

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 4. Diciembre 1986

Álvarez González, Santiago

Profesor ayudante de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo

SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES («LEGAL KIDNAPPING») Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL: LA POSICIÓN ESPAÑOLA ANTE EL PROBLEMA

Estudios

Serie: *Penal*

VOCES: DERECHO INTERNACIONAL. MENORES. DETENCION ILEGAL. GUARDA DE HECHO. EXEQUATUR. CUSTODIA.

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. La dinámica del «legal kidnapping»
 - 1. Aproximación a su tipología y causas
 - 2. La actuación de los Tribunales como motivo desencadenante del «legal kidnapping»: la concesión de la guarda del menor
 - 3. La actitud de los Tribunales frente a las solicitudes del «exequatur»
- III. Soluciones internacionales
 - 1. Planteamiento general
 - 2. El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores
 - 3. El Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia
- IV. La posición española ante el problema
 - 1. Algunos datos de la práctica judicial
 - 2. España y el problema del legal kidnapping: una opción
- V. Conclusiones

TEXTO

I. INTRODUCCION

En el actual momento de tráfico jurídico externo, las relaciones familiares ocupan un lugar importante entre aquellas materias que son objeto de debate e intento de solución en el seno de las Organizaciones que tienden a la codificación sectorial del Derecho Internacional Privado. El tema del desplazamiento ilícito de menores ha sido objeto de estudio y regulación en dos foros internacionales: la Conferencia de La Haya y el Consejo de Europa, con sendos convenios que, desde ópticas diferentes, disciplinan la materia(1). En el período de su elaboración, una nota se puso claramente de manifiesto: el hecho de que, a pesar de la constante tendencia social hacia la comunidad de costumbres y de hábitos de vida, sobre todo en ámbitos regionales localizados, donde los niveles de renta, educación o cultura parecen estar en un mismo estadio, las respuestas jurídicas ante idénticos hechos frente a iguales necesidades distan mucho de ser uniformes, y es precisamente en el campo de la familia donde las diferencias de regulación entre los distintos sistemas jurídicos cobran mayor virulencia, puesto que sobre esta materia se proyectan «con mayor intensidad las concepciones sociales, ideológicas o económicas que inspiran su ordenación jurídica en cada sistema estatal»(2).

Complejos y variados son los factores que se conjugan en un caso de secuestro internacional de un menor o *legal kidnapping*, y ello, quizá, sea la causa de las grandes dificultades que se plantean a la hora de adoptar soluciones, que en ningún caso han sido unívocas. Especialmente significativa a este respecto, tanto por la originalidad del mecanismo empleado como por el hecho de ser el primer caso en el que el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, tiene aplicación en España tras su ratificación mediante Instrumento de 9 de mayo de 1984, es una reciente decisión judicial, el *Auto del juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponferrada, de 28 de septiembre de 1985*(3). Se trata de un supuesto típico de desplazamiento internacional de un menor por parte de uno de sus padres, contraviniendo una sentencia extranjera. El juzgado, competente en el caso por virtud del juego conjunto de los artículos 5 del Convenio de Luxemburgo y 2 del Tratado entre España y Suiza sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 19 de noviembre de 1896, concedió el *exequatur* solicitado y devolvió el menor a su madre, nacional suiza, que se trasladó con él a su lugar de origen.

Profundizar en la génesis de este problema y ver de qué forma incide la cooperación internacional en su resolución serán los objetivos de los apartados que siguen. Para ello se analizan en principio las diversas situaciones que pueden presentarse, así como la actitud de los Tribunales, tanto en los supuestos de atribución de guarda y custodia como en aquellos otros en los que se enfrentan al reconocimiento de una sentencia extranjera, para pasar en un momento posterior al análisis de las soluciones internacionales hasta ahora ofertadas y concluir contemplando la incidencia del problema en lo que concierne concretamente a nuestro país.

II. LA DINAMICA DEL «LEGAL KIDNAPPING»

1. Aproximación a su tipología y causas

El número de «secuestros» de niños por sus padres y otras personas que pretenden tener algún derecho sobre su guarda y custodia aumenta espectacularmente desde hace algunos años. A pesar de la ausencia de estadísticas fiables, son diversas las razones que favorecen esta tendencia, entre las que debemos destacar como especialmente significativas las mejoras en las vías de comunicación y la supresión de formalidades en el franqueo de fronteras, así como, y de manera muy especial, las profundas diferencias de cultura y nivel socioeconómico entre los Estados de origen de los componentes de una familia internacional. La existencia del denominado «conflicto de civilizaciones» es una nota común en el trasfondo de todo supuesto de *legal kidnapping* internacional(4).

Aunque el vacío de datos apuntado y la escasez de casos que llegan hasta los Tribunales impiden realizar un estudio en profundidad y hace que cuanto se vierta en estas páginas tenga el carácter de la provisionalidad que el estado incipiente de esta práctica implica, podemos señalar una tipología que se desprende de la realidad y que desborda, en alguna medida, el esquema clásico de lo que se ha venido entendiendo como *secuestro internacional de menores, child abduction o enlèvement d'enfant*. Junto a este caso tipo, que se basa en una familia internacional rota, uno de los padres, al que le ha sido atribuido el derecho de guarda, y el otro, que con ocasión del ejercicio de un derecho de visita desaparece con su hijo(5), nos encontramos con una gran riqueza de matizaciones y problemas que tienden a la extensión del supuesto a otras situaciones, como, por ejemplo, la reflejada en la *Sentencia del Tribunal de justicia del cantón de Ginebra, de 16 de Junio de 1982* (Betty A. c. Juan R.)(6) que hubo de resolver sobre la custodia de una hija no matrimonial de un hispano-filipino y una nacional inglesa que mantenían una unión libre y que habían reconocido ambos a la niña. Tras una serie de desavenencias, el padre desapareció con la menor, encontrándose en paradero desconocido, al tiempo de interponer la demanda; se aprecia en este caso que no existe ni un matrimonio ni una sentencia previa de atribución de la guarda y visita, sin que ello obste, en nuestra opinión, a que pueda calificarse como un supuesto de *legal kidnapping*. En este mismo orden de ideas, la *Sentencia del Tribunal de Grande Instance de la Seine (5 Ch.), de 13 de junio de 1960* (Gómez de Silva c. dame Finkelstein)(7) resolvió una petición de *exequatur* de sentencia de divorcio pronunciada en México, en la que se concedía la guarda del hijo común del matrimonio al padre, de nacionalidad mexicana, y un derecho de visita a la madre, francesa. Previamente a la solicitud, Mme. Finkelstein se había trasladado a Francia en compañía de su hijo y había introducido ante los Tribunales franceses nueva instancia de divorcio, solicitando la guarda del mismo. La peculiaridad del supuesto, que hasta aquí encaja perfectamente en la tipología «clásica», se manifiesta en la aceptación o consentimiento *a posteriori* por parte del padre, a condición de no pagar a su esposa la cantidad periódica que se establecía en la sentencia mexicana. Este comportamiento cambió radicalmente ante la solicitud de la guarda por parte de la madre, ante la cual el señor Gómez de Silva emprendió el camino de los Tribunales con la pretensión de hacer valer la originaria decisión, por la que era el legítimo tenedor del derecho de guarda. Interesa resaltar en este momento el añadido del « consentimiento » de principio que parece que hubo y que, si bien no desvirtúa la calificación de *kidnapping legal*, sí al menos la modula y no puede dejar de ser tenido en cuenta(8).

En la línea de supuestos que enriquecen la tipología contemplada, el caso *Sandin c. Alamir*(9) «podría ilustrar -en palabras de Ph. Kahn- un curso de Derecho Internacional»): un padre iraní, una madre sueca, el nacimiento de un hijo en Suiza, el divorcio de los padres en Irán, la residencia del padre en Francia, la de la madre en Suiza junto a la madre de su esposo, un posible conflicto móvil y un *enlèvement d'enfant*. Pasando por alto otros aspectos sobre los que tendremos ocasión de volver, es interesante poner de relieve que el secuestro se produjo cuando un Tribunal suizo que conocía la demanda de separación interpuesta por la madre había concedido a ésta la guarda del menor; sin embargo, al introducir M. Alamir la instancia de divorcio en Irán, la esposa renunció a su demanda en Suiza y se personó en el procedimiento iraní, como consecuencia del cual la guarda fue atribuida al padre. Nos encontramos así con otra perspectiva o «tipo» de desplazamiento ilegal que deja de tener tal calificativo por Sentencia del Estado donde el menor fue trasladado, Sentencia que no se opone a ninguna otra resolución y que hace desaparecer la situación de secuestro.

Hemos dejado deliberadamente para el final de este somero recorrido por las situaciones que, de alguna manera, modulan el tipo *standard* de *legal kidnapping* el caso que se planteó en la *Sentencia del Tribunal de Casación holandés de 14 de mayo de 1971* (Ring c. Gould)(10). Se trata de un supuesto que podría servir de base y de conclusión para las presentes consideraciones, puesto que en él se conjugan de manera simultánea la práctica judicial tendente a la protección de las relaciones más estrechamente ligadas

con el foro -con independencia de la legalidad vigente y de los legítimos intereses sancionados en el extranjero-, los efectos que el paso del tiempo provoca en las relaciones entre el padre y sus hijos y, en fin, la característica peculiar de haberse llevado a cabo el secuestro por quien ostentaba el derecho de guarda y custodia, lo que convertía en imposible el ejercicio del derecho de visita atribuido a la otra parte. Se trata de un caso extremo en el que la situación arbitrariamente creada por uno de los padres se presenta como elemento decisivo en la valoración de las exigencias del interés del menor, que al cabo de siete años que tardó en solucionarse el pleito ante los Tribunales no eran, evidentemente, las de su entorno a un Estado y en compañía de un padre presumiblemente desconocidos para él.

