

El Convenio de La Haya sobre «protección de menores»

J. M. CASTRO-RIAL CANOSA

Catedrático

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado es la única organización intergubernamental que se ocupa de modo exclusivo de las materias características del Derecho internacional privado. El fin establecido en sus Estatutos consiste en «la unificación progresiva de las reglas de Derecho Internacional Privado» (art. 1.º). La Novena Conferencia celebrada en La Haya del 5 al 26 de octubre de 1960, adoptó, entre otros, el «Convenio concerniente a la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores».

El actual Convenio no sólo se aparta sensiblemente del anterior Convenio de 1902 sobre la Tutela —ratificado por España—, sino que lo deroga, aunque se limite a designar la ley aplicable a los casos de tutela que contienen elementos internacionales y no aspire a instituir un sistema tutelar nuevo y uniforme en todos los países.

El Convenio sobre protección de menores de 1960 no es, pues, una simple revisión y puesta al día del Convenio de 1902. Los factores determinantes de la elaboración del nuevo Convenio son diversos y fueron, oportunamente, tomados en consideración por la Oficina Permanente de la Conferencia. Merecen señalarse los principales:

a) *Circunstancias históricas*: El Convenio de 1902 fue concertado con el fin de regular las relaciones entre los Estados de la Europa continental, pero actualmente la Conferencia comprende también países vinculados al sistema del «Common law». Procedía tomar en cuenta las concepciones de los Estados que no eran partes del Convenio de 1902 y que se integraron en la Conferencia después de la primera o segunda guerra mundial.

b) *Tendencia actual*: La Conferencia tiende actualmente a elaborar reglas de Derecho internacional privado de alcance general, es decir, aplicables incluso cuando la persona en cuestión

o el derecho designado no pertenece a uno de los Estados contratantes, y susceptibles de facilitar la adhesión de los no-miembros.

c) *Principio básico*: El Convenio de 1902 basa su reglamentación, esencialmente, en el principio de la nacionalidad, considerado como indiscutible en casi todos los Estados representados en la Conferencia en que se elaboró. Por el contrario, en la práctica internacional actual parece evidente el hecho de que un cierto número importante de Estados-miembros se adhieren y aplican el principio del domicilio, mientras en otros países el criterio de la nacionalidad va siendo objeto de impugnación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

d) *Evolución de la institución*: La misma institución tutelar ha evolucionado en casi todos los países, porque cada vez se ha ido adquiriendo mayor conciencia de la necesidad de otorgar a los menores una protección más amplia que la dimanante del Derecho privado clásico. Naturalmente la Conferencia no ha pretendido nunca reglamentar el Derecho interno, pero, tampoco podría haber propuesto una solución satisfactoria de los conflictos de leyes sin tener en cuenta la delimitación, en cada uno de los sistemas jurídicos, de las reglas internas a las que se extenderá la designación convencional. Además, a los órganos clásicos de la tutela del Derecho privado se han yuxtapuesto o adosado, en muchos países, ciertas instancias de protección dependientes más bien del Derecho administrativo. Cierto es que a veces resulta difícil trazar el límite exacto entre una y otra función, pero, es bien manifiesto que, en todo caso, se trata de funciones interdependientes que debían o era deseable regir por un sistema jurídico único.

e) *Repartición de competencias*: La reglamentación de la tutela presenta ciertos aspectos típicos que no concurren en otras materias reguladas por los convenios de Derecho internacional privado. En efecto, cuando las materias en que la intervención de las autoridades es necesaria tan sólo para delimitar los derechos respectivos de los interesados en caso de desacuerdo (contratos) o para modificar o crear una situación jurídica durable (cuestiones de estado de las personas: divorcio, adopción, etc.), es suficiente determinar la competencia legislativa y jurisdiccional a fin de que el litigio pueda ser resuelto por medio de un procedimiento único.

En la tutela, en cambio, la situación es diferente: no se contempla, por regla general, el problema de la delimitación permanente de derechos y obligaciones, sino más bien de un menor desprovisto entera o parcialmente de la seguridad de hallarse encuadrado en una situación familiar estable y normal, y al que hay que asegurar —a veces en contra de intereses egoístas de toda índole— la protección y la educación. Este objetivo primordial no es alcanzable, frecuentemente, por medio de un procedimiento

único, antes bien necesita una serie de actos mientras persiste la menor edad, que pueden corresponder, según los casos y las legislaciones, a la jurisdicción contenciosa o graciosa, a la administración o simplemente a la organización familiar.

Por consiguiente, un acuerdo internacional sobre la Tutela que pretendiese ser verdaderamente útil, en la actualidad, no podía circunscribirse a disipar la incertidumbre sobre el derecho aplicable y la competencia judicial prevaleciéndose tan sólo de reglas de conflicto precisas, sino que debía, además, preocuparse de instituir una repartición de competencias que posibilitase la acción eficaz de los diversos órganos todo a lo largo de la tutela.

II. DIFERENCIAS ENTRE EL CONVENIO DE 1902 Y EL CONVENIO DE 1960.

Merecen mencionarse, entre otras, las siguientes:

1. El Convenio de 1902 sólo contempla la tutela en sentido estricto —y así lo revela su título: «tutela de menores»—. El Convenio de 1960 tiene un contenido más amplio, porque comprende, de modo más general, todas las medidas de protección de los menores.

Es de observar, sin embargo, que el actual Convenio no pretende abarcar todas las leyes y las medidas de protección que revisten *carácter general* y que conciernen, por ejemplo, al derecho del trabajo, la asistencia social, la prohibición de frecuentar cafés o cines, etc. Aspira, solamente, a comprender las medidas de protección que entran en el concepto de tutela en el sentido *más amplio*.

Si el Convenio habla de medidas de protección y no de tutela, no es con el propósito de adoptar una actitud o de tener un carácter revolucionario desde el punto de vista del Derecho internacional privado, sino esencialmente con el fin de evitar las difíciles cuestiones de calificación (al margen de comprender las medidas sociales de las autoridades administrativas). En efecto, si ciertos Estados utilizan de modo general los términos de *tutela* o *curatela*, otros en cambio hacen tan sólo entrar en estos conceptos la administración de los bienes del menor y no las medidas concernientes a los cuidados de su persona.

Por consiguiente, se podrá, probablemente, hacer entrar en la esfera de acción del Convenio, las medidas de protección de los menores análogas a la tutela que sean adoptadas por los organismos públicos.

2. El Convenio de 1902 regulaba, en primer lugar, la ley aplicable a la tutela y, solamente, de modo accesorio, la competencia para adoptar las medidas de tutela. El Convenio de 1960, en cambio, pone el acento sobre el problema de la designación del Estado cuyas autoridades son competentes para dictar las me-

didadas de protección y procura hacer coincidir, en la medida de lo posible, la ley que debe regir las relaciones de protección sobre las cuestiones de fondo con la *lex fori*.

