el Convenio pretende dar solución a aquellos frecuentes supuestos en que la adopción se constituye en el Estado de origen como simple, y debe ser convertida en el Estado de recepción, que sólo conoce de la adopción plena¹⁸⁴². Sin embargo, indudablemente, como ha sido reiterado y analizado detenidamente por la doctrina, el Convenio no sólo no resuelve todas las hipótesis susceptibles de plantearse en este tránsito¹⁸⁴³, sino que el auténtico

¹⁸⁴² Desde el punto de vista del Derecho español, la cuestión que surge espontáneamente es responder a la eterna pregunta o Talón de Aquiles en torno a la eficacia de las adopciones simples en España: ¿se admite la conversión a la que alude el Convenio en nuestro Ordenamiento jurídico?. La solución, como es sabido, resulta extremadamente controvertida entre la doctrina y la jurisprudencia desde hace años. En mi opinión, con independencia de lo que se estime conveniente en atención al *favor minoris*, el art. 9. 5, párr. 4º del C.c continúa sin admitir la conversión de la adopción simple constituida al amparo de un Ordenamiento jurídico extranjero que se diferencia de la adopción española en que aquella no produce el efecto de ruptura del vínculo de filiación preexistente y, en consecuencia, no admite la conversión a la que se refiere el art. 27 del Convenio (en sentido contrario, *vid.*, A. Rodríguez Benot, «La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero», A. L. Calvo Caravaca y J. L. Ángel Iriarte (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad...*, *cit.*, pp. 181-202, esp., pp. 194-197; F. Calvo Babío, «Nota a la Res. DGRN de 1 de abril de 1996», *REDI*, vol. XLIX, 1997, 1, pp. 256-259; G. Esteban de la Rosa, «Nota a la Res. de la DGRN de 16 de septiembre de 1996», *REDI*, vol. L, 1998, 1, pp. 310-314, esp., p. 314). Como fundamento de esta toma de postura, aún siendo consciente de la tenue línea de flexibilización abierta en nuestro sistema con la entrada en vigor de la Ley 18/1999, y algunas recientes resoluciones de la DGRN, aparte del tenor literal rotundo del art. 9.5, párr. 4º C.c., debe tenerse presente la no aceptación de la Enmienda que el Grupo Parlamentario de CIU realizó a la Proposición de Ley que aceptaba la Ley 18/1999, con objeto de admitir y ampliar la conversión del art. 27 («Cuando una adopción constituida en el extranjero hubiese sido certificada de conformidad a lo establecido en los Convenios y Tratados aplicables en materia de adopción internacional, y aun en el caso que en el Estado de origen la adopción no tenga por efecto la ruptura la vínculo de filiación preexistente, el Juez Encargado del Registro Civil Central podrá inscribir tal adopción con plenos efectos si se han aportado los consentimientos exigidos para ello», *BOCG*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, serie B, nº 178-5, 18 de marzo de 1998). En la misma línea de no admisión de la conversión en los términos del art. 27 del Convenio, situación análoga a la un acogido preadoptivamente o tutelado, y exigencia de una constitución *ex novo* con las especialidades derivadas de la asimilación de la situación, *vid.*, AAP de Barcelona (Sección 18), de 22 de octubre de 1999, *AC* 1999/7982.

¹⁸⁴³ *Vid.*, concretamente, en el Derecho español, como premisa, sobre el alcance en el derecho autónomo de la solución del art. 9. 5, párr. 4º del C.c., J. M. Espinar Vicente, «La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)», *AC*, 1997, nº 32, pp. 757-771; las distintas hipótesis que actualmente pueden plantearse respecto a la eficacia de las adopciones simples constituidas al amparo de un Ordenamiento jurídico extranjero, A. Rodríguez Benot, «Ley 18/1999, de 18 de mayo...», *cit.*, pp. 816-818. La literatura en torno a este tema en los últimos años, como es sabido, ha sido prolija y contradictoria en la doctrina española, *vid.*, entre otros, una postura rígida y literal de las normas, P. Rodríguez Mateos, *La adopción internacional*, p. 178; *id.*, «Artículo 9. Apartado 5», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coords.), *Comentarios al Código civil...*, *cit.*, pp. 242-260, esp., pp. 258-259; *id.*, «Nota a las Res. (s) DGRN de 16 de marzo 1994, de 28 de abril de 1994, de 4 de julio 1994, de 12 septiembre 1994», *REDI*, vol. XLVII, 1995, 1, pp. 237-240; E. Fernández Masía, «Nota a la Resolución DGRN de 18 de octubre de 1993», *REDI*, vol. XLVI, 1994, 1, pp. 360-362; M. Ballesteros de los Ríos, «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera», *Aranzadi Civil*, 1999-I, pp. 1733-1753. *A sensu contrario*, la postura generalizada, en clave

problema o limitación del alcance de la solución del Convenio, que provoca que el texto no logre garantizar la coherencia internacional del estatuto del adoptado deviene del hecho que el Convenio no garantiza en ningún momento el reconocimiento de una ruptura del vínculo irrevocable¹⁸⁴⁴. En efecto, el Convenio no aborda el problema de la revocabilidad, remitiendo implícitamente su regulación a los Estados parte conforme a su Ordenamiento jurídico, y mediante la reglamentación que ofrece al problema de los efectos, sólo logra garantizar en los Estados parte el reconocimiento mínimo contenido en el art. 26. 1.c), es decir, la ruptura del vínculo de filiación preexiste entre el niño y su madre y su padre [bien *ex novo* ex art. 26. 1 c) y 26.2 o bien por conversión ex art. 27.2], pero no logra garantizar el reconocimiento de una ruptura del vínculo irrevocable. De este modo, en el Estado de origen la adopción podrá conllevar una ruptura del vínculo, pero no necesariamente una ruptura irrevocable, mientras que en el Estado de recepción, que sólo conoce de la adopción plena en tanto irrevocable, la ruptura del vínculo tendrá este carácter de irrevocabilidad. En conclusión, el Convenio no ha logrado garantizar la coherencia internacional del estatuto del menor, y existe riesgo de reaparición de una situación claudicante, en tanto que puede tener lugar la revocación ante los tribunales del Estado de origen de una adopción considerada como irrevocable en el Estado de recepción¹⁸⁴⁵.

de flexibilización, *ad. ex.*, C. Espulgues Motas, «Reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas en el extranjero», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 250, 13 de junio de 1996; X. Campá i de Ferrer, «Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 351, 16 de julio de 1998; S. Álvarez González, «Adopción internacional...», *cit.*, pp. 175-211.

¹⁸⁴⁴ Precisamente, como es sabido, la última reforma acaecida en el Derecho español, añadiendo un nuevo párrafo al art. 9.5 C.c., por la Ley 18/1999, en línea de flexibilización, se dirige a salvar el problema de la revocabilidad. De este modo, si la adopción simple constituida en el extranjero sólo se diferencia de la adopción plena española en su revocabilidad, ésta no podrá beneficiarse del régimen de conversión del art. 27, pues sólo es aplicable a adopciones que no rompan el vínculo de filiación preexiste, pero si podrán someterse al mecanismo de conversión del nuevo párrafo del art. 9.5, de manera que accederán al Registro español, siempre que los adoptantes renuncien expresa y fehacientemente al derecho de revocación que les concede el derecho extranjero (sobre esta reforma y su limitado alcance, *vid.*, R. Espinosa Calabuig, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional», *RGD*, núm. 667, 2000, pp. 4343-4360; A. Rodríguez Benot, «Ley 18/1999, de 18 de mayo...», *cit.*, pp. 810-818).

¹⁸⁴⁵ *Vid.*, sobre esta restricción convencional derivada de la no garantía de la ruptura del vínculo irrevocable, B. Sturlése, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, p. 433; H. Muir Watt, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993...», *cit.*, pp. 58-59.

En definitiva, la aproximación a la reglamentación de los efectos de la adopción suministrada por el Convenio de La Haya de 1993, vuelve de nuevo a confirmar que los problemas de conflicto de leyes, hoy por hoy, no pueden ser resueltos exclusivamente mediante la técnica de la CIA y su método de resolución peculiar (aplicación prospectiva del Derecho). El Convenio de La Haya de 1993 se alza, sin lugar a dudas, como el Convenio más peculiar, atípico y complejo de los Convenios de CIA actualmente existentes en materia de protección de menores, ejemplo de especialización y de singularidad. Desde el punto de vista del contenido de sus soluciones, el Convenio se sitúa, como se ha comprobado, en una línea de coexistencia o participación de normativa convencional y de normativa autónoma, de combinación de expedientes tradicionales con la técnica de la CIA, y las atípicas opciones metodológicas que ésta conlleva. Su apuesta por la técnica de la CIA, que como ha sido visto, incide en la resolución de todas las cuestiones clásicas, aunque salvo el sector del reconocimiento, no se afronten directamente, y en ninguna de ellas, se haga de manera tradicional, en realidad, sólo ha logrado regular de manera satisfactoria una parcela de la cuestión, la reglamentación de la fase previa a la constitución de la adopción internacional o, en otros términos, el procedimiento administrativo de instrucción de la adopción. No obstante, esta reglamentación convencional, aparte de revelar, como se ha comprobado, difíciles problemas de aplicación y de articulación de normativas en los Estados parte, y desde la perspectiva del Derecho español, además, implicar una absoluta fragmentación y deslocalización del régimen jurídico de la adopción internacional¹⁸⁴⁶, resulta insuficiente desde diferentes perspectivas y, fundamentalmente, como se ha puesto de relieve, desde dos. De una lado, las autoridades nacionales no están vinculadas por la decisión de las AACC (ello explica la supervivencia de la cláusula de orden público y, en definitiva, la supervivencia de cuestiones que inevitablemente están llamadas a reactivar el

¹⁸⁴⁶ Fragmentación, en tanto que se abren dos grandes círculos jurídicos en la regulación de la materia, uno conformado por los Estados parte del Convenio, otro, por todos aquellos Estados en los que la adopción se constituya fuera de este ámbito; deslocalización, derivada de la coexistencia en nuestro Ordenamiento jurídico de una pluralidad de sistemas jurídicos potencialmente competentes, al tratarse de una institución integrada dentro de la materia de «asistencia social» y, con ello, de una pluralidad de instancias de decisión (*vid.*, éstas y otras características del régimen de adopción internacional existente actualmente en el Ordenamiento jurídico español, calificado como «evolución por estratos en el que la pieza clave de evolución es el Convenio de La Haya de 1993», M. Guzmán Zapater, «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho...», *cit.*, pp. 119-120).

conflicto de leyes) y, de otro lado, el Convenio no ha logrado garantizar la coherencia internacional del estatuto del menor adoptado.

CONCLUSIONES

I

1. La CIA se enfrenta actualmente en el DIPr. a un doble proceso de signo contrario e interrelacionado: uno de crisis respecto al contenido de la disciplina, y otro de expansión con relación a su ámbito material o de actuación. Entre las manifestaciones de CIA ajenas al proceso civil, y en las que la CIA aparece transformada respecto a su articulación clásica y orientada a la finalidad del objeto de la regulación, la protección del menor, en cuanto régimen de protección, ha sido de *lege lata* el ámbito material del DIPr. donde ha experimentado un primer proceso real y significativo de expansión en las últimas décadas.
2. El fundamento jurídico de la CIA en materia de protección de menores se halla en la asunción de la obligación estatal de la protección y promoción de los derechos del menor; principio de política social comúnmente aceptado por todos los Estados, y reflejado en los Convenios internacionales relativos a los derechos del menor.

II

3. Todos los Convenios de CIA en materia de protección de menores se caracterizan por colocar el pragmatismo como base convencional: son Convenios esencialmente utilitaristas y que hacen gran uso del compromiso. Este planteamiento convencional se traduce en dos características metodológicas paralelas y progresivas: se separan de los expedientes y técnicas tradicionales del DIPr., alterando algunos de sus principios esenciales, e incorporan la CIA en su reglamentación.
4. La CIA penetra en todos los Convenios de DIPr. en materia de protección de menores, pero su recepción en ellos no es idéntica. En función de su forma de incorporación con relación a los sectores clásicos del DIPr. se distinguen tres

modalidades de Convenios de CIA: Convenios de conflicto de autoridades, Convenios híbridos y Convenios de CIA predominante. Entre los primeros, en los que la CIA tiende a incorporarse aparentemente como un sector más del DIPr., se incluyen, en sentido amplio, los Convenios de La Haya de 1961 y de 1996, aunque *stricto sensu* sólo la reglamentación del segundo responde íntegramente a este planteamiento, que ya se encontraba en la base del Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción internacional, y que recientemente ha sido trasladado a otros dos regímenes de protección: *de lege lata* al Convenio de la Haya de 2000 sobre protección internacional de adultos, y *de lege ferenda* al futuro Convenio internacional en materia de obligaciones alimenticias que actualmente se elabora en la Conferencia de La Haya; entre los Convenios híbridos, en los que la CIA y el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones aparecen íntimamente ligados, en términos de técnica y fin, se incluyen el Convenio de Luxemburgo de 1980 en materia de custodia (salvo los supuestos previstos en su art. 8), el Convenio de Roma de 1990 sobre facilitación de los créditos alimentarios y, parcialmente, el Convenio hispano-marroquí específico de 1997; entre los Convenios de CIA predominante, en los que la CIA se ofrece *a priori* como la única (o dominante) técnica de reglamentación, se hallan el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional y, parcialmente, el Convenio hispano-marroquí específico de 1997.

5. El recurso a las técnicas de CIA en detrimento de las técnicas clásicas en materia de protección de menores se justifica desde un punto de vista metodológico a partir de dos causas no excluyentes e interrelacionadas: de un lado, falta de compromiso entre los Estados parte en torno a las cuestiones clásicas de DIPr., debido a las divergencias existentes entre la reglamentación material y de DIPr. de los respectivos Estados con relación a determinadas instituciones (*ad. ex.*, adopción internacional) y, de otro, ineficacia o insuficiencia de los métodos clásicos para solucionar determinados problemas que afectan al menor en las situaciones internacionales (*ad. ex.*, sustracción

internacional de menores). A estas dos causas metodológicas se añade una consideración de carácter material, que es la indispensable necesidad, para la satisfacción del interés superior del menor *in casu*, de establecer en determinadas situaciones internacionales que le afectan cauces de cooperación entre las autoridades de los distintos Estados implicados.

III

6. Los Convenios de CIA en materia de protección de menores presentan, con distinto alcance, una serie de peculiaridades metodológicas comunes que los separan de los Convenios tradicionales de DIPr., o que no siendo exclusivas de los mismos, se presentan en ellos con mayor intensidad.
7. Estos Convenios instauran conceptos autónomos que operan en el respectivo marco convencional de manera independiente a los Derechos internos de los Estados parte. Esta tendencia, con formas de realización contrapuestas, es una manifestación de su opción hacia las respuestas jurídicas sustantivistas, y se coloca en la línea de la instauración de conceptos propios de DIPr. *versus* calificación.
8. La característica más peculiar de este modelo convencional es su manifiesto carácter marco, ya que surgen conscientes de la necesaria interacción entre sus normas y las normas de ejecución de los respectivos Estados parte como requisito indispensable de su éxito. La ejecución debe llevarse a cabo en dos planos distintos y complementarios: desarrollo organizativo o de estructuras, y desarrollo legislativo *stricto sensu*. La experiencia española ha demostrado una gran dificultad por parte del legislador español en la asunción de este modelo convencional.
9. El funcionamiento de los Convenios de CIA se basa en el principio de confianza mutua entre los Estados parte, principio que los coloca en una tensión o dialéctica entre el deseo de extender sus beneficios convencionales al mayor número de menores, y la especial selección de sus cocontrantes. El control sobre los aspirantes a ser Estado parte se realiza, básicamente, mediante las cláusulas de adhesión, y el sistema de «no aceptación» sometido

a plazo determinado o «cláusula de objeción» resulta el más apropiado entre los diferentes modelos adoptados.

10. El carácter de no exclusividad del que gozan todos estos Convenios se justifica en su filosofía marcadamente utilitarista, y se traduce en la incorporación de cláusulas de compatibilidad que recogen la aplicación de la norma más favorable a los objetivos convencionales o, en ausencia de las mismas, por la aplicación de la regla de la eficacia máxima. En determinadas ocasiones el objetivo material perseguido obliga a introducir cláusulas de compatibilidad, que realmente actúan como cláusulas de subordinación o prioridad, que vetan la aplicación de otras posibles normas que harían frustrar los objetivos convencionales (por excelencia, Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción).
11. Los Convenios de CIA ofrecen al particular una serie heterogénea de beneficios procedimentales que hunden sus raíces en el principio tutelar que los inspira. La recepción real de éstos en la letra de los Convenios y su aplicación en la práctica verifican que queda mucho camino por avanzar en este aspecto, y fundamentalmente con relación al principio de gratuidad de los procedimientos en su doble vertiente, cuya no observación, derivada del carácter convencional pragmático, ha llegado a convertirse en un verdadero obstáculo en el funcionamiento de algunos de estos textos.
12. Estos Convenios se sitúan completamente en el nuevo «DIPr. de formularios». Reconociendo las ventajas que el empleo de formularios modelos aporta desde todos los frentes, las consecuencias jurídicas de su utilización deben ser informadas a los interesados antes de su empleo, puesto que pueden poseer un valor jurídico adicional que implique consecuencias para sus intereses (*ad. ex.*, modelo recomendado de declaración de consentimiento en el marco del Convenio de La Haya de 1993).
13. Los Convenios de CIA siguen la tradición convencional de incluir diferentes cláusulas dirigidas a regular los problemas derivados de la existencia entre sus Estados parte de Estados jurídicamente complejos. Si algunas de estas cláusulas (*ad. ex.*, cláusulas de designación de varias AACC) resultan

absolutamente coherentes con su naturaleza, aquéllas que se dirigen a resolver el clásico problema de la remisión a un sistema plurilegislativo demuestran que aunque se trate de Convenios que no regulen directamente el problema del derecho aplicable, no prescinden totalmente de las cuestiones relacionadas con el mismo. No obstante, su peculiar naturaleza exige insistir más en la resolución de las distintas cuestiones que se suscitan como consecuencia de la intervención en su marco de una pluralidad de autoridades, y no prestar tanta atención a los problemas clásicos.

14. Estos Convenios detentan un carácter esencialmente dinámico *versus* los Convenios clásicos de DIPr, derivado de su concepción instrumental y de su deseo de alcanzar un «*law in action*». Hasta el momento, sólo las Comisiones especiales llevadas a cabo respecto a los Convenios concluidos en la Conferencia de La Haya han alcanzado resultados positivos.

IV

15. Son dos las principales autoridades responsables de la ejecución de los procedimientos de CIA: las autoridades judiciales o autoridades competentes *stricto sensu*, término que engloba a todas las autoridades competentes en la materia en los respectivos Estados parte, y las AACC u autoridades homónimas. Junto a ellas son susceptibles de intervenir un conjunto de estructuras de CIA, que pueden ostentar tanto carácter público (fundamentalmente administrativo), como privado.

