

TRABAJO FINAL DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2017-2018

**LA DETERMINACIÓN DE LA
CAPACIDAD DE MENORES
EXTRANJEROS POR LAS
AUTORIDADES ESPAÑOLAS**



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

Autor: VÍCTOR RAMÓN PARDILLA FERNÁNDEZ

Tutora: LERDYS HEREDIA SÁNCHEZ

Resumen:

La protección del menor se basa en un conjunto de normas y procesos jurídicos dirigidos a garantizar un desarrollo integral y digno, así como condiciones materiales y afectivas que permitan el máximo de bienestar posible a los niños. La prolífica legislación internacional y nacional persigue su interés superior como una consideración prioritaria para decidir sobre todas las cuestiones que les afectan.

En este sentido, las autoridades y tribunales de los Estados que deciden sobre aspectos que afectan a vida de los menores deben asegurarse de contribuir a la defensa del interés superior por encima de todo, aunque ello comporte la declaración de incompetencia judicial para conocer de las propias cuestiones. Una ardua tarea, e incluso confusa, cuando en estos procedimientos se introduce un elemento extranjero, derivado de la nacionalidad que ostenta el menor sujeto de la relación jurídica.

En el presente trabajo se estudian, desde la perspectiva del DIPr, las reglas para la determinación de la competencia judicial internacional de las autoridades y tribunales españoles en materias de protección de menores, cuando estamos frente a menores extranjeros que puedan verse afectados. Ello implica decidir sobre la capacidad e incapacidad jurídica de esos menores y su reconocimiento como sujetos de derecho en España, con las dificultades que dicho procedimiento implica.

Las autoridades y tribunales españolas deben dar respuesta a toda la casuística que se deriva de los menores inmersos en procesos migratorios de circunstancias muy dispares, al mismo tiempo que garantiza sus derechos como menores de edad y el interés superior del menor.

Abstract:

The protection of child is based on a set of norms and legal processes aimed at guaranteeing an integral and dignified development, as well as the material and emotional conditions that allow the maximum possible well-being for children. The

prolific international and national legislation pursues its superior interest as a prior priority to decide on all the issues that affect it.

In this sense, the authorities and courts of the States who decide on aspects that affect the lives of minors must ensure that they contribute to the defense of the higher interests above all, although they do so with the declaration of judicial incompetence to know the issues themselves. An arduous task, and even confusing, when in these procedures a foreign element is introduced, derived from the nationality held by the minor subject of the legal relationship.

In this paper it is studied, from the perspective of the DIPr, the rules for the determination of the international judicial competence of the Spanish authorities and courts in matters of protection of minors, when we are dealing with foreign minors who may be affected. This implies deciding on the capacity and legal incapacity of these minors and their recognition as subjects of law in Spain, with the difficulties that this procedure implies.

The Spanish authorities and courts have to respond to all the casuistry that derives from minors immersed in migratory processes of very different circumstances, at the same time guaranteeing their rights as minors and the higher interest of the minor.

Palabras clave: menores extranjeros, interés superior del menor, protección de menores, capacidad judicial, competencia judicial internacional, derechos del niño.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE MENORES.	8
A) PROTECCIÓN DE MENORES E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	10
1. LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 14 (INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR).	14
CAPÍTULO 2. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y CAPACIDAD DE LA PERSONA FÍSICA.	16
A) ESTATUTO PERSONAL Y CAPACIDAD DE LA PERSONA FÍSICA.	16
B) DETERMINACIÓN DE LA EDAD.	17
1. ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE A LA EDAD.	17
2. CONFLICTO MÓVIL.	18
3. MAYORÍA DE EDAD A EFECTOS DE DERECHO PÚBLICO.	20
4. MAYORÍA DE EDAD A EFECTOS DE CIERTOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.	21
5. MAYORÍA DE EDAD EN DERECHO COMPARADO.	21
CAPÍTULO 3. PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES RESPECTO A MENORES.	23
A) COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.	23
1. DETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO LEGAL APLICABLE.	23
a) Menor con residencia habitual en un Estado miembro del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003.	24
b) Menor sin residencia habitual en un Estado miembro.	24
c) Cláusulas de remisión entre instrumentos legales para protección de menores.	25
2. INSTITUCIONAL: EL REGLAMENTO BRUSELAS II-BIS 2201/2003.	25
a) Competencia general.	27
b) Concepto de residencia habitual.	28
c) Competencia prorrogada.	30
d) Competencia adicional.	30
e) Competencia por presencia del menor.	30
f) Competencia residual.	31
g) Competencia mediante codecisión.	31
3. RÉGIMEN CONVENCIONAL: CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE 1996.	32
a) Concepto de responsabilidad parental.	34
b) Concepto de medidas de protección de la persona y bienes del niño.	35

c) Responsabilidad parental y medidas de protección del niño en Derecho español.	36
d) Concepto de niño.	36
e) Competencia por residencia habitual.	38
f) Competencia por niños refugiados y lugar de presencia.	38
g) Competencia por niños desplazados o retenidos.	39
h) Competencia de un foro apropiado.	40
i) Competencia de tribunales en divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial. ..	41
j) Competencia por urgencia.	41
k) Competencia provisional y eficacia territorial restringida.	42
m) Competencia reservada sobre los bienes del niño en España.	42
n) Normas de aplicación y competencia judicial internacional.	43
ñ) Competencias residuales.	43
4. RÉGIMEN AUTÓNOMO: ARTÍCULO 22 QUÁTER LOPJ.	44
B) DERECHO APLICABLE A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES.	45
1. MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS POR AUTORIDADES PÚBLICAS. ..	47
C) RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES.	48
1. REGLAMENTO BRUSELAS II-BIS 2201/2003.	49
2. CONVENIO DE LA HAYA 1996.	50
D) PROTECCIÓN DEL MENOR INCAPAZ EN ESPAÑA.	52
1. MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO.	53
a) Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA.	54
b) Detección de un MENA por las autoridades españolas.	55
CONCLUSIONES.	65
BIBLIOGRAFÍA.	67

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo constituye una continuación del Trabajo Final del Grado de Relaciones Laborales de la UMH titulado *Análisis crítico del sistema español de protección de los menores extranjeros no acompañados*, realizado bajo la dirección de la profesora Lerdys Heredia Sánchez, antes y ahora.

Si bien en el trabajo anterior se estudia “*El trato de los menores extranjeros no acompañados por parte de las instituciones, y el respeto de sus derechos como menores por encima de su condición de extranjeros*”¹, en el presente se estudian las reglas jurídicas aplicables a la determinación de la competencia judicial internacional de las autoridades y tribunales españoles en materia de protección de menores y responsabilidad parental, lo que sin duda también afecta a los menores extranjeros no acompañados.

El fenómeno migratorio es cada vez más exigente en cuanto a la cooperación judicial internacional y la armonización de la disparidad de códigos normativos nacionales. Los conflictos entre sujetos de distintas nacionalidades y territorios también merecen una respuesta judicial. Existen cuestiones legales que adaptan el DIPr a la protección jurídica del menor.

Para estudiar la competencia judicial internacional de las autoridades y tribunales españoles en materia de protección de menores, se ha desarrollado una revisión e investigación bibliográfica sobre las fuentes jurídicas de carácter institucional, internacional y autónoma.

Debe aclararse que los términos “capacidad e incapacidad” legal han cambiado recientemente. Su sustitución merece una explicación. Pues el instrumento legal internacional que regula la competencia judicial en materia de protección de menores, el Convenio de la Haya 1996, nunca utiliza el término *incapaces* cuando se refiere a los

¹ PARDILLA FERNÁNDEZ, V. *Análisis crítico del sistema español de protección de los menores extranjeros no acompañados*. Disponible en: <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/4170/1/TFG%20PARDILLA%20FERN%20C3%81NDEZ%20VICTOR%20RAM%20C3%93N.pdf>

niños. Los niños no son incapaces, sino personas necesitadas de protección jurídica especial por razón de su edad. El propio artículo 9.6 del Código Civil español mantenía a los menores dentro del concepto de incapaces, pero recientemente abandonó dicha perspectiva gracias a la reforma de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia². El autor del presente trabajo ha querido adherirse a esta nueva corriente de pensamiento.



² BOE nº 180, 29 de julio de 2015, pp. 64544-64613 (consultado 19/05/2018).

CAPÍTULO 1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE MENORES.

En el Derecho Internacional Privado (DIPr de ahora en adelante) actual existen instrumentos jurídicos centrados en los menores a nivel internacional, lo que tiende a eliminar la regulación de producción interna.

Las normas de DIPr en relación a los menos se construyen bajo el principio del *interés superior del menor* y se interpretan según el mismo principio. El *interés superior del menor* prevalece sobre cualquier otro sujeto implicado, ya sean padres, la Administración, las relaciones internacionales entre Estados, los fraudes, etc.

A su vez el *interés superior del menor* es un concepto jurídico indeterminado. Lo que significa que sólo se puede concretar en cada caso particular y para cada menor afectado.

Es importante remarcar que el *interés superior del menor* es un concepto jurídico relativo. Pues para el Derecho español, el *interés superior del menor* se construye sobre “*parámetros constitucionales españoles y europeos, como el libre desarrollo de la personalidad del menor (art. 10 CE 1978), el derecho del niño a su libertad de expresión, a su nombre y una nacionalidad, a tener una familia, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, etcétera*”³. Sin embargo, para el Derecho musulmán, el *interés superior del menor* consiste en su derecho “*a ser educado en la del Islam y en el derecho a mantener un ligamen con sus orígenes*”⁴. Por tanto, el concepto de *interés superior del menor* no es único.

Como se verá a continuación, existe un exceso de instrumentos legales nacionales e internacionales sobre los derechos del menor. Resultado de una competición entre autoridades nacionales e internacionales que buscan repercusión política en la protección de menores. Las contradicciones e incoherencias jurídicas desorientan a los

³ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 534.

⁴ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 534.

tribunales y a los abogados. Sirva de ejemplo las diferentes nociones de *responsabilidad parental* dadas en dos códigos normativos:

- Artículo 2.7 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003⁵: se entenderá por *“responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”*.
- Artículo 1.2 del Convenio de la Haya 1996⁶: *“la expresión ‘responsabilidad parental’ comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”*.

Los asuntos sobre protección de menores españoles o que residan en España no son competencia exclusiva de tribunales españoles. Tanto los anteriormente mencionados códigos normativos europeos e internacionales, como el artículo 22 de la LOPJ⁷ de producción interna, lo atestiguan. Pues un tribunal extranjero puede pronunciarse sobre las medidas de protección de un menor español sin que se impida que pueda surtir efectos jurídicos en España.

⁵ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. *BOE* nº 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648-20659 (consultado 07/04/2018).

⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. *BOE* nº 291, de 2 de diciembre de 2010, pp. 99837-99868 (consultado 07/04/2018).

⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *BOE* nº 157, de 02/07/1985, pp. 20632-20678 (consultado 18/05/2018).

A) PROTECCIÓN DE MENORES E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

En este apartado, se trata la principal fuente internacional de Derecho en cuanto a interés superior del menor. Esto es, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño⁸ y la Observaciones General N°14⁹ del Comité de los Derechos Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN de ahora en adelante) es un tratado internacional que recoge los derechos de la infancia y es el primer instrumento jurídicamente vinculante que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos. Fue probado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990¹⁰.

Sus 54 artículos recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Su aplicación es obligación de los gobiernos, pero también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas.

Con 195 Estados que tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al Comité de los Derechos del Niño, es el tratado internacional más ratificado de la historia. Los Estados Unidos de América no han firmado este tratado.

Todos los gobiernos europeos han firmado la CDN. Sin embargo, algunos han excluido a los menores migrantes de los derechos que corresponden normalmente a los niños mediante reservas y declaraciones sobre la CDN.

