

“EL INTERÉS DEL MENOR EN EL CONFLICTO DE CIVILIZACIONES: ELEMENTOS PARA SU CONCRECIÓN EN UN CONTEXTO INTERCULTURAL”

ANTONIA DURÁN AYAGO ©
Doctora en Derecho
Universidad de Extremadura

© Publicado en Calvo Caravaca, A. L. / Castellanos Ruiz, E. (EDS.), *EL DERECHO DE FAMILIA ANTE EL SIGLO XXI: ASPECTOS INTERNACIONALES*, EDITORIAL COLEX, 2004, PÁGS. 295-318.

SUMARIO: I.- Introducción II.- Valores de la civilización occidental vs. valores civilización oriental: el status del menor en estas civilizaciones III.- La universalización del principio del interés superior del menor: el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño A).- Universalidad vs. relativismo cultural B).- ¿En qué consiste el interés del menor? Contexto intercultural IV.- Influencia del principio del interés del menor en el Derecho internacional privado intercultural A).- Introducción B).- Sectores del Derecho internacional privado e interés del menor C).- Plasmación conceptual a).- Filiación y relaciones paterno-filiales b).- La protección del menor en las crisis matrimoniales. Breve alusión al secuestro internacional de menores V.- Consideraciones finales

I.- Introducción

1. Muestra palpable de que el Derecho está en continuo devenir, en cambio constante por ser el instrumento del que la sociedad se dota para regular las relaciones que nacen en su seno, una sociedad que está en perenne proceso de transformación como el *panta rei* (todo fluye) de Heráclito, es el análisis que nos proponemos realizar en este trabajo sobre las interconexiones que pueden surgir de la conjugación de dos conceptos relativamente novedosos como son, de un lado, el interés superior del menor y, de otro, el denominado “conflicto de civilizaciones”.

A pesar de que el uso tan prolijo como a veces inconsciente e hipertrofiado del interés del menor pueda hacer pensar que su existencia se remonta en la lejanía de los tiempos, este concepto, entendido como principio jurídico general, no cuenta en España con más de veinticinco o treinta años, algunos menos que en otros países del mundo jurídico occidental, especialmente del eurocontinental, en donde puede decirse que surge una vez superada la primera mitad del siglo XX derivado de la jurisprudencia anglosajona¹.

Y lo mismo ocurre con la expresión “conflicto de civilizaciones”. Fue MERCIER el primero en utilizar esta expresión², al que siguió DÉPREZ³ y consagró de manera definitiva HUNTINGTON⁴, si bien este último en un contexto diferente.

¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, 2000, pág. 23; PILOTTI, F., «Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto», CEPAL, Serie Políticas Sociales, n° 48, pág. 61.

² MERCIER, P., *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Génova, 1972.

³ DÉPREZ, J., «Droit international privé et conflits de civilisations\ Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes en matière de statut personnel», Rec. des Cours, tome 211, 1988, págs. 9-372.

2. Sin embargo, pese a ser ésta una expresión feliz que ha encontrado perfecta acogida y acomodo dentro de la doctrina, cabe cuestionarse sobre la bondad de la misma en el ámbito del Derecho internacional privado, puesto que ya en su propia denominación lleva implícito un claro posicionamiento: el del conflicto cuando entran en juego intereses que tienen su origen en culturas distintas.

Conviene ser muy cauto con el lenguaje. Es preferible rechazar fórmulas que enfoquen al mundo en los términos dualistas de “nosotros y ellos”⁵. Más allá de que existan hechos históricos que ratifiquen el conflicto entre Cristianismo e Islam, entre Occidente y Oriente, utilizar el conflicto de civilizaciones para catalogar las relaciones jurídico-privadas que puedan nacer dentro de un contexto mundializado como en el que vivimos, no deja de ser peligroso, además de estar injustificado. Primero porque no siempre que entren en relación dos personas pertenecientes a civilizaciones diferentes va a surgir un conflicto. Y segundo porque si ese conflicto surge, seguro que trascenderá del mero conflicto o choque de civilizaciones.

3. Es, sin duda, más correcto hablar, en un contexto internacionalprivatista, de sociedad multicultural o intercultural⁶. Y esto, lejos de constituir una traba, supone más bien reconocer un escenario pluriforme, rico en particularidades, en el que las diferencias antes que muros, pueden suponer puentes de enriquecimiento mutuo. Quizás no descubro nada nuevo si afirmo que el miedo al otro se basa principalmente en el desconocimiento del otro. El desconocimiento engendra prejuicios, los prejuicios miedos y los miedos altos muros que nos separan de nuestros semejantes.

Ciertamente, la disciplina del Derecho internacional privado tiende a hacerse multicultural, procurando aceptar, en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de civilizaciones distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores distintos a los occidentales. De esta manera, se abandona un Derecho internacional privado entendido como un Derecho que debe resolver, de modo radical, “conflictos de civilizaciones”, haciendo prevalecer, de un modo u otro, la aplicación del Derecho correspondiente a la “civilización más desarrollada”⁷. Es más, este Derecho internacional privado multicultural tiende a convertirse en intercultural, puesto que trata

⁴ HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones*, Barcelona, 1996; ID., «The Clash of Civilizations», *Foreign Affairs*, vol. 72, 1993, págs. 22-49.

⁵ JAHEL, S., «La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français», *R.I.D.C.* 1994-1, pág. 38, se cuestiona acerca de esta fórmula, ¿por qué conflicto de civilizaciones? Según este autor, se trata de dos mundos paralelos ricos en sus diferencias, en relación constante, no cerrados entre sí, pero profundamente distintos.

⁶ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado. Vol. I*, Editorial Comares, 2003, pág. 22; JUÁREZ PÉREZ, P., *Hacia un Derecho interancional privado intercultural*, en CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO-MORALES LIMONES, P. (eds.), *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, 2003, págs. 331-349. Según DE LUCAS MARTÍN, F. J., «La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos», en DE LUCAS MARTÍN, F. J., *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial VI-2001, págs. 62 y ss., multiculturalidad e interculturalidad no son conceptos sinónimos. Mientras la multiculturalidad es un fenómeno social que se caracteriza por la presencia en un mismo espacio de soberanía de grupos que se reclaman de diferentes identidades, la interculturalidad, en cambio, constituiría una de las respuestas normativas a esa realidad plural que supone la existencia de multiculturalidad. No se sitúa, por tanto, en el plano de los hechos, sino en el de los ideales, valores o principios, en el plano normativo.

⁷ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado. Vol. I*, cit., pág. 22.

de regular una “nueva cultura social” resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración⁸. Todo un reto, es verdad, pero con la inigualable satisfacción de saber que de la buena articulación de los principios que rigen y configuran el Derecho internacional privado va a depender, en buena medida, el realizar el concepto de justicia en las relaciones privadas internacionales.

4. En este nuevo contexto en el que la diversidad cultural y jurídica es la pauta general, y en el que como telón de fondo laten las distintas concepciones acerca de la universalidad o relativismo de los Derechos humanos, cuya traducción más cercana se halla en las contrapuestas concepciones del Derecho de familia en la civilización occidental y en la oriental, me ha parecido oportuno cuestionarme acerca de cuál es el papel que desempeña el menor en este nuevo escenario. O más concretamente, cuál es el papel que se atribuye al principio del interés superior del menor en un contexto intercultural.

5. Para dar respuesta a esta pregunta, he dividido este trabajo en tres amplios apartados. En el primero de ellos, se abordará el análisis del estatuto del menor desde la perspectiva de la dualidad de civilizaciones, incidiendo sobre todo en los valores que informan la regulación jurídica de la protección del menor en los países que se rigen por el Derecho islámico. La justificación es obvia: sólo conociendo al otro, se le puede valorar.

El segundo apartado es, quizás, el más complejo, ya que en él se afronta, de un lado, el intento de universalización del principio del interés superior del menor a través de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante, CDN), con todas las dudas y reticencias que el adjetivo “universal” suscita, y de otro, se pretende una aproximación al concepto del interés del menor, citando las principales técnicas que pueden utilizarse para su concreción. En este apartado intentaremos dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿existe un concepto universal del interés del menor, o más bien existen tantos conceptos de interés del menor como ordenamientos jurídicos hay? O aún más, si a pesar de existir un concepto universal de este interés, su grado de indeterminación puede ser concretado con los valores propios del ordenamiento del foro.

En el último bloque, el interés superior del menor se convierte en factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, en expresión de la profesora BORRÁS⁹, y ello es así en la medida en que los textos normativos que se han ido elaborando y que tienen como objetivo la protección del menor, han ido incorporando progresivamente soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas, persiguiendo hacer prevalecer con estas fórmulas el principio que las origina y que es su fin en sí mismo.

En un mundo global como en el que vivimos urgen respuestas globales. Unas respuestas que deben venir dadas a través de Convenios internacionales en los que participen Estados pertenecientes a las diferentes culturas. Sólo así podremos hablar de universalidad y podremos acercarnos a respuestas materialmente justas.

⁸ Véase JUÁREZ PÉREZ, P., *Hacia un Derecho interancional privado intercultural*, cit., *passim*.

⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», *Revista jurídica de Catalunya*, 1994-4, págs. 915-967.

En este último apartado se realiza, en fin, desde una perspectiva intercultural, un análisis particularizado de la incidencia del interés del menor en las distintas instituciones que configuran su protección.

II.- Valores de la civilización occidental vs. valores civilización oriental: el status del menor en estas civilizaciones

6. El modelo de organización de la familia es uno de los puntos cruciales que diferencian a estos dos mundos, el occidental y el oriental. Si tomamos el contexto europeo como prototipo de la civilización occidental, observamos que su modelo de Derecho de familia se asienta sobre los principios de laicidad e igualdad y un espíritu de libertad en las relaciones matrimoniales que hacen este vínculo extremadamente frágil, siendo la monogamia uno de sus parámetros esenciales. El modelo de los Derechos islámicos es, con carácter general, el reflejo de un sistema centrado e inspirado en una visión religiosa de las cosas. El tipo de familia que impera en este sistema es patriarcal, consagrando la desigualdad entre el hombre y la mujer y autorizando la poligamia¹⁰.