Sobre este extremo, se reconoce que es prácticamente imposible distinguir de modo satisfactorio entre los puntos que se refieren al fondo del Derecho y los que dependen de la administración de la tutela y de su organización por las autoridades —al igual que ha sucedido con otras tentativas recientes de regular las medidas de protección de los menores por medio de un convenio internacional (1). Por ello el Convenio, teniendo en cuenta las experiencias de la práctica, ha preferido como punto de partida la designación del Estado cuyas autoridades serán competentes para adoptar las medidas de protección, por considerar que este planteamiento haría más fácil la solución del problema de la determinación de la ley más apropiada para regir la sustancia de la relación de protección.

3. Por consiguiente, mientras el Convenio de 1902 regulaba la tutela sobre la base de la ley nacional, el Convenio de 1960 hace regir las medidas de protección de los menores y, por tanto, igualmente la tutela, por la *ley interna* de la autoridad que debe tomar las medidas de protección. Esta ley será, en principio, la del Estado en que el menor tenga su residencia habitual, habida cuenta del criterio sobre la competencia de las autoridades contenido en el Convenio de 1960.

Esta norma de principio no es más que una consecuencia de la solución antes expuesta, en el número 2 precedente. De acuerdo con las respuestas dadas por los Gobiernos —al cuestionario previo elaborado por la Oficina Permanente—, se ha visto que las autoridades administrativas desean, en general, adoptar las medidas protectoras previstas por su propia ley. En varios países los propios jueces han llamado la atención sobre las cuestiones delicadas que pueden dimanar de la nacionalidad extranjera del menor y han afirmado que suelen aplicar, con pocas dificultades, su propia *lex fori*, y esto con violación incluso de los principios mismos del Convenio de 1902.

4. El Convenio de 1902 no regulaba expresamente el reconocimiento y la ejecución en un Estado contratante de las medidas de protección adoptadas por otro. El Convenio de 1960 trata igualmente esta cuestión (y en el mismo orden de ideas habla de la competencia) con el afán de evitar que se produzcan medidas concurrentes adoptadas en diversos países. Se trata, en fin de cuentas, de un delicado problema de Derecho internacional privado: el de la administración pública del Derecho privado. Materia ésta muy espinosa porque suscita cuestiones que tienen repercusión sobre

(1) Así el Comité de «Relaciones de la Familia» de la «International Law Association» que ha enfocado el problema limitándose a la *custody of children*. Conferencia de Hamburgo, agosto 1960.

el reconocimiento de la fuerza de cosa juzgada y de la ejecución de sentencias extranjeras.

5. El Convenio de 1902 no preveía, en principio (2) las relaciones directas entre las autoridades de los Estados contratantes. El Convenio de 1960, sin llegar a crear una instancia común y permanente, admite las relaciones directas entre las autoridades competentes para tomar las medidas de protección, sin excluir las relaciones entre los Gobiernos por intermedio de los órganos especialmente encargados de las relaciones internacionales. Igualmente se reconoce, directamente, a dichas autoridades y no a los Estados, la facultad de invocar —en los casos previstos por sus disposiciones—, sea la ley de residencia habitual, sea la ley de la nacionalidad.

En interés del menor se podrán, pues, establecer relaciones directas entre las autoridades judiciales y administrativas encargadas de la protección de los menores en los diversos Estados contratantes. No queda excluida, naturalmente, la posibilidad de utilizar, a tal fin, la vía diplomática. La solución adoptada corresponde a la fase en que se encuentra actualmente el desarrollo de las relaciones internacionales, con tendencia a crear una colaboración más estrecha entre los diversos países y realizar mejor los fines sociales. La realización de esta colaboración directa requerirá resolver difíciles cuestiones de organización en el interior de los Estados. Sobre todo, en lo que concierne a las relaciones entre las autoridades centrales y locales.

III. NOTAS CARACTERISTICAS DEL CONVENIO DE 1960.

El Convenio tiene un carácter esencialmente práctico.

En *primer lugar* es de advertir su fundamentación peculiar, completamente diferente de la del Convenio de 1902.

En *segundo lugar*, cabe señalar que el presente Convenio hace coincidir la cuestión de la competencia y la cuestión del Derecho aplicable, simplificando el sistema anterior de 1902, por considerar que las autoridades encargadas de la protección de los menores podrían informarse, de modo oportuno, sobre el contenido de las leyes extranjeras.

En *tercer término*, el Convenio considera como punto de conexión posible no sólo, exclusivamente, a la nacionalidad del menor, según el anterior sistema de 1902, sino, también, a la residencia habitual del pupilo. Este nuevo punto de conexión no desplaza a la nacionalidad, que perdura con carácter esencial, sino que se combina con ella por imperativos de la vida contemporánea.

Como los desplazamientos de las poblaciones son hoy frecuentes y los menores se encuentran, muchas veces, alejados de

(2) Salvo el artículo 8.º

su Estado de origen se ha reconocido que la protección de los interesados podría resultar más eficaz atribuyendo mayor competencia a las autoridades locales.

Se ha aceptado, también, que la aplicación exclusiva del principio de la nacionalidad, sobre el cual se había basado esencialmente el Convenio de 1902, carecía de efectividad práctica. No sólo porque varios Estados hayan denunciado ya el Convenio de 1902, sino porque en la mayoría de los casos en que los Gobiernos extranjeros eran consultados sobre las medidas de protección a adoptar en favor de sus súbditos menores, se desinteresaban de la cuestión y confiaban su solución a la atención de las autoridades de la residencia habitual del menor. Este extremo ha sido confirmado, previa consulta, por el Servicio Social Internacional.

En *cuarto lugar*, merece tenerse en cuenta la especial amplitud del presente Convenio. Mientras el Convenio de 1902 se circunscribía a la «tutela de los menores», el Convenio actual comprende de modo más general todas las medidas de protección de los menores, como la curatela o la retirada de la guarda de los padres. De esta forma se han tratado de evitar los delicados problemas de calificación.

IV. NORMAS BÁSICAS DEL CONVENIO

1) COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.

«Las autoridades, tanto judiciales como las administrativas, del Estado de la residencia habitual del menor son competentes para tomar las medidas concernientes a la protección de su persona o de sus bienes, salvo lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 párrafo 3.º del presente Convenio» (art. 1.º).

Es principio fundamental del Convenio tiende a eliminar el conflicto entre las autoridades administrativas o judiciales de los diversos Estados llamados a adoptar medidas con respecto a un mismo menor y atribuye la competencia a las autoridades del Estado en que tiene su residencia habitual el menor. Se ha estimado —al margen y con reserva de las excepciones que el principio sufre en el propio Convenio— que el Estado de la residencia habitual del menor es el más indicado para informarse sobre los hechos, efectuar investigaciones en el medio ambiente del menor y seleccionar las medidas más idóneas de conformidad con su interés.