La aplicación restringida de la CDN se explica por la falta de contundencia de que adolece este instrumento de derecho internacional, en contraste con otras normas que sí

⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 20 noviembre 1989 y ratificada por el Estado Español mediante el Instrumento de ratificación 30 noviembre 1990. *BOE* n.º. 313, 31 diciembre 1990, pp. 38897-38904.

⁹ *U.N. Doc. CRC/C/GC/14*, de 29 de mayo de 2013, 62º período de sesiones. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11 (consultado 18/05/2018).

¹⁰ UNICEF, "¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño?" Disponible en: <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino> (consultado 18/05/2018).

prevén sistemas coactivos que implican una presión mayor para los Estados partes a la hora de plantearse respetar sus enunciados, por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que permite que cualquier persona particular denuncie la violación de los derechos contemplados en su articulado ante el Tribunal de Estrasburgo¹¹.

Los Estados que la han ratificado deben presentar periódicamente informes relativos a las acciones y medidas que han adoptado para garantizar la aplicación del contenido de la Convención al Comité de los Derechos del Niño. Gracias a esos informes y su contraste con otros aportados por organizaciones no gubernamentales, organismos intergubernamentales, instituciones académicas, prensa, etc., el Comité elabora un documento de “Observaciones finales” que evalúa el grado de cumplimiento de las disposiciones de la Convención por parte del Estado en cuestión.

Dichas observaciones son un instrumento de denuncia pública (como explica el Defensor del Pueblo en España) ante posibles situaciones generales o prácticas que agredan los derechos del niño, pero no son vinculantes para los Estados ni prevén un protocolo para denunciar casos concretos en que se haya producido violación flagrante de los derechos de un menor por parte un determinado Estado.

La CDN “entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”¹² y los Estados darán el mismo trato “independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”¹³.

El niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, independientemente de que si es o no protegido en su país de origen. Incluso, resulta irrelevante la nacionalidad del menor o su situación legal.

¹¹ Se trata del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. El Título segundo (artículos 19 a 51) del Convenio regula la creación y el funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio, se instituyen: [...] b) un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denominado en adelante el Tribunal” (artículo 19). Publicado en España en: BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570 (consultado 19/05/2018).

¹² Artículo 1 de la CDN. Vid.

¹³ Artículo 2 de la CDN. Vid.

El derecho del niño a “*ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado*”¹⁴ ha sido controvertido porque las legislaciones nacionales no facilitaban la participación de los menores extranjeros en los procesos judiciales, especialmente para evitar su repatriación por estancia irregular.

El Derecho Convencional no prevé que los Estados adopten medidas sancionadoras para los menores en situación de irregularidad administrativa. Por el contrario, la CDN, en su artículo 20, garantiza que “*los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*”.

Sin embargo, no todos los Estados firmantes han legislado respetando el principio del interés superior del menor, ensalzado en la propia CDN¹⁵. En este sentido, conviene recordar los artículos más relevantes para el interés superior del menor:

- Artículo 3.1: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*”

- Artículo 9.1: “*Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*”

- Artículo 9.3: “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y*

¹⁴ Artículo 12.2 de la CDN. Vid.

¹⁵ Artículos 3, 9, 18, 37 y 40 de la CDN. Vid.

contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”

- Artículo 18: *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”*

- Artículo 37.c: (Los Estados Partes velarán por que) *“Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.”*

- Artículo 40.1.b.iii: (Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales) *“Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.”*

En cuanto a los menores que solicitan protección de asilo, *“los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los derechos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está*

acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria.”¹⁶

De acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹⁷, un refugiado es una persona que “*debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.*”¹⁸

1. LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 14 (INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR).

La Observación General N° 14¹⁹, de 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aporta que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

¹⁶ Artículo 22.1 de la CDN. Vid.

¹⁷ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. *BOE* n° 252, de 21 de octubre de 1978, pp. 24310-24328 (consultado 19/05/2018).

¹⁸ Artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Vid.

¹⁹ U.N. Doc. CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, 62º período de sesiones. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11 (consultado 07/04/2018).

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.



CAPÍTULO 2. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y CAPACIDAD DE LA PERSONA FÍSICA.

En este capítulo, se estudia el régimen de protección del menor en España, cuyo mayor exponente es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor²⁰. Es importante saber que con la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, algunos artículos relevantes de la LO 1/1996, y del Código Civil²¹ han sido modificados.

A) ESTATUTO PERSONAL Y CAPACIDAD DE LA PERSONA FÍSICA.

El estatuto personal lo constituyen las todas las materias jurídicas relativas a la persona física, con independencia de la ley que las regule. Todo este conjunto de materias jurídicas relativas a la persona física se conoce como Ley personal.

Es preciso distinguir tres conceptos de capacidad de la persona física:

1º) Capacidad jurídica: es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. El artículo 30 del Código Civil señala que la *“personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*, y según el artículo 29 del Código Civil el *“nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”*.

2º) Capacidad de obrar: es la idoneidad general para la realización eficaz de actos jurídicos. El artículo 322 del Código Civil habilita con carácter general que el *“mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”*.

²⁰ BOE nº 15, 17 de enero de 1996, pp. 1225-1238 (consultado 19/05/2018).

²¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE nº 206, de 25/07/1889 (consultado 18/05/2018).

3º) Inhabilitaciones para actos jurídicos: son prohibiciones legales para actos jurídicos concretos. Por ejemplo, el artículo 681 del Código Civil establece que no pueden ser testigos en el testamento los ciegos y los que no entiendan el idioma del testador.

La capacidad jurídica y de obrar de las personas físicas equivale a la Ley personal. Según el artículo 9.1 del Código Civil español la *“ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”*.

Es importante citar que en el artículo 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa²² se otorga *“capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (a) los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”*.

B) DETERMINACIÓN DE LA EDAD.

La edad se determina por la Ley personal correspondiente a la persona física. Esto es, según el artículo 9.1 del Código Civil²³ español *“la determinada por su nacionalidad”*.

1. ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE A LA EDAD.

La Ley personal regula los siguientes ámbitos:

1º) Situación en que el sujeto alcanza la mayoría de edad. Son contrarias al orden público internacional español la aplicación de Leyes extranjeras que distinguen entre varones y mujeres para la adquisición de la mayoría de edad. No son contrarias al orden público internacional español la aplicación de Leyes extranjeras que sitúan la mayoría de edad antes de los 18 años, ni después.

²² BOE nº 167, de 14 de julio de 1998, pp. 23516-23551 (consultado 18/05/2018).

²³ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE nº 206, de 25/07/1889 (consultado 18/05/2018).

2º) Los efectos jurídicos de los actos realizados por los menores, dicha Ley personal determinará si los actos son nulos, anulables, rescindibles, etc.

3º) La necesidad de intervención de ciertos sujetos para completar la capacidad imperfecta del menor.

2. CONFLICTO MÓVIL.

El párrafo segundo del artículo 9.1 del Código Civil español nos dice que “*El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior*”. Es decir, el menor que alcanzó la mayoría de edad según la Ley de la nacionalidad que poseía en aquel momento, no pierde tal mayoría de edad, aunque cambie a una nacionalidad cuya Ley personal no le otorgue mayoría de edad. Se trata de conservar los derechos adquiridos para el sujeto y sus relaciones con terceros.

Existe doctrina registral de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN de ahora en adelante) sobre la ley aplicable en función de si es considerado mayor o menor de edad en base a su ley nacional. Las siguientes resoluciones de la DGRN constituyen un buen ejemplo:

- 19 de junio de 2015 (29^a)²⁴: se estima el recurso contra la denegación de nacionalidad española por opción, vía artículo 20.1.c del Código Civil (menor bajo patria potestad de español), de nacido en Bangladesh en 1990. El artículo 20.2.c del Código Civil dice que la solicitud del optante “*caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.*” Según la ley bangladesí, los hombres adquieren la mayoría de edad a los veintiún años y no a los dieciocho años como consideró el encargado del Registro Civil. Habiendo presentado la solicitud de nacionalidad por opción en 2011, el interesado sí que estaba en plazo y así se pronuncia la resolución.

- 10 de enero de 2014 (22^a)²⁵: reafirma la resolución del encargado del Registro Civil de denegar la solicitud de nacionalidad española por opción, vía artículo

²⁴ Resolución de la DGRN de 19 de junio de 2015 (29^a) (Consultado 15/07/2018). Disponible en pp. 547-549 de:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428489314?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones_de_la_Direccion_General_de_los_Registros_y_del_Notariado_Junio_2015.Boletin_del_Minis.PDF&blobheadervalue2=1288792259043

²⁵ Resolución de la DGRN de 10 de enero de 2014 (22^a) (Consultado 15/07/2018). Disponible en pp. 604-607 de:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428489035?blobheader=application%2Fpdf&blob>

20.1.c del Código Civil (menor bajo patria potestad de español), de nacido en Gambia en 1992, por considerar que el interesado nunca había estado bajo la patria potestad de un español. El interesado presentó su solicitud de nacionalidad por opción antes de que se resolviera la solicitud de nacionalidad española por residencia del padre. De forma que, cuando se resolvió favorable la nacionalidad española del padre, el interesado ya era mayor de edad y nunca estuvo bajo patria potestad de español.

- Resolución de 8 de julio de 2005²⁶: se estima el recurso contra la denegación de nacionalidad española por opción, vía artículo 20.1.c del Código Civil (menor bajo patria potestad de español), de nacida en Tetuán (Marruecos) en 1990. El artículo 20.2.c del Código Civil dice que la solicitud del optante “*caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.*” Debido a una reforma de la ley marroquí, se redujo la mayoría de edad de los veinte a los dieciocho años. La interesada solicitó la nacionalidad después de la reforma, con veinte años, por lo que consideró el encargado del Registro Civil que estaba fuera de plazo. Sin embargo, la DGRN considera la prolongación de dos años desde la emancipación, lo que amplía el plazo hasta los veintidós años, por lo que sí que está dentro de plazo.
- Resolución de 30 de enero de 2014 (15^a)²⁷: se estima el recurso contra la denegación de nacionalidad española por opción, vía artículo 20.1.c del Código Civil (menor bajo patria potestad de español), de nacido en Argentina en 1990. El artículo 20.2.c del Código Civil dice que la solicitud del optante “*caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.*” La entrada en vigor de la reforma del Código Civil argentino en el año 2010, redujo la mayoría de edad desde los veintiún años a los dieciocho. El optante alcanzó la mayoría de edad con diecinueve años y el encargado del Registro Civil Central consideró que no

[headername1=Content-
Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones de la Direccion General de los Registros y del Notariado. Estado Civil. Enero 2014. Bo .PDF&blobheadervalue2=1288788670855](#)

²⁶ Recurso interpuesto contra el acuerdo dictado por el Encargado del Registro Civil Consular de España en Tetuán, Marruecos. (Consultado 15/07/2018). Disponible en: <http://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-15110>

²⁷ Resolución de la DGRN de 30 de enero de 2014 (15^a) (Consultado 15/07/2018). Disponible en pp. 644-646 de: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428489035?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-
Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones de la Direccion General de los Registros y del Notariado. Estado Civil. Enero 2014. Bo .PDF&blobheadervalue2=1288788670855](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428489035?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-
Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones de la Direccion General de los Registros y del Notariado. Estado Civil. Enero 2014. Bo .PDF&blobheadervalue2=1288788670855)

había estado bajo la patria potestad de español. Pero su madre, obtuvo la nacionalidad española por residencia en 2009, antes de la reforma del Código Civil argentino. Por tanto, el optante sí que estuvo bajo patria potestad de español. El optante presentó la solicitud con veinte años, pero como no se había emancipado contaba con los dos años de prolongación para entrar en plazo.