7. La influencia de la religión en el Derecho islámico también tiene su plasmación en lo relativo al estatuto jurídico del menor. No obstante, es necesario hacer una precisión previa. Al igual que existen notables diferencias entre los ordenamientos jurídicos del mundo occidental en lo que se refiere a la concepción de las instituciones de protección del menor (recordemos sólo el carácter privado que tiene la adopción en Estados Unidos, frente a su carácter eminentemente público en la mayoría de los Estados europeos; o las diferentes relaciones entre la patria potestad y la tutela en los distintos Estados europeos), también en el Derecho islámico pueden apreciarse importantes singularidades entre los distintos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, la adopción, que es una institución prohibida por el Corán, sin embargo encuentra acomodo en el ordenamiento tunecino)¹¹.

¹⁰ JAHEL, S., «La lente acculturation du droit maghrébin...», pág. 38. En el Diario El País, de 12 de octubre de 2003, pág. 5, se da cuenta del impulso de las reformas que el rey de Marruecos, Mohamed VI, pretende llevar a cabo con el fin de lograr la igualdad de la mujer, constituyendo una de las medidas más relevantes, su objetivo de limitar hasta hacer desaparecer la poligamia. Con ello, Marruecos se uniría a Túnez y Líbano, que son los países del mundo árabe que encabezan la lucha por la equiparación de los derechos de la mujer con los del hombre.

¹¹ Según señala ALDEEB ABU-SAHLEH, S., «Conflits entre Droit religieux et Droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe», R.I.D.C. 1997-4, pág. 813, partiendo de la base común de que los musulmanes creen que las leyes son establecidas por Dios, existen tres corrientes dentro del Derecho islámico: la corriente integrista (que propugna el sistema jurídico clásico islámico); la corriente positivista (mantiene el *statu quo*), y la corriente laica (que promueve la supresión de las normas islámicas contrarias a los derechos del hombre y la secularización de la ley). Por su parte, CHARFI, M., «L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans», Rec. des Cours, tomo 203, 1987-III, págs. 382-383, en relación con el Derecho de familia de los países musulmanes, distingue entre tres categorías de países: los países en los que el legislador no se ha atrevido a legislar sobre la materia, en los que los tribunales aplican la *sharia* tal y como se aplicaba hace siglos (ej.: Egipto); los países en los que el legislador ha codificado el Derecho de familia, pero siendo una plasmación casi exacta de lo dispuesto por la *sharia* (caso de Jordania, Siria, Irak, Argelia, Marruecos); y los países en los que el legislador ha codificado el Derecho de familia inspirándose en el Derecho musulmán, pero innovándolo considerablemente a través de la *Ijtihad* (caso de Túnez o la República de Yemen).

Hecha esta aclaración, y sin ánimo de exhaustividad he optado por realizar un bosquejo de los aspectos que me han parecido más significativos para extraer las líneas generales del estatuto del menor en el Derecho de familia islámico.

8. En primer lugar, el Corán prohíbe los actos sexuales ilícitos, esto es, los que tengan lugar fuera del matrimonio, con lo que los hijos nacidos de esas relaciones son ilegítimos, o lo que es lo mismo, no poseen linaje ni tienen estatuto jurídico¹². Igual ocurre con los niños nacidos del matrimonio entre una mujer musulmana y un no musulmán, puesto que el Derecho islámico no reconoce validez a estos matrimonios¹³.

La filiación extramatrimonial representa, de esta manera, un estigma para la madre, para el hijo y para su familia, de forma que el honor de ésta exige bien la expulsión de la progenitora del clan familiar, bien el abandono del recién nacido a fin de poder conservar la pureza de la familia, institución de origen divino y célula de la sociedad¹⁴.

9. En segundo lugar, la desigualdad entre el hombre y la mujer, procedente del modelo patriarcal de la familia, se plasma en lo que se refiere a la protección de los menores en que se otorga la patria potestad al padre y se atribuye el cuidado del menor a la madre en función de la edad del hijo (*hadana*)¹⁵. Ésta consiste, según lo dispuesto en el art. 62 del Código de familia argelino, en “*el cuidado, la escolarización y la educación del niño en la religión de su padre así como en la salvaguarda de su salud física y moral*”¹⁶. Mientras opera la *hadana*, en caso de disolución del matrimonio la guarda de los hijos es atribuida a la madre.

La pérdida de la *hadana* por parte de la madre tiene lugar por tres causas: nuevas nupcias de ésta (a no ser que sea con un pariente del niño); por su residencia en el extranjero, con lo que se deduce que el derecho a establecer la residencia del hijo no la

¹² JAHEL, S., «La lente acculturation du droit maghrébin...», pág. 41. Según el art. 83 del Código marroquí de Estatuto Personal o *Mudawwana*, “*la filiación legítima es aquella por la que el hijo accede a la parentela de su padre y sigue la religión de éste*”. La filiación ilegítima no crea lazo alguno de parentesco con respecto al padre. Sin embargo, con respecto a la madre la filiación es legítima y produce, por tanto, los mismos efectos.

¹³ Corán (2:221, 60:10).

¹⁴ RODRÍGUEZ BENOT, A., «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)», RGD 2000, pág. 4423.

¹⁵ La patria potestad no es compartida por los esposos, sino que corresponde al padre que decide acerca de la educación del hijo, lo representa y administra su patrimonio. Esta tutela se extiende hasta que el hijo alcanza la mayoría de edad. De todas formas, existen opiniones divergentes al respecto. Según los malakitas, la *hadana* cesa para los chicos con la pubertad y para las chicas con la consumación del matrimonio; los hanafitas establecen, en cambio, un límite de edad de siete o nueve años; por su parte, el Código marroquí de Estatuto personal establece en su art. 103 que la custodia dura en el caso del varón hasta los doce años y en el caso de la mujer hasta los quince. Véase sobre esta institución y sus problemas de compatibilización con el ordenamiento jurídico español, DIAGO DIAGO, P., «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos», en CALVO CARAVACA, A. L. / IRIARTE ÁNGEL, J. L. (eds.), «Mundialización y familia», Editorial Colex, 2001, págs. 143-182. Según esta autora, dentro de la autoridad parental, puede distinguirse entre tres tutelas: la guarda o tutela de la educación (*hadana*), la tutela sobre la persona del niño y la tutela sobre los bienes. La primera correspondería a la madre y las dos últimas al padre.

¹⁶ Para el Código marroquí de Estatuto Personal, consiste en preservar al niño, en la medida de lo posible, de aquello que le pueda perjudicar y vigilar su educación e intereses (art. 97). Para el Código tunecino consiste en educar al hijo y asegurar su protección (art. 54).

tiene la madre sino el padre¹⁷, y por último, por la no educación del hijo en la fe musulmana, ya que se considera de orden público que el niño sea educado en la religión islámica del padre (art. 62 del Código de familia argelino)¹⁸.

¹⁷ Según el art. 107 del Código marroquí de Estatuto Personal, “cuando la guardiana fija su residencia en otra ciudad y resulta difícil, por este hecho, al padre o al tutor supervisar las condiciones de vida del niño y asumir sus obligaciones hacia él, la guardiana pierde su derecho de guarda”. El art. 69 del Código de familia argelino señala, por su parte, que “si la titular del derecho de guarda desea elegir domicilio en un país extranjero, el juez puede mantener o privar de ese derecho a la madre atendiendo al interés del niño”.

¹⁸ La religión en el Derecho islámico se comunica, como la nacionalidad, del padre al hijo. Se permite que la madre tenga otra religión, pero debe educar a su hijo en la religión del padre. Véase CEBRIÁ GARCÍA, M., «El derecho a la libertad religiosa del menor: problemas que plantea», Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres, vols. 19-20, 2001-2002, págs. 129-154. Sostiene QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico», en RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2002, pág. 280, que, en estos casos, se trata de una obligación del Islam en que el interés del hijo es tenido en cuenta en abstracto. Continúa esta autora en su argumentación afirmando que no se trata de mantener al menor su “*statu quo ante* religioso” ni de atender a su libertad religiosa, ya que no se tiene en cuenta su opinión cuando puede manifestarla. Aunque a renglón seguido hace una afirmación que no es correcta, puesto que de alguna manera justifica que este no atender a la libertad religiosa del menor en la no ratificación por parte de los países coránicos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. La CDN es, ciertamente, una Convención universal, puesto que únicamente dos Estados no la han ratificado hasta el momento: Estados Unidos y Somalia. Ahora bien, lo que ha ocurrido es que gran parte de los Estados islámicos, que han ratificado esta Convención, han formulado declaraciones y reservas respecto del art. 14 CDN en donde se regula el derecho a libertad religiosa del menor. Me parece interesante reproducir estas declaraciones y reservas por cuanto dan muestra todas ellas de la concepción tan relevante que posee la religión en sus Estados [*Declaraciones, Reservas y Observaciones a la Convención sobre los Derechos del Niño* (9 de octubre de 2001): www.unhchr.ch]:

