

Manual
práctico
*sobre el
funcionamiento
del Convenio
de La Haya
de 1996 sobre
Protección de
Niños*



HCCH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Manual práctico sobre el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*

Publicado por la
Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Oficina Permanente
Churchillplein 6b
2517 JW La Haya
Países Bajos

Teléfono +31 70 363 3303
Fax: +31 70 360 4867
Correo electrónico: secretariat@hcch.net
Sitio web: www.hcch.net

© Hague Conference on Private International Law 2014

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en un sistema de archivo y recuperación de datos ni transmitida de ninguna forma ni por ningún medio, incluidos fotocopiado y grabación, sin el permiso escrito del titular del derecho de propiedad intelectual.

ISBN 978-94-90265-20-5

Impreso en La Haya, Países Bajos

Descripción general

1	Introducción	9
2	Objetivos del Convenio de 1996	15
3	Ámbito de aplicación	19
4	Competencia para adoptar medidas de protección	37
5	Transferencia de competencia	55
6	Medidas de protección en casos de urgencia	67
7	Medidas provisionales	77
8	Continuación de las medidas adoptadas	83
9	Ley aplicable a las medidas de protección	89
10	Reconocimiento y ejecución de una medida de protección	101
11	Autoridades Centrales y cooperación	113
12	Relación entre el Convenio de 1996 y otros instrumentos	133
13	Temas especiales	139
	Anexo I Texto del <i>Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de protección de los niños</i>	183
	Anexo II Lista de comprobación de implementación	199

Índice

- 1 **Introducción** 9
- 2 **Objetivos del Convenio de 1996** 15
 - A El Preámbulo del Convenio de 1996 17
 - B Objetivos específicos del Convenio de 1996 17
- 3 **Ámbito de aplicación** 19
 - A ¿En qué Estados y desde qué fecha se aplica el Convenio de 1996? 21
 - B ¿A qué niños se aplica el Convenio de 1996? 25
 - C ¿Qué cuestiones están cubiertas por el Convenio de 1996? 27
 - (a) La atribución, ejercicio, privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación 27
 - (b) Derechos de custodia, incluidos los derechos concernientes al cuidado de la persona del niño y, en particular, el derecho a determinar el lugar de residencia del niño, así como también los derechos de visita / contacto, incluido el derecho de trasladar a un niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual 29
 - (c) Tutela, curatela e instituciones análogas 29
 - (d) La designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, representarlo o asistirlo 29
 - (e) La colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga 30
 - (f) La supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo 31
 - (g) La administración, conservación o disposición de los bienes del niño 31
 - D ¿Qué cuestiones no están cubiertas por el Convenio de 1996? 31
 - (a) El establecimiento y la impugnación de la filiación 31
 - (b) Decisiones sobre la adopción y las medidas preparatorias tendientes a la adopción, o la anulación o revocación de la adopción 32
 - (c) El nombre y apellidos del niño 33
 - (d) Emancipación 33
 - (e) Las obligaciones alimenticias 33
 - (f) Los *trusts* y las sucesiones 33
 - (g) La seguridad social 33
 - (h) Las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud 34
 - (i) Las medidas adoptadas como consecuencia de delitos cometidos por los niños 34
 - (j) Las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración 35
- 4 **Competencia para adoptar medidas de protección** 37
 - A ¿Cuándo tienen competencia las autoridades de un Estado contratante para adoptar medidas de protección? 39
 - B La norma general: las autoridades del Estado contratante de residencia habitual del niño 40
 - (a) El significado de “residencia habitual” 40
 - (b) ¿Qué ocurre cuando cambia la “residencia habitual” del niño? 40
 - C Excepciones a la norma general 41
 - (a) Niños refugiados o internacionalmente desplazados 41
 - (b) Niños cuya residencia habitual no puede determinarse 42
 - (c) Competencia en los casos de sustracción internacional de menores 42
 - (d) Competencia en los casos en los que se encuentra pendiente un divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño 48
 - D ¿Qué sucede cuando son competentes las autoridades de dos, o más Estados contratantes? 50