Teniendo en cuenta el *contenido más amplio* del presente Convenio en relación con el de 1902, la norma expuesta no constituye una innovación en lo que concierne a las medidas adoptables, que se inspiran y relacionan —al igual que en ciertos países— esencial-

mente con motivos sociales. Las medidas concernientes a las instituciones jurídicas de este orden suelen ser ya, en la actualidad, de la competencia de las autoridades del Estado en que el menor tiene su residencia habitual. Una cierta innovación podría verse en el hecho de que, en lo sucesivo, la eficacia de tales medidas quedará asegurada en otros Estados, según se comenta más adelante.

El artículo primero constituye, ciertamente, una *verdadera innovación*, y muy importante, en cuanto a la tutela y las instituciones análogas. Basta recordar que el Convenio de 1902 atribuía, en primerísimo lugar, la competencia a las autoridades del Estado nacional del menor, incluso cuando éste residía en otro Estado, salvo la competencia de las autoridades de la residencia del menor, en los casos en que no actuasen las autoridades nacionales.

El principio innovador consiste en considerar la «residencia habitual» del pupilo como el punto de conexión primario, en virtud de razones de orden práctico y en interés del menor.

La nacionalidad, sin embargo, no queda reducida en el Convenio a un simple «punto de conexión secundario», sino que ha perdido la primacía y exclusividad esencial que tenía en el Convenio de 1902. La ley nacional operará ahora en más de una ocasión con carácter subsidiario. Y, desde luego, el presente Convenio aun alterando el orden de las conexiones del Convenio de 1902, salvaguarda, en la medida de lo posible, la facultad de intervención de las autoridades del Estado nacional del menor, introduciendo la «combinación parcial» del criterio de la residencia habitual con el principio de la nacionalidad.

En realidad, el compromiso entre los dos criterios señalados equivale, en parte, a introducir dos competencias y no dejará de crear situaciones complejas como todas las soluciones de compromiso de los convenios internacionales, cuya eficacia depende del espíritu de cooperación internacional que anime a los Estados contratantes.

El principio innovador del artículo primero del Convenio de 1960 experimenta *notables excepciones*. La competencia de las autoridades del Estado de la *residencia habitual del menor* es reemplazada y cede, en múltiples casos, en favor de las autoridades del Estado nacional del menor e incluso, para las medidas urgentes, en beneficio de otros Estados contratantes.

El concepto de «residencia habitual» no es definido por el Convenio. Se ha reconocido la dificultad de la definición y no se ha estimado deseable ofrecer una precisión del término, aun admitiendo que tal vez hubiera sido útil insertar una disposición conteniendo una enumeración limitativa de los casos en que no se debiera de reconocer la existencia de una residencia habitual independiente. (Por ejemplo, la permanencia en un Sanatorio, la estancia de vacaciones prolongada, la participación en cursos académicos de estudios, etc.). De esta forma se pretende soslayar, además, la dis-

crepancia sobre la posibilidad de fragmentar el concepto, según se trate de la jurisdicción o de la aplicación de la ley relativa al fondo.

Desde luego, no parece posible considerar la residencia como habitual únicamente en razón de la duración de la permanencia. Es indudable que los tribunales de ciertos países no exigirán más que un breve plazo si las circunstancias que concurren en el caso evidencian la intención de establecerse en el lugar en cuestión. Esta actitud, tal vez, resultase aceptable respecto a la determinación de la jurisdicción, pero no con relación a la ley aplicable al fondo de la institución.

Sería difícil admitir que una breve permanencia tuviera importancia suficiente para que los tribunales del Estado local se consideraran facultados para aplicar en todos los casos sus propias reglas de fondo, en vez de la ley del Estado nacional del menor. Sabido es, a su vez, que los Estados partidarios del criterio de la nacionalidad no podrían admitir fácilmente en tales casos la prioridad de la *lex fori*.

La permanencia de corta duración no será, pues, condición suficiente para la aplicación de la ley del país de residencia más que en el caso de que se trate de medidas tan urgentes que si no fueran adoptadas se pudiera crear una situación manifiestamente incompatible con los intereses del menor.

Sin embargo, el problema de calificación en torno a la «residencia habitual» queda subsistente, si bien suavizado, en parte, por las disposiciones subsiguientes del Convenio relativas a las «medidas urgentes».

El artículo 1.º habla, además, expresamente, de las *autoridades judiciales y administrativas*, teniendo en cuenta el hecho de que las instancias encargadas de tareas análogas son muy diferentes según los Estados; y, en razón de que las medidas de protección, incluso las adoptadas por las autoridades judiciales, revisten, frecuentemente, un carácter administrativo indiscutible.

Cierto es que el término «medidas» es, un poco vago. Su acepción depende, en gran parte, de la misma naturaleza de las instituciones jurídicas de protección de menores. La precisión del concepto sólo puede extraerse del examen del conjunto de las normas contenidas en el Convenio.

Se menciona de modo expreso que las medidas pueden referirse tanto a la protección de la «persona» del menor, como a la salvaguarda de sus «bienes». En realidad, en ciertos Estados la tutela no comprende más que la administración de los *bienes* con exclusión de los *cuidados* de la persona.

El artículo primero hace referencia explícita a las excepciones al principio de la competencia del Estado de la residencia, en favor de la ley nacional. Ahora bien, el Convenio contiene no sólo disposiciones sobre la jurisdicción, en materia de protección de la persona y de los bienes del menor, sino también sobre la de-

signación de la ley aplicable por los tribunales y demás autoridades cuando tengan que regular las relaciones de protección. El Preámbulo del Convenio presenta como objetivo el «establecer disposiciones comunes concernientes a la *competencia* de las autoridades y la *ley aplicable* en materia de protección de menores».

La elaboración de normas concernientes sólo a la jurisdicción no habría suscitado muchas dificultades, porque las disposiciones de esta naturaleza no tienen excesivo valor práctico en la actualidad en lo que concierne a la tutela: la atribución —se afirmó—, de la competencia a las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor no hace más que reproducir «una concepción que ha sido adoptada ya en la mayoría de los países».

En realidad, se impuso la necesidad de extender la esfera de acción del Convenio a los problemas concernientes a la ley aplicable, sobre los cuales no se había llegado a solución uniforme en las jurisprudencias de los diferentes países, en razón de que ciertos Estados están vinculados al principio de la nacionalidad y otros al domicilio.

2) LEY APLICABLE.

«Las autoridades competentes, con arreglo al artículo primero, adoptan las medidas previstas por su ley interna.

Esta ley determina las condiciones de la institución, la modificación y la cesación de dichas medidas. Rige, igualmente, sus efectos tanto en lo concerniente a las relaciones entre el menor y las personas e instituciones que las tienen a su cargo, como en lo que respecta a terceros» (art. 2).

La solución que ha prosperado en el Convenio fue dictada, ante todo, en razón del interés del menor. Las razones en favor del principio se basan tanto en consideraciones prácticas como psicológicas o sociales.

