

“LA PROTECCIÓN DE MENORES EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: DEL CONFLICTO DE LEYES A LAS TÉCNICAS DE FLEXIBILIZACIÓN”

ANTONIA DURÁN AYAGO
Becaria de investigación
Derecho internacional privado
Universidad de Extremadura

© Publicado en CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, 2003, pp. 212-236

SUMARIO: I.- Introducción II.- La universalización de los valores constitucionales: el interés superior del menor III.- Del conflicto de leyes al conflicto de autoridades: la evolución en las fórmulas de protección de menores A).- El Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, en materia de tutela de menores B).- El 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 IV.- Eficiencia vs. justicia material en la protección de menores: el *forum non conveniens* y la cláusula de excepción en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección de menores A).- Consideraciones generales B).- Cláusulas de flexibilización en la determinación de la competencia judicial internacional C).- Cláusulas de flexibilización en la determinación del Derecho aplicable V.- Conclusiones

I.- Introducción

Vivimos tiempos de cambio. La irrupción en nuestro vocabulario de una novedosa terminología plagada de términos genéricos como globalización¹, mundialización, multiculturalidad, interculturalidad², que hacen referencia a fenómenos complejos, no estrictamente novedosos³, ofrece una idea acerca del seísmo económico, sociológico y

¹ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, con el término “globalización” se hace referencia a “*la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales*”. La Enciclopedia Microsoft Encarta 2002, en cambio, enuncia un concepto mucho más amplio de globalización, afirmando que con él “*se describe la realidad inmediata como una sociedad planetaria, más allá de fronteras, barreras arancelarias, diferencias étnicas, credos religiosos, ideologías políticas y condiciones socio-económicas o culturales. Surge como consecuencia de la internacionalización cada vez más acentuada de los procesos económicos, los conflictos sociales y los fenómenos políticos-culturales*”.

² Como indica DE LUCAS MARTÍN, F. J., «La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos», en DE LUCAS MARTÍN, F. J. (dir.), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, VI-2001, pág. 62, mientras los términos “sociedad multicultural” y “multiculturalidad” son descriptivos; “multiculturalismo”, “interculturalidad” (interculturalismo) son conceptos normativos.

³ De hecho, los flujos migratorios han existido siempre porque desde siempre ha existido un reparto desigual de la riqueza, aunque en determinadas épocas, como la presente, las características que revisten esas corrientes derivadas de una nueva realidad económica, las hacen aparecer como novedosas. De otro lado, la multiculturalidad, según la define DE LUCAS MARTÍN, F. J. (dir.), «La(s) sociedad(es) multicultural(es)...»,

jurídico al que todavía asistimos asombrados. Y si bien la complejidad de lo vivido no conlleva inmovilismo, en muchas ocasiones, las respuestas jurídicas a las demandas sociales que se plantean no se manifiestan con la celeridad que sería deseable.

En este nuevo mundo tecnológicamente desarrollado y con más capacidad de producción por habitante de la que haya existido en cualquier otro momento histórico, la humanidad debe enfrentarse a graves problemas, siendo los retos que se le plantean nada desdeñables.

De una parte, la existencia de un mundo dual que se manifiesta, por un lado, en la diferencia, cada vez más insalvable, entre países ricos y países pobres y, por otro, en el desigual reparto de la riqueza dentro los países ricos. Más de las tres cuartas partes de la humanidad vive en países en vía de desarrollo, pero otros viven sumidos en la pobreza más absoluta⁴. Los continentes más golpeados son, sin duda, América Latina, Asia y África. En ellos, el hambre, la enfermedad y el analfabetismo son graves carencias sociales que se manifiestan con toda crudeza en todos los sectores de la sociedad, y que afectan con especial virulencia a los más débiles, entre ellos, los niños. La pobreza también se globaliza. En el mundo inmediatamente anterior al comienzo del tercer milenio, más de 800 millones de personas pasan hambre y 500 millones se alimentan de modo insuficiente⁵.

En el otro lado, las sociedades de los países ricos asisten, con indiferencia imprudente en algunos casos, con sensata preocupación en otros, al surgimiento de un conjunto de graves problemas entre los que destaca la marginación social. Dos grandes grupos de personas constituyen los forzados protagonistas de esta realidad: los parados de larga duración y los inmigrantes.

Los mercados de trabajo ya no aparecen tan estandarizados como en épocas anteriores. La flexibilización y especialización se han impuesto y la agresividad de las nuevas filosofías del mercado laboral, que únicamente se concibe en términos de rentabilidad y de eficiencia económica, postergando unos derechos sociales conquistados con gran esfuerzo durante los siglos XIX y XX, trae aparejado el desplazamiento de las personas que han superado cierta edad y que no se estiman útiles para realizar determinados trabajos, mientras que, al mismo tiempo, se van creando “nichos laborales” en los distintos países, formados por las tareas que los trabajadores nacionales se niegan a realizar. Estas tareas son encomendadas a los inmigrantes, otorgándoles así un papel secundario; relegándolos a un segundo plano; no considerándoles en realidad coartífices o miembros activos de la sociedad en la que viven⁶.

cit., pág. 62, es “*un fenómeno social que se define por la presencia en un mismo espacio de soberanía de grupos que se reclaman de diferentes identidades. Pero la existencia de sociedades multiculturales ni es una novedad, ni obedece a un único molde*”.

⁴ Datos obtenidos de la Voz «NUEVO MILENIO» en Enciclopedia Microsoft Encarta 2002.

⁵ Datos obtenidos de la Voz «NUEVO MILENIO» en Enciclopedia Microsoft Encarta 2002.

⁶ Apunta con agudeza FÁBREGA RUIZ, C. F., *Protección jurídica del menor inmigrante*, Editorial Colex, 2001, pág. 12, que “*cuando un país se encuentra en un momento álgido de su economía, el extranjero está considerado como un buen trabajador, capaz de abandonar todo y de colaborar con el desarrollo de la sociedad que le recibe. Si existe paro y crisis económica, ese mismo trabajador es un extranjero que “roba puestos de trabajo a los nacionales”.*”

No está de más recordar que la causa última de la inmigración es la tremenda fractura entre prosperidad y miseria⁷. Y que los países elegidos como destino de la esperanza de millones de personas procedentes de África, Asia, América Latina y Europa del Este son los europeos comunitarios. Por ello sorprende que la Unión Europea aún no haya despertado del todo de su letargo, y avance con denostada lentitud e inseguridad en el propósito de crear las pautas comunes que ayuden, desde la solidaridad, a entender la inmigración no como un problema sino como un fenómeno⁸.

Identificar inmigración con inseguridad ciudadana y el aumento de la delincuencia⁹; la constatada incapacidad de los Estados para ofrecer una respuesta certera y apropiada que garantice la convivencia entre las personas de las distintas nacionalidades, culturas y religiones que viven en sus respectivos territorios; el difícil encaje o compatibilización entre los rasgos de identidad cultural de los grupos no nacionales que habitan en un determinado país y los valores imperantes que impregnan la sociedad nacional en la que viven, con la posible colisión con los Derechos considerados fundamentales por los países occidentales, son algunas muestras del apasionante y comprometido reto para los Estados democráticos y para sus respectivas sociedades de conjugar el pluralismo social y cultural –pues no en vano el pluralismo es principio basal de la democracia–, con el respeto a la identidad cultural de las personas.

En este complejo escenario se encuentra un grupo de personas que por sus específicas características demanda un tratamiento particularizado. Los niños, los menores de edad se encuadran en un grupo social cuyos elementos definidores básicos son, de un lado, el estado civil de la minoría de edad, y de otro, la condición de extranjero. Articular

⁷ SANS, A., «Inmigración», Revista Médicos sin Fronteras, nº 39, pág. 6, sostiene: “*Los flujos migratorios de finales de siglo tienen sus causas en los conflictos políticos. La incertidumbre ante el futuro, la escasez de oportunidades, la imagen de bienestar que ofrecen los países del Norte frente a los del Sur, son, entre otros, algunos de los factores que impulsan a miles de personas a abandonarlo todo con la esperanza de vivir una vida mejor.*”

⁸ Con el Convenio de 19 de junio de 1990, de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, sobre la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, del que en la actualidad forman parte todos los Estados de la Unión Europea excepto Reino Unido e Irlanda, la inmigración deja de ser un asunto meramente estatal, convirtiéndose en una materia especialmente sensible que debe abordarse desde la coordinación de las políticas migratorias que posean los Estados miembros. Muestra de la importancia que la inmigración ha ido adquiriendo en la Unión Europea es la incorporación, a través del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, del Título IV sobre *Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*. Interesantes son también las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea, los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Acerca de la posición de la Unión Europea sobre la inmigración, el europarlamentario y líder de la Tercera Izquierda Verde, Sr. DANIEL COHN-BENDIT, ha señalado: “*La solución a la inmigración es que la gente esté a gusto en su país. Si la vida en Argelia, Marruecos, en los países africanos, es aceptable no tendrán que emigrar. Así que la solución existe. Pero mientras no lleguemos a ella es preciso reconocer el fenómeno de la inmigración y regularla. Hay que conceder derechos y deberes a los inmigrantes... Las fronteras ya están. Hay que hacer propuestas. A partir del momento en el que existe espacio europeo, es necesario que haya puertas que se abran y que se cierren. En este momento no tenemos política de inmigración y, por tanto, no tenemos puertas. No vale hablar de cuotas y todo eso. Tiene que haber una inmigración legal, y entonces será posible resolver los problemas. Seguirá habiendo una inmigración clandestina, pero será más reducida. Ahora sólo hay una política de cierre de Europa, y cuando las puertas están cerradas la gente entra por las ventanas...*”.