- Afganistán realizó una declaración por la que se reservaba el derecho a expresar reservas a todas las disposiciones de la Convención que fueran incompatibles con la ley islámica y la legislación local al efecto.
- Argelia declaró que su gobierno interpretará las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del art. 14 conforme a los fundamentos esenciales del régimen jurídico argelino, en particular de la Constitución, que estipula en su art. 2 que el Islam es la religión del Estado y en su art. 35 que son inviolables la libertad de conciencia y la libertad de opinión; y de la Ley nº 84-11, de 9 de junio de 1984 reguladora del Código de familia, que establece que los hijos se educarán en la religión del padre.
- Los Emiratos Árabes Unidos establecieron una reserva al art. 14 en el sentido de que se considerarán obligados por lo previsto en este artículo en la medida que sea acorde con los principios y disposiciones del Derecho islámico.
- El gobierno de la República Islámica de Irán se reservó el derecho de no aplicar cualquier disposición o artículo que no sea compatible con el derecho islámico o con la legislación interna en vigor.
- Irak consideró procedente aceptar la Convención aunque formuló una reserva a lo estipulado en el párrafo primero del art. 14, ya que autorizar que un niño pueda cambiar de religión es contrario a los preceptos de la ley cherámica.
- El Reino Hachemita de Jordania formuló reserva, entre otros, al art. 14, no considerándose obligado por este artículo que concede al niño el derecho a la libertad religiosa por no ser compatible con los preceptos de la ley cherámica.
- Kuwait expresó reservas acerca de todas las disposiciones de la Convención que no fueran compatibles con las disposiciones de la ley cherámica y las leyes nacionales en vigor.
- El gobierno de la República de Maldivas formuló una reserva al párrafo 1 del art. 14, ya que su Constitución y sus leyes establecen que todos los habitantes de la República de Maldivas deben ser musulmanes.
- El Reino de Marruecos, cuya Constitución garantiza a todos el ejercicio de la libertad de cultos, formuló una reserva respecto de las disposiciones del art. 14, porque el Islam es la religión del Estado.

Sin embargo, estas tres causas por las que la madre puede ser privada del cuidado del hijo no son tenidas en cuenta por los tribunales europeos cuando deciden sobre la custodia del hijo, siendo usual la intervención de la excepción de orden público internacional. Aunque sí pueden ser consideradas por los tribunales de los países islámicos cuando se pronuncian acerca del retorno de un hijo desplazado ilícitamente a su territorio¹⁹.

De lo expuesto puede deducirse que las funciones típicas de la institución conocida por nosotros como patria potestad (velar por el hijo, alimentarlo, educarlo, representarlo en el actuar jurídico) encuentran perfecta expresión en el Derecho islámico, si bien el reparto de tareas entre los progenitores responde a un criterio diferente, marcado por el carácter patriarcal de su organización familiar²⁰.

10. En tercer lugar, esta diferente concepción de la estructura familiar provoca graves problemas en lo que se refiere al derecho de guarda de los menores descendientes de parejas mixtas y del derecho de visita transfronterizo del progenitor que no posea la guarda. El temor a los desplazamientos ilícitos del hijo ha conducido a los tribunales a exigir determinadas cautelas para el ejercicio del derecho de visita como el limitar su ejercicio al ámbito geográfico del territorio nacional o requerir la obtención previa del exequátur de la sentencia que decide acerca de la custodia del menor.

La solución a este problema debe venir dada a través de Convenios internacionales. El *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (en adelante, CH 1980) carece de operatividad en el terreno en que nos movemos, no sólo porque no forman parte de él los países islámicos, y éste sólo se aplica *inter partes*, sino porque se trata de un Convenio de carácter fáctico que no decide acerca de la titularidad de los derechos de guarda y visita. Por eso, una técnica seguida por los países de nuestro entorno, principalmente por Francia, y a la que España sólo se ha incorporado tímidamente, es la celebración de Convenios bilaterales en esta materia. Nuestro país ha firmado con Marruecos el *Convenio de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores*.

11. En cuarto lugar, una nueva expresión de discriminación la encontramos en el art. 93 del Código argelino de familia que prohíbe a un no musulmán ejercer la tutela (*wilaya*) sobre un musulmán. Tampoco un no musulmán puede heredar a un musulmán y viceversa, según el art. 228 de la *Mudawwana* marroquí.

-
- Omán formuló una reserva en el sentido de que no se consideraba obligado ni por el art. 14 ni por el 30, que reconoce a los niños pertenecientes a minorías religiosas el derecho a profesar su propia religión.
 - La República Árabe de Siria realizó reservas acerca de las disposiciones de la Convención que no estén de acuerdo con la legislación del país o con los principios de la ley cherámica, en particular el contenido del art. 14, relacionado con el derecho del niño a la libertad religiosa.

¹⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico...», cit., pág. 280; ID., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, 2000, págs. 81-86.

²⁰ DIAGO DIAGO, P., «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos...», cit., pág. 150, quien además añade que por esto no se puede sostener que la *hadana*, en cuanto función, sea desconocida en nuestro Derecho, ya que representa la guarda del niño con ciertas limitaciones respecto de la edad y ciertos condicionamientos respecto de su ejercicio.

12. En quinto lugar, el Derecho islámico prohíbe la institución de la adopción²¹. Esto plantea problemas en el reconocimiento de algunas medidas de protección de menores adoptadas por las autoridades de un país musulmán cuando pretenden enmarcarse en la institución de la adopción, tal y como es contemplada por nuestro ordenamiento jurídico.

La *publicación* que ha experimentado la protección de los menores en los países de Europa occidental, íntimamente ligada al desarrollo del Estado social, no se ha dado con tal intensidad en otras partes del mundo. En la mayor parte de los Estados islámicos, pero no sólo en estos y no en todos ellos, las condiciones económicas, culturales, sociales, organizativas y de otra índole, hacen que sea difícil proporcionar una auténtica protección social a los menores, optándose por realizar ésta a través de instituciones de carácter privado²².

Entre estas instituciones destaca la *kafala*. A través de ella, un varón (nunca una mujer), llamado *kafil*, se hace cargo de un menor, denominado *makfoul*, a quien garantiza su mantenimiento y educación; el *makfoul* no adquiere el apellido del *kafil*, del mismo modo que tampoco goza de ningún derecho a heredar de él.

Pese a que la mayoría de la doctrina ha intentado encontrar elementos de conexión entre la *kafala* y la adopción, sólo la exigencia de establecimiento de la *kafala* mediante un “acto legal” aproxima esta institución a la adopción²³. La institución de la *kafala* no crea vínculos filiales como lo hace la adopción, ni se rompen por ella los vínculos con su familia biológica. Está más próxima al contenido del acogimiento familiar tal y como aparece regulado en nuestro ordenamiento. No se puede pretender, por tanto, su eficacia en España como si de una adopción constituida en el extranjero se tratara.

Por su parte, el *tanzil* es una institución de Derecho sucesorio mediante la cual una persona deviene beneficiaria de un legado. De esta manera se puede remediar la carencia de derechos sucesorios del *makfoul*, que a los efectos hereditarios es

²¹ Corán (38: 37-38). La razón de esta interdicción la recuerdan JAYME, E., «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato», RDIPP, 1993-2, págs. 295 y ss. y RODRÍGUEZ BENOT, A., «El reconocimiento de las medidas de protección...», cit., pág. 4425: Mahoma se enamoró de Zineb, la esposa de su hijo adoptivo Zaed, con la cual no podía contraer matrimonio como consecuencia de tal vínculo, ni siquiera en el caso de que Zaed la repudiara. A fin de esposarla –en tanto orden que había recibido de Alá– el profeta declaró no admisible la figura de la adopción, con lo cual Zaed, que dejó de ser su hijo, pudo repudiar a su esposa para que ésta se casase con Mahoma. Siendo esto así que con anterioridad al advenimiento del Islam las costumbres familiares imperantes en Arabia admitían la validez de la *tabanni* o adopción, equiparable en sus efectos a la adopción plena.

²² IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español», en RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2002, pág. 406. De todos los países islámicos, el único que hace referencia expresa a la no admisión de la adopción en una reserva a la CDN es Egipto. Según este país, “considerando que la ley *cherámica* es la fuente fundamental de legislación en el derecho positivo egipcio y que, según dicha ley, es obligatorio proporcionar a los niños todos los tipos de atención y cuidado por diversos medios, excluido no obstante el sistema de adopción establecido en otros cuerpos de derecho positivo, expresa su reserva a todas las cláusulas y disposiciones de esta Convención relativas a la adopción, y en particular a las disposiciones de los artículos 20 y 21 de la Convención que se refieren a la adopción” [Declaraciones, Reservas y Observaciones a la Convención sobre los Derechos del Niño (9 de octubre de 2001): www.unhchr.ch].

²³ RODRÍGUEZ BENOT, A., «El reconocimiento de las medidas de protección...», cit., pág. 4426.

equiparado al rango del hijo. Esta institución, al igual que sucede con la *kafala*, no crea vínculos filiales²⁴.

13. Por último, en materia de alimentos, la principal singularidad del Derecho islámico es que no se trata de un derecho que corresponda al hijo por el mero hecho del nacimiento. Sólo existe derecho de alimentos (*nefagah*) para los hijos matrimoniales, puesto que no hay un reconocimiento oficial de la filiación natural.

La pensión alimenticia corresponde proporcionarla siempre al padre, y se hará en función de los recursos económicos de que éste disponga²⁵. En caso de muerte del padre, corresponderá la obligación de alimentos al pariente más cercano en la línea paterna.

El art. 18 bis de la Ley egipcia 100/1985 ha fijado en quince años el límite para poder recibir alimentos, aunque puede ser prolongado en función de las circunstancias personales del menor. El Código argelino de familia ha estimado que esta obligación de proporcionar alimentos se prolonga hasta la mayoría de edad para los hijos y hasta la consumación de su matrimonio para las hijas (art. 75). Pero termina si el menor puede sobrevivir con sus propios medios.

El Código sirio de Estatuto personal define el contenido de la *nefagah* como “alimento, alojamiento y vestido, y salarios del personal doméstico”. El Código argelino habla de “*el alimento, la ropa, la asistencia médica, el apartamento o el alquiler y todas aquellas cosas consideradas necesarias según el uso o la costumbre*”.

