

EL CONVENIO EUROPEO SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE RESOLUCIONES SOBRE CUSTODIA DE MENORES (*)

Antonio MARÍN LÓPEZ

SUMARIO: I.—Introducción. II.—Objeto del convenio. III.—Ambito de aplicación: a) ámbito personal; b) ámbito material; c) ámbito territorial. IV.—El control de funcionamiento: la autoridad central: a) funcionamiento; b) procedimiento. V.—El reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras. VI.—Las cláusulas protocolarias: firma, entrada en vigor, denuncia, depósito y lenguas oficiales.

I. INTRODUCCIÓN.

Tanto el Derecho interno español como las instituciones internacionales se han preocupado de problemas del derecho de familia; en el primer caso, al desarrollar los artículos 32 y 39 de la Constitución de 1978 mediante las leyes 11/1981 de 13 de mayo (B.O.E. núm. 119 de 19 de mayo) que modifica el Código civil en cuestión de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, 30/81 de 7 de julio (B.O.E. núm. 172 de 20 de julio) sobre la regulación del matrimonio y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio y la 13/83 de 24 de octubre (B.O.E. núm. 256 de 26 de octubre) que reforma el Código civil en cuestión de tutela. En segundo lugar, las instituciones internacionales han resuelto una serie de problemas de tal índole a través de convenios internacionales como lo ha hecho la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, desde el punto de vista conflictual y el Consejo de Europa desde el material. La Conferencia ha redactado cuatro convenios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones sobre obligaciones alimenticias: los de 24 de octubre de 1956 y 15 de abril de 1958 (obligaciones con los menores) y los de 2 de octubre de 1973 (obligaciones con los mayores), el de 5 de octubre de 1961 sobre

* Ponencia presentada en el Seminario de Derecho internacional privado de la UNED y de las Universidades Complutense y Autónoma de Madrid y el Consejo superior de investigaciones científicas, el 25 de enero de 1985.

la competencia de las autoridades y la ley aplicable a la protección de menores, el de 15 de noviembre de 1965 sobre competencia de las autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones sobre adopción, el de 1 de junio de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y de separaciones de cuerpos, el de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de las sucesiones, el de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales y el de la misma fecha sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios. Dos características son comunes a la mayoría de ellos: dedicar atención tanto al problema de la ley aplicable como al reconocimiento y ejecución de decisiones sobre la materia, y en segundo lugar, emplear preferentemente, como corresponde a la naturaleza de la Conferencia, el método conflictual frente al material o sustantivo. A estos convenios se añaden ahora los relativos a la custodia de menores de 25 de octubre de 1980 y el de Luxemburgo, elaborado ya por el Consejo de Europa, relativo a la ejecución en otros países de la decisión judicial o administrativa sobre tal custodia.

El principal efecto de la filiación es la existencia de la patria potestad, en virtud de la cual el hijo está sujeto a la autoridad de los padres o de uno de ellos hasta la mayoría de edad o emancipación, salvo que la persona quede sometida a la tutela por causa de incapacidad (art. 222, 2.º) o a la patria potestad prorrogada (art. 222, 3.º), como ocurre en la nueva reglamentación del Código civil español. En estos casos, la patria potestad se caracteriza, entre otros efectos, por la guarda ejercida sobre el menor por parte de los titulares de la misma. Pero en ocasiones la nulidad del matrimonio, la separación o el divorcio rompe la unidad de autoridad y otorga al menor a uno de los esposos, momento en que puede producirse un raptó por el otro padre o madre a quien no se le confió la custodia. En España fue conocido el caso *Bornes c. Fuentes Bobo*, resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1975¹, relativo al hijo de una noruega y un español que después de pronunciada la nulidad del matrimonio le fue asignado hasta los siete años a la madre y con ella continuó en Noruega una vez sobrepasada la misma, sin que el padre pudiera recuperar la patria potestad que le había otorgado el tribunal español. Sólo la existencia de un convenio internacional que obligara a Noruega y a España podría hacer que el menor fuera devuelto a su padre, cumpliendo así la sentencia española sobre la custodia de aquél.

En otras ocasiones ocurre lo contrario, pues el menor se encuentra con la persona que debe ejercer la custodia, pero es objeto de raptó por parte o por encargo del otro padre. Se calcula así que el número de raptos de menores oscila entre 25.000 y 100.000 en Estados Unidos mientras que en otros países es mucho más reducido, como en Francia con 130 al año, Bélgica con 15, Austria con 10, Dinamarca con 8 y unos pocos en España, aunque en estos casos se trata de raptos internacionales y en el primero de casos internos.