Dicho principio había sido reconocido ya por la propia Conferencia cuando elaboró el Convenio de 1956 sobre la ley aplicable en materia de obligaciones alimenticias de los hijos.

La referencia a los «terceros» pretende resolver sólo los problemas concernientes a las relaciones regidas por el artículo de un modo general, sin afectar, por ejemplo, a los derechos reales, a las formalidades de publicidad, etc.

No pretende, tampoco, resolver todos los problemas delicados de calificación que continuarán siendo resueltos, como de ordinario, por la doctrina y la jurisprudencia relativas al Derecho internacional privado de los diversos Estados.

Sin embargo, aunque no de modo expreso, excluye los problemas de capacidad, por ejemplo, la determinación de la edad en que el menor alcanza la mayoría de edad.

Por otra parte, la expresión de «ley interna» quiere indicar, como en otros convenios de La Haya, que se trata de contemplar el derecho del país con exclusión de su Derecho internacional privado, esto es, evitar el reenvío.

La *ratio* del párrafo 2.º del artículo 2 se inspira en la idea de que las autoridades, y singularmente las administrativas, podrán instituir y administrar la tutela, u otras medidas, más eficazmente, si pueden observar para ello su propia ley sin tener necesidad de aplicar el Derecho extranjero.

3) RELACIONES DE AUTORIDAD.

«La relación de autoridad derivada de pleno derecho de la ley interna del Estado del cual es súbdito el menor, será reconocida por todos los Estados contratantes» (art. 3).

El artículo 3 constituye una de las derogaciones más importantes de la aplicación del criterio de la residencia habitual en favor de la ley nacional. Prevé las relaciones de protección del menor que no tienen carácter de medidas circunstanciales. Por ejemplo, en caso de fallecimiento del padre, la madre tiene, en ciertos Estados, la patria potestad; en otros, en cambio, la tutela legal.

Pese a la calificación incierta de este artículo, comprende realmente las relaciones jurídicas de carácter permanente, habida cuenta de que afectan casi siempre a la protección de los menores.

En efecto, en virtud de la estrecha vinculación existente entre la tutela legal y la organización de la familia, se ha reconocido la necesidad de atribuir, en dicho caso, la competencia primaria a la ley nacional del menor. Las situaciones que abarca la tutela legal en ciertos Estados dependen, en otros, de la patria potestad.

Por consiguiente, las relaciones entre el menor y la persona encargada de su protección dimanantes de las leyes de los Estados que conocen la tutela legal deben ser reconocidas en todos los Estados contratantes.

Naturalmente, este artículo 3 sólo opera en tanto y cuanto subsisten las relaciones de autoridad dimanantes de pleno derecho de la ley interna del Estado nacional del menor. Cuando las autoridades nacionales ponen término a las mismas, entran en juego las reglas ordinarias del Convenio.

4) COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO NACIONAL.

«Si las autoridades del Estado del cual es súbdito el menor consideran que el interés del menor lo exige pueden tomar, según la ley interna, las medidas concernientes a la protección de su persona o de sus bienes, después de haber dado aviso a las autoridades del Estado de su residencia habitual.

Dicha ley determina las condiciones de la institución, modificación y término de las citadas medidas. Rige, igualmente, sus efectos, tanto en lo que concierne a las relaciones entre el menor y las personas e instituciones que lo tienen a su cargo, como respecto a terceros.

La aplicación de las medidas adoptadas será garantizada por las autoridades del Estado del cual es súbdito el menor.

Las medidas tomadas en virtud de lo antes prescrito en el presente artículo reemplazan las medidas eventualmente adoptadas por las autoridades del Estado en el que tiene su residencia habitual el menor» (art. 4).

Este artículo 4 contiene, al igual que el artículo 3, otra derogación importante de la aplicación de la ley de la residencia habitual en favor de la ley nacional, y concede a las autoridades del Estado nacional del menor la facultad de adoptar, según su propia ley interna, las medidas conducentes a la protección de la persona o de los bienes del pupilo.

La expresión «si las autoridades nacionales consideran que el interés del menor lo exige», ha de estimarse como un simple criterio interpretativo. Es el Estado nacional el que debe de ejercer la facultad conferida, de interpretación de las circunstancias del caso concreto, sin pretender imponerle límites o restricciones en cuanto a los motivos de su decisión, que resultarían, además, de difícil realización. Al Estado nacional, solamente se prescribe el deber de informar, de consultar, de avisar previamente a las autoridades del Estado de residencia. Esta salvedad no persigue más objetivo que el garantizar, en interés del menor, el ejercicio de dicha facultad, de suerte que ésta no sea practicada sin previa orientación y reflexión suficientes.

Por otro lado, la consulta recíproca prevista por el Convenio suavizará las divergencias posibles entre las autoridades responsables de los países interesados.

El Estado nacional que haga uso de dicha facultad, observará su ley interna: ésta determinará las causas de la institución, etc. Esta ley interna rige asimismo las relaciones entre el menor y las personas o instituciones a las que se confía la protección de los menores, así como los efectos de las medidas con respecto a los terceros. Y ello incluso si el menor continúa residiendo de modo habitual en otro Estado distinto del que es súbdito.

El párrafo 4.º del artículo 4 es una aplicación de las normas anteriores; si se quiere evitar que las medidas adoptadas en varios países respecto a un menor, engendren conflictos perjudiciales a sus intereses, es preciso que cuando el Estado nacional hace uso de la facultad de instituir la tutela o sus medidas análogas, éstas deban de reemplazar a las del Estado de residencia. Naturalmente, se mantendrían los efectos ya consumados de las medidas anteriores.

5) CAMBIO DE LA RESIDENCIA HABITUAL.

«En el caso de desplazamiento de la residencia habitual del menor, de un Estado contratante a otro, las medidas tomadas por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual continuarán en vigor mientras no hayan sido anuladas o reemplazadas por las autoridades de la nueva residencia habitual.

Las medidas adoptadas por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual no serán anuladas o reemplazadas hasta después de haberse dado previo aviso a dichas autoridades.

En el caso del desplazamiento del menor que se hallase bajo la protección de las autoridades del Estado del cual es súbdito, las medidas adoptadas por ellas con arreglo a su ley interna continuarán en vigor en el Estado de la nueva residencia habitual» (art. 5).

Como la conexión fundamental de la residencia habitual del menor es un criterio más variable que el de la nacionalidad convenía resolver el problema de los efectos de su desplazamiento de un lugar a otro. Admitido el principio, se prevé en el Convenio la posibilidad de que los cambios de residencia habitual ocasionen una modificación de la competencia, lo cual entrañaría, a su vez, el cambio de la ley aplicable.

Naturalmente, se ha querido evitar que el menor quedara sustraído, durante cierto tiempo, a las medidas de protección, por causa del desplazamiento de su residencia habitual. Se reconoce, además, que las medidas relativas al menor debían de sufrir la menor interrupción posible. Se trata, pues, de asegurar la continuidad de las medidas adoptadas para el caso del cambio de residencia habitual.