14. Como contrapunto a todo lo expuesto, en el mundo occidental, y en particular en España, se ha asistido en los últimos años a la quiebra del modelo jerárquico de la familia y a una mayor y mejor ponderación de los valores personales, entre ellos el de la posición del menor tanto en la familia como en la sociedad.

Los valores individuales tales como la libertad, la dignidad o el respeto a la persona, la autonomía de cada ciudadano para dirigir su propia vida y ejercer sus opciones más trascendentes según su voluntad y sin coerciones exteriores, eran incompatibles con una mentalidad, traducida en normas, que hacía primar la autoridad omnipotente del padre sobre la personalidad del hijo.

En realidad, se ha producido la superación del autoritarismo en la familia que ha obligado a redistribuir las funciones de sus miembros y ha rediseñado los roles individuales y familiares en un nuevo orden familiar y social²⁶. La igualdad entre los cónyuges y la cotitularidad de la patria potestad han insuflado nuevos aires en la familia, otorgando un papel central a los hijos. De esta manera, el Derecho de familia puede decirse que ha devenido en un Derecho *puerocéntrico*, en el que el interés superior del menor se ha convertido en el principio que ha de informar y regir todas las relaciones que surjan en su seno.

²⁴ ALDEEB, S. / BONOMI, A., *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse*, Zürich, 1999, pág. 253.

²⁵ Según BOULANGER, F., *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, Economica, París, 1998, pág. 146, se trata de un signo más de marginación de la mujer.

²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, cit., págs. 33-34.

En España, así como en el resto de países occidentales, se promueve la filiación legítima de hijos matrimoniales y extramatrimoniales; la patria potestad compartida por ambos progenitores; y el derecho de guarda tras una separación o divorcio se otorga en función del interés del menor: no es automática como sucede en el derecho islámico²⁷.

La adopción está regulada como mecanismo de protección del menor. En ella se ha experimentado una creciente intervención de los poderes públicos para garantizar la protección efectiva e integral del menor. Una intervención pública que no tiene vedados espacios (con el límite obvio del respeto a los derechos fundamentales) y que actuará siempre que no se den las circunstancias adecuadas para que el menor pueda crecer en ambiente familiar propicio. La tutela automática y la guarda administrativa, además del acogimiento como forma de ejercicio de ambas, suponen el complemento obligado a las instituciones típicamente privadas de protección, y actuarán para suplir las carencias que en el desempeño de esa tarea manifiesten sus progenitores o guardadores legales.

En lo que respecta al derecho de alimentos, estos se deben a los hijos, independientemente de que éstos sean o no matrimoniales. Una vez acreditada la filiación natural, surge el derecho de alimentos. Un derecho que es prestado por igual entre los progenitores, en proporción a su caudal respectivo²⁸.

15. Ahora bien, el distinto estatuto jurídico que el menor posee en las distintas concepciones del Derecho de familia, no implica que el interés del menor sea un concepto patentado por Occidente y que sólo a esta civilización le pertenezca²⁹. Antes al contrario, como veremos en el apartado siguiente, se trata de un concepto jurídico universal, si bien lo que debe entenderse por el mismo, es verdad, varía considerablemente según sea el Estado en el que nos encontremos. ¿Es entonces universal?

²⁷ Según se señala en el Examen del Informe presentado por Pakistán con arreglo al art. 44 CDN, Comité de los Derechos del Niño [CRC/C/65/Add.21, de 11 de abril de 2003], pág. 35, “*los tribunales siempre han concedido importancia al interés superior y al bienestar del niño al resolver las cuestiones relacionadas con la custodia en los casos de divorcio y separación. Según lo dispuesto en el derecho islámico, como se aplica en el Pakistán, la norma general es que la custodia del hijo varón que no haya cumplido los siete años y la de la hija que no haya alcanzado la pubertad debe concederse a la madre. Se considera conveniente que el hijo varón de esa edad y la niña, durante una buena parte de su juventud, estén bajo la custodia de la madre. Sin embargo, en algunos casos esa presunción puede ponerse en duda y si se demuestra que por algún motivo la madre no está en condiciones de ocuparse de sus hijos, la custodia podrá concederse al padre. El padre tendrá el derecho de visitar a sus hijos, pero si el tribunal considera que podría ejercer ese derecho indebidamente le pedirá que preste fianza por un monto suficiente*”.

²⁸ Véanse arts. 142 y ss. Cc.

²⁹ Según el Examen del Informe presentado por Pakistán con arreglo al art. 44 CDN, Comité de los Derechos del Niño [CRC/C/65/Add.21, de 11 de abril de 2003], pág. 35, “*el principio del interés superior del niño es el principio más importante de la legislación relativa a los niños, tanto a nivel federal como provincial, especialmente en el caso del Derecho de familia. Este principio rige prácticamente en todos los tipos de legislación, ya se exprese o no formalmente en ella. Como la mayoría de las leyes que tratan de la familia y el niño se rigen por las disposiciones del Derecho islámico, es evidente la importancia que se da al principio en estas leyes y debe valorarse. De hecho, el principio se expresa de manera más coherente y sistemática en el Derecho islámico y debe fortalecerse mediante una mejor aplicación y puesta en práctica*”. En cambio en el Examen del Informe presentado por Bahrein en virtud del art. 44 CDN, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño [CRC/C/15/Add.175, de 11 de marzo de 2002], pág. 8, el Comité muestra su preocupación porque en las medidas concernientes a los niños, no siempre se tenga como consideración primordial el interés superior de éste, como por ejemplo en los asuntos relativos al Derecho de familia. Por eso, el Comité recomienda a este Estado que revise su legislación y sus medidas administrativas para adecuarlas al art. 3 CDN.

III.- La universalización del principio del interés superior del menor: el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño

A).- Universalidad vs. relativismo cultural

16. La difusión mundial del régimen de los derechos humanos durante las últimas décadas ha suscitado polémica en torno a la universalidad de su aplicación³⁰. Las posiciones que cuestionan esta posibilidad argumentan que los derechos humanos individuales corresponden a concepciones liberales de la persona, propias de corrientes de pensamiento de origen occidental, no transferibles a una diversidad de sociedades cuyas culturas y sistemas políticos se basan en fundamentos ontológicos distintos al liberal en lo que respecta a la relación entre individuo y sociedad³¹.

Así, aunque la mayoría de los Estados del mundo musulmán se han adherido a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, no han accedido hasta el momento a adecuar su sistema de estatuto personal a los principios enunciados en esta Declaración³².

Algunos autores musulmanes se han cuestionado sobre la universalidad de estos principios, destacando la importancia de la hegemonía occidental sobre ellos³³ y proponiendo una Declaración islámica de los Derechos del Hombre. Para estos países la persona no tiene más derechos que los que le son reconocidos por la *sharia*, la Ley de Dios. De hecho, el estatuto personal de los musulmanes viene determinado por la ley islámica, independientemente de cualquier otro criterio, ya sea la nacionalidad, ya el domicilio. Mientras que los extranjeros no musulmanes son regidos en lo que concierne a su estatuto personal por su ley nacional³⁴.

17. Las diversas implicaciones de la polémica en torno a la primacía de la universalidad o del relativismo cultural en la aplicación de los derechos humanos pueden traducirse respecto de la CDN en los siguientes términos: la universalidad de la Convención supone un conjunto de normas inspiradas en una concepción global e ideal de la infancia, mientras que, por otra, el relativismo cultural cuestiona la aplicabilidad de normas universales, aduciendo la existencia de una diversidad de infancias,

³⁰ Véase sobre este tema el interesante artículo de DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», Revista de Derecho Privado, julio-agosto 1998, págs.541-558.

³¹ PILOTTI, F., «Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño...», cit., pág. 59. Recuérdese la Declaración de Viena adoptada el 25 de junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en la que junto a la proclamación del carácter universal de tales derechos en su párrafo I.1, expresa también en su párrafo I.5 la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos. Véase GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., «Derechos humanos: universalidad y relativismo cultural», La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos, San José, 1994, págs. 209-222. Este autor entiende que la Declaración de Viena expresa con claridad el compromiso entre el respeto a la diversidad cultural y la proclamación tajante de la universalidad de los derechos.

³² JAHEL, S., «La lente acculturation du droit maghrébin...», pág. 43.

³³ OTHMAN, A., «Les mouvements des droits de l'homme», Les Cahiers de l'Orient, 1990, n° 19, pág. 206.

³⁴ JAHEL, S., «La lente acculturation du droit maghrébin...», pág. 44.

realidades cuyos marcos normativos sólo pueden abordarse a partir de sus particularidades espaciales, temporales y socioculturales³⁵.

18. Una interpretación compatible de ambas posturas la encontramos en ALSTON, quien concibe a los derechos humanos como dispuestos en círculos concéntricos. En el centro se encontrarían las normas universales básicas e inflexibles, tales como las referidas a la protección de la integridad física y moral de las personas, mientras en los círculos que se alejan del núcleo se situarían normas más indefinidas, sujetas a interpretación cultural, proceso que califica como “margen de apreciación”³⁶. En esta zona se enmarcarían los conceptos jurídicos indeterminados, tales como el interés superior del menor, susceptibles de ser concretados en función de las peculiares circunstancias que acompañen al supuesto en cuestión.

19. El principio del interés superior del niño, a pesar de haber recibido consagración universal a través de la CDN, puede adquirir connotaciones distintas en contextos culturales diferentes³⁷. Y ello porque universalidad no significa uniformidad. Así, el art. 3, que consagra este principio, no ofrece una definición del mismo, aunque ciertamente existe un núcleo duro en la Convención compuesto por los derechos del niño cuyo respeto es esencial para poder hablar de este principio³⁸.