⁹ Esta impudicia ha sido puesta en práctica, sin ir más lejos, en nuestro país. Siendo Ministro del Interior primero y posteriormente como Ministro Portavoz del Gobierno, el Sr. Mariano Rajoy no ha tenido ningún reparo en relacionar inmigración con delincuencia. Noticias vinculadas con este aspecto pueden encontrarse en el Diario EL PAÍS de 12 y 13-5-2002 y 26-6-2002 y en el Diario EL MUNDO de 21-3-2002; de 2-8-2002 y de 10-11-2002.

estos dos elementos no debería presentar extrema dificultad, porque parece evidente que el *status* de la minoría de edad, con la protección implícita que lleva aparejada, debe prevalecer ante cualquier otra nota, especialmente ante la condición de extranjería. Sin embargo, la normativa aplicable no es la misma. Mientras para los menores se han elaborado textos de protección jurídica tanto a nivel internacional como nacional, para los menores extranjeros, las leyes de inmigración, de extranjería y asilo promueven, hoy como hace quince años, el control de los flujos migratorios a través del cierre de fronteras.

Dejando a un lado en este texto el examen de la normativa reguladora de la situación administrativa de los menores extranjeros en España¹⁰, nos centraremos en primer lugar, en cómo la Convención sobre los Derechos del Niño ha posibilitado la universalización de estos derechos y cómo ha impregnado con sus principios la práctica totalidad tanto de los textos convencionales como nacionales orientados a la protección de los menores. En una segunda parte, abundaremos en la normativa convencional que con carácter específico regula las instituciones y medidas de protección del menor, así como en la evolución de las soluciones que se han propugnado desde los distintos textos que han regulado esta materia. Finalmente, pondremos de manifiesto cómo esta evolución ha ido alimentándose paulatinamente de valores materiales y cómo desde esta perspectiva puede plantearse una posible fricción o, por el contrario, compatibilidad, con el principio de eficiencia¹¹. Este último aspecto es esencial para analizar el Derecho internacional privado en tiempos de globalización.

II.- La universalización de los valores constitucionales: el interés superior del menor

El niño o menor no ha sido considerado como sujeto necesitado de una protección jurídica específica hasta ya entrado el siglo XX¹². Haciendo memoria histórica, el movimiento en defensa de los niños, que se inicia en Inglaterra, se consolida con la adopción en 1924, en el seno de la Sociedad de Naciones, de la *Carta de los Derechos del*

¹⁰ Para su estudio remitimos a nuestro trabajo, DURÁN AYAGO, A., «Los menores extranjeros en la legislación española: aspectos administrativos e internacionalprivatistas», en prensa, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres. Señalar aquí tan sólo que son el art. 35 insertado dentro del Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Deberes de los extranjeros en España y su integración social y su modificación por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y los arts. 62-63 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 8/2000, los encargados de regular esta materia.

¹¹ Según CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado*, LiberLIBRO.com, 2002, pág. 39, “el principio de eficiencia de DIPr. significa, simplemente, que el DIPr. debe utilizar fórmulas y reglas que le permitan introducir una idea de orden jurídico justo en las situaciones privadas internacionales pero que supongan la reducción del coste internacional incrementado que el DIPr. comporta para los particulares implicados en las situaciones privadas internacionales producto de la globalización.”

¹² Los textos convencionales no se ponen de acuerdo en su terminología. En el seno de la Conferencia de La Haya era común el término “menor” en los Convenios que regulan distintos perfiles del Derecho de familia relacionado con estas personas, si bien no todos coincidían en el horizonte temporal dentro del cual había que entender a una persona como menor. En los dos últimos Convenios adoptados por esta Conferencia en esta materia, el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, de 29 de mayo de 1993 y 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*, de 19 de octubre de 1996, se ha optado por la utilización del término “niño” que se define materialmente como toda persona hasta alcanzar los dieciocho años. Permítasenos utilizar, por tanto, ambos términos indistintamente.

Niño (también llamada *Declaración de Ginebra*). No fue más que una “declaración” de buenas intenciones cuyo principal mérito radica en haber inaugurado la senda para futuras normas.

Heredera de este texto fue la *Declaración de Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1959, adoptada al amparo de la Asamblea General de Naciones Unidas. En ella se establecía una serie de derechos propios de la infancia, pero no los mecanismos adecuados para su protección. Debido a ello, su fuerza vinculante fue escasa y pocos fueron los Estados que optaron por su transposición.

Finalmente, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea de Naciones Unidas adoptó, por unanimidad, la Convención sobre los Derechos del Niño, quedando abierta a la firma de los Estados el 20 de enero de 1990 y entrando en vigor el 2 de septiembre del mismo año¹³.

Esta Convención refleja una nueva perspectiva en torno al niño. Los niños ya no se conciben como una simple prolongación de sus padres, propiedad de estos. Tampoco son los beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son seres humanos con unas específicas necesidades que poseen sus propios derechos. Así, la Convención ofrece un panorama en el que el niño es individuo y miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo. De esta manera, la Convención está orientada hacia la personalidad integral del niño, sujeto activo, copartícipe de la sociedad en la que vive¹⁴.

La amplia lista de ratificaciones recibidas por parte de Estados de todo el mundo¹⁵ lleva a hacerse una idea de la trascendencia que esta Convención posee¹⁶, aunque sólo

¹³ Publicada en el B.O.E. núm. 313, de 31-12-1990, para España esta Convención está en vigor desde el 5-1-1991. Véase RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989», R.E.D.I. 1992-2, págs. 465-498; ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., «La política de protección de menores en el ámbito internacional», en RODRÍGUEZ TORRENTE, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, págs. 173-207 y DURÁN AYAGO, A., «Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989», en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Legislación de Derecho internacional privado. Comentada y con jurisprudencia*, Editorial Colex, 2002, págs. 687-705.

¹⁴ Esta Convención surge del convencimiento de que el niño necesita una protección especial y de ahí que a lo largo del pasado siglo se hayan elaborado textos normativos en el ámbito internacional que específicamente protegen al menor, de forma paralela a otros textos en donde se reconocen y protegen derechos humanos y fundamentales, como, en el ámbito de Naciones Unidas, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos de 16 de diciembre de 1966. O en el ámbito del Consejo de Europa, el *Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

¹⁵ Un dato que sería anecdótico si no fuera por su trascendencia. Únicamente dos Estados no han ratificado esta Convención: Estados Unidos y Somalia. En la actualidad está en vigor para 191 Estados. Sin embargo, los datos que nos llegan diariamente no son demasiado halagüeños. El Diario El País, en su edición nacional, publicaba el día 20 de noviembre de 2002, cuando se cumplía el decimotercero aniversario de la Convención, la siguiente noticia: “Según un informe de Cruz Roja, más de doce millones de niños menores de 5 años mueren al año en el mundo por causas evitables. La malnutrición, el sarampión o el tétanos son causas de muerte que se pueden evitar. Además, –señala también Cruz Roja– en España más de dos millones niños viven en la pobreza”. Por tanto, hemos de convenir que, pese al elevado número de ratificaciones y al indudable carácter universal de esta Convención, si no somos capaces entre todos de garantizar el derecho a la vida (que en buena parte conlleva eliminar o paliar la situación de pobreza en que viven muchos niños en el mundo), sin el cual todos los demás derechos no tienen sentido, la Convención estará fracasando.

fuera como texto inspirador de la legislación de todos aquellos Estados que forman parte de la misma, pues hay que reseñar que sus normas no son *self-executing*¹⁷. Prueba palpable del desarrollo legislativo que los diferentes Estados han realizado a raíz de la entrada en vigor de la Convención la encontramos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor

Sea como fuere, a través de esta Convención se mundializan principios de tanta importancia como el interés superior del niño¹⁸. Principio éste que habrá de inspirar la legislación que en esta materia elaboren los Estados miembros, así como a todas aquellas instituciones que tengan como fin la protección del menor, a la vez que ha servido para llamar la atención, por vez primera, sobre la dignidad humana fundamental de todos los niños y la necesidad urgente de asegurar su bienestar y su desarrollo.

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que, desde el punto de vista del Derecho internacional privado comporta, la adopción de soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas¹⁹. Este concepto se ha ido convirtiendo, paulatinamente, en un factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, pues los distintos Convenios que se han elaborado en la materia, lo han adoptado como referente y principio arquitectural de todas las instituciones que tienen como eje central al menor.