- Resolución de 22 de septiembre de 2011 (19ª)²⁸: se estima el recurso contra la denegación de nacionalidad española por opción, vía artículo 20.1.c del Código Civil (menor bajo patria potestad de español), de nacida en Ecuador en 1989. La optante alcanzó la mayoría de edad con dieciocho años según su ley personal. Su madre obtuvo la nacionalidad española por residencia en 2006, antes de la mayoría de edad de su hija. Por tanto, la optante sí que estuvo bajo patria potestad de española. Se revoca la denegación del encargado del Registro Civil que consideró que no había estado la optante bajo patria potestad de español.

3. MAYORÍA DE EDAD A EFECTOS DE DERECHO PÚBLICO.

Existen situaciones donde las normas de Derecho Público requieren que el sujeto en cuestión haya alcanzado una determinada edad. Por ejemplo, se exige una determinada edad para donar sangre, órganos vitales, obtener la licencia de conducción, el aborto, etc. Esto vincula a todos los que se encuentren en territorio español independiente de su nacionalidad y de lo que establezca la ley nacional del sujeto. El artículo 8 del Código Civil español se pronuncia afirmando que “*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.*”

A modo de ejemplo, significa que cuando el artículo 9.4 de la Ley 41/2002²⁹ sobre la autonomía del paciente para tomar decisiones clínicas, considera que en caso de “*menores emancipados o mayores de 16 años [...] no cabe prestar el consentimiento por representación (paternal)*”, quiere decir que no es vinculante lo que establezca la ley personal del sujeto siempre que la intervención clínica se produzca en territorio español. Es, por tanto, plausible practicar un aborto a una extranjera mayor de 16 años

²⁸ Resolución de la DGRN de 22 de septiembre de 2011 (19ª) (Consultado 15/07/2018). Disponible en pp. 1305-1306 de: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428450699?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones_de_la_Direccion_General_de_los_Registros_y_del_Notariado_Septiembre_de_2011_Boletin_PDF&blobheadervalue2=1288776683043

²⁹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE nº 274, 15 de noviembre de 2002 (consultado 19/07/2018).

en territorio español sin consentimiento de sus padres independientemente de lo que establezca su ley nacional.

4. MAYORÍA DE EDAD A EFECTOS DE CIERTOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

Para evitar los conflictos de Leyes sobre mayoría y minoría de edad de los sujetos, existen instrumentos legales internacionales que fijan la edad concreta en la que un sujeto es considerado. A continuación, se presentan algunos ejemplos:

- Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997³⁰: el artículo 2 resuelve que “*El Convenio se aplicará a todo menor de dieciséis años, no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados*”.
- Convenio de la Haya 1993³¹: en su artículo 3 resuelve que “*El Convenio deja de aplicarse [...] antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años*”.
- La CDN “*entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad*”³²

5. MAYORÍA DE EDAD EN DERECHO COMPARADO.

No en todos los países del mundo se fija la mayoría de edad a los 18 años, por lo que son evidentes los conflictos de leyes. Se puede hacer una clasificación de países que contrarían la norma general de la mayoría de edad a los 18 años:

- Diversidad de límite de edad: Estados que establecen la mayoría de edad a efectos civiles a los 21 años como Bangladesh, Bahréin, Bolivia, Camerún, Costa de Marfil, Egipto, Guinea, Honduras, Leshoto, Mónaco, Namibia, Singapur, Suazilandia y Sudáfrica. Otros Estados que establecen la mayoría de edad a efectos civiles a los 20 años como Túnez y Japón. Por último, los Estados que establecen la mayoría de edad a efectos civiles a los 17 años como Tayikistán.

³⁰ Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997. *BOE* nº 150, 24 de junio de 1997, pp. 19348-19351 (consultado 19/07/2018)

³¹ Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. *BOE* nº 182, 1 de agosto de 1993, pp. 23447-23454 (consultado 19/07/2018)

³² Artículo 1 de la CDN. Vid.

- Mayor edad variable por actos: Estados que establecen la mayoría de edad a efectos civiles según el acto jurídico del que se trate (contratos, testamentos, matrimonio, consumo de drogas, licencia de conducir...) como EEUU y Chipre.
- Estados plurilegislativos y pluri-religioso: Estados que establecen la mayoría de edad a efectos civiles según la región o Estado federal, como en Canadá.



CAPÍTULO 3. PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES RESPECTO A MENORES.

A) COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

La competencia judicial internacional es la potestad legal de los órganos jurídicos y autoridades estatales para conocer de las controversias privadas internacionales, tanto en la jurisdicción contenciosa como en jurisdicción voluntaria (actos no). Por ejemplo, es jurisdicción voluntaria la asunción de la tutela, por parte de la entidad pública dedicada a la protección de menores, de un menor extranjero desamparado. Las preguntas que se deben hacer son: ¿Es competente un órgano judicial o autoridad española para decidir sobre asuntos que afectan a un menor extranjero? ¿Es competente un órgano judicial o autoridad española para decidir sin los titulares de la patria potestad?

Para contestar a estas preguntas, se han utilizado los manuales de referencia de Calvo Caravaca y Carrascosa González³³.

1. DETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO LEGAL APLICABLE.

La competencia judicial internacional de las autoridades y tribunales españoles en materia de responsabilidad parental y protección de menores se decide principalmente por los siguientes instrumentos legales clasificados según su fuente:

- 1º) Institucional: El Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003.
- 2º) Convencional: El Convenio de la Haya 1996.
- 3º) Autónomo: El artículo 22 quáter LOPJ.

El foro de competencia sobre el que analizar la decisión empieza por la residencia, tal y como se trata en los siguientes apartados.

³³ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado (Volumen I y II)*, Granada, Comares, 2017

a) Menor con residencia habitual en un Estado miembro del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003.

Cuando un menor de edad tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental se determinará exclusivamente según los foros establecidos en el Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003. En este caso, el Convenio de la Haya 1996 sería inaplicable.

El mismo Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 en su artículo 61.a, dice que éste reglamento prevalecerá sobre el Convenio de la Haya 1996 “*cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro*”.

La minoría de edad se determina por la Ley personal correspondiente a la persona física. Esto es, según el artículo 9.1 del Código Civil español “*la determinada por su nacionalidad*”.

b) Menor sin residencia habitual en un Estado miembro.

Si el menor no tiene su residencia habitual en un Estado miembro del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, se aplicaría el Convenio de la Haya 1996 para resolver sobre la competencia judicial internacional de España. A diferencia del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, la determinación de la minoría de edad no depende de la ley nacional del sujeto. Sino que, como bien especifica el artículo 2, “*El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años*”. Por tanto, el convenio no será aplicable al sujeto mayor de 18 años, aunque su ley nacional establezca la mayoría de edad por encima de los 18 años. En este último caso, recurriríamos al artículo 22 quáter LOPJ para resolver la competencia internacional de los tribunales españoles.

Por último, cabe destacar que, si el menor carece de residencia habitual en un Estado miembro o en un tercer Estado, es decir, si no se puede determinar su residencia habitual, también sería aplicable el Convenio de la Haya 1996.

c) Cláusulas de remisión entre instrumentos legales para protección de menores.

Si es aplicable el Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 pero no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, el propio reglamento establece en su artículo 14 una llamada competencia residual: “*Si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado*”. Esto es, el tribunal español determinará su competencia conforme al Convenio de la Haya 1996.

Si resulta aplicable el Convenio de la Haya 1996, pero no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional español, los tribunales españoles aplicarán el artículo 22 quáter LOPJ.

Si del artículo 22 quáter LOPJ no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional español, los tribunales españoles se declararán internacionalmente incompetentes para conocer del asunto.

2. INSTITUCIONAL: EL REGLAMENTO BRUSELAS II-BIS 2201/2003.

En primer lugar, hay que definir dos caracteres del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003: su ámbito de aplicación y su prevalencia.

En cuanto a su ámbito de aplicación, se subdivide en cuatro tipos:

1º) Material: El Reglamento determina la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de decisiones del orden jurisdiccional civil sobre responsabilidad parental. El Reglamento no regula la determinación de la ley aplicable. Pues el artículo 9.6 del Código Civil español nos remite a otro instrumento legal internacional cuando dice que “*la ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996*”.

2º) Espacial: El artículo 72 sobre entrada en vigor finaliza el Reglamento diciendo que *“será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”*. Por tanto, se excluye a terceros Estados. Sin embargo, si bien se ha dicho que el Reglamento solo es aplicable para determinar la competencia judicial internacional de todos los estados miembros de la Unión Europea, hay una excepción. Tal y como se especifica en la consideración (31) del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, Dinamarca *“no participa en la adopción del presente Reglamento, que por consiguiente no le vincula ni le es aplicable”*.

3º) Temporal: El artículo 72 del Reglamento, sobre entrada en vigor, en su párrafo segundo, inicia la aplicación temporal del mismo *“a partir del 1 de marzo de 2005, a excepción de los artículos 67, 68, 69 y 70, que se aplicarán a partir del 1 de agosto de 2004”*.

4º) Personal: El artículo 61.a del Reglamento determina la competencia judicial internacional *“cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro”*. Como se ha visto antes, la minoría de edad se determina por la Ley personal correspondiente a la persona física. Esto es, según el artículo 9.1 del Código Civil español *“la determinada por su nacionalidad”*.

Respecto a la prevalencia del Reglamento, se refiere a la prioridad de su aplicación para determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Prioridad frente al Convenio de la Haya 1996 solo si el menor afectado tiene su residencia habitual en territorio de un Estado miembro del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003. El artículo 61.b del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 también otorga prevalencia en *“lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio.”*

El artículo 1.3 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 enumera una lista de medidas excluidas: *“a) a la determinación y a la impugnación de la filiación; b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación*

de la adopción; c) al nombre y apellidos del menor; d) a la emancipación; e) a las obligaciones de alimentos; f) a los fideicomisos y las sucesiones; g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.”

a) Competencia general.

El artículo 8 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 regula que *“Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un [menor] que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.”*

No importa la nacionalidad del menor ni el lugar de su nacimiento. Este foro de residencia habitual del menor responde al principio del interés superior del menor. El principio del interés superior del menor inspira la legislación europea sobre protección del menor, que a su vez se basa en gran medida en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN de ahora en adelante), tratado internacional aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989³⁴, y del que se hablará en el apartado correspondiente.

Volviendo al ámbito europeo, sobre la defensa del interés superior del menor, destaca el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵, donde en su apartado 2 especifica que *“En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”*.

En la misma línea, el artículo 6 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños³⁶ incita a las autoridades judiciales, cuando concorra un menor

³⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 20 noviembre 1989 y ratificada por el Estado Español mediante el Instrumento de ratificación 30 noviembre 1990. *BOE* nº. 313, 31 diciembre 1990, pp. 38897-38904.

³⁵ *DOUE* nº 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 389-403.

³⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. *BOE* nº 45, de 21 de febrero de 2015, pp. 14174-14189 (ratificado por España nueve años más tarde).

afectado, *“a examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél”*.

Es fácil de entender que las autoridades del país de residencia habitual del menor se sitúan en mejor posición para adoptar medidas de protección del menor y sobre responsabilidad parental. Principalmente por dos razones:

1º) La calidad de respuesta jurídica de las autoridades del país de residencia habitual porque conocen directamente el entorno del menor, lo que aligera la carga procesal y la práctica de la prueba. También ayuda a disuadir los traslados ilícitos internacionales del menor porque el tribunal competente para conocer de este asunto seguiría siendo el tribunal del país del que ha sido trasladado el menor.

2º) La rapidez de la respuesta jurídica. Pues no se necesitará el reconocimiento ni el exequatur de las resoluciones del tribunal para que las mismas puedan ejecutarse.

b) Concepto de residencia habitual.

El Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 no regula el concepto de residencia habitual. Debe acudirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE de ahora en adelante) para obtener una interpretación que se *“corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado”*³⁷.

