

**LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS
EN EL DERECHO INTERNACIONAL
Y EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES**

**Jornadas en conmemoración del 50 aniversario
de la Declaración Universal de los Derechos del Niño
y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York
sobre los Derechos del Niño**

Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA
Joaquim-J. FORNER DELAYGUA
(Dirs.)

Emili GONZÁLEZ BOU
Natacha GONZÁLEZ VIADA
(Coords.)

AEDPIRI
AEJI
Colegio Notarial de Cataluña
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2010

Índice

	Pág.
LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL NIÑO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DESDE EL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1989.....	11
I. Introducción	11
II. Los elementos de la protección.....	12
1. El niño como sujeto a proteger	12
2. Los instrumentos de protección	14
3. Las medidas de protección.....	20
III. Los mecanismos del Derecho internacional privado	26
1. Competencia de autoridades.....	27
2. Ley aplicable	30
3. Reconocimiento y ejecución	31
4. Cooperación de autoridades	33
5. El papel de la residencia habitual.....	35
IV. Consideraciones finales.....	37
EL INTERÉS DEL MENOR EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.....	39
I. Introducción	39
II. Notas sobre el interés del menor como concepto jurídico indeterminado	41
III. El interés del menor en la jurisprudencia de nuestros tribunales: su determinación <i>in concreto</i>	43
1. El tratamiento del principio de interés del menor en la jurisprudencia española.....	43
2. Análisis de algunos supuestos concretos.....	43
3. Especial referencia al principio de interés del menor en materia de derechos de la personalidad	50
IV. Conclusiones.....	55
NACIONALIDAD Y DERECHOS DEL NIÑO.....	57
I. Introducción	57

	Pág.
II. Personalidad e inscripción de nacimiento en el Registro Civil.....	59
III. Derecho a una nacionalidad	64
IV. Derecho a una filiación.....	66
V. Nacionalidad, filiación y estatuto jurídico del menor	68
VI. Derecho a un nombre: menciones de identidad	70
LOS DERECHOS DEL NIÑO ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	73
I. Introducción	73
II. Marco jurídico	76
III. Principios fundamentales aplicables a los niños en conflicto con la ley	78
1. Principio de igualdad y prohibición de la discriminación	79
2. Interés superior del niño	81
3. Derecho a la vida, al desarrollo y a la supervivencia	82
4. Respeto a la opinión del niño.....	83
5. Dignidad	84
IV. Prevención de la delincuencia juvenil	85
V. Responsabilidad penal de los niños.....	87
1. Edad mínima y límite de edad para la aplicación de la justicia de menores	87
2. Intervenciones sin recurrir a procesos judiciales	89
3. Intervenciones en procesos judiciales	90
VI. Prisión preventiva.....	91
VII. Proceso judicial.....	93
1. Juicio justo	94
2. Presunción de inocencia.....	96
3. Garantías procesales.....	97
VIII. Condena penal	98
1. Penas privativas de libertad	98
2. Pena de muerte y otras penas contrarias a la integridad personal	99
IX. Reflexiones finales	102
AUTORIDAD CENTRAL Y PROTECCIÓN DE MENORES: ALGUNAS FUNCIONES A EXAMEN	103
I. Introducción	103
II. La función de valoración de la AC en distintos instrumentos convencionales: dos casos particulares	105
1. Alimentos	105
2. Sustracción de menores	106
III. La función de valoración en el Convenio de La Haya de 1980, su incidencia en la práctica y en los mecanismos de resolución.....	109
IV. Reflexiones finales	113

	Pág.
LA TRATA DE NIÑOS EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL	115
I. Problemas de amplio Alcance.....	117
1. Dificultad de la obtención de datos	117
2. Concurrencia de actividades entre migración clandestina y trata de personas.....	118
3. Factores que favorecen la trata de niños.....	119
II. Marco jurídico normativo.....	121
III. Vías para la lucha contra la trata de personas especialmente mu- jeres y niños	126
PERSPECTIVAS DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN EL MAR- CO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES FRENTE A LA TRATA DE PERSONAS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA TRATA DE NIÑOS	129
I. Introducción	129
II. Tipificación del delito de trata de personas en el protocolo núm. 1 complementario al Convenio de Palermo de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.....	132
III. La Unión Europea a la vanguardia en la lucha contra la trata de personas, con especial referencia a la trata de niños	133
IV. Necesidad de aplicar el <i>ius puniendi</i> por los Estados miembros en la lucha contra las conductas delictivas de trata de personas	134
V. Caracteres de las penas por comisión de delitos por trata de perso- nas: efectividad, proporcionalidad y disuasión	134
VI. La lucha contra la ciberpornografía infantil.....	134
VII. El Consejo de Europa frente a la trata de personas	136
VIII. Conclusión	137
IX. Bibliografía	137
PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LAS NIÑAS Y NIÑOS SOLDADO	139
I. La protección jurídica internacional de los niños que participan en los conflictos armados.....	139
1. El Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra rela- tivo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.....	141
2. El Protocolo II Adicional a las Convenciones de Ginebra rela- tivo a la protección de las víctimas en los conflictos armados sin carácter internacional.....	145
3. La Convención sobre los Derechos del Niño.....	146
4. Desarrollos recientes en la materia.....	150
II. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	154
1. La edad mínima de participación en los conflictos armados...	157
2. La calificación de la participación en las hostilidades	160
3. La cuestión del reclutamiento forzoso y voluntario	161