1. Aranzadi, *Jurisprudencia*, 1975, n.º 1514.

Esta situación ha podido ser mejorada gracias a la conclusión de dos convenios: uno elaborado por el Consejo de Europa el 20 de mayo de 1980, que trata únicamente de los aspectos civiles del reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como del restablecimiento de dicha custodia, dejando fuera, por tanto, los penales. El Consejo de Europa ya había redactado otro convenio, precedente del actual objeto de estudio, de 28 de mayo de 1970 sobre la repatriación de menores. El de 1980 fue elaborado por una Comisión especial, que hizo un proyecto relativo a los derechos de custodia y a las decisiones sobre ésta y que se centraba en asegurar el retorno inmediato del niño que había sido raptado en violación de los derechos ejercidos efectivamente conforme al derecho de su residencia habitual². El convenio fue firmado por Austria, Bélgica, Chipre, España, Grecia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Reino Unido, República Federal de Alemania y Suiza en la XII Conferencia de los Ministros europeos de justicia. Sus precedentes están en la VII conferencia de aquéllos en Basilea y en los debates del Comité europeo de cooperación jurídica.

Mientras se gestaba este convenio, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado preparaba un informe por medio de C. A. Dyer, que fue sometido a los gobiernos, junto con un cuestionario; las respuestas a éste dieron lugar a una Comisión especial que se reunió en los meses de marzo y noviembre de 1979 donde se preparó un proyecto de convenio sometido a consulta de los gobiernos, con cuyas respuestas la ponente, profesora E. Pérez Vera, hizo una serie de comentarios que fueron la base de las deliberaciones de la XIV sesión de la Conferencia de La Haya de 1980 que terminó de preparar el proyecto definitivo sobre los aspectos civiles del rapto internacional de niños y que fue abierto a la firma el 25 de octubre de 1980³.

II. OBJETO DEL CONVENIO.

Deseosos los legisladores de proteger al menor de las condiciones de vida impuestas por el rapto del mismo, ya el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 decía que su objeto era

«a) asegurar el retorno inmediato de los niños desplazados o retenidos ilícitamente en todo Estado contratante; b) hacer respetar efectivamente en los demás Estados contratantes los derechos de guarda y de visita existentes en un Estado contratante» (artículo primero).

2. Véase A. E. ANTON: *The Hague convention on international child abduction. The international and comparative law quarterly*, vol. 30, 1981, p. 542.

3. El convenio ha sido ratificado por España mediante instrumento de 9 de mayo de 1984. B.O.E. núm. 210 de 1 de septiembre de 1984.

El tratado de Luxemburgo, compuesto también de normas materiales como el de La Haya, es un complemento del mismo, aunque había sido elaborado antes, destinado a reconocer y ejecutar las decisiones sobre custodia de menores. Su exposición de motivos reconoce que el interés del menor es de decisiva importancia para la adopción de resoluciones relativas a su custodia y añade:

«Enterados del número creciente de casos de menores que han sido trasladados ilícitamente a través de una frontera internacional, así como de las dificultades con que se tropieza para resolver de modo adecuado los problemas que tales casos plantean.

Deseosos de introducir las disposiciones apropiadas que permitan restablecer la custodia de menores cuando esta custodia haya sido arbitrariamente interrumpida».

Este interés por el menor aparece recogido en su artículo 4 cuando afirma que cualquier persona que haya obtenido en un Estado contratante una resolución relativa a la custodia de un menor y que desee obtener en otro Estado contratante el reconocimiento o la ejecución de la misma, podrá dirigirse a tal efecto, mediante solicitud a la autoridad central de cualquier Estado contratante (pár. 1). Su objeto es así evitar los inconvenientes graves para el niño del cambio de ambiente y personas que lo cuidan. La facilidad de comunicaciones y la existencia de matrimonios mixtos explican esta tendencia al raptó cuando las parejas no permanecen unidas. Para ello no bastaba el convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre protección de menores⁴; éste no incluye la ejecución de las resoluciones de otros países ni la privación de la custodia conferida por disposición de la ley. Otros Estados tenían razones para no ratificarlo, como Gran Bretaña, porque el convenio comprendía tanto la propiedad de los menores como el cuidado de la persona de los mismos⁵.

La consecución de una mayor efectividad en el reconocimiento y ejecución dio lugar a un segundo proyecto de convenio que creaba un tribunal internacional especial para resolver los conflictos que se presentarán. Pero el proyecto no fue aceptado por los Estados. Tampoco lo fue el presentado al Comité de expertos en septiembre de 1976 por la delegación suiza para la devolución inmediata de un niño durante un período de tres meses por la interrupción arbitraria del derecho de custodia en relación con el mismo, aunque la propuesta atrajo algún interés; la Comisión decidió no preparar el tercer convenio sino en su lugar incorporar algunos elementos del proyecto suizo al referente al reconocimiento y ejecución⁶.

4. Puede verse en *Conférence de La Haye de droit international privé: Recueil des conventions (1951-1980)*, pp. 42-46.

5. Véase R. L. JONES: *Council of Europe convention on recognition and enforcement of decisions relating to the custody of children. The international and comparative law quarterly*, vol. 30, 1931, p. 463.