También debe acudirse a la jurisprudencia del TJUE para distinguir la residencia habitual de la mera presencia temporal. El Reglamento no prevé una duración mínima. Lo que importa es *“ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro*

³⁷ STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, Fundamento Jurídico 44. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-523/07&td=ALL> (consultado 17/5/18)

permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable.”³⁸

Si el menor cambia de residencia habitual a otro Estado miembro, serán competentes los tribunales del nuevo Estado miembro. Sin embargo, existen tres excepciones:

1º) Cambio de residencia legal: El artículo 9.1 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 prevé mantener la competencia de los tribunales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor *“durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor”*. Continúa en el apartado 2 del mismo artículo posibilitando el cambio de competencia si el titular del derecho de visita *“ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia.”*

2º) Cambio de residencia ilegal o sustracción ilícita internacional de menores: El artículo 10 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 protege la competencia de *“los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos [...] hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro”*.

3º) Cambio de residencia con litigio en curso: el artículo 8.1 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 mantiene la competencia porque lo relevante es *“el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional”*, es decir, cuando el menor residía en el Estado anterior.

³⁸ STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, Fundamento Jurídico 51. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0497&from=ES> (consultado 17/5/18)

c) Competencia prorrogada.

En caso de iniciar una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial con arreglo a los artículos 3, 4 o 5 (se excluye el artículo 7) del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, el artículo 12.1 del Reglamento acumula la competencia de los órganos jurisdiccionales otorgándoles también competencia en materia de responsabilidad parental vinculada (para hijos comunes y adoptivos) si se cumple que: *“a) al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor; y b) la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor”*.

d) Competencia adicional.

El artículo 12.3 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 adiciona competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1 *“cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro”*, en especial porque uno de los responsables parentales reside habitualmente o porque el menor es nacional del mismo; o *“cuando su competencia haya sido aceptada expresamente por todas las partes”* al momento de presentar la demanda y sea acorde con el interés superior del menor.

e) Competencia por presencia del menor.

Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12, el artículo 13 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 justifica que sean *“competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor”*. Continúa diciendo que *“también se aplicará a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país”*.

f) Competencia residual.

El artículo 14 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 resuelve que *“si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún ́rgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado”*.

Esto no significa que los tribunales espaol'es puedan asignarse la competencia internacional. Sino que deben cerciorarse de que los tribunales de ningun Estado miembro son competentes. Una vez comprobado, si sigue sin determinarse la competencia, se acudirá al Convenio de la Haya 1996³⁹. Y si tampoco se resolviera con dicha competencia, se terminaría recurriendo al artículo 22 quáter de la LOPJ⁴⁰. Por último, si tampoco concurren foros de competencia internacional, los tribunales espaol'es se declararán incompetentes.

g) Competencia mediante codecisi3n.

El artículo 15 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 posibilita, excepcionalmente, la remisi3n a un 3rgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto siempre que el 3rgano de origen considere que *“el menor tenga una vinculaci3n especial est3 mejor situado para conocer del asunto o de una parte espec3fica del mismo, y cuando ello responda al inter3s superior del menor”*.

Por vinculaci3n especial se entiende el cambio de residencia habitual a otro Estado miembro despu3s de la presentaci3n de la demanda, o el menor hab3a residido de manera habitual en dicho Estado miembro, o el menor es nacional de dicho Estado miembro, o dicho Estado miembro es el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental, o el asunto se refiere a las medidas de protecci3n del menor

³⁹ Instrumento de Ratificaci3n del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecuci3n y la cooperaci3n en materia de responsabilidad parental y de medidas de protecci3n de los ni os, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. BOE n3 291, de 2 de diciembre de 2010, pp. 99837-99868 (consultado 07/04/2018).

⁴⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE n3 157, de 02/07/1985, pp. 20632-20678 (consultado 18/05/2018).

ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro⁴¹.

Los órganos jurisdiccionales de origen podrán invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro⁴² o de oficio solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia⁴³.

3. RÉGIMEN CONVENCIONAL: CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE 1996.

El ámbito de aplicación del Convenio de la Haya 1996 se determina en los apartados de su artículo 1.1: “a) *determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño; b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.*”

Mientras que para el Convenio de la Haya 1996 los conceptos de *responsabilidad parental* y de *medidas de protección de los niños* son distintas, el Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 lo engloba todo dentro de la *responsabilidad parental*. Por tanto, es relevante diferenciarlos.

El artículo 3 del Convenio de la Haya 1996 enumera una lista no exhaustiva de medidas previstas: “a) *la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación; b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su*

⁴¹ Artículo 15.3 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003

⁴² Artículo 15.4 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003

⁴³ Artículo 15.5 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003

residencia habitual; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga; f) la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo; g) la administración, conservación o disposición de los bienes del niño.”

El artículo 4 del Convenio de la Haya 1996 enumera las medidas excluidas: “a) el establecimiento y la impugnación de la filiación; b) la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción; c) el nombre y apellidos del niño; d) la emancipación; e) las obligaciones alimenticias; f) los trusts y las sucesiones; g) la seguridad social; h) las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud; i) las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños; j) las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración.”

Las medidas excluidas del artículo 4 del Convenio de la Haya 1996 coinciden con excluidas por el artículo 1.3 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, salvo porque el Reglamento no excluye la seguridad social, ni las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud, ni las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración.

En relación a la mencionada exclusión de la impugnación de la filiación, hay que matizar que se refiere a la cuestión de saber si las partes en la relación de filiación deben obtener el consentimiento de su representante legal. Así, depende de la ley personal, determinada por el DIPr de la autoridad requerida y no por el Convenio⁴⁴. Por ejemplo, se excluye del Convenio de la Haya la cuestión de saber si un menor de 18 años debe o no contar con el consentimiento de su representante legal para reconocer un hijo, o saber si la madre menor de 18 años debe ser representada en los actos sobre el estatuto de su hijo.

⁴⁴ LAGARDE P., *Informe Explicativo de Paul Lagarde (traducción española)*, París, 15 de enero de 1997. Disponible en: <http://www.childabduction.com/wp-content/uploads/02-Informe-explicativo-1996.pdf> (consultado 19/05/2018).

Ahora bien, en todos los casos del ejemplo, la cuestión de saber quién es el representante legal de la persona, y saber si su designación resulta de pleno derecho o necesita de la intervención de una autoridad, depende del Convenio de la Haya 1996.

En relación a la mencionada exclusión de medidas frente a infracciones penales cometidas por los niños, no se excluyen los comportamientos desviados pero no tipificados penalmente. Por ejemplo, una fuga, un rechazo a frecuentar la escuela o la pertenencia a una banda, revelan un estado de crisis en el niño y deben ser indudablemente cubiertos por el Convenio⁴⁵.

Por último, conviene recordar que el artículo 53 del Convenio de la Haya 1996 marca la irretroactividad del mismo al fechar su aplicación temporal “*después de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado.*”

a) Concepto de responsabilidad parental.

El artículo 1.2 del Convenio de la Haya 1996 explica que por la expresión *responsabilidad parental* se entiende “*la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño.*”

Se trata de un concepto muy amplio que implica a la institución jurídica española llamada *patria potestad*. En España, esto conlleva dos consecuencias relevantes: a) El artículo 22 quáter LOPJ resulta actualmente no aplicable para determinar la competencia judicial internacional en litigios sobre patria potestad de menores de 18 años, salvo que las normas de competencia judicial internacional contempladas en el Convenio de la Haya 1996 no se la atribuyan a los tribunales españoles, en cuyo caso se aplicarían los foros del artículo 22 quáter LOPJ; b) La Ley aplicable en materia de *patria potestad* es el Convenio de la Haya 1996, pues así lo advierte el párrafo segundo del artículo 9.4 del Código Civil cuando dice “*La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental,*

⁴⁵ LAGARDE P., *Informe Explicativo de Paul Lagarde (traducción española)*. Vid.

se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.”

b) Concepto de medidas de protección de la persona y bienes del niño.

Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 1.1.a del Convenio de la Haya 1996 tiene por objeto “*determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño.*” Son medidas que deben adoptarse por las autoridades públicas de un Estado contratante.

El *derecho de guarda* y el *derecho de visita* son conflicto frecuente en la separación de progenitores. Estas expresiones no siempre son comprendidas del mismo modo en todas las legislaciones. El Convenio no puede pretender utilizar un término que convenga a las particularidades lingüísticas de todos los Estados representados. Todas las delegaciones estuvieron de acuerdo para entender que el *derecho de visita* engloba los contactos a distancia que un progenitor es autorizado a tener con su hijo por correspondencia, teléfono o fax⁴⁶.

La delegación marroquí proporcionó información detallada sobre la institución del Derecho musulmán que es la *kafala*. De ello resulta que el niño necesitado de protección puede ser confiado, bien por decisión del juez de tutelas, bien por una comisión administrativa, a una institución pública o social, o a una familia musulmana que se ocupará de la persona (alojamiento, desarrollo, educación) y, en su caso, de los bienes del niño y, si procede, recibirá delegación de la tutela sobre el niño. La *kafala* no es una adopción, prohibida por el Derecho islámico, y no produce efecto alguno en cuanto a la filiación. El niño que se beneficia de la medida no se convierte en miembro de la familia del *kafil* y por eso la *kafala* no queda cubierta por el por el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Pero es obviamente una

⁴⁶ LAGARDE P., *Informe Explicativo de Paul Lagarde (traducción española)*. Vid.

medida de protección que entra en materia de aplicación de un convenio sobre protección de menores⁴⁷.

c) Responsabilidad parental y medidas de protección del niño en Derecho español.

En Derecho español existen dos tipos de medidas protectoras de los niños:

1º) Medidas protectoras de menores a cargo de personas particulares. Incluye la patria potestad (artículo 154 del Código Civil), la tutela (artículo 215 y 222 del Código Civil), la curatela (artículo 215 y 289 del Código Civil), el defensor judicial (artículo 215 y 299 del Código Civil) y la guarda de hecho (artículos 303, 304 y 306 del Código Civil), así como las medidas de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad⁴⁸.

2º) Medidas protectoras de menores a cargo de instituciones públicas. Incluye la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo (artículos 172.1 y 239 del Código Civil), la guarda administrativa de menores (artículos 172.2 del Código Civil) y el acogimiento familiar preadoptivo, simple o permanente (artículo 173 bis del Código Civil).

De las primeras, a efectos del Convenio de la Haya 1996, solo la patria potestad, la guarda de hecho y la tutela administrativa son medidas incluidas dentro de la *responsabilidad parental* porque son *ex lege* (surgidas directamente de la Ley). El resto de instituciones legales de protección de menores, a efectos del Convenio de la Haya 1996, deben calificarse como *medidas de protección del niño* porque no surgen *ex lege*, sino que necesitan de la intervención de una autoridad judicial o administrativa.

d) Concepto de niño.

El artículo 2 del Convenio de la Haya 1996 indica que se aplica “a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años.” A diferencia de lo que ocurre con el Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, no será necesario acudir a la

⁴⁷ LAGARDE P., *Informe Explicativo de Paul Lagarde (traducción española)*. Vid.

⁴⁸ BOE nº 277, de 19/11/2003, pp. 40852-40863

Ley nacional del sujeto para determinar la minoría de edad, que es a donde remite el artículo 9.1 del Código Civil español cuando dice que “*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad*”. De este modo, el Convenio se inclina por un concepto biológico para definir a un niño y, no menos importante, deja fuera la protección del *nasciturus*. El Convenio ha adoptado pues sobre esta cuestión sensible una posición modesta, dejando a los Estados contratantes libres de aplicar sus propias concepciones, pero rechazando imponerles la obligación de reconocer las concepciones de los otros⁴⁹.