Por consiguiente, las medidas en vigor en el momento del desplazamiento del menor en el Estado de primera residencia habitual serán mantenidas hasta que las reemplacen las autoridades de la segunda residencia habitual; o, ponerles término si son del parecer de que ya han dejado de ser necesarias.

Las autoridades de la nueva residencia habitual no podrán alterar, ni hacer cesar las medidas adoptadas por el Estado de procedencia del menor, sin «previo aviso» a este último.

Esta necesidad del «previo aviso» no ha de entenderse como un verdadero «deber de consulta». Ciertamente que las autoridades de la antigua residencia habrían tomado las medidas oportunas después de seria investigación y estudio del caso concreto y, por tanto, existía un interés humano en que la solución adoptada fuese respetada aun después del desplazamiento del menor, máxime para evitar desplazamientos «fraudulentos». Pero, en realidad, la noción del «aviso previo» parece cubrir suficientemente la necesidad de la información pertinente, si se tiene en cuenta que el Convenio fomenta una cooperación más estrecha entre los Estados signatarios. Basándose en un nuevo espíritu de inteligencia y coordinación entre todas las autoridades interesadas que se ocu-

pan del menor, no cabe pensar en la aparición de obstáculos importantes a la misma. Por ello, prevaleció la idea del «previo aviso» sobre la «consulta».

Este «previo aviso» del Estado local al Estado de la anterior residencia del menor, adquiere una formulación terminante en favor del principio de la nacionalidad, si el anterior Estado de la residencia era, al mismo tiempo, el Estado nacional del interesado. En este supuesto, las medidas adoptadas por el Estado nacional del menor, conforme a su propio Derecho material, continuarán en vigor en el Estado de la nueva residencia habitual.

Esta solución del artículo 5 es, en la práctica, una concesión más al principio de la nacionalidad, y equilibra las posibles aplicaciones del principio territorialista y domiciliar que subyace en la noción de residencia habitual.

Ciertamente el desplazamiento del menor no debía de suponer una sustitución automática de las medidas tomadas por su Estado nacional. Esta reflexión es más válida aún desde el momento en que el artículo 4 faculta al Estado nacional a adoptar las medidas de protección de sus súbditos cuando éstos tienen su residencia habitual en país extranjero.

Claro está que esta concesión del artículo 5 al principio de la nacionalidad se verá, en la práctica, contrapesada, a su vez, por la reserva general del «orden público». Las autoridades de la residencia habitual pueden, no obstante, actuar no ya sólo en base de la competencia normal que les reconoce el artículo 1, sino, también, en virtud de las medidas de urgencia previstas en el artículo 9, al margen de poder oponerse a las medidas «nacionales» que el Estado local considere contrarias al interés del menor (orden público).

6) DELEGACIÓN DE FACULTADES.

«Las autoridades del Estado del cual es súbdito el menor pueden, de conformidad con las del Estado en el que tenga su residencia habitual o posea bienes, confiar a las autoridades de este último la ejecución de las medidas tomadas.

La misma facultad corresponde a las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor respecto a las autoridades del Estado en que el menor posea bienes» (art. 6).

La delegación de facultades indicada se basa en el principio orientador y elemental del Convenio: la cooperación de las autoridades internas competentes de los Estados contratantes. Esa delegación se refiere, esencialmente, a la «ejecución» de las medidas adoptadas, sea por el Estado nacional o el de la residencia habitual del menor.

La posible delegación de facultades a los efectos de «ejecución» de las medidas de protección del menor no descarta la efi-

caz participación de las autoridades diplomáticas y consulares nacionales y extranjeras, antes bien, con su concurso, facilita la estrecha y directa relación entre las autoridades internas competentes de los Estados contratantes. La práctica moderna de la interdependencia y comunicación inmediata de los Estados es recomendada por el Convenio al objeto de evitar dilaciones en la «ejecución» de las medidas ineludibles de protección requeridas por el interés del menor.

7) RECONOCIMIENTO DE LAS «MEDIDAS DE PROTECCIÓN».

«Las medidas tomadas por las autoridades competentes en virtud de los artículos precedentes del presente Convenio serán reconocidas en todos los Estados contratantes. Si, no obstante, dichas medidas implican actos de ejecución en otro Estado distinto del que las ha adoptado, su reconocimiento y ejecución serán regidas, ora por el Derecho interno del Estado en el que se solicita la ejecución, ora por los convenios internacionales» (art. 7).

Las normas de Derecho internacional privado, en su sentido estricto, no afectan, en muchos países, al problema de la eficacia de los actos públicos extranjeros, que dependen, más bien, en tales países, del Derecho procesal. Existen, empero, ciertas instituciones, y singularmente las relativas a la protección de los menores, sobre las que es difícil hacer esa distinción de modo claro.

Si una norma de conflicto de un Estado prescribe que la tutela sea regida por la ley interna de otro Estado, el procedimiento de designación o revocación del tutor, que ocurre en este segundo Estado y que depende de su Derecho público, tiene necesariamente ciertos efectos —que pueden ser indirectos— en aquel primer Estado. En realidad, lo que interesa no es tanto el que se efectúe el procedimiento en el segundo Estado, sino que exista —o no— un tutor.

En razón de la gran variedad de autoridades judiciales y administrativas que se ocupan en los diversos países de la protección de los menores, no se introduce una distinción entre actos judiciales y administrativos, o entre sentencias contenciosas y actos de jurisdicción graciosa, pensando en facilitar la inteligencia y aplicación del Convenio.

Las medidas adoptadas por las autoridades competentes en el sentido del Convenio no serán automáticamente eficaces más que en el caso de que no impliquen la realización de actos de ejecución en su territorio. En caso contrario, no sólo la ejecución, sino igualmente el simple reconocimiento de las medidas, quedarán sometidas al derecho del Estado en que deben producirse. Esta solución evita el riesgo de las decisiones que obligan a uno de los padres a entregar el niño a otro de ellos.

Conviene advertir, a tal propósito, que en numerosos Estados se requieren procedimientos particulares para el reconocimiento

de las decisiones extranjeras, incluso si, por su naturaleza, no dan lugar a medidas de ejecución. Ahora bien, el simple reconocimiento de una sentencia extranjera parece conferirle la fuerza de cosa juzgada. Incluso si la decisión en cuestión no necesita medidas de ejecución, su fuerza de cosa juzgada podría, a veces, ser oponible a las autoridades que, en el Estado en que ha sido reconocida, proyectasen dictar tales medidas.

Se reflexionó, también, que la fórmula adoptada deja subsistir la duda respecto a si es posible reconocer automáticamente las sentencias extranjeras que puedan tener fuerza de cosa juzgada, pero no entrañen actos de ejecución. La fórmula que a tal fin se propuso no fue aceptada.

