

Comentario al libro

*"La Protección Internacional de los Derechos Del Niño  
y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>(\*)</sup>"*

Marina Vargas GÓMEZ-URRUTIA<sup>(\*)</sup>

El niño y la protección internacional  
(Consideraciones acerca del texto de referencia)

Cristina Ester MARZIONI

Sumario

Introducción. El niño/a sujeto de derecho y de protección. Breve referencia de contenido. El interés del menor como mecanismo de cooperación internacional. El sistema judicial español en materia familiar. La norma de conflicto y la técnica de cooperación internacional. Los Convenios de La Haya: las reglas de reparto y las puramente procesales.

Resumen

El libro que se comenta es un trabajo realizado por la autora Marina Vargas Gómez-Urrutia, Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) (1978), abogada en ejercicio en España, docente e investigadora (1991-1997) (Derecho Romano y Metodología de la Investigación Jurídica y Derecho Internacional Privado) en México en la Universidad Panamericana. Producto de los Cursos de Doctorado 1997-1998, en el Departamento de Derecho de la Empresa (Área de Derecho Internacional Privado) en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-Madrid).

Trata sobre los derechos del niño/a y la protección internacional desde el Derecho Internacional Privado, con particular relación a los convenios de La Haya. La interpretación como normas de reparto y técnicas de cooperación entre autoridades.

*El comentario se centra en el interés del menor, la cooperación internacional en la esfera judicial, y de otras autoridades (administrativas y judiciales) en el marco de los tres sistemas regionales mundiales; con especial referencia jurisprudencial y doctrinaria al sistema jurídico español.*

<sup>(\*)</sup> Resultado de un trabajo realizado por la autora Marina Vargas Gómez-Urrutia, en los Cursos de Doctorado 1997-1998, en el Departamento de Derecho de la Empresa (Área de Derecho Internacional Privado) en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-Madrid).

<sup>(\*\*)</sup> La autora del libro supra referido es Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) (1978), ejerce como abogada en España, dedicada a la docencia y a la investigación (1991- 1997) (Derecho Romano y Metodología de la Investigación Jurídica y Derecho Internacional Privado) en México en diferentes momentos en la Universidad Panamericana, e Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), siempre en contacto con la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Ya en España inicia los estudios del Programa de Doctorado sobre Educación a Distancia (UNED), donde surge como fruto este libro. Imparte docencia sobre Derecho Internacional Privado en la Universidad Europea de Madrid (UEM). (Cita del Prólogo del Pedro Pablo Miralles Sangro, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Decano de la Facultad de Derecho de la UNED, España, Madrid, 1998-1999).

¿Pero qué soy yo? ¿Un niño que llora en la noche?  
Un niño que llora por la luz: ¡y sin otra lengua que el llanto!  
Alfred Tennyson

## Introducción

El trabajo que menciono parte de la necesidad de encuadrar los derechos del niño en un amplio marco de protección de los derechos humanos. Y pretende —modestamente dice la autora— partir de la proclamación y el reconocimiento de derechos *in genere* al menor como persona humana, es decir de aquellos derechos fundamentales vinculados a determinadas categorías de personas o de grupos de personas, tales como minorías étnicas, mujeres, niños y ancianos. Y a partir de 1989, la consideración del mismo como titular de los derechos proclamados en la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, del 20 de noviembre de 1989.

## El niño/a sujeto de derecho y de protección

En un primer elemento de reflexión, surge el enunciado dogmático de los derechos fundamentales que tiene todo niño por el mero hecho de ser persona humana, y el pragmatismo en los métodos, concretado en los instrumentos de protección de situaciones en que se ve involucrado un menor, instrumentos jurídicos internacionales de diverso valor y alcance normativo. Ello lleva a dejar al estudioso “... con la duda razonable y por qué no legítima, sobre su virtual eficacia...”, en un sector tan sensible como el derecho de familia.

Pero el “*gran reto ha sido considerar el menor no como un objeto propiedad de los padres, sino el de otorgarle la cualidad de sujeto de los derechos, con un papel y una participación activa en la sociedad de la cual forma parte*”<sup>(1)</sup>.

Por otra parte, si bien resulta obvio que son los padres quienes normalmente asumen la protección y representación de los derechos de sus hijos, ¿quién defiende a los hijos frente a las omisiones de sus padres? Los poderes públicos surgen como garantes subsidiarios de dicha obligación parental.

El interés que tiene para el Derecho Internacional Privado este tema es en particular de tipo social y económico.