No en vano, el proceso de materialización del Derecho internacional privado encuentra una manifestación clara en el ámbito de la protección del menor. Es un hecho, a estas alturas reiteradamente constatado, que la problemática específica del tráfico privado internacional no puede limitarse a la existencia de unas cuantas normas de carácter neutro, sino que exige una consideración especial al valor protegido, como lo es en este caso, el interés superior del menor²⁰. De otro lado, la experiencia ilustra sobre la necesidad de proteger y garantizar este interés a través de Convenios internacionales, realzando el papel

¹⁶ Algunos autores, entre ellos y por todos BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», Revista jurídica de Catalunya, 1994-4, pág. 925, opinan que “*esta extensa lista de ratificaciones se ampara en la poca concreción de las obligaciones que impone la Convención, ya que cuanto más concreto es un Convenio y más estrictas las exigencias que de él se derivan, mayores son las dificultades para su entrada en vigor y su eficacia*”. Estima RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La protección jurídica del menor...», cit., pág. 465, que “*se trata una norma positiva mínima, en cuanto necesita normas más detalladas en relación a la efectividad de los derechos que recoge y, por tanto, de un desarrollo que pudiera ser calificado de más jurídico*”.

¹⁷ Esto implica que los particulares no pueden alegar directamente sus disposiciones ante los Tribunales, sino que es el legislador de cada Estado parte el que debe traducir los mandatos de la Convención en normas concretas de Derecho positivo, normas éstas que los particulares sí pueden invocar directamente ante los Tribunales. Antes de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño o poco después de hacerlo, los Estados tienen que armonizar su legislación nacional con las provisiones del tratado, excepto en que las normas nacionales ofrezcan una protección superior. De esta forma, las normas en materia de Derechos de la infancia no son ya una mera aspiración, sino una obligación de los Estados. Tras la ratificación, los Estados se responsabilizan pública e internacionalmente de sus acciones mediante la presentación de informes sobre la aplicación de la Convención, constituyendo el núcleo del proceso de verificación el Comité de los Derechos del Niño, una entidad independiente cuyos miembros, nombrados tras una elección, poseen una “alta reputación moral” y son expertos en el ámbito de los Derechos humanos.

¹⁸ La Convención parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, ya sean los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberán atender, como consideración primordial, al interés superior del niño (art. 3).

¹⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «El interés del menor...», cit., pág. 923.

²⁰ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «El interés del menor...», cit., pág. 927.

de la cooperación a través de las autoridades centrales²¹. Éstas asumen en cada Estado la realización de las funciones y finalidades previstas en el respectivo Convenio, simplificando así al particular una serie de trámites y reduciendo los costes, al tener que realizarse estos en otro país.

Además de fijar el interés del menor como principio referencial, la Convención subraya y defiende expresamente la función de la familia en la vida de los niños. Así, en el preámbulo y en los arts. 5, 10 y 18, menciona específicamente a la familia como grupo fundamental de la sociedad y el entorno natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, particularmente los niños. De esta manera, los Estados están obligados a respetar la responsabilidad primordial de los padres en materia de atención y orientación para sus hijos y a prestar apoyo a los padres y las madres en este ámbito, proporcionando asistencia material y programas de apoyo. Asimismo, los Estados están obligados a evitar la separación de los niños de sus familias a menos que la mencionada separación se considere necesaria para el interés superior del menor²².

Por último, el principio de no discriminación se incorpora a todos los instrumentos básicos de Derechos humanos, adquiriendo los Estados la obligación de establecer quiénes son los niños más vulnerables y desfavorecidos dentro de sus fronteras y tomar las medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento y la protección de los Derechos de estos niños.

La Convención se convierte de este modo en el paradigma y referente mundial de los derechos del niño, inaugurándose con ella una nueva concepción del menor que lo considera ya no sólo como objeto de protección y asistencia especial, sino como sujeto de derechos y libertades, con capacidad para participar en la toma de decisiones en aquellos asuntos que afecten directamente a su persona²³.

III.- Del conflicto de leyes al conflicto de autoridades: la evolución en las fórmulas de protección de menores

El *Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre tutela de menores* inaugura el camino de la Conferencia de La Haya en materia de protección de menores, al que habrían de seguir el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores* y el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el*

²¹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «El papel de la “Autoridad Central”: los Convenios de La Haya y España», R.E.D.I. 1993-1, págs. 63-81. BUCHER, A., *Le famille en droit international privé*, Rec. des Cours, Tomo 283, 2000, págs. 139 y ss.

²² Basándose en estos principios, se han elaborado el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, de 29 de mayo de 1993 y el *Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores*, de 30 de mayo de 1997. También se inspiran en estos principios, aun cuando en el momento de la elaboración de estos Convenios, la *Convención sobre los Derechos del Niño* aún no estaba vigente, el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y el *Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia*, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980.

²³ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., «La política de protección de menores...», cit., pág. 175.

*reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*²⁴.

En todos estos Convenios se pretende velar por la persona del menor, por sus bienes, o por ambos extremos cuando estos se encuentren en la imposibilidad de atender por sí mismos a sus personas o a sus bienes²⁵. Eventualidad ésta en la que se encontrarán siempre que reúnan las condiciones para ser denominados menores o niños (en la terminología del Convenio de 1996), puesto que como ya afirmamos más arriba, la condición de menor lleva implícita la necesidad de protección²⁶.

Es interesante comprobar cómo el principio del interés superior del menor ha incidido de manera fundamental en los cambios producidos en la regulación de esta materia, de manera que ha ido modelando a medida que avanzaba el siglo, las instituciones de protección, ideando las fórmulas más adecuadas para dar cumplimiento a este principio.

Pero además, ya lo decíamos al comienzo, vivimos tiempos de cambio. La globalización ha influido en el sustrato social del Derecho internacional privado²⁷. Así, en el Derecho internacional privado de la persona y de la familia –por centrarnos únicamente en la parcela del Derecho que nos ocupa–, asistimos a la difusión de modelos culturales de organización familiar y modelos de desarrollo personal, antes localizados en países concretos, que se extienden gracias a las grandes migraciones por todo el mundo²⁸. Y es necesario que el Derecho internacional privado tradicional evolucione para regular satisfactoriamente estas situaciones privadas internacionales que responden a modelos culturales lejanos y que ahora se presentan constantemente en Occidente²⁹.

Afirma CARRASCOSA GONZÁLEZ³⁰ que el Derecho internacional privado de la globalización incorpora una nueva idea de Justicia. Así, el Derecho internacional privado

²⁴ El análisis de este último Convenio, por su novedad y trascendencia, se realizará en el apartado cuarto de este trabajo.

²⁵ Ciertamente, los Convenios sobre adopción internacional y secuestro internacional de menores también hacen referencia a determinados perfiles de la protección del menor, pero su especificidad o singularidad los dota de autonomía. En este artículo únicamente nos referiremos a los Convenios que en el seno de la Conferencia de La Haya se han encargado de regular el núcleo duro de la protección de los menores. Protección llevada a cabo por instituciones como la patria potestad, la tutela, la curatela..., o por medidas administrativas de carácter protector y educativo, etc.

²⁶ El Convenio de 1902 no define el concepto de menor; únicamente sanciona en su primer artículo que “*la tutela del menor se regirá por su ley nacional*”. En este caso, habría que atender a la ley nacional del menor para determinar hasta qué edad se considera a una persona menor. En España el art. 315 Cc extiende la minoría hasta los dieciocho años, edad a la que se adquiere la plena capacidad de obrar. El Convenio de 1961, por su parte, formula una definición conflictual y compleja de menor. Según el art. 12, “*se entenderá por “menor” toda persona que tenga la calidad de tal, de acuerdo con la ley interna del Estado del que es nacional y la ley interna del Estado de su residencia habitual*”. Esto es, no basta con ser menor conforme a la ley nacional, sino que es necesario además para que se aplique este Convenio, que la persona sea menor según la ley de su residencia habitual. Existe una acumulación de leyes. El Convenio de 1996 acoge una definición directa o material de “niño” (término que sustituye a “menor” antes utilizado), estableciendo que lo serán todas las personas desde su nacimiento y hasta que alcancen la edad de dieciocho años.

²⁷ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. I, Editorial Comares, 2002, págs. 19-22 y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, *cit.*, pág. 28.

²⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, *cit.*, págs. 30-31.

²⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, *cit.*, pág. 31.

³⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, *cit.*, pág. 41.

no sólo debe introducir un orden jurídico justo en las situaciones privadas internacionales, sino que además, sus reglas deben ser social y económicamente eficientes³¹.

De la confrontación y posible compatibilización del principio del interés del menor con la eficiencia que exige un mundo cada vez más internacionalizado, y de su plasmación en los distintos Convenios que se han encargado de regular la protección de los menores, intentaremos dar cuenta en las próximas páginas.

A).- El Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, en materia de tutela de menores

El Convenio de 1902 regula únicamente una institución de protección, la tutela; y un solo aspecto del Derecho internacional privado, la ley aplicable³². Esto planteó algunos problemas. De un lado, porque en el Derecho continental se distingue entre poder paterno o patria potestad y tutela, mientras que en el Derecho anglosajón, no: los padres son tutores por naturaleza³³. Por eso, en el Derecho continental antes de resolver el problema de si hay que constituir la tutela de un menor es preciso solucionar la cuestión de si existe patria potestad sobre él, conforme a la ley personal del menor.

El otro gran problema fue la deficiencia del enfoque adoptado. Esta Convención hacia girar todo el problema de la protección del menor (sólo a través de la tutela, como hemos dicho), en torno a la ley aplicable. El punto de conexión elegido era la nacionalidad del menor (art.1); si éste tenía residencia en un país extranjero correspondía organizar la tutela al cónsul de su Estado (art. 2), y si esto no era posible, se constituía según la ley del lugar donde se encontraba el menor (art. 3). Únicamente se hace referencia a las autoridades en dos ocasiones (arts. 7 y 8): en relación con las autoridades locales, que podrán adoptar las medidas necesarias para la protección del menor en tanto se organiza la tutela así como en los casos de urgencia (art. 7); y en relación con las autoridades del Estado sobre cuyo territorio se encuentre el menor extranjero que necesite ser sometido a tutela, que estarán obligadas a informar al Estado nacional del menor.