Como se aprecia, son múltiples las posibilidades de configuración de un secuestro internacional de un menor por parte de uno de sus padres y depende, en la mayoría de las ocasiones, de la oportunidad y del ingenio del actor. No es posible limitarse a un modelo standard y creemos que la futura práctica internacional desbordará la tipología multiplicando los problemas que la acompañan. Las concretas medidas a tomar para atajarlos pueden ubicarse *ex ante* o *ex post*. A estas últimas corresponden los Convenios de La Haya y Luxemburgo citados; a las primeras, la práctica judicial de algunos Tribunales(11). No obstante, consideramos que la terapia debe centrarse en la génesis del problema, en sus causas y, más concretamente, en los motivos que lo desencadenan. Ya quedó señalada la importancia que el conflicto de civilizaciones tiene en este ámbito; son las concretas manifestaciones del mismo, a través de la actitud de los Tribunales, las que precipitan el secuestro(12).

2. La actuación de los Tribunales como motivo desencadenante del «legal kidnapping»: la concesión de la guarda del menor

El problema de la protección de menores, dentro del cual tiene perfecta cabida el específicamente desarrollado en estas líneas, cuenta ya desde antiguo con un lugar propio dentro de los esfuerzos llevados a cabo en el ámbito de la cooperación internacional. Fue, no obstante, el caso Boll(13) el que suscitó un especial interés, que, traspasando el mero aspecto humano, se situó frente a las dificultades que en el plano jurídico internacional la cuestión presentaba. Sin entrar en el complejo entramado de problemas a los que hubo de hacer frente el Tribunal Internacional de justicia, varios son los puntos que merecen ser aquí destacados: la cuestión de la calificación sobre el alcance y contenido de la tutela y, en especial, sobre la inclusión en la misma de los derechos de «guarda, educación y otros», la operatividad del orden público en el caso y la actitud en general de los Tribunales cuando se encuentran ante supuestos en los que está en juego la guarda y custodia de un menor. La conclusión que de toda la argumentación del TIJ apuntan H. Batiffol y Ph. Francescakis es que los Estados miembros en una convención (en este caso se trataba de la Convención de La Haya de 1902 sobre protección de menores) no están obligados a hacer prevalecer la misma «sobre aquellas de sus normas cuya aplicación no dé lugar a conflictos de leyes, en el sentido de que estas normas son aplicables en su conjunto con exclusión de toda ley extranjera. »(14).

Avanzando un estadio más en lo que el asunto Boll puede tener de revelador respecto a la actitud de los Tribunales frente a los casos en que han de decidir sobre las relaciones jurídicas de un menor en su entorno familiar, nos parece sumamente precisa la opinión de M. Simon-Depitre a propósito de la *Sentencia de la Cour de Burdeos de 30 de mayo de 1910(15)*, cuando apuntaba que el fallo

«es manifiestamente revelador de la repugnancia que presentan las autoridades de un país para devolver un menor que les fue confiado. Estas tienen tendencia a pensar que el verdadero interés del menor se halla en permanecer en su país y bajo su control. Esto es precisamente lo que ocurrió en el caso de Marie Elisabeth Boll»(16)

Trasladándonos al ámbito vecino de la guarda y su atribución, problema que hemos considerado como uno de los pilares que cimantan la base de los supuestos de *legal kidnapping* es interesante constatar que un examen de la jurisprudencia y de la práctica judicial en el plano internacional nos conduce a la conclusión de que las cuestiones de orden público de calificaciones sobre el alcance de las categorías utilizadas en la norma de conflicto no son más que los instrumentos que enmascaran la tendencia apuntada por M. Símon-Depitre. En efecto, en la gran mayoría de los supuestos en los que, viéndose implicados matrimonios mixtos o nacionales de un Estado con el que las diferencias de sociedad y cultura son notorias, se ha de decidir sobre la guarda y, en su caso, los derechos de visita respecto de un menor, el problema conflictual se obvia por completo y, aunque se suscite la cuestión de la Ley aplicable a la guarda, las soluciones que a esta premisa se den no van a tener virtualidad efectiva en la decisión sobre el fondo(17).

En Dos son las posibilidades formales que se han abierto en torno al tema de la ley aplicable a la guarda del menor en caso de divorcio: la toma en consideración de la ley rectora de los efectos del divorcio o la aplicación de la que regula las relaciones paternofiliales de forma autónoma (18). Ante esta alternativa, como pusiera de relieve A. Ponsard, «el interés de elegir entre la ley de los efectos del divorcio y la ley de la patria potestad sólo existe en la medida en la que las dos leyes no se confundan en una sola»(19). Debe añadirse que ese interés también desaparece cuando la fórmula del interés del menor no va a permitir una beligerancia de hecho a una u otra solución. En favor de la conexión con base en las relaciones paternofiliales parece abogar la consideración de que, aunque el divorcio es un contencioso que ciertamente influye en el derecho de guarda, no puede olvidarse que frente a la familia divorciada sólo subsiste el hijo, que mantiene relaciones segmentarias con cada uno de sus padres. El menor se convierte en el centro de la relación jurídica que concierne no sólo a su guarda, sino también a su mantenimiento y educación. Puede parecer que frente a esta situación deba ser en el cuadro de las relaciones parciales en el que deba organizarse la protección del menor(20); sin embargo, la opción por la competencia de la ley que rige los efectos del divorcio o la separación parece tener ventajas prácticas en el plano internacional, como el hecho de que el juez que conoce del divorcio está en condiciones óptimas para tener en cuenta todas las circunstancias de hecho que han influido en la ruptura familiar y determinar conforme a ellas el régimen de guarda que mejor se adecue a las nuevas necesidades del menor (21). Esta rápida descripción de las posibilidades teóricas que se ofrecen a los Tribunales no debe, sin embargo, llevarnos a error. El problema de la ley aplicable, aun presente en la mayoría de los casos, es puramente ficticio y transparenta una práctica completamente ajena al mismo. Un estudio pausado sobre las decisiones judiciales hasta ahora contempladas pone de manifiesto una profunda disfunción entre éstas y la teoría. Los Tribunales de los países de nuestro entorno se desentienden de la búsqueda del Derecho aplicable y someten los casos a la *lex fori* en tanto que la ley de policía o bajo el ropaje de un orden público, que a veces no tiene como base la negación de ninguna ley extranjera, ya que ésta deja de ser tenida en cuenta de forma totalmente apriorística(22). En otras ocasiones, como muy acertadamente ha puesto de manifiesto D. Mayer, las autoridades «parecen desinteresarse del problema de la competencia legislativa para dedicarse a cuestiones más sociológicas que jurídicas sobre el interés del menor»(23).

El problema de la calificación de los derechos de guarda y visita y de los títulos conforme a los cuales es aplicada la ley del foro de manera sistemática es así un lugar común en la práctica que comentamos. En este sentido, la apreciación de W. Wengler(24) respecto a la existencia de conjuntos de normas jurídicas que forman unidades teleológicas y de la importancia de esta conexión desde el punto de vista de política legislativa a la hora de calificar y clasificar un precepto dado se encuentra en la base de la polémica suscitada en torno a la ley aplicable a la guarda del menor y está, de hecho, en las soluciones jurisprudenciales de los supuestos hasta ahora descritos. La guarda o los derechos de visita *per se* no poseen una cualidad *sui generis* que les haga ser objeto de un punto de conexión especial en la norma de conflicto; se trata de pretensiones, de relaciones jurídicas potenciales que se enmarcan dentro de otras relaciones más amplias

(sean efectos del divorcio, sean relaciones paterno filiales), sin olvidar su posible inclusión dentro de las leyes de policía y seguridad o dentro de las normas procedimentales. El sesgo que el juez dé a estas alternativas decidirá, en principio, la solución técnica en cada caso concreto, siempre dejando a salvo la operatividad del orden público, que desempeña un importante papel (25).

Todas estas vías de actuación tienden a una inflación de supuestos en los que se obvia la ley normalmente aplicable para sustituirla por la *lex fori* o para decidir la cuestión sin referencia a ley alguna, excluyendo, con base única en el interés del menor, todo intento de racionalización conflictual. Ello parece abocar a un proceso casi irreversible de derogación de la norma de conflicto en el ámbito de la guarda del menor, lo que, si bien es cierto que podría contribuir al logro de soluciones ponderadas en cada caso concreto, llevaría a una situación de inseguridad jurídica total, haciendo más inminente el peligro de un nacionalismo jurídico. Buena prueba de este proceso es la incidencia que el orden público tiene en los supuestos de atribución de la guarda de un menor. La propia noción del interés del menor, salvo en los casos en que se traduce positivamente en unos parámetros rígidos (edad, sexo, estado mental, etcétera), se manifiesta como una norma en blanco a través de la cual el legislador ha hecho delegación de sus poderes al juez para que éste la complete. Así, la intervención del orden público cobra unos caracteres especiales, ya que el control ejercido por los jueces recae directamente sobre su propia interpretación acerca del interés del menor, teniendo en cuenta apreciaciones de hecho con todo lo que ello conlleva de posible arbitrariedad. Son los problemas planteados por lo que de subversivo tiene una legislación sociológica de la familia que puede conducir a una hipotrofia en la aplicación de la *lex fori*.