	Pág.
4. La participación de los niños en los grupos armados no gubernamentales	164
5. La cuestión de las reservas al Protocolo Facultativo	166
6. La posibilidad de un procedimiento de investigación	167
7. Aplicación del Protocolo Facultativo	168
8. Mecanismo de supervisión de las disposiciones del Protocolo.	169
9. Firma y ratificación del Protocolo Facultativo	170
III. A modo de conclusión	171
LAS NIÑAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS: UN COLECTIVO OLVIDADO Y UNA OCASIÓN PERDIDA.....	173
I. Punto de partida: las niñas en los conflictos armados	173
II. Las niñas en los conflictos armados: doble vulnerabilidad, necesidades especiales y ataques específicos	181
1. La niña-mujer	182
2. La niña-menor	187
III. Conclusiones	194
IV. Bibliografía	196
LA INDEFENSIÓN DE LOS NIÑOS SOLDADOS: LOS CASOS DE ESTADOS UNIDOS Y REINO UNIDO.....	201
I. Introducción	201
II. Legislación internacional	204
III. El reclutamiento de menores en el Reino Unido	206
IV. El caso de Estados Unidos	208
V. Reflexiones finales	212
EXPLOTACIÓN LABORAL INFANTIL.....	215
I. Introducción	215
II. El trabajo infantil como manifestación esencial de la explotación laboral infantil	216
III. La magnitud universal del fenómeno del trabajo infantil.....	224
IV. Los instrumentos específicos universales para la abolición del trabajo infantil: la actividad normativa de la OIT	229
1. El Convenio 138 y el establecimiento de una edad laboral mínima.....	229
2. El Convenio 182 y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil.....	234
V. Consideraciones finales	237
LOS ACUERDOS CELEBRADOS POR ESPAÑA EN MATERIA DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL CONTEXTO DEL MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS SEPARADOS O NO ACOMPAÑADOS.....	239
I. Consideraciones introductorias.....	239

	Pág.
II. El marco de protección que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ofrece a los Menores extranjeros no acompañados: especial referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño y a su Comité	242
1. La noción de «menor extranjero no acompañado» en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	243
2. Los principios que deber regir el trato de los menores no acompañados por parte de los Estados y su interpretación por parte del Comité de los Derechos del Niño	246
3. Consideración especial de los órganos de base convencional de supervisión de convenios universales de Derechos humanos respecto al trato de España a los menores extranjeros no acompañados	252
III. Los menores de edad extranjeros no acompañados en el ordenamiento jurídico español.....	254
1. Los menores extranjeros no acompañados en el marco general de protección de los menores en España.....	254
2. Los menores extranjeros no acompañados o separados y las normas en materia de Extranjería	256
3. El desarrollo reglamentario de la LOEX.....	260
IV. Los convenios bilaterales sobre menores extranjeros no acompañados celebrados por España	264
1. El Acuerdo entre Rumania y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España.....	267
2. El Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción.....	269
3. El Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado	271
V. Consideraciones finales: ¿protección o garantías de «retorno»?	274
LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS PARA LOS MENORES: NUEVAS SOLUCIONES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	275
I. Introducción	275
II. Instrumentos internacionales en materia de obligaciones alimenticias	276
1. Los instrumentos internacionales en vigor en materia de alimentos	276
2. Los futuros instrumentos internacionales en materia de alimentos	278
III. La regulación de los alimentos en las relaciones internacionales...	279

	Pág.
1. El concepto de alimentos en las relaciones internacionales y ámbito material de los instrumentos.....	279
2. Ámbito espacial.....	282
3. Ámbito competencial.....	283
4. Ámbito personal.....	285
5. Ámbito temporal.....	286
IV. Análisis de los futuros instrumentos relativa a las obligaciones alimenticias respecto de los menores.....	286
1. Normativa sobre competencia judicial directa respecto de los menores.....	287
2. Normativa sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los menores.....	288
3. Normativa aplicable al reconocimiento y ejecución de decisiones respecto de los menores.....	291
V. Normativa aplicable en materia de cooperación administrativa respecto de los menores.....	294
1. La cooperación administrativa en el Convenio de alimentos de 2007 respecto de los menores.....	295
2. La cooperación administrativa en el Reglamento 44/2009 respecto a los menores.....	296
VI. Conclusiones.....	297
REGULACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE ALIMENTOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO: EL REGLAMENTO 4/2009 Y SU RELACIÓN CON EL CONVENIO Y EL PROTOCOLO DE LA HAYA 2007.....	299
I. Introducción.....	299
II. El nuevo Reglamento 4/2009.....	300
1. Ámbito de aplicación del Reglamento.....	301
2. Competencia.....	305
3. Ley aplicable y relaciones derivadas: el Protocolo de La Haya de 2007.....	306
III. Las obligaciones alimenticias en la esfera internacional.....	309
IV. Reflexiones finales.....	314
REQUISITOS PARA LA VALIDEZ EN ESPAÑA DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDADES EXTRANJERAS EN DEFECTO DE NORMAS CONVENCIONALES.....	315
I. Delimitación del tema objeto de estudio.....	315
II. Utilidad del procedimiento autónomo de reconocimiento.....	317
III. Requisitos que ha de cumplir la adopción constituida por autoridad extranjera.....	319
1. Que la autoridad extranjera que constituye la adopción sea competente.....	319
2. Control de la adecuación de la ley aplicada.....	322
3. Correspondencia con los efectos de la adopción regulada por el Derecho español.....	327