6. A. E. ANTON: *art. cit.*, p. 539.

El convenio europeo difiere del de La Haya en varios puntos: éste se limita a los casos en que ha habido un traslado o retención ilegal, mientras que el convenio del Consejo de Europa no tiene tal limitación; en segundo lugar, el convenio europeo se basa en el reconocimiento y ejecución de sentencias, mientras que el de La Haya actúa en ausencia de una sentencia en el Estado de origen⁷. Pero ambos son derecho material y por ello resulta extraño el abandono por la Conferencia de La Haya del método conflictual para entrar en ámbitos sustantivos. El rasgo común de ambos es, además, la creación de una autoridad central, a la que se hará referencia después.

III. AMBITO DE APLICACIÓN.

La aplicación del convenio europeo afecta tanto a las personas como a la materia regulada como al territorio donde rige.

a) *Ambito personal.*

Las personas protegidas por el convenio son los niños, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los 16 años y que no tengan derecho a fijar su residencia según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido. Esto plantea la cuestión de ver cómo un convenio de derecho material tiene necesidad de utilizar una norma de conflicto, bien la de la residencia habitual o la de la nacionalidad o la legislación interna, con lo que descarta el reenvío, del Estado requerido. Este método es contrario el utilizado en otras ocasiones: por ejemplo el convenio de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias con los menores dice en su artículo primero:

«Por el término “menor” se entiende, para los fines del presente convenio, todo menor legítimo, no legítimo o adoptivo, no casado y menor de 21 años cumplidos» (pár. 4)⁸.

Ahora el convenio ha hecho lo contrario: completar la reglamentación material con la conflictual, lo que pone de relieve la interconexión de métodos, necesaria para obtener una solución satisfactoria. Pero el convenio europeo ha precisado, al tratar de la residencia o nacionalidad del menor, que cuando haya más de un sistema jurídico de aplicación territorial, es la ley del Estado de una u otra la que determina el sistema al que está más vinculada la persona de que se trata (art. 26, pár. a).

7. R. L. JONES: art. cit., p. 468.

8. Puede verse el convenio en Conférence de La Haye de droit international privé: Recueil citado, pp. 32-34.

La defensa del interés del menor de que habla la exposición de motivos, como se ha expuesto, es un principio que está de acuerdo con la Constitución española cuando ésta dice que

«Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...» (art. 39, pár. 2)

lo cual ha sido el origen de la reforma del Código civil por la ley 11/1981 de 13 de mayo⁹ y como consecuencia de responder el convenio al sistema jurídico español, la ratificación ha sido un hecho posible en el espacio de pocos años.

Además esta finalidad de protección se encuentra igualmente en el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, cuya exposición de motivos dice que

«Los Estados signatarios del presente convenio
Profundamente convencidos de que el interés del menor es de una importancia primordial para toda cuestión relativa a su guarda,
Deseando proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos nocivos de un desplazamiento o de un no retorno ilícitos y establecer procedimientos para garantizar el retorno inmediato del menor al Estado de su residencia habitual...».

Y en su artículo 4 declara el ámbito de aplicación personal haciendo aplicable el convenio a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente anterior a la violación de los derechos de guarda y de visita. La aplicación del convenio cesa cuando el menor alcanza la edad de 16 años. Aunque la edad señalada tanto por éste como por el convenio europeo objeto del presente comentario sea un dato personal importante lo normal es que el raptó afecte a niños pequeños.

b) *Ambito material.*

El convenio europeo se refiere principalmente a las resoluciones relativas a la custodia dictadas en un Estado contratante y cuando sean ejecutorias en el Estado de origen, se ejecutarán en cualquier otro Estado contratante (art. 7). En segundo lugar, regula el derecho de visita, que aparece citado en el preámbulo y en los artículos 1 y 11 del texto. El párrafo 2 de éste dice:

«Sin embargo, la autoridad competente del Estado requerido podrá fijar las modalidades del cumplimiento y del ejercicio del

9. B.O.E. núm. 119 de 19 de mayo. Aranzadi, Legislación, 1981, n.º 1151.

derecho de visita, habida cuenta especialmente de los compromisos contraídos al efecto por las partes».

Esto es indicio de las dificultades que pueden presentarse al regular tal derecho cuando los padres no se ponen de acuerdo sobre el tiempo y el lugar de la misma. La autoridad competente del Estado donde el menor vive y reside habitualmente es la que está en mejor situación para decidir tales detalles a falta de acuerdo, puesto que tiene mayores facilidades que la del Estado de origen, por tener mejor conocimiento de las circunstancias locales.