Junto al papel desempeñado por el orden público, no podemos dejar de reseñar una decisión reciente de los Tribunales franceses, el caso *Sandin c. Alamir* en el que el concepto de «leyes de policía» fue utilizado para calificar las normas que establecían las medidas concernientes a la guarda de menores. Se trata de un caso complejo, del que merece ser transcrita parte de la argumentación del Tribunal, según el cual

«La guarda, medida provisional, no se relaciona ni con la filiación ni con la tutela; considerando, en efecto, que las medidas que concierne a la guarda de un menor y al derecho de visita se consideran en Francia como derivadas de las leyes de policía y de protección de la infancia, y no como medidas que afectan a su estatuto personal; considerando que estas medidas tienen siempre un carácter provisional y que los tribunales franceses son competentes de manera general cuando el demandado reside en Francia...».

Son, en fin, argumentos elocuentes por sí mismos para, junto con el resto de lo hasta aquí expuesto, mostrarnos la tendencia de la práctica judicial a la hora de decidir sobre los derechos de guarda y visita. Si a ello añadimos un somero repaso por los antecedentes de hecho de cada una de las decisiones citadas, nos encontramos con que se trata de supuestos en los que se veían implicados nacionales de países (Egipto, Irán, Marruecos) cuyo nivel de civilización dista mucho del de Europa Occidental y en los que, bien la ley normalmente aplicable, bien la persona misma del propio extranjero, fueron de alguna manera discriminados.

3. La actitud de los Tribunales frente a las solicitudes del «*exequatur*»

Las tendencias apuntadas en el apartado anterior tienen una prolongación en la contemplación del grado de reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas en el extranjero por parte de los Tribunales del foro en la materia objeto de estudio. Un análisis de la jurisprudencia de los países de nuestro entorno así nos lo atestigua.

Los Tribunales británicos han mantenido desde antiguo una tendencia a obviar las decisiones extran-

geras en la materia que nos ocupa. Paradigma de este prejuicio nacionalista es la *Sentencia Judicial Committee of the Privy Council de 15 de marzo de 1951* (McKee c. McKee) (27), en la que se conocía de un típico supuesto de *legal kidnapping*, en el que había sido trasladado un menor desde California a Ontario, contraviniendo una resolución de un Tribunal estadounidense. De la argumentación del fallo se desprende la existencia de una «competencia superior» de los Tribunales de la residencia del menor para decidir sobre la guarda del mismo. Asimismo se apunta que el hecho de la existencia de una resolución anterior dictada por Tribunal competente es un matiz que ha de ser «tenido en cuenta», pero que no puede determinar a quién debe ser atribuida la guarda; sólo el interés del menor es factor determinante. Todo ello se ha visto confirmado por otras resoluciones, como la *Sentencia House of Lords, de 19 de febrero de 1969* (J. c. C.), en la que se especifica que ni la ausencia ni la existencia de una resolución dictada por los Tribunales del domicilio extranjero del menor puede restringir la competencia de los Tribunales ingleses en la materia ni impedir la aplicación de la Ley inglesa.(28).

Igualmente sintomático es el estudio de cuatro decisiones escocesas dictadas con una diferencia de seis años y que esbozan una tendencia incipiente hacia las mismas posiciones que venimos observando, aunque sin identificarse plenamente con ellas. La práctica de los Tribunales escoceses difiere de la de los Tribunales ingleses, por cuanto que en los casos en los que la decisión extranjera ha sido dictada por un Tribunal competente será reconocida y ejecutada normalmente. Esta orientación ha sido puesta de manifiesto tanto en su vertiente positiva, por la *Sentencia Court of Session (Inner House, First Division) de 9 de diciembre de 1966* (Pease c. Pease), como en su lado negativo, rechazando el *exequatur* en la *Sentencia Court of Session (Inner House First Division) de 31 de enero de 1968* (Hoy c. Hoy)(29). La misma tendencia se aprecia en las decisiones de la *Court of Session (Inner House), de 10 de noviembre de 1972* (Sergeant c. Sergeant), y *Court of Session (Outer House) de 27 de junio de 1973* (Kelly c. Marks) (30), aunque ciertamente matizada por la precisión del poder que en todo momento tienen los Tribunales escoceses para modificar las decisiones extranjeras sobre la guarda cuando la salud física o síquica del menor que se encuentre en Escocia se halle comprometida. Se observa, de cualquier modo, la realidad de la afirmación de A. V. Dicey y J. H. C. Morris, en el sentido de que la práctica de las Cortes escocesas tiende a considerar y reconocer las decisiones extranjeras relativas a la custodia, siempre que hayan sido dictadas por los Tribunales competentes del domicilio del menor, como pertenecientes al estatuto personal, solamente susceptibles de supervisión en interés del menor. En definitiva, concluyen los autores citados que la diferencia entre la práctica inglesa y la escocesa es más bien de grado que de sustancia. (31).

El mismo acusado sesgo contrario a la eficacia de las decisiones extranjeras en materia de guarda frente a los Tribunales del foro es apreciable en dos resoluciones de los Tribunales helvéticos: la *Sentencia del Tribunal cantonal de Valais, de 1 de septiembre de 1972* (Weigand c. Weigand)(32), que rechazó el *exequatur* de una sentencia alemana en la que se estatúa sobre la guarda de un menor mediante medidas provisionales y en la cual el orden público procesal fue el argumento esgrimido, y la *Sentencia Obergericht del cantón de Thurgovie de 10 de Julio de 1973*(33) en la que los abuelos paternos de dos niños que a la muerte de su padre fueron llevados a Suiza por su madre intentaron ejecutar en este país la Sentencia francesa que les concedía un derecho de visita sobre sus nietos. En este caso, el argumento por el que se denegó el reconocimiento fue la pretendida competencia exclusiva de los Tribunales suizos sobre los temas de patria potestad relativos a las personas allí domiciliadas. Es preciso añadir que en ambos supuestos la solicitud de ejecución se amparaba en dos instrumentos internacionales, la Convención de 2 de noviembre de 1929 entre la Confederación suiza y el Estado alemán relativa al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y sentencias arbitrales, y la concluida con Francia sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil de 15 de junio de 1869, que, sin embargo, no sirvieron para llevar a buen fin las pretensiones de quienes instaban el reconocimiento(34).

La práctica francesa no supone ninguna modificación sustancial de la línea seguida por los Tribunales

británicos o helvéticos. La situación hasta 1955 es fielmente expuesta por A. Ponsard(35), y con este autor podemos describirla señalando la existencia de un control, desde el punto de vista de los principios del Derecho francés, que se subordina a una serie de condiciones derivadas de la técnica jurídica, unas, y de la oportunidad, otras: la necesidad de que la resolución haya sido dictada por un «Tribunal competente desde la perspectiva del sistema francés», aplicando al fondo la «ley designada por el sistema francés de conflicto de leyes» y el respeto a las bases de un orden público cuyas exigencias «no son las mismas dependiendo de que se trate de adquirir un derecho y obtener una condena en Francia o, al contrario, de ejercer allí un derecho ya adquirido y de ejecutar una condena pronunciada en el extranjero»(36). Si repasamos en la jurisprudencia más reciente, nos encontraremos con la existencia de *exequatur* parciales, donde el comodín del orden público ha hecho que el juez francés modifique sustancialmente las medidas de guarda, siempre en beneficio del nacional del foro; con denegaciones de reconocimiento y ejecución cuya base se encuentra en los «criterios de apreciación» del interés del menor seguidos por el Tribunal extranjero y contrarios al «método» interno considerado como primordial para la institución de la guarda, y, en fin, con el recurso siempre fácil a la calificación de «leyes de policía y seguridad» (37).

No menos sintomática y sí quizá más cruda es la ya citada *Sentencia del Tribunal de Casación holandés de 14 de mayo de 1971* (Ring c. Gould)(38) que siete años más tarde del hecho del *kidnapping* rechazó todas las pretensiones formuladas por el demandante: la concesión de la guarda de sus hijas y subsidiariamente la concesión de un derecho de visita sobre las mismas; ambas demandas con base en sendas resoluciones judiciales dictadas en el país de origen de padre e hijas (EE.UU.). La denegación de lo solicitado por la Alta Corte holandesa se basó en el hecho de que no se trataba de la ejecución de dichas sentencias, sino de la atribución de los derechos que se pretendían. En efecto, aunque no se trataba de un procedimiento de *exequatur*, cabe preguntarse si, a la vista de la actitud del Tribunal, hubiese sido otra su postura en el caso de que así hubiera sido.

Sería injusto concluir este repaso por la práctica jurisprudencial comparada sin mencionar la *Sentencia del Tribunal de Apelación de Dodecaneso número 1/1976*(39), que reconoció y ejecutó una sentencia sueca, resolviendo un típico supuesto de *legal kidnapping*. Desgraciadamente, esto no es más que una rara excepción en una práctica plagada de argumentos en favor de la ampliación de los poderes del juez del foro para regular y modificar *per se* las situaciones conflictivas que presiden todo supuesto de guarda de menores, ignorando toda relación creada más allá de sus fronteras. Curiosamente, es un país de «cultura parcialmente diferenciada»(40) el que proporciona la única muestra de un criterio basado en la cooperación internacional y en la armonía internacional de soluciones.