Por otro lado, al no tener esta Convención efecto directo, será la legislación de cada país la que concrete en qué debe traducirse este interés, lo que incrementa la indeterminación que ya implícita contiene este principio. Esta posibilidad de pluralismo cultural y jurídico se plasma en el art. 5 CDN, según el cual, “*los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad según, establezca la costumbre local...*”.

Pues bien, en este genérico art. 3 CDN se dice que “*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*”. Mientras que, por ejemplo, en el art. 21 en el que se hace referencia a la adopción, se especifica que en ella el interés del menor será **la** consideración primordial. Lo que implica una sutil pero importante diferencia a la hora de utilizar los artículos, indeterminado en el art. 3 y determinado en el art. 21. Por lo que se hace una distinción entre el interés del menor en el Derecho de familia en donde su consideración será la más relevante, y en el

³⁵ PILOTTI, F., «Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño...», cit., pág. 60.

³⁶ ALSTON, P. (ed.), *The best interests of the child: towards a reconciling culture and human rights*, Int. Journ. L. P. Fam., vol. 8, 1994, pág. 5.

³⁷ ALSTON, P. (ed.), *The best interests of the child...*, cit., págs. 17-23, señala a título de ejemplo, que en los países altamente industrializados el interés superior del niño puede considerarse vinculado a aquellas medidas que estimulen al máximo su autonomía e individualidad, mientras que en países más tradicionales, puede predominar la noción que dicha autonomía debe estar subordinada, en aras del propio interés superior del niño, a las necesidades de la familia y de la comunidad. BREEN, C., *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, págs. 133 y ss..

³⁸ Sobre la génesis del art. 3, puede consultarse BREEN, C., *The Standard of the Best Interests of the Child...*, cit., págs. 78 y ss..

resto de relaciones en las que esté implicado el menor, en la que tendrá una consideración primordial³⁹.

20. De esta interpretación, se pueden extraer, al menos, tres conclusiones. La primera que el interés del menor será siempre el criterio fundamental en las relaciones privadas en las que el menor sea parte. La segunda que en el resto de relaciones, el principio del interés del menor tendrá una consideración principal, y la tercera que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo núcleo indisponible lo constituyen los derechos fundamentales regulados en la Convención, y que la zona de inconcreción que posee podrá llenarse con los elementos culturales propios de cada país. El problema surgirá cuando ese margen de apreciación desplace al núcleo de los derechos. Pero entonces ya no estaremos ante el interés superior del menor sino ante la imposición de una cultura sobre la persona del niño.

B).- ¿En qué consiste el interés superior del menor? Contexto intercultural

21. El interés del menor constituye en nuestro sistema jurídico, como en otros, - también en la CDN- un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación⁴⁰.

Este interés estará tanto más alejado de la libre interpretación y la discrecionalidad de quien lo aplique cuanto más concretos y explícitos sean los elementos que el legislador establezca en la norma que lo contemple⁴¹.

22. PARKER pone de relieve la indeterminación de este concepto, cuyas conclusiones (plasmación) dependen en buena medida de ciertas convenciones aceptadas socialmente, de manera que lo que legitima algunas soluciones y prácticas en unas culturas es considerado perjudicial para los menores en otras⁴².

Por su parte, MNOOKIN cuestionó, incluso, la operatividad del principio en cuanto apropiado para garantizar la protección del menor dada su indeterminación, y propuso reemplazarlo en los ordenamientos anglosajones por dos reglas: la primera, que no debería tomarse ninguna decisión que ponga en peligro inmediato y sustancial la salud física o psíquica del menor; la segunda, que en caso de disputa entre los padres los

³⁹ PILOTTI, F., «Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño...», cit., pág. 61; BREEN, C., *The Standard of the Best Interests of the Child...*, cit., págs. 82-84.

⁴⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, cit., pág. 57.

⁴¹ Entienden MIRALLES SANGRO, P. P. / HERRANZ BALLESTEROS, M., «Algunas reflexiones en torno a las últimas reformas del Derecho internacional privado español en materia de protección de menores (De la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, a la Ley 18/1999, que modifica la regulación de la eficacia en España de las adopciones constituidas ante competente autoridad extranjera)», Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid, 1999-2, pág. 5, que sólo si se camina en esa dirección nos aproximaremos al interés del menor, que aplicado al caso concreto habrá servido para acercarnos a su vez a la realización de la justicia y a la correcta materialización del Derecho.

⁴² PARKER, S., «The best interests of the Child. Principles and problems», *International Journal of Law and the Family*, 1994-8, pág. 29.

tribunales deberían preferir al adulto que tuviera una relación psicológica con el niño más próxima a la perspectiva de éste⁴³.

23. Dentro de la estructura del concepto jurídico indeterminado que es el interés superior del menor, la doctrina alemana y la española ha distinguido entre los siguientes elementos⁴⁴: un núcleo fijo (*Begriffskern*), también denominado “zona de certeza positiva”, configurado por unos datos seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo (salvaguardar derechos fundamentales, tales como la vida o la integridad física y moral); una “zona de certeza negativa”, igualmente segura puesto que a partir de ahí desaparece el valor implícito del concepto (otorgar la custodia del menor a quien lo ha venido maltratando sistemáticamente); y una zona intermedia, de variación e incertidumbre (*Begriffshof*), llamada “halo conceptual”, en donde caben opciones varias dentro de márgenes relativos e imprecisos; se trata de una zona de ambigüedad tanto más amplia a medida que el concepto deja de ser técnico o especializado y se inserta en lo cultural o valorativo⁴⁵.

Es en esta última zona en donde se aloja la dificultad de elección y decisión, ya que se trata de un ámbito de apreciación en el que debe moverse quien tenga que aplicar la ley y decidir en interés del menor. La trascendencia del papel que se otorga a la autoridad, ya sea administrativa, ya judicial, que deba concretar este interés está fuera de toda duda. A ella le corresponde fijar ese interés, traducirlo en actuaciones concretas, valorar su plasmación real.

24. Es necesario, además, tener en cuenta que la autoridad encargada de su concreción no interpreta el único sentido de la norma, sino que elige, ante las circunstancias del caso y previa su valoración, cuál sea el sentido más oportuno o adecuado entre los varios posibles⁴⁶. Pero tampoco ha de olvidarse que el interés del menor sólo es alegable y concretable en un determinado contexto normativo. O lo que es lo mismo, el interés del menor sólo podrá hacerse valer respetando la legalidad vigente.

Y no debe sorprender esta afirmación. Desde nuestra perspectiva de país desarrollado, podría pensarse, por ejemplo, que el interés de los menores que viven en unas condiciones lamentables en sus países de origen, en los denominados “países en vías de desarrollo, es trasladarse a vivir a España o al resto de países europeos, en donde encontrarían sus necesidades básicas cubiertas y disfrutarían de unos derechos sociales que hasta el momento desconocían. Y si el fin justificara los medios, valdrían todos con el objetivo de desplazarlos a estos países. Evidentemente, estaríamos cayendo en un grave error. No ya porque sería una concepción demasiado parcial de lo que es el interés del menor (se suplantaría su opinión, su derecho a permanecer con su familia, en su país de origen), sino porque, y por encima de todo, se estaría vulnerando la legalidad vigente. Piénsese en la adopción internacional. Cuando ésta no se lleva a cabo

⁴³ MNOOKIN, R., «Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the face of Indeterminacy», *Law and Contemporary Problems*, 1975, págs. 226 y ss. Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, cit., pág. 53.

⁴⁴ Seguimos en este apartado la excelente exposición de RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, cit., págs. 192 y ss..

⁴⁵ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho de Administrativo*, Vol. I, última edición; MARTÍN GONZÁLEZ, M., «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *Revista de Derecho Administrativo*, n° 54, 1967, págs. 195 y ss..

⁴⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, cit., pág. 194.

respetando las normas que la regulan, estamos ante un supuesto de tráfico internacional de menores. Da igual que tras esta supuesta adopción esté el pretendido interés de unos futuribles padres de ofrecer lo mejor al niño. Si no se respeta la legalidad, se está cometiendo una infracción, y en ese momento el pretendido interés del menor se diluye, simplemente no existe.

25. Para determinar el interés superior del menor es obvio que habrá de atender a sus necesidades concretas y a sus específicas circunstancias. Entre los criterios o máximas de experiencia que pueden tomarse en cuenta para determinar el interés del menor, destaca RIVERO HERNÁNDEZ los siguientes⁴⁷: deberá atenderse tanto a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación, etc.) como a las de tipo espiritual; a los deseos, sentimientos y opiniones del menor; al mantenimiento del *status quo* material y espiritual del menor por la incidencia que toda alteración del mismo puede tener en su personalidad⁴⁸, y habrá que atender, por último, a la consideración de su edad, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural.

26. De todo lo dicho cabe extraer al menos dos conclusiones. La primera que el interés del menor depende no ya sólo de los países y ordenamientos jurídicos, sino de las culturas diferentes, de modo que en una determinada situación y ante un bien o un derecho jurídicamente protegido, el interés preponderante puede ser valorado de forma muy distinta en el mundo occidental que en el oriental; y aun, en cualquiera de ellos, según los individuos y grupos sociales en cuyo ambiente personal y social y a cuyas personas concretas deba aplicarse el principio⁴⁹.

La segunda que el interés del menor (o la valoración positiva de lo que le conviene) no coincide con toda situación o acto que deba considerarse inicialmente más ventajoso para él respecto de otros posibles, sino con aquéllos que, más allá de una valoración comparativa con otras opciones más o menos buenas, comporten un razonable beneficio para el menor y sus principales centros de interés actual o futuro, considerado desde un punto de vista objetivo (por referencia a la realidad jurídica y social de aquél)⁵⁰.