V

16. La estructura de la autoridad competente *stricto sensu* interviene de manera imperativa en los Convenios de conflicto de autoridades, y en los Convenios híbridos, en cuanto Convenios de *exequátur*, su intervención en el Estado requerido, inexcusablemente como juez del *exequátur*, es requisito indispensable para el cumplimiento de los objetivos convencionales. En los Convenios de CIA predominante, a pesar de la tendencia hacia la

«desjudicialización», su intervención continúa siendo relevante en todos ellos, salvo en el Convenio de La Haya de 1993. En los primeros interviene en el Estado requerido como autoridad competente de las acciones *suis generis* instauradas respectivamente por cada uno de los textos, y en el segundo su intervención queda reducida a su posible dimensión de autoridad competente para la constitución o pronunciamiento del acto de adopción.

17. En el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción se aconseja la descentralización en los Estados parte de la estructura de la autoridad competente *stricto sensu* para conocer en el Estado requerido de la acción de retorno.

VI

18. El modelo de AACC adoptado por estos Convenios, bilateral y tutelar, potencia el desarrollo normativo de la CIA, y se conecta directamente con la atribución a las AACC de la defensa de los intereses particulares del solicitante, enlazados siempre con el valor material del interés superior del menor.
19. El régimen jurídico de las AACC es suministrado por la interacción entre normativa convencional y normativa interna. La primera fija de manera uniforme las pautas de actuación, y la segunda, a través de diferentes expedientes, desarrolla los criterios convencionales conforme a los principios jurídicos y organizativos existentes en cada Estado parte, permitiendo la adaptación interna de la normativa convencional.
20. La concreta determinación de la Autoridad central es una cuestión que, salvo en los supuestos de los Convenios bilaterales, corresponde exclusivamente a los Derechos internos, y su carácter jurídico viene dado por su forma de determinación convencional y por la naturaleza de las funciones convencionales atribuidas. Se está en presencia de autoridades estatales públicas y de marcado carácter administrativo. Todas las cuestiones relativas a su organización, funcionamiento, capacidad de actuación y recursos necesarios se regulan por las respectivas leyes internas, pudiendo constatarse una gran

diversidad y particularismo entre los Derechos internos en torno a estas cuestiones.

21. Todos los Convenios multilaterales, salvo el Convenio de Nueva York, que sólo lo hace parcialmente, prevén la posibilidad de designación de varias AACC en los Estados que dispongan de una organización jurídica compleja. La decisión de optar por una o varias AACC corresponde a la competencia doméstica, y debe ser hecha en cada Estado que cumpla los requisitos de descentralización atendiendo exclusivamente al reparto de competencias internas, siendo respetuosa, en su caso, con el principio de exclusividad del Estado en materia de relaciones internacionales.
22. La designación en España de las CCAA como AACC en el Convenio de La Haya de 1993, y su actividad externa plantea un posible exceso competencial de éstas *ex art. 149.1 CE*. El Estado español actualmente salvaguarda la competencia exclusiva de la Administración General del Estado, como único órgano competente para la comunicación en cuanto Estado requirente o transmisor con las AACC de otros Estados, mediante la actuación de la Dirección General de Acción Social, del Menor y la Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, como «Super Autoridad Central» designada. Esta postura no atenta a la filosofía convencional en su dimensión *ad intra* ni *ad extra*.
23. Las obligaciones de las AACC se desarrollan en un tríptico normativo: obligación global de cooperar *ad intra* y *ad extra*, obligaciones cuasigeneralizadas (que reflejan el núcleo duro de su intervención y traducen la idea tutelar que inspira a estos textos), y obligaciones particulares que se justifican en la idea de la especialidad material. La relación de las dos últimas respecto a las primeras es sólo dispositiva y no exhaustiva, justificada en el carácter marco de estos Convenios. La mayoría de las obligaciones no se ejecutan directamente por las AACC, sino por mediación o delegación en otras autoridades. Las obligaciones cuasigeneralizadas se ejecutan en este sentido en el marco de una geometría variable, y las particulares se rigen por el principio de delegación o no ejecución directa. Las AACC, en cualquier caso, son las únicas autoridades responsables del cumplimiento de todas y cada una de las

obligaciones de cooperación que les son asignadas, y su relación con el resto de autoridades intervinientes se desarrolla en el binomio cooperación/control.

24. Las AACC han sido incorporadas en el nuevo Convenio de conflicto de autoridades de 1996 para desempeñar, básicamente, una función auxiliar y asistencial a las autoridades judiciales en los procedimientos de CIA judicial. La filosofía convencional radica en permitir, en cualquier caso, la cooperación directa entre autoridades judiciales, sin que las AACC se conviertan en *passage obligé* de procedimiento alguno, ni posean capacidad de decisión en torno a los asuntos ventilados. No obstante, mediante esta nueva aproximación, no sólo los Convenios de conflicto de autoridades se colocan también en la perspectiva administrativa del resto de los Convenios de DIPr. en materia de protección de menores, sino que fundamentalmente las posibilidades convencionales dejadas abiertas a la intervención de las AACC en ciertos procedimientos de CIA son un paso inicial y peligroso hacia la mayor atribución de competencias a autoridades de naturaleza administrativas, en un marco convencional llamado a crear actos que afectan directamente a la situación jurídica de las personas, y cuya aplicación, por tanto, debe ser dirigida preferiblemente por autoridades de naturaleza jurisdiccional.
25. Entre las decisiones adoptadas por las AACC en el *iter* convencional presentan especial trascendencia aquéllas de rechazo de la solicitud del particular que incoa el procedimiento convencional. Su trascendencia jurídica es distinta en función del modelo de incoación convencional adoptado: dual o exclusivamente articulado a través de las AACC. En el primer caso, la decisión de no actuar desvirtúa completamente la naturaleza tuitiva del texto y, en el segundo, bloquea íntegramente el mecanismo convencional. En ambos supuestos es necesario admitir un recurso contra esta decisión administrativa de las AACC, debiendo acudir a los Derechos internos para su regulación. Aunque *a priori* el orden jurisdiccional civil parezca resultar más apropiado, sin embargo, el orden jurisdiccional administrativo debe imponerse, aunque en todos aquellos supuestos en los que la cuestión del litigio principal dependa de una cuestión accesoria relativa al estado o la capacidad de las personas, el

órgano administrativo competente debe abstenerse de conocer, y acudir, con las debidas cautelas, a la vía de las cuestiones prejudiciales.

26. Exclusivamente en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional se verifica un auténtico proceso de «desjudicialización», que se advierte *ad ex.*, en el Derecho español, en dos fases distintas del procedimiento: momento último de la instrucción del procedimiento *ex art.* 17 c), y fase de reconocimiento desde dos perspectivas: criticable naturaleza administrativa de la autoridad competente para expedir el certificado de conformidad, y naturaleza administrativa de las funciones desempeñadas por las autoridades competentes para proceder al reconocimiento por inscripción de las adopciones constituidas en el marco convencional.

VII

27. La determinación efectiva de las autoridades públicas u organismos que ejecutarán o podrán ejecutar una concreta obligación convencional en los respectivos Estados parte viene dada por dos índices o factores: la previa admisión por la norma convencional y la concreta normativa interna de cada uno de los Estados parte.
28. Sólo los últimos Convenios concluidos en la Conferencia de La Haya incorporan con carácter general y *ex profeso*, la posible delegación de determinadas funciones en organismos de carácter privado. La diferencia en su recepción es distinta, pues mientras el Convenio de 1993 exige con carácter general su debida acreditación, el Convenio de 1996 no requiere criticablemente tal requisito.
29. La intervención de los organismos acreditados se ha convertido en elemento nuclear en la aplicación del Convenio de La Haya de 1993, aunque su admisión no es imperativa para los Estados parte, quiénes pueden optar entre los diferentes modelos amparados por la norma convencional: sistema de autoridades participativo con intervención imperativa de organismos acreditados, sistema articulado exclusivamente a través de autoridades públicas, o sistema dualista que prevea ambas opciones, adoptado *ad. ex.*, por España. El reparto de responsabilidades entre las diversas estructuras

intervinientes en cada Estado y su relación debe quedar claramente definido y conocido por el resto de los Estados parte.

- 30.** Las ECAIS en España se han convertido en organismos privados esenciales en la gestión de un proceso de adopción internacional esencialmente descentralizado, y que requiere un específico sistema de coordinación interna entre autoridades intervinientes. Debe valorarse positivamente que su régimen jurídico sea uno de los aspectos más desarrollados por el Derecho español en el marco de estos Convenios de CIA, aunque debe insistirse en los aspectos relativos a la acreditación y al control de estos organismos. Respecto al primero, la acreditación masiva de Entidades por algunas CCAA sin un adecuado proceso de selección, así como la escasa importancia que se concede entre los criterios de acreditación a las necesidades particulares de los Estados de origen para los cuales van a ser acreditadas, son aspectos que merecen ser denunciados; con relación al segundo, aunque existen cauces adecuados para su control, es necesario reforzarlos y ejercerlos de manera rigurosa y periódica.
- 31.** La intervención excepcional de personas y organismos no acreditados en el marco del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional resulta mucho más compleja y delicada que en el Convenio de 1996. A pesar de muchas reticencias, se admitió convencionalmente como solución pragmática y consensual y, fundamentalmente, con objeto de obtener la ratificación por parte de los EEUU. Aunque esta tercera vía de intervención debe ser objeto de crítica, debe tenerse en cuenta que, en la práctica, su alcance real ha quedado bastante reducido, y España ha prohibido su intervención en los términos del art. 22.4.

VIII

- 32.** Sólo en el marco del Convenio de La Haya de 1996, en cuanto Convenio de conflicto de autoridades, se instauran procedimientos de CIA que revisten una naturaleza esencialmente judicial, tanto en atención a la naturaleza de las autoridades responsables de su ejecución, como en función del objeto al que se dirigen. Son varios procedimientos de CIA numéricamente y se configuran,

como regla general, a diferencia de su predecesor, con un carácter facultativo respecto a las autoridades implicadas. Se distinguen dos modalidades con relación a su contenido: tendentes a alcanzar una codecisión entre las autoridades de los dos Estados implicados, y de contenido asistencial.

- 33.** Entre los procedimientos tendentes a la codecisión merece un tratamiento diferenciado los procedimientos de transferencias de competencias *ex arts. 8 y 9*, en cuanto se trata de la única manifestación de CIA en sede de competencia internacional de autoridades, y aunque se inspiran en los mecanismos del *forum non conveniens*, no son idénticos. No existe obstáculo constitucional en cuanto a su admisión en el Ordenamiento jurídico español, por lo que no deben convertirse en un impedimento a la ratificación por nuestro país del Convenio. En general, deben ser acogidos de manera satisfactoria, en cuanto instrumentos excepcionales de atribución de competencia a autoridades distintas a las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor, que introducen los elementos de flexibilización y particularización que la concreción del interés superior del menor exige en el marco internacional, y su correcta utilización elimina las posibilidades de decisiones contradictorias.
- 34.** Los otros dos procedimientos judiciales de CIA de contenido decisional se refieren a la colocación del menor en el extranjero y a la protección del titular o futuro titular del derecho de visita que reside en un Estado contratante distinto al de la residencia habitual del menor. Ambos deben ser acogidos positivamente en cuanto hacen partícipes a las autoridades del Estado donde la medida va a ejecutarse en el contenido de la medida adoptada por las autoridades competentes, asegurando así, entre otras cuestiones, la no existencia de obstáculos jurídicos a la eficacia extraterritorial de la medida proyectada. El primero es de carácter imperativo, y coloca a las autoridades del Estado donde el acogimiento o colocación va a tener lugar en una posición de control. El segundo, aunque debería haberse configurado también con carácter imperativo, es uno de los mayores logros del Convenio: coloca en «igualdad de armas» a ambos progenitores, contribuye a prevenir los supuestos de sustracción internacional de menores, y colma en amplia medida las lagunas que ocasiona el insuficiente art. 21 del Convenio de la Haya de 1980, con

relación a la protección del derecho de visita y el derecho de relación tranfronterizo del menor.

- 35.** Son muchos más numerosos los procedimientos de CIA judicial que poseen un contenido básicamente asistencial entre autoridades competentes implicadas *in casu*, y que pueden tener lugar tanto en el curso de un concreto procedimiento, como fuera del mismo. En el primer caso, pueden llevarse a cabo antes de la adopción de la medida de protección (petición de informaciones útiles sobre el menor necesitado de protección *in casu*, pero sometido a una serie de restricciones, y en ningún caso imponiendo un deber de investigación a favor de las autoridades que prevean la adopción de la medida de la protección); después de la adopción de la medida, para la puesta en práctica de las medidas adoptadas en aplicación del Convenio y, en particular, para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho a mantener contactos directos regulares; o antes o después de la adopción de la medida, en los supuestos de menor expuesto a un grave peligro. Fuera de un procedimiento en curso, aunque dirigidos a valorar la conveniencia de iniciarlo: petición de informaciones relativas a la situación del menor, y petición de adopción de medidas de protección, que puede utilizarse por parte de la autoridad incompetente *in casu* como alternativa al procedimiento de reivindicación de competencias *ex art. 9*.

IX

- 36.** El procedimiento de CIA regulado en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional es un procedimiento único, imperativo, de naturaleza administrativa, y que aspira a lograr el equilibrio entre el reparto de responsabilidades entre AACC de Estados implicados. Se desarrolla en tres fases sucesivas con autonomía suficiente en atención a sus respectivos objetos y a la intensidad de CIA que las inspira. Una primera fase distributiva de competencias que tiene lugar separadamente en el Estado de la residencia habitual del menor y en el Estado de la residencia habitual de los candidatos a la adopción; una segunda etapa decisiva para la continuación del

procedimiento, de contenido claramente decisonal en pie de igualdad, y en el que la Autoridad central del Estado requerido tiene un derecho de veto a la constitución de la adopción; y una tercera fase de colaboración que se refiere a todas aquellas gestiones imprescindibles *in casu* en los Estados implicados para que la adopción pueda ser constituida con éxito.

X

37. Los procedimientos de CIA instaurados en los Convenios relativos a la protección de los derechos de custodia y de visita y reclamación de alimentos en el extranjero poseen una naturaleza mixta o compleja, un carácter único relativo, y se encuentran a medio camino entre el carácter dispositivo e imperativo. En todos ellos se observa un mismo *iter* procedimental, aunque se constatan divergencias entre ellos, que hacen referencia principalmente a la fase judicial que se desarrolla en el Estado requerido.
38. La fase de iniciación del procedimiento convencional es de naturaleza esencialmente administrativa y se separa de los Convenios clásicos de DIPr. y del resto de Convenios de CIA. El modelo básico consiste en sustituir el mecanismo tradicional por una clara actividad de CIA administrativa vehiculada por las respectivas AACC de los Estados implicados, como consecuencia de la obligación de la Autoridad central del Estado de origen de actuar como canal de transmisión entre el solicitante y la Autoridad central del Estado requerido. Responde básicamente a la idea de facilitar al particular implicado la actuación del mecanismo convencional, introduciendo un criterio de proximidad entre el solicitante y la Autoridad central de su Estado, que evita el desplazamiento del interesado al Estado extranjero requerido.
39. La fase prejudicial consiste en un conjunto de actuaciones de carácter fundamentalmente administrativas y de contenido tutelar llevadas a cabo, como regla habitual, en el Estado requerido, por iniciativa y bajo la responsabilidad de su respectiva Autoridad central, tras la recepción de una solicitud conforme a las respectivas reglas del Convenio del que se trate. Se trata de diligencias previas e imprescindibles a la previsible fase judicial

stricto sensu que se desarrollará en el mismo Estado, aunque excepcionalmente algunas de ellas, en función de las respectivas normas internas de desarrollo de los Estados parte, sólo o también podrán ser llevadas a cabo al hilo de un procedimiento judicial en curso. Las disposiciones del Convenio de Nueva York de 1956 en este aspecto resultan claramente insuficientes, y se trata de una fase que debe ser desarrollada en el futuro Convenio que se elabora en la Conferencia de La Haya, pudiendo adoptarse como modelo el previsto en este aspecto por el Convenio de Roma de 1990.

40. La fase judicial llevada a cabo en el Estado requerido es decisiva en todos estos mecanismos convencionales. Se ejecuta mediante una CIA de carácter mixto, y se distinguen, básicamente, tres modalidades: procedimientos de *exequátur stricto sensu*, procedimientos *ex novo*, y otros procedimientos de reconocimiento y ejecución. En todos ellos la norma convencional se configura con carácter de norma mínima, correspondiendo a los Estados parte adoptar los procedimientos internos que se adapten a las pautas convencionales. Comparten una serie de principios comunes, como el de celeridad y el respeto a ciertos principios procedimentales básicos. La experiencia española con relación a los cauces procesales internos existentes para la aplicación de las disposiciones convencionales no ha sido, en líneas generales, muy afortunada y, aunque se han realizado algunos avances, todavía queda una amplia tarea legislativa, que debería quedar solventada en las futuras leyes de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y de Jurisdicción voluntaria.
41. Los procedimientos de *exequátur stricto sensu* coinciden con la aplicación de los Convenios híbridos. Los cauces procesales en el Derecho español difieren en función del Convenio *in casu*. La acción de *exequátur* en el Convenio de Luxemburgo, salvo los supuestos del art. 8, debe tramitarse por la vía de la LEC 1881, y en el Convenio hispano-marroquí específico, será competencia de los Juzgados de Primera Instancia, aplicando las disposiciones convencionales, sin necesidad de introducir un cauce *ad hoc*. Ninguno de los regímenes sustantivos del *exequátur* resulta adecuado para el logro de los respectivos objetivos convencionales: el primero porque recoge amplias causas de no

reconocimiento que, por el juego de la reserva del art. 17 y su desagradable efecto multiplicador, abre la posibilidad de construir un sistema completamente discrecional en el que el juez del *exequátur* terminará, probablemente, entrando a conocer sobre el fondo del asunto. El segundo, porque es un Convenio que, en general, merece una valoración negativa, y en este aspecto, en particular, se inspira demasiado (y a veces incorrectamente) en el régimen del Convenio de Luxemburgo, recoge controles de competencia indirectos que no se adecúan al foro generalizado de la residencia habitual del menor, prevé una regulación no coherente *ad intra* con los supuestos de sustracción, y con demasiadas concesiones al Derecho marroquí.

42. En otros supuestos de actuación convencional, aunque el objetivo de la CIA no se dirija directamente a facilitar el *exequátur* en el Estado requerido, la consecución del fin perseguido *in casu* exige a la Autoridad central del Estado requerido, por diferentes motivos y cauces, incoar ante sus autoridades competentes un procedimiento de *exequátur* de la resolución obtenida por el solicitante en otro Estado. Estos son los supuestos a los que conduce la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción en los casos en que no existiendo desplazamiento ilícito la solicitud del interesado se dirija a la protección de un derecho de visita organizado *ex art.* 21, y del Convenio de Nueva York de 1956 en las hipótesis en que el acreedor de alimentos haya optado *a priori* por esta vía procesal o la Institución intermediaria del Estado requerido considere que es la más oportuna *in casu* para satisfacer los intereses de aquél. En el primer caso, la aplicación del Convenio pone de relieve la asimetría existente en su regulación entre la protección del derecho de custodia y el derecho de visita, y la insuficiencia de los cauces de nuestro Ordenamiento jurídico en ese aspecto, salvo que la resolución caiga en el estrecho ámbito de aplicación del Reglamento «Bruselas II». Ello justifica los actuales trabajos con relación al derecho de visita llevados a cabo paralelamente en diversas Organizaciones internacionales, aunque el camino que realmente satisface todas las exigencias de la protección de este derecho en el marco internacional pasa por el Convenio de La Haya de 1996. Con relación al segundo, la vía del *exequátur* en el Derecho comparado, en general, no funciona y, en el Derecho

español, aunque no posee apenas experiencia, su utilización tampoco debe adoptarse como postura de salida.