III. SOLUCIONES INTERNACIONALES

1. Planteamiento general

Las situaciones de *legal kidnapping*, aunque, como ya hemos reiterado, están conectadas necesariamente con la realidad actual (no podemos olvidar que los factores coadyuvantes a su proliferación: mejora de los medios de comunicación, supresión de formalidades en el paso de un Estado a otro y la misma existencia de gran número de matrimonios mixtos, son características de nuestro tiempo), se enmarcan dentro del más amplio campo de la protección de menores, tema éste que ha contado tradicionalmente con la atención de los foros internacionales. El Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero, hecho en Nueva York el 20 de junio de 1956, o los que en esta misma materia fueron elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya en 1973 (sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y sobre reconocimiento y ejecución) son buena muestra de ello, si bien fueron el Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, que

reguló la tutela de los menores en el terreno del derecho aplicable, y el Convenio de 5 de octubre de 1961, concerniente a la competencia de autoridades y la ley competente en materia de protección de menores, los que de una forma global han abordado el tema. Sin embargo, ni uno ni otro han tenido eficacia alguna respecto de la prevención de secuestros internacionales de niños por sus padres y otras personas. En este ámbito la iniciativa surgió de la Conferencia de Ministros de justicia en el seno del Consejo de Europa, en su sesión de Basilea del 15 al 19 de mayo de 1972. A partir de estos momentos se comenzaron los trabajos que habrían de llevar a la adopción del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. El otro gran intento de reglamentación de los supuestos de *legal kidnapping* es el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, hecho el 25 de octubre de 1980, en cierta medida complementario del anterior, aunque en algunos aspectos se solapan.

2. Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Numerosos y cualificados son ya los comentarios que se han vertido sobre este instrumento internacional. Es por ello que nuestra labor debe reducirse a un repaso somero de los medios que en él se arbitran como aplicables a los supuestos de desplazamiento internacional de un menor a través de las fronteras.

El resultado de los trabajos de la Decimocuarta sesión de la Conferencia de La Haya puede calificarse como un convenio *sui generis*, que escapa de algún modo a clasificaciones rígidas. No se trata de una convención sobre el Derecho aplicable (aunque éste pueda ser tenido en cuenta para apreciar la existencia de un desplazamiento o una retención ilícitos, como pone de manifiesto el art. 14), ni tampoco de reconocimiento y ejecución de sentencias o resoluciones en la materia contemplada. junto al calificativo anterior puede añadirsele el de su carácter autónomo, como fuera puesto de relieve por E. Pérez Vera(41) ya que las propuestas que en los albores de su elaboración pretendían tomar como base el Proyecto que paralelamente existía sobre el mismo tema en el marco del Consejo de Europa o, de otro lado, limitarse a crear un protocolo al Convenio de 5 de octubre de 1961 fueron descartadas en favor de la opción que, sobre la base del exclusivo interés del menor y la instrumentalización de una efectiva cooperación entre las autoridades de los Estados parte, resolviera eficazmente el problema del traslado ilícito de menores. No obstante, hasta llegar a esta solución se barajaron alternativas de diverso orden, desde la ya reseñada de facilitar la ejecución de decisiones hasta la creación de un Tribunal, pasando por la posibilidad de no reconocer a la persona responsable del traslado ilícito el acceso a los Tribunales(42).

Al hilo de lo anterior ha de señalarse que aunque toda la Convención tiene su base en el «interés del menor», ése, en tanto que tal, no está expresamente recogido en el texto de la misma, y ello se debe, como señaló E. Pérez Vera en su *Rapport explicatif*, a que no se ignoró el hecho de que el recurso por parte de las autoridades internas a una tal noción implicaría el riesgo de traducir en él manifestaciones del particularismo social o cultural de una comunidad concreta, a fin de defender sus valores subjetivos respecto de los de otras comunidades. (43).

Así, la Convención de La Haya no trata sino aspectos puramente fácticos, sin pretender entrar en la cuestión de fondo de los derechos de guarda y visita. Su eficacia se fundamenta en la cooperación entre las autoridades administrativas y judiciales en un doble momento: cuando el menor ha sido ya desplazado y antes de que se produzca ese desplazamiento, «en la medida en que se trata de garantizar el goce efectivo de los derechos de guarda y visita, haciendo desaparecer una de las causas más frecuentes de desplazamiento de niños», señalándose asimismo que «el derecho de visita es un corolario necesario del derecho

de guarda» (44).

No obstante la filosofía anterior, y como consecuencia de las discrepancias de opinión que sobre la prohibición de conocimientos sobre el fondo de los supuestos habían sido puestas de manifiesto en la Comisión que presentó el proyecto, el texto definitivo incorporó la cláusula del artículo 20 como una alternativa al comportamiento puramente mecánico de las autoridades. Los comentarios discrepan sobre su verdadero alcance, y así, mientras unos ven en ella la confirmación de la noción de orden público internacional, para otros no se trata sino de una solución de compromiso que no tendrá mayor incidencia, ya que el orden público se encuentra de alguna manera concretizado en los preceptos que regulan las condiciones de devolución del menor.

Sin profundizar en el tema, pues ya quedó señalada nuestra postura, debemos volver a hacer notar que el problema que subyace en la mayoría de los supuestos de *legal kidnapping* no es el ejercicio *de iure* del derecho de visita, sino el de su efectividad de hecho. Es por ello que los intentos «preventivos» podrán tener, a lo sumo, una virtualidad catalizadora del sentimiento del progenitor desposeído de la guarda, pero difícilmente jugarán un papel decisivo en la evitación del secuestro. Es preciso significar en este mismo sentido que, a pesar de la declaración de principio de conjugar estos dos objetivos -el de la prevención y el del retorno del menor-, el Convenio dedica el núcleo principal de su articulado a disciplinar la cooperación *ex post* al hecho del desplazamiento, mientras que la regulación específica del derecho de visita se constriñe a un solo artículo (el 21), quedando en un manifiesto segundo plano y dejando de lado la recomendación que ya el *Rapport Dyer* consideraba como básica respecto de la importancia del derecho que tiene el padre desposeído de la guarda a poder mantener los contactos periódicos con sus hijos que hagan posible la continuidad de los plazos afectivos existentes(45).

La Conferencia centró toda su atención en un aspecto concreto del interés efectivo del menor: la conveniencia de no ser trasladado de su entorno vital. Todos los instrumentos, plazos y condiciones que se articulan en el Convenio están exclusivamente en función de su retorno inmediato. Sin pretender negar la enorme importancia que ello tiene, y considerando como loable la adopción de una solución internacional en este sentido, no podemos dejar de señalar que se trata de un esfuerzo parcial, ignorante de gran parte de la problemática en la que se circunscriben los supuestos de *legal kidnapping* o que sin ignorarla, como parece desprenderse de los trabajos preparatorios, no entra en ella de forma global.

3. El Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia

Como hemos visto a raíz del planteamiento de principio que se suscitó en la Conferencia de La Haya respecto de las distintas opciones convencionales que podrían dar respuesta al vertiginoso aumento de los supuestos de *legal kidnapping*, el establecimiento de un convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de guarda fue una alternativa que se sopesó de manera seria, aunque el matiz eminentemente sociológico de la Decimocuarta sesión hizo que se desechara tal solución. La importancia que, sin embargo, reviste este tipo de convenios es grande y, como muy acertadamente ha señalado J. D. González Campos, «sin el reconocimiento, la realización del derecho que entraña la decisión dictada en el extranjero quedaría comprometida, suscitándose una antinomia entre reglamentación del tráfico externo por obra del sistema de Derecho Internacional privado extranjero y efectividad de sus soluciones en el ámbito de otro sistema»(46).

El Convenio que ahora nos ocupa se encuentra informado por el principio fundamental de la consideración del interés del menor que, presente ya en el preámbulo del texto convencional, aparece de forma continua a lo largo de todo su articulado, ya sea de forma expresa, ya por su identificación u objetivización en determinadas circunstancias y hechos, representando la idea eje inspiradora de todas las soluciones

que se proponen. junto a ello, su propia naturaleza hace que en el concepto de «traslado ilícito» se contemplen solamente aquellos supuestos en los que el desplazamiento del menor se ha realizado en transgresión de una resolución ya existente sobre su guarda o que se haya dictado con posterioridad, no considerándose como tal el supuesto en que la custodia estaba atribuida *ex lege* o era ejercida de manera efectiva, como es el caso de la situación regulada en el artículo 3, letra b), del Convenio de La Haya.

El Título I se encuentra dedicado a la Autoridades Centrales, figura que ha tomado carta de naturaleza en la cooperación internacional, revelándose como un instrumento eficaz y encuadrándose en la tendencia de desplazar las soluciones adoptadas en este terreno, regulando las competencias de las autoridades, ya judiciales, ya administrativas, con preferencia al establecimiento de la ley aplicable. Entre las funciones que el Convenio les asigna destacan las de «promover la cooperación y la coordinación entre las autoridades competentes», «evitar que se perjudiquen los derechos del menor» y «asegurar el reconocimiento y ejercicio de la resolución», entre otras. Es, no obstante, en el Título II donde se encuentra el núcleo central del Convenio, dentro del cual los artículos 8, 9 y 10 representan la cristalización de las soluciones de los dos problemas más ampliamente discutidos por el Comité de expertos en el período de elaboración del texto convencional: de un lado, la amplitud de la discrecionalidad judicial para rechazar el reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a la custodia, y, de otro, las circunstancias que podrían justificar un retorno automático del menor. La polarización de posiciones puesta de manifiesto en el mencionado Comité fue encauzado de modo que los Estados discrepantes con las soluciones expresadas en relación con los supuestos de retorno inmediato y las causas tasadas de denegación de la ejecución pudieran preservar su posición a través de las reservas permitidas en el artículo 17.1.º. España, como se verá, ha hecho uso de este derecho modulando los preceptos citados, lo que permite un mayor ámbito de actuación en la defensa de los intereses que nos son propios.