El convenio no afecta a los compromisos que un Estado contratante pueda tener contraídos con respecto a un Estado no contratante en virtud de un instrumento internacional que trate de materias regidas por el convenio (art. 20). Pero la reglamentación establecida por éste tiene carácter subsidiario respecto del derecho material uniforme que dos o más Estados hayan promulgado respecto a la custodia de menores. Para beneficiarse de esto, los Estados notificarán su decisión al Secretario general del Consejo de Europa, como lo harán con cualquier modificación de la misma (art. 20, párr. 2).

c) *Ambito territorial.*

El ámbito de aplicación territorial es el territorio del Estado parte del convenio. Pero éste distingue entre el Estado centralizado y el que no lo es. Respecto al primero, la aplicación territorial depende de la declaración hecha por el Estado en el momento de la firma o del depósito de ratificación, aceptación o adhesión, declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa en la que podrá posteriormente ampliar la aplicación del convenio, declaración que podrá retirarse mediante nueva notificación dirigida al Secretario general (art. 24). En lo que concierne al segundo caso, esto es, cuando el Estado comprenda varias unidades territoriales, y en ellas se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestión de custodia de menores y reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre la misma, podrá declarar en cualquier momento a qué unidades territoriales se aplicará el convenio, o mediante declaración dirigida al Secretario general ampliar la aplicación del mismo a otra u otras unidades territoriales o retirar la declaración hecha anteriormente (art. 25).

El convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 ha previsto también esta posibilidad de disparidad de legislaciones dentro de un mismo Estado sobre la materia y así dice su artículo 32:

«Respecto de un Estado que tenga en cuestión de guarda de menores dos o varios sistemas jurídicos aplicables a diferentes categorías de personas toda referencia a la ley de este Estado determina el sistema jurídico designado por el derecho de éste».

La solución, en cuestión de conflicto de leyes, es oportuna y así recuerda con lo afirmado por el Código civil español para regular las cuestiones jurídicas en Estados plurilegislativos:

«Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado» (art. 12, párr. 5).

IV. EL CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO: LA AUTORIDAD CENTRAL.

El sistema establecido por el convenio no actúa a través de la vía diplomática normal, sino que el texto crea una vía específica: la autoridad central, encargada de ejercer las funciones previstas en el convenio (art. 2), aunque éste no exige que se cree una nueva autoridad administrativa o judicial, sino que puede utilizarse cualquiera de las existentes. En España, la autoridad central, según el instrumento de ratificación, es la Subsecretaría del Ministerio de justicia, Servicio de asuntos penales; en Francia, el Ministerio de justicia, Oficina de asistencia recíproca judicial internacional; en Luxemburgo el Procurador general del Estado; en Portugal la Dirección general de los servicios tutelares de menores y Suiza no ha designado aún esta autoridad. El objeto de la creación de esta autoridad central, o de varias en cada Estado contratante, es reducir las dificultades que puedan surgir en la ejecución; no es su finalidad entrar en el fondo del asunto.

Este método de centralizar los problemas había aparecido ya en el convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en cuestiones civiles y mercantiles (art. 2) y en el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños (art. 6.º), ambos elaborados por la Conferencia.

Cuando el Estado en cuestión no sea un Estado centralizado sino federal o donde rijan varios sistemas jurídicos, podrán aquéllos designar varias autoridades centrales cuya competencia determinarán, notificándolo al Secretario general del Consejo de Europa (art. 2.º). Esta terminología no es correcta pues el convenio debió referirse más que a varias autoridades centrales, lo que supondría una descoordinación en el interior de un Estado, a varias autoridades competentes y señalar entre ellas la central para conocer de estos problemas de custodia de menores. En todo caso esta autoridad puede ser judicial o administrativa (art. 1.º, b) puesto que en él algunos países como Dinamarca, Noruega y Suiza, las decisiones sobre custodia de menores se toman por autoridades administrativas y no por los tribunales. A esta autoridad central habrá que dirigirse en su propia lengua o lenguas oficiales o acompañar traducción a dicha lengua, pero dicha autoridad deberá aceptar las comunicaciones redactadas en francés o inglés o que vayan acompañadas de una traducción a una de ellas (art. 6.º, párr. 1).

Las comunicaciones procedentes de la autoridad central del Estado requerido, incluidos los resultados de las indagaciones efectuadas, podrán

redactarse en una de las lenguas oficiales del Estado o en francés o inglés. Pero el texto admite que los Estados, en el momento que corresponda, hagan una reserva al uso del francés o del inglés (art. 6.º, párr. 2), lo que parece natural cuando se trata de Estados, requirente y requerido, que están lejos de la influencia francesa o británica.

a) *Funciones.*

La principal función de carácter general es la de coordinación, esto es, la cooperación recíproca entre las autoridades centrales de los Estados contratantes (art. 3.º, párr. 1). También el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 afirma en su artículo 7 que

«Las autoridades centrales deben cooperar entre sí y promover una colaboración entre las autoridades competentes en sus Estados respectivos, para asegurar el retorno inmediato de los menores y realizar los otros objetivos del presente convenio...».