43. Entre las acciones *ex novo* se encuentran: los procedimientos dirigidos a obtener el retorno del menor trasladado o retenido ilícitamente en el Estado requerido, que se incorporan, aparte de los supuestos del art. 8 del Convenio de Luxemburgo de 1980, con distintos matices, en el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, y en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997; los procedimientos que tienen por objeto la obtención de una resolución en el Estado requerido relativa al derecho de visita que pueden tener lugar, en determinadas condiciones, en el marco del Convenio de Luxemburgo de 1980, y en el del Convenio hispano-marroquí específico de 1997; el procedimiento dirigido a obtener *ex novo* en el Estado requerido una resolución relativa a alimentos a favor del acreedor, que puede desarrollarse en la aplicación del Convenio de Nueva York de 1956, como alternativa procedimental elegida por el solicitante o por la respectiva Institución intermediaria. La aplicación en España del procedimiento de retorno del Convenio de La Haya de 1980 ha superado actualmente los tradicionales problemas experimentados, aunque la nueva regulación no deja de plantear lagunas y provocar problemas en su aplicación. Con relación al procedimiento *ex novo* llevado a cabo en el marco del Convenio de Nueva York, y a pesar de las críticas doctrinales recibidas a esta práctica en España, en la elección del expediente procesal que resulte más adecuado para obtener las pretensiones del solicitante debe adoptarse como punto de partida una postura de flexibilización, y proponer un análisis individualizado de las circunstancias fácticas y jurídicas *in casu*.
44. La CIA debe extenderse también en los procedimientos de CIA mixtos a la fase de ejecución *stricto sensu*, pues la práctica ha puesto de relieve que su insuficiencia en este aspecto es susceptible de arruinar el logro de los respectivos objetivos convencionales. En particular, respecto a la ejecución de la orden de retorno en algunos supuestos conflictivos en los procedimientos de retorno, la práctica ha denunciado la rigurosidad/mecanicidad del espíritu del Convenio de La Haya de 1980 en este aspecto y, *de lege ferenda*, a la vista de los mecanismos arbitrados en la práctica tanto dentro como fuera del

Convenio, el camino debe dirigirse hacia una codecisión entre las autoridades del Estado requerido que deban resolver sobre el retorno y las autoridades del Estado al que el menor haya de ser retornado; respecto a la ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones alimenticias, el Convenio de Nueva York de 1956, una vez más, resulta insuficiente en la protección otorgada al acreedor en esta última y decisiva fase del proceso, tanto en la ejecución voluntaria de la resolución, sin necesidad que el acreedor deba soportar gastos que impidan la satisfacción íntegra de su derecho, como en la ejecución forzosa en los supuestos en que el deudor no pague o deje de pagar al acreedor la pensión debida.

XI

45. La principal cuestión que estos Convenios de CIA continúan planteando desde una perspectiva internacionalprivatista radica en determinar cuál es realmente su alcance en el conjunto del sistema, es decir, su posición respecto a los sectores tradicionales del DIPr.
46. La CIA no es un nuevo sector del DIPr., adolece todavía de la falta de autonomía y de uniformidad de la que gozan el resto de los sectores del DIPr. Se está en presencia de una técnica, de un expediente, o de un método de reglamentación del DIPr, que penetra e incide, con distinta intensidad, en los diferentes sectores del DIPr, aportando elementos de proximidad, flexibilidad, rapidez y eficacia; elementos todos ellos indispensables para una adecuada reglamentación de la protección del menor en el marco internacional. En algunos sectores, la CIA llega a desplazar el protagonismo de las respectivas técnicas de reglamentación, pero en ningún caso puede hablarse de sustitución de métodos. El término de la cuestión desde un punto de vista metodológico debe continuar, por tanto, desarrollándose en términos de coexistencia y de pluralismo.

XII

47. En el sector de la competencia internacional de autoridades es necesaria una interacción de sus expedientes tradicionales junto con los procedimientos de CIA judicial, con una preponderancia de éstos últimos que garantice las exigencias de flexibilidad y de particularidad que la reglamentación exige.
48. Esta aproximación se verifica en los Convenios de conflicto de autoridades a raíz de los procedimientos de transferencias de competencias instaurados *ex novo* en el Convenio de La Haya de 1996 para solucionar la cuestión de la determinación de la autoridad internacionalmente competente *in casu*. En ellos, la CIA judicial ha pasado a erigirse como expediente o técnica apropiada para la regulación de este sector del DIPr, aunque también paralelamente ha alterado el planteamiento de la cuestión, puesto que las nuevas técnicas empleadas pasan de plantear el problema no en términos de reparto o distribución, sino más bien en términos de codecisión. La incorporación de la CIA no ha conllevado la desaparición de los métodos clásicos de reglamentación de este sector, pero sí un cierto desplazamiento de protagonismos. Este planteamiento tiende progresivamente a exportarse a la reglamentación de aquellas situaciones privadas internacionales presididas, al igual que la reglamentación de la protección del menor, por las ideas de realización estatal de determinados valores materiales: *de lege lata*, Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos y, *de lege ferenda*, futuro Convenio de La Haya en materia de prestaciones alimenticias.
49. La interacción de expedientes con desplazamiento de protagonismo a favor de la CIA también se verifica tomando en consideración la ineficacia de la respuesta de los Convenios híbridos, puesto que actualmente no existe adecuación en ellos entre sus planteamientos (facilitar el reconocimiento y ejecución) y sus técnicas (CIA) para la obtención de los respectivos fines convencionales. La garantía de los derechos de custodia, de visita y de relación transfronterizo en el actual contexto internacional exige en primer lugar, como requisito inexcusable, limitar los foros de competencia judicial internacional

entre los Estados parte, y evitar el riesgo de decisiones inconciliables. El camino adecuado para alcanzar dichos resultados discurre por los expedientes clásicos de este sector completado con un sistema de CIA judicial en clave codecisional.

- 50.** En los Convenios de CIA predominante se comprueba igualmente la necesaria interacción. De un lado, la insuficiencia y rigidez del foro de competencia judicial internacional implícito previsto en el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, ha revelado que situaciones privadas internacionales especiales no pueden ser reguladas de manera satisfactoria sólo mediante procedimientos de CIA, sino que también requieren normas de competencia especializadas o, más correctamente, se exige la integración de técnicas de CIA en el sector de la competencia internacional de autoridades. De otro lado, tampoco el Convenio de La Haya de 1993 ha conseguido elevar la CIA como respuesta autónoma al problema de la competencia internacional de autoridades. Aunque éste desee ser ignorado por el texto, no ha podido ser abandonado exclusivamente a las técnicas de CIA, sino que mediante una atípica norma de competencia de origen convencional, que no desplaza a las normas de competencia de los Estados parte, se salvaguarda, en caso de un hipotético conflicto de competencias entre los Ordenamientos jurídicos de los Estados implicados, la competencia de las autoridades de la residencia habitual del menor para constituir la adopción internacional.

XIII

- 51.** En el sector del Derecho aplicable todos estos Convenios comparten una serie de peculiaridades metodológicas que los separan de los esquemas tradicionales de reglamentación (abandono progresivo del método conflictual clásico, tendencia a la eliminación de la aplicación del derecho extranjero, influencia de las soluciones de derecho material, y tendencia a las respuestas jurídicas sustantivistas). Sin embargo, hoy por hoy, la CIA, a diferencia del sector de la competencia, no ha llegado a penetrar directamente en cuanto técnica de

reglamentación en el sector por excelencia del DIPr., salvo en el Convenio de La Haya de 1993 y, en todos ellos, naturalmente, incide de manera indirecta.

- 52.** Aunque la solución adoptada por el Convenio de La Haya de 1996 en sede de derecho aplicable (teoría del paralelismo de las conexiones respecto a la responsabilidad parental *ex lege*, y regla clásica de la unidad *forum et ius*, permitiendo la separación de competencias vía cláusula de excepción respecto a las medidas de protección) pueda contemplarse como una solución en términos de cooperación entre distintas leyes en presencia, y los procedimientos de CIA puedan articularse en la determinación del derecho aplicable desde diversos frentes mejorando la eficacia del sistema, sin embargo, en la solución de base no hay intervención de CIA y, es más, aun cuando ésta se separa del método conflictual clásico, no rompe con su esencia localizadora.
- 53.** El método de anticipación empleado por el Convenio de La Haya de 1993 sí puede contemplarse como una técnica de CIA *ad hoc* desde el punto de vista del Derecho aplicable. Este método no se alza, sin embargo, de modo autónomo, sino que es combinado en el propio texto con otros métodos de reglamentación tradicionales y, además, el mismo implica una interacción entre normativa convencional y normativa autónoma, que de nuevo conduce al método conflictual localizador.

XIV

- 54.** El sector de la eficacia extraterritorial de decisiones ha sido el pionero en la introducción en este ámbito material de las técnicas de CIA en su reglamentación. Sin embargo, su evolución a través de los expedientes tradicionales ha sido lenta en el marco internacional. La interacción de expedientes se impone en este sector, pero es necesario, antes de continuar avanzando en las técnicas de CIA, incidir en los mecanismos tradicionales de este sector, puesto que si la CIA es susceptible de facilitar al particular el reconocimiento y ejecución de las decisiones obtenidas en su Estado, en primer lugar y como presupuesto de la eficacia de su incorporación, debe

disponerse de un sistema rápido y eficaz de eficacia extraterritorial de decisiones, que se adecúe paralelamente a las exigencias materiales y procesales que reclama la reglamentación de la protección del menor en este sector del DIPr.

- 55.** El Convenio de La Haya de 1996 opta por la evolución de los mecanismos tradicionales del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, regulándolos, perfeccionándolos, e incluso innovándolos. Esta no introducción directa de la CIA, a imagen de los Convenios híbridos, no implica que los procedimientos de CIA incorporados en el texto no coadyuden a facilitar los objetivos de este sector, sino que, por el contrario, en este Convenio, la técnica de la CIA, en sus diferentes modalidades, se encuentra desde todos los frentes totalmente al servicio del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones.
- 56.** En los Convenios de Nueva York de 1956 y de La Haya de 1980 se vuelve a reafirmar actualmente la necesaria interacción de expedientes clásicos y de CIA en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, si bien éstos, en cuanto Convenios exclusivos de CIA, logran paliar y superar por el momento las insuficiencias y deficiencias de los mecanismos de eficacia extraterritorial de decisiones en materia de custodia y de alimentos, respectivamente existentes en el contexto internacional. La interacción de CIA y de los mecanismos de eficacia extraterritorial de decisiones del Convenio de La Haya de 1996 está llamada a desempeñar una crucial labor de complemento del Convenio de La Haya de 1980 en cuanto a los problemas de sustracción internacional de menores; y el futuro Convenio de La Haya en materia de alimentos debería seguir la misma vía respecto al Convenio de Nueva York de 1956.
- 57.** El Convenio de La Haya de 1993 no incorpora directamente la CIA en la reglamentación del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, aunque su articulación durante la fase de instrucción se erige en presupuesto de dicho régimen, determinando, en general, su carácter privilegiado y, en particular, de manera formal, su acceso respecto a cada concreta decisión de adopción que desee circular libremente entre los Estados parte. El Convenio opta en la reglamentación de este sector, una vez más, por una línea de interacción entre

normativa convencional y normativa autónoma, combinación de elementos materiales con elementos conflictuales. El resultado es una reglamentación compleja, que deja muchas cuestiones sin resolver y, sobre todo, que no logra garantizar la coherencia internacional del estatuto del menor adoptado. El Convenio de La Haya de 1993 vuelve a confirmar en sede de reconocimiento que las cuestiones de DIPr. que suscita, en general, la regulación de la adopción internacional y, en particular, los problemas de conflicto de leyes, no pueden ser resueltos exclusivamente mediante la técnica de la CIA y su método de resolución *ad hoc* (aplicación prospectiva del Derecho), y que la norma convencional sólo ha logrado regular de manera satisfactoria una parcela de la cuestión, el procedimiento administrativo de instrucción de la adopción.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

I. OBRAS DE CARÁCTER GENERAL

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M., B. CAMPUZANO DÍAZ, E. CANO BAZAGA, H. GRIEDER MACHADO, J. A. PÉREZ BEVÍA, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ y J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996.

AGUILAR NAVARRO M., *Derecho internacional privado*, vol. I, t. I, Sec. Publ. Facultad de Derecho, Madrid, 1973.

- *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, Parte primera, tercera reimpresión a la 3ª ed., Sec. Pub. Facultad de Derecho, Madrid, 1982.

- *Lecciones de Derecho civil internacional*, (2ª ed., revisada), Sec. Pub. Facultad de Derecho, Madrid, 1983.

ALZAGA VILLAMIL O., *Derecho político español según la Constitución de 1978*, vol. II, Madrid, 1998.

BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du Droit international privé*, Dalloz, París, 1956.

BEDJAOUI M., *Droit International. Bilan et perspectives*, tome I, Pedone, París, 1991.

BUCHER A., *Droit international privé suisse (personnes, famille, successions)*, Bâle, vol. II, 1992.

CALVO CARAVACA A. L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1997.

- *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 2ª ed., Comares, Granada, 2000.

CALVO CARAVACA A. L., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, P. BLANCO-MORALES-LIMONES, J. L. IRIARTE ÁNGEL y M. ESLAVA RODRÍGUEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2ª ed., Comares, Granada, 2000.

CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Derecho procesal civil internacional (Ordenamiento español)*, Edersa, Madrid, 1981.

DE ANGULO RODRÍGUEZ M., *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Gráficas del Sur, Granada, 1974.

ESPINAR VICENTE J. M., *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1993.

- *Ensayos sobre teoría general de Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1997.

- *Teoría General del Derecho internacional privado*, Monografías de Derecho internacional privado, vol. I, Universidad de Alcalá, 2000.

FERNÁNDEZ ARROYO D. P., *Derecho internacional privado. (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba (Argentina), 1998.

FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 1ª ed., 1991.

- *Derecho internacional privado*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001.

FRIEDMANN W., *The Changing Structure of International Law*, 1964.

GARCÍA DE VELASCO I., *Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)*, Librería Cervantes, Salamanca, 1994.

GONZÁLEZ CAMPOS J. D., *Derecho internacional privado*, UAM, Madrid, 1984.

GONZÁLEZ CAMPOS J. D., L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y M. P. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho internacional público*, Civitas, 2ª ed. rev., Madrid, 2002.

GONZÁLEZ CAMPOS J. D., J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, A. L. CALVO CARAVACA, M. VIRGÓS SORIANO, M. A. AMORES CONRADI y P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 6ª ed., 1995.

GONZÁLEZ CAMPOS J. D. y R. RECONDO PORRUA, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional* (2ª ed.), Universidad de Deusto, Bilbao, 1981.

GUTMAN D., *Droit international privé*, 2ª ed., Dalloz, 2000.

LACRUZ BERDEJO J. L., *Derecho de familia*, 4ª ed., 1997.

MAJOROS F., *Les Conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traite pratique I*, 1976.

- *Les Conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traite pratique II. Parte spéciale I. Le droit des conflits de conventions*, 1980.

MAYER P., *Droit international privé*, 5ª ed., Montchrestien, 1994.

MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, CEDAM, 2ª ed., Padua, 1954.

PÉREZ VERA E., P. ABARCA JUNCO, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, M. GUZMÁN ZAPATER, P. P. MIRALLES SANGRO y M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho internacional privado*, 2ª ed., vol. I., UNED, Madrid, 2000.

- *Derecho internacional privado*, 3ª ed., vol. I, UNED, Madrid, 2001.

PÉREZ VERA. E. y P. ABARCA JUNCO, M. GÓMEZ JENE, M. GUZMÁN ZAPATER, P. P. MIRALLES SANGRO, *Derecho internacional privado*, vol. II, *Derecho civil internacional*, 9ª ed., UNED, Madrid, 2000.

- *Derecho internacional privado (Derecho civil internacional)*, UNED, 3ª ed., vol. II, Madrid, 2001.

PUENTES EGIDO J., *Derecho Internacional Privado Español: Doctrina Legal del Tribunal Supremo 1841-1977*, Barcelona, 1981.

SAULLE M. R., *Diritto comunitario e diritto internazionale privato*, Nápoles, 1983.

TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE J. A., *Legislaciones nacionales de Derecho Internacional privado*, 1995.

UNION ACADÉMIQUE INTERNATIONALS, *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, París, 1960.

VASSILAKAKIS E., *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du Droit international privé en Europe*, LGDJ, París, 1987.

II. MONOGRAFÍAS

ADAM MUÑOZ M. D., *La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor y su repercusión en el sistema de Derecho internacional privado*, Córdoba, 1996, *Inédito*.

- *El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Judicial Internacional*, Aranzadi, 2ª ed., 1997.

ALUFFI BECK-PECCOZ R., *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Torino, Fondazione Giovanni Agnelli, 1997.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ VÉLEZ M. I., *La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, UPCO, Madrid, 1994.

- *Derechos del Niño*, Legislación Código Sectorial Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998.

AMORES CONRADI M., *Eficacia de resoluciones extranjeras en España. Aspectos estructurales*, Trabajo presentado al segundo ejercicio del concurso de provisión de la Cátedra de DIPr. de la Universidad de Cádiz, 1993, *Inédito*.

ARCE JANARIZ A., *Comunidades autónomas y conflicto de leyes*, Civitas, 1998.

ARENAS GARCÍA R., *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, 1996.

ASÍN CABRERA M. A., *La protección y adopción de menores en la Comunidad Autónoma de Canarias*, Gobierno de Canarias, 1999.

AUDARD C., *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, 1988.

BEAUMONT P. y P. McELEVAY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999.

BENÍTEZ BENÍTEZ A., *Ley y Reglamento del Registro Civil*, 2ª ed., Colex., 1995.

Ley y Reglamento del Registro Civil, 3ª ed., Colex., 2001.

BISCARETTI DI RUFFIA C., *Le obbligazione alimentari nel diritto internazionale privato convenzionale*, Studi e pubblicazioni della Riv. dir. int. pr. proc., núm. 32, Cedam, Padova, 1989.

BOGGIANO A., *Relaciones judiciales internacionales*, 1994.

BORRÁS RODRÍGUEZ A., BOUZA VIDAL N., GONZÁLEZ CAMPOS J. D., VIRGÓS SORIANO M. (Eds.), *Legislación básica de Derecho internacional privado*, Tecnos, 11ª ed., 2001.