Las causas que posibilitan la negativa al reconocimiento de la decisión cuyo *exequatur* se pretende se hallan expresadas en los artículos 9 y 10; el primero de ellos hace referencia al supuesto fáctico en el que la solicitud de restitución del menor se ha dirigido dentro del plazo de seis meses a partir del traslado, mientras que el segundo toma como dato de partida el hecho de que la solicitud no haya sido actuada en el mencionado plazo o no haya existido desplazamiento. En el primer supuesto, los motivos de denegación son extraordinariamente limitados, de tal manera que se identifica el interés del menor con el reconocimiento de la decisión y su retorno al país del que fue ilegítimamente trasladado. Por el contrario, en el resto de las situaciones estas causas se relajan, acogiéndose razones de gran amplitud que posibilitan el rechazo del reconocimiento de la decisión extranjera en un mayor número de casos. Con ello se hace descansar el interés del menor en unos parámetros meramente cuantitativos y esta imperativa vinculación de las causas concretas de denegación con el tiempo transcurrido impide que aquéllas puedan operar de forma autónoma, lo que, en nuestra opinión, supone dar la espalda a la multiplicidad de factores en presencia.

España, ejercitando la facultad concedida a los Estados parte por el artículo 17 del Convenio, vino a modificar la estructura y filosofía de los preceptos anteriormente analizados. Al desvincular las esferas materiales y temporales, obviando estas últimas y aplicando las causas más amplias de denegación del reconocimiento, se está dando una nueva perspectiva al texto y posibilitando una «nueva lectura» del mismo a la luz de las peculiaridades que el problema tiene en lo que concierne a nuestra población. Esta nueva lectura, que puede apoyarse en cualquiera de las causas recogidas en la Reserva número 2, es especialmente importante en lo que concierne a su apartado a), que junto con la disposición del artículo 5.4.º puede dar lugar a una acción sobre el fondo del supuesto planteado(47). Son los efectos y no la posible bondad técnica de las resoluciones los que el juez español debe valorar; las concretas repercusiones fácticas en un momento y en un supuesto dados. No creemos que ello sea forzar la letra del precepto, sino darle la significación y alcance consciente o inconscientemente buscados. La adopción de esta línea

interpretativa por parte de jueces y Tribunales españoles no sólo es deseable, sino que se vuelve imprescindible en la actual situación de nuestros emigrantes en Europa y ante la actitud que reflejan en sus fallos los Tribunales de los países de acogida.

Importante es también, a nuestro juicio, la regulación que en el artículo 11 se hace del derecho de visita. Después de remitirse a las mismas condiciones de reconocimiento y ejecución que rigen las decisiones de guarda, el precepto citado incluye una importante particularidad, cual es la posibilidad de que la autoridad del Estado requerido que sea competente pueda fijar «las modalidades del cumplimiento y del ejercicio del derecho de visita», así como de resolver en cuanto al mismo en el caso en que ese extremo no viniera recogido en la decisión extranjera. El alcance y las posibilidades que esta disposición abre son difícilmente valorables apriorísticamente, aunque no parece descartarse que el juez del *exequatur* pueda «modificar» las modalidades de ejecución respetando lo esencial del derecho atribuido en el Estado de origen de la sentencia. Por otro lado, consideramos que se trata de una de las características más positivas del Convenio y que en mejor medida pueden contribuir a la evitación de supuestos de desplazamiento ilícito de menores, actuando sobre el derecho de visita y haciendo que no se quede en mera constatación formal sin posibilidades de traducirse en un derecho efectivo.

IV. LA POSICION ESPAÑOLA ANTE EL PROBLEMA

1. Algunos datos de la práctica judicial

España, por su peculiar configuración como país generador de mano de obra en la historia reciente, no es ajena a los problemas que se trenzan en torno a la atribución de la guarda y custodia, así como a la eventual concesión de un derecho de visita respecto de un menor. Muy al contrario, el enorme contingente de españoles en el extranjero hace que proliferen los matrimonios mixtos; la mayor o menor fortuna de los mismos no es objeto del presente estudio, pero no es necesario justificar que a los problemas de toda familia se suman, en estos casos, los derivados de la diferencia de idioma, de cultura o de forma de concebir una misma relación familiar. El «conflicto de civilizaciones» es un factor que juega siempre en contra de la estabilidad y que puede desencadenar una crisis, con las consiguientes secuelas para los hijos.

La primera manifestación que despertó en nuestro país el interés por la práctica del *legal kidnapping* fue el asunto *Bornes c. Fuentes Bobo*, que terminó el camino ante los Tribunales por la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1) de 8 de abril de 1975*, pero que tuvo importantes consecuencias posteriores(48). Con independencia de los razonamientos jurídicos que llevaron a las soluciones dadas por las diferentes instancias, y a pesar de que el Tribunal Supremo no entró en el fondo del asunto, se trataba de un caso típico de desplazamiento internacional de menores, no ya por uno de sus padres, sino por los dos, en momentos diferentes. Fue un supuesto que sensibilizó a la opinión y a la doctrina españolas y que mostró nítidamente las diferentes vertientes del problema.

Otro reciente caso, el que dio lugar a la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2) de 25 de abril de 1985(49)*, pone de manifiesto el alto grado de crudeza que se puede enmascarar tras un supuesto de *legal kidnapping*. Aunque la Sala de lo Penal hubo de resolver sobre una calificación de detenciones ilegales, lesiones, participación en el delito y otros extremos, desde el exclusivo punto de vista criminal el primer Resultando de la resolución transparente de forma manifiesta la existencia de uno de los supuestos que venimos contemplando: un desplazamiento internacional de menores realizado por su padre, nacional español, ante el temor de que el proceso de divorcio que su esposa, estadounidense, había incoado en Miami llevara a un resultado que le privara de la custodia de sus hijos, como así ocurrió con posterioridad al traslado de los mismos a España.

Pero es quizá en el *Auto del juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponferrada de 28 de septiembre*

de 1985 donde confluyen el conjunto de las consideraciones hasta aquí vertidas: problema del traslado o sustracción internacional de menores con una de las soluciones que en el plano internacional se han pretendido arbitrar: el Convenio de Luxemburgo, al que ya hemos hecho alusión. El resultado de su aplicación, de forma un tanto «mecánica» y sin agotar los recursos que el propio instrumento convencional ofrecía, ha sido la reintegración de una situación dada a su *status quo* anterior al traslado del menor. Sin embargo, la toma en consideración de los intereses de la población residente y de los propios intereses del Estado en cuanto tal parecen haber permanecido lejos de la reglamentación de este supuesto del tráfico externo(50). En un momento en el que el particularismo y la creciente importancia del Derecho Internacional Privado «autónomo»(51)son la nota común en la regulación de las relaciones privadas internacionales, presidida por intereses económicos, políticos y demográficos, no es descabellado abogar por que los criterios de política legislativa traspasen las fronteras y estén presentes en el preámbulo de toda adhesión o ratificación con el objetivo de coordinar las distintas instancias, interna e internacional, a fin de que no se produzcan situaciones de importancia ante actos arbitrariamente creados en el extranjero.

Desde este último punto de vista, y respecto a la actitud que los Tribunales extranjeros pueden tener frente a nuestros nacionales, el *Auto del Tribunal Supremo* (Sala 1) de 13 de octubre de 1984(52) es ampliamente significativo de la situación de ingravidez a la que éstos pueden verse abocados con base en el juego automático de las normas convencionales. En este supuesto, un español divorciado en Francia había obtenido el derecho de visita sobre su hijo por *Sentencia Cour d'Appel de Versailles de 22 de febrero de 1980*, revocado a instancia de su ex esposa ante el *Tribunal de Grande Instance de Perpignan*. Así las cosas, la representación del padre solicita del Tribunal Supremo que se dicte resolución declarando el derecho de visitas y compañía y modificando las resoluciones francesas, a lo que no accedió nuestra más Alta Corte por obvias razones, ya que no se pretendía el mero *exequatur* y la entrada a conocer sobre el fondo está expresamente prohibida por el Convenio hispano-francés sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas de 28 de mayo de 1969. Con independencia del aspecto puramente técnico procesal, que no plantea mayores problemas, ya que, en efecto, las argumentaciones del Tribunal Supremo son jurídicamente intachables ante un planteamiento equivocado de la demanda, el caso sirve de telón de fondo a una realidad que no puede ser obviada por nuestros Tribunales y especialmente por nuestro legislador: el tratamiento desigual y discriminatorio del que han venido siendo objeto nuestros emigrantes en Europa. No sólo las autoridades del foro conceden la mayor parte de las veces la custodia a sus nacionales, sino que la atribución del derecho de visita -que en el caso de retorno del emigrante se ve enormemente dificultado e incluso reducido a mera utopía- puede, como en el caso descrito, ser revocada hasta hacer desaparecer tal derecho. Igualmente representativa de esta situación, pero con el plus que le proporciona su mayor actualidad, es la *Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Toulouse de 9 de junio de 1985*(53). Los antecedentes se remontan al año anterior, cuando una sentencia del mismo Tribunal decretaba el divorcio entre un nacional francés y su esposa, española, confiando la guarda de los dos hijos nacidos del matrimonio al padre y otorgando a la madre un derecho de visita libre, con la prohibición de llevarse a los niños fuera de Francia sin el expreso consentimiento de su ex marido. Al contraer este último nuevas nupcias, la madre solicitó a la juez de Asuntos Matrimoniales autorización para traer a sus hijos a España durante los meses de verano; sin embargo, el Tribunal francés, arguyendo la posibilidad o riesgo de no devolución de los niños, ante la ausencia de instrumento internacional que ligara a los dos países (hay que señalar que en la fecha en la que se dictó la resolución gala España ya era parte del Convenio de Luxemburgo, extremo éste ignorado, o al menos no tenido en cuenta), no se definió sobre la petición, exigiendo como requisito para ello que fuera solicitado en España el *exequatur* de la sentencia francesa que concedía la guarda al padre. En estos momentos, el procedimiento de reconocimiento y ejecución de la misma está pendiente ante el Tribunal Supremo. La hipertrofia que éste presenta en cuanto al número de demandas de *exequatur* hace que cuando se resuelva el presente la

madre haya perdido, si no de derecho sí de hecho, a sus propios hijos(54).