	Pág.
4. Certificado de idoneidad del adoptante.....	333
5. Consentimiento de la entidad pública en España.....	334
6. Caracteres del documento en el que ha de constar la adopción	335
IV. No contrariedad con el orden público internacional español.....	336
V. Consecuencias del no reconocimiento	337
LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS RESOLUCIONES DE RETORNO EN LAS SUSTRACCIONES INTERNACIONALES DE MENORES	341
I. Planteamiento.....	341
II. Contexto normativo para la ejecución forzosa	342
1. El limitado alcance de los instrumentos sobre menores: la remisión al Derecho del Estado de la ejecución.....	342
2. Las limitaciones derivadas del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos	344
III. Títulos ejecutivos	346
IV. Condicionantes del procedimiento para la ejecución forzosa de las decisiones de retorno.....	348
1. Inicio del procedimiento y principio de oficialidad.....	348
2. Celeridad del proceso y ejecución provisional de las decisiones de retorno	350
3. La obligación de ejecución directa de la orden de retorno	354
V. Supuestos de no ejecución de las decisiones de retorno.....	355
1. Oposición a la ejecución definitiva	355
2. Consideración de las circunstancias sobrevenidas.....	356
VI. Consecuencias de la denegación de ejecución.....	363
VII. Consideración final.....	365
EL EMPLEO DE LA MEDIACIÓN EN SITUACIONES DE SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES.....	367
I. El fomento de la mediación	367
1. En las situaciones familiares internacionales en general.....	367
2. En las situaciones de secuestro de menores en particular	369
II. Garantías del recurso a la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores.....	374
1. Aceptación y alcance de la mediación: garantías relativas a la información.....	374
2. Garantías de índole temporal.....	375
3. La audiencia al menor	377
4. Elección del tipo de mediación y garantías sustantivas: igualdad entre las partes e imparcialidad y neutralidad del mediador	379
III. Empleo de la mediación para supuestos de sustracción en España	381
IV. Conclusiones.....	383

	Pág.
INSTRUMENTOS LEGALES PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS NIÑOS.....	385
I. Planteamiento de la cuestión.....	385
II. Las instituciones civiles de protección patrimonial del menor	386
1. Principios Jurídicos fundamentales	386
2. Regulación civil de la protección patrimonial del menor	388
III. La autonomía de la voluntad en la configuración de la protección patrimonial del menor.....	391
IV. La aplicación de las normas del Derecho internacional privado y del Derecho extranjero relativas a los menores por notarios y registradores	396
V. La excepción del interés nacional o del orden público internacional en las instituciones jurídicas de protección patrimonial del menor	397
1. Fijación de los límites de edad para determinar la capacidad de obrar	398
2. Principio de igualdad.....	399
3. Principio de protección de la vivienda familiar o común	399
4. Principio de protección de los derechos e intereses de los menores de edad y de los incapaces	400
VI. Problemas jurídicos prácticos relacionados con el patrimonio de los menores	401
1. El problema de la capacidad para contratar de los extranjeros	401
2. El problema de la representación legal de los menores e incapaces	405
3. La disposición de la vivienda familiar o común	408
4. La contratación de bienes adquiridos por herencia de un causante extranjero	410
 LAS REIVINDICACIONES DE LOS MOVIMIENTOS INTERNACIONALES DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN EL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	 413
I. La convención sobre los Derechos del Niño: una nueva interpretación.....	413
II. Antecedentes a las reivindicaciones internacionales de la infancia y la adolescencia: el primer Congreso Mundial. La declaración de Porlamar y el gran documento	416
III. Un nuevo paso reivindicativo: el segundo Congreso Mundial	419
IV. El tercer Congreso Mundial de Barcelona sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia: la Declaración de Barcelona.....	421
1. La pobreza como principal obstáculo de los derechos de la infancia y de la adolescencia.....	422
2. La salud pública como premisa para los derechos de la infancia y de la adolescencia	423

	<u>Pág.</u>
3. La lucha contra la violencia y el maltrato a la infancia y a la adolescencia	424
4. La identidad de la infancia y de la adolescencia	426
5. La educación obligatoria y gratuita como apuesta por un mundo más apropiado para la infancia y la adolescencia	426
6. El desarrollo del derecho de participación infantil y juvenil ...	428

En el corriente año 2009 se cumple el 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y el 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño. El presente número Monográfico de La Notaria agrupa el texto de la mayoría de las ponencias y comunicaciones presentadas en las Jornadas sobre «La protección de los Niños en el Derecho internacional y en las Relaciones internacionales», que se celebraron en conmemoración de las indicadas efemérides en el Col·legi de Notaris de Catalunya los días 23 y 24 de abril de 2009.