- BOUREL P., U. DROBNING, G. DROZ, B. GOLDMAN, O. LANDO, K. LIPSTEIN, C. MORSE, J. PIPKORN y F. POCAR, *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé*, Larcier, Bruselas, 1981.
- BRIOSO DÍAZ P., *La constitución de la adopción en Derecho internacional privado*, Ministerio de Asuntos Sociales. Centro de publicaciones, Madrid, 1990.
- CANO BAZAGA E., *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, Madrid, 1997.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2000.
- CRETNEY S. M. y J. M. MASSON, *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, 6ª ed., Londres, 1997.
- DE DIOS J. M., *La asistencia jurídica gratuita en Derecho internacional privado español*, Colección Estudios Internacionales, Eurolex, Madrid, 1999.
- DE MIGUEL ASENSIO P. A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Eurolex, Madrid, 1997.
- DELEPUIS I., *International adoptions and the Conflict of Laws*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1975.
- DESCHENEAUX B., *L'enlèvement international d'enfants par un parent*, Staempfli+Cie SA, Berna, 1995.
- DI CAPUA L., A. M. LIBRI, S. VERRECHIA, *L'adozione internazionale. Normativa e prassi in Italia e nei paesi di provenienza dei minori*, Franco Angeli, 1995.
- DOUBLER C. E., *Les clauses d'exception en droit international privé*, Études Suisses de Droit International, vol. 35, Ginebra, 1983.
- ESPINAR VICENTE J. M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996.
- ESQUIVIAS JARAMILLO J. L., *Adopción internacional*, Colex, Madrid, 1998.
- ESTEBAN DE LA ROSA G., *El acogimiento de menores y la delegación de la patria potestad en el Derecho internacional privado español*, tesis doctoral, Jaén, 1998.
- *El acogimiento internacional de menores: Régimen jurídico*, Comares, 2000.
- FERNÁNDEZ ARROYO D. P., *La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores*, Instituto Interamericano del Niño, 1993.
- *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Eurolex, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ TOMÁS A., *La celebración de Tratados bilaterales de cooperación por España*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1994.
- FLETCHER I. F., *Conflict of Laws and European Community Law; with especial reference to the Community Conventions on Private International Law*, Amsterdam, 1982.

- FOYER J. y LABRUSSE-RIOU C., *L'adoption d'enfants étrangers*, Economica, París, 1986.
- GANNAGÉ L., *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Etude de droit international privé de la famille*, Thèse dactyl, París, 1990.
- GARAU SOBRINO F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993.
- *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- GARRIGA MORINA M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, 2000.
- GONZALEZ PÉREZ J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ CAMPOS J. D. y A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Recopilación de Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993) Traducción al castellano*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HAMILTON C. y M. EVERALL, *International Child Abduction*, Londres, 1994.
- HEBERT R., *Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de Derecho Internacional privado. Su temática de menores*, Instituto Interamericano del Niño, Unidad de Asuntos jurídicos, Uruguay, 1988.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ C., *La situación jurídica del menor en el marco de las Leyes de las Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 1998.
- HERZFELDER F., *Les obligations alimentaires en Droit international privé conventionnel. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973*, LGDJ, París, 1985.
- IGLESIAS REDONDO J. I., *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedes, Barcelona, 1996.
- JACCOTTET C., *Les obligations alimentaires envers les enfants dans Les Conventions de La Haye*, Publications Universitaires Européennes, P. Lang, Berna/Frankfurt, 1982.
- JAYME E., *Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tubinga, 1993.
- JAFFE E. D., *Intercountry Adoptions. Laws and perspectives of "sending" countries*, Martinus Nijhoff, Holanda, 1995.
- LEQUETTE Y., *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *Bibl.dr.int.pr.*, vol. XX, Dalloz, París, 1976.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Tratados bilaterales sobre materias civiles*, Madrid, 1991.

- *Convenios y Recomendaciones de la Comisión Internacional del Estado Civil*, Madrid, 1991.
 - *Tratados bilaterales sobre materias civiles*, Madrid, 2001.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Guía para la aplicación del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional*, 1999.
- MIRALLES SANGRO P. P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1980.
- MOYA ESCUDERO M., *Los aspectos personales de la relación paterno-filial en Derecho internacional privado español*, Granada, 1995, *Inédito*.
- *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998.
- NAVARRO VALLS R., *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, 1995.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS P., *La Celebración y el Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Aranzadi, 2002.
- PALACIOS GONZÁLEZ D., *Aspectos civiles de la protección de menores en el Principado de Asturias. La Ley 1/1995 del Principado de Asturias tras la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor*, Consejería de Asuntos Sociales, Principado de Asturias, 1999.
- PANTOJA GARCÍA F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997.
- PARÍS ALONSO J. A., *Manual de Registro Civil para los Registros Civiles Consulares*, Ministerio de Asuntos Exteriores, 4ª ed., Madrid, 2000.
- PAZ AGÜERAS J. M., *La adopción consular*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990.
- PÉREZ MILLA J., *La notificación judicial internacional*, Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, Comares, Granada, 2000.
- PÉREZ VOITURIEZ A., *El procedimiento de información de la Ley extranjera en Derecho español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- *La información de la ley extranjera en el Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PICONE P., *Ordinamento competente e Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1986.
- POCARD F., *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Cedam, Padova, 1984.
- RAYMOND G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, París, 1997.

- REMIRO BROTONS A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España (La Jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Tecnos, Madrid, 1974.
- RIVERO HERNÁNDEZ F., *El interés del menor*, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ GAYÁN E., *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MATEOS P., *Adopción internacional*, Oviedo, 1988.
- SALZANO A., *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Giuffré, Milán, 1995.
- SANTOS BELANDRO R. B., *Convención interamericana sobre obligaciones alimenticias. Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*, Montevideo, 1999.
- SUMAMPOUW M., *Les nouvelles Conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, t. IV, T.M.C. Asser Institut, 1994.
- *Les nouvelles Conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, t. V, T.M.C. Asser Institut., 1996.
- SZÁSZY I., *International Civil Procedure. A Comparative Study*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1967.
- TORROBA SACRISTÁN T., *Derecho consular. Guía práctica de los Consulados de España*, 1993.
- VIÑAS FARRE R., *Unificación del Derecho internacional privado. Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Bosh, 1978.
- VERWILGHEN M., J. CARLIER, C. DEBROUX y J. DE BURLET, *L'adoption internationale en Droit belge*, Bruylant, Belgique, 1991.
- VIRGÓS SORIANO M. V. y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil europeo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

III. ARTÍCULOS Y CONTRIBUCIONES EN OBRAS CONJUNTAS

- ABARCA JUNCO P., «Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado I», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 3ª ed., 2001, pp. 122-141.
- ADAM MUÑOZ M. D., «El Convenio entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial», *PJ*, nº 51, 1998, pp. 377-407.
- ADROHER BIOSCA S., «La adopción internacional: una aproximación general», en J. RODRÍGUEZ-TORRENTE (Ed.), *El menor y la familia. Conflictos e implicaciones*, UPCO, Madrid, 1998, pp. 229-304.

- «Marco jurídico de la adopción internacional», en AA.VV., *Puntos capitales del Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, 1999, pp. 97-144.

- «La adopción internacional: una nueva migración», *Migraciones*, nº 8, 2000, pp. 251-284.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M., «El carácter pluridimensional de la ley del foro en el Derecho internacional privado español», *La Ley*, 1987-4, pp. 1062-1079.

- «La Cooperación internacional como objetivo del Derecho internacional privado», en ALDECOA LUZARRAGA F. (Coord.), *La Cooperación Internacional. Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1991, Bilbao, 1991, pp. 171-225.

- «Una actitud crecientemente internacionalista en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras», *RCEA*, 1992, pp. 93-116.

- «La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado», *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 7-37.

- «La protección del menor en Derecho internacional privado», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 33-46.

- «La tutela y las demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado», *BIMJ*, nº 1766, 1996, pp. 7-30.

- «La asistencia judicial gratuita en Derecho internacional privado», *BIMJ*, nº1805, 1997, pp. 5-42.

- «La notificación de documentos en el extranjero», *BIMJ*, nº 1829, 1998, pp. 5-46.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M. y B. CAMPUZANO DÍAZ, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», *BIMJ*, nº 1888, 2001, pp. 819-844.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M. y H. GRIEDER MACHADO, «La labor codificadora de la Comisión Internacional del Estado Civil y su repercusión en el Derecho internacional privado español», en *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado*, CESSJ «Ramón Carande»/Eurolex, Madrid, 1993, pp. 171-185.

ALSTON P. y B. GILMOUR-WALSH, «The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values», en M. A. VERDUGO y V. SOLER SALA (Eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, pp. 253-289.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ J. M., «El Registro Civil Central», *BIMJ*, nº 1834, 1998, pp. 3437-3464.

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., «Secuestro internacional de menores (*Legal Kidnapping*) y cooperación internacional: la posición española ante el problema», *PJ*, 1986, nº 4, pp. 9-32.
- «Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya», *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 37-62 .
 - «Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa», *ADC*, 1993, pp. 1141-1149
 - «Artículo 9, Apartado 6», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 2ª ed., 1995, pp. 259-296.
 - «Artículo 9. Apartado 4», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 2ª ed., 1995, pp. 205-242.
 - «Nuevas medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pp. 504-506.
 - «De nuevo sobre la obligación alimenticia en el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968», *La Ley*, 1997, 3, D-149, pp. 1770-1773.
 - «Problemas de aplicación de los sistemas de competencia judicial internacional» en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial (I)*, Madrid, 1997, pp. 289-336.
 - «Adopción internacional y sociedad multicultural», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1998*, Tecnos, Madrid, 1999 pp. 175-211.
 - «Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamientos ilícitos de menores: los casos difíciles», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J. R. REMACHA y TEJADA (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática nº 5, Madrid, 2001, pp. 125-136.
- ÁLVAREZ RUBIO J. J., «La actual configuración de los presupuestos generales del sistema español de Derecho interregional», *Revista Vasca de la Administración Pública*, nº 48, 1997, pp. 9-42.
- «La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz 1997*, Madrid, 1998, pp. 275-321.
- AMORES CONRADI M., «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 113-156.

- «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1995*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1996.
- ANCEL B., «La reaction du droit international privé français a l'enlèvement international d'enfants», en AA.VV., *La sustracción internacional de menores, (Aspectos Civiles), II Jornadas de Derecho internacional privado*, Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1991, pp. 7-29.
- «Le bilan des Conventions de la Commission internationale de l'état civil: l'expérience française», en *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado*, CESSJ «Ramón Carande»/Eurolex, Madrid, 1993, pp. 157-170.
- «La ejecución internacional de decisiones en materia de obligaciones de alimentos: el modelo europeo», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 123-139.
- «L'internationalisation de l'obligation alimentaire envers les enfants par le droit conventionnel de la reconnaissance des décisions», *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, vol. II, pp. 1337-1353.
- ANTON E., «The Hague Convention on International Child Abduction», *ICLQ*, vol. 30, 1981, pp. 537-556.
- ARCE y FLORES-VALDÉS J., «El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987», *RGLJ*, 1987, nº 5, pp. 741-784.
- ARENAS GARCÍA R., «Las normas sobre verificación de la competencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano», en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (Ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 389-396.
- «Relaciones entre reconocimiento y cooperación entre autoridades», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 231-260.
- «Fundamento, condiciones y procedimiento de la asistencia judicial internacional», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J. R. REMACHA y TEJADA (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 5, Madrid, 2001, pp. 69-124.
- «Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)», *AEDIPr.*, t. I., 2001, pp. 155-199.

- ARTERO MOLINO I. M., «El derecho a saber de los hijos adoptivos (Contenido y límites)», *RGD*, vol. 681, 2001, pp. 4967-4989.
- ARTIGLIERE ANGOTTA A. y M. F. GENNARELLI DONAHUE, «Brevi cenni sulla Convenzione Europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e sul ristabilimento dell'affidamento», en A. BEGUE LORETI (Dir.), *La protezione dei minori nelle Convenzione Internazionale*, 1982, SSI, pp. 45-51.
- ASÍN CABRERA A., «La imagen del menor en el Derecho de familia islámico: Problemas culturales de identidad e integración», *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 1999, 155-166.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS M., «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera», *Aranzadi Civil*, 1999-I, pp. 1733-1753.
- BARRIÈRE-BROUSSE I., «L'enfant et les conventions internationales», *Journ. dr. int.*, 1996, pp. 843-888.
- BATIFFOL H., «Una crisis del Estatuto personal», en *Cuadernos de la Cátedra Dr. James B. Scott*, Universidad de Valladolid, 1968, pp. 7-72.
- «Les pluralisme des méthodes en Droit international privé», *R. des C.*, t. 139, 1973-II, pp. 78-147.
- «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 303-313.
- «L'avenir du droit international privé», en *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 315-331.
- «La quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981, pp. 231-245.
- BATIFFOL H. y P. H. FRANCESKAKIS, «L'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. XLVIII, 1959, pp. 259-276.
- BAUDOUIN M., «La protection du mineur étranger par le juge des enfants», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, pp. 483-503.
- BAYO DELGADO J., «Procesos matrimoniales y de menores», en J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*.

- Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. IV, Economist&Jurist, Barcelona, 2000, pp. 25-71.
- BENHAMOU Y., «La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants- Regarde critique», *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 23-34.
- BENOUNNA M., «La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant», *AFDI*, 1989, pp. 433-445.
- BENZO SAINZ F., «El auxilio judicial internacional. Estudio de los principales Convenios internacionales», *BIMJ*, Suplemento al nº 1756, 1995, pp. 1-55.
- BISCHOFF J. M., «Les Conventions de La Haye en matière de obligations alimentaires», *Journ. dr. int.*, t. 91, 1964, pp. 759-788.
- «Harmonisation du droit privé: l'exemple du travail de la Commission Internationale de L'Etat Civil», en *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur D'Alfred E. von Overbeck*, Editions Universitaires Friburgo, Friburgo, 1990, pp. 117-130.
- BODENHEIMER M., «The Hague Draft Convention on International Child Abduction», *FamLQ*, vol. XIV, 1980, pp. 99-113.
- BONELL M. J., «Unificazione del diritto», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, vol. 46, 1193, pp. 720-734.
- BONNARD J., «La garde du mineur et son sentiment personnel», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1991, pp. 181-201.
- BONOMI A., «La Convention dell'Aja de 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1995, pp. 608-656.
- BORRÁS RODRÍGUEZ A., «Los supuestos de tráfico privado internacional en los medios de comunicación social», *Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz 1985*, Serv. Ed. Universidad del País Vasco, 1986, pp. 373-401.
- «Los Convenios complementarios entre los Estados miembros de la CEE», *Noticias CEE*, nº 21, 1986, pp. 115-118.
- «Práctica española del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores», en AA.VV., *La sustracción internacional de menores, (Aspectos Civiles)*, II Jornadas de Derecho internacional privado, Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1991, pp. 159-198.
- «La adopción de niños procedentes del extranjero», *Infancia y Sociedad*, 1991, nº 12, pp. 5-16.
- «Protección de menores, tutela y adopción: la nueva regulación en Cataluña y en Castilla-León», *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 276-277.

- «El papel de la Autoridad Central: Los Convenios de La Haya y España», *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 63-79.
 - «Cien años de participación de España en la Conferencia de La Haya», *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 149-201.
 - «Cuatro elementos estructurales de los Convenios de la Haya, con especial referencia a los Convenios ratificados por España», *RJC*, 1993, nº 1, pp. 9-24.
 - «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», *RJC*, 1994, pp. 919-970.
 - «Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel», *R. des C.*, t. 249, 1994-V, pp. 149-430.
 - «La regulación de la adopción internacional en España: examen particular de la adopción internacional», *Anuario de Psicología*, 1996, nº 71, pp. 7-21.
 - «Problemas de Derecho internacional privado suscitados por la nueva Ley del Menor», en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial (I)*, Madrid, 1997, pp. 161-229.
 - «La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derecho de visita y devolución de menores», en I. GARCÍA RODRÍGUEZ (Ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 1999, pp. 237-261.
- BOSSE-PLATIÈRE H., «L'application par les tribunaux français des Conventions visant à lutter contre les déplacements illicites d'enfants», en J. RUBELLIN-DEVICHI y R. FRANK (Dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 413-431.
- «Enlèvement d'enfant et adoption internationale: la nécessité d'un contrôle juridictionnel des décisions des autorités centrales: A propos de l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Paris le 11 juillet 1997», *RFD adm.* 15 (2), 1999, pp. 414-421.
- BOUCAUD P., «La protection de l'enfant en Europe», *Ann. eur.*, vol. XXXVIII, 1990, pp. 21-39.
- BOULANGER F., «De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité et la protection des enfants. *Requiem* pour la loi nationale?», *Melanges Fritz Sturm*, vol. II, Liège, 1999, pp. 1399-1408.
- BOUREL P., «Adoption. Conflits de lois», *J.-Cl. dr. int.*, 1995, 5, fasc. 548-3, pp. 1-24.
- BOUZA VIDAL N., «La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado», *RGLJ*, 1987, nº 6, pp. 897-931.

- BRIBOSIA H., «Transparence et secrets autor des adoptions internes et internationales», *Rev. int. dr. comp.*, 1993, pp. 795-816.
- BRUCH C. S., «International Child Abduction Cases: Experience under the 1980 Hague Convention», en J. EEKELAAR y P. SARCEVIC (Eds.), *Parenthood in Modern Society*, 1993, pp. 353-371.
- «The Central Authority's Role Under the Hague Child Abduction Convention: A Friend in Deed», *FamLQ*, vol. 28, 1994-1995, pp. 35-52.
 - «How to Draft a Successful Family Law Convention: Leosons from the Child Abduction Conventions», en J. DOEK et al. (Eds.), *Children on the Move*, Kluwer Law International, 1996, pp. 47-60.
 - «Family Support Across Frontiers: New ideas From the Americas», en N. LOWE Y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 733-751.
 - «Les conflits en matière d'enlevements d'enfants aux États-Unis», en J. RUBELLIN-DEVICHI y R. FRANK (Eds.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 319-326.
- BRUNET B., «Autorité parentale», *J.-Cl. dr. int.*, 1987, fasc. 549, pp. 1-24.
- BUCHER A., «L'avant-proyect d'une Convention de La Haye sur l'adoption internationale», *RSDIE*, 1993, 2, pp. 153-182.
- «La révision de la Convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Melanges Benhard Schnyder. Famille et Droit*, Editions Universitaires Fribourg (Suisse), 1995, pp. 61-73.
 - «Commentaire sur la Convention du 29 mai 1993», en J. DOEK et al. (Eds.), *Children on the Move*, Kluwer Law International, 1996, pp. 87-93.
 - «La Dix-huitieme session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *RSDIE*, 1997, 1, pp. 67-109.
 - «La famille en Droit international privé», *R. des C.*, t. 283, 2000, pp. 9-186.
 - «La Convention des Haye sur la protection internationale de adultes», *RSDIE*, 2000, pp. 37-74.
- BUIRETTE P., «Réflexions sur la Convention internationale des droits de l'enfance», *Rev. belge dr. int.*, vol. XXII, 1990, pp. 54-73.
- BUQUICCHIO-DE BOER M., «The Impact or the European Convention on Human Rights of the children», en M. A. VERDUGO y V. SOLER-SALA (Eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, 1996, pp. 99-110.