Por lo que se refiere a la práctica española en materia de *exequatur*, se ha de señalar que en el momento actual no podemos considerarla representativa de una tendencia diáfana. La escasez de los supuestos que han negado ante nuestro Tribunal Supremo y la peculiar situación de la época franquista, en la que todo intento de conseguir en nuestro país el reconocimiento de una sentencia extranjera de divorcio (dentro de la cual se encontraba, la mayoría de las veces, el problema de la guarda de los hijos) chocaba con la barrera del orden público, hacen que las decisiones que se reseñan tengan tan sólo un carácter testimonial. Baste señalar como mero apunte que en el *Auto del Tribunal Supremo (Sala 1) de 9 de enero de 1960*(55), ante una solicitud de *exequatur* de decisión eclesiástica dictada en los Estados Unidos de Norteamérica sobre la custodia de un menor, la Sala se declaró incompetente. El propio Tribunal denegó con posterioridad el reconocimiento y ejecución de una sentencia belga sobre separación matrimonial y otorgamiento de alimentos y custodia de hijos en el *Auto del Tribunal Supremo (Sala 1) de 16 de octubre de 1961*(56), previo dictamen del Ministerio Fiscal en el sentido de que

«debe estarse a lo dispuesto en el artículo 954 de la misma -se está refiriendo a la LEC- y no acredita de modo fehaciente la concurrencia de la circunstancia 2 del mencionado artículo de nuestra Ley de Enjuiciar, que, en definitiva, decide los casos que, como el presente, ofrezcan dificultad, siendo esta razón, en unión de la provisionalidad de los acuerdos y de referirse a cuestiones familiares entre personas que tienen distinta nacionalidad y religión, la que inclina al Ministerio Fiscal a oponerse a la concesión del *exequatur*».

El mismo resultado presidió *los Autos del Tribunal Supremo (Sala 1) de 20 de febrero de 1962 y 7 de diciembre de 1966*(57), en los que subyacían sendos supuestos de *legal kidnapping*. Del segundo de los mismos merece transcribirse parte de su argumentación, en la que de una forma manifiesta se protege a la parte española, al entender que

«... tampoco puede accederse a lo solicitado en la hipótesis aquí contemplada acudiendo a la norma que se consigna en el artículo 954 de la ley de Ritos mencionada: 1º, porque al pretenderse el cumplimiento de la resolución dictada el 23 de agosto de 1963 por el 4.º Juzgado de Letras de Menores de Santiago de Chile no debe olvidarse que en ella se ordena "restituir a dicho país un menor de edad nacido y residente en España para arraigarle en él y ponerle bajo la tuición de su madre", sin que previamente, y de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 169 y 171 del Código Civil se hubiese privado al padre de la patria potestad que sobre él ejerce... ».

Son, como se puede apreciar, manifestaciones de una determinada época que contrastan de forma clara con la práctica que tras la entrada en vigor de nuestra Constitución hace que las decisiones extranjeras encuentren menor número de obstáculos para su plena efectividad en España.

2. España y el problema del «legal kidnapping»: una opción

En el actual contexto, que hemos pretendido mostrar en las consideraciones que anteceden, parece que el papel del foro en la localización de las situaciones jurídicas internacionales y en la solución de los posibles conflictos no debe verse desbordado por la aparición de normas convencionales que se orientan hacia otros objetivos distintos de aquellos que deben guiar la política legislativa del Estado. Creemos que no puede ser censurable la tendencia a salvaguardar los propios intereses, dejando al margen los ajenos, cuando vemos en torno a nuestra órbita el crecimiento de las posiciones territorialistas y la «tendencia -irreductible- a ampliar el número de supuestos en los que se aplique el Derecho propio y no un Derecho

extranjero»(58). En la hora actual, el viejo papel de la solidaridad internacional debe delimitarse escrupulosamente y ceñirse a su justo contenido, y si el Derecho Internacional Privado ha ido evolucionando al compás de los intereses en presencia, éstos no pueden, en ningún caso, estar ausentes en el plano convencional.

En lo que concierne al concreto problema que nos ocupa, España, como ya quedó dicho, ha ratificado, por Instrumento de 9 de mayo de 1984, el Convenio de Luxemburgo estudiado. El *Auto del juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponferrada de 28 de septiembre de 1985*, es el que ha abierto su aplicación práctica, y aunque obviamente no es significativo de los derroteros que se puedan tomar en el futuro, apunta hacia un automatismo no criticable técnicamente que no concuerda, sin embargo, con los intereses de un país con nuestras especiales características migratorias. Alguna voz cualificada se ha alzado en favor de nuestra incorporación al ámbito del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores(59). Sin desdeñar lo que ello tiene de apertura al exterior y de salida de nuestro tradicional aislamiento, que en materia convencional ha sido la nota dominante en un pasado no muy lejano, entendemos que no se ha de tomar una decisión de tal alcance sin contar con un estudio socio-jurídico previo que nos conceda los datos suficientes para poder prever con fiabilidad las consecuencias que conlleva para los intereses generales y particulares la incorporación a nuestro ordenamiento del citado Convenio(60). Lo contrario sería una verdadera aventura de imprevisible epílogo, y no hay que perder de vista que España, país de fuerte emigración, que en los últimos años se ve obligada al retorno por la práctica restrictiva de los países de acogida, se presta a ser foco de un gran número de problemas. En este marco, la defensa de los intereses familiares de nuestros nacionales no parece concordar con la filosofía del Convenio de La Haya, que al favorecer el retorno inmediato del menor, aun sin prejuzgar el fondo del asunto, hace que *de facto* las posibilidades de recuperación del mismo, una vez puestas las dificultades geográficas y jurídicas pertinentes, sean una utopía. La entrada a conocer del fondo del derecho de visita y de custodia debe preconizarse en ausencia de resolución dictada, sin que en ningún caso sea precedida del retorno del menor. En el supuesto de que tal resolución exista, su reconocimiento por parte de las autoridades españolas -cuya actitud será determinante de la solución en cada caso- debe ser la condición previa a un nuevo desplazamiento de retorno. Ello no es sino abogar por la toma en consideración de una política legislativa y convencional coherente con nuestras verdaderas necesidades y por la efectiva presencia de las mismas a la hora de aplicar las normas convencionales(61) en materias que, como la presente, entrañan una sensibilidad especial, difícilmente constreñible en una norma jurídica o una resolución judicial sin caer en lo arbitrario.

V. CONCLUSIONES

Hemos intentado presentar una aproximación a los supuestos de *legal kidnapping* desde la descripción de la práctica internacional y desde la óptica española, sin eludir en ningún momento la toma de posición crítica, puesto que las presentes líneas aspiran, al menos, a poder calificarse de «denuncia».

El recorrido realizado sobre las diversas actitudes de los Tribunales extranjeros, tanto en los casos de atribución de la guarda y custodia de un menor -así como un eventual derecho de visita- como a la hora de reconocer y ejecutar una decisión en esta misma materia, no ofrece lugar a dudas: la tendencia a la protección de las situaciones más estrechamente vinculadas con el foro desertiza el terreno de las soluciones técnico-jurídicas y de la toma en consideración de las situaciones jurídico-privadas legalmente constituidas en el extranjero. Por otro lado, la omnipresencia del interés del menor, bajo diversas calificaciones, actúa como una verdadera norma material imperativa de configuración jurisprudencial, incompatible con cualquier intento de seguridad jurídica.

Los supuestos de *legal kidnapping* son una realidad que aqueja nuestro tiempo y que necesita una

reglamentación ad hoc eficaz; sin embargo, todos los estudios comienzan por señalar las causas sin explicar los «motivos»; todas las soluciones se orientan hacia el restablecimiento de un status quo que no se cuestiona en ningún momento, que se toma un *a priori* absoluto. En definitiva, se trata de poner fin a una situación patológica sin preguntarse por la patología del estado anterior. Los Convenios de La Haya y de Luxemburgo dan, desde dos ópticas distintas, respuestas parciales al problema. La composición de los organismos internacionales, así como la complejidad de los intereses en presencia y la diversidad de concepciones sociojurídicas que en ellos confluyen hacen que sus soluciones sean, la mayor parte de las veces, compromisos que, intentando reflejar los intereses de todos, no llegan hasta las últimas consecuencias en la resolución de los problemas que se abordan. Por ello, consideramos necesaria la adopción de las cautelas necesarias ante la incorporación a nuestro ordenamiento de instrumentos multilaterales como los estudiados.