En segundo lugar el convenio europeo establece la obligación de suministrar información procedente de las autoridades competentes, la información relativa a su legislación y las dificultades que puedan surgir en la aplicación del convenio (art. 3, párr. 2).

En tercer lugar, la autoridad central del Estado requerido adoptará dentro de los plazos más breves posibles cuantas disposiciones estime apropiadas para averiguar el paradero del menor, o evitar que se perjudiquen sus derechos o los del demandante o asegurar el reconocimiento o la ejecución de la resolución o la entrega del menor al demandante cuando se haya autorizado ésta, o informar al demandante de las medidas adoptadas. En concreto cuando la autoridad central del Estado requerido tenga razones para creer que el menor se halla en territorio de otro Estado contratante, remitirá los documentos a la autoridad central de dicho Estado, directamente y sin demora (art. 5).

En cuarto lugar, si se deniega el reconocimiento y la ejecución y la autoridad central estima que debe darse curso a la petición, podrá aquélla acudir a la autoridad judicial, asegurando la representación del solicitante en el procedimiento en las mismas condiciones que un nacional de dicho Estado (art. 5.º, párr. 4).

b) *Procedimiento.*

Presentadas en esquema las funciones de la autoridad central, es preciso ahora seguir el procedimiento a emplear. Tratándose solamente del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, toda persona que haya obtenido en un Estado contratante una resolución relativa a la custodia de un menor y que desee su efectividad, habrá de presentar solicitud a la autoridad central de cualquier Estado contratante, acompañada de una serie de documentos (art. 4.º, párrs. 1 y 2). La expresión utilizada por el texto no es, sin embargo, muy correcta, ya que la solicitud parece que

habrá de presentarse ante la autoridad central del Estado donde se ha dado la resolución y no en cualquier Estado contratante. Sólo la referencia que hace el artículo 5.º, párr. 2 de que el menor se halle en otro Estado contratante al remitir los documentos a la autoridad central de dicho Estado, permite comprender la afirmación de que el interesado podrá dirigirse a la autoridad central de cualquier Estado contratante.

Los documentos exigidos por el convenio europeo en su artículo 13 son los que habilitan a la autoridad del Estado requerido para actuar en nombre del requirente; el testimonio de la resolución auténtica, el documento que acredite, en ausencia del demandado, que se comunicó o notificó en debida forma a éste, cualquier otro documento que pruebe que la resolución es ejecutoria, un escrito que indique el lugar en que pudiera hallarse el menor y propuestas sobre la forma de restablecer la custodia, todos ellos acompañados de traducción.

La autoridad central a quien va dirigida la solicitud, si no es la del requerido, remitirá estos documentos a la misma, aunque aquélla podrá negarse a intervenir si resulta claramente manifiesto que no se cumplieron las condiciones del convenio (art. 4, párrs. 3 y 4).

Cumplidas estas condiciones todo Estado contratante seguirá un procedimiento simple y rápido para el reconocimiento y ejecución de la resolución, cuidando que la petición de «execuator» (sic) pueda efectuarse mediante simple instancia (art. 14). En todo el procedimiento se tendrá en cuenta la necesidad de oír al menor, lo cual, aunque el convenio hable de su edad e incapacidad de discernimiento, será de difícil realización en la mayoría de los casos (art. 15, párr. 1). También el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 exige que los Estados contratantes recurran a sus procedimientos de urgencia (art. 2).

Todo el procedimiento es gratuito, salvo los gastos de repatriación de modo que no se podrá exigir al demandante pago alguno por las medidas adoptadas, incluidas las costas procesales; los gastos de las indagaciones efectuadas en un Estado contratante correrán a cargo del Estado en que se efectuaron (arts. 5, párrs. 3 y 15, párr. 2). El convenio de La Haya de 1980 se refiere también a este tema, si bien habla más exactamente de asistencia judicial y jurídica en todo Estado contratante (art. 25).

Todo este procedimiento puede suspenderse si la resolución de origen fuera objeto de recurso ordinario, si hubiera pendiente en el Estado requerido algún procedimiento relativo a la custodia incoado antes de entablarse el procedimiento en el Estado de origen o si alguna otra resolución sobre la custodia es objeto de un procedimiento de ejecución (art. 10, párr. 2). Al ratificar el convenio España declaró que el procedimiento se suspendería en tres casos: a) si la resolución de origen fuera objeto de un recurso ordinario; b) si estuviera pendiente en España algún proceso relativo a la custodia del menor incoado antes de entablarse el procedimiento correspondiente; c) si alguna otra resolución relativa a la custodia del menor fuera objeto de un procedimiento de ejecución o cualquier otro relativo al reconocimiento de dicha resolución.

V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS.