Por tanto, las medidas del Convenio de la Haya 1996 en materia de protección de sujetos considerados mayores de edad por su Ley nacional son aplicables a quienes no hayan cumplido todavía los 18 años de edad. Por ejemplo, el Convenio de la Haya 1996 sería aplicable a los sujetos emancipados por razón de matrimonio si no tienen 18 años o más⁵⁰.

Si bien puede parecer que el Convenio de la Haya 1996 adopta una definición de niño muy garantista, también puede darse el caso contrario al visto en el párrafo anterior. Es decir, que las medidas del Convenio de la Haya 1996 en materia de protección sujetos considerados menores de edad por su Ley nacional no son aplicables a quienes hayan cumplido los 18 años de edad. En este caso, si el sujeto necesita protección jurídica, se aplicará el artículo 22 LOPJ⁵¹ para concretar si los tribunales españoles poseen competencia internacional para asumirlas. Respecto a la ley aplicable, tanto para los menores de 18 años como para los mayores de 18 años considerados menores por su ley nacional, el artículo 9.6 del Código Civil dice que “*se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996*”.

⁴⁹ LAGARDE P., *Informe Explicativo de Paul Lagarde (traducción española)*. N. 15. Vid.

⁵⁰ LAGARDE P., *Informe Explicativo de Paul Lagarde (traducción española)*. N. 16. Vid.

⁵¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE nº 157, de 02/07/1985, pp. 20632-20678 (consultado 18/05/2018).

e) Competencia por residencia habitual.

El capítulo II del Convenio de la Haya 1996 contiene los diversos foros de competencia internacional relativos a las medidas de protección de los niños y sus bienes. La determinación del concreto tribunal o autoridad territorial, objetiva y funcionalmente competente se realiza por el Derecho Procesal del Estado contratante.

El artículo 5.1 del Convenio de la Haya 1996 afirma que “*Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.*” La ausencia temporal del niño del lugar de su residencia habitual por razón de vacaciones, de permanencia escolar o de ejercicio del derecho de visita, por ejemplo, no modifica en principio la residencia habitual del niño⁵².

El artículo 5.2 del Convenio de la Haya 1996 prevé que “*en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.*”

Sin embargo, este foro en la práctica no se aplica. Porque si el niño tiene su residencia habitual en España, los tribunales españoles serán competentes en materia de protección de niños pero en virtud del artículo 8 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, no del artículo 5 del Convenio de la Haya 1996.

f) Competencia por niños refugiados y lugar de presencia.

El artículo 6 del Convenio de la Haya 1996 extiende la competencia del artículo 5 a “*los niños refugiados y aquellos niños que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados*” y a “*los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse*”. En caso de indeterminación de la residencia habitual, opera el llamado *foro de necesidad*. Su competencia deberá cesar cuando se haya establecido que el niño tiene una residencia habitual en alguna parte. Si esta residencia habitual es sobre el territorio de in Estado contratante, las autoridades de

⁵² LAGARDE P., *Informe Explicativo de Paul Lagarde (traducción española)*. N. 40. Vid.

este Estado serán en lo sucesivo competentes. Si está situada en un Estado no contratante, las autoridades del Estado sobre el territorio del cual este niño está presente no tendrán más que la competencia limitada que le dan los artículos 11 y 12 del Convenio de la Haya 1996⁵³.

g) Competencia por niños desplazados o retenidos.

El artículo 7.1 del Convenio de la Haya 1996 protege al sujeto en “*caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño*”, porque “*las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiriera una residencia habitual en otro Estado y: a) toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención; o b) el niño resida en este otro Estado por un período de, al menos, un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio.*”

El artículo 7.2 del Convenio de la Haya 1996 considera ilícito el desplazamiento o la retención del niño: “*a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de guarda, atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención; y b) este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del desplazamiento o de la retención, o lo hubiera sido si no se hubieran producido tales acontecimientos.*”

El artículo 7.3 del Convenio de la Haya 1996 completa la casuística garantizando que “*Mientras las autoridades mencionadas en el apartado primero conserven su competencia, las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado*

⁵³ LAGARDE P., *Informe Explicativo de Paul Lagarde (traducción española)*. N. 45. Vid.

o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el artículo 11”.

h) Competencia de un foro apropiado.

El artículo 8.1 del Convenio de la Haya 1996 prevé la transferencia de la competencia “*si la autoridad del Estado contratante competente según los artículos 5 ó 6, considera que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, puede solicitar a esta autoridad [...] que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estime necesarias, o suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado.*”

El artículo 8.2 del Convenio de la Haya 1996 enumera las condiciones para la transferencia de la competencia: “*a) un Estado del que el niño posea la nacionalidad; b) un Estado en que estén situados bienes del niño; c) un Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio; d) un Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho.*”

El artículo 8.4 del Convenio de la Haya 1996 responsabiliza a la autoridad requerida para aceptar la competencia si considera que ello responde al interés superior del niño, para lo cual puede mediar un intercambio de opiniones entre autoridades.

El artículo 9.1 del Convenio de la Haya 1996 posibilita que sean “*las autoridades de los Estados contratantes mencionados en el artículo 8.2*” quienes soliciten que se les “*permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o ya sea invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño*” porque “*consideran que están en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño*”.

El artículo 9.3 del Convenio de la Haya 1996 vincula la competencia de la “*autoridad de origen de la solicitud*” a la aceptación de la petición por parte de “*la autoridad del Estado contratante de la residencia habitual del niño*”, para lo cual puede mediar un intercambio de opiniones entre autoridades.

i) Competencia de tribunales en divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial.

El artículo 10.1 del Convenio de la Haya 1996 amplía la competencia de “*las autoridades de un Estado contratante, en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante o en anulación de su matrimonio, pueden adoptar, si la ley de su Estado lo permite, medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, si: a) uno de los padres reside habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tiene la responsabilidad parental respecto al niño, y b) la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño, si esta competencia responde al interés superior del niño.*”

El artículo 10.2 del Convenio de la Haya 1996 pone fin a la competencia anterior “*cuando la decisión aceptando o desestimando la demanda de divorcio, separación de cuerpos o anulación del matrimonio sea firme o el procedimiento finaliza por otro motivo.*”

El objetivo de la norma consiste en aunar la jurisdicción internacional de los litigios de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial con los litigios de custodia y visita de los hijos del matrimonio.

j) Competencia por urgencia.

El artículo 11.1 del Convenio de la Haya 1996 establece que “*En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de*

cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan.”

En este sentido, los artículos 11.2 y 11.3 del Convenio de la Haya 1996 dejan sin efecto las medidas que pudieran haber adoptado las autoridades de otro Estado, contratante o no, respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en ese Estado.

k) Competencia provisional y eficacia territorial restringida.

El artículo 12 del Convenio de la Haya 1996 otorga competencia “*con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado, (a) las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las ya adoptadas por las autoridades competentes según los artículos 5 a 10*”.

En este sentido, los artículos 12.2 y 12.3 del Convenio de la Haya 1996 dejan sin efecto las medidas que pudieran haber adoptado las autoridades del Estado provisional, bien cuando se hayan pronunciado sobre las medidas que pueda exigir la situación las autoridades del otro Estado contratante, o bien cuando se hayan reconocido las medidas de las autoridades del Estado no contratante donde tiene la residencia habitual el niño.

El objetivo de la norma consiste en tratar el caso de niños que se hallan en país extranjero de modo temporal para la realización de estudios, vacaciones, recogida de cosechas, etc., y acogidos *de facto* por una familia local y respecto de los cuales, aunque no exista situación de urgencia, puede ser adecuado que se adopten medidas de protección del niño para ayudar a la recepción del niño.

m) Competencia reservada sobre los bienes del niño en España.

El artículo 55.1 del Convenio de la Haya 1996 garantiza para cualquier Estado contratante, conforme al artículo 60, la potestad de: “*a) reservarse la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio; b) reservarse el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o*

una medida que sería incompatible con una medida adoptada por sus autoridades en relación a dichos bienes.”

España, el 6-09-2010 dispone sobre el artículo 55 que *“se reserva la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio, así como el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o una medida que sería incompatible con una medida adoptada por sus autoridades en relación a dichos bienes”*.

n) Normas de aplicación y competencia judicial internacional.

El artículo 13 del Convenio de la Haya 1996 prevé cómo resolver las cuestiones de litispendencia cuando se han solicitado medidas de protección de la persona o de los bienes del niño según los artículos 5 a 10. El artículo 13.1 aplica la regla *prior tempore*, según la cual las autoridades *“deben abstenerse de ejercer su competencia si, en el momento de iniciarse el procedimiento, se hubieran solicitado las medidas correspondientes a las autoridades de otro Estado contratante que fueran competentes en virtud de los artículos 5 a 10 en el momento de la petición y estuvieran todavía en proceso de examen.”*

El artículo 13.2 del Convenio de la Haya 1996 descarta el apartado anterior si *“las autoridades ante las que se presentó inicialmente la petición de medidas han declinado su competencia”*.

ñ) Competencias residuales.

Las reglas de competencia contenidas en el capítulo II del Convenio de la Haya 1996 determinan que un Estado contratante no está autorizado a ejercer su competencia en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños si no está prevista por el Convenio. Pero el Convenio no contiene norma que obligue a los tribunales de un Estado contratante a declararse incompetentes de oficio. Ni siquiera cuando otra autoridad de otro Estado contratante pudiera ser competente, los tribunales españoles no están obligados a declararse incompetentes.

Por tanto, si un tribunal español no puede acordar, por falta de un foro de competencia judicial internacional recogido en el Convenio, medidas de responsabilidad parental de un niño cuya residencia habitual no es un Estado miembro de la UE, conllevará que dicho tribunal español aplique entonces los foros de competencia internacional en sus normas de producción interna (artículo 22 quáter LOPJ) y declararse internacionalmente competente.

Haciéndose una observación crítica, lo normal sería que el tribunal se declarase incompetente de oficio. Pues otros tribunales de otros Estados estarán mejor situados para decidir la cuestión, ya que se debe garantizar la tutela judicial efectiva internacional. Contrasta la diferencia con el artículo 17 del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, porque obliga al Reglamento a controlar de oficio la competencia judicial internacional y a declararse incompetente si otro Estado miembro es competente.

4. RÉGIMEN AUTÓNOMO: ARTÍCULO 22 QUÁTER LOPJ.

El artículo 22 quáter LOPJ solo se aplica cuando el menor no tiene su residencia habitual en un Estado miembro del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 y si ninguno de los foros de competencia internacional articulados en el Convenio de la Haya 1996 designa competentes a los tribunales españoles.

Los foros de competencia del artículo 22 quáter d) LOPJ en materia de protección de menores y responsabilidad parental, son:

1º) Residencia habitual en España del hijo o menor al tiempo de la interposición de la demanda. Actualmente inaplicable, porque si el menor reside habitualmente en España, la competencia judicial se decide en torno al Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003.

2º) Nacionalidad española del demandante o residencia habitual del demandante en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la

demanda. Foro amplio operativo cuando el menor no reside habitualmente en territorio del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 ni es aplicable ningún foro del Convenio de la Haya 1996.

También es aplicable para todas las personas, y por extensión a los menores, el foro de competencia para “*adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España*” según el artículo 22 sexies de la LOPJ.

B) DERECHO APLICABLE A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978⁵⁴ (art. 39) los menores dejan de ser incapaces jurídicamente, para pasar a ser consideradas personas con necesidad de protección jurídica. Por ello, las tradicionales instituciones de la *patria potestad*, la *tutela* o la *curatela* deben perseguir el *interés superior del menor* y no la autoridad del padre. A su vez, estas instituciones pasan a ser reguladas por la ley nacional del menor, en lugar de por la ley de padre como figuraba en el Código Civil español de 1974.