Además, su ámbito de aplicación personal era muy restringido: únicamente era aplicable a los menores nacionales de alguno de los Estados miembros que además tuvieran su residencia habitual en el territorio de uno de estos Estados (art. 9).

³¹ Entiende CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, cit., pág. 42, que “la Justicia que imparte el Derecho internacional privado de la globalización aparece dividida en tres niveles: a).- El DIPr. debe introducir una idea de orden en las situaciones privadas internacionales (= seguridad jurídica internacional o previsibilidad de las soluciones); b).- El DIPr. debe realizar los valores materiales recogidos en la Constitución (ej.: favor minoris o interés superior del menor: =valores materiales inspiran las soluciones de DIPr.) y c).- El DIPr., al introducir esa idea de orden y la realización de los valores constitucionales, debe operar también con el menor coste posible para los particulares.”

³² De ella formaron parte: Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Holanda, Hungría, Italia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia y Suiza. Para España sigue vigente este Convenio en sus relaciones con Bélgica y Rumania, puesto que estos países no ratificaron el Convenio de 1961 que vino a sustituir al de 1902. La ratificación por España de este Convenio tuvo lugar el 30 de junio de 1904. Ilustra PÉREZ VERA, E., «El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado», R.E.D.I. 1993-1, pág. 104, que este Convenio tuvo una amplia repercusión, lo que se deduce del amplio número de ratificaciones que recibió antes de la I Guerra Mundial, alcanzando su punto álgido en el periodo de entre guerras.

³³ MARÍN LÓPEZ, A., «Los conflictos de leyes en materia de tutela», R.E.D.I., 1960, pág. 413.

El Convenio de 1902 responde, pues, a una concepción clásica de la protección del menor, que encuadra a la tutela dentro de la órbita familiar y que no tiene en cuenta más intereses que los estrictamente privados, optando por la nacionalidad como punto de conexión de la norma de conflicto; ley nacional consagrada por la mayoría de los Estados contratantes para regular el estatuto personal.

Sin embargo, en el Derecho moderno se ha considerado que los intereses públicos en materia de protección de menores son muy importantes. De ahí, el relevante papel que han adquirido las autoridades públicas en el actual contexto y, como consecuencia de ello, la importancia de las normas imperativas en la regulación de estos supuestos³⁴.

Podemos concluir que en este Convenio no se percibe con claridad la intervención del principio del interés del menor, y ello por varias razones. Primero, porque es un Convenio parco no sólo en ideas, sino también en instituciones. Únicamente hace referencia a la tutela (posibilitando el nada eficiente ni positivo conflicto de calificaciones), obviando la regulación de otras instituciones y medidas de protección del menor. Segundo, porque sitúa el centro de su regulación erróneamente: el conflicto de leyes en materia de protección no tiene sentido. El problema no es tanto qué ley va a aplicarse como quién debe aplicar esa ley. Tercero, la opción por la ley nacional del menor no garantiza que ésta sea la que mejor proteja sus intereses. Existe una rigidez en esta elección que en nada beneficia el parámetro que debe orientar las instituciones de protección de menores, pues lo ideal sería poder optar de entre las distintas leyes, por la que mejor contenido material (*better-law*) posea para el menor. Además, la ley nacional no siempre es la más cercana, no siempre es la más previsible.

B).- El 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

Este Convenio, a diferencia del anterior, opta por un concepto amplio de protección³⁵. Así, está orientado a la adopción de todas aquellas medidas destinadas a proteger la persona o los bienes del menor, entendiendo por tales todas aquellas decisiones, definitivas o provisionales, adoptadas por una autoridad con el objetivo de proteger al menor individualmente considerado en su persona o sus bienes³⁶. Su ámbito de aplicación

³⁴ La Corte Internacional de Justicia interpretó por primera vez el Convenio de La Haya de 1902 en materia de tutela en su Sentencia de 28 de noviembre de 1958, en el llamado *caso Boll* (Recueil des arrêts. Cour Internationale de Justice. Affaire relative a l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède), Arrêt du 28 novembre 1958, págs. 55 y ss.). En el citado caso, Holanda estimaba que Suecia había violado lo dispuesto en la Convención de 1902, por obviar su contenido y aplicar una medida de educación protectora a una menor de nacionalidad holandesa residente en Suecia, de conformidad con la Ley sueca de 6 de junio de 1924, sobre la protección de la infancia y de la juventud. Las autoridades suecas alegaban que existía perfecta compatibilidad entre ambas medidas (las establecidas por las autoridades holandesas y las arbitradas por las autoridades suecas), puesto que entendían que sus medidas tenían carácter administrativo, siendo por tanto normas de aplicación inmediata, quedando al margen del conflicto de leyes. La Corte Internacional de Justicia terminó dando la razón a Suecia, al entender que no había existido vulneración del Convenio por parte de Suecia. Señala PÉREZ VERA, E., «El menor en los Convenios...», cit., págs. 104-105, que esta sentencia “constituyó una decisiva llamada de atención sobre el alcance de las medidas de Derecho público, tutelativas del menor en el plano interno, y su repercusión en la aplicación de un Convenio destinado a regular la institución de la tutela, anclada en el Derecho privado”.

³⁵ Forman parte de este Convenio: Alemania, Austria, China (únicamente la región administrativa de Macao), España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía.

³⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comentario al art. 9.6 Cc», en ALBADALEJO GARCÍA, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 2, pág. 274.

se extiende a todos los menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes, cualquiera que sea la nacionalidad del menor³⁷.

El Convenio está articulado sobre la solución del llamado conflicto de autoridades³⁸. Se parte de la determinación de la autoridad competente para adoptar las medidas de protección del menor, medidas éstas que tomará de acuerdo con su ley interna (art. 2). Existe una regla general por la que se establece la competencia de las autoridades, judiciales o administrativas, de la residencia habitual del menor (art. 1), lo cual a primera vista no cabe si no entender de manera positiva, ya que se refuerza el principio de previsibilidad de las autoridades competentes que serán, en principio, las más cercanas al menor y, por tanto, las que mejor situadas estarán, por su inmediatez, para atender las necesidades reales del menor. Además se refuerza el principio de previsibilidad de la ley aplicable, pues las autoridades competentes aplicarán su ley interna³⁹.

A esta regla base se formulan dos excepciones. Una primera, por la que se otorga competencia para adoptar medidas de protección del menor y/o sus bienes a las autoridades del Estado del que el menor es nacional, medidas que tomará conforme a su ley interna y previa notificación a las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor, siempre que el interés del menor así lo exija (art. 4)⁴⁰. Resulta complicado entender desde los parámetros de la eficiencia esta solución. Se alega el principio del interés superior del menor para justificar la competencia de las autoridades de la nacionalidad del menor, pero cuesta pensar cuándo esta solución podrá ser la idónea, puesto que no responde ni al principio de previsibilidad ni al principio de proximidad.

La segunda hace referencia a las situaciones de urgencia que hará competentes a las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el menor o sus bienes (*forum presentiae*) (art. 9). La dificultad de este precepto se encuentra en la precisión de qué debe entenderse por “situación de urgencia” y si las medidas urgentes adolecen todas ellas de la característica de la provisionalidad o, por el contrario, pueden existir medidas urgentes que se perpetúen en el tiempo. En todo caso, a través del *forum presentiae* queda garantizado el principio de previsibilidad.

Desde la perspectiva del Derecho aplicable, a priori, tanto la ley nacional del menor como la ley de su residencia habitual pueden presentar un contenido apto para regular las

³⁷ España retiró la reserva en 1995 (B.O.E. núm. 221, de 15-9-1995) por la que se limitaba la aplicación del Convenio a los menores nacionales de los Estados partes que además tuvieran su residencia habitual en alguno de ellos.

³⁸ Véase LEQUETE, Y., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales*, Rec. des Cours, Tomo 246, 1994, págs. 51-99.

³⁹ Sostiene CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, cit., pág. 226, que la residencia habitual “es un criterio eficiente porque conduce a una Ley de previsible aplicación para las partes, ya que es un criterio basado en el principio de proximidad (= aplicación de la Ley del entorno natural del menor)”.

⁴⁰ Además, siguiendo a ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores: régimen jurídico*, Editorial Comares, 2000, págs. 108-109, sorprende que se alegue el principio del interés superior del menor para justificar este artículo, cuando en realidad tal principio debería inspirar la totalidad del Convenio. Respecto a la interpretación de este precepto, puede consultarse la decisión de la Cour d'appel de Dijon, de 29 de septiembre de 1988. En ella el Tribunal se declara incompetente en un caso de custodia de un menor al entender que si bien el art. 4 permite a las autoridades de la nacionalidad del menor (francesas) constituir una medida de protección, esta facultad solamente puede ejercitarse si junto con la notificación previa a las autoridades de la residencia habitual, lo exige el interés del menor. Requisito que, a juicio del tribunal, no se cumple.

medidas de protección de los menores; todo depende de su contenido material⁴¹. La eficiencia se hubiera logrado con una norma de conflicto con puntos de conexión alternativos, de modo que fuera aplicable la ley de la nacionalidad del menor o la ley de su residencia habitual, en función de cuál fuera la que mejor plasmara los intereses del menor⁴².