- 5 Transferencia de competencia 55**
- A ¿Cuándo puede transferirse la competencia para adoptar medidas de protección? 57
 - B ¿Qué condiciones deben cumplirse antes de que tenga lugar una transferencia de competencia? 58
 - C El procedimiento de transferencia 60
 - D Determinados aspectos prácticos de una transferencia 63
 - (a) ¿Cómo averigua la autoridad que desea utilizar las disposiciones de transferencia a qué autoridad competente en el otro Estado contratante debería dirigir su solicitud? 63
 - (b) ¿Cómo deberían comunicarse las autoridades? 63
 - (c) Otras cuestiones relacionadas con la transferencia donde puede resultar útil la comunicación entre las autoridades 64
- 6 Medidas de protección en casos de urgencia 67**
- A Adopción de las medidas de protección necesarias en casos de urgencia 69
 - (a) ¿Cuándo es “urgente” un caso? 69
 - (b) ¿Qué son medidas de protección “necesarias”? 70
 - (c) ¿Cuánto duran las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 11? 71
 - (d) ¿Qué otras gestiones debería realizar un Estado contratante, una vez que haya adoptado medidas en virtud del artículo 11, para garantizar la protección ininterrumpida del niño? 71
 - B ¿Tienen las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 11 derecho al reconocimiento y la ejecución en virtud del Convenio de 1996? 72
- 7 Medidas provisionales 77**
- A ¿Cuándo pueden adoptarse medidas provisionales? 79
 - (a) ¿Cuáles son las medidas de “carácter provisional”? 80
 - (b) ¿Cuánto duran las medidas provisionales adoptadas en virtud del artículo 12? 80
 - (c) ¿Qué otras gestiones podría realizar un Estado contratante una vez que haya adoptado medidas provisionales en virtud del artículo 12 para garantizar la protección ininterrumpida del niño? 81
 - B ¿Tienen las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 12 derecho al reconocimiento y la ejecución en virtud del Convenio de 1996? 81
- 8 Continuación de las medidas adoptadas 83**
- A ¿Se mantendrán en vigor las medidas de protección a pesar de un cambio de las circunstancias que eliminen la base sobre la cual se fundó la competencia? 85
 - B ¿Qué constituye un “cambio de circunstancias” al que hace referencia el artículo 14? 85
- 9 Ley aplicable a las medidas de protección 89**
- A Ley aplicable a las medidas de protección adoptadas por una autoridad judicial o administrativa 91
 - (a) ¿Qué ley será aplicada por las autoridades de un Estado contratante que adopta medidas destinadas a la protección de la persona o de los bienes del niño? 91
 - (b) Cuando la residencia habitual del niño cambia de un Estado contratante a otro, ¿qué ley rige las “condiciones de aplicación” de una medida de protección en el nuevo lugar de residencia habitual del niño si la medida fue adoptada en el lugar anterior de residencia habitual del niño? 92
 - B Ley aplicable a la responsabilidad parental cuando no hubo intervención de una autoridad judicial o administrativa 94
 - (a) ¿Qué ley es aplicable a la atribución o la extinción de la responsabilidad parental que se produce sin intervención de una autoridad judicial o administrativa? 94
 - (b) ¿Qué sucede con la atribución o la extinción de responsabilidad parental en caso de cambio de la residencia habitual del niño? 96
 - (c) ¿Qué ley es aplicable al ejercicio de la responsabilidad parental? 97