Esta heterogeneidad de intereses en presencia se muestra con mayor amplitud en la Conferencia de La Haya que en el seno del Consejo de Europa, por lo que, junto a otras muchas razones que creemos que se transparentan en las páginas anteriores, la adhesión al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores no debe constituir un objetivo prioritario en el momento actual. La utilización que se haga del Convenio Europeo sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, debe servir como punto de referencia, como estudio práctico de la realidad del *legal kidnapping* entre la población española y aportar los datos sociológicos necesarios para que cualquier toma de postura se haga con pleno conocimiento de lo que va a conllevar en el futuro.

Parece que tras las presentes reflexiones la consecuencia lógica sería ofrecer alternativas viables; sin embargo, la propia naturaleza esencialmente particularista del Derecho de familia y las diversas maneras de entender el papel del Estado en el tema de la protección de menores hacen que sea realmente difícil arbitrar soluciones aceptables. Una constatación sí es patente: en el concreto campo estudiado, las respuestas pasan, necesariamente, por la cooperación internacional, pero las hasta ahora adoptadas no dejan de situarse en una perspectiva *ex post*, que da por hecho el «secuestro» y trata de remediar sus efectos. En nuestra opinión, la adopción de medidas *ex ante* debe presidir todo nuevo intento de reglamentación del problema. En este contexto hay que calificar como loable la regulación que sobre el derecho de visita realiza el artículo 11 del Convenio de Luxemburgo y las posibilidades que abre en el sentido que más arriba señalamos. En esta línea, y sin caer en el mismo prejuicio nacionalista que venimos denunciando, debemos concluir con un sí a la cooperación internacional; pero un sí con contrapartidas: la garantía de una igualdad de trato de españoles y extranjeros ante los Tribunales de los demás Estados; la plena eficacia de los derechos de guarda y visita a ellos otorgados, suprimiendo las trabas que, como hemos visto, son práctica habitual en algunos foros; la configuración de tales derechos teniendo en cuenta las peculiaridades del posible retorno del titular a su país de origen, etcétera. Lo contrario sería dar un paso atrás en las actuales circunstancias del tráfico externo y transparentar una notable miopía a la hora de articular nuestra política convencional.

NOTAS:

(1) Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 y ratificado por España mediante Instrumento de 20 de mayo de 1984 (BOE 1 de septiembre de 1984) y el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (Vid. texto en J. D. GONZALEZ CAMPOS y J. C. FERNANDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 522-527.

(2)Cf. J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Introducción*. Madrid, Universidad Autónoma, 1984, p. 9.

(3)Los Fundamentos jurídicos del Auto rezan lo siguiente: «Que de las manifestaciones de D. C. del B. no puede deducirse la existencia de motivo alguno para dejar sin efecto o incumplir la ejecutoria que motivó el presente expediente, procede, en cumplimiento del Tratado de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, ratificado por España el 9 de mayo de 1984: procede declarar la eficacia y ejecutoriedad de la resolución del Tribunal de Morges de 19 de diciembre de 1984, y habiendo sido entregado ya el menor D. del B. a su madre, S. del B. S., y habiéndose trasladado ya ambos a Suiza, se tiene por ejecutoriado lo instado en este expediente, debiendo notificar esta resolución a los interesados y al Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas (...). Vistos los artículos de general y pertinente aplicación (...) S. Sº POR ANTE MI DIJO: "Se reconoce la ejecutoria de la resolución dictada por el Tribunal de Morges en fecha 19 de diciembre de 1984, y habiéndose hecho entrega del menor D. del B. a su madre, S. del B. S., se ratifica esta medida, debiéndose notificar esta resolución a los interesados y al Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas".» (Siguen las firmas.)

(4)Vid. J. C. FERNANDEZ ROZAS en J. D. GONZALEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, p. 101, donde hace una expresiva descripción de lo que el conflicto de civilizaciones comporta.

(5)Supuestos del *Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponferrada de 28 de septiembre* (S. S. c. C. del b.) (inédito), *Decisión de la Dirección de Justicia del Cantón de Zurich de 22 de enero de 1975* (*Huber c. Miller*) (*Ann. suisse dr. int.*, vol. XXXII, 1976, pp. 271-277); *Sent. Trib. de Apelación de Dodecaneso (Grecia) número 1/1976* (*Journ. dr. int.*, t. 108, 1981, p. 98).

(6)Cf. *Ann suisse dr. int.*, vol XXXIX 1983, pp. 346-351.

(7)Cf. *Journ. dr. int.*, t. 88, 1961, pp. 750-756, y la nota de J. D. BREDIN.

(8)Si bien el art. 13 del Convenio de La Haya establece como una causa de denegación del retorno el hecho de que el desplazamiento hubiera sido consentido (apartado a) *in fine*, que fue introducido en la redacción final del texto, ya que no constaba en el Proyecto de la Comisión).

(9)*Sent. Trib. de Grande Instance de Toulon de 5 de agosto de 1980* (*Journ. dr. int.*, t. 109, 1982, páginas 138-145, y nota de F. KAHN).

(10)Cf. *Journ. dr. int.*, t. 105, 1978, pp. 329-330.

(11)En concreto, los Tribunales franceses levantan una serie de barreras, como las que se plasman en la *Sent. Trib. de Grande Instance de Toulouse de 9 de junio de 1985* (inédita), en la que se ha discriminado manifiestamente a la madre, nacional española, y que es fiel reflejo de la práctica francesa en el terreno de la guarda y custodia de menores. En ella se recogen algunas de las medidas que reiteradamente el Ministerio de justicia francés ha mostrado como las únicas que pueden dar una «cierta seguridad» en ausencia de cooperación internacional a nivel de estructuras judiciales en el dominio de la guarda (*vid.* respuestas del Ministerio de justicia ante las cuestiones suscitadas dentro de este marco en *Rev. crit dr. int. pr-* 1974, pp. 170-171; *ibid.*, 1977, pp. 608-609; *ibid.*, 1983, pp. 352-353, y por todas ellas la respuesta recogida en *ibid.*, 1981, pp. 785-786, en la que se indica que los Tribunales franceses, en caso de riesgo en el ejercicio del derecho de visita, por prever un posible abuso en el mismo, limitarán éste al territorio nacional mediante una prohibición de salida del mismo con carácter temporal). Igualmente limitan el ejercicio del derecho de visita más allá de las fronteras, subordinándolo al previo *exequatur* de la resolución ante los Tribunales del Estado donde se pretenda ejercer tal derecho por su titular; en todo caso, es a los jueces a quienes corresponde, en función del riesgo de desplazamiento y teniendo en cuenta la existencia o ausencia de relaciones convencionales en el marco de la asistencia judicial, tomar las medidas apropiadas y limitar su alcance, tanto en el espacio como en el tiempo. Entre éstas figuran, aparte de las transcritas, el depósito de fianza, la retirada de pasaporte, la supervisión del ejercicio del derecho de visita por una tercera persona e

incluso la restricción de dicho derecho al domicilio del padre que ostenta la guarda.

(12) Vid. Especialmente, *Huber c. Miller*, *Ann. suisse dr. int., loc. cit. supra* nota 5; *Ring c. Gould*, *Journ. dr. int., loc. cit. supra* nota 10; *Sent. Obergericht del cantón de Argovie de 15 de junio de 1979* (G. G. c. J. H.), (*Ann. suisse dr. int., vol. XXXVII*, 1981, pp. 424-431), donde los Tribunales helvéticos fueron protagonistas de un típico caso de denegación de justicia ante la solicitud de un nacional estadounidense en el sentido de que le fuera atribuida la guarda y custodia de su hijo, adoptado con anterioridad a su reconocimiento por un matrimonio suizo y residente en Suiza.

(13) Vid. texto en J. D. GONZALEZ CAMPOS y J. C. FERNANDEZ ROZAS, *Materiales de Prácticas*, op. cit., pp. 273-275, y la bibliografía que allí se cita.

(14) H. BATIFFOL y PH. FRANCESKAKIS, «L'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, p. 270.

(15) Asunto *Foders c. Massac* (*Journ. dr. int., t. 39*, 1912, p. 614 y nota de J. Perroud).

(16) M. SIMON DEPITRE, «La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice», *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1960-1962)*, París, Dalloz, 1963, p. 116.

(17) Cf. en este sentido la *Sent. Cour d'Appel de París (1 Ch.) de 23 de noviembre de 1954* (*Karolyi c. Assavas*), (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, pp. 63-65 y la nota de Y. LEQUETTE).

(18) Vis. Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, París, Dalloz, 1976, pp. L. Topor, *Les conflicts de lois en matière de puissance parentale*, París, Dalloz, pp. 224, espec. 230-234.

(19) Cf. A. PONSARD en la nota de la *Sent. Trib. civil de la Seine (4 Ch.) de 16 de enero de 1959* (*Vidal c. Marshall*), (*Journ. dr. int., t. 87*, 1960, p. 122).

(20) Vid. en este sentido la interesante nota de Y. LEQUETTE a la *Sent. Cour d'Appel de París (1 Ch.) de 18 de diciembre de 1973* (*Hiouad c. Ben Jamaa*) y la *Sent. Cour d'Appel de París (24 Ch.) de 1 de julio de 1974* (*El Kodssv c. El Kadi*), (*Journ. dr. int. t. 102*, 1975, p. 530).

(21) Vid. J. D. GONZALEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial, vol. II* Oviedo, 1984, p. 164.