Más adelante, el legislador empezó a considerar también la residencia habitual del menor como punto de conexión con la ley aplicable. En este sentido, contribuyó que España ratificara en 1987 el Convenio de la Haya 1961 sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores⁵⁵. Finalmente, el Convenio fue sustituido por el Convenio de la Haya 1996, donde se consolida como Ley aplicable a las instituciones de protección de menores, como regla general, la Ley del lugar de residencia habitual del menor.

⁵⁴ Constitución Española de 1978. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424 (consultado 03/05/2018).

⁵⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961. BOE nº 199, de 20 de agosto de 1987, pp. 25764-25767 (consultado 03/05/2018).

Desde la entrada en vigor en el DIPr español del Convenio de la Haya 1996, el 1 de enero de 2011, todas las medidas de protección de menores se rigen, como regla general, por la Ley de la residencia habitual del menor, siempre que la demanda se haya interpuesto tras el 1 de enero de 2011⁵⁶.

En su artículo 1.1, el Convenio de la Haya 1996 define su objeto “*para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño*” y “*determinar la ley aplicable*” a éstas y a la “*responsabilidad parental*”.

La Ley aplicable a todas las medidas de protección de menores extranjeros, sobre las que se han declarado competentes tribunales y autoridades españolas, se determina mediante las normas de conflicto contenidas en el Convenio de la Haya 1996. Las características más relevantes del Convenio son:

1º) Su artículo 20 garantiza que “*Las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán incluso si designan la ley de un Estado no contratante*”.

2º) Como declara el Informe Explicativo de Paul Lagarde⁵⁷ en su párrafo 17, el Convenio es “*aplicable a todos los niños, cualquiera que sea su nacionalidad y cualquiera que sea su residencia*”.

3º) Su artículo 2 delimita que “*se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años*”. El artículo 9.4 del Código Civil se refiere al Convenio para extender su aplicación a los sujetos mayores de 18 años pero menores según su Ley nacional, por lo que son incorporados al Convenio por referencia.

El Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 no determina la Ley aplicable a estas medidas de protección de menores. Esto se debe a motivaciones políticas. Simplemente se procuró la supervivencia de los convenios internacionales elaborados por la Conferencia de la Haya sobre protección de menores. Ya que, si el Reglamento Bruselas

⁵⁶ SAP de Barcelona de 15 de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0d04f9f6ca8c12be/20121127> (consultado 03/05/2018)

⁵⁷ LAGARDE P., *Informe Explicativo de Paul Lagarde (traducción española)*. Vid.

II-bis 2201/2003 determinara la Ley aplicable, los convenios internacionales habrían sido relegados para los Estados miembros de la UE.

1. MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS POR AUTORIDADES PÚBLICAS.

Tres tipos de reglas para determinar la Ley aplicable en medidas de protección de menores adoptadas por autoridades públicas según el Convenio de la Haya 1996:

1º) Regla general: figura en el artículo 15.1, que dice que *“las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley”*.

2º) Regla excepcional: prevista en el artículo 15.2, habilita *“excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho”*.

3º) Regla especial: en caso de cambio de país de residencia habitual, el artículo 15.3 dice que *“la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación”*.

Cuatro tipos de reglas sobre la atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental según el Convenio de la Haya 1996:

1º) Sin intervención de una autoridad judicial o administrativa: el artículo 16.1 determina que *“se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño”*.

2º) En virtud de un acuerdo o de un acto unilateral, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa: el artículo 16.2 determina que *“se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que deviene eficaz el acuerdo o el acto unilateral”*.

3º) En caso de cambio de residencia habitual: el artículo 16.3 garantiza que “*La responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste*”. Y el artículo 16.4 habilita que “*la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviera ya investida de tal responsabilidad se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual*”.

4º) El artículo 18 prevé en *interés superior del menor* que “*Podrá privarse de la responsabilidad parental [...] o modificarse las condiciones de su ejercicio mediante medidas adoptadas en aplicación del Convenio*”. Se trata de superar obstáculos para acordar medidas de protección por parte de autoridades públicas, porque en principio necesitarían del conocimiento de los responsables parentales, pero la adopción de las medidas prevalecen.

Por último, cabe recordar que el artículo 22 del Convenio de la Haya 1996 garantiza el *orden público internacional* porque la Ley aplicable “*puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño*”.

C) RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES.

En el artículo 18.6 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, se refiere a “*los supuestos en que las medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero deban cumplirse en España*”. Así pues, continúa estableciendo una jerarquía según texto normativo:

1º) Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003.

2º) En los casos no regulados por la normativa europea, se estará a los Tratados y Convenios internacionales en vigor para España y, en especial, al Convenio de la Haya 1996.

3º) En defecto de toda normativa internacional, se estará a las normas españolas de producción interna sobre eficacia en España de medidas de protección de menores.

1. REGLAMENTO BRUSELAS II-BIS 2201/2003.

Existen tres tipos de reconocimiento regulados en el Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003:

1º) Reconocimiento incidental: su artículo 21.1 lo define como las resoluciones “reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno”. Su artículo 26 prohíbe que la resolución sea “objeto de una revisión en cuanto al fondo”. Es un reconocimiento *ad hoc* sin efectos *erga omnes*. No se trata de un reconocimiento automático. Se puede rechazar por los motivos del artículo 23: “a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor; b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido; c) si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución; d) a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona; e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido; f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido; g) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56 (kafala)”.

2º) Reconocimiento por homologación: su artículo 21.3 habilita a cualquier persona interesada a “solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución” de otro Estado miembro. Se trata de un proceso declarativo con efectos *erga omnes*.

3º) Exequatur: su artículo 28.1 explica que las resoluciones dictadas en un Estado miembro “*que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro*” a instancia de cualquier parte interesada. Se trata de homologar y ejecutar en España la resolución extranjera. El procedimiento se regula en el Derecho Procesal español en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil⁵⁸. Cabe la denegación del exequatur y el correspondiente recurso. Se puede solicitar un exequatur parcial de resolución extranjera.

2. CONVENIO DE LA HAYA 1996.

El Convenio de la Haya 1996 solo resultará aplicable sin concurren a la vez dos circunstancias:

1º) Que el artículo 61.b del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 no sea aplicable. Pues dicho artículo extiende su aplicación “*al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante*” del Convenio de la Haya 1996.

2º) Que las medidas de protección requeridas hayan sido acordadas por un Estado parte del Convenio de la Haya 1996.

Existen tres tipos de reconocimiento de medidas regulados en el Convenio de la Haya 1996:

1º) Reconocimiento incidental: su artículo 23.1 se aplica para las medidas “*adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes*”. Su artículo 27 prohíbe sobre la resolución “*revisión alguna en cuando al fondo de la medida adoptada*”. Es un reconocimiento *ad hoc* sin efectos *erga omnes*. No se trata de un reconocimiento automático. Se puede

⁵⁸ BOE nº 182, 15 de julio de 2015, pp. 65906-65942 (consultado 19/05/2018).

rechazar por los motivos del artículo 23.2: “a) si la medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en el Capítulo II (competencia); b) si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido; c) a petición de toda persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental, si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída; d) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño; e) si la medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido; f) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 33 (kafala)”.

2º) Reconocimiento por homologación: su artículo 24 habilita a cualquier persona interesada a “solicitar a las autoridades competentes de un Estado contratante que decidan acerca del reconocimiento o no reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante”. Se trata de un proceso declarativo con efectos *erga omnes*.

3º) Exequatur: su artículo 28 explica que las resoluciones dictadas en un Estado contratante “declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en otro Estado contratante, se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado” a instancia de cualquier parte interesada. El procedimiento se regula en el Derecho Procesal español en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil⁵⁹. Cabe la denegación del exequatur y el correspondiente recurso. Se puede solicitar un exequatur parcial de resolución extranjera.

⁵⁹ BOE nº 182, 15 de julio de 2015 (consultado 19/05/2018).

D) PROTECCIÓN DEL MENOR INCAPAZ EN ESPAÑA.

Como ya se ha visto, un menor es incapaz judicialmente porque solo los padres del mismo son sus representantes legales. Al principio del presente capítulo, se formularon las siguientes preguntas: ¿Es competente un órgano judicial o autoridad española para decidir sobre asuntos que afectan a un menor extranjero? ¿Es competente un órgano judicial o autoridad española para decidir sin los titulares de la patria potestad?

Es obvio en la primera pregunta, por toda la legislación que se ha visto ya, que con el acompañamiento de los padres la respuesta es sí. Para la segunda pregunta, que también se ha visto, se va a recopilar a continuación a modo de síntesis la respuesta. Pues no siempre se puede contactar con los titulares de la patria potestad, tutela o curatela para obtener el consentimiento.

Se debe recordar que los artículos 11 y 12 del Convenio de la Haya 1996 establecían la competencia de las autoridades de cualquier Estado contratante para tomar medidas de protección del menor sin el dicho consentimiento de los titulares de la patria potestad, tutela o curatela “*en caso de urgencia*” (art. 11) y “*con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado*” (art. 12). Medidas que dejan de tener efecto cuando finalicen las circunstancias que las originaron.

El artículo 6 del Convenio de la Haya 1996 garantiza a “*los niños refugiados y aquellos niños que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados*” y a “*los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse*” la competencia de los tribunales y autoridades españolas para tomar medidas de protección. En caso de indeterminación de la residencia habitual, opera el llamado *foro de necesidad*. Su competencia deberá cesar cuando se haya establecido que el niño tiene una residencia habitual en alguna parte. Si esta residencia habitual es sobre el territorio de in Estado contratante, las autoridades de este Estado serán en lo sucesivo competentes. Si está situada en un Estado no contratante, las autoridades del Estado sobre el territorio del cual este niño está presente no tendrán más que la competencia limitada que le dan los artículos 11 y 12 del Convenio de la Haya 1996 repetidos en el párrafo anterior.

Cuando el menor no reside habitualmente en territorio del Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, ni es aplicable ningún foro del Convenio de la Haya 1996, opera el foro amplio del artículo 22 quáter d) LOPJ, que permite la competencia de tribunales y autoridades españoles para tomar medidas de protección del menor con residencia habitual del demandante en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda. Sin embargo, este artículo requiere que el demandante ya posea la patria potestad, tutela o curatela del menor previamente a la interposición de la demanda.

Superando lo anterior, se encuentra para todas las personas, y por extensión a los menores, el foro de competencia para “*adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España*” según el artículo 22 sexies de la LOPJ.

Por último, respecto a la Ley aplicable, el artículo 18 del Convenio de la Haya 1996 prevé en *interés superior del menor* que “*Podrá privarse de la responsabilidad parental [...] o modificarse las condiciones de su ejercicio mediante medidas adoptadas en aplicación del Convenio*”. Se trata de superar obstáculos para acordar medidas de protección por parte de autoridades públicas, porque así pueden privar o modificar la patria potestad del que la ejercía de pleno derecho.

Todos estos “salvoconductos” legales posibilitan que las autoridades españolas puedan proteger a los menores extranjeros más vulnerables que se analizan en el próximo epígrafe: los menores extranjeros no acompañados.

1. MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO.

Dentro del Derecho Autónomo, donde mejor definidos están los MENA, sería en el artículo 189 del Real Decreto 557/2011⁶⁰, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería actualmente en vigor. Este artículo define al MENA como el “*extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir*

⁶⁰ Real Decreto 557/2011, 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE nº 103, 30 de abril de 2011, pp. 43821-44006 (consultado 24/04/2018).

acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.”

a) Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA.

El último instrumento normativo adoptado por el Gobierno de España ha sido el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados en 2014⁶¹. Un documento que tiene por objetivo, tal y como se señala en el primer apartado de su exposición de motivos, coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación.