El convenio no establece ningunos límites al hecho de que cualquier Estado miembro pueda asumir jurisdicción, pero sí determina que cualquier decisión sobre la custodia o visita en un Estado que es parte en el convenio será reconocida y ejecutada en cualquier otro Estado. Además el convenio europeo admite las reservas al texto en su artículo 17, pero de forma limitada, pues cualquier Estado podrá formular la reserva de que en los casos previstos en los artículos 8 y 9 podrá denegarse el reconocimiento y la ejecución por aquellos motivos de entre los previstos en el artículo 10, que se indicarán en dicha reserva. Una segunda posibilidad recoge el texto al decir que cualquier Estado puede formular la reserva de que no queda vinculado por lo dispuesto en el artículo 12¹⁰. España ha hecho uso de esta reserva en el momento de la ratificación.

El texto convencional admite también que cualquier Estado contratante podrá declarar que alega una o más reservas de las que figuran en el párrafo 3 del artículo 6, fuera de lo cual no admite ninguna otra (art. 27, pár. 1). En otras palabras el texto está pensado para beneficiar al menor y quedaría sin valor si se admitieran toda clase de reservas. Por ello se reconoce el derecho de retirar la reserva, notificándolo al Secretario general del Consejo de Europa (art. 27, pár. 2). En el momento de la ratificación España se ha reservado el derecho, al amparo de este artículo, de excluir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6, 1, b), esto es, no aceptar las comunicaciones no redactadas en lengua francesa o inglesa o que vayan acompañadas de una traducción a una de estas lenguas, y conforme al artículo 17, pár. 1 del convenio se reserva la facultad de denegar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en los casos previstos en los artículos 8 y 9: a) si se comprueba que los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por los que se rigen la familia y los hijos en España; b) si en el momento de entablarse el procedimiento el menor tuviera la nacionalidad española o su residencia habitual en España y no tuviera ninguno de dichos vínculos con el Estado de origen o si el menor tuviera a la vez la nacionalidad del Estado de origen y la nacionalidad española y su residencia habitual en España; c) si la resolución fuera incompatible con una resolución dictada en España o en un tercer Estado pero ejecutoria en España, como consecuencia de un procedimiento entablado antes de presentarse la petición de reconocimiento o de ejecución y la denegación concurda con el interés del menor.

10. Artículo 12: «Cuando en la fecha en que se traslada al menor a través de una frontera internacional, no exista resolución ejecutoria dictada en un Estado contratante en cuanto a su custodia, lo dispuesto en el presente convenio se aplicará a cualquier resolución ulterior, que se refiera a la custodia de dicho menor y que declare ilícito dicho traslado dictado en un Estado contratante a petición de cualquier persona interesada».

El punto central del convenio es, por tanto, el reconocimiento y la ejecución de decisiones sobre la custodia de menores. En varios ordenamientos jurídicos hay una distinción entre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras; en otros, como el español, no existe. El convenio europeo sí diferencia uno de otra al decir, puesto que es el fin principal del mismo

«Las resoluciones relativas a la custodia dictadas en un Estado contratante se reconocerán y, cuando sean ejecutorias en el Estado de origen, se ejecutarán en cualquier otro Estado contratante» (art. 7.º).

La ley de enjuiciamiento civil española no hace alusión a tal distingo; habla simplemente de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros (arts. 951-958) y ha sido la jurisprudencia y la doctrina españolas las que han puesto de manifiesto esa falta de distinción. Además, la sentencia extranjera debe ser objeto de legalización conforme a esta normativa, al decir el artículo 954 de esta ley que la carta ejecutoria debe reunir los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica

«...y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España» (pár. 4.º).

Por el contrario, el convenio europeo se refiere expresamente a que no podrán exigirse legalizaciones ni otras formalidades análogas (art. 16) lo que coincide con la tendencia más progresista existente en el derecho convencional. Así el convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 que suprime la exigencia de legalización de actos públicos extranjeros¹¹, se ha completado por el convenio del Consejo de Europa de 7 de junio de 1968¹², y por el convenio de 15 de septiembre de 1977 de la Comisión internacional del estado civil¹³.

El convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 confirma más recientemente esta tendencia al decir

«Ninguna legalización ni formalidad similar será requerida en el contexto del convenio» (art. 23).

Dada la ejecutoriedad de la sentencia sobre el retorno o devolución del menor, procede la devolución del mismo y así el convenio europeo habla de que

«En caso de traslado sin derecho (*ilegal*), la autoridad central del

11. Ratificado por España el 10 de abril de 1978. B.O.E. núm. 229 de 25 de septiembre de 1978. Aranzadi, Legislación, 1978, n.º 2059.

12. Ratificado por España el 1 de junio de 1982. B.O.E. núm. 206 de 28 de agosto de 1982. Aranzadi, Legislación, 1982, n.º 2244.