Las Jornadas, a las que asistieron más de un centenar y medio de personas entre profesionales, profesores, estudiantes y otro público interesado, fueron inauguradas por la Sra. Imma PÉREZ I ROVIRA, Secretària d'Infància i Adolescència y clausuradas por la Directora General de Dret i Entitats Jurídiques, Dra. Elena LAUROBA LACASA.

En la preparación de las Jornadas, así como en la preparación de este Monográfico, han colaborado estrechamente la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y de Relaciones internacionales, la Associació d'Estudis Jurídics internacionals, el Col·legi de Notaris de Catalunya y el Departament de Dret i Economia internacionals de la Universitat de Barcelona. Además de las entidades organizadoras, tanto la celebración de las Jornadas como la publicación del Monográfico han sido posibles gracias a la generosa ayuda —especialmente agradecida en tiempos de crisis— de la Generalitat de Catalunya, del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y de la organización del Máster en Estudios internacionales de la Universitat de Barcelona.

Barcelona, octubre 2009

Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA
Joaquim-J. FORNER DELAYGUA

La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989

Alegría BORRÁS

*Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ELEMENTOS DE LA PROTECCIÓN.—1. El niño como sujeto a proteger. 2. Los instrumentos de protección. 3. Las medidas de protección.—3.1. El supuesto básico. 3.2. Los problemas «en la familia» o «en las familias». A) El acceso a ambos progenitores. B) La adopción internacional.—III. LOS MECANISMOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—1. Competencia de autoridades. 2. Ley aplicable. 3. Reconocimiento y ejecución. 4. Cooperación de autoridades. 5. El papel de la residencia habitual.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN *

La celebración del vigésimo aniversario del Convenio de Nueva York de 1989 sobre los derechos del niño constituye un buen momento para meditar, desde una perspectiva de Derecho internacional privado, sobre la evolución que se ha producido en la protección de los derechos fundamentales de los niños.

En esta perspectiva y como punto de partida deben considerarse tres elementos:

1. El objetivo de la protección es alcanzar el más alto grado de protección del niño y, por esta razón, el art. 3.1 del Convenio de Nueva York establece que la «consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño», un concepto abstracto, sobre el que volveremos más adelante.

* Se ha mantenido el tono de la intervención oral.

2. Si debe destacarse el camino que en su día abrió la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto Boll¹, frente a las tradicionales y limitadas ideas de la tutela y la patria potestad, no cabe duda que el hito más importante en el ámbito de la protección de los niños lo constituye el Convenio de Nueva York de 1989². Por una parte, recoge las experiencias anteriores. Por otra parte, es la fuente de inspiración de los instrumentos posteriores, elaborados en otros foros.

3. En el ámbito internacional, a nivel mundial, es de destacar la labor que a lo largo de los años está realizando la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que puede ser considerado como un centro de referencia general en el ámbito de la protección de los niños, destacando el hecho de que no se ha limitado a la elaboración de los Convenios, sino que en los últimos tiempos ha ido incrementando progresivamente lo que, de forma genérica, puede denominarse *monitoring*, englobando todas las tareas realizadas para conseguir el mejor funcionamiento de los instrumentos ya adoptados³. A nivel regional, deben añadirse los esfuerzos realizados en los últimos tiempos por la Comunidad Europea.

Para examinar los elementos esenciales de la evolución de la protección de los niños en el Derecho internacional privado desde 1989, se va a tratar, en primer lugar, de los elementos de la protección, para examinar después, en segundo lugar, los mecanismos que el Derecho internacional privado ofrece para la protección de ese interés superior.

II. LOS ELEMENTOS DE LA PROTECCIÓN

Para comprender el alcance de la evolución que se ha producido en estos últimos años, son tres los elementos a considerar. En primer lugar, debe prestarse atención al concepto de «niño» como sujeto a proteger. En segundo lugar, deben examinarse los instrumentos para la protección internacional del niño. En tercero y último lugar, deben examinarse cuáles sean las posibles medidas de protección del niño.

1. El niño como sujeto a proteger

Por lo que se refiere, en primer lugar, al «niño» como sujeto a proteger, el art. 1 del Convenio de Nueva York lo define como el «ser humano menor de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». De esta forma, se pretende

¹ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 28 de noviembre de 1958, *Pays Bas v. Suède, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1958, pp. 55 ss.

² Entre los comentarios sobre la incorporación de España, P. P. MIRALLES, «La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño», *Actualidad civil*, 1991, núm. 39; P. RODRÍGUEZ MATEOS, «La protección jurídica del menor en el Convenio sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, núm. 2, pp. 465 ss.