Se sienta pues, el principio general de atribuir efectos extraterritoriales a las medidas tomadas por las autoridades competentes. Su aplicación queda condicionada a la efectividad que a dichas medidas les atribuya el «derecho interno del Estado en que se solicita la ejecución», salvo las obligaciones dimanantes de los convenios internacionales.

8) EXCEPCIÓN EN EL «CASO DE PELIGRO» (*Competencia especial*).

«No obstante lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5, párrafo 3.º del presente Convenio, las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor pueden adoptar las medidas de protección siempre que el menor se vea amenazado de un peligro serio en su persona o en sus bienes.

Las autoridades de los demás Estados contratantes no están obligadas a reconocer dichas medidas» (art. 8).

La competencia especial de este artículo 8, impone siempre una limitación importante a la distribución normal de competencias del Convenio, establecida en los artículos 3, 4 y 5. Singularmente afecta y restringe las facultades generales atribuidas al Estado nacional del menor pensando que las autoridades de su residencia habitual sabrán apreciar mejor que nadie el interés del menor en el caso de que se vea amenazado de «un peligro serio en su persona o en sus bienes».

La excepcional competencia de este artículo sólo será válida en casos extremos y no frecuentes: la gravedad del peligro para la persona del menor o sus bienes no será circunstancia utilizada, con abuso de Derecho, por el Estado de la residencia habitual.

La competencia excepcional del artículo 8 no tiene una esfera de acción demasiado amplia, ya que «las autoridades de los demás Estados contratantes no están obligadas a reconocer tales medidas», dado el carácter circunstancial y pasajero del supuesto caso de la «amenaza de peligro serio».

Por consiguiente, los artículos 7 —reconocimiento de las medidas de protección— y 8 —excepción en caso de peligro— tienen una diferencia notable. El artículo 7 contempla el reconocimiento y la ejecución de las medidas de las autoridades normalmente competentes. En cambio, el artículo 8 contempla las medidas excepcionales del Estado de residencia dejando sin efecto las medidas tomadas por el Estado nacional; es decir, el primero se refiere al funcionamiento normal del Convenio; el segundo se refiere a una situación totalmente excepcional en la que el menor se vea amenazado de un peligro real.

Las medidas del artículo 8 no se ven desprovistas, explícitamente, de efectos extraterritoriales del artículo 7. Su redacción permite que las medidas justificadas por la existencia de un peligro real *puedan* ser reconocidas por otros Estados. En realidad, los terceros Estados «no están obligados», pero *pueden reconocer*, si lo prefieren, las medidas del país de la residencia.

La solución del artículo 8 representa una concesión importante a los países del principio domiciliario, pues se refiere a una situación totalmente singular, e introduce una excepción a la regla relativa a la competencia general de las autoridades nacionales. Pese a la competencia normal, si se permite a las autoridades de la residencia adoptar medidas derogatorias del principio —amenaza de peligro real— la excepción a la regla debería de quedar circunscrita en los límites estrictos de la territorialidad, sin pretender alcanzar, además, efectos extraterritoriales.

Conviene tener presente que la norma del artículo 9, que se expone a continuación, contempla, a su vez, los «casos de urgencia». Este supuesto es, naturalmente, distinto de la hipótesis del artículo 8 concerniente a la «amenaza de peligro serio».

El artículo 9 prevé la competencia de cualquier Estado en que se encuentre el menor, o sus bienes: no se circunscribe sólo al Estado nacional o de residencia. En cambio, el artículo 8 es una derogación general del principio nacional —de los artículos 3, 4 y 5— en favor del Estado de residencia: no se refiere a las simples medidas de urgencia, sino que supone la amenaza de un peligro real. Las medidas urgentes del artículo 9 cesan desde el momento en que hayan actuado las autoridades normalmente competentes.

Las medidas del artículo 9 son esencialmente provisionales, aunque, a veces, puedan tener ciertos efectos definitivos. No ocurre lo mismo con el artículo 8. Como ejemplo típico de distinción cabe recordar el de la «déchéance de la puissance paternelle». Esta no podrá ser pronunciada en base del artículo 8, pero sí del artículo 9. En realidad, la delimitación de los artículos 8 y 9 será de difícil aplicación en ciertos casos.

La concesión del artículo 8 al principio territorial permite negar la aplicación de las medidas nacionales, aunque no sea invocable el orden público.

Por tanto, se confía la solución concreta a los tribunales, que en cada caso decidirán del reconocimiento de las medidas adoptadas.

9) MEDIDAS URGENTES.

«En todos los casos de urgencia, las autoridades de cada Estado contratante, en cuyo territorio se halla el menor o sus bienes, tomarán las medidas de protección necesarias.

Las medidas adoptadas en aplicación del párrafo precedente dejarán de estar en vigor, salvo reserva de sus efectos definitivos, tan pronto como las autoridades competentes con arreglo al presente Convenio hayan tomado las medidas que la situación requiera» (art. 9).

Este artículo deroga el principio de las competencias establecido en los artículos 1 a 4, y operará cuando sea urgente la adopción de medidas en cualquiera de los Estados contratantes. En este supuesto no importa que el menor tenga o no su residencia en el Estado local. La derogación vale tanto para el caso en que el menor tenga la residencia en un Estado distinto del nacional como en un Estado que no sea contratante.

Es muy polémico el carácter de estas medidas de urgencia. No se dice que sean «provisionales» respecto a las medidas de protección y a los cuidados relativos a la persona. En cuanto a los bienes cabe admitir que no siempre es posible impedir que las medidas de urgencia tengan, por su naturaleza, efectos definitivos. Por ejemplo, los efectos de la autorización de la venta de un inmueble no podrían ser anulados después de haberse realizado la operación. A las situaciones de esta naturaleza se refiere el párrafo 2.º del artículo 9: «a reserva de sus efectos definitivos». No se diferencia entre «medidas urgentes» y «medidas provisionales».

Parece evidente que toda medida adoptada en razón del artículo 9 *debe de ser realmente urgente*, incluso «absolutamente urgente». Y por ello no se hace una distinción esencial entre las relativas a la persona o a los bienes

La ley competente para regir las medidas urgentes no se menciona de modo explícito, pero se sobreentiende que será la ley local, al igual que se admitía ya en el régimen del Convenio de 1902.

Aunque los tradicionales partidarios de la nacionalidad pugnan que tales medidas deben de ser siempre «urgentes y provisionales», no cabe duda que el Estado local podrá tomar las medidas urgentes que estime necesarias, trátense de la persona o de sus bienes. Pero el párrafo 2.º del artículo 9 lleva implícita la distinción señalada entre efectos definitivos y no definitivos.

10) COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES DE DIFERENTES PAÍSES.

«Dentro de lo posible y con el fin de asegurar la continuidad del régimen aplicado al menor, las autoridades del Estado contratante sólo tomarán medidas respecto al mismo después de haber efectuado un intercambio de puntos de vista con las autoridades de los demás Estados contratantes cuyas decisiones estén aún en vigor» (art. 10).