13. Ratificado por España el 27 de enero de 1981. B.O.E. núm. 145 de 18 de junio de 1981. Aranzadi, Legislación, 1981, n.º 1400.

Estado requerido dispondrá que se proceda inmediatamente a restituir al menor...» (art. 8).

principio establecido claramente por el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 al decir

«Las autoridades judiciales o administrativas de cualquier Estado contratante deben proceder urgentemente al retorno del menor...» (art. 11).

Esto tiene la excepción en el citado convenio, de que si el niño se ha integrado en su nuevo medio, la autoridad civil o administrativa que ordena después de un año el retorno del menor, puede suspender el procedimiento (art. 12, párr. 2.º), si la parte que se opone al mismo prueba que la custodia no se ejercía efectivamente o la persona que lo detentaba había consentido el secuestro antes o después de efectuarse (art. 13 a) ¹⁴.

El reconocimiento y la ejecución pueden denegarse por una serie de causas recogidas en el texto convencional. Así en los casos de traslado sin derecho, como dice la versión oficial española en vez de traslado ilegal, que es más exacto, la denegación puede hacerse si cuando se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal, el escrito por el que se incoa el procedimiento no se hubiera notificado al demandado o la competencia de la autoridad que la dictó no estuviera fundada, en la residencia habitual del demandado, en la última residencia habitual común de los padres del menor siempre y cuando uno de ellos continúe residiendo habitualmente en la misma o en la residencia habitual del menor (art. 9, párrs. a y b). En ningún caso podrá someterse la resolución a un examen en cuanto al fondo. También puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de la resolución si es incompatible con una resolución negativa a la custodia, que ya fuera ejecutoria en el Estado requerido antes del traslado del menor, salvo que éste hubiera tenido su residencia habitual en el territorio del Estado requirente en el año precedente a su traslado (art. 9, c), o si no se hubiera dirigido la solicitud correspondiente a ninguna autoridad central, cuando el reconocimiento y ejecución se solicitan en un plazo de seis meses a partir del desplazamiento ilegal (desplazamiento sin derecho, dice equívocamente la versión española) (art. 9, párr. 2); por motivos de orden público cuando se comprueba que los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el Estado requerido (art. 10, 1, párr. a). Este motivo está recogido de forma más completa en el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980:

«El retorno del menor conforme a las disposiciones del artículo 12 puede ser rehusado cuando no estuviera permitido por los

14. Puede verse F. J. ZAMORA CABOT: El proyecto de convención de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro (enlèvement, abduction) internacional de niños: primeras impresiones. La ley. Revista jurídica española, año II, núm. 83, pág. 2.

principios fundamentales del Estado requerido sobre la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales» (art. 20).

Otra causa admitida por el convenio europeo es cuando con motivo de la modificación de las circunstancias incluido el transcurso del tiempo, pero no el cambio de residencia del menor los efectos de la resolución de origen no concuerden ya manifiestamente con el interés de éste (art. 10,1, párr. b) o si en el momento de entablarse el procedimiento en el Estado de origen, el menor tuviera la nacionalidad del Estado requerido o su residencia habitual allí y no existiera ninguno de dichos vínculos con el Estado de origen o el menor tuviera a la vez la nacionalidad del Estado de origen y la del Estado requerido y su residencia habitual en éste (art. 10, párr. c).

Dos motivos más deben tenerse en cuenta, conforme al convenio europeo: la decisión puede denegarse si es incompatible con otra dictada en el Estado requerido o en un tercer Estado, pero ejecutoria en aquél (art. 10, párr. d). El convenio de La Haya es más explícito en las consecuencias de esta disposición cuando afirma que el solo hecho de que una decisión relativa a la guarda haya sido dada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido no puede justificar la denegación de devolver al menor, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido pueden tomar en consideración los motivos de esta decisión (art. 17). Finalmente tampoco habrá causa de reconocimiento y ejecución cuando un Estado formule una reserva en los casos previstos por el convenio.

Toda esta serie de motivos para denegar el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales o administrativas pueden hacer perder su efectividad al convenio, que persigue esencialmente, como se ha dicho, el interés del menor al hacerlo retornar a su hogar, que es el de su residencia habitual. Quizás no debiera haber excepciones al derecho de retorno en cuanto son contrarias al bienestar de los menores salvo el caso de haberse ya adaptado al nuevo ambiente, pues un traslado al país de origen puede ser peor para el menor.

En todos los casos anteriores el convenio ha regulado el reconocimiento y ejecución de resoluciones referentes al retorno o devolución del menor. Pero el texto del tratado se refiere a un hecho que no comporta tal retorno: el derecho de visita. Pues es evidente que lo que en ocasiones se pretende es garantizar solamente este derecho a la persona que tiene la custodia del menor, normalmente el padre y la madre que ejercen la patria potestad. Por ello el artículo 11 del convenio hace ejecutorias las resoluciones relativas a la visita, en las mismas condiciones que las concernientes a la custodia, aunque la autoridad competente del Estado requerido puede fijar las modalidades del ejercicio de este derecho (art. 11, párrs. 1 y 2). También el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 reconoce este derecho como

«...el derecho de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente del de su residencia habitual» (art. 5).