³ Basta ver la importancia de toda esta labor consultando su página web, www.hcch.net.

desvincular la edad de la protección de las diferentes edades en que en los Estados puede alcanzarse la mayoría de edad, de suerte que implica una serie de decisiones:

— En primer lugar, se utiliza el término «niño», con preferencia al término «menor», que ha sido utilizado ampliamente en el pasado⁴ y que plantea problemas de calificación y de conflicto móvil. Se requería, por tanto, la determinación de la ley aplicable a la determinación de la mayoría de edad (art. 12 del Convenio de La Haya de 1961).

— En segundo lugar, se toma el «niño» individualmente, puesto que de lo que se trata es de encontrar las medidas más adecuadas para cada específico, sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, deban ser tomados en su conjunto o como formando parte de una unidad familiar.

— En tercer lugar, se ha adoptado una determinada edad, la de los dieciocho años, como término de la niñez, teniendo en cuenta que en un número importante de Estados coincide con la mayoría de edad. Por esto, nos encontramos este término en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, que se aplica a la protección de los niños hasta los dieciocho años (art. 2), mientras que el Convenio de La Haya de 2000 sobre protección de adultos se aplica a partir de dicha edad (art. 2, apartado 1) y estableciendo un vínculo entre ambos textos para dar continuidad a la protección, estableciendo en el apartado 2 del mismo artículo que el Convenio de protección de adultos «se aplicará también a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de dieciocho años cuando se adoptaron dichas medidas».

— Una última cuestión es la relativa al momento en que se inicia la protección. Tradicionalmente, nada han dicho los Convenios internacionales sobre esta cuestión y de ahí que originase un duro debate durante la elaboración del Convenio de La Haya de 1996, sobre protección de niños, la introducción en su art. 2 de un término inicial: el Convenio «se aplica a los niños a partir de su nacimiento». Como se dice en el Informe explicativo al Convenio⁵, «declarándose así aplicable a los niños a partir de su nacimiento, el Convenio ha querido evitar sobre todo tomar posición sobre el problema ético subyacente de la legitimidad de la interrupción voluntaria del embarazo y sobre el estatuto legal internacional del embrión. Cada Estado es libre de tomar, según su Derecho interno, medidas de protección del niño concebido y los demás Estados son libres de reconocer tales medidas. El Convenio ha adoptado pues sobre esta cuestión sensible una posición modesta, dejando a los Estados contratantes libres de aplicar sus propias concepciones, pero rechazando imponerles la obligación de reconocer las concepciones de los otros».

La introducción de la expresión «interés superior del niño»⁶ en el art. 3 del Convenio de Nueva York plantea, no obstante, dudas. Se pretende que

⁴ Así, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre protección de menores.

⁵ Preparado por el Prof. Paul LAGARDE, apartado 15.

⁶ Sobre el papel del interés del niño, A. BORRÁS, «El "interés del menor" como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», Discurso de ingreso en la Academia de

constituya un factor que sirva para avanzar en la protección de los niños a nivel mundial, pero tratándose de un valor indeterminado, puede ser causa de otros problemas. Hace ya años pudo decirse que «La noción de interés superior del niño que debería constituir un factor de progreso y unificación del Derecho, conduce en el plano internacional a que, en ausencia de cooperación, haya un resultado diametralmente opuesto y lleve a todos los Estados a una noción estrictamente individualista y nacionalista de protección de los niños»⁷. En efecto, en ausencia de un texto de carácter internacional que establezca los parámetros dentro de los que se encuentra dicho interés, lejos de constituir un elemento de unificación puede ser un elemento centrífugo en los casos en que la familia está conectada a diversos países, constituyendo así un «elemento de obscurantismo nacionalista».

2. Los instrumentos de protección

Como se ha dicho en repetidas ocasiones, el Convenio de Nueva York de 1989 no es una mera «declaración de derechos», pero las obligaciones que de él derivan se concretan en otros instrumentos. De ahí que al tratar de estas cuestiones haya que referirse a una pluralidad de fuentes⁸, en el sentido de que coexisten fuentes internas con fuentes convencionales e institucionales en el caso de la Comunidad Europea. Desde la perspectiva que aquí nos interesa y, por tanto, dejando al margen la normativa material interna en materia de protección, esta pluralidad de fuentes formales en el orden internacional implica la necesidad de una articulación entre las distintas fuentes, una operación que tiene un grado de dificultad muy diverso según las circunstancias.

Sin duda, la operación más sencilla es la que procede entre los Convenios de La Haya afectando a la misma materia. Tratándose de Convenios elaborados en el seno de la misma Organización internacional, en los convenios posteriores se ocupa de establecer las relaciones con los Convenios anteriores. Así, el art. 51 del Convenio sobre protección de niños de 1996 establece que «en las relaciones entre los Estados contratantes, el presente Convenio sustituye al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y al Convenio para regular la tutela de los menores, firmado en La Haya el 12 de junio de 1902, sin perjuicio del reconocimiento de las medidas adoptadas según el Convenio de 5 de octubre de 1961 antes citado». Y, de la misma forma, establece en el art. 50 que otra posición

Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, 1993, con contestación de E. ROCA, publicado también en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, 4.