IV.- Influencia del principio del interés del menor en el Derecho internacional privado intercultural

A).- Introducción

27. Si ha de hallarse una línea común en todos los Convenios internacionales que versan sobre la protección del menor, la encontramos en la coincidencia de todos ellos en destacar el principio del interés superior del menor como criterio orientador de todas las instituciones que tengan como fin u objetivo regular su situación jurídica.

⁴⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, cit., págs. 203 y ss..

⁴⁸ En esta *ratio* se basa el CH 1980 para concretar el interés superior del menor en los supuestos de desplazamientos ilícitos de menores.

⁴⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, cit., pág. 97.

⁵⁰ BUCCIANTE, «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», en RESCIGNO, P., *Trattato di Diritto Privato, Persona e famiglia*, Utet, 1982, pág. 498.

28. Se ha dicho que la noción de interés superior del menor, que es un elemento de reforma del Derecho a nivel nacional, puede convertirse en un elemento de oscurantismo nacionalista, cuando la familia del menor se conecta a más de un Estado⁵¹. Este oscurantismo, no obstante, puede ser combatido a través de los Convenios internacionales. Un mundo global exige respuestas globales. Es necesario lograr textos en los que participen y se obliguen Estados de diferentes culturas, con diferentes concepciones acerca de la protección jurídica del menor. Únicamente así podrá vencerse parte de la indeterminación que lleva implícita el concepto del interés superior del menor.

29. Hasta el momento los resultados no son demasiado halagüeños, pero últimamente han aparecido datos que dan pie a la esperanza, como la ratificación por parte de Marruecos del *Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños* (en adelante, CH 1996)⁵². El que este texto esté directamente inspirado en el principio del interés del menor como se señala en su preámbulo, hace pensar que sus reglas han sido ideadas con el fin de garantizar el cumplimiento del mismo. Por eso, resulta trascendental el análisis de todos sus elementos, destacando las cláusulas de flexibilización tanto respecto de la competencia como del Derecho aplicable⁵³.

30. Debe destacarse, asimismo, que es muy exigua la representación de los Estados islámicos (Marruecos, Jordania o Egipto) en la Conferencia internacional de La Haya, que es el organismo de mayor trascendencia a nivel mundial en la unificación de las normas de Derecho internacional privado, y cuya defensa del interés del menor aparece como uno de los principios inspiradores en los Convenios celebrados en su seno en materia de familia⁵⁴. Esto supone un *handicap* importante, si el propósito es encontrar caminos comunes que favorezcan el entendimiento y el diálogo entre las diferentes concepciones del Derecho de familia entre los Estados del mundo.

⁵¹ CHATIN, L., *Les conflicts relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé (Accords internationaux et mesures de prévention en droit interne)*, Travaux du Comité français de droit international privé (1981-1982), París, 1983, pág. 13.

⁵² Está en vigor desde el 1 de enero de 2002 para la República Checa, Mónaco, Eslovaquia, Marruecos, Letonia, Estonia, Australia y Ecuador. Han firmado este Convenio los quince Estados de la Unión Europea con fecha de 1 de abril de 2003. Con fecha de 17 de junio de 2003, la Propuesta de Decisión del Consejo autoriza a los Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al CH 1996 [COM (2003) 348 final]. Han necesitado esta autorización porque los Estados miembros de la Unión Europea ya no son libres de adherirse individualmente al citado Convenio, puesto que afecta a normas comunitarias, en concreto, al Reglamento del Consejo 1347/2000, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁵³ Remitimos a nuestro trabajo, DURÁN AYAGO, A., «La protección de los menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización», en CALVO CARAVACA, A. L. / BLANCO-MORALES LIMONES, P. (eds.), *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, 2003, págs. 213-236.

⁵⁴ Así, este principio aparece expresamente mencionado, además de en el CH 1996 ya citado, en los Convenios de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (art. 4); de 15 de noviembre de 1965, sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción (art. 6); de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (arts. 5 y 6); de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (preámbulo), y de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (preámbulo, arts. 1, 2, 16, 21, 24, etc.), todos ellos ratificados por España, a excepción del de 1965, sobre adopción.

31. En los países de nuestro entorno, particularmente en Francia y en Bélgica, se ha seguido en los últimos años una política convencional, orientada a firmar acuerdos bilaterales con los países islámicos cuyos nacionales tienen mayor presencia en sus respectivos Estados⁵⁵.

España sólo ha firmado hasta el momento, como ya antes apuntamos, un Convenio bilateral de similares características con Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores. Pero su firma suscitó unas expectativas que no se han materializado, pues desde su entrada en vigor el 30 de mayo de 1997 hasta ahora, su aplicación ha brillado por su ausencia.

B).- Sectores del Derecho internacional privado e interés del menor

32. El interés del menor se manifiesta de muy diferentes maneras en el Derecho internacional privado y ha influido considerablemente en el progreso y en la unificación de esta disciplina. Este principio posee tal trascendencia que inspira no sólo la regulación material de las instituciones relativas a la protección del menor, sino también las reglas que ensamblan y estructuran el Derecho internacional privado.

En materia de competencia judicial internacional, el interés superior del menor se plasma otorgando competencia a las autoridades más próximas al menor, que con carácter general serán las de su residencia habitual, pero no siempre. Por eso, la introducción de cláusulas de flexibilización de la competencia, tales como las consagradas en los arts. 8 y 9 CH 1996 facilitan y garantizan el hacer posible el interés del menor.

En el Derecho aplicable, y en el ámbito convencional, aún sancionándose con carácter general la regla por la que se aplicaría la ley de la autoridad que conociera del asunto (correlación *forum-ius*), también debe darse cabida a otras leyes, con las que el menor presente unos vínculos más estrechos.

Si no existe Convenio aplicable, también en el régimen autónomo parece oportuno que se aplique la ley del foro, aun dando la posibilidad de tomar en consideración otras leyes relacionadas con el supuesto. Debe protegerse el interés del menor y el juez debe encontrar la fórmula para protegerlo mejor dentro de los parámetros legales.

El resultado material pretendido (interés del menor) puede obtenerse a través de técnicas diversas⁵⁶. Entre ellas, la utilización de normas de conflicto clásicas, pero introduciendo varios puntos de conexión, articulados de una forma determinada para atender a la finalidad perseguida. Por ejemplo, sirviéndose de puntos de conexión alternativos o puntos de conexión subsidiarios. Cabría también optar por conexiones

⁵⁵ Sirvan estos ejemplos: *Convenio franco-marroquí, de 10 de agosto de 1981, relativo al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación judicial; Convenio franco-tunecino, de 18 de marzo de 1982, relativo a la ayuda judicial en materia de guarda de menores, de derecho de visita y de obligaciones alimentarias; Convenio franco-egipcio, de 15 de marzo de 1982, sobre cooperación judicial en materia civil, en materia de estatuto personal y en materia social comercial y administrativa, y Convenio franco-argelino, de 21 de junio de 1988, relativo a los hijos de las parejas mixtas separadas.*

⁵⁶ BORRÁS RODRIGUEZ, A., «El “interés del menor”...», cit. , págs. 944-946.

flexibles que permitan elegir, entre los distintos puntos de conexión que se ofrecen, la ley más apta para dar respuesta a una determinada necesidad del menor. Se trata de un proceso de materialización, que no asegura la justicia material, sino que se perfilan los intereses de política legislativa de los distintos ordenamientos jurídicos en presencia.

En materia de reconocimiento, el interés del menor y su protección aconsejan evitar mecanismos formalistas que dificulten o impidan el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras. Las medidas más eficaces para luchar contra la rigidez que, en ocasiones, hace peligrar el principio citado, giran en torno, una vez más, a los Convenios internacionales. Es necesario que entre los Estados se establezcan medidas que faciliten esta efectividad.

C).- Plasmación conceptual

a).- Filiación y relaciones paterno-filiales

33. Atendiendo al interés superior del niño y a la necesidad de no discriminar a los progenitores, pero sobre todo a esta última premisa⁵⁷, el carácter y el contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno filiales, se rigen en España por la ley nacional del hijo (art. 9.4 Cc).

34. No puede decirse que la ley nacional del hijo sea la que mejor protege o garantiza el interés superior del menor. Se trata de una norma ciega a resultados materiales⁵⁸, que incrementará la posibilidad de intervención de la cláusula del orden público internacional. Por otro lado, no está de más recordar que la redacción por la que se optó finalmente en este artículo no está orientada a la consecución de la acreditación o determinación de la filiación del hijo, con lo que el *favor filii* que es una de las manifestaciones del principio del interés superior del menor queda en entredicho.

Mejor hubiera sido, sin duda, y el legislador español ha tenido varias oportunidades para afrontar esta reforma, optar por diseñar una norma de conflicto con puntos de conexión jerárquicos o alternativos, orientados materialmente a un fin como es la determinación de la filiación del hijo⁵⁹.

Por otro lado, la ley nacional no siempre es la más vinculada con el supuesto, puesto que no responde al principio de proximidad que proporciona una ley previsible para los interesados⁶⁰. En la regulación de las relaciones paterno-filiales habrá que optar por la ley más vinculada con el hijo y su entorno, o lo que es lo mismo, por la ley de la residencia habitual del hijo, completada con cláusulas de excepción que aporten flexibilidad a la solución.

35. La opción de recurrir al interés del menor cuando han surgido problemas en la determinación de la ley nacional del hijo ha sido constante por parte de nuestros operadores jurídicos. Así, en los casos de nacionalidad múltiple, se ha elegido la ley que

⁵⁷ DIAGO DIAGO, P., «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos...», cit., pág. 159.

⁵⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Filiación natural», cit., pág. 180.

⁵⁹ BORRÁS RODRIGUEZ, A., «El “interés del menor”...», cit., pág. 941.