Por último, el Convenio ha dispuesto que las autoridades del Estado de residencia habitual del menor deben reconocer la relación jurídica *ex lege* que derive de la ley nacional del menor (patria potestad, tutela *ex lege*...), aunque podrán acordar cuantas otras medidas de protección que estimen pertinentes con arreglo a la ley de la residencia habitual del menor (art. 3)⁴³. Se trata de una solución de compromiso derivada de la preocupación latente a lo largo de todo el Convenio por conjugar los intereses del Estado de la residencia habitual con los del Estado de la nacionalidad del menor y cuyas interferencias dificultan y relegan a un segundo plano el interés del menor⁴⁴.

IV.- Eficiencia vs. justicia material en la protección de menores: el *forum non conveniens* y la cláusula de escape en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección de menores

A).- *Consideraciones generales*

Las dificultades que se han planteado en la interpretación y aplicación del Convenio de 1961 han derivado en la elaboración del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* que constituye el último paso dado hasta el momento por la Conferencia de La Haya en materia de protección de menores⁴⁵. Es un Convenio completo puesto que regula la

⁴¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, cit., pág. 227.

⁴² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, cit., pág. 227.

⁴³ DROZ, G. A. L., *Regards sur le droit international privé comparé*, Rec. des Cours, Tomo 229, 1991, págs. 121-122.

⁴⁴ DURÁN AYAGO, A., «Comentario al Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961», en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs), *Legislación de Derecho internacional privado. Comentada y con jurisprudencia*, Editorial Colex, 2002, pág. 685.

⁴⁵ Está en vigor desde el 1 de enero de 2002 para la República Checa, Mónaco y Eslovaquia. Entrará en vigor el 1 de diciembre de 2002 para Marruecos y el próximo 1 de junio de 2003 para Estonia. Asimismo han firmado el Convenio Letonia, Países Bajos y Polonia. Como se desprende del Documento de Trabajo de la Comisión europea sobre *Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental* (JAI A3/EK-787, Versión 5-12 marzo 2001), “los Estados miembros de la Unión Europea, de conformidad con la jurisprudencia AETR del Tribunal de Justicia sobre competencias externas [véase Asunto 22/70, Comisión/Consejo (1971)], ya no son libres de adherirse individualmente al Convenio de 1996, en la medida en que sus disposiciones sobre competencia judicial y ejecución afectan a normas comunitarias (es decir, al Reglamento Bruselas II o Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes). Como consecuencia, el Convenio es un acuerdo mixto al que los Estados miembros y la Comunidad solamente pueden adherirse conjuntamente”. Las consultas celebradas durante su negociación se orientaron a garantizar una interacción armoniosa entre el Convenio y el futuro Convenio de Bruselas II, concluido en 1998, a partir del que se configuró posteriormente el Reglamento Bruselas II. En primer lugar, se introdujo, junto a la residencia habitual del niño, el criterio concurrente de competencia judicial del órgano jurisdiccional de divorcio en el art. 10 del Convenio de 1996 (véase nota 65), que esencialmente se corresponde con el apartado 2 del art. 3 del Reglamento Bruselas II. En segundo lugar, el art. 52 del Convenio de 1996 introdujo la llamada “cláusula de desconexión”, por la que

práctica totalidad de los aspectos de Derecho internacional privado que pueden suscitarse en un supuesto de protección internacional de menores.

Está construido sobre la base del principio del interés superior del menor y se inspira directamente en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, según queda manifestado específicamente en su Preámbulo.

Lejos de la definición genérica y ambigua del Convenio de 1961 respecto de su ámbito material de aplicación, el Convenio del 96 no sólo enumera las medidas de protección que comprenderá la regulación del texto⁴⁶, sino que especifica cuáles estarán excluidas del mismo⁴⁷. Por tanto, en este aspecto, resulta más eficiente que los dos que lo han precedido, ya que existe seguridad acerca de las medidas que entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio y no existen elementos distorsionadores que hagan aparecer la duda sobre si determinada institución o medida queda o no comprendida en él⁴⁸.

B).- Cláusulas de flexibilización en la determinación de la competencia judicial internacional

En este Convenio se continúa optando por conformar la regla base de competencia en torno a las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de

autoriza a los Estados contratantes a celebrar acuerdos respecto de los menores que residan habitualmente en cualquiera de los Estados parte de dichos acuerdos. A pesar de ello, las negociaciones sobre la incorporación de los Estados miembros de la Unión Europea al Convenio de 1996 se encuentran en la actualidad en un *impasse* en el que se valora incluso la renegociación del Convenio de 1996 al tiempo que se postula una ampliación del Reglamento Bruselas II a todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental.

⁴⁶ El art. 3 del Convenio entiende comprendidas dentro de su ámbito de aplicación las medidas referentes a: “*la atribución, ejercicio y privación, total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación; el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo; la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga; la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo y la administración, conservación o disposición de los bienes del niño*”. En opinión de PICONE, P., «La nuova Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori», Riv. dir. int. priv. proc., 1996-4, pág. 711, éste es sólo un listado ejemplificativo y no exhaustivo, comportando la necesidad de referirse a la ley interna de la autoridad competente a la hora de afrontar esas medidas, y ello porque no será posible adoptar medidas que no estén contempladas en su ley interna (ej. Kafala para el Derecho español) y, de otro lado, cabrá aplicar todas aquellas medidas que estén previstas en la legislación interna, aunque no sean mencionadas expresamente en el art. 3, si no están excluidas por el art. 4.

⁴⁷ Así, el art. 4 del Convenio considera excluidas del ámbito del Convenio: “*el establecimiento y la impugnación de la filiación; la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción; el nombre y apellidos del niño; la emancipación; las obligaciones alimenticias; los trusts y las sucesiones; la seguridad social; 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*”.

⁴⁸ El art. 2 del Convenio de 1961 establecía que serían aplicables las medidas previstas en la ley interna de la autoridad competente. El Convenio de 1996 ha optado, en cambio, por definir autónomamente su propio ámbito de aplicación material. A pesar de ello, sobra decir que, como toda norma jurídica, necesitará ser interpretado y podrán surgir dudas acerca de si están comprendidas o excluidas en él ciertas medidas. Véase Esteban de la Rosa, G., «El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección del niño: ¿exclusión del acogimiento preadoptivo de su ámbito de aplicación material? Reflexiones en torno al art. 4 letra b)», Riv. dir. int. priv. proc., 1997, págs. 849-872.

la residencia habitual del niño, que serán las competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona y/o sus bienes⁴⁹. Y ello porque se considera a estas autoridades como las mejor situadas para conocer las circunstancias en las que se encuentra el menor y, por tanto, las que pueden decidir mejor la constitución, modificación o extinción de una concreta medida de protección⁵⁰. Se elimina, así, el concurso de jurisdicción entre el Estado de la nacionalidad del niño y el de su residencia habitual; opción ésta claramente ineficiente desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

El Convenio prevé normas especiales para los niños refugiados y desplazados y para aquellos cuya residencia habitual no pueda determinarse. En estos casos, las autoridades competentes serán las del Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el niño (art. 6). Además se regulan específicamente en el art. 7 los casos de desplazamiento o retención ilícitos del niño, supuestos estos en los que la competencia recaerá sobre las autoridades de su residencia habitual inmediatamente anterior al desplazamiento o retención ilícitos. Con todo, la novedad más importante se encuentra en los arts. 8 y 9 del Convenio.

En estos artículos se regulan, respectivamente, los casos que la doctrina ha empezado a denominar como *forum non conveniens*⁵¹ y *forum conveniens*⁵², ambos formulados sobre la justificación o la base del principio del interés superior del menor. En realidad, y pese a que el planteamiento seguido en los arts. 8 y 9 del Convenio de 1996 se asemeja al utilizado por los sistemas del *common law* del *forum non conveniens* y del *forum conveniens*, no son estrictamente idénticos⁵³.

En el funcionamiento tradicional de la doctrina anglosajona, corresponde al demandado, por vía de excepción, manifestar al tribunal ante el que ha acudido el demandante que, pese a tener competencia para decidir el asunto, no es el más conveniente competencialmente hablando, puesto que existe otro foro más adecuado para conocer del caso⁵⁴. Sin embargo, en el supuesto de los arts. 8 y 9, el tribunal actúa de oficio. No se prevé que las partes (demandado) puedan hacer uso de tal excepción⁵⁵. Esto es así, entre

⁴⁹ Señala PICONE, P., «La nuova Convenzione dell'Aja...», cit., pág. 713, que varias Delegaciones apuntaron la necesidad de definir autónomamente el término "residencia habitual", pero la inutilidad de recurrir a definiciones vagas como "centro efectivo de la vida del niño" y la hostilidad sobre nociones calificativas que precisaran un rígido espacio de tiempo para establecer la residencia habitual, impidieron una solución en este sentido.

⁵⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 107.