El principio de la cooperación que inspira e instaura el Convenio se combina razonablemente con la idea de la continuidad del régimen jurídico aplicable al menor. Ni la nacionalidad ni el domicilio deben operar de modo inorgánico en razón de supuestas primacías legislativas. El objetivo primordial del Convenio subyace en la institucionalización del interés del menor. A tal fin, prevalecerá el régimen jurídico derivado del funcionamiento normal del Convenio. Las decisiones adoptadas regularmente, según el Convenio, deben ser respetadas, en aras de la continuidad. Los Estados contratantes, sea el nacional o el territorial de la residencia del menor, o un tercer Estado signatario, no pueden alterar unilateralmente el régimen instaurado con arreglo a las normas del Convenio, salvo que medie la consulta, el aviso y el intercambio de pareceres entre los Estados interesados.

La cooperación directa, frecuente y material entre las autoridades competentes de los diversos Estados contratantes es la obligación principal dimanante del Convenio. El principio se ve reiterado con la instauración del «deber de información».

11) DEBER DE INFORMACIÓN.

«Todas las autoridades que adopten medidas, en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio, informarán sobre las mismas, sin dilación, a las autoridades del Estado del cual es súbdito el menor, o a las del Estado de su residencia habitual.

Los Estados contratantes designarán las autoridades que han de enviar y recibir directamente las informaciones antes señaladas. Notificarán la designación al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos» (art. 11).

Este artículo tiene gran importancia en el sistema de cooperación y coordinación incorporado en el Convenio y tiende a evitar que los menores puedan vivir de hecho sin vigilancia alguna por parte de los órganos competentes para protegerlos. Se prevé sobre todo la relación y comunicación directa entre las autoridades encargadas de la protección de los menores, sin excluir, naturalmente, la posibilidad de utilizar la vía diplomática.

El deber de información no queda circunscrito solamente a las decisiones fundamentales, tales como la institución de la tutela, la autorización de venta de los inmuebles y, no se exceptúan, por

tanto, las disposiciones de simple administración sin incidencia directa sobre la guarda o sobre el patrimonio del menor. La adecuación del principio se confía a la correcta apreciación y discrecionalidad de las autoridades competentes, en la confianza de que harán justa y razonable su aplicación práctica.

En realidad, el deber de información habrá que entenderlo, en la práctica, como abarcando todas las medidas que, por su naturaleza, entran en la esfera de acción del Convenio, incluso aunque no hayan sido adoptadas «en virtud» del mismo. Esto dimana, en efecto del principio de la buena fe, a la luz del cual han de entenderse y aplicarse las disposiciones del Convenio.

Igual ocurrirá en el supuesto de que el menor establezca su residencia habitual en un nuevo país, incluso con el consentimiento de su tutor; será entonces, también, deseable que las autoridades competentes del primer Estado adviertan sin dilación a las del segundo Estado.

La posibilidad de que los Estados designen las autoridades encargadas de «enviar y recibir directamente» las informaciones en cuestión, que serán, en principio las autoridades directamente responsables de la protección de los menores, tiende no sólo a evitar las formalidades de transmisión múltiples, sino, también, a ponerlas en contacto directo para que resulte más eficaz la cooperación internacional sobre la materia. No se excluye, naturalmente, el cauce diplomático y a él podrán los Estados referirse explícitamente en el momento de notificar la designación de las autoridades previstas en dicho artículo, o hacerlas intervenir en la práctica como venían actuando hasta el momento presente.

12) DEFINICIÓN DEL «MENOR»: APLICACIÓN CUMULATIVA DE LEYES.

«Se entiende por menor, a los fines del presente Convenio, toda persona que tenga tal cualidad con arreglo, tanto a la ley interna del Estado del cual es súbdito, como a la ley interna de su residencia habitual» (art. 12).

La calificación del «menor» en el sentido del Convenio es una de las nociones más polémicas del mismo, por la aplicación simultánea de la ley nacional y de la ley domiciliar para su definición. La cuestión presenta gran interés práctico, a pesar del criterio de que los jóvenes que se aproximan a la mayoría de edad, no tienen, en general, necesidad de las medidas de protección previstas por el Convenio. El Convenio no podía dejar de precisar con certeza si resultaba aplicable al individuo mayor según su ley nacional y menor según la ley de su residencia habitual. Claro que cabía también especificar de modo explícito que no podría modificar las disposiciones del estatuto personal del menor relativas al estado de las personas, a la mayoría de edad y a la emancipación.

Aun dejando aparte el problema de la capacidad, no parecía razonable que las autoridades que se hubiesen ocupado de la protección del menor no estuviesen calificadas para confirmar que el mismo interesado hubiese llegado a la mayoría de edad y hacer cesar, en consecuencia, las medidas de protección.

Por otro lado, parecía excesivo atribuir a la ley de la residencia habitual o a la ley nacional la competencia para definir la mayoría de edad, porque esto tendría como resultado el que se pudiese fijar de modo imperativo este punto de Derecho material, obligando al Estado nacional del menor a considerarle como mayor por aplicación de la ley de su residencia habitual y contrariamente a su ley nacional.

Usualmente, los partidarios de la nacionalidad sostienen que sólo la ley nacional, con exclusión de la ley de la residencia habitual, es la calificada para definir la mayoría de edad: se razona que la cuestión de la mayoría de edad afecta al estatuto personal y debía, por ello, recibir la misma solución en todos los países; rechazando, por tanto, la idea de que dos leyes pudiesen aplicarse a esa misma cuestión. Otra de las tendencias del grupo tradicional suele afirmar que no se trata de saber cuál es la ley aplicable a la mayoría de edad, sino simplemente de retirar la competencia a las autoridades de la residencia habitual del menor que alcanzáse la mayoría de edad, debiendo ser fijada bien por su ley nacional, bien por la ley de su residencia habitual; o, en todo caso, que dichas autoridades podrían tomar las medidas que estimasen útiles, sin ser reconocidas por los demás Estados.

Sin embargo, como el Convenio prevé, según los casos la intervención de las autoridades y de la ley del Estado nacional del menor o del de su residencia habitual resultaría indispensable fijar los límites del Convenio, tanto con referencia a la ley nacional del menor como con referencia a la ley de su residencia habitual.

En el terreno de los principios no deja de reconocerse la conveniencia de la aplicación de una sola ley, evitando la concurrencia de dos leyes, para la determinación de la mayoría de edad. En la práctica se trata de conciliar los criterios divergentes de los Estados fieles al principio de la nacionalidad y los Estados fieles al principio del domicilio. Este es el objetivo del referido artículo 12, que ha evitado mencionar, expresamente, el estatuto personal del menor (sin afectar a su capacidad, que queda sometida a su ley personal) o referirse *expressis verbis*, a las reglas usuales del Derecho internacional privado: puesto que sería aplicado a los menores era inevitable determinar lo que se entiende por «menor». En definitiva, se trata de una definición negativa del campo o esfera de acción del Convenio.