Un Protocolo en el que a través de VIII capítulos, que contienen a su vez 35 apartados, se detallan todas las actuaciones a realizar y los órganos competentes para llevarlas a cabo en los supuestos de localización de un menor extranjero no acompañado en España.

La crítica más repetida sobre el Protocolo se refiere a su párrafo 2 del apartado sexto del capítulo II, cuando dice que *“los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras [...] serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes”*. Las circunstancias siguientes se basan en el criterio de los agentes fronterizos sobre la manipulación y verosimilitud de la documentación identificativa del sujeto.

⁶¹ Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. *BOE* nº 251, de 16 de octubre de 2014, pp. 83894-83919 (consultado 02/05/2018).

Actualmente, se siguen haciendo pruebas para la determinación de la edad a menores con pasaportes expedidos válidamente en su país de origen, cuando el Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias en 2014⁶² en las que prohíbe someter a las pruebas para determinar la edad a los inmigrantes menores con pasaporte válido que se encuentran de forma irregular en España.

b) Detección de un MENA por las autoridades españolas.

Los menores visibles que son detectados, al carecer de la protección de padres o tutores en nuestro país, se encuentran en situación de desamparo. En consecuencia, tienen el derecho de recibir protección pública⁶³ y nuestra Administración, tanto estatal como autonómica, tiene la obligación de protegerles. El artículo 39.4 de nuestra Constitución Española⁶⁴ proclama que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. Este artículo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, así como por el Código Civil. El Código Civil en su artículo 172.1 establece que “*Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial.*

⁶² STS de 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 452) y STS de 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 453). Vid.

⁶³ Artículo 20 de la CDN establece el derecho a la protección pública para menores que no puedan recibir la de su familia. Vid.

⁶⁴ Constitución Española de 1978. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424 (consultado 03/05/2018).

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.”

Por tanto, no se les debe tratar como extranjeros, sino como menores⁶⁵. Y ello implica que su residencia será regular desde su puesta a disposición de los servicios de protección de menores. Esta residencia regular va a tener dos consecuencias jurídicas:

1º) Un MENA no podrá ser objeto de un procedimiento sancionador de expulsión⁶⁶. Por tanto, un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales⁶⁷.

2º) Cuando, finalmente, se documente al menor extranjero mediante la correspondiente autorización de residencia la legalidad de la situación del menor, “cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”⁶⁸. Esto es, se ha de tener en cuenta este tiempo a la hora de otorgarle la autorización de residencia, ya que le computa como residencia legal efectiva.

El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social explica cómo deben actuar las Administraciones cuando se encuentran con un MENA. A este respecto, se deben señalar los siguientes apartados:

⁶⁵ Artículo 2 de la CDN explicita que en el reconocimiento de los derechos del niño no se pueden hacer distinciones por el origen nacional. Vid.

⁶⁶ Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería: “Durante todo el tiempo que un menor extranjero sea tutelado por una entidad pública, su estancia en España se considerará regular a todos los efectos. Por ello, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión”. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CI03-2001.pdf?idFile=22fb6802-d3f0-4b2d-968f-99ab904983d3 (consultado 04/05/2018).

⁶⁷ Circular 10/2009 de la Comisaría de Extranjería y Fronteras, sobre el “Acceso de menores extranjeros acompañados a los puestos fronterizos”. Disponible en: https://www.icam.es/docs/ficheros/201003060001_6_0.pdf (consultado 09/05/2018).

⁶⁸ Artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 10, de 12 de enero de 2000, pp. 1139-1150, (consultado 09/05/2018).

“3. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.”

El Ministerio Fiscal mediante decreto motivado de carácter cautelar⁶⁹, pondrá al menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores del territorio, siendo trasladado, por agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, al centro de primera acogida de protección de menores para su atención, iniciándose la apertura del correspondiente expediente de protección para la constatación del desamparo⁷⁰ y correlativa constitución de tutela legal.

La tutela del menor, se ha de hacer tan pronto como se tenga conocimiento de su situación de desamparo, de manera que se garantice el reconocimiento y disfrute de todos sus derechos como menor. Así es, como se trata de ser coherente con la LO 1/1996 cuando marca en su artículo 14.1 que “*las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor*”. A su vez, continúa en su artículo 14.2 diciendo que “*La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.*”

⁶⁹ Así lo prevén las Conclusiones de la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2006.pdf?idFile=4abf06dc-da77-42f2-af15-3b204556f19e (consultado 10/05/2018).

⁷⁰ Determinado por el artículo 172.1 del Código Civil citado anteriormente.

En el momento en el que el menor resulta puesto a disposición de los servicios de protección de menores del territorio de la Comunidad Autónoma correspondiente comienza la vida del menor en el sistema público de protección.

Las resoluciones administrativas que se adopten tendrán gran trascendencia para la vida del menor, por lo que deberán estar rodeadas de un máximo de garantías, ya que son generadoras de un claro conflicto de intereses entre el menor tutelado y los servicios de protección de menores. Así, se deberá pedir el consentimiento del menor para la realización de pruebas médicas, debiéndosele explicar su finalidad y consecuencias, dada la trascendencia jurídica que entrañan para su esfera personal etc., se iniciarán, en su caso, los trámites para la repatriación, se iniciarán o no los trámites de documentación del menor, se le pondrá en un recurso adecuado educativo y de formación, etc...

De ahí la necesidad de que el menor cuente con asesoramiento jurídico que vele con carácter especializado e independiente por el interés superior del menor. Dicho interés superior del menor, está garantizado frente a los poderes públicos por el artículo 11.2 apartado a) de la LO 1/1996 que dice “*Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor.*”

El artículo 12.1 de la LO 1/1996 dice que “*La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.*”

En la práctica, cada Servicio de Protección del Menor instruye, con sus particularidades, la determinación de la situación de desamparo ya que es una competencia transferida a las Comunidades Autónomas⁷¹ y corresponde a la entidad pública que tenga encomendada la protección de menores en el territorio de cada Comunidad Autónoma, la determinación de la existencia del desamparo.

⁷¹ En el marco establecido por el artículo 148.1.20ª y artículo 149 de la Constitución Española de 1978. Vid.

Es una situación de hecho que en la que quien tiene la guarda del menor (de existir) incumple los deberes de protección, viéndose privado el menor de la necesaria asistencia moral o material. La situación en la que se encuentra el menor extranjero no acompañado exige, en la mayoría de los casos, la constitución de una tutela por ministerio legal, previa tramitación de un procedimiento administrativo en el que se vele por los derechos y garantías que la Constitución y Tratados internacionales reconocen al menor extranjero no acompañado, en especial, en el ámbito del derecho fundamental de audiencia y defensa, a tenor del interés superior del menor⁷².

Los Servicios de Protección de Menores, suelen iniciar el procedimiento de desamparo siempre de oficio, cuando de forma directa, por comunicación de otro órgano administrativo o mediante denuncia, tuviera conocimiento de la situación de desasistencia en que pudiera hallarse un menor. Suelen dictar, en general, una primera Resolución declarando el desamparo provisional, asumiéndose la tutela y guarda residencial del menor con tal carácter, hasta el momento en que, previa confirmación del mantenimiento de las circunstancias de desamparo, se constituya aquella tutela con carácter definitivo. Tutela definitiva que habrá de ser inscrita en el Registro Civil.

La normativa autonómica no es uniforme a la hora de establecer plazos de tramitación para resolver la situación de desamparo⁷³ ni a la hora de contemplar los efectos derivados de la falta de resolución expresa de dichos acuerdos⁷⁴. Cuando las legislaciones autonómicas no establezcan plazos de resolución habrá que estar a lo

⁷² Artículo 39.4 de la Constitución Española. Vid.

⁷³ No establecen plazo alguno para resolver las legislaciones de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Principado de Asturias, Islas Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Murcia y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Sí establecen plazo las Comunidades Autónomas de Aragón (un mes para el estudio del menor, ampliable a otro mes más), Cantabria (6 meses), Castilla y León (3 meses prorrogables a otros 3 más), Comunidad de Madrid (3 meses prorrogables a otros 2 meses más), País Vasco (3 meses prorrogables a otros 3 más), La Rioja (3 meses) y la Comunidad Valenciana (3 meses). MORENO-TORRES SANCHEZ, JULIETA, "La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español", Ed. Aranzadi, 2009, pp. 246-248.

⁷⁴ Respecto de los efectos de la falta de resolución, la mayoría de las legislaciones de las Comunidades Autónomas no establecen efectos de la falta de resolución salvo Cantabria, La Rioja y la Comunidad Valenciana, que establecen que la falta de resolución conlleva la caducidad del procedimiento y la Comunidad de Madrid que establece que cuando se promueva el procedimiento de desamparo a instancia de parte, la falta de resolución tendrá efectos negativos. MORENO-TORRES SANCHEZ, JULIETA, "La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español", 2009, Ed. Aranzadi, pp. 246-248.

dispuesto en la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC⁷⁵, de 26 de noviembre: el plazo máximo de resolución expresa será de 3 meses⁷⁶ y el plazo máximo para notificar esta resolución expresa será de 6 meses⁷⁷, transcurridos los cuales se ha de entender que se ha producido la caducidad del procedimiento administrativo incoado⁷⁸ al colisionar la intervención de la Administración Pública en un procedimiento de desamparo con derechos e intereses protegidos constitucionalmente⁷⁹.

Existen dudas acerca de ante qué jurisdicción acudir ante la inactividad de la Administración, quien deja transcurrir los meses y los años sin emitir resolución alguna en la que acuerde la tutela del menor, impidiendo así el acceso a un derecho muy importante como el derecho a obtener documentación, una autorización de residencia⁸⁰.

Asumida la tutela por la Administración correspondiente, ésta podrá acudir al juez, para que éste atribuya la tutela del menor a una ONG o a una entidad, dedicada a la protección de menores, con las que previamente ha firmado convenios de colaboración⁸¹.



⁷⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *BOE* nº 285, de 27 de noviembre de 1992, pp. 40300-40319 (consultado 11/05/2018).

⁷⁶ Artículo 42.3 la Ley 30/1992. Vid.

⁷⁷ Artículo 42.2 de la Ley 30/1992. Vid.

⁷⁸ Artículo 44.2 de la Ley 30/1992. Vid.

⁷⁹ Artículo 39.4 de Constitución Española citado anteriormente.