- (d) La modificación o la privación de la responsabilidad parental mediante medidas de protección adoptadas por autoridades judiciales o administrativas 98
 - C Protección de terceros 99
 - D Disposiciones generales en materia de ley aplicable 99
 - (a) Se aplican las normas en materia de ley aplicable aun si no designan la ley de un Estado contratante? 99
 - (b) ¿Incluye la referencia a la ley de otro Estado una referencia a las normas de derecho internacional privado de ese otro Estado? 100
 - (c) ¿Existen circunstancias en las que la ley designada en virtud de las normas del Convenio de 1996 no deba aplicarse? 100
- 10 Reconocimiento y ejecución de una medida de protección 101**
- A ¿Cuándo se reconocerá y se ejecutará una medida de protección adoptada en un Estado contratante en otro Estado contratante? 103
 - B ¿Cuándo puede denegarse el reconocimiento de una medida adoptada por un Estado contratante en otro? 104
 - (a) La medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en los artículos 5 a 14 del Convenio de 1996 105
 - (b) Excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales del Estado requerido 105
 - (c) Excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin una persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental haya tenido la posibilidad de ser oída 105
 - (d) El reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño 106
 - (e) La medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado Contratante requerido 106
 - (f) No se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 33 106
 - C ¿Cómo puede estar segura una persona de que se reconocerá una decisión en otro Estado contratante? (“Reconocimiento anticipado”) 109
 - D ¿Cuándo se ejecutará una medida de protección adoptada en un Estado contratante en otro Estado contratante? 110
- 11 Autoridades Centrales y cooperación 113**
- A El rol de una Autoridad Central en virtud del Convenio de 1996 115
 - B La designación y el establecimiento de una Autoridad Central 116
 - C ¿Qué asistencia debe ofrecer una Autoridad Central? 118
 - D Situaciones en las que es obligatorio que las autoridades cooperen / se comuniquen 120
 - (a) Cuando una autoridad prevea la colocación de un niño en el exterior 120
 - (b) Provisión de información cuando un niño está expuesto a un grave peligro y cambia de residencia / está presente en otro Estado 121
 - E Instancias específicas de cooperación 124
 - (a) Solicitud a otro Estado contratante para proporcionar un informe sobre la situación del niño, o para adoptar medidas de protección con respecto a un niño 124
 - (b) Solicitud de informaciones útiles para la protección del niño cuando se prevé la adopción de medidas de protección 125
 - (c) Solicitud de asistencia para la puesta en práctica de medidas de protección en el extranjero 126
 - (d) Solicitud / suministro de asistencia en casos de visita / contacto internacionales 127
 - (e) Suministro de documentación que fije los poderes atribuidos a una persona que tiene responsabilidad parental o esté a cargo de la protección del niño 127

- F La transmisión de datos personales e información por parte de las autoridades 130
 - G Gastos de la Autoridad Central / autoridad pública 130
- 12 Relación entre el Convenio de 1996 y otros instrumentos 133**
- A ¿Cómo afecta el Convenio de 1996 el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 que regula la tutela de menores*? 135
 - B ¿Cómo afecta el Convenio de 1996 el funcionamiento del *Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores*? 135
 - C ¿Cómo afecta el Convenio de 1996 el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*? 136
 - D ¿Cómo afecta el Convenio de 1996 el funcionamiento de otros instrumentos? 136
- 13 Temas especiales 139**
- A Sustracción internacional de menores 141
 - (a) ¿Cuál es el rol del Convenio de 1996 en las situaciones en las que es aplicable a la sustracción del niño el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores? 142
 - (b) ¿Cuál es el rol del Convenio de 1996 en las situaciones en las que el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores no es aplicable a la sustracción del niño? 146
 - B Derecho de visita / contacto 148
 - (a) ¿Qué son los “derechos de visita”? 148
 - (b) Cooperación administrativa entre los Estados en los casos de derecho de visita / contacto internacionales 148
 - (c) Reconocimiento anticipado 149
 - (d) Reubicación internacional 151
 - (e) El derecho de visita / a mantener un contacto transfronterizo en los casos de aplicación tanto del Convenio de 1980 como del Convenio de 1996 152
 - C La colocación del niño en una familia de acogida, *kafala* y en un establecimiento transfronterizo 153
 - D Adopción 159
 - E La mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos para la resolución amistosa de controversias 160
 - (a) La facilitación de acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño en las situaciones a las que se aplica el Convenio de 1996 160
 - (b) La mediación en los casos de sustracción internacional de menores 162
 - (c) Participación de los niños en el proceso de mediación 164
 - F Categorías especiales de niños 165
 - (a) Niños refugiados, desplazados internacionalmente o sin residencia habitual 165
 - (b) Niños que han escapado, han sido abandonados o víctimas del tráfico de personas 167
 - (c) Niños que se trasladan de un Estado a otro cuando se han involucrado autoridades públicas 170
 - G Los bienes del niño 174
 - H La representación de los niños 176
 - I Puntos de conexión 178
 - (a) Residencia habitual 178
 - (b) Presencia 180
 - (c) Nacionalidad 180
 - (d) Vínculo estrecho 181