(22) Q en esta línea la *Sent. Cour d'Appel de París (1 Ch.) de 14 de mayo de 1954* (*Djenangi c. Dejenangi*) (*Journ. dr. int., t. 81*, 1954, pp. 782-784); la *Sent. Cour d'Appel de París (15 Ch.) de 13 de julio de 1951* (*Petrosian*) (*Journ. dr. int., t. 79*, 1952, pp. 612-616) aplicó la *lex fori* al amparo del orden público francés.

(23) Cf. la nota a la *Sent. Cour Cassación (1 Ch.) de 30 de enero de 1979* (*Nejib Bayar c. J. Nemeth*) (*Journ. dr. int., t. 106*, 1979, pp. 393-397).

(24) W. WENGLER, «Reflexions sur la technique des qualifications en droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1954, pp. 668-669.

(25) Cf. asuntos *Vidal c. Marsball*; *Gómez de Silva c. Finkelstein*, cit. supra nota 7; *El kodssy c. El Kadi*. *Hiouad c. Ben Jamaa*, cit. supra nota 20, *Sent. Trib. de Apelación de París (10 Ch.) de 21 de junio de 1962* (*Belaid c. Ministerio Público*) (texto en J. D. GONZALEZ CAMPOS y J. C. FERNANDEZ ROZAS, *Materiales de Prácticas*, op. cit., pp. 268-269).

(26) *Sent. Trib. de Grande Instance de Toulon de 5 de agosto de 1980*, cit. supra nota 9.

(27) *Journ. dr. int., t. 81*, 1954, pp. 172-177.

(28) Cf. *Journ. dr. int., t. 100*, 1973, pp. 430-432; en este mismo sentido, *Sent. Chancery Division de abril de 1969*, y *Sent. Court of Appeal Civil Division de 28 de mayo de 1968* (*ibid.*, pp. 340-342), fiel reflejo de la jurisprudencia *McKee c. McKee*; *Sent. Court of Appeal, Civil División de 7 de mayo de 1970* (*ibid.*, pp. 430-432).

(29) *Ibid.*, pp. 429-430.

(30) *Journ. dr. int., t. 107*, 1980, pp. 134-135.

(31)Cf.. Dicey & Morris, *The Conflict of Law*, (9 ed.), Londres, Stevens and Sons Limited, 1973; *vid.* también en general, Cheshire & North's, *Private International Law*, (10 ed.), Londres, Butterworths 1979, páginas 470-476, donde se plantea el mismo problema respecto de los casos específicos de *kidnapping*, *vid.vid.*, asimismo, G. H. JONES, «Conflicts of Jurisdiction in the United Kingdom affecting children», *ICLO*, 1960, páginas 15-23.

(32)*Ann. suisse dr. int.*, vol XXX, 1974, pp. 266-267.

(33)*Ann. suisse dr. int.*, vol XXXII, 1976, pp. 264-266.

(34)*Vid.* ambos textos detalladamente comentados B. DUTOIT, F. NOEPFLER, P. LALIVE Y P. MERCIER, *Repertoire de droit international privé suisse*, vol. II, «Les conventions bilatérales sur les conflits de juridictions, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers», Berna, Staempfli y Cía, S. A., 1983, páginas 17-115 y 165-202; *in vid.*, asimismo, desde otro punto de vista, la actitud de los Tribunales helvéticos en la *Sent. del Obergericht del Canton de Argovie de 15 de junio de 1979*, (C. G. c. J. H.), (*Ann. suisse dr. int.*, *loc. cit.* supra nota 15 y la crítica allí vertida).

(35)A. Ponsard, «La reconnaissance et l'exécution en France des décisions étrangères concernant la garde des enfants et l'obligation alimentaire», *Rev. crim. dr. int. pr.*, 1955, pp. 33-51.

(36)*ibid.*, pp. 44-46.

(37)*Cf. Sent. Trib. De Grande Instance de la Seine (5 Ch.) de 13 de julio de 1960 (Gómez de Silva c. Finkeisicin)*. *loc. cit.* supra nota 7, en la que se modificó la guarda que en principio se había atribuido al padre (mexicano) para otorgársela a la madre (francesa); *Sent. Cour de Cassation (1 Ch.) de 30 de enero de 1979 (Nejib Bayar c. J. Nemeth)*, *loc. cit.* supra nota 23; también hay que precisar en este punto que se trataba de los intereses del padre (tunecino), al que la sentencia que se pretendía ejecutar concedía la guarda de sus dos hijas, enfrentados a los de la madre, de nacionalidad francesa; *Sent. Trib. de Grande Instance de Toulon de 5 de agosto de 1980 (Sandin Solbritt c. Almir)*, *loc. cit.* supra nota 9

(38)*Journ. dr. int.*, t. 108, 1981, p. 18.

(39)*Journ. dr. int.*, t. 108, 1981, p. 18.

(40)*Vid.* C. Labrusse, «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1975-77), pp. 101-133. Efectivamente, es sumamente significativo que los países de «segundo orden» a los que la autora citada se refiere son los que en mayor medida colaboran en la solución de los supuestos de *legal kidnapping* con soluciones desprovistas de la connotación nacionalista que se aprecia en los demás. La resolución griega reseñada o el ya citado *Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponferrada* (supra nota 3) son buena prueba de ello.

(41)*Cf. Conférence de La Haye, Actes... op. cit.*, pp. 177 y 436.

(42)*Ibid.*, pp. 46-51.

(43)*Vid. Conférence de La Haye, Actes...*, *op. cit.*, p. 431.

(44)*Cf. Commission spéciale, Rapport de F. PEREZ VERA, Conférence de La Haye, Actes... op. cit.*, páginas 178 y 179, y del mismo modo en las conclusiones de la Comisión especial (p. 165).

(45)Dice así A. Dyer: «Peut être la meilleure solution a ce dilemme consiste-t-elle á créer un mecanisme de coopération entre les autorités compétentes des différents pays, pour assurer l'exercice libre et complet du droit de visite, tout en fournissant des garanties sérieuses pour éviter l'abus de ce droit. La recherche d'un mécanisme de ce genre devrait être une des principales préoccupations de la Commission qui, au sein de la Conférence sera saisie du problème général du *kidnapping legal*». (Conférence de La Haye, Actes... *op. cit.* pp. 42-43).

(46)J. D. GONZALES CAMPOS, *Derecho internacional privado... op. cit.*, pp. 139-140.

(47)En este lugar de la Reserva se especifica que «España se reserva la facultad de denegar el reconocimiento y ejecución de resoluciones... a) Si se comprueba que los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por los que se rigen la familia y los

hijos en España».

(48) Conviene recordar el examen somero de los hechos: un español y una noruega contrajeron matrimonio civil en Oslo, del que tuvieron un hijo; la esposa interpuso posteriormente demanda de separación, consiguiendo la custodia del niño e intentó ejecutar la resolución en España, ya que el marido había trasladado aquí al pequeño. Denegada dicha petición, le fue concedida, mediante medidas provisionales, la custodia del hijo junto a los abuelos paternos, medidas revocadas con posterioridad por el juzgado, que atribuyó la custodia al padre. Tras varias vicisitudes judiciales, el Tribunal Supremo estimó que el niño debía quedar bajo los cuidados de la madre hasta que cumpliera los siete años. Una vez con el hijo en su poder, la señora Bornes se trasladó a Noruega, ignorando la sentencia española al amparo de la que se había dictado en su país de origen (Q. Col. Leg. Jurisp. Cív., marzo-abril 1975, núm. 153; J. PUENTE EGIDO, D. int. pr. Doctrina Legal del T. S., pp. 641-642 y la nota; J. D. GONZALEZ CAMPOS y J. C. FERNANDEZ ROZAS, *Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 270-273).

(49) Cf. La Ley, t. 1985-3, pp. 147-163.

(50) En tal sentido vid. E. Pérez Vera, *Intereses del tráfico jurídico externo Y Derecho internacional*, Granada, Colección monográfica Universidad de Granada, 1973, p. 74; M. VIRGOS SORIANO, en UNED, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1985, p. 85; J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas básicos* (3 ed.), Madrid, Tecnos, 1983, pp. 153 ss.

(51) En expresión acuñada por J. D. GONZALEZ CAMPOS y que ya es un lugar común en la terminología internacional-privatista.

(52) Aranzadi, Rep. *Jurisprudencia*, 1984, número 4.778.

(53) Inédita.

(54) En lo que concierne a la práctica francesa vid. lo señalado en nota

(55) Cf. A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 392-394.

(56), *Ibid.*, pp. 398-400 y la crítica que el autor realiza a la afirmación del Ministerio Fiscal en cuanto a la diferencia de nacionalidades de las partes.

(57) *Ibid.*, pp. 400-402 y 421-422.

(58) Cf. J. A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 158.

(59) Vid. concretamente F..J. ZAMORA CABOT, *op. cit.*, p. 941.

(60) De la misma opinión. J.C. FERNANDEZ ROZAS en J. D. GONZALEZ CAMPOS y otros, *op. cit.*, p. 103.

(61) Vid. en este sentido M. VIRGOS SORIANO en UNED, *op. cit.*, p. 85. Señala dicho autor que «... quien analiza y aplica las normas debe conocer qué intereses hay en juego, cuáles han sido tomados en consideración por el legislador y cuál ha sido el decisivo para la solución legal del supuesto»; vid. también sobre este extremo C. A. NAUSAS, «Le facteur politique et son influence sur l'application du Droit International Privé», *Rev. hellén. dr. int.*, 1949, pp. 212-226.