⁵¹ Puede ser definido como un poder general discrecional que posee un tribunal para rehusar la jurisdicción de un caso sobre la base de que el foro apropiado para juzgar el caso está en el extranjero o simplemente, alegando que el foro local es inadecuado. Esta definición está tomada de *Declining jurisdiction in private international law (Rapports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, August 1994, ed. by FAWCETT, pág. 10.*

⁵² Puede definirse como un tribunal que toma la jurisdicción alegando que el foro local es el apropiado (o uno de los apropiados) para dirimir el juicio o bien que el foro del extranjero es inadecuado. Esta definición está tomada de *Declining jurisdiction in private international law (Rapports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, August 1994, ed. by FAWCETT, pág. 6.*

⁵³ LAGARDE, P., Artículos 8 y 9. *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*, margs. 53 a 60.

⁵⁴ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 154. Véase OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., «Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario: Reflexiones en torno al *forum non conveniens*», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 94, curso 1999/2000, págs. 99-128.

⁵⁵ Como señala ARENAS GARCÍA, R., *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Eurolex, 1996, págs. 34-35, "el *forum non conveniens* es una institución con la que se persigue la verdadera

otras cosas, porque es a las autoridades públicas a las que les corresponde concretar y garantizar el principio del interés superior del menor⁵⁶.

El primer apartado del art. 8.1 recoge la posibilidad de que el tribunal se dirija a otra autoridad a la que considera mejor situada para apreciar el interés superior del menor, planteándole la aceptación de la competencia⁵⁷. Esta situación no tiene cabida en la doctrina del *forum non conveniens*, ya que en él es la autoridad inicialmente competente la que ha de actuar tal y como prevé el inciso segundo del art. 8.1: ha de rechazar la demanda e invitar a las partes a dirigirse ante las autoridades del citado Estado⁵⁸.

Existe un número limitado de foros a favor de los que pueden renunciar las autoridades de la residencia habitual: foro de la nacionalidad del niño; foro de la situación de sus bienes (*forum rei sitae*); foro en el que se esté conociendo una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio (*forum divortii*) y foro con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho⁵⁹.

Otra singularidad que puede apreciarse en el art. 8 radica en que a pesar de que la residencia habitual del niño no tiene la consideración de foro exclusivo en el Convenio, la competencia de las demás autoridades se supedita a su aprobación o consentimiento⁶⁰. La dinámica en el *forum non conveniens* se muestra diferente, puesto que los tribunales poseen competencia directa, pero no hacen uso de ella al existir otros mejores situados para conocer del supuesto.

La perspectiva del art. 9 es la inversa al art. 8. En este caso son las autoridades citadas en el art. 8.2, no competentes a priori pero mejor situadas para conocer la situación del menor, las que se dirigen a las autoridades de la residencia habitual, inicialmente competentes, para solicitarles que les permitan ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o bien invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño.

Tanto en el art. 8 como en el 9 hay una renuncia y transferencia de competencia, articulada a través del consentimiento de las autoridades de la residencia habitual, a otras autoridades para que conozcan de la situación por estar mejor situadas para hacer valer el

realización, o el perfeccionamiento, del principio de proximidad en el ámbito de la competencia judicial a partir de criterios de razonabilidad. Constituye un mecanismo correctivo negativo del sistema legal, que opera a instancia de parte y tiende a asegurar que, en casos de conflicto positivo de competencia judicial, conozca el foro más adecuado..."

⁵⁶ Así se refleja expresamente en el art. 39 de la Constitución española, donde se concreta el deber que tienen los poderes públicos de asegurar la protección integral de los niños.

⁵⁷ El art. 8.1 del Convenio reza del siguiente modo: "*Excepcionalmente, si la autoridad del Estado contratante competente según los arts. 5 o 6, considera que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, puede: 1º- solicitar a esta autoridad, directamente o con la colaboración de la autoridad central de este Estado, que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o; 2º- suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado.*"

⁵⁸ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., págs. 154-155.

⁵⁹ Entiende ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., págs. 143-144, que si España ratificase el Convenio de 1996 no sería necesario proponer un foro de amparo (*forum necessitatis*), pues podría entenderse que "el Estado con el que el menor presenta los vínculos más estrechos" (art. 8.2 d) es el correspondiente al lugar en el que se encuentra el menor. Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, cit., págs. 52-53.

⁶⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 155.

interés superior del menor⁶¹. Se trata de mecanismos de remisión y de reivindicación de competencia que operan, explícita y únicamente, en las relaciones entre los Estados contratantes⁶².

Resulta necesario hacer algunas apreciaciones al sistema de competencia adoptado por el Convenio de 1996, desde la perspectiva de la eficiencia y de la justicia material que en este caso se concreta a través del principio del interés superior del menor.

En primer lugar, parece obvia la analogía existente entre los arts. 8 y 9 del Convenio de 1996 y el art. 4 del Convenio de 1961, si bien los matices son diferentes. Ambos tienen el telón de fondo del interés superior del menor, pero mientras que en el art. 4 este principio actúa como requisito para que intervengan las autoridades de la nacionalidad del menor; en los arts. 8 y 9, las autoridades de la nacionalidad del menor sólo podrán intervenir cuando las autoridades de la residencia habitual hayan considerado que su intervención se justifica en interés del menor⁶³.

La articulación del foro de la nacionalidad, contenido en los arts. 8 y 9, con el foro de la residencia habitual presenta una clara ventaja con respecto al Convenio de 1961: existe una patente y expresa primacía de la competencia de las autoridades de la residencia habitual con respecto a las de la nacionalidad, ya que éstas últimas han de solicitar el consentimiento de las primeras para poder conocer de supuestos de protección de menores. En este sentido, el sistema es eficiente debido a que desaparecen las interferencias que existían en el Convenio anterior entre ambas autoridades.

Sin embargo, no son todo parabienes. Y es que el Convenio introduce un sistema de determinación de la competencia judicial internacional tremendamente lento y costoso, o lo que es lo mismo, claramente ineficiente. Y es aquí donde colisionan el principio de eficiencia con el de justicia material plasmado en el principio del interés del menor.

Es posible que autoridades distintas a las de la residencia habitual posean una mejor disposición para conocer de un asunto determinado, pero las circunstancias particulares del caso pueden no aconsejar la dilación que esta situación puede entrañar, puesto que las partes tendrían que, o bien esperar a que las autoridades de la residencia habitual se dirigieran a las mejor situadas solicitando su intervención, o bien dirigirse ellas mismas⁶⁴. Esto conlleva unos costes que se ven incrementados y una dilación en el tiempo que puede provocar que una circunstancia, que en principio no revestía caracteres de gravedad, se vuelva insostenible y pase a ser urgente.

Pero es que además, y aquí se encuentra el principal elemento distorsionador de este sistema, las autoridades requeridas en el art. 8 pueden o no (se trata de una potestad,

⁶¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 155.

⁶² PICONE, P., «La nuova Convenzione dell'Aja...», cit., pág. 718. La Delegación de EE.UU. pretendía que la remisión de la competencia debía operar aunque fuera a favor de las autoridades administrativas o judiciales de un Estado no contratante. Y es que si la justificación de la remisión de competencia se basaba en el interés superior del menor, no se entendía que tal hecho debiera limitarse a las relaciones entre las autoridades de los Estados contratantes. La propuesta de EE.UU. era extender el contenido del art. 8 también a los Estados no contratantes y la correlativa extensión del reconocimiento también a las medidas de protección adoptados por Estados no contratantes en uso de la competencia del art. 8. Finalmente, 11 fueron los votos a favor de esta propuesta; 16 en contra y 3 abstenciones. Véase también opinión de ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 157.

⁶³ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 108.

⁶⁴ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 108.

no de una obligación) aceptar el ofrecimiento que les hace la autoridad de la residencia habitual, en función de cuál sea la valoración que ella misma haga del interés superior del menor. Y en el supuesto del art. 9, únicamente las autoridades de origen de la solicitud podrían conocer del caso si la entidad de la residencia habitual del niño acepta tal petición. Debería haberse concretado por el Convenio un plazo razonable en que las autoridades requeridas (caso del art. 8) o cuya conformidad sea necesaria (caso del art. 9) dieran respuesta expresa a tales planteamientos.

Se aprecia, por tanto, un claro elemento de flexibilización del sistema, pero queda por ver su operatividad. Es necesario que un planteamiento flexible de la competencia internacional no se convierta en un mecanismo que complice hasta hacer inefectivo el interés del menor.

Además de los foros analizados, existen otros tres que analizaremos de forma más sucinta. En primer lugar, el art. 10 regula el *forum divortii*⁶⁵, lo que, cuanto menos sorprende, pues no en vano el art. 8.2 c) ya había dado cabida a este foro a través del principio del interés superior del menor⁶⁶. Se trata de un foro concurrente con la residencia habitual para adoptar, siempre que se cumplan las condiciones exigidas en las letras a) y b) del párrafo primero, medidas relativas a la persona o a los bienes del menor. Así, si en el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión está prevista la competencia unitaria para conocer del proceso matrimonial y la custodia de los hijos, el art. 10 se extiende a todas las medidas de protección y no sólo a las medidas relativas al ejercicio de la responsabilidad de los padres⁶⁷.