⁶⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Filiación natural», cit., pág. 180.

permita el establecimiento de la filiación. O en casos de conflicto móvil por cambio de nacionalidad, en vez de recurrir a criterios rígidos (que promoverían, por otro lado, la seguridad jurídica) se ha optado por tomar en consideración la nacionalidad que conduzca a un Derecho que permita el establecimiento de la filiación⁶¹.

36. Pues bien, además de las pertinentes críticas que pueden hacerse al art. 9.4 Cc, es necesario añadir que tras ese conflicto de leyes impuesto por la solución por la que opta se esconde algo más⁶². Como hemos comprobado, la regulación de estas instituciones en los países de Derecho islámico es completamente diferente a la existente en el Derecho español así como en el resto de los países occidentales. Es aquí donde surgen las tensiones entre el derecho a la identidad cultural, garantizada en este caso por el recurso a la ley nacional en tanto ley personal del hijo, y los principios fundamentales de nuestro ordenamiento, como son la no discriminación por razón de sexo o religión o la igualdad entre los hijos, principios estos irrenunciables.

En estos casos, el recurso a la cláusula de orden público como excepción a la aplicación de la ley nacional señalada por la norma de conflicto alcanza especiales dimensiones, actuando como medida del grado de tolerancia de multiculturalidad que acepta la sociedad, y que nunca debiera sobrepasar el límite respecto a los derechos fundamentales⁶³. Es necesario, en la medida de lo posible, respetar la identidad cultural de cada persona en tanto sea compatible con los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente con los derechos fundamentales. No hay que olvidar que el orden público debe ser siempre objeto de una interpretación y aplicación restrictiva cuando de valorar la multiculturalidad se trata⁶⁴.

37. En este escenario, el interés del menor está considerado en nuestro ordenamiento como un principio de orden público⁶⁵. El problema está, sin duda, en que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, su precisión se hace más compleja que la constatación de la vulneración de otros principios fundamentales, como puede ser el de igualdad⁶⁶.

⁶¹ DIAGO DIAGO, P., «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos...», cit., págs. 160-161.

⁶² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Filiación natural», en CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, Editorial Comares, 2003, págs. 175-176, señala que tras los conflictos de leyes se esconden verdaderos conflictos de civilizaciones, puesto que aplicar la ley de un país islámico supone aceptar una organización de la institución con arreglo a criterios culturales y sociales muy distintos a los aceptados en los países occidentales.

⁶³ LAGARDE, P., «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et la répudiation. L'expérience française», en *Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, págs. 263 y ss.; ZABALO ESCUDERO, E., «Efectos del matrimonio y sociedad multicultural», en CALVO CARAVACA, A. L. / IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Editorial Colex, 2000, pág. 13.

⁶⁴ JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne», *Rec. des Cours*, tomo 251, 1995, págs. 235 y ss..

⁶⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor...*, cit., pág. 30 y ss..

⁶⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al art. 9.4 Cc», en CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Legislación de Derecho internacional privada. Comentada y con jurisprudencia*, Editorial Colex, 2002, págs. 40-42, realiza una enumeración de los supuestos en los que puede actuar la excepción del orden público. Entre ellas, vamos a destacar ahora aquí tres que nos parecen especialmente significativas: cuando la ley personal del hijo establezca una "filiación atenuada", que por ejemplo confiera sólo el derecho de alimentos; cuando la ley personal del hijo no tenga en cuenta el interés del hijo, tanto al acreditar la filiación como en otros aspectos; y cuando esta ley prive arbitrariamente a uno de los progenitores de la patria potestad y del derecho a relacionarse con el menor o se atribuya la guarda y custodia del hijo de manera automática, sin tener en cuenta su interés.

38. Supongamos el caso de una pareja de emigrantes marroquíes que residen en España y tienen un hijo extramatrimonialmente. Este hijo es ilegítimo según el Derecho marroquí, ley nacional del hijo, y por tanto carecerá de los derechos propios de la relación paterno-filial, entre ellos los derechos sucesorios o los de alimentos. Esto choca radicalmente con el principio de igualdad entre los hijos y supone un claro elemento de desprotección del menor. En estos casos, la intervención de la cláusula de excepción del orden público desplazará la aplicación de la ley nacional, promoviendo la aplicación de la *lex fori* en interés del menor.

No puede decirse que la solución que aporta la ley nacional marroquí al no reconocer la filiación de los niños nacidos fuera del matrimonio, sea una solución inspirada en lo que es nuestra concepción del principio del interés del menor. Los motivos religiosos no pueden posponer la protección real del menor, que en este caso se encuentra en el disfrute de unos derechos que le son negados por el mero hecho de nacer fuera del matrimonio.

Sin embargo, no existen soluciones absolutas. Un ejemplo, la jurisprudencia francesa ha optado por la admisión de la filiación atenuada, siempre que se garantice el derecho de alimentos⁶⁷.

39. Otro aspecto interesante es el derivado del no reconocimiento de la poligamia en nuestro ordenamiento jurídico. Para el Derecho islámico, todos los hijos matrimoniales tienen los mismos derechos, por lo que se les deberá reconocer ese status en función del interés superior del menor.

40. Otro motivo de conflicto puede surgir derivado de la obligación que impone el Derecho islámico de educar a los hijos en la religión musulmana. El interés del hijo y su consecución en el caso concreto deben inspirar las resoluciones que se tomen sobre él en materia religiosa. Surgirá la confrontación con nuestro ordenamiento jurídico cuando el valor a proteger no sea la búsqueda de ese interés sino la perpetuación de la tradición⁶⁸.

b).- La protección del menor en las crisis matrimoniales. Breve alusión al secuestro internacional de menores

41. En la regulación de las relaciones paterno-filiales, existe, como hemos comprobado, una concepción diferente en cuanto a los papeles que desempeñan ambos progenitores. Mientras que en los ordenamientos occidentales la patria potestad es compartida y en caso de separación o divorcio, se otorgará la custodia del hijo a uno u otro cónyuge en función del interés del menor, en el Derecho islámico, sólo el padre

⁶⁷ Según apunta JAHEL, S., «La lente acculturation du droit maghrébin...», pág. 41, como consecuencia de la ausencia de un sistema de determinación de la filiación en los sistemas islámicos, en Francia se ha establecido por la jurisprudencia que las leyes extranjeras, en especial la ley argelina, que prohíbe el establecimiento de la filiación natural, no son contrarias a la concepción francesa del orden público mientras se asegure al menor el derecho de alimentos.

⁶⁸ DIAGO DIAGO, P., «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos...», cit., pág. 171.

tiene la patria potestad, y en caso de divorcio, la guarda del hijo se otorgará a uno u otro progenitor automáticamente en función de su edad o sexo⁶⁹.

42. Cabe encuadrar esta relación dentro del *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores*, aplicable cuando el menor resida en España, en concreto en el art. 3, que regula las relaciones de autoridad *ex lege*, o lo que es lo mismo, las medidas de protección del menor que surgen sin intervención de autoridad pública.

Según este artículo, que ha sido interpretado de manera muy divergente por la doctrina, pero que unánimemente ha sido criticado por la dificultad que lleva intrínseca, “*en todos los Estados contratantes se reconocerá una relación de autoridad resultante de pleno derecho de la ley interna del Estado del que es nacional el menor*”. De lo que se deduce que si un menor marroquí reside con sus padres en España y estos deciden divorciarse, habrá que estar a lo que su ley nacional disponga y si esa ley establece una relación de autoridad como es el caso, los tribunales españoles competentes en virtud de su residencia en España deberán reconocer tal relación.

Ahora bien, ¿qué sucede si esta relación se opone al orden público español por entender que la atribución directa y obligatoria de la custodia al padre o a la madre hecha en función del sexo y la edad del menor no responde a su interés?⁷⁰ En estos casos habremos de recurrir a lo dispuesto en el art. 16 CH 1961, según el cual “*las disposiciones del presente Convenio sólo podrán no tenerse en cuenta en los Estados contratantes cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público*”.

43. Sin embargo, el choque real acerca de las distintas concepciones sobre el interés superior del menor se plasma en el reconocimiento de decisiones. Un ejemplo: un tribunal francés decide denegar el exequátur de una decisión tunecina que atribuía la guarda de las dos hijas menores de padre tunecino y madre francesa, al padre que residía en Túnez, pese a que vivían en Francia desde hacía diez años con su madre. Y ello porque aunque la sentencia estaba formalmente basada *in abstracto* en el interés de las hijas, de hecho, lo estaba para proteger la autoridad del padre, por lo que no buscaba, en realidad el citado interés⁷¹.

44. Es un hecho constatado que la jurisprudencia suele atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad del Estado al que pertenecen los tribunales que conocen del caso. El interés del menor es utilizado arbitrariamente por los jueces para atribuir la guarda del menor al cónyuge nacional y no al extranjero. Se

⁶⁹ La Cour d'appel de París decidió sobre la guarda de los hijos de dos nacionales egipcios divorciados. Desplazó la aplicación de la ley egipcia por entenderla contraria al orden público francés, puesto que según esta ley la guarda de los hijos se confería según su edad y sexo y no en función de su interés (Sentencia de 1 de julio de 1974. Rev. crit. dr. int. pr., 1975, págs. 266-268).

⁷⁰ En las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Egipto, 21 de febrero de 2001 [CRC/C/15/Add.145], el Comité señala su preocupación porque en todas las medidas relacionadas con los niños el principio general del interés superior del niño no se tiene suficientemente en cuenta, en particular en los asuntos relacionados con el derecho de familia. Y cita el ejemplo del art. 20 de la Ley enmendada nº 25/1929, en el que la custodia en casos de separación se determina por la edad del niño y no por su interés, lo cual es discriminatorio.