## Breve referencia de contenido

El libro consta de dos grandes partes que menciona los dos grandes temas del título. La primera parte está dividida en dos capítulos: El primero trata el sistema convencional universal de protección de los derechos del niño y sus mecanismos de salvaguarda previstos en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y en los Convenios adoptados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; dando un panorama general sobre los ámbitos materiales de aplicación (derechos proclamados) y los mecanismos jurídicos previstos para el efectivo ejercicio de los mismos. El segundo estudia el sistema convencional regional: en éste distingue tres áreas geográficas: la europea, la americana y la africana-árabe. En referencia a la segunda, la

<sup>(1)</sup> Gómez-Urrutia, Marina. “La Protección Internacional de los Derechos del Niño”. Primera Edición, Secretaría de Cultura Gobierno de Jalisco. Universidad Panamericana. Sistema Estatal DIF Jalisco. Instituto Cabañas, México, 1999, p. 16.

americana, refiere a la Organización de Estados Americanos, el Instituto Interamericano del Niño y las labores de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) y su vinculación con la Carta o Pacto de San José.

La segunda parte desde la labor de la Conferencia de la Haya mencionada, aborda dos aspectos concretos: *el interés del menor* (las bastardillas son de la autora del libro) y la cooperación entre autoridades como fundamento del Derecho Internacional Privado y como distinción entre la cooperación internacional en la esfera judicial y en otras formas de cooperación (ya sean judiciales o administrativas).

### El interés del menor como mecanismo de cooperación internacional

Y aquí surge lo que para mí es el tema más rico del trabajo: El *interés del menor* como mecanismo de cooperación puesto de relieve en tres convenios fundamentales: *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, La Haya, 25 de octubre de 1980; el *Convenio relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional* de 29 de mayo de 1993, y *Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores*, de 19 de octubre de 1996.

Dicho interés superior opera como mecanismo de control para la correcta aplicación de los objetivos convencionales, y configura una línea interpretativa a la luz de la cual la autoridad responsable ha de tomar la decisión más adecuada. El método utilizado se basa en el análisis de la doctrina española y extranjera y la aplicación judicial nacional—cuando existe— (se refiere a la española) de los antedichos Convenios.

Y es aquí donde aparece otra forma novedosa de trabajo, constatar esta “nueva” técnica que permita una mayor flexibilidad cuando se trata de proteger o garantizar en cada caso concreto el *interés del menor*.

“Es extremadamente arduo intentar precisar en qué consiste el interés del menor”<sup>(2)</sup>. *Entiende la autora que no sólo es el elemento central de cualquier discusión o teorización sino que ha de partir de la protección del mismo a futuro, “de manera de facilitar la formación del menor y diseñar las líneas de desenvolvimiento de su personalidad”*<sup>(3)</sup>. *Y dotar al concepto de contenido abierto, de manera de facilitar el Derecho de la Infancia. Una de las características es el paso de las normas neutrales a las normas materialmente orientadas a la protección de una categoría de personas, a través de normas de competencia judicial o de autoridades, de normas de conflicto de leyes, o facilitando el reconocimiento y ejecución de decisiones.*

Es entender de una vez por todas que se trata de personas como parte débil, que exige de los ordenamientos jurídicos soluciones orientadas a la máxima realización de la justicia en los diferentes ámbitos en que esas personas puedan encontrarse. Que no pueden ser neutrales, y que requieren y exigen también técnicas diversas y combinación de reglamentación de relaciones privadas internas e internacionales, porque se trata precisamente de proteger personas humanas.

*Esta protección del menor que se articula sobre esta noción abstracta del interés del menor, de valor jurídico indeterminado. Y que debe incluirse en el Derecho de Familia como cláusulas generales, cuya determinación se ha de dejar al intérprete, porque todo intento de llenar el contenido de la norma con el concepto, sería ir en contra de la propia finalidad de esta última. Quiere ello decir crear un sistema de protección que permita al menor el desenvolvimiento de su personalidad, aun cuando no puedan actuar por sí mismos, y cuyo objetivo son los Derechos Fundamentales, los Derechos de la Infancia.*

<sup>(2)</sup> Rocai Trias, Encarnación. “Contestación” al discurso de ingreso de la Dra. Alegría Borrás sobre “El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del Derecho Internacional Privado”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, p. 976, citado en Marina Vargas Gómez-Urrutia, p.96.

<sup>(3)</sup> Op. Cit. P. 96.

## El sistema judicial español en materia familiar

Cita la autora el Auto del Tribunal Constitucional español de 12 de febrero de 1989 (Rep. Anranzadi 127/86) que proclama la “amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia”, cuyo criterio básico y preferente es el interés de los hijos. Y su sentencia de setiembre de 1990 que señala que aún cuando las facultades del juez sean amplias para apreciar o no la conveniencia de la adopción, no puede ignorar en modo alguno “*el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contraste necesarios, conducentes a una resolución acorde con los intereses prevalentes en la adopción*”.