En segundo lugar, en caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el menor o sus bienes (*forum presentiae*) (art. 11). Se trata de un calco del art. 9.1 del Convenio de 1961. Este Convenio no definió la noción de “urgencia”, tampoco lo hace el nuevo Convenio. Debería haberse concretado tal concepto en el sentido de entender urgente aquella situación que pueda causar un daño irreparable para el menor⁶⁸. Esta situación justifica una derogación de las reglas generales de competencia del Convenio, ya que se hace competentes a las autoridades más cercanas al menor, las más inmediatas.

⁶⁵ A salvo las normas de competencia especificadas en los arts. 5 a 9, el art. 10.1 establece que “*las autoridades de un Estado contratante, en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante o en anulación de su matrimonio, pueden adoptar, si la ley de su Estado lo permite, medidas de protección de la persona de los bienes del niño si: a) uno de los padres reside habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tiene la responsabilidad parental respecto al niño y b) la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño, si esta competencia responde al interés superior del niño*”. Durante la elaboración de este Convenio se tuvo en cuenta, hasta hacerlas compatibles, las disposiciones del que luego sería *Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*. Véase art. 52 del Convenio de 1996.

⁶⁶ Entiende MOYA ESCUDERO, M., «Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo», *Revista jurídica La Ley*, de 16 de enero de 1998, pág. 4, que hubiera bastado la regla contenida en el art. 8.2 c) para dar cabida a la posibilidad de utilizar el foro del divorcio para determinar el derecho de relación del niño.

⁶⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., págs. 128-129.

⁶⁸ PICONE, P., «La nuova Convenzione dell’Aja...», cit., pág. 724.

Las medidas urgentes adoptadas, aunque no tienen por qué ser provisionales, poseen una eficacia limitada, pues dejarán de tener efecto cuando las autoridades competentes con carácter general adopten las que la situación exija⁶⁹. El apartado tercero del art. 11 introduce una importante novedad. Cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado no contratante, las medidas adoptadas en razón de la urgencia, dejarán de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante⁷⁰.

No se establece un régimen uniforme de reconocimiento, por lo que se deduce que el reconocimiento de las medidas adoptadas por un Estado no contratante, dependerá de la ley interna del Estado que deba reconocerla, con lo que pueden plantearse problemas⁷¹.

Por último, serán competentes para adoptar medidas de protección de la persona del niño o sus bienes, con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o sus bienes (art. 12). Estas medidas no podrán ser incompatibles con las ya adoptadas por los foros generales de competencia y cesarán desde el momento en que las autoridades competentes según los arts. 5 a 10 del Convenio, se hayan pronunciado sobre las medidas que pueda exigir la situación.

También en este artículo se introduce la novedad acerca del reconocimiento de las medidas cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado no contratante. Si bien hay matices en la redacción que la hacen diferente respecto de las medidas urgentes. La diferencia de formulación recae en el hecho de que mientras las medidas urgentes son susceptibles de ser reconocidas en todos los Estados contratantes, las provisionales, teniendo una eficacia territorial restringida al Estado que las ha adoptado, no conllevan generalmente problemas de reconocimiento en otros Estados contratantes⁷².

C).- Cláusulas de flexibilización en la determinación del Derecho aplicable

Importantes novedades se introducen en el Convenio de 1996 respecto a la determinación del Derecho aplicable. De entrada, cabe destacar la importancia que este Convenio otorga a este sector del Derecho internacional privado y que se percibe en la prolijidad y detalle con que se regula esta materia, componiendo el Capítulo III dedicado a la Ley aplicable ocho artículos, frente a los tres de la regulación anterior (arts. 2, 3 y 4 del Convenio de 1961).

Dos son los aspectos esenciales sobre los que descansa el Convenio en esta materia. En primer lugar, el art. 15, de forma similar y nada criticable a como lo hacía el art. 2 del Convenio de 1961, establece que las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su

⁶⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 141.

⁷⁰ El Convenio de 1961 para poder ser aplicado en casos de urgencia exigía además de que el menor se hallara en el territorio de uno de los Estados miembros, la necesidad de que tuviera su residencia habitual en el territorio de alguno de ellos. Con el Convenio de 1996 desaparecen los límites espaciales, bastando para adoptar medidas urgentes conforme al Convenio que el menor se halle en territorio de alguno de los Estados miembros, aunque no tenga su residencia habitual en ninguno de ellos.

⁷¹ PICONE, P., «La nuova Convenzione dell'Aja...», cit., pág. 727. Señala PICONE que lo ideal hubiera sido introducir un régimen uniforme de reconocimiento de las medidas definitivas provenientes de Estados no contratantes. Finalmente, la opción adoptada en el apartado tercero de los arts. 11 y 12 se limita implícitamente a hacer referencia al Derecho interno de los Estados contratantes afectados.

⁷² PICONE, P., «La nuova Convenzione dell'Aja...», cit., pág. 726.

propia ley (correlación *forum-ius*). Estimamos que, en principio, se trata de una solución idónea y eficiente, porque se aplica la ley más previsible.

Sin embargo, el apartado segundo del mismo artículo introduce una importante novedad que flexibiliza el sistema. Entiende el Convenio que “*en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho*”.

Existen dudas a la hora de encuadrar a esta disposición dentro de las cláusulas de excepción⁷³ y ello porque como señala LAGARDE constituye una cláusula de excepción fundada no sobre el principio de proximidad (vínculos más estrechos), sino sobre el interés superior del menor⁷⁴.

En principio, la cláusula de excepción es un mecanismo, que actuando en la fase de aplicación de la norma, es apreciado solamente en relación con la propia norma, en concreto con su punto de conexión, y no está destinada a alcanzar un determinado resultado o a satisfacer un determinado interés. Incide así en la determinación del Derecho aplicable, no en la aplicación de un concreto Derecho material⁷⁵.

No obstante, es necesario precisar que el criterio de los vínculos más estrechos en Derecho internacional privado no obedece únicamente a preocupaciones de localización geográfica, sino a objetivos de justicia material, pues su finalidad es ejecutar el plan de proximidad propio de toda norma de conflicto⁷⁶.

⁷³ Según CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. I..., cit., págs. 196-197, “*las cláusulas de excepción y de escape son técnicas que permiten no aplicar la Ley designada por la norma de conflicto cuando existe otra Ley que corresponde a un país más vinculado con la situación, favoreciéndose así la previsibilidad de la Ley aplicable para los particulares*”. En parecidos términos se manifiesta CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, cit., págs. 52 y 88. RODRÍGUEZ MATEOS, P., «Una perspectiva funcional del método de atribución», R.E.D.I. 1988-1, pág. 102, entiende que la cláusula de excepción o escape constituye un índice de corrección judicial tendente a la flexibilización del punto de conexión, en el que el Derecho designado es sustituido por otro que presenta vínculos más estrechos con la relación. En opinión de FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 2ª edición, Civitas, 2001, págs. 170-171, “*las cláusulas de excepción obedecen a un principio de “justicia conflictual”... La corrección de la norma general no puede fundamentarse en la consecución de un resultado material más ajustado o convincente, sino en la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material... La cláusula de excepción no es un instrumento de corrección de la neutralidad de la norma de conflicto o de orientación material de la misma... Pero esto no significa que ésta no tenga una significación sustancial o no se trate de un medio para alcanzar una solución justa... (La proximidad) no es sólo geografía, sino justicia*”.

⁷⁴ LAGARDE, P., Artículo 15 párrafo segundo. *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*, marg. 89 e ID., «La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Rev. crit. der. inter. pr.*, 86 (2), 1997, pág. 230. Véase además LAGARDE, P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *Rec. des Cours*, Tomo 196, 1986, págs. 9 y ss. y PICONE, P., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, *Rec. des Cours*, Tomo 276, 1999, págs. 9 y ss.

⁷⁵ RODRÍGUEZ MATEOS, P., «Una perspectiva funcional...», cit., pág. 103.

⁷⁶ RODRÍGUEZ MATEOS, P., «Una perspectiva funcional...», cit., pág. 107, admite que “*aun cuando hayamos señalado que la cláusula de excepción actúa solamente en aras de la mejor localización a través de la búsqueda del Derecho más relacionado, puede ser utilizada también para argumentar en términos del resultado querido... Las valoraciones de tipo material suelen aparecer como complementarias del criterio de proximidad inherente a esta cláusula*”.

A pesar de ello, entiende ESTEBAN DE LA ROSA que para que el art. 15.2 fuera una cláusula de excepción, se requeriría utilizar el interés del menor como factor exclusivo para valorar la mayor proximidad que la relación tiene con la ley de otro Estado. Sin embargo, esta operación se dificulta en la medida en que la cláusula de excepción se concreta antes de llegar al contenido del Derecho reclamado⁷⁷.

Además, y es éste otro elemento importante, el art. 15.2 no habla sólo de “aplicar” las disposiciones de otro ordenamiento, sino que, alternativamente, también pueden “tomarse en consideración”⁷⁸.

Introducir en esta materia el concepto de los vínculos más estrechos, manteniendo de fondo el principio del interés superior del menor, entiendo que no ha sido muy acertado. Si lo que se pretende es la aplicación de la ley que materialmente mejor plasme los intereses del menor protegido, podrían haberse utilizado otras opciones más eficientes. Bien la utilización de normas de conflicto clásicas, pero introduciendo varios puntos de conexión, articulados de una forma determinada para atender a la finalidad de protección perseguida (normas de conflicto materialmente orientadas)⁷⁹. Bien tomando en consideración la *better law*, dando preferencia a la ley más apta para dar respuesta a una determinada necesidad del menor⁸⁰.