⁷ L. CHATIN, «Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en DIPr (Accords internationaux et mesures de prévention en droit interne)», *Travaux du Comité français de DIPr*, Seance du 12 mai 1982, p. 13.

⁸ Fenómeno de la diversificación de fuentes a que se refiriera J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé. Cours general», *Recueil des Cours*, t. 287 (2000).

diferente es la del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que no se ve afectado por el Convenio de 1996, si bien «nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita». Por esta razón, también, en el art. 7 se ha introducido una disposición relativa a la competencia de autoridades en los casos de desplazamiento o retención ilícitos del niño, una disposición específica general necesaria para resolver esta cuestión de manera uniforme con respecto a todos los Estados contratantes ya sean o no parte en el Convenio de 25 de octubre de 1980⁹.

Si de esta materia pasamos a los Convenios en materia de alimentos, la Conferencia de La Haya ha sido particularmente activa en este ámbito, con dos Convenios sobre ley aplicable, de 1956 y de 1973, dos Convenios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, de 1958 y de 1973, a los que hay que añadir los recientes instrumentos de 2007¹⁰, que abarcan los temas anteriores más la cooperación de autoridades y la ejecución *stricto sensu*. En este caso, además de la pluralidad de instrumentos, se añadía la existencia del Convenio de Nueva York de 1956.

En este caso, la situación más simple se refiere a la ley aplicable, en cuanto que el Protocolo de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias dispone (art. 18) que entre los Estados contratantes, sustituye tanto al Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias como al Convenio de La Haya de 1956 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores.

Más compleja era, sin duda, la relación entre los demás instrumentos en materia de alimentos. Por lo que se refiere a los dos Convenios relativos al reconocimiento y la ejecución de resoluciones de 1958 y de 1973, quedan sustituidos por el Convenio de 2007 en la medida en que su ámbito de aplicación coincida (art. 48) y con sujeción al art. 56.2, que contiene una norma transitoria en relación al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de alimentos de acuerdo con los Convenios anteriores si las condiciones previstas por el Convenio de 2007 impiden el reconocimiento y ejecución de una decisión, siempre que ésta hubiera sido dictada durante la vigencia de dichos Convenios¹¹. Pero con ello no termina la cuestión y fue necesario introducir una regla de «coordinación» con el Convenio de Nueva York de 1956, al que sustituirá «en la medida en que su ámbito de aplicación entre dichos Estados coincida con el ámbito de aplicación del presente Convenio» (art. 49). Y, finalmente, fue preciso

⁹ Informe explicativo de Paul LAGARDE, apartado 46.

¹⁰ A. BORRÁS, «Dos nuevos instrumentos en materia de alimentos: el Convenio y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007», *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. VII, 2007, pp. 1305 ss.; A. BORRÁS, «Reservations, declarations and specifications: Their function in the Hague Convention on the international recovery of child support and other forms of family maintenance», *Nuovi strumenti del Diritto internazionale privato/New instruments of Private international law. Liber Fausto Pocar* (edited by G. VENTURINI-S. BARIATTI), Milano, 2009, pp. 125-140.

¹¹ Informe explicativo de A. BORRÁS y J. DEGELING, en preparación.

clarificar (art. 50) que el Convenio de 2007 «no deroga» el Convenio de La Haya de 1954 sobre procedimiento civil, el Convenio de 1965 sobre notificaciones en el extranjero, ni el Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero, una disposición que puede considerarse incluso innecesaria, pero que cumple una función pedagógica importante¹², en la medida en que muestran que las reglas contenidas en el Convenio, en particular en el art. 6, apartado *g)*¹³ y *j)*¹⁴, no afectan a los Convenios específicos en las respectivas materias¹⁵.

Por lo demás, con carácter general, se establece en el Convenio (art. 51) y en el Protocolo (art. 19) que no afectan a los instrumentos internacionales celebrados antes de su celebración, si bien en el caso del Protocolo, y teniendo en cuenta su naturaleza *erga omnes*, se añade que ello será así «salvo declaración en contrario de los Estados Partes de tales instrumentos». En ambos instrumentos se incluye la misma solución para los supuestos de acuerdos de reciprocidad y leyes uniformes, basadas en la existencia de vínculos especiales entre los Estados concernidos, como puede ser el caso de los países nórdicos.

Desde la perspectiva que aquí nos interesa, hay que subrayar la relación con los instrumentos comunitarios. Es natural que el Protocolo del 2007 nada diga en relación a un instrumento comunitario: su existencia misma se debe a que la Comunidad prefería no introducir en el entonces futuro Reglamento regla alguna sobre ley aplicable, sino remitir al Protocolo.