Anexo I Texto del *Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* 183

Anexo II Lista de comprobación de implementación 199

1

Capítulo 1

Introducción



- 1.1** El Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños¹ puede llegar a convertirse en un instrumento ampliamente ratificado y utilizado. Aborda una amplia gama de cuestiones relativas a la protección internacional de niños. Por lo tanto, la amplitud del alcance del Convenio garantiza su relevancia universal. Asimismo, el Convenio responde a una necesidad global, real y comprobada de contar con un mejor marco internacional relativo a cuestiones transfronterizas de protección de niños. El trabajo de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado continúa revelando situaciones de niños vulnerables que podrían verse aliviadas mediante la aplicación del Convenio de 1996. Además, este Convenio sigue la innovación de los Convenios de La Haya de 1980 y 1993 sobre los Niños² en tanto combina un marco jurídico internacional con mecanismos de cooperación. Esta inclusión de estructuras de cooperación dentro del Convenio es crucial para que el Convenio alcance sus objetivos. Tales estructuras promueven un mejor intercambio de información y asistencia mutua transfronterizos y garantizan que, a través de una diversa variedad de Estados, existan mecanismos que permitan el pleno efecto práctico de las normas jurídicas.
- 1.2** Entre los niños que podrían resultar beneficiados por la implementación del Convenio de 1996 se encuentran los siguientes:
- aquellos que sean objeto de controversias internacionales entre los progenitores en materia de custodia o visita / contacto;
 - aquellos que sean objeto de sustracción internacional (incluso en los Estados que no puedan incorporarse al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores);
 - aquellos que sean sometidos a medidas de protección en el extranjero que no están comprendidas en la definición de adopción y, por lo tanto, se encuentran fuera del alcance del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional;
 - aquellos que sean objeto de tráfico transfronterizo y otras formas de explotación, tales como el abuso sexual³;
 - aquellos que sean refugiados o menores no acompañados.
 - aquellos que se reubican internacionalmente con sus familias.

¹ El *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*. En adelante, toda referencia al “Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”, al “Convenio de 1996” o al “Convenio”, aludirá a este Convenio. Para el texto del Convenio, véase Anexo I.

² El *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, en adelante, “el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores”, o “el Convenio de 1980”. Para más información acerca del funcionamiento práctico del Convenio de 1980, por favor véanse las Guías de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980, disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net > “Sección Sustracción de Niños” y “Guías de Buenas Prácticas”. El *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, en adelante “el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional”, o “el Convenio de 1993”. Para más información acerca del funcionamiento práctico de este Convenio, por favor véase la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1993, también disponible en < www.hcch.net > “Sección Adopción Internacional” y “Guías de Buenas Prácticas”.

³ En este aspecto, cabe destacar que las disposiciones del Convenio de 1996 complementan las disposiciones del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Nueva York, 25 de mayo de 2000)*, que entró en vigor el 18 de enero de 2002 (texto completo disponible en < http://treaties.un.org/doc/Treaties/2000/05/20000525%2003-16%20AM/Ch_IV_11_cp.pdf >). Véanse, en particular, los arts. 9(3) y 10(2) del Protocolo Facultativo.

- 1.3 El amplio movimiento transfronterizo de niños en muchas regiones del mundo plantea diversos problemas que comprenden desde la venta y el tráfico de niños y la explotación de niños no acompañados hasta la difícil situación de los niños refugiados y la colocación, a veces no regulada, de niños en el extranjero. El marco general de cooperación que el Convenio de 1996 pone en práctica podría facilitar el traslado transfronterizo de niños. Esto se aplica, por ejemplo, a África del Sur y África del Este⁴, los Balcanes, algunos de los Estados de Europa del Este y el Cáucaso, partes de América del Sur y América Central, al igual que muchas partes de Asia.
- 1.4 La ratificación temprana del Convenio de 1996 por parte de Marruecos fue un indicio importante del valor potencial del Convenio en los Estados cuyas leyes están influenciadas por la ley Sharia o se basan en ella. En efecto, el hecho de que el Convenio de 1996 fuera sensible a este uso en particular puede observarse en la referencia expresa a la institución de *kafala* en el artículo 3. Asimismo, los involucrados en el Proceso de Malta⁵ han convocado a todos los Estados a considerar cuidadosamente la posibilidad de ratificar el Convenio de 1996 o adherir a él⁶. Dentro de Europa, la Unión Europea ha reconocido el beneficio del Convenio para sus Estados miembros durante mucho tiempo⁷. De hecho, el propio Reglamento de la UE en materia de responsabilidad parental se basaba, en gran medida, en el Convenio de 1996⁸.
- 1.5 Puede que el atractivo global del Convenio de 1996 sea atribuible al hecho de que tiene en cuenta la amplia gama de instituciones y sistemas jurídicos de protección de niños existentes en todo el mundo. No intenta crear un derecho internacional uniforme en materia de protección de niños. En este sentido se puede hacer referencia a la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (en adelante, la “CDN”)⁹. En cambio, la función del Convenio de 1996 consiste en evitar conflictos jurídicos y administrativos y construir la estructura necesaria a efectos de una cooperación internacional efectiva en materia de protección de niños entre los diferentes sistemas. En este aspecto, el Convenio brinda una notable oportunidad para tender puentes entre sistemas jurídicos con diversos antecedentes culturales o religiosos.