En la práctica, naturalmente, no dejarán de suscitarse dificultades con esta definición negativa del artículo 12. Porque múltiples Estados conocen diversas graduaciones en el concepto de emancipación que queda al margen del Convenio: emancipación

parcial y emancipación total; además de existir la emancipación *ex officio* y la emancipación *ex lege* —como la resultante del matrimonio—.

Y, al margen, de los menores que, sin estar emancipados formalmente, gozan en razón de su edad de una capacidad limitada para ciertos efectos, como la redacción de un testamento, etc. Queda, pues, un amplio margen para la intervención judicial y la colaboración entre las autoridades competentes sobre la tutela en general. La noción de emancipación será calificada por cada juez según su propia ley: no tendrán necesidad de protección legal según la libertad de apreciación del juez, sin obligarle a tener que afrontar las dificultades de la calificación de la emancipación.

13) LIMITACIONES Y EFECTOS RESTRINGIDOS: REFERENCIA CONCRETA AL «ORDEN PÚBLICO».

a) El Convenio se aplica a «todos los menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes».

Con el fin de dar toda clase de facilidades a la aplicación más amplia posible de las reglas pactadas y teniendo en cuenta el vigor de las discrepancias legislativas aún subsistentes entre los países partidarios de la «nacionalidad» y los del «domicilio», se ha introducido la reserva de que los Estados signatarios puedan limitar la aplicación del Convenio «a los menores que sean súbditos de uno de los Estados contratantes» (art. 13).

Como la preocupación principal de la reglamentación internacional se proyecta sobre el interés del menor y, como, a su vez, atribuye a la residencia habitual el carácter de elemento de conexión primordial, su artículo 13 estatuye que el Convenio ha de aplicarse a los menores que tengan su residencia habitual en el territorio de uno de los Estados contratantes, con independencia de su nacionalidad. Ello vale incluso para los menores que tengan la nacionalidad de un Estado no contratante.

Claro está que hubiera, en cambio, sido extraño conceder a los Estados no contratantes los derechos reconocidos al Estado nacional, en virtud de los artículos 3, 4 y 5. Este es el sentido del artículo 13, párrafo 2.º: excluye la posibilidad de que dichos Estados hagan uso del mismo. Esto no es ninguna innovación: consagra el principio fundamental del Derecho internacional según el cual los Estados no se benefician, en principio, de los derechos reconocidos en un tratado del que no son partes signatarias.

Los Estados signatarios que temen que la aplicación del Convenio a los menores nacionales de terceros Estados pueda entrañar dificultades en sus relaciones con uno de ellos, quedan facultados para introducir una reserva limitando la aplicación del Convenio a los menores que tengan la nacionalidad de un Estado contratante determinado.

Naturalmente, cabía prever las incidencias del Convenio en los casos de doble nacionalidad, pero prefirióse confiar la materia a la apreciación de los tribunales.

b) El Convenio no deja, tampoco, de contemplar las dificultades de aplicación que podrían suscitarse con respecto a los Estados signatarios dotados de un régimen jurídico-político no unitario, sino de carácter federal. Con este motivo define lo que se entiende por «ley interna» del Estado del cual es súbdito el menor y por sus «autoridades» correspondientes tratándose de «sistemas no unificados». En tal supuesto, se entenderá por leyes y autoridades internas las «determinadas por las reglas en vigor en dicho sistema». En defecto de esta determinación, prevalecerá «el lazo más efectivo que el menor tenga con una de las legislaciones integrantes del sistema» (art. 14).

c) Notorias son las discrepancias legislativas en materia de matrimonio y sobre la apreciación del vínculo correspondiente. Y evidentes son, también, en la práctica las dificultades dimanantes de la disolución del vínculo matrimonial con respecto al interés de los menores. El Convenio no revela un acuerdo eficiente de carácter unitario sobre la cuestión, limitándose a aceptar las discrepancias legislativas en vigor tratándose del «divorcio». Los efectos prácticos del Convenio sobre este problema son relativos y restringidos, porque los Estados signatarios pueden «reservarse la competencia» de sus autoridades y tomar las medidas de protección de la persona o bienes del menor, cuando se discuta «la nulación, disolución, o debilitamiento del vínculo conyugal entre los padres del menor». El Convenio, a su vez, no obliga a los demás Estados contratantes a reconocer las medidas de protección adoptadas en dicho caso (art. 15).

d) La limitación clásica del «orden público» no es descartada del Convenio (art. 16). En sí una medida es, o no es, incompatible con el orden público. Por ello, cabía insertar la expresión «manifiestamente» incompatible, con el fin de dar a las autoridades un criterio de interpretación restrictiva, indicándoles que no debían de aceptar demasiado ligeramente la presencia de las infracciones al orden público. Se hubiera podido referir, también, al «orden público internacional».

Sin embargo, el Convenio repite la fórmula utilizada en otros acuerdos de La Haya, debiéndose reconocer que el término «orden público» (simple) contempla la noción de «orden público internacional» en el sentido que lo entiende la doctrina.

En realidad, la noción de orden público tiende a ser aplicada de modo extensivo, hasta el punto de que uno de los delegados advirtió que en su país «las autoridades federales consideran que los tribunales abusan a veces de la noción de orden público» (Steiger).

14) VALIDEZ Y ENTRADA EN VIGOR: RATIFICACIÓN Y ADHESIONES.

a) El Convenio de 1960 reemplaza, explícitamente, al Convenio de 1902; pero no afecta las obligaciones dimanantes de los demás acuerdos o convenios en vigor entre los Estados contratantes (art. 18).

b) El Convenio firmado necesita ser «ratificado». Los instrumentos de ratificación serán depositados cerca del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos (art. 19).

c) Para que el Convenio entre en vigor se requiere, previamente, la ratificación correspondiente de tres de los Estados signatarios. Para el Estado que lo ratifique entrará en vigor tres meses después del depósito de la ratificación (art. 20).

d) Se permite la «adhesión» al Convenio de cualquier país que no haya estado representado en la Conferencia. Los demás Estados contratantes podrán «aceptar» o no dicha «adhesión», la cual surtirá sus efectos normales sólo entre el Estado «adherente» y el Estado «acceptante».

e) Reconducción tácita: se entenderá renovado tácitamente el Convenio, de cinco en cinco años —término inicial de validez—, salvo denuncia, la cual deberá ser comunicada seis meses antes de expirar el plazo de validez.

15) POSIBILIDAD DE RESERVAS.

El Convenio no admite un número ilimitado de «reservas», sino exclusivamente las establecidas de modo explícito en sus artículos 13 y 15. Es decir, la limitación de su aplicación a los menores que sean súbditos de un determinado Estado contratante; y, la limitación posible del caso de anulación, disolución o debilitamiento del vínculo conyugal.