⁷¹ Cass. Civ. 30 enero 1979. DIAGO DIAGO, P., «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos...», cit., pág. 167.

trata de un patente caso de “nacionalismo judicial”⁷². Esta práctica plantea graves problemas y es una de las principales causas del secuestro internacional de menores o *legal kignapping*⁷³.

45. Cuando una relación de pareja llega a su fin y existen hijos, lo principal es garantizar un régimen de protección adecuado de los mismos. Debe asegurarse su asistencia permanente y un régimen que permita el ejercicio de los derechos derivados de la paternidad de manera satisfactoria para ambos miembros de la pareja. Esto produce importantes conflictos en los que, en muchas ocasiones, los miembros de la pareja no tienen especial escrúpulo en convertir a los hijos en moneda de cambio, situándolos en el centro del huracán, de sus odios e incomprensiones, olvidando o posponiendo la mayoría de las veces el sufrimiento de los menores a los suyos propios. Por ello no es extraño que quien disfruta del régimen de visita desee obtener la custodia permanente, o que quien tiene la custodia deniegue u obstaculice el régimen de visitas para condicionar el pago de la pensión alimenticia, etc., etc.⁷⁴.

46. Si a ello se une que los miembros de la pareja son nacionales de diferentes países, y aún más, de diferentes culturas, los problemas tienden a incrementarse en progresión geométrica. Desgraciadamente son frecuentes los casos en los que el progenitor que posee el derecho de visita, nacional de otro Estado y residente en el país en donde se ha establecido el régimen protector del menor, aprovechará uno de sus periodos de visitas para trasladar al menor a su país de origen y allí entablar un nuevo procedimiento para conseguir el derecho de custodia sobre su hijo. Una resolución que conseguirá la mayoría de las veces razonada por los tribunales de origen en razón del interés del menor. Así, los tribunales de los países de Derecho islámico alegarán que es interés del menor el que éste crezca y sea educado bajo los principios y postulados del Islam, algo que no se conseguirá si sigue viviendo en un Estado occidental y bajo la custodia de una madre no musulmana. Es el duro daguerrotipo de bastantes relaciones.

47. En este escenario, ¿a qué papel se relega el interés del menor? Está claro que el deleznable espectáculo que ofrecen algunos padres ante sus hijos cuando deciden separarse o divorciarse, no puede ser amparado ni justificado tras resoluciones judiciales que valoren el interés del menor desde parámetros claramente nacionalistas. Y me explico. Parece evidente que si lo que de verdad se quiere es proteger el interés superior del menor deben establecerse unos criterios de competencia internacional razonables, además de promover el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras que establezcan relaciones con ambos padres, y esto exige promover mecanismos de cooperación y crear procedimientos rápidos y flexibles. Al tiempo que es necesario arbitrar todos los instrumentos para que nuestras decisiones sean reconocidas en el

⁷² CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (dirs.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, cit., pág. 247.

⁷³ MIRALLES SANGRO, P. P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*, Madrid, 1989; CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Problemas de secuestro internacional de menores», A. C. n° 21, 25-31 de mayo de 1998, págs. 481-527; MOYA ESCUDERO, M., «Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo», *Revista jurídica de La Ley* 1998-1, págs. 1779-1790; HERRANZ BALLESTEROS, M., «La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 de mayo de 2002», *RDP*, octubre 2002, págs. 754-770.

⁷⁴ TORRES FERNÁNDEZ, M^a. E., «Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia (I)», *Revista jurídica La Ley*, año XXIV, núm. 5857, 25 de septiembre de 2003, pág. 1.

Estado donde reside el progenitor con quien no convive el menor. Además, el interés del hijo con relación a su derecho exige la limitación de la competencia judicial internacional como medio de evitar sentencias contradictorias⁷⁵. Y todo esto se echa en falta en nuestro ordenamiento jurídico. El CH 1980 es un Convenio de carácter fáctico que no establece el régimen jurídico del fondo de la cuestión (titularidad de los derechos de guarda y visita) (art. 19)⁷⁶.

48. No existen dudas acerca de la necesidad de cooperación en un marco convencional más amplio, que dé entrada a países de las distintas civilizaciones. Por tanto, la solución debe pasar, tal y como sostiene la profesora Moya Escudero, por la configuración de un espacio judicial integrado, y el establecimiento de la residencia habitual del hijo menor como único o principal foro de competencia judicial internacional, y todo ello en interés del menor. Esto puede lograrse a través de una política convencional bien multilateral bien bilateral. Mientras ello no sea así, las diferentes concepciones existentes acerca de los derechos de guarda y de visita y las discriminaciones por razón de la nacionalidad llevarán a que el interés del hijo menor, que es realmente el bien jurídico que debe protegerse, se difumine en un conjunto de intereses que no responden a la finalidad inicial⁷⁷.

Téngase en cuenta a este respecto lo dispuesto en el art. 7 CH 1996⁷⁸ y la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) 44/2001 en materia de alimentos*⁷⁹, cuyo triple objetivo consiste en: ampliar el principio de reconocimiento mutuo a todas las resoluciones sobre responsabilidad parental; suprimir el exequátur para los derechos de visita y elaborar una solución para la restitución del niño en casos de secuestro de menores, por la que el Estado miembro al que se haya llevado al niño pueda tomar una medida cautelar para no restituirlo, que puede a su vez ser reemplazada por una resolución de custodia dictada por los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del niño. Además, en caso de que esta última implique la restitución del niño, esto se deberá hacer sin que se requiera ningún procedimiento especial para el reconocimiento y la aplicación de la resolución en el Estado miembro al que se han llevado al niño. Pese a no estar en vigor para España el CH 1996 y ser sólo una Propuesta de Reglamento la segunda, se trata de novedosas modificaciones en esta parcela, cuyo criterio de competencia general será la residencia del niño.

⁷⁵ MOYA ESCUDERO, M., «Sustracción internacional de menores...», cit., pág. 1786.

⁷⁶ Los redactores del CH 1980 no precisaron qué debe entenderse por interés del menor por entender que éste es un concepto que variará de acuerdo al encuadre específico de cada cultura en particular. Sin embargo, este interés puede ser invocado por los tribunales del Estado de refugio para otorgar la custodia al secuestrador. Es por ello que para el Convenio el interés del menor está representado por el objetivo del mismo, o lo que es lo mismo, va a consistir en la pronta restitución del menor a su residencia habitual por entender que es en este punto donde se logra la protección del menor en el plano internacional. Por tanto, existe una presunción general que sólo muy restrictivamente puede ser destruida.

⁷⁷ MOYA ESCUDERO, M., «Sustracción internacional de menores...», pág. 1786.

⁷⁸ Según el cual, “1. En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, 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 adquiera 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 periodo 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... 3. Mientras las autoridades mencionadas en el párrafo primero conserven su competencia, las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado 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 art. 11”.

⁷⁹ Bruselas, 17 de mayo de 2002. COM (2002) 222 final/2. 2002/0110 (CNS).

V.- Consideraciones finales

49. La CDN ha consagrado el interés superior del niño como un principio de carácter universal, pero no ha definido ni especificado su contenido. Se trata de un concepto jurídico indeterminado en el que la zona de concreción o certeza estará constituida por el núcleo de los Derechos reconocidos en la citada Convención a los niños de todo el mundo. Ahora bien, existe un halo de indeterminación que es lo que realmente hace compleja la precisión de este concepto.

Como sabemos, la CDN no posee efecto directo, lo que implica que sea la legislación particular de cada país la que concrete y determine qué debe entenderse por ese interés del menor. En realidad, más que concreción, esta operación de transposición consiste en integrar este principio en los distintos ordenamientos, de acuerdo al bagaje jurídico, cultural y social de cada país, pero sin alcanzar una concreción plena, ya que ésta sólo se podrá lograr en un momento preciso, ante una realidad determinada y unas circunstancias concretas; tarea que corresponderá a la autoridad competente, que será la que deba valorar, de acuerdo a múltiples factores, cuál es el verdadero interés del menor.

Esto puede plantear problemas cuando aparece, en las relaciones de familia en las que el menor sea parte, un elemento de extranjería que incrementa la dificultad de concreción, más cuando se trata de un elemento de extranjería multicultural.

La finalidad del Derecho internacional privado, hoy intercultural, consiste en hacer prevalecer la justicia en las relaciones privadas internacionales, y expresión de este concepto de justicia material es el principio del interés del menor. Pero ¿cómo lograr que este principio sea una realidad material cuando aparecen interconectados ordenamientos jurídicos diferentes que conciben el estatuto personal y el interés del menor en particular, desde muy diversas perspectivas, o para ser más exactos, tienen su origen en diferentes civilizaciones? Más allá del acervo jurídico que revista el principio del interés del menor en un determinado Estado, en una determinada civilización, ha de hacerse valer, sobre todo y por encima de todo, la persona del niño. En su beneficio deben ser tomadas todas las medidas que le conciernan, desplazando a un segundo plano el interés personal de los progenitores o guardadores legales, y el interés en hacer primar una concepción religiosa sobre otra más secularizada, o viceversa.

La solución a esta compleja pregunta debe venir dada desde un Derecho internacional privado global o, lo que es lo mismo, a través de Convenios internacionales. Debe promocionarse el diálogo entre civilizaciones, y en los foros internacionales de elaboración de normas encaminadas a regular las situaciones privadas internacionales, deben concitarse Estados de las distintas tradiciones culturales. Sólo así, nacido de un compromiso por parte de todos ellos, se podrá lograr que el interés superior del menor sea una realidad.

Lo indispensable es, a todas luces, evitar que se haga un uso arbitrario del interés del menor. El Derecho internacional privado intercultural debe procurar a través de fórmulas convencionales, parámetros objetivos que materialicen este interés. El reto está ahí, pero es posible. El bienestar de la infancia mundial bien vale el esfuerzo.