Por el contrario, disposiciones al respecto eran necesarias en el Convenio de 2007 y, por ello, el apartado 4 del art. 51 introduce dos reglas al respecto. La primera, que el Convenio no afectará al instrumento adoptado después de la celebración del Convenio siempre que dicho instrumento no afecte «la aplicación de las disposiciones del Convenio en las relaciones entre los Estados miembros de la Organización Regional de Integración Económica con otros Estados contratantes», cuestión que afecta tanto al tema de la cooperación de autoridades como a los Estados Parte del Convenio de Lugano, a que nos referimos más adelante. La segunda, que el Convenio no afectará a las reglas de reconocimiento o ejecución de decisiones entre los Estados miembros de la Comunidad, ya se hayan adoptado antes o después de la celebración del Convenio, es decir, el Convenio de Bruselas de 1968, el Reglamento 44/2001 o el Reglamento 4/2009.

Si de aquí pasamos al Reglamento 4/2009¹⁶, las disposiciones al respecto se dividen en dos partes: las relaciones con otros instrumentos co-

¹² Informe explicativo de A. BORRÁS y J. DEGELING, en preparación. Debe indicarse, no obstante, que es un tema particularmente sensible para determinados Estados.

¹³ Que se refiere a la función de la Autoridad central de «facilitar la obtención de pruebas documentales o de otro tipo».

¹⁴ Que se refiere a su función de «facilitar la notificación de documentos».

¹⁵ Al respecto, comentarios al art. 50 del Informe explicativo de A. BORRÁS y J. DEGELING, en preparación.

¹⁶ Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *Diario Oficial*, L 7, de 10 de enero de 2009.

munitarios y las relaciones con los Convenios y acuerdos internacionales existentes.

Por lo que se refiere a las relaciones con otros instrumentos comunitarios, sustituye, en lo que se refiere a alimentos, al Reglamento 44/2001 («Bruselas I»), al Reglamento 805/2004 sobre Título Ejecutivo Europeo y a la Directiva 2003/8/CE, a reserva de lo dispuesto en el Capítulo V sobre acceso a la justicia, sin afectar a la aplicación de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Obviamente, esta regla está sometida a las disposiciones transitorias del art. 75. Al igual que el Convenio de La Haya deja a salvo los Convenios sobre notificaciones y sobre obtención de pruebas, el Reglamento comunitario se ocupa de dejar a salvo los Reglamentos sobre notificaciones y sobre cooperación en materia de pruebas [art. 51, apartado 2, letras g) y j)].

Por lo que se refiere a otros Convenios y acuerdos internacionales existentes, el art. 69 distingue entre los Convenios únicamente entre los Estados miembros y aquellos en que también son parte otros Estados. Por lo que se refiere a los primeros, el Reglamento sustituye a los Convenios preexistentes. Por lo que se refiere a los Convenios en que intervienen también otros Estados, continuarán aplicándose, siempre sin perjuicio de las obligaciones de los Estados en virtud del art. 307 del Tratado. Del mismo beneficio goza, en las condiciones establecidas, el Convenio nórdico de 23 de marzo de 1962.

En relación a los Convenios futuros, entra en juego la competencia comunitaria para su conclusión, en la medida de su competencia¹⁷, muy amplia al tratarse de un Reglamento que abarca competencia, reconocimiento y ejecución, cooperación de autoridades y, por la vía de incorporación por referencia, el Protocolo de La Haya de 2007.

Hay que añadir que la cuestión de Gibraltar ha tenido bloqueada la ratificación de una serie de Convenios en materia de Derecho de familia que vincularán a la Comunidad con terceros Estados. Este ha sido el caso del Convenio de La Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de protección de niños. En este caso, el Convenio de La Haya afecta al Reglamento 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹⁸. Dado que el Convenio no tiene cláusula de adhesión para la Comunidad Europea, los Estados miembros deben firmar y ratificar el Convenio en interés propio y de la Comunidad Europea. La situación ha resultado compleja y aún lo seguirá siendo hasta

¹⁷ Sobre este tema y, en particular, las consecuencias del Dictamen 1/03, A. BORRÁS, «Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences», *Yearbook of Private International Law*, vol. 8 (2006), pp. 37-52.

¹⁸ Antes del Reglamento 1347/2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de nulidad, divorcio y separación y protección de los hijos comunes con motivo de tales crisis.

que, siguiendo la decisión del Consejo, los Estados destinatarios adopten las medidas necesarias y pueda ratificarse simultáneamente el Convenio.