4 Véase párr. 4 de las Conclusiones y Recomendaciones del Seminario sobre Protección Transfronteriza de Niños en la Región de África del Sur y África del Este (Pretoria, 22-25 de febrero de 2010), disponible en < www.hcch.net > “Noticias & Acontecimientos” y “2010”.

5 El “Proceso de Malta” es un proceso de diálogo entre magistrados y funcionarios de gobierno de alto rango de los Estados contratantes de los Convenios de 1980 y 1996 y los Estados no contratantes cuyos sistemas jurídicos se basan en la Sharia o están influenciados por esta. El diálogo comprende debates acerca del modo de garantizar una mejor protección de los derechos de visita/contacto transfronterizos para los progenitores y sus hijos y cómo combatir los problemas planteados por la sustracción internacional entre los Estados involucrados. El Proceso comenzó en la Conferencia Judicial sobre cuestiones transfronterizas del Derecho de Familia, que tuvo lugar en San Julián, Malta, los días 14-17 de marzo de 2004. El Proceso continúa hasta el día de la fecha: véase < www.hcch.net >, “Sección Sustracción de Niños” y “Seminarios judiciales sobre la protección internacional de niños”.

6 Véase la Tercera Declaración de Malta en el párr. 3, disponible en < www.hcch.net > (ruta indicada *supra*, nota 5).

7 Véanse, *e.g.*, la Decisión del Consejo 2003/93/EC de 19 de diciembre de 2002 por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio y la Decisión del Consejo 2008/431/EC de 5 de junio de 2008 por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de 1996.

8 Reglamento (CE) del Consejo N° 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en adelante el “Reglamento Bruselas IIa”. Al momento de la publicación de este Manual, 26 Estados miembros de la UE han ratificado el Convenio y los dos países restantes se han comprometido a ratificar el Convenio en el futuro cercano.

9 La *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (20 de noviembre de 1989). Texto disponible en < <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm> > (consultada por última vez el 15 de abril de 2011).

1.6 En función de un creciente entendimiento global de las fortalezas del Convenio de 1996¹⁰, y dado que el número de Estados contratantes¹¹ continúa creciendo¹², este es un momento propicio para la publicación del presente Manual. El Manual responde a la solicitud efectuada por la Oficina Permanente en 2006 durante la Quinta Reunión de la Comisión Especial sobre los Convenios de 1980 y 1996¹³. En las respuestas al Cuestionario¹⁴ que se hizo circular con anterioridad a la reunión de la Comisión Especial, la idea de una guía sobre el Convenio de 1996 había recibido fuerte apoyo. Luego de las consultas realizadas en el marco de la reunión, se adoptó la siguiente Conclusión y Recomendación (párr. 2.2):

“La Comisión Especial invita a la Oficina Permanente, en consulta con los Estados miembros de la Conferencia de La Haya y Estados contratantes a los Convenios de 1980 y 1996, a comenzar los trabajos preparatorios para el desarrollo de una guía práctica para el Convenio de 1996 que debería:

- a) aconsejar sobre los factores a ser considerados en el proceso de implementación del Convenio en la ley nacional, y
- b) ayudar a explicar la aplicación práctica del Convenio”.