- BYK C., «La réception des conventions internationales par le juge français à la occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant», *Journ. dr. int.*, 1994, 4, pp. 967-976.
- CALVO BABÍO F., «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas», *La Ley*, 1998, 5, D-241, pp. 1585-1589.
- «Naturaleza y alcance de los Protocolos de adopción suscritos entre España y Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 455-464.
- CALVO CARAVACA A. L., «Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional», *RGD*, 1986, XLIII, nº 507, pp. 5095-5122.
- CALVO CARAVACA A. L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Problemas del secuestro internacional de menores», *AC*, nº 21, 1998, pp. 481-527.
- CALVO GARCÍA M., «La protección del menor y sus Derechos», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas*, oct. 1993-marzo 1994, pp. 177-199.
- CAMPÁ I DE FERRER X., «Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 351, 16 de julio de 1998.
- CAMPUZANO DÍAZ B., «La Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y atención al menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía», *REDI*, 1998, pp. 304-307.
- CANO BAZAGA E., «Algunos apuntes sobre la progresiva configuración de la litispendencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano. El nuevo artículo 23 bis del Convenio revisado», *RGD*, 2000, pp. 4293-4320.
- CAPATINA O., «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *R. des C.*, 1983-I, t. 179, pp. 305-413.
- CARELLA G., «La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994, pp. 777-794.
- CARLIER J., «Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad», en CALVO CARAVACA A. L. y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000, pp. 27-38.
- «Les Conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial», *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, pp. 447-462.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ J., «Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo», en A. L. CALVO CARAVACA. y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000. pp. 39-66.
- «Secuestro internacional de menores», en A. L. CALVO CARAVACA y otros, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2ª ed., Comares, Granada, 2000, pp. 159-179.

- «Alimentos», en L. CALVO CARAVACA y otros, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2ª ed., Comares, Granada, 2000, pp. 181-201.
 - «Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 213-239.
- CARRERAS M., «Los Derechos del niño: De la Declaración de 1959 a la Convención de 1989», en J. BALLESTEROS (Ed.), *Derechos Humanos, concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, 1992, pp. 185-192.
- CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS C., «La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores», Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, pp. 15-27.
- CARRILLO POZO L. F., «Art. 5.2» en A. L. CALVO CARAVACA (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 102-118.
- CARRILLO SALCEDO J. A., «Procedimientos para la protección de los Derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas», en M. A. VERDUGO y V. SOLER-SALAS (Eds.), *La Convención de los Derechos del niño hacia el siglo XXI*, Ediciones Universidad Salamanca, 1996, 93-98.
- CASS B., «The limits of the public/private dichotomy: a comment on Coady & Coady», *Int. Journ. of Law and the Family*, 1992, pp. 140-170.
- CASTEX G., «Commentaire sur la Convention de la Haye du 25 octobre 1980», *Droit de l'enfance et de la famille*, nº 36, 1992/93, pp. 247-252.
- «Le recouvrement des aliments a l'étranger», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1992/93, pp. 29-34.
 - «Les déplacements illicites d'enfant à l'étranger», *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, París, 1993, pp. 159-174.
- CASTILLO M., «La protection des enfants dans la Communauté Européenne», *Revue du Marche Commun*, nº 337, 1990, pp. 361-369.
- CASTRO-RIAL CANOSA J. M., «El Convenio de La Haya sobre protección de menores. IX Conferencia de Derecho Internacional privado», *REDI*, vol. XIV, 1961, pp. 11-54.
- CHATIN L. y B. STURLÈSE, «Protection des Mineurs et entraide judiciaire internationale», *Recueil pratique de conventions sur l'entraide judiciaire internationale*, Ministère de la Justice Directions des affaires Civiles et du Sceau, 1990, pp. 101-131.
- CHATIN L., «Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en Droit international privé», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1981-1982, pp. 106-138.

- CHECA MARTÍNEZ M., «Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1998, pp. 521-576.
- CIAS (Centro internacional de Abogados de Estrasburgo) y MIJC (Movimiento Internacional de Juristas Católicos), «La protección de los niños menores en el marco de la Convención Europea de los Derechos del niño», *BIMJ*, 1992, pp. 2020-2035.
- CLEMANG A. y V. HOFFMANN, «Les enlèvements internationaux de mineurs», en R. GANGHOFER (Dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 633-644.
- CLERGERIE J. L., «L'adoption d'une Convention internationale sur les droits de l'enfant», *Rev. dr. public*, 1990, 2, pp. 435-451.
- COBREROS MENDAZOZA E., «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1987, nº 19, pp. 27-59.
- CONDE-PUMPIDO C., «Las detenciones ilegales agravadas del art. 165 del Código Penal y su relación con la sustracción de menores», en AA.VV., *Puntos capitales del Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, 1999, pp. 60-83.
- CONTINI P., «The United Nations Draft Conventions on Maintenance Claims», *AJCL*, 1954, pp. 543-551.
- CORNELOUP S. y V. CORNELOUP, «La contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire?», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, nº 4, pp. 641-680.
- CORNERC A., «The Hague Convention on Abduction and Beyond. Conflicting Aims, Different Solutions-The French Practice», *Fam.Law*, vol. 23, 1993, pp. 148-151.
- «Actualité du Jugement de Salomon. Comment ne pas trancher les enfants victimes d'un déplacement international», *Gaz. Pal.*, 1997, pp.1582-1586.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ V., «Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades», en V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. MORENO CATENA (Coord.), *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo V, Tecnos, 2001, pp. 102-110.
- CRAWFORD E., «Habitual residence of the child as the connecting factor in child abduction cases: as consideration of recent cases», *Juridical Review*, 1992, pp. 177-186.
- CRISTINA SALAZAR M., «Explotación económica y educación del niño en América Latina», en M. A. VERDUGO y V. SOLER-SALAS (Eds.), *La Convención de los Derechos del niño hacia el siglo XXI*, Ediciones Universidad Salamanca, 1996, pp. 175-187.
- CUARTERO RUBIO M. V., «Técnicas de unificación del DIPr. en la C.E.E.», *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de*

- Derecho internacional privado*, CESSJ «Ramón Carande»/Eurolex, Madrid, 1993, pp. 247-256.
- «Adopción internacional y tráfico de niños», *BIMJ*, nº 1840, 1999, pp. 405-418.
- DE MARINO Y GÓMEZ-SANDOVAL B., «Las adopciones transnacionales», *La Ley*, 1998-2, D-60, pp. 1658-1668.
- DE MIGUEL ASENSIO P. A., «Integración europea y Derecho internacional privado», *RIE*, 1997, 2, vol. 1, pp. 413-444.
- «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», *RDP*, 1998, pp. 541-558.
- «El Tratado de Ámsterdam y el Derecho internacional privado», *la Ley (CE)*, nº 4510, 30 de marzo de 1998, pp. 1-3.
- «Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 337-366.
- DE MIGUEL ZARAGOZA J., «La cooperación judicial en el Título VI del Tratado de Ámsterdam», *BIMJ*, nº 1807, 1997, pp. 5-19.
- DE NOVA R., «Adoption in Comparative Private International Law», *R. des. C.*, 1961-III, pp. 75-158.
- DECROUX P., «La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et á la cooperation judiciaire», *Jour.dr. int.*, 1985, pp. 49-99.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., «Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, 2, pp. 249-270.
- DÉPREZ J., «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques», *R. des. C.*, t. 211, 1988-IV, pp. 9-372.
- DESANTES REAL M., «La litispendencia internacional: consideraciones sobre su regulación convencional y futura aplicación en España», *Justicia*, 1983, pp. 845-870.
- DESCHENAUX B., «La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 de octobre 1980», *ASDI*, vol. XXXVII, 1981, pp. 119-128.
- DETIENNE J., «L'accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire», *Jour. Trib.*, 1978, pp. 740-741.
- DETRICK S., «Hague Convention of 19 october 1996 on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children», *Hague Yearbook of International Law*, 1996, pp. 77-84.

- DIAGO DIAGO M. P. , «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL. (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 143-176.
- «Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado», *geriatrem.com.*, vol. 3, nº 1, 2001.
- DÍAZ BARRADO C. M., «La Convención sobre los Derechos del Niño», *Estudios Jurídicos en Conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho*, t. I, Córdoba, 1991, pp. 183-221.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO I., «Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción», *RCDI*, nº 590, 1989, pp. 9-35.
- DOMÍNGUEZ LOZANO P., «La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el Derecho internacional privado español», *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 433-485.
- «Alimentos», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte Especial*, Eurolex, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 377-389.
- «Artículo 9, Apartado 7», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, 2ª ed., 1995, Madrid, pp. 296-350.
- «Tratamiento de la institución alimenticia en el Derecho internacional Privado en el ámbito de la Unión Europea», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 107-113.
- DONAPETRY CAMACHO B., «El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes», *La Ley*, 1990, 4, pp. 996-1015.
- DREYZIN DE KLOR A., «La restitución internacional de menores», en A. DREYZIN DE KLOR (Coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimenticias*, Córdoba (Argentina), 1996, pp. 9-63.
- DROZ G. A. L., «Une Convention de La Haye de Droit international privé devant la Cour Internationale de Justice», *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. XLVII, 1958, pp. 626-630.
- «La Conférence de La Haye de Droit international privé et les méthodes d'unification du droit: Traités internationaux ou lois modèles?», *Rev. int. dr. comp.*, 1961, vol. 13, pp. 507-521.
- «La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961», *Journ. dr. int.*, 1973, pp. 603-643.
- «La Conférence de La Haye et l'entraide judiciaire internationale», *R. des C.*, t. 168, 1980, pp. 159-183.

- «Évolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions international de Droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp.129-147.
- DUNCAN W., «Conflict and Co-operation. The Approach to Conflicts of Law in the 1993 Convention Hague Convention on Intercountry Adoption», en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 577-589.
- «Intercountry Adoption: Some Issues in Implementing and Supplementing the 1993 Hague Convention on Protection in Respect of Intercountry Adoption», en J. DOEK et al. (Eds.), *Children on the Move*, Kluwer Law International, 1996, pp. 75-86.
- DURÁN AYAGO A., «El papel de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y familia*, Colex, 2001, pp. 325-346.
- «La filiación adoptiva en el ámbito internacional», *La Ley*, 21 de marzo de 2001, pp. 1-14.
- DYER A., «International Child Abduction by parents», *R. des C.*, t. 168, 1980-III, pp. 231-268.
- «Traslado de los padres guardianes y de sus hijos dentro de la Unión Europea y problemas del derecho de visita. Ámbito y tiempos de la intervención judicial», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 147-167.
- «Le évolution du droit international privé de la famille en Europe au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye de droit international: les avatars des Conventions de La Haye», en R. GANGHOFER (Dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité a nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 95-103.
- «Case Law and Co-Operation as the Building Blocks for Protection of International Families», en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 27-40.
- ECHEZARRETA FERRER M., «La infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Información y puntos de debate», *Revista de Derecho de familia*, 2000, nº 8, pp 253-284.
- ECHEZARRETA FERRER M. y CARRO GANDARA R., «Mapa jurídico comunitario y español en materia de derecho de familia» *Revista de Derecho de Familia*, nº 6, 2000, pp. 233-262.
- ELVIRA BENAYAS M. J., «La cooperación judicial internacional como observatorio de las fricciones entre la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la

- Comunidad Europea. ¿Posibles vías de coordinación?», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 261-274.
- ESPINAR VICENTE J. M., «La modificación del artículo 9.5 del Código Civil en el Proyecto de reforma sobre la adopción», *La Ley*, 1986, nº 4, pp. 996-1001.
- «El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», en AA.VV. *La sustracción internacional de menores, (Aspectos Civiles), II Jornadas de Derecho internacional privado*, Patronato Universitario de Toledo, 1991, pp. 3-6.
- «La protección del menor extranjero en el sistema jurídico español», *Infancia y sociedad*, nº 33, 1995, pp. 81-106.
- «La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)», *AC*, 1997, nº 32, pp. 757-771.
- ESPINOSA CALABUIG R., «Una nueva reforma en materia de adopción internacional en España», *RGD*, nº 667, 2000, pp. 4343-4360.
- ESPLUGUES MOTA C., «Reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas en el extranjero», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 250, 13 de junio de 1996, pp. 1-4.
- «Conclusión por parte de España de cuatro protocolos sobre adopción internacional» *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pp. 336-340.
- «El “nuevo” régimen jurídico de la adopción internacional en España», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1997, nº 1, pp. 33-74.
- «El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional», en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (Dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial (I)*, Madrid, 1997, pp. 14-57.
- «El Derecho internacional privado y la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, nº 2, pp. 279-320.
- ESQUIVIAS JARAMILLO J. I., «La adopción internacional» (I), *BIMJ*, nº 1808, 1997, pp. 2181-2201.
- «La adopción internacional» (II), *BIMJ*, nº 1809, 1997, pp. 2287-2306.
- FALLON M. y O. LHOEST, «La Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Entrée en vigueur d'un instrument éprouvé», *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, 1, pp. 7-53.
- FALLON M., «Droit familial et droit des Communautés européennes», *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, 3, pp. 361-400.

- FARQUHAR K. B., «The Hague Convention on International Child Abduction comes to Canada», *Revue Canadienne de Droit Familial*, vol. 4 n° 1, pp. 5-34.
- FERNÁNDEZ ARROYO D. P., «La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989», en AA.VV. *La sustracción internacional de menores, (Aspectos Civiles), II Jornadas de Derecho internacional privado*, Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1991, pp. 31-63.
- «Cooperación internacional en el ámbito de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: relaciones y tendencias», *Libro de ponencias de las Jornadas Uruguayas-Santafesinas*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 1997, pp. 567-578.
- FERNÁNDEZ CASADO M. D., «Una aproximación al principio de interés superior del menor», en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, pp. 247-252.
- FERNÁNDEZ ROZAS J. C., «Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español», *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 67-108.
- «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *RIE*, 1990, pp. 785-826.
- «La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLV, 1993-I, pp. 81-100.
- «Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profº. Aurelio Menéndez*, t. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5209-5237.
- «Los Tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado», en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial (I)*, Madrid, 1997, pp. 61-158.
- «Los modelos de integración en América Latina y el Derecho internacional privado», *Iberoamérica ante los procesos de integración, XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho internacional y de Relaciones internacionales*, 1999, pp. 151-192.
- FERRER CORREIA A., «Une codification nationale du droit international privé à l'épreuve du principe d'égalité: le code civil portugais de 1966 "revisited"», *Etudes Roberto Ago*, 1987, t. IV, pp. 63-87.

- FORNER DELAYGUA J. J., «Protección de menores: modificación de la legislación catalana», *REDI*, vol. XLVII, 1995, pp. 480-485.
- «El acceso de los hijos a sus progenitores: el derecho de visita», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y familia*, Colex, 2001, pp. 23-50.
- FOSAR BENLLOCH E., «El Derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas», *Documentación jurídica*, nº 41, 1984, pp. 109-145.
- FRANCHI G., «Adozione internazionale e convenzione dell'Aja», *Rev. trimestrale de diritto e procedura civile*, XXVI, 1972, 284-300.
- FREEMAN M., «The best interest of the child? is *the best interest of the child* in the best interest of children?», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 11, 1997, pp. 360-388.
- FULCHIRON H., «L'évolution historique de la notion de l'intérêt de l'enfant: de l'interêt de l'enfant aux droits de l'enfant», *Les droits de l'enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l'Enfant, Suiza, 1997, pp. 29-39.
- GALBIATI R., V. LIBRANDO y L. ROVELI, «La Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento», *Rivista di Diritto Europeo*, 1980, pp. 377-387.
- GÁLVEZ J., «Artículo 39», en F. GARRIDO FALLA (Coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980, pp. 473-482.
- GAMBÓN ALIX G., «Conflictos de leyes en materia de adopción», *REDI*, 1958, pp. 511-540.
- GANNAGÉ P., «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, 3, pp. 425-454.
- GARAU SOBRINO F., «Art. 26», en A. L. CALVO CARAVACA (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 1994, pp. 462-477.
- GARCÍA CANO S., «La cooperación internacional en el ámbito del Derecho de la Competencia: especial referencia a las relaciones euroamericanas», *RDCE*, 1998, 4, pp. 721-741.
- «Los alimentos en el ámbito europeo de la competencia judicial y de la cooperación», en A. BORRAS (Dir.), *Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar de la práctica española*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 275-300.

- «El Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de 25 de enero de 1996», *REDI*, vol. LII, 2000, 2, pp. 678-686.
- GARCÍA CANTERO G., «L'Application de la Convention de La Haye de 1980 sur l'Enlèvement d'Enfants, par les Tribunaux Espanols», en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 685-692.
- GARCÍA GALLARDO R y J. HERNÁNDEZ OBELART, «Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales», *La Ley (CE)*, 27 de mayo de 1997, pp. 1-3.
- GARCÍA MÁS F. J., «El menor ante el Derecho comunitario», *AC*, nº 38, 1998, pp. 923-938.
- GARCÍA MORENO V. C., «La intervención del Estado en los conflictos de leyes a través del orden público», en L. PÉREZ-NIETO CASTRO y C. BELAIR MOUCHEL (Eds.), *El papel del Estado en el Derecho Internacional Privado*. Tercer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma de México, 1980, pp. 41-52.
- GARCÍA RODRÍGUEZ I., «El Derecho comunitario como fuente del Derecho internacional privado», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 12, 1994, pp. 75-99.
- GARCÍA VARELA C., «Comentarios a la Ley Orgánica 17/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto», *AC*, nº 12, pp. 261-282.
- GARCÍA VELASCO I., «Arbitraje comercial y cooperación jurídica internacional», *El arbitraje internacional*, Secret. Public. Univ., Zaragoza, 1989, pp. 189-242.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., «Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ S. y J. R. REMACHA y TEJADA (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática nº 5, Madrid, 2001, pp. 61-68.
- GARDEÑES SANTIAGO M., «Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC», *AEDIPr.*, t. I, 2001, pp. 315-337.
- GARZÓN CLARIANA G., «Sobre la noción de cooperación internacional», *REDI*, 1976, pp. 51-69.
- GAUDEMET-TALLON H., «Le droit français de l'adoption internationale», *Rev. int. dr. comp.*, 1990, pp. 567-597.
- GIANNINI A., «La Convenzione internazionale sul recupero degli alimenti all'estero (1956)», *Rivista di Diritto civile*, 1957, pp. 463-468.
- GIRÓN LÓPEZ C., «Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores», en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, pp. 29-45.
- GLENN H. P., «Unification of Law, Harmonization of Law and Private International Law», *Liber Memorialis François Laurent*, 1989, pp. 783-793.

GONZÁLEZ BEILFUSS C., «La aplicación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores. Estudio de Derecho comparado», en AA. VV., *La sustracción internacional de menores, (Aspectos Civiles), II Jornadas de Derecho internacional privado*, Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1991, pp. 65-80.

- «La aceptación del Estatuto de La Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias», *REDI*, 1994, pp. 451-454.

- «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 internacional», *RJC*, 1996, pp. 313-344.

- «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, 1, pp. 500-505.

- «La protección de adultos en Derecho internacional privado», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000, pp. 85-102.

- «El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *REDI*, vol. LII, 2000, 2, pp. 662-668.

- «International Child Abduction in Spain», *International Journal of Law, Policy, and the Family*, 15, 2001, pp. 327-349.

GONZÁLEZ CAMPOS J. D., «El Convenio entre España y Francia de 28 de mayo de 1969, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras», en *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, 1970, pp. 933-965.

- «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé», *R. des C.*, t. 156, 1977-III, pp. 227-376.