“... se trata de un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del juez a partir de una valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad que tiene y adquiere el juez o mediador durante el proceso sobre los datos e informes facilitados por las partes”<sup>(4)</sup>.

Seijas denuncia las carencias de “nuestro” (el español) sistema judicial en materia de familia y propone, en aras de una mejor concreción de lo que en cada momento es *el interés del menor*, que se lleven a cabo las siguientes acciones: “1) implicar a los jueces en programas formativos para la obtención de habilidades que incidan en sus conocimientos sobre el desarrollo infantil, un sistema adecuado para niños y niñas; 2) eliminación del juicio de culpabilidad en los ordenamientos jurídicos como determinante de la separación y divorcio y de los efectos consiguientes, evitando el aumento de tensiones que radicalizan la postura de la pareja y afectan de manera directa a los hijos; 3) confidencialidad del testimonio realizado por el menor en las exploraciones judiciales, valorando en cada caso su grado de madurez, y, 4) evaluación de que su incumplimiento pueda colocarle en situación de ruptura de los vínculos emocionales y afectivos”<sup>(5)</sup>.

Ello significa que se trata de buscar criterios de referencia lo más universales posibles a la hora de tomar medidas concretas relacionadas con el menor, ser humano *no en abstracto*, y lograr lo que le beneficie más física, moral e intelectualmente. Y en función al caso concreto encontrar la solución más adecuada a las circunstancias del momento y a la luz de la normativa aplicable. Es decir, el casuismo de la noción supone determinar caso por caso en concreto, logrando un concepto abierto.

Y acercarnos al *quid* de lo que en cada caso sea *el interés del menor*; logrado en el Auto de la Audiencia de Vizcaya<sup>(6)</sup>, cuando nos dice por la negativa lo que no es “en interés del menor”, por contraposición a otros intereses jurídicos en presencia (públicos o privados). Supone, por ejemplo en materia de adopción, dar una familia a un niño y no un niño a una familia. Supone, tener en cuenta el *hábitat* donde se forma y desarrolla su personalidad frente al fenómeno creciente de adopciones de niños hacia países extranjeros (visto desde Europa), que supone concebir la adopción como un instrumento de integración familiar de la infancia desprotegida, con la filiación por naturaleza. Es decir, constatar primero la posibilidad de colocación del niño en su Estado de origen, en el interés superior del niño.

## La norma de conflicto y la técnica de cooperación internacional

Por último, en aras a esta protección, este interés surge como mecanismo de control para la consecución de los objetivos convencionales en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

<sup>(4)</sup> Seijas Quintana, J. A.: “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de Visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas”, en *Actualidad Civil* N.º 29 /14-20 julio 1997, pp. 642-643; citado en Marina Vargas Gómez-Urrutia, p. 98.

<sup>(5)</sup> Op. Cit, pp. 98-99

<sup>(6)</sup> Auto de Audiencia Provincial Vizcaya, sección 1.º A, de 24 de octubre de 1996 (R.J. La Ley, T. 1997-1 marginal 1322), citado en la Marina Vargas Gómez-Urrutia, p. 107.

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

Si bien no se ha abandonado totalmente la técnica clásica de las normas de conflicto, ha primado últimamente, la técnica de cooperación entre autoridades.

#### Los Convenios de La Haya: las reglas de reparto y las puramente procesales

Los objetivos inspiradores de los Convenios de La Haya en este ámbito del Derecho de Familia, son el desecho de protección a la persona desvalida, de defensa del interés del menor, y facilitar la validez y reconocimiento de situaciones jurídicas. Y ha primado el uso de reglamentación de las relaciones privadas internacionales, mediante técnicas más ágiles y eficaces que garanticen los intereses públicos en presencia. Aparecen así interesantísimas reglas que reparten competencias de los ordenamientos jurídicos en presencia y reglas puramente procesales.

Y se diferencian netamente de la labor de los jueces que se convierten en *quasi* jueces discrecionales, que substituyen a las instituciones judiciales en los países donde resulten del proceso judicial. Surgen reglas que sirven de concreción y efectividad de deberes impuestos de cooperación. Todas estas tareas de cooperación aparecen para tomar una *concreta medida de protección de la persona o de los bienes del menor, en el interés superior del niño*.

Estamos deseosos, como seres humanos y sujetos de derecho, de que cada nuevo día los ejecutores de políticas públicas y hombres de derecho tomen conciencia, habilidad en el uso criterioso del conocimiento y se sensibilicen en la mejor concreción del interés superior del niño.

Así, quizás, logremos que cada vez sean menos los niños que lloren por la luz de su infancia.