La petición del ejercicio de este derecho se hará, según el citado convenio, de la misma forma que la petición de devolución del menor; las autoridades centrales están obligadas a facilitar este derecho, comenzando incluso un procedimiento legal para proteger el derecho de visita y las condiciones a las que puede ser sometido el ejercicio de este derecho (art. 21).

VI. LAS CLÁUSULAS PROTOCOLARIAS.

El convenio europeo contiene finalmente una serie de cláusulas sobre firma y ratificación, entrada en vigor, adhesión de terceros Estados, denuncia, depósito y lenguas que dan fe.

En primer lugar, el convenio está abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa y se someterá a ratificación, aceptación o aprobación de los Estados (art. 21). Ha sido firmado hasta ahora por Austria, España, Francia, Holanda, Luxemburgo, Portugal, República Federal de Alemania y Suiza, y ratificado por Francia el 4 de agosto de 1982, Portugal el 18 de marzo de 1983, Luxemburgo el 25 de mayo de ese año y España el 30 de mayo de 1984. Entra en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que tres Estados miembros del Consejo de Europa hayan expresado su consentimiento de quedar vinculados por el convenio (art. 22, párr. 1). Con carácter general está vigente desde el 1 de septiembre de 1983 y para España entró en vigor el 1 de septiembre de 1984.

Aunque destinado a los Estados miembros del Consejo de Europa, su Comité de ministros puede invitar a adherirse a cualquier otro Estado no miembro, mediante acuerdo adoptado por la mayoría prevista en el artículo 20 del estatuto y por unanimidad de los representantes de los Estados contratantes, con derecho a formar parte de dicho Comité (art. 23, párr. 1)¹⁵.

15. El estatuto del Consejo de Europa ha sido objeto de adhesión por parte de España por instrumento de 22 de noviembre de 1977. B.O.E. núm. 51 de 1 de marzo de 1978. Aranzadi, Legislación, 1978, n.º 454. Su artículo 20 dice: «a) Se adoptarán por unanimidad de los votos emitidos y por mayoría de los representantes con derecho a participar en las sesiones del Comité de ministros, las resoluciones relativas a las siguientes cuestiones importantes: (i) las recomendaciones a que se refiere el artículo 15 b); (ii) las cuestiones a que se refiere el artículo 19; (iii) las cuestiones a que se refiere el artículo 21 a) y b); (iv) las cuestiones a que se refiere el artículo 1 d), 7, 15, 20 y 22; (vi) cualquier otro asunto que el Comité mediante resolución adoptada en las condiciones previstas en el siguiente apartado d), decidiese someter, por su importancia, a la regla de la unanimidad.

b) Las cuestiones que planteen como consecuencia del reglamento interno o de los regímenes financiero y administrativo podrán resolverse por mayoría simple de los representantes con derecho a formar parte del Comité.

c) Las resoluciones del Comité, adoptadas en cumplimiento de los artículos 4 y 5, requerirán una mayoría de los dos tercios de los representantes con derecho a

En segundo lugar el tratado prevé la denuncia del mismo en cualquier momento, dirigiendo la correspondiente notificación al Secretario general del Consejo de Europa, la cual tendrá efecto el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de seis meses después de la fecha del recibo de la notificación (art. 29).

En tercer lugar, el depositario de los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación es el Secretario general del Consejo de Europa (art. 21), el cual notificará a los demás miembros del Consejo y a los Estados que se hayan adherido al convenio, las firmas, depósito de ratificaciones, aceptación, aprobación o adhesión, la fecha de entrada en vigor del convenio o cualquier otro documento o notificación (art. 30).

En cuarto lugar, las lenguas utilizadas serán el francés y el inglés, lenguas igualmente fehacientes para los efectos del convenio.

El convenio establece, dada su finalidad no temporal de proteger el derecho de custodia de los menores, un sistema de vigilancia de su cumplimiento, al finalizar el tercer año de la entrada en vigor y en cualquier momento posterior el Secretario general del Consejo de Europa invitará a las autoridades centrales a que se reúnan para estudiar y facilitar el funcionamiento del convenio y los trabajos de estas reuniones serán objeto de un informe que se enviará al Comité de ministros (art. 28).

formar parte de aquél, incluso y especialmente las concernientes a la adopción del presupuesto, al reglamento interno, a los reglamentos financiero y administrativo y a las recomendaciones relativas a la enmienda de los artículos del presente estatuto no mencionados en el precitado apartado a) (v), así como a la determinación, en caso de duda, del apartado del presente artículo que convenga aplicar».