Esta última opción, aun cuando respeta el principio del interés superior del menor, obliga al intérprete a una ponderación o balance del contenido material de las leyes en presencia más complejo que en el caso de las normas de conflicto materialmente orientadas, pues el valor u objetivo concreto no se determina en la propia norma⁸¹. El resultado es un alto grado de inseguridad que puede traducirse en una clara ineficiencia, además de vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica.

El otro aspecto novedoso es el que hace referencia a la ley aplicable a la atribución o a la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental que se regirá por la ley del Estado de la residencia habitual del niño (art. 16). Esta disposición resuelve uno de los puntos neurálgicos por conflictivo del Convenio de 1961. La ventaja de esta nueva regulación no está tanto en haber previsto la competencia de una ley que es también aplicable al resto de medidas de protección por parte de la autoridad (del Estado

⁷⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 191.

⁷⁸ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores...*, cit., pág. 192 e ID., «Nota a la sentencia de la AP de Vizcaya (Sección 1ª) de 15 de junio de 1995», R.E.DI. 1997, págs. 232-239. Afirma esta autora que “la “toma en consideración” de una ley determinada quizá se adapta mejor que la “aplicación” de tal ley a la nueva dimensión valorativa que está adquiriendo el sector del Derecho aplicable en Derecho internacional privado. Cuando el interés del menor penetra en la regulación de este ámbito “diluye” (en cierto modo) el análisis de ley aplicable en su sentido más estricto, porque corresponderá a la autoridad “valorar”, “ponderar”, “razonar” o “enjuiciar” la situación de conformidad con el criterio del interés del menor y no con un determinado ordenamiento jurídico.” BUCHER, A., *Le famille en droit international privé...*, cit., págs. 133-134.

⁷⁹ OVERBECK, A. E. VON, *Les questions generales de droit international privé à la lumière des codifications el projets récents*, Rec. des Cours, T. 176, 1982-3, págs. 81 y ss.

⁸⁰ Según BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «El interés del menor...», cit., pág. 945, “se trata de un proceso de materialización, que no asegura la justicia material, sino que se ven las “policías” o intereses de política legislativa de los ordenamientos jurídicos en presencia. En consecuencia, la predictibilidad de los resultados no es posible cuando se pretenda tomar en cuenta los intereses presentes en cada caso y dar respuesta adecuada al caso concreto, sin pretender la generalidad y uniformidad de las soluciones”.

⁸¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado...*, cit., pág. 177.

contratante de la residencia habitual del menor) investida por el Convenio con el título de jurisdicción principal, sino en el hecho de que la regla en tal modo adoptada constituye una norma de conflicto general, destinada a tomar el puesto, en el ordenamiento de los Estados contratantes, de las correspondientes normas de conflicto internas⁸².

V.- Conclusiones

El proceso de globalización al que asistimos no se desarrolla únicamente, como hemos podido comprobar, en esferas económicas; ni se reducen sus consecuencias, por tanto, al ámbito del Derecho patrimonial. Antes al contrario, el aumento de los flujos migratorios propiciados por los desequilibrios económicos que existen entre las distintas partes del planeta, ha traído consigo el incremento de la internacionalidad en las relaciones propias del Derecho de familia y de la persona.

En esta esfera se encuadran los menores, cuya protección, ya de por sí sensible, exige un mayor grado de compromiso cuando la concurrencia de algún elemento de extranjería obliga a la misma a articularse bajo la perspectiva del Derecho internacional privado.

La universalización, a través de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, del principio del interés del menor, ha posibilitado rescatar al niño de su anonimato y situarlo en el centro de todas aquellas instituciones o medidas que tengan como finalidad su protección o el garantizar el cumplimiento de una serie de derechos que le son propios.

Sin embargo, la noción de interés superior del menor, que es un elemento de reforma del Derecho a nivel nacional, puede convertirse en un elemento de oscurantismo nacionalista, cuando la familia del menor se conecta a más de un Estado⁸³. Y esto es así, efectivamente, porque el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, en cuya concreción gozará de un papel esencial el juez o autoridad pública que deba determinar de qué forma o con qué medidas se defiende mejor este interés. Tarea ésta que, si en el ámbito nacional ya puede resultar compleja, en el ámbito internacional su dificultad puede verse incrementada, por la cantidad de factores diversos que hay que tener en cuenta, y porque el interés del menor concurre, además, con otros intereses públicos y privados, individuales y colectivos.

En este contexto resulta singularmente complicado elegir adecuadamente los criterios legislativos que deben regir en materia de protección de menores, máxime cuando esta protección encuentra su proyección en el ámbito internacional. Determinar el interés superior del menor y protegerlo eficazmente supone un ejercicio de abstracción en política legislativa que rara vez se encuentra en equilibrio con los criterios de justicia material que van implícitos en este concepto.

⁸² PICONE, P., «La nuova Convenzione dell'Aja...», cit., pág. 732. Véase BUCHER, A., *Le famille en droit international privé...*, cit., págs. 121-123 y LAGARDE, P., «La nouvelle convention de La Haye...», cit., págs. 231-233. Este último observa que si bien la conexión de la residencia habitual puede ser considerada como una conexión más realista, desde el punto de vista de la proximidad, que la nacionalidad, también es menos estable, puesto que puede estar expuesta a cambios más frecuentes que la nacionalidad.

⁸³ CHATIN, L., *Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé (Accords internationaux et mesures de prévention en droit interne)*, Travaux du Comité français de droit international privé (1981-1982), París, 1983, pág. 13.

Además, si atendemos al criterio de eficiencia en Derecho internacional privado, que implica la introducción de un orden jurídico justo en las situaciones jurídicas internacionales que suponga la reducción del coste internacional, coste que se ve incrementado por la globalización, hemos de convenir que la compatibilización de la justicia material con el principio de eficiencia no siempre resulta sencilla.

Así, en el ámbito de la protección de menores, hemos comprobado cómo resulta más beneficioso para las partes implicadas el que la solución venga dada desde un Derecho internacional privado global o, lo que es lo mismo, a través de Convenios internacionales. Y ello porque se refuerza en cierta medida la previsibilidad jurídica y disminuyen los costes de información sobre el Derecho internacional privado extranjero⁸⁴. Obviamente, cuantos más Estados participen en un Convenio de estas características, menor será el coste y mayor la eficiencia. Pero no olvidemos que el coste no hay que medirlo únicamente desde parámetros económicos, puesto que el compromiso por parte de los Estados contratantes por lograr que el interés superior del menor sea una realidad entre ellos, invita a pensar que cuando formen parte del Convenio Estados pertenecientes a distintas tradiciones culturales, ese interés, que podría concebirse desde ángulos perfectamente contrapuestos, puede suavizarse y lograr de alguna manera que la opción por la que las autoridades del Estado se decante sea admitida por el resto de autoridades de los Estados miembros.

En el Convenio de 1996 hemos comprobado cómo se han introducido criterios de flexibilización de la competencia judicial internacional y del Derecho aplicable orientados a la búsqueda y mejor respeto y adecuación del interés superior del menor.

Es eficiente fijar una regla base de competencia judicial internacional por la que se consideran competentes, con carácter general, las autoridades de la residencia habitual del menor. En razón del interés superior del menor, parece adecuado que sean estas autoridades, por un lado, las que deban determinar si existen otras autoridades mejor situadas para materializar el interés del menor. Y, a su vez, que sean las que deban manifestar su consentimiento a la petición formulada por las autoridades de otros foros previstos específicamente en el Convenio, para conocer de la situación concreta. Sin embargo, estos criterios de flexibilización deben articularse lo más ágilmente posible, para evitar disfunciones y retrasos inapropiados.

En relación con el Derecho aplicable, la correlación *forum-ius* considerada como regla general, puede mejorarse a través de cláusulas de flexibilización. En ningún caso se discute que, en razón de la justicia material –que no únicamente eficiencia económica, dado que ésta sería mayor si las autoridades competentes aplicaran su ley interna–, cuando exista una ley conectada con el supuesto que proteja mejor los intereses del menor, ésta debe ser aplicada. Sin embargo, el Convenio de 1996 introduce en el apartado segundo del art. 15 un híbrido difícil de digerir. Se intenta confundir el principio de proximidad (vínculos más estrechos) con el interés del menor. En realidad, no se trata de una cláusula de excepción *stricto sensu*, pues se pretende que el principio del interés del menor se confunda hasta llegar a ser una sola cosa con el principio de los vínculos más estrechos.

La solución es en extremo complicada y entendemos que la eficiencia se hubiera logrado con una norma de conflicto con puntos de conexión alternativos o puntos de

⁸⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado...*, cit., pág. 226.

conexión subsidiarios, articulados de una forma determinada para atender la finalidad perseguida (normas materialmente orientadas)⁸⁵. De esta forma, se daría la posibilidad a la autoridad que conociera del caso de elegir entre los distintos puntos de conexión que se ofrecieran (y que podrían identificarse con los mismos utilizados para la determinación de la competencia judicial internacional), la ley más apta para dar respuesta a una determinada necesidad del menor.

⁸⁵ No obstante, entendemos que el coste se elevaría, puesto que la multiplicación de los puntos de conexión incrementaría las dificultades de prueba del Derecho extranjero y de su interpretación.