- «Cuestiones de DIPr. en las Comunidades Europeas», *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1983, pp. 111-131.

- «Derecho de familia. El matrimonio», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 289-328.

- «Filiación y alimentos» en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 355-377.

- «El paradigma de la norma del conflicto multilateral», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, t. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270.
 - «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé», *R. des. C.*, t. 287, 2000, pp. 9-426.
 - «El sistema español del Derecho internacional privado. Formación histórica y fuentes», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 3ª ed., 2001, pp. 41-66.
 - «Competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 3ª ed., 2001, pp. 329-372.
 - «La competencia judicial internacional. Aspectos generales», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 3ª ed., 2001, pp. 287-328.
 - «Los conflictos internos en el sistema español de Derecho internacional privado», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 3ª ed., 2001, pp. 67-81.
- GOUBAU D., «L'objectivation des normes en droit familial: une mission possible», *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, 1, pp. 7-31.
- GRANET F., «La Convention de New York sur les droits de l'enfant et sa mise en oeuvre en France», en J. RUBELLIN-DEVICHI y R. FRANK (Dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 95-114.
- GRAVESON R., «Problems of Private International Law in non-unified legal systems», *R. des C.*, t. 141, 1974-I, pp. 195-254.
- GRIEDER MACHADO H., «La protección de los incapaces», en M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Lecciones de Derecho civil internacional*, (2ª ed., revisada), Secc. de Pub. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1983, pp. 48-79.
- GROFFIER E., «La adoption international privé comparé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, pp. 603-655.
- GROS ESPIEL H., «Los Derechos del Niño en América Latina», *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, 1999, 12, pp. 49-57.
- GUARDANS CAMBO I., «Art. 3», en A. L. CALVO CARAVACA (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 68-73.

- GULLÓN BALLESTEROS A., «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, 1996, nº 3970, pp. 1-8.
- GUZMÁN ZAPATER M., «La filiación por naturaleza y por adopción», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, *Derecho civil internacional*, 9ª ed., UNED, Madrid, 2000, pp. 159-193.
- «Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (II)», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 3ª ed., Madrid, 2001, pp. 143-178.
- «La adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho internacional privado clásico», en A. L. CALVO CARAVACA y A. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 83-120.
- HENRICH D., «Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends», en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 41-51.
- HERNÁNDEZ GIL F., «El Convenio de Nueva York de 20 de junio 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero: su aplicación en la práctica», *AC*, nº 41, 2001, pp. 1425-1446.
- HERON H., «Publicisation d'un droit et détermination de la methode de reglement (exemple de la protection des mineurs et des procedures collectives)», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1990-1991, pp. 65-91.
- HERRANZ BALLESTEROS M., «Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores. El caso *Walid Ch.*: el recurso excepcional a los aspectos penales» *La Ley*, nº 4965, 7 de enero de 2000, pp. 1-4.
- HIERRO L. L., «Los Derechos de la infancia. Razones para una ley», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profº. Aurelio Menéndez*, t. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5473-5491.
- HINOJOSA MARTÍNEZ E., «La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas y el alcance de la intervención judicial en relación con la protección de menores», en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, pp. 1-14.
- HUTCHINSON A. M. y M. H. BENNETT, «The Hague Child Protection Convention 1996», *Fam. Law.*, 1998, pp. 35-38.
- IGLESIAS BUHIGUES J. L., «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después de Ámsterdam», *RGD*, nº 644, 1998, pp. 5847-5862.
- «La cooperación judicial en materia civil», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J. R. REMACHA Y TEJADA (Dir.), *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 5, Madrid, 2001 pp. 47-58.

- IGLESIAS REDONDO J. I., «La competencia legislativa en materia de protección de menores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 23, monográfico, *Protección de Menores*, 1998.
- IRIARTE ÁNGEL J. L., «Adopción internacional. Últimas tendencias en el Ordenamiento español», en A. L. CALVO CARAVACA. y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000, pp. 103-127.
- «La persona física», en A. L. CALVO CARAVACA y otros, *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª ed., Comares, Granada, 2000, pp. 15-55.
- ISOLA A., «La Convention européenne sur l'exercice des droits de enfants» en J. RUBELLIN-DEVICHI y R. FRANK (Dirs.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 83-88.
- JAMETTI GREINER M. y A. BUCHER, «La Dix-septième session de la Conférence de la Haye de droit international privé», *RSDIE*, 1994, pp. 55-102.
- JAYME E., «L'adozione internazionale. Tendenze e riforme», *Riv. dr. civ.*, 1984, pp. 546-558.
- «Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado», *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y políticas*, nº 82, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 217-270.
- «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, pp. 295-304.
- «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *R. des C.*, t. 251, 1995-II, pp. 33-267.
- JENARD P., «Les enlèvements internationaux d'enfants et l'administration», *Rev. belge dr. int.*, 1988-1, vol. XXI, pp. 35-59.
- JESSURUN D'OLIVEIRA H. U., «Codification et unification du Droit international privé. Problèmes de coexistence», *Unification. Liber Amicorum Jean Georges Sauveplanne*, Kluwer, 1984, pp. 117-130.
- JODLOWSKI J. y A. PONSARD, «La Convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, à la compétence et à l'*exequatur* dans le droit des personnes et de la famille», *Jour. dr. int.*, 1970, pp. 545-631.
- JONES R. L., «Council of Europe Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Relating to the Custody of Children», *ICLQ*, t. 30, 1981, pp. 467-475.
- JURE E. F., «Las obligaciones alimentarias en el Derecho internacional privado», en A. DREIZIN DE KLOR (Coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción, Tráfico. Obligaciones alimenticias*, Córdoba (Argentina), 1996, pp. 161-163.

- KERE G. «Les difficultés d'application par les Etats africains de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989», en J. RUBELLIN-DEVICHI y R. FRANK (Dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 151-161.
- KHAROF A. E. «La garde de l'enfant dans la loi islamique et la Convention des Nations Unies relative aux droits de enfants», en J. RUBELLIN-DEVICHI y R. FRANK (Dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 351-373.
- KILLERBY M., «The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)», en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 13-25.
- KOHLER C., «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, 1, pp. 1-30.
- KORCZAK J., «A propos de la Convention des droits de l'enfant. L'enfant, sujet de droits: enfin une réalité», *Journ. Trib.*, 27 de octubre de 1990, n° 5563, pp. 617-628.
- KRISPI-NIKOLETOPOULOU E., «Le recouvrement des aliments a l'étranger selon la Convention internationale de New York de 1956», *Rev. hellén. dr. int.*, 1969, pp. 1-23.
- LAGARDE P., «La dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, pp. 250-255.
- «Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1987)», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, pp. 29-54.
 - «La protection du mineur double-national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961», en *La unificazione del Diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Cedam, Padova, 1989, pp. 529-542.
 - «Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de Droit international privé», en *Conflicts et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1990, pp. 511-528.
 - «Rescensión a la obra de S. Boelck, *Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigen-schutzabkommen vom 1961,1994*», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 230-232.

- «La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 217-237.
- «La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, pp. 159-179.
- LASARTE ÁLVAREZ C., «La Convención de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», *BIMJ*, nº 1301, pp. 4-19.
- LEIBLE S. y A. STAUDINGER, «El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?», *AEDIPr.*, t. 1, 2001, pp. 89-115.
- LEQUETTE Y., «Le droit international privé de la famille à la épreuve des Conventions internationales», *R. des C.*, t. 246, 1994-II, pp. 13-233.
- «De l'utilitarisme dans le Droit international privé conventionnel de la famille», en *L'Internationalisation du Droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 245-263.
- LINACERO DE LA FUENTE M., «La protección del menor en el Derecho español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *AC*, nº 48, pp. 1573-1626.
- LIPSTEIN K., «A Draft Convention on the Recovery Abroad of Claims for Maintenance», *ICLQ*, 1948, pp. 125-134.
- LLEDÓ YAGÚE F., «Comentario al Proyecto de Ley de adopción», *ADC*, 1986, t. XXXIX, pp. 1193-1216.
- LOPATKA A., «¿Por qué es indispensable la Convención de los Derechos del Niño?», *Menores*, nº 17-18, 1989, pp. 6-19.
- «La Convención internacional de los Derechos del niño», *I Congreso internacional «Infancia y Sociedad». Bienestar y Derechos sociales de la infancia*, 1989, Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 33-46.
- LÓPEZ ORELLANA I., «La adopción internacional», *RGD*, 1996, núms. 622-623, pp. 8027-8068.
- LOUSSOUARN Y., «La IX session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Jour. dr. int.*, 1961, pp. 654-693.
- LOWE N., «Problems relating to access disputes under the Hague Convention on International Child Abduction», *Int. Journ. of Law and the Family*, vol. 8, 1994, pp. 374-385.
- LOWE N. y A. PERRY, «International Child Abduction- The English Experience», *ICLQ*, vol. 48, 1999, pp. 127-155.

- LUCHER-BABEL M. F., «Adoption Internationale: comprendre les nouvelles normes. Principes et mecanismes de la Convention de La Haye du 29 mai 1993», *Les Cahiers des droits de l'enfant*, vol. 4, DEI, 1996, pp. 1-56.
- LUNZ L. A., «Du role du droit international prive dans la cooperation international», *VI Congres de l'Association Internationale des Juristes Democrates, Bruxelles 22-25 mai 1956, Travaux de la Comision du Droit international privé*, pp. 5-13.
- MADRIGAL DE TORRES P., «Síntesis de la Legislación comunitaria sobre derechos y protección social de los niños», *REE*, 1993, nº 5, pp. 109-121.
- MARCHAL ESCALONA N., «Algunas reflexiones en torno al Reglamento (CE) número 1348/2000 de 29 de mayo» *La Ley (CE)*, núm. 5320, 31 de mayo de 2001, pp. 1-6.
- MARÍN LÓPEZ A., «Los conflictos de leyes en materia de tutela», *REDI*, vol. XIII 1960, pp. 413-542.
- «El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales sobre custodia de menores», *ADI*, vol. VIII, 1983-84, pp. 211-226.
 - «La cooperación internacional en materia procesales», en F. ALDECOA LUZARRAGA (Coord.), *La Cooperación Internacional. Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1991, Bilbao, 1991, pp. 247- 253.
 - «La asistencia judicial gratuita», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 311-322.
- MARINA HERNANDO A., «La adopción internacional. El tráfico de menores. Mecanismos de protección y control», *Infancia y Sociedad*, n° 33, 1995, pp. 201-211.
- MARINI L., «La sottrazione di minori nell'ordinamento internazionales», en *La tutela internazionale dei Diritti del fanciullo* (a cura di A. Beghé Loreti), Cedam, Padova, 1995, pp. 221-248.
- MARTÍNEZ FANDOS M. T. y A. I. GIMENO FERRER, «¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país? La adopción más allá de nuestras fronteras», (I), *La Ley*, nº 4219, 31 de enero de 1997, pp. 1-5.
- «¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país? La adopción más allá de nuestras fronteras» (II), *La Ley* nº 4220, 3 de febrero de 1997, pp. 1-4.
- MARTINY D., «Maintenance Obligations in the Conflicts of Law», *R. des. C.*, t. 247, 1994-III, t. pp. 135-289.
- MASSIP J., «La Commission Internationale de L'Etat Civil», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 215-229.
- MATOCQ O., «Les Enlèvements Internationaux d'Enfants et le Droit Français» en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 705-709.

- MAYER D., «Evolution du statut de la famille en Droit international privé», *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 447-469.
- MAYOR DEL HOYO M. V., «En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño», *RDP*, n° 7, 1995, pp. 135-165.
- «Notas acerca del Convenio de La Haya sobre adopción internacional», *RDP*, 1995, pp. 1019-1043.
- Mc CLEAN D., «The Hague Child Abduction Convention –The Common Law Response», *NILR*, 1993, vol. XL, n° 1, pp. 67-78.
- Mc. WHINNEY E., «Le concept de coopération» en BEDJAOUI M., *Droit International. Bilan et perspectives*, tome I, Pedone, París, 1991, pp. 445-457.
- MEBROUKINE A., «La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 1-39.
- MELIA y LLACER R., «La protección internacional de los Derechos de los niños», *RGD*, 1998, vol. 536, pp. 2907-2928.
- MELLI M. S., «The United States and the International Enforcement of Family Support» en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 715-731.
- MEULDERS M. T., «L'évolution du mariage et le sens de l'histoire: De la institution au contrat, et au-delà», en R. GANGHOFER (Dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 215-233.
- MEYER-FABRE N., «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, 2, pp. 259-295.
- MEZGER E., «Les Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires envers les enfants», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1958-1959, 1960, pp. 123-143.
- MIAJA DE LA MUELA A., «El imperialismo jurisdiccional español y el Derecho internacional privado», *Mélanges Ch. N. Fragistas*, vol. I-B, Tesalónica, 1968, pp. 89-124.
- «Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international», *R. des C.*, t. 135, 1972, pp. 5-93.
- MILOJEVIC M., «L'adoption internationale», en R. GANGHOFER (Dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 823-830.

- MIRALLES SANGRO P. P., «La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño», *AC*, 1991-3, pp. 525-538.
- «La C.I.D.I.P.-V (México 1994): una nueva contribución al Derecho internacional privado», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 5, 1993/1994, pp. 101-144.
 - «Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 3ª ed., 2001, pp. 373-410.
 - «La obligación alimenticia. Hacia nuevas fórmulas de protección internacional del menor», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional Privado*, vol. II, *Derecho civil internacional*, UNED, 3ª ed., 2001, pp. 207-236.
- MOLINA A., «La Convención de los Derechos del Niño. Su concreta aplicación en América del Sur», *Les droit de l'enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l'Enfant, Suiza, 1997, pp. 119-129.
- MONÉGER F., «La Convention franco-marocaine du 10 août relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 2-69 y 267-288.
- «La Convention relative aux enfants issus de couples mixtes separe Franco-Algériens du 21 juin 1989», *Jour. dr. int.*, 1989, pp. 41-62 .
 - «Les enlèvements internationaux d'enfants –ou comment permettre à un enfant de conserver des relations avec ses deux parents-», *JCP*, 1992, nº 32, pp. 353-358.
 - «À propos du projet de loi de ratification de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale», *JCP*, 18 de febrero de 1998, pp. 313-315.
- MONIN-HERSANT P. y B. STURLÈSE, «Les conflits relatifs au droit de garde et au droit de visite en droit international privé conventionnel», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1987-1988, pp. 125-145.
- «L'entrée en vigueur de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988: un nouvel espoir pour des enfants déchirés», *Gaz. Pal.*, 1 de septiembre de 1988, pp. 523-526.
- MOSCONI F., «Lex fori v. Lex causae», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1990, nº 4, pp. 813-820.
- «La protezione dei minori», en *Convenzioni internazionali e legge di riforma del Diritto Internazionale Privato. A cura di F. Salerno*, Cedam, 1997, pp. 59- 77.
- MOSTERMANS E., «Party Autonomy: Why and When?», *Forty years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer, Deventer, 1990, pp. 123-141.
- MOURA RAMOS R. M., «La protección de los menores en el ámbito internacional», en CALVO CARAVACA A. L. y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000, 67-84.

- MOYA ESCUDERO M., «El Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983», *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 153-171.
- «Ámbito de aplicación material del Convenio hispano-alemán sobre reconocimiento y ejecución de decisiones: su viabilidad futura en relación al Tratado de Bruselas de 1968», *Las relaciones de vecindad*, Serv. ed. Univ. del País Vasco, 1987, pp. 481-496.
 - «Retirada por España de la reserva prevista en el art. 15 del Convenio nº X de La Haya de 5 de octubre de 1961», *RGD*, 1995, pp. 9675-9703.
 - «Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo», *La Ley*, 1998, nº 4459, 16 de enero de 1998, pp. 1-9.
- MOYA ESCUDERO M. y H. ZEKRI, «Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos», *REDI*, vol. XLIX, 1997, pp. 369-377.
- MUERZA ESPARZA J. J., «Principios procesales de la nueva Ley de Adopción», *La Ley*, 1990, nº 1, pp. 1109-1116.
- MUIR WATT H., «La Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1994, pp. 49-62.
- «Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif?. A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 469-492.
 - «Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de Droit international privé)», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 11-22.
 - «La loi nationale de l'enfant comme métaphore: le nouveau régime législatif de l'adoption internationale», *Joun. dr. int.*, 2001, pp. 995-1031.
- MUNTARBHORN V., «The Historical Evolution of Children's Rights in Parallel with Human Rights», *Les droit de l'enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l'Enfant, Suiza, 1997, pp. 85-96.
- MURILLO y GARCÍA-ATANCE M., «La cooperación jurídica internacional», en A. MANGAS (Dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial C.G.P.J*, Madrid, 1995, pp. 359-431.

- NAVARRO ATIENZA M. A., «La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados», en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, pp. 177-182.
- NIBOYET M. L. , «Capacité», *J-Cl. dr. int.*, fasc. 545, 1998.
- NYGH P., «The international Abduction of children», en J. DOEK et al. (Eds), *Children on the Move*, Kluwer Law International, 1996, pp. 29-45.
- «The New Hague Child Protection Convention», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 11, 1997, pp. 344-359.
- «The Hague Convention on the protection of children», *NILR*, 1998, pp. 1-28.
- O' DONELL K., «Parent-Child Relationships within the European Convention», en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 135-150.
- OPERTTI BADÁN D., «L'adoption internationale», *R. des C.*, t. 180, 1983-II, pp. 299-411.
- «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», *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado*, CESSJ «Ramón Carande»/Eurolex, Madrid, 1993, pp. 259-283.
- «L'oeuvre de de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel», en A. BORRÁS y otros (Eds.), *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz. Sur l'Unification Progressive du Droit international Privé*, Kluwer Law International, 1996, pp. 269-286.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS P., «El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)», *Aranzadi Civil*, 1998, nº 12, pp. 13-26.
- «Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 405-419.
- ORTELLS RAMOS M., «La competencia judicial en la Ley de la adopción», *Justicia*, 1988, nº IV, pp. 835-857.
- OSCHINSKY S., «Le Legal Kidnapping et ses Solutions en Droit Conventionel», en *Mélanges Offersts à Raymond Vander Elst*, t. II, Nemesis, 1986, pp. 647-654.
- OTERO GARCIA-CASTRILLON C., «En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español», *AEDIPr.*, t. I, 2001, pp. 425-434.

- PANTOJA GARCÍA F., «Unas notas al delito de no devolución de un menor del art. 223 del Código Penal», en AA.VV., *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, 1999, pp. 85-96.
- PAREJO ALONSO L., «Constitución y valores del Ordenamiento», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 28-34.
- PARRA ARANGUREN G., «Los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado», *Revista de La Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello*, nº 32, La Paz, 1984, pp. 73-112.
- «La restitución de menores en el Derecho convencional americano», en *Hacia un nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, 1993, pp. 1401-1418.
 - «La Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 6, 1994, pp. 155-169.
 - «The fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (Mexico City, 14-18 March, 1994)», en BARDONNET y CANÇADO TRINDADE (Eds.), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, 1996, pp. 299-320.
 - «History, philosophy and general structure of the Hague adoption convention» en J. DOEK et al. (Eds.), *Children on the Move*, Kluwer Law International, pp. 63-73.
- PARRA JUNQUERA J., «Políticas de familia: controversias y tendencias actuales», en J. RODRÍGUEZ TORRENTE (Ed.), *Familia y política: Controversias y futuro*, Instituto Universitario «Matrimonio y familia», UPCO, Madrid, 1996, pp. 18-21.
- PASCUAL A., «Aplicación en España de los Convenios de La Haya de 25 de octubre de 1980 y de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, con especial referencia a la autoridad central española», *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 169-182.
- PAULINO PEREIRA F. R., «La Convention relative à la signification et à la notification dans les Etats membres de l'Union Européenne des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 415, 1998, pp. 111-115.
- PAZ AGÜERAS J. M., «La adopción consular. El problema de la propuesta previa», *BIMJ*, nº 1552, 1990, pp. 519-539.
- PÉREZ BEVIÁ J. A., «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores», en A. L.

- CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000, pp. 139-162.
- «La protección del menor en el Consejo de Europa en el ámbito del Derecho Privado», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 51-81.
- PÉREZ RODRÍGUEZ M., «La Ley aplicable a las obligaciones alimenticias en España y en el Derecho internacional convencional», *Revista del foro canario*, 1990, pp. 65-107.
- «La devolución de menores extranjeros: especial referencia al Tratado Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997», *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canarias*, 1998, 3, pp. 235-244.
- PÉREZ VERA E., «El Derecho del foro ante el método de atribución: reflexión en torno a su juego prioritario», en *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, 1970, pp. 917-931.
- «El Convenio sobre los Derechos del niño», en *Garantía internacional de los Derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 167-185.
 - «El menor en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLV, 1993-1, pp. 101-114.
 - «El Derecho internacional privado», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, UNED, vol. I, 3ª ed., Madrid, 2001, pp. 21-40.
- PÉREZ VOITURIEZ J. A., «La información del Derecho extranjero», *BIMJ*, nº 1382, 1985, pp. 3-8.
- PFUND P. H., «The Hague Convention on International Child Abduction, the International Child Abduction Remedies Act, and the Need for Availability of Counsel for All Petitioners», *FamLQ*, vol. 24, 1990-91, pp. 35-49.
- «Intercountry Adoption: The 1993 Hague Convention: Its Purpose, Implementation and Promise», *FamLQ*, 1994-95, vol. 28, pp. 53-75.
 - «Implementation of The Hague Intercountry Adoption Convention in The United States: issues and problems», en A. BORRÁS y otros (Eds.), *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz. Sur l'Unification Progressive du Droit international Privé*, Kluwer Law International, 1996, La Haya, pp. 321-336.
- PICONE P. , «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en Droit international privé», *R. des. C.*, t. 197, 1986-II, pp. 229-419.
- «Il rinvio all'ordenamento competente nel diritto internazionale privato», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, pp. 309-376.

- «La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1996, pp. 705-748.
- POISSON-DROCOURT E., «Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d'adoption de mineurs», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, 3, pp. 640-643.
- «L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Jour. dr. int.*, 1999, 3, pp. 707-730.
- POULEAU V., «A propos de la Convention des droits de l'enfant. L'enfant, sujet de droits: enfin une réalité?», *Journ. Trib.*, 27 de octubre de 1990, pp. 617-628.
- POUSSON-PETIT J., «Le Juge et les Droits aux Relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France en Europe», *Rev. int. dr. comp.*, nº 4, 1992, pp. 795-848.
- QUIÑONES ESCÁMEZ A., «El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: Exclusión, alternancia y coordinación de sistemas», en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1999, pp. 182-194.
- RAMOS MÉNDEZ F., «El Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial civil y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (Balance de diez años de vigencia)», *Justicia*, 1988, pp. 57-66.
- RAMOS SÁNCHEZ J., «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», *La Ley*, 1989, nº 2, pp. 997-1012.
- REMACHA y TEJADA J. R., «Cooperación jurídica consular», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J. R. REMACHA y TEJADA (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 5, Madrid, 2001, pp. 16-30.
- REQUEJO ISIDRO M., «Ratificación por España del Convenio de Roma sobre simplificación de procedimientos para el cobro de alimentos, de 6 de noviembre de 1990», *REDI*, vol. XLIX, 1997,1, pp. 381-384.
- REYMOND P., «Convention de La Haye et Convention de Strasbourg. Aspects comparatives des conventions concertant l'enlèvement d'un enfant par l'un de ses parents», *ZSR*, 1981-I, pp. 329-345.
- RIOMET N., «Présentation de la Convention européenne et du projet sur l'exercice des droits des enfants», en J. RUBELLIN-DEVICHI y R. FRANK (Dirs.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 89-94.
- RODRÍGUEZ BENOT A., «La filiación y los alimentos», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 196-205.

- «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5º, del Código Civil en materia de adopción internacional», *REDI*, vol. LI, 1999, 2, pp. 810-818.
 - «Adopción y *Kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales», en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 1999, pp. 195-206.
 - «La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5 C.c. a la luz del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993)», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 181-202.
 - «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *Kafala*», *RGD*, 2000, nº 667, pp. 4419-4447.
- RODRÍGUEZ GAYÁN E. M., «Convenio de Patrás sobre reconocimiento y actualización de los libros de estado civil», *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 740-742.
- «La cooperación internacional en el ámbito del Registro Civil y la aportación de la CIEC», *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado*, CESSJ «Ramón Carande»/Eurolex, Madrid, 1993, pp. 188-200.
- RODRÍGUEZ MATEOS P., «La protección jurídica del menor en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, vol. XLIV, 1992, 2, pp. 465-468.
- «Artículo 9. Apartado 5º», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1995, pp. 242-259.
 - «La nueva orientación de la adopción internacional en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre», *La Ley*, nº 2070, 4 de octubre de 1988, pp. 1-4.
- RODRÍGUEZ PINAU E., «Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador», *La Ley*, nº 4986, 7 de febrero de 2000, pp. 1-6.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M. A., «El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en el Convenio entre España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil», *BIMJ*, núm. 1721, 1994, pp. 5131-5141.

- «El Convenio entre el Reino de España y el Reino de Tailandia de asistencia judicial en material civil y mercantil, hecho en Madrid el 15 de junio de 1998», *REDI*, vol. LI, 1999, 2, pp. 807-810.
- «El Convenio entre España y la República Portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997», *REDI*, vol. LI, 1999, 1, pp. 298-300.
- ROGERSON P., «Habitual Residence: The New Domicile?», *ICLQ*, 2000, pp. 86-107.
- RONDEAU-RIVIER M. C., «Les Convention internationale en matière de droit de la famille», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1991, pp. 265-279.
- ROUSEL L., «La famille en Europe occidentale: divergences et convergences», *Population*, 1992-1, pp. 133-151.
- RUBELLIN-DEVICHI J., «Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1996-1, pp. 113-159.
- SABIDO RODRÍGUEZ M., «Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 347-356.
- SALGADO CARRERO C., «El derecho a la ejecución de las sentencias como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», *PJ*, nº 51, 1998, pp. 69-136.
- SAMTLEBEN J., «Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea», *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado*, CESSJ «Ramón Carande»/Eurolex, Madrid, 1993, pp. 293-302.
- SÁNCHEZ FELIPE J. M., «Las notificaciones extrajudiciales en los Convenios de Bruselas y de Lugano. Art. 20 en relación con el art. 50», en A. BORRAS RODRÍGUEZ (Dir.), *Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar de la práctica española*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 419-425.
- SÁNCHEZ LORENZO S. A., «La aplicación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española», *REDI*, vol. XLV, 1993-1, pp. 131-148.
- «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 557-584.
- «Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1995*, 1996, pp. 149-173.
- SANTOS BELANDRO R. B., «Reclamaciones alimentarias en el ámbito internacional», *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, 1993, nº 8, pp. 99-115.

- SARCEVIC P., «Unification and Soft Law», en *Conflicts et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred Von Overbeck*. Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1990, pp. 87-101.
- SAUTERAUD-MARCENAC M., «Le recouvrement des aliments a l'étranger», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1982-1983, pp. 63-79.
- SCHLOSSER P., «Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation», *R. des C.*, t. 284, 2000, pp. 9-430.
- SCHUZ R., «The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private international law», *ICLQ*, vol. 44, 1995, pp. 771-802.
- SERENA F. R. y A. FANCHINI, «La Convenzione dell'Aja del 1980 sur *Legal Kidnapping*», en A. BEGUE LORETI (Dir.), *La protezione dei minori nelle Convenzione Internazionale*, 1982, SSI, pp. 33-44.
- SEVILLA BUJALANCE J. L., «El papel de las Entidades Públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *BIMJ*, nº 1794, 1997, pp. 5-17.
- SHAPIRA A., «Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases», *R. des C.*, t. 214, 1989-II, pp. 129-210.
- SILBERMAN L., «Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis», *FamLQ*, 1994, 1, pp. 9-34.
- SIMON DEPITRE M., «La protection des mineurs en Droit international privé après l'arrêt Boll de la Cour international de justice», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1960-1962, pp. 109-138.
- «Les aliments en Droit international privé», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1973-1975, pp. 39-70.
- STRUYKEN A. V. M., «Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en Droit international privé», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1986-1987, pp. 106-143.
- «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *R. des C.*, t. 232, 1992, pp. 257-383.
- STURLÈSE B., «Elaboration et mise en oeuvre des instruments relatives a la protection des mineurs», *Droit de l'enfance et de la famille*, 1991, pp. 280-284.
- «Autorité parentale», *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 549, 1992.
- «L'adoption des enfants étrangers: aspects relevant du droit international privé», en S. MANSOUR (Dir.), *L'adoption des enfants étranger*, Centre International de l'Enfance, Paris, 1993, pp. 33-41.
- «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *JCP*, I, 1993, pp. 427-433.

- «Autorité parentale. Soustraction internationale de mineurs et droit conventionnel de l'entraide judiciaire civile», *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 549, 1994.
 - «Premiers commentaires sur un événement juridique: La signature de la Convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux», *JCP*, n° 26, 1998, pp. 1145-1148.
- SUÁREZ ROBLEDANO J. M., «Incidencia del art. 24 de la Constitución en el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: régimen común y régimen convencional», en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial (I)*, Madrid, 1997, pp. 231-286.
- SUMAMPOUW M., «The EC Convention on Recovery of maintenance: necessity or excess?», en *Law and Reality, Essays in honour of C.C.A. Voskuil*, 1992, pp. 315-336.
- TELLECHEA BERGMAN E., «Análisis de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de Montevideo de 1989», *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, 1989, n° 4, pp. 131-142.
- «El moderno Derecho internacional privado interamericano sobre minoridad y familia. Parte II: La Convención de 1989 de Montevideo sobre Obligaciones alimentarias», *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, n° 5, 1990, pp. 113-125.
 - «La adopción internacional en el actual Derecho internacional», *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, n° 8, 1993, pp. 139-145.
- TENA PIAZUELO I., «Instrumentos de protección de menores de la ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989», *RDP*, 1993, pp. 685-721.
- THUE H., «Connecting Factors in International Family Law», en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 53-62.
- TOLIVAR ALAS L., «Aspectos jurídicos-administrativos de la protección del menores», *RAP*, núm 124, 1991, pp. 35-63.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE J. A., «El conocimiento del Derecho extranjero y la adhesión de España al Convenio de Londres de 7 de junio de 1968», *RGLJ*, 1972, vol. LXIV, n° 232, pp. 721-738.
- «La ejecución en España de una sentencia noruega: el caso "Bornes c. Fuentes"», *RFDUCM*, 1978, n° 53, pp. 85-110.
 - «El proyecto de convención de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional», *Tapia*, 1994, pp. 79-85.

- «Retención de hijos menores de edad por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia», en AA.VV., *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, 1999, pp. 27-57.
- TRINIDAD GARCIA M. L., «Un caso de retención ilícita de menores por parte de padre nacional español», *La Ley*, nº 3532, 1994, pp. 1-8.
- UNGER J., «Hague Conference on Private International Law: Draft Convention on adoptions», *The Modern Law Review*, vol. 28, 1965, pp. 463-465.
- URIONDO DE MARTINOLI A., «Convención interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México, 1994)», en A. DREIZIN DE KLOR (Coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción, Tráfico. Obligaciones alimenticias*, Córdoba (Argentina), 1996, pp. 114-139.
- «La adopción internacional», en A. DREIZIN DE KLOR (Coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción, Tráfico. Obligaciones alimenticias*, Córdoba (Argentina), 1996, pp. 91-113.
- VACCARO A., «L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja», *Il diritto di famiglia et delle persona*, 1996, 3, pp. 1127-1162.
- VALLADARES RASCÓN E., «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *PJ*, nº 9, 1988, pp. 29-59.
- VAN LOON J. H. A., «Quelques reflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye», en *Liber Memorialis François Laurent*, 1989, pp. 1133-1149.
- «The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law», en *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer, Deventer, 1990, pp. 101-122.
- «Intercountry adoption of children: a challenge for international co-operation to protect children's rights», *Hague Yearbook of International Law*, 1992, pp. 137-147.
- «International co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption», *R. des C.*, t. 244, 1993-VII, pp. 191-456.
- «Unification and Co-operation in the Field of International Family Law: A perspective from the Hague», en A. BORRÁS y otros (Eds.), *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz. Sur l'Unification Progressive du Droit international Privé*, Kluwer Law International, 1996, La Haya, pp.173-190.
- «The protection of children's right- in particular from the point of view of private international law: summary of course», en BARDONNET y CANÇADO TRINDADE (Eds.), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, 1996, pp. 141-165.

- «What New Convention There May Be: A perspective From the Hague», en N. LOWE y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 855-868.
- VANDER ELST R., «La loi nationale dans les Convention de La Haye», *Rev. belge dr. int.*, 1991, pp. 399-407.
- VARGAS CABRERA B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», *ADC*, 1991, t. XLIV, pp. 611-695.
- VELÁZQUEZ SÁNCHEZ M. M., «El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita», *Derecho y Opinión*, 1998, nº 6, pp. 493-521.
- VERUCCI L., «La sottrazione internazionale di minori da parte di uno dei genitori: la Convenzione europea e la Convenzione dell'Aja, a confronto», *Giustizia civile*, 1995, II, pp. 531-541.
- VERWILGHEN M., «Contribución á l'étude historique du Droit international privé des obligations alimentaires», en *Mélanges Offerts à Raymond Vander Elst*, t. II, Nemesis, 1986, pp. 863-883.
- «Les obligations alimentaires en Droit conventionnel», en AA.VV., *L'obligation alimentaire en Droit international privé*, vol. 2, Institut de Recherches Juridiques Comparatives, 1987, pp. 181-263.
- «La genése d'une Convention sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», *Rev. belge dr. int.*, 1991, 1, pp. 438-461.
- VERWILGHEN M. y H. VAN HOUTTE, «Conflis d'autorités et des juridictions relatifs a la protection de la personne du mineur», *Rev. belge dr. int.*, 1980, pp. 397-431.
- VIÑAS FARRE R., «El Convenio entre el Reino de España y la República de Bulgaria sobre asistencia judicial en materia civil», *REDI*, vol. XLVI, 1994, 2, pp. 925-929.
- VIRGÓS SORIANO M., «Artículo 10. Apartado 5», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 609-693.
- «Obligaciones contractuales» en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 143-207.
- «El reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras», en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I., UNED, 2ª ed., Madrid, 2000, pp. 409-450.

VON OVERBECK A. E., «Les règles de droit international privé matériel», en *De Conflictum Legum, Mélanges R. D. Kollwijn J. Offerhans*, Leiden, 1962, pp. 362-379.

- «Les Conventions de La Haye en matière de obligations alimentaires», *Journ. dr. int.*, t. 91, 1964, pp. 759-788.

- «Les nouvelles Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires», *ASDI*, 1973, vol. XXIX, pp. 134-175.

- «La reconnaissance des rapports d'autorité *ex lege* selon la Convention de La Haye sur la protection des mineurs», en *Mélanges en l'honneur de Henri Descheneaux*, Suiza, 1977, pp. 447-467.

- «L'intérêt de l'enfant et l'évolution du Droit international privé de la filiation», en *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, 1979, pp. 361-380.

- «Le droit de personnes, de la famille, de régimes matrimoniaux et de successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le Droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, pp. 237-260.

- «L'irrésistible extension de l'autonomie en Droit international privé», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 619-627.

VON STEIGER W. E., «La protection des mineurs en Droit international privé», *R. des C.*, t. 112, 1961-II, pp. 473-525.

WATTE N., «Les nouvelles conventions de La Haye et de Luxembourg en matière d'enlèvement international et de garde des enfants», *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, pp. 5-18.

ZABALO ESCUDERO M. E., «Artículo 16. Apartado 1», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 1259-1282.

ZAMORA CABOT F. J., «El Proyecto de Convenio de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños: primeras impresiones», *La Ley*, 1981, 1, pp. 938-941.

IV. NOTAS DE JURISPRUDENCIA

AGUILAR GRIEDER H., «Nota a la STS (Sala 1ª) de 22 de junio de 1998», *REDI*, vol. L, 1998, 2, pp. 235-238.

ALEXANDRE D., «Nota a la decisión de la *Cour d'appel de Paris* de 27 de mayo de 1986», *Journ. dr. int.*, 1987, 2, pp. 332-345.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., «Nota a STS (Sala 1ª) de 21 de junio de 1991», *REDI*, vol. XLIV, 1992, 1, pp. 215-220.

- «Nota a la STS (Sala 1ª) de 20 de julio de 1992», *REDI*, vol. XL, 1993, pp. 445-453.

- «Nota a la SAP de Almería de 27 de octubre de 1993», *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 341-345.
- «El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el TS», *La Ley*, núm. 4685, 1998, pp. 1-3.
- ANCEL B., «Nota a la decisión de la *Cour de cassation* de 16 de julio de 1993», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993, pp. 658-664.
- ARENAS GARCÍA R., «Nota al ATS (Sala 1ª) de 16 de junio de 1994», *REDI*, vol. XLVII, 1995, 2, pp. 400-403.
- «Nota a la SAP de Málaga (Sec. 4ª) de 21 de mayo de 1994», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pp. 287-294.
- ARROYO MONTERO R., «Nota a la SAP Palma de Mallorca de 30 de octubre de 1984», *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 314-316.
- BORRÁS RODRÍGUEZ A., «Nota al ATS de 24 de abril de 1989», *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 246-249.
- CALVO BABÍO F., «Nota a la Res. DGRN de 1 de abril de 1996», *REDI*, vol. XLIX, 1997, 1, pp. 256-259.
- «Nota a la Res. DGRN de 23 de julio de 1998», *REDI*, vol. LI, 1999, 1, pp. 234-238.
- CAMPUZANO DÍAZ B., «Nota a la Res. DGRN de 29 de noviembre de 1996», *REDI*, vol. L, 1998, 1, pp. 315-317.
- «Nota a las Res. (s) DGRN (1ª) de 23 de febrero de 1999, de 30 de marzo de 1999, de 11 de mayo de 1999», *REDI*, vol. LII, 2000, 1, pp. 214-217.
- ESPINAR VICENTE J. M., «Comentario a la S 604/1998 de la Sala 1ª del TS. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de La Haya de 1980», *AC*, 1999, nº 2, pp. 31-47.
- ESTEBAN DE LA ROSA G., «Nota a la Res. DGRN de 16 de septiembre de 1996», *REDI*, vol. L, 1998, 1, pp. 310-314.
- «Nota al AAP de Palencia de 1 de julio de 1997», *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 203-208.
- FERNÁNDEZ ARROYO D. P., «Nota al ATS de 11 de mayo 1989», *REDI*, vol. XLIII, 1991, pp. 198-206.
- «Nota a la SAP Burgos (Sección 3ª) de 24 de enero de 1991», *REDI*, 1992, vol. XLIV, pp. 220-223.
- FERNÁNDEZ MASÍA E., «Nota a la Res. DGRN de 18 de octubre de 1993», *REDI*, vol. XLVI, 1994, 1, pp. 360-362.
- FERNÁNDEZ ROZAS J. C., «Nota a la STS 20 de diciembre de 1983», *REDI*, 1984, vol. XXXVI, pp. 674-678.