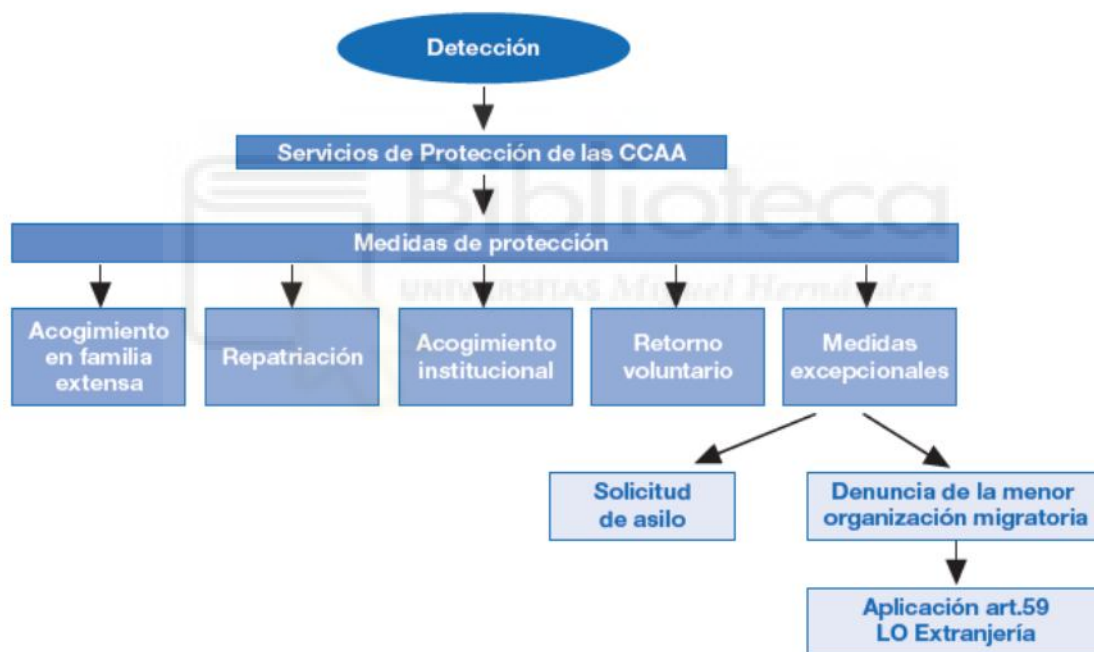
⁸⁰ La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado al respecto en el Auto nº 135/2010 de 13 de mayo de 2008. Se revisa un Auto de un Juzgado de Primera Instancia que se declaró incompetente para conocer una demanda presentada en la que se solicitaba que la DGAIA declarara que es un menor en situación de desamparo, que asumiera su tutela y realizara los trámites para obtener la residencia en este país. Entiende la Audiencia Provincial de Barcelona en su Fundamento de Derecho Segundo que la potestad jurisdiccional de los Juzgados de Familia es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionen, abarca únicamente las actuaciones previstas en los Títulos IV y VII del Libro Primero del Código Civil, y correlativas del Código de Familia de Cataluña, y aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de la Familia le son atribuidas por las leyes, sin que pueda extenderse la competencia de los Juzgados de Familia a enjuiciamientos que impliquen el ejercicio de acciones que no quedan exactamente incluidas entre las materias atribuidas a la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Familia (procedimientos en los que se plantee oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el cauce procesal del art. 779 y siguientes de la LEC), como es la minoría de edad.

⁸¹ Artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000 (Vid.): *La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados.* También en relación con el artículo 172.1 del Código Civil citado anteriormente.

El artículo 35.12 de la LO 4/2000 prevé que “*Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración.*”

Esta previsión legislativa trata de responder a las situaciones que se dan por el movimiento intra autonómico de los menores no acompañados, que teniendo la tutela de una Comunidad Autónoma, se encuentran acogidos de hecho por otras Comunidades Autónomas.

La siguiente figura muestra un cuadro de la forma de actuación ante un MENA en España.



CUADRO 1. ESQUEMA DE ACTUACIÓN ANTE UN MENA EN ESPAÑA. Fuente: VIOLETA QUIROGA, ARIADNA ALONSO, MONTSERRAT SÒRIA, “*Menores migrantes no acompañados/as: Sueños de bolsillo*”, UNICEF y Fundación Banesto, diciembre de 2010, p. 123. Disponible en: https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Suenos_de_bolsillo.pdf (consultado 12/05/2018).

Por su parte, también el Tribunal Constitucional, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores extranjeros no acompañados en los procedimientos de reagrupación con el paso de los años ha ido estableciendo la siguiente doctrina. En estos supuestos de hecho los problemas se planteaban en dos aspectos, la audiencia al menor cuando tuviera bastante capacidad para ello y la

posibilidad de elegir un abogado que lo representase en dichos procedimiento cuando la institución de protección de menores autonómica que tenía asumida su tutela y representación mantenía una posición que era contradictoria con la manifestada por el menor.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 183/2008⁸², la primera tal y como reconoce el propio Tribunal en la que se pronuncia sobre la capacidad procesal de los menores de edad para impugnar judicialmente decisiones que afecten a su esfera personal, estima el recurso de amparo interpuesto y recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar a los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal⁸³.

En esta STC, también aprovecha para recordar su anterior jurisprudencia⁸⁴ en la que había estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos de procesos judiciales en los que los menores no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal y reitera el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño y el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, de protección jurídica del menor, además de otros instrumentos normativos de ámbito europeo.

En cuanto a los procedimientos de repatriación de menores el Tribunal señala que se trata de uno de los supuestos en los que queda afectada la esfera personal y familiar de un menor⁸⁵ y por lo tanto debía reconocerse el derecho a ser oído del menor si este

⁸² STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 184) y STC 22 diciembre 2008 (RJ 2008, 183).

⁸³ STC 183/2008, de 22 de diciembre de 2008, Fundamento Jurídico 5º.

⁸⁴ STC 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 221), FJ 5, ó STC 30 enero 2006 (RJ 2006,17) FJ 5.

⁸⁵ STC 17 septiembre 2007 (RJ 2007, 372) en la que argumentaba que se encuentra ante un supuesto que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído. Por esta razón, el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión

tenía suficiente juicio y establecer un trámite específico en el procedimiento para la audiencia al menor.

Así el Tribunal Constitucional concluye que en estos casos se detecta una aplicación del ordenamiento procesal desproporcionada que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores al impedirles la impugnación de una decisión administrativa que les afecta personalmente y poder así posteriormente instar también su control judicial. En estos supuestos indica el Tribunal la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio *in dubio pro actione*⁸⁶, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia.

Una jurisprudencia que tuvo como consecuencia, además de la paralización de algunas repatriaciones de menores extranjeros cuando ya se encontraban embarcados en el avión que los llevaba de vuelta a sus países de origen⁸⁷, la modificación de la Ley y el Reglamento de Extranjería para contemplar estos derechos. Así en la reforma del artículo 35.5 de la LO 2/2009⁸⁸, se reconoce la audiencia al menor si tiene suficiente juicio antes de la iniciación del procedimiento de repatriación y en su apartado 6 se reconoce la capacidad de actuar de estos menores en dicho procedimiento de repatriación cuando sean mayores de dieciséis años y menores de dieciocho pudiendo hacerlo personalmente o a través del representante que designen. Además se establece la previsión de que cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

deducida por la Dirección General de la Policía, STC 25 noviembre 2002, (RJ 2002, 221), FJ 5, STC 2 junio 2005 (RJ 2005,152), FJ 3.

⁸⁶ El principio *in dubio pro actione* postula en favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la acción del recurrente, para superar las dificultades del proceso formalista.

⁸⁷ RAFAEL J. ÁLVAREZ, "Los menores podrán defenderse incluso contra la voluntad de sus tutores", 14/01/2009. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/01/14/espana/1231916789.html> (consultado 30/05/2018).

⁸⁸ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Vid.

Unos preceptos que posteriormente se desarrollan en el RD 557/2011, así en el artículo 192.2 relativo al inicio del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado, se establece que *“el acuerdo de incoación del procedimiento será notificado inmediatamente al menor”*. En el artículo 193 se regula la posibilidad por parte del menor de *“formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados”*, bien de forma personal cuando haya alcanzado la edad de dieciséis años o a través del representante que designe. Cuando sea un menor de dieciséis años lo representará la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, salvo que el menor *“con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria”* a la de esta, en este caso, *“se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente”*.

En el artículo 194 se dice que *“se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación”*. A dicho trámite también se convocará al representante designado por el menor y se prevé la notificación de la resolución del procedimiento al menor o en su caso a su representante, y en la misma se contendrá *“el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa”*.

CONCLUSIONES.

En este tema encontramos un complejo normativo que confunde a los profesionales del Derecho. Es principio general del Derecho que las normas sean claras y precisas, por el simple hecho de evitar la inseguridad jurídica.

El Convenio de la Haya 1996 escenifica fielmente esta complejidad normativa contraproducente. Dedicó diez preceptos para determinar las autoridades competentes: una regla general (artículo 5), una matización (artículo 6), dos excepciones a las reglas anteriores (artículos 8 y 9), dos excepciones para situaciones específicas (artículos 7 y 10), dos reglas especiales (artículos 11 y 12) y dos normas para resolver los problemas de aplicación de todas las anteriores (arts. 13 y 14).

Sin que se pretenda ser exhaustivo, se enumeran las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La incoherencia en cuestiones tan fundamentales como los sujetos afectados, el concepto de menor utilizado en el Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003 frente al concepto de niño del Convenio de la Haya 1996. Tiene consecuencias problemáticas en su desarrollo.

SEGUNDA. A su vez, todo este complejo normativo previo parece más un complejo trámite burocrático obligatorio para, en caso de no encontrar foro competente, terminar aplicando el siempre recurrente artículo 22 quáter LOPJ. Último recurso para aplicar un foro competente que puede dar lugar a actos y sentencias claudicantes, es decir, válidas en un Estado, pero no en otro Estado con el que existen vinculaciones.

TERCERA. La UE debería legislar su propia normativa adaptada a sus necesidades, y determinar si es conveniente la incorporación de normas convencionales, o si su ratificación podrá generar problemas de aplicación o de incoherencia en el tratamiento de la materia por la normativa de la UE. Se debería atender a la coordinación entre la normativa de la UE y las normas nacionales.

CUARTA. La propia jurisprudencia española duda de la prevalencia en la aplicación de los instrumentos legales internacionales en vigor para España y tiende a

abusar de la aplicación del artículo 22 quáter d) LOPJ para certificar la competencia de los tribunales españoles en litigios de protección de menores aun cuando, dicha competencia debe contrastarse con arreglo al Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003.



BIBLIOGRAFÍA.

OBRAS CONSULTADAS EN SU EDICIÓN IMPRESA

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado (Volumen I)*, Granada, Comares, 2017.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Comares, 2017.

LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, San Vicente, Editorial Club Universitario, 2016.

GARCIA CANO, S., *La cooperación internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en Derecho Internacional Privado español*, Córdoba, 2002.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Murcia, Ed. Fundación Diagrama, Marzo de 2008.

RECURSOS Y ARTÍCULOS ONLINE

PARDILLA FERNÁNDEZ, V. “Análisis crítico del sistema español de protección de los menores extranjeros no acompañados”. Disponible en:

<http://dspace.umh.es/bitstream/11000/4170/1/TFG%20PARDILLA%20FERN%20C3%81NDEZ%20VICTOR%20RAM%20C3%93N.pdf>

LAGARDE, P., “Informe explicativo de Paul Lagarde”. Disponible en:

<http://www.childabduction.com/wp-content/uploads/02-Informe-explicativo-1996.pdf>

“Manual de legislación europea sobre los derechos del niño”, Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, junio 2015. Disponible en:

https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.pdf.PDF

MIRALLES SANGRO, P. y HERRANZ BALLESTEROS, M., “*Algunas reflexiones en torno a las últimas reformas del derecho internacional privado español en materia de protección de menores*”. Disponible en:

[http://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3018/MENORES%20\(MIRALLES%20Y%20OTRO\).pdf?sequence=1](http://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/3018/MENORES%20(MIRALLES%20Y%20OTRO).pdf?sequence=1)

GARAU SOBRINO, F., “*Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño*”, 2011. Disponible en:

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1080/398>

DURÁN RUIZ, F., “*Jurisprudencia española y comunitaria de derecho internacional privado*”. Disponible en:

http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/02/17_jurisprudencia_alvarez_gonzalez_jurisprudencia_espanola_y_comunitaria.pdf

PÁGINAS WEB

- Asesoría y Tutela Jurídica a Migrantes: <http://www.migrarconderechos.es>
- Base de Datos de Legislación: <http://noticias.juridicas.com>
- Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es>
- Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es>
- Council of Europe - Documents database: <https://wcd.coe.int>
- Diario Oficial de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/>
- Fundación Migrar de la Cruz Roja Española: <http://www.migrar.org/>
- Fundación Raíces: <http://www.fundacionraices.org>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org>
- Parlamento Europeo: <http://www.europarl.europa.eu>
- Real Academia de la Lengua Española: <http://www.rae.es>
- UN Treaty Body Database: <http://tbinternet.ohchr.org>
- United Nations Treaty Collection: <https://treaties.un.org>