Teniendo en cuenta la vinculación del Convenio de La Haya con el Reglamento, el Consejo autorizó a los Estados miembros¹⁹ a firmar conjuntamente el Convenio de La Haya, haciendo una declaración por la que las decisiones dictadas en un Estado miembro a ejecutar en otro Estado miembro se beneficiarían del procedimiento más rápido previsto en el instrumento comunitario. La firma tuvo lugar el 1 de abril de 2003, excepto el caso de Holanda, que ya había firmado antes sin hacer declaración alguna. Hay que decir que Dinamarca también firmó el Convenio el 1 de abril de 2003. Pero algunos de los Estados que no eran miembros de la Comunidad en 1 de abril de 2003 han firmado (Polonia y Rumanía) o firmado y ratificado (Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Hungría, Lituania y la República Checa) el Convenio, normalmente antes de su entrada en la Comunidad o, incluso, después. El problema se complicó aún más por el problema entre España y Reino Unido relativo a Gibraltar que ha concluido con el «régimen acordado relativo a las Autoridades de Gibraltar en el contexto de los Acuerdos mixtos (2007)», de 19 de diciembre de 2007. Debe reconocerse que ante este cuadro, la Comisión ha tomado una posición flexible y paciente, habiendo presentado en cuanto le ha sido posible, en febrero de 2008, un proyecto de decisión que trata de acabar con esta falta de uniformidad, habiéndose adoptado la Decisión del Consejo 2008/431/CE²⁰ para depositar el instrumento de ratificación al Convenio de La Haya de 1996 antes de 5 de junio de 2010 y realizar la declaración relativa a la competencia de los que no la hicieron. En efecto, mediante esta decisión se autoriza a Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia a ratificar el Convenio. Pero, además, los Estados que no han hecho la declaración antes mencionada deberán hacerla (Bulgaria, Chipre, Letonia, Malta, Países Bajos y Polonia). La expectativa es que puedan concluirse los procedimientos internos de ratificación en el plazo previsto, pero probablemente se alargará más. Mientras tanto, permanece la fragmentación²¹ y las referencias en el Reglamento comunitario al Convenio de La Haya resultan en algunos casos difíciles, cuando se trata de dos instrumentos destinados a ser aplicados conjunta y armoniosamente.

Debe decirse que Irlanda y Reino Unido han ejercido en este caso el *opting-in*. En el caso de Irlanda, adoptó la decisión de ejercerlo después que el Tribunal de Justicia se pronunciara en el Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, pues se planteaba dudas sobre si la existencia de una cláusula de

¹⁹ Decisión 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, DO L 48, de 21 de febrero de 2003.

²⁰ Diario Oficial L 151, de 11 de junio de 2008.

²¹ A. BORRÁS, «La fragmentation des sources de Droit international privé communautaire. Le cas de la responsabilité nucléaire», *Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 31-41 y, de forma más amplia, A. BORRÁS, «La falta de unificación del ámbito de aplicación del Derecho internacional privado comunitario», (*Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Prof. Victoria Abellán*, Madrid, Marcial Pons, 2009).

desconexión en el Convenio excluía la competencia comunitaria. En este sentido, sin entrar aquí en el estudio de las denominadas cláusulas «de desconexión»²², el Tribunal²³ entiende que la inclusión de tales cláusulas no constituye una garantía de que las normas comunitarias no se verán afectadas, sino que, por el contrario, puede ser indicio de que tales normas resultan afectadas y, a tal respecto, la cuestión de la determinación de la existencia de la competencia comunitaria exclusiva para concluir, en ese caso, el Convenio de Lugano tiene un carácter previo. Con ello recoge la interpretación de la Comisión, la cual en sus observaciones²⁴ destacaba «el carácter particular de una cláusula de desconexión en un acuerdo internacional de Derecho internacional privado, que es muy distinta de una cláusula de desconexión clásica», puesto que para la Comisión el objetivo de las cláusulas de desconexión en el nuevo Convenio de Lugano no es preservar la aplicación del Reglamento 44/2001, sino «regular de manera coherente la aplicación distributiva de este Reglamento y del acuerdo previsto», es decir, se trataría de lo que ahora se denomina más precisamente, «cláusula de compatibilidad» y la CDI habla de «cláusulas relativas a conflictos de normas»²⁵, para las que recomienda que se tenga en cuenta: *a*) que no afecten a los derechos de terceros; *b*) que sean lo más claras y específicas posible; en particular, deberán referirse a disposiciones específicas del tratado y no deberán menoscabar el objeto y el fin del tratado; y *c*) que estén vinculadas, según proceda, a mecanismos apropiados de solución de conflictos.

En el caso concreto, la compatibilidad de los instrumentos deriva de la posibilidad prevista en el art. 52, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1996²⁶ de que uno o varios Estados contratantes puedan concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados Parte en tales acuerdos, disposición claramente pensada para los Reglamentos comunitarios en la materia.

Resta, finalmente, referirse a las disposiciones internas que, en todo caso, deben adaptarse a las normas convencionales y comunitarias. Y ello es así en muchas ocasiones aunque se trate de Convenios *self-executing*, o que se trate de reglamentos comunitarios. Cabe pensar en el ejemplo de la introducción del Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, titulado «Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional», introducidos por la Ley Orgánica de protección del menor²⁷.

²² Sobre ellas, A. BORRÁS, «Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire», *Festschrift für Eric Jayme* (herausgegeben von H. P. MANSEL-T. PFEIFFER-H. KRONKE-Ch. KOHLER-R. HAUSMANN), Munich (Sellier), t. I, pp. 57-72.

²³ Apartado 130, reiterado en el apartado 154.

²⁴ Apartado 85.

²⁵ Informe de la Comisión de Derecho internacional sobre la labor realizada en su 58 periodo de sesiones (2006), Asamblea General, 61 periodo de sesiones, Documento A/61/10),

²⁶ Norma de complicada gestación, vease apartados 170-172 del Informe Lagarde.

²⁷ 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, *Boletín Oficial del Estado* de 17 de enero de 1996.