- GARCÍA CANO S. «Observaciones a la STS (Sala de lo Civil) de 22 de junio de 1998», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 940-943.
- GARÉ T, «Nota a la decisión de la *Cour d'appel de Versailles* de 1 de julio de 1997», *JCP*, 1997, pp. 22916-22917.
- GAUDEMET-TALLON H., «Nota a la decisión de la *Cour d'appel de Dijon* de 29 de septiembre de 1988», *Jour. dr. int.*, 1989, pp. 707-715.
- «Nota a la decisión del *Tribunal de Grande Instance de Périgueux* de 17 de marzo de 1992», *Jour. dr. int.*, 1993, pp. 941-945.
- «Nota a la decisión de la *Cour de Cassation* de 16 de julio de 1993», *Jour. dr. int.*, 1994, 1, pp. 133-148.
- GONZÁLEZ BEILFUSS C., «Nota al AAP Zaragoza (Sección 2ª) de 28 de marzo de 1994», *REDI*, vol. XLVII, 1995, 1, pp. 229-232.
- «Nota al AAP Barcelona (Sección 1ª) de 21 de abril de 1997», *REDI*, vol. L, 1998, 2, pp. 231-234.
- GONZÁLEZ CAMPOS J. D., «Nota a la STS (Sala 1ª) de 18 de junio de 1990», *REDI*, vol. XLIII, 1991, pp. 191-194.
- LAGARDE P, «Nota a la decisión de la *Cour de Cassation* de 16 de diciembre de 1986», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 405-414.
- «Nota a la decisión de la *Cour de Cassation* de 10 de marzo de 1993» *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993, 3, pp. 449-456.
- LEQUETTE Y., «Nota a la decisión del *Tribunal de Grande Instance de Nanterre* de 24 de marzo de 1976», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, pp. 345-353.
- «Nota a la decisión de la *Cour d'appel de Dijon* de 29 de septiembre de 1988», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 744-747.
- «Nota a la decisión de la *Cour d'appel Aix-en Provence* de 23 de marzo de 1989» *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, pp. 535-539.
- «Nota a la decisión de la *Cour de Cassation* de 23 de octubre de 1990», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 407-410.
- MALAUURIE P., «Nota a la decisión de la *Cour d'appel de Poitiers* de 23 de junio de 1965», *Journ. dr. int.*, 1966, pp. 102-107.
- MASEDA RODRIGUEZ J., «Nota a la SAP Almería de 21 abril 1993», *REDI*, vol. XLVII, 1995, pp. 240-244.
- MOYA ESCUDERO M., «Nota a la SAP de Granada (Sección 4) de 25 de abril de 1995», *REDI*, vol. XLVII, 1995, 2, pp. 416-419.
- «Nota al AAP de Cádiz (Sección 3ª) de 17 de mayo de 1995», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, 2, pp. 291-297.

- MUIR-WATT H., «Nota a la sentencia de la Corte Suprema de Canadá de 26 enero 1994, *Thompson v. Thompson*», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 342-356.
- «Nota a la decisión de la *Cour de Cassation* de 16 de diciembre de 1997», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, pp. 433-438.
- «Nota a la decisión de la *Cour d'appel de París* de 4 de junio de 1998», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 112-121.
- PÉREZ BEVIÁ J.A., «Nota a la SAP Palma de Mallorca de 22 de mayo de 1990», *REDI*, vol. XLIII, 1991, pp. 535-538.
- RODRÍGUEZ MATEOS P., «Nota a la Res. DGRN de 9 de febrero de 1989», *REDI*, vol. XLI, 1989, 2, pp. 646-649.
- «Nota a la SAP de Valencia (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 1989», *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 234-238.
- «Nota a la Res. DGRN de 14 de mayo de 1992», *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 661-664.
- «Nota a las Res. (s) DGRN de 16 de marzo 1994, de 28 de abril de 1994, de 4 de julio 1994, de 12 septiembre 1994», *REDI*, vol. XLVII, 1995, 1, pp. 237-240.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M. A., «Nota a la SAP Madrid (Sección 10ª) de 7 de julio 1997», *REDI*, vol. L, 1998, 1, pp. 303-305.
- SALANOVA VILLANUEVA M., «Derecho del menor a ser separado de sus padres?. Nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de mayo 2001 (TEDH 2001, 332), caso Z y otros v. Reino Unido», *Aranzadi Civil*, 2001- II, pp. 2371-2391.
- SANTOS VIJANDE J., «A propósito de la litispendencia internacional en ausencia de regulación convencional. Comentario a la SAT de Oviedo de 6 de junio de 1988», *La Ley*, nº 2253, 1989, pp. 1-7.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE J. A., «Nota a la STS de 5 de abril de 1974», *REDI*, 1976, pp. 526-527.
- TRINIDAD GARCÍA M. L., «Nota a SAP de Málaga de 7 de octubre de 1996», *REDI*, vol. XLIX, 1997, 1, pp. 244-247.
- VALENTÍN GAMAZO I., «Nota a la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 22 de julio de 1995», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, 1, pp. 364-367.

V. DOCUMENTACION

1. Protección de menores in genere

A) Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores.

MARMO L., «Rapport de la Commission spéciale», *Actes et documents de la neuvième session*, t. IV, Conference de La Haye de Droit international privé, 1961, pp. 14-32.

«Observations du SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL», *Actes et documents de la neuvième session*, t. IV, Conference de La Haye de Droit international privé, 1961, pp. 41-45.

DE STEIGER W. E., «Rapport explicatif relatifs á la Convention sur la compétence des autorités et loi applicable en matière de protection des mineurs», *Actes et documents de la neuvième session*, t. IV, Conférence de La Haye de Droit international privé, 1961, pp. 219-143.

B) Convenio de la Haya, de 19 de octubre de de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

LAGARDE P., «Rapport explicatif de la Convention du 19 octobre concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants», <http://www.hcch.net>

BORRÁS RODRÍGUEZ A. y E. PÉREZ VERA, «Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado: 1ª Comisión especial para la modificación del Convenio sobre protección de menores (26 de mayo a 3 de junio de 1994)», *REDI*, vol. XLVI, 1994, 2, pp. 913-916.

BORRÁS RODRÍGUEZ A., «Información de la segunda reunión de la Comisión especial encargada de la modificación del convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores», *REDI*, vol. XLVII, 1995, pp. 314-317.

- «Información de la tercera reunión de la comisión especial sobre la protección de los menores y de los incapaces mayores», *REDI*, vol. XLVII, 1995, 2, pp. 493-495.

2. Sustracción internacional de menores

A) Convenio europeo, de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia.

«Rapport explicatif», en AA.VV., *La sustracción internacional de menores, (Aspectos Civiles), II Jornadas de Derecho internacional privado*, Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1991, pp. 217-231.

- «Information a l'attention des autorités centrales désignées en vertu de la Convention relative a la garde des enfants», Strasbourg, 14 enero de 1993, *DIR/JUR* (93) 2.

BORRÁS RODRÍGUEZ A., «El control de la aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores», *REDI*, vol. XLIV, 1992, 2, pp. 718-719.

B) Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

DYER A., «Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents (Kidnapping légal). Document préliminaire n° 1 d'août 1978», *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, Conférence de La Haye de droit international privé, 1982, pp. 12-51.

PÉREZ VERA E., «Rapport explicatif sur la Convention concernant les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, Conférence de La Haye de Droit international privé, 1982, pp. 426-473.

BUREAU PERMANENT, «Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre de 1989 sur le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 de octobre de 1980 sur los aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», <http://www.hcch.net>.

- «Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants tenue du 18 au 21 janvier 1993», <http://www.hcch.net>.

- «Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants 17-19 mars 1997», <http://www.hcch.net>.

- «Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (22-28 mars 2001)», <http://www.hcch.net>.

BORRÁS RODRÍGUEZ A., «Comisión especial de octubre de 1989 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», *REDI*, vol. XLII, 1990, 1, pp. 289- 291.

- «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores (La Haya, 18-21 de enero de 1993)», *REDI*, 1993, 2, pp. 645-647.

- «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (17 a 21 de marzo de 1997)», *REDI*, vol. XLIX, 1997, 1, pp. 348-350.

LUGTENBERG D. B. , «Report of the Workshop on Child Abduction», en J. DOEK et al. (Eds.), *Children on the Move*, Kluwer International Law, 1996, pp. 191-194.

LOWE N., S. ARMSTRONG y A. MATHIAS, «Analyse statistique des demandes déposées en 1999 en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Document préliminaire No 3 de mars 2001 à l'intention de la Commission spéciale de mars 2001», <http://www.hcch.net>.

DUNCAN W., «Rapport Préliminaire sur le Droit de visite/droit d'entretenir un contact transfrontière et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement internationales d'enfants. Document préliminaire No 4 du février 2001 à l'intention de la Commission spéciale de mars 2001», <http://www.hcch.net>.

C) Otros

IDI, «La coopération entre autorités étatiques dans la lutte contre le déplacement illicite d'enfants», Res. de 26 de agosto de 1995, *Annuaire IDI*, 1996, vol. 66-II.

OPERETTI BADÁN D., «Informe explicativo de la Cuarta Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado. Restitución internacional de menores (Aspectos Civiles)» en AA.VV, *La sustracción internacional de menores (Aspectos civiles)*, II *Jornadas de Derecho Internacional Privado*, Patronato Universitario de Toledo, Toledo, 1991, 233-248.

3. Alimentos

A) Convenio, de 6 de noviembre de 1990, entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la simplificación de los alimentos relativos al cobro de créditos alimentarios.

Texto en español en M. V. VIRGOS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil europeo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 669-672.

MARTIN J. y C. O. HUIGINN, «Report on the Convention between the Member States of the European Communities on the simplification of procedures for the recovery of maintenance payments», *Inédito*.

B) Convenio, de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero y Convenios de la Haya.

WINTER L. I., «Rapport de la Commission spéciale du Avant-Projet de la Convention du 11 janvier 1955», *Actes et Documents de la de la Huitième Session*, t. II, Conférence de La Haye de Droit international prive, 1957, pp. 124-133.

PELICHET M., «Raport sur les obligations alimentaires envers les adultes en droit international privé», Doc. Prel. N° 1 de febrero de 1971», *Actes et documents de la Douzième session*, t. IV, Conférence de La Haye de Droit international privé, 1975, pp. 14-22.

VERWILGHEN L. I., «Explanatory Rapport de la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires et de la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires», *Actes et Documents de la Douzième session*, t. IV, Conférence de La Haye de Droit international privé, 1975, pp. 384-465.

PELICHET M. «Note sur le fonctionnement des Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires et de la Convention de New York sur le recouvrement des aliments à l'étranger. Document préliminaire No 1 de septembre 1995», <http://www.hcch.net>.

BUREAU PERMANENT, «Conclusions générales de la Commission spéciale de novembre 1995 sur le fonctionnement des Conventions de La Haye relative aux obligations alimentaires et de la Convention de Nueva York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger. Document préliminaire No 10 de mai 1996», <http://www.hcch.net>.

BORRÁS RODRIGUEZ A., «Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión especial sobre la aplicación de los Convenios en materia de alimentos (13-17 de noviembre de 1995)», *REDI*, vol. XLVII, 1995, pp. 498-502.

BUREAU PERMANENT, «Listes des Autorités expéditrices et Institutions intermédiaires désignées sous la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger», <http://www.hcch.net>.

DUNCAN W., «Questionnaire sur les obligations alimentaires. Document préliminaire No 2 à l'intention de la Commission spéciale d'avril 1999», <http://www.hcch.net>.

- «Note sur l'opportunité de reviser les Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires et d'inclure dans un nouvel instrument des dispositions sur la coopération judiciaire et administrative. Document préliminaire No 2 à l'intention de la Commission spéciale d'avril 1999», <http://www.hcch.net>.

BUREAU PERMANENT, «Extraits des réponses au Questionnaire sur les obligations alimentaires. Document Préliminaire No 3 à l'intention de la Commission spéciale d'avril 1999», <http://www.hcch.net>.

- «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur les obligations alimentaires d'avril 1999», <http://www.hcch.net>.

- «Annexes au Rapport de la Commission spéciale d'avril 1999- Formules modèles-», <http://www.hcch.net>.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Consulta núm 7/1985 de 10 de octubre 1985», *BIMJ* supl. 23/1986, pp. 35-38, y nota de L. BARDAJÍ GÓMEZ, *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 246-247.

4. Adopción internacional

A) Convenio de la Haya, de 15 de noviembre de 1965, sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción.

Texto en español en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Recopilación de Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993) Traducción al castellano*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 132-141.

«Esquisse de Convention sur l'adoption internationale d'enfants», *Actes et documents de la Dixième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1965, pp. 22-29.

«Avant-Projet de Convention du 29 mars adopté par la Commission spéciale», *Actes et Documents de la Dixième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1965, pp. 82-85.

MAUL R., «Rapport explicatif-Avant Projet de Convention adopté par la Commission spéciale», *Actes et documents de la dixième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1965, pp. 86-10.

B) Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional

VAN LOON J. H. A., «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. Document préliminaire No 1 d'avril 1990», *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, pp. 10-119.

BUREAU PERMANENT, «Conclusions de la Comisión spéciale de juin 1990 sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. Document préliminaire No 3 d'août 1990» *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tome II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, pp. 128-135.

«Observations soumis par L'EXPERT DE L'EGIPTE», Annexe au Rapport de la Commission spéciale le 14 de février 1992, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, pp. 242-243.

PARRA ARANGUREN G., «Rapport explicatif», *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, pp. 538-651.

BUREAU PERMANENT, «Rapport de la Commission spéciale d'octobre 1994 sur la mise en oeuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», <http://www.hcch.net>

- «Formule modèle recommandée: Déclaration de consentement à l'adoption», Annexe B au Rapport de la Commission spéciale d'octobre 1994, <http://www.hcch.net>

-«Formule modèle recommandée: Certificat de conformité d'une adoption internationale», Annexe C au Rapport de la Commission spéciale d'octobre 1994, <http://www.hcch.net>

- «Liste récapitulative des points à considérer utilement pour la mise en oeuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», Annexe D au Rapport de la Commission spéciale d'octobre 1994, <http://www.hcch.net>

W. DUNCAN, «Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Document préliminaire No 1 de juillet 2000», <http://www.hcch.net>

BUREAU PERMANENT, «Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 28 novembre-1er décembre 2000», <http://www.hcch.net>.

- «Formule modèle recommandée: Rapport médical sur l'enfant», Annexe B au Rapport de la Commission spéciale du novembre-décembre 2000, <http://www.hcch.net>.

BORRÁS RODRIGUEZ A., «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero (La Haya, 11-21 de junio de 1990)», *REDI*, 1990, núm. 2, pp. 696-703.

- «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (22 de abril a 30 de mayo de 1991)», *REDI*, vol. XLVIII, 1991, pp. 574-575.

- «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (3 a 14 de febrero de 1992)», *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 278-280.

- «La XVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional (10-29 de mayo de 1993)», *REDI*, 1993, 2, pp. 647-666.

- «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión especial sobre la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional», *REDI*, vol. LII, 2000, 2, pp. 653-659.

SACLIER C., «Rapport du groupe de travail sur l'adoption internationales», en J. DOEK y al. (Eds.), *Children on the Move*, Kluwer Law International, pp. 201-206.

5. Otros

A) Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial.

TABORDA FERREIRA V., «Rapport de la Commission spéciale», *Actes et documents de la dixième session*, t. III, Conference de La Haye de Droit international privé, pp. 74-111.

B) Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

JENARD P., «Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *DOCE*, núm. C 189, de 29 de junio de 1990.

C) Reglamento CE núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

BORRÁS RODRÍGUEZ A., «Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial», *DOCE* C-221, de 16 de julio de 1998.

-«La firma del Convenio de 28 de mayo de 1998 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial (Bruselas II)», *REDI*, vol. L, 1998, pp. 384-388.

D) Reglamento CE núm 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

«Informe explicativo sobre el Convenio celebrado en base del art. K. 3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o mercantil», *DOCE* C-261, de 27 de agosto de 1997.

- «Decisión de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001, por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil», *DO* L 298, de 15 de noviembre de 2001.

E) Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de adultos.

BUREAU PERMANENT, «Conclusions de la première réunion de la Commission spéciale sur la protection des mineurs et des incapables majeurs. Document préliminaire No 4 d'octobre 1994», <http://www.hcch.net>

BORRÁS RODRÍGUEZ A., «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: grupo de trabajo para la preparación de la Comisión especial sobre la protección de adultos (14 a 17 de abril de 1997)», *REDI*, vol. XLIX, 1997, 1, pp. 351-357.

- «Conferencia de La Haya de DIPr.: Comisión especial sobre la protección de adultos (3 a 12 de septiembre de 1997)», *REDI*, vol. XLIX 1997, 2, pp. 377-380.

BORRÁS RODRÍGUEZ A. y E. PÉREZ VERA, «Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado: la protección internacional de adultos», *REDI*, vol. LI, 1999, 2, pp. 804-807.

F) Derecho comparado.

BOUZA VIDAL N. y A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Derecho internacional privado», *RJC*, 1997, 1, pp. 175-183.

G) Unión Europea: Cooperación judicial en materia civil.

«Iniciativa de la REPÚBLICA FRANCESA con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos», *DO C 234*, de 15 agosto de 2000.

«Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental», COM (2001) final, 27 de marzo de 2000 <http://europa.eu.int>.

«Decisión del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la creación de una Red Judicial europea en materia civil y mercantil», *DO L 174*, de 27 de junio de 2001.

«Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental», COM (2001) 505 final, *DO C 332*, de 27 de noviembre de 2001.

«Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad Europea el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (Convenio de La Haya de 1996)», COM (2001) 680 final, 20 de noviembre de 2001, <http://europa.eu.int>.

«Propuesta de Directiva del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la

justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los juicios civiles», COM (2002) 013 final, 18 de enero de 2002, <http://europa.eu.int>.

«Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n° 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) n° 44/2001 en materia de alimentos», (COM 2002) 0222 final, 3 de mayo de 2002, <http://europa.eu.int>.

H) Consejo de Europa: derecho de familia y derechos de los menores

- Projet de Convention, 7 décembre 2001, sur les relation personnelles concernant les enfants et projet de rapport explicatif à la Convention», <http://www.coe.fr>