1.7 La Oficina Permanente inició su trabajo mediante la redacción de un documento dedicado a brindar consejos prácticos a los Estados que estaban considerando la posibilidad de implementar el Convenio en la ley nacional (de conformidad con el párr. 2.2(a)). La “lista de comprobación de implementación” se finalizó en 2009 y ahora aparece como Anexo II del presente Manual. En 2009, se hizo circular un primer borrador del Manual entre los Estados¹⁵. El Manual estaba destinado a asistir a los Estados, aún en su versión preliminar. Se solicitó que los Estados hicieran comentarios acerca del proyecto de Manual, de modo tal de poder realizar más ajustes e introducir más mejoras antes de su publicación definitiva. El proyecto de Manual fue posteriormente revisado nuevamente y sometido a la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre

10 Véanse, e.g., la Declaración de la Conferencia internacional judicial sobre la reubicación de familias en países fronterizos (23-25 de marzo de 2010) párr. 7, el cual, en el contexto de casos de reubicación de familias en países fronterizos, reconoce el marco de los Convenios de 1980 y 1996 como “una parte integral del sistema global para la protección de los derechos de los niños”; las Conclusiones del Seminario Judicial de Marruecos sobre la Protección Transfronteriza de Niños y Familias, Rabat (Marruecos), 13-15 de diciembre de 2010; las Conclusiones y Recomendaciones de la Reunión Interamericana de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre la Sustracción Internacional de Niños (México, DF, 23-25 de febrero de 2011); todos disponibles en < www.hcch.net > (ruta indicada *supra*, nota 5).

11 Salvo disposición en otro sentido, cuando el presente Manual hace referencia a un “Estado contratante”, se alude a un Estado contratante del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños.

12 Se entiende que el resto de los Estados miembros de la UE (Bélgica e Italia) así como Argentina, Canadá, Colombia, Israel, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay y Sudáfrica también están considerando activamente la posibilidad de ratificar el Convenio o adherir a él. Asimismo, EE.UU. firmó el Convenio de 1996 el 10 de octubre de 2010.

13 Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006).

14 Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Doc. Prel. N° 1 de abril de 2006 a la atención de la Comisión Especial de octubre / noviembre de 2006 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, disponible en < www.hcch.net > “Sección Sustracción de Niños” y “Cuestionarios y respuestas”.

15 El borrador del Manual se hizo circular entre los Órganos Nacionales y de Contacto de los miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, al igual que entre las Autoridades Centrales de los Estados contratantes de los Convenios de 1996 y 1980. Asimismo, se envió una copia impresa del borrador del Manual a los Embajadores de Estados que no son miembros contratantes de los Convenios de 1996 y 1980.

Protección de Niños, que tuvo lugar del 1 al 10 de junio de 2011 (en adelante, la Comisión Especial de 2011 (Parte I))” para su aprobación definitiva. De conformidad con las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial, se le solicitó a la Oficina Permanente, “con el asesoramiento de los expertos, introducir modificaciones al Proyecto Revisado del Manual Práctico, a la luz de los comentarios proporcionados en la reunión de la Comisión Especial” antes de proceder a la publicación definitiva (párr. 54).

- 1.8 La Oficina Permanente agradece los comentarios recibidos en varios momentos del proceso, y los comentarios por escrito recibidos de: Australia, Canadá, Eslovaquia, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Países Bajos (Oficina del Juez de Enlace, Protección Internacional de Niños), Portugal, Suiza, la Unión Europea, así como de numerosos expertos, incluidos Nigel Lowe, Peter McEleavy, el Honorable Presidente del Tribunal (*Lord Justice*) Mathew Thorpe, y el Servicio Social Internacional¹⁶. Este Manual no habría sido posible sin los esfuerzos conjuntos de la Oficina Permanente, en especial de: William Duncan, ex Subsecretario General; Hannah Baker, Oficial Letrada Senior; Kerstin Bartsch, Oficial Letrada Senior; Juliane Hirsch, ex Oficial Letrada Senior; Joëlle Küng, ex Oficial Letrada; Eimear Long, ex Oficial Letrada; y Nicolas Sauvage, ex Oficial Letrado.
- 1.9 Tal como se comentara en la Quinta reunión de esta Comisión Especial en 2006¹⁷, el foco del presente Manual es necesariamente diferente del de las Guías de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores¹⁸. El presente Manual no se concentra en la misma medida en las ‘buenas prácticas’ previamente establecidas en virtud del Convenio destinadas a guiar las prácticas futuras, puesto que todavía hay pocas prácticas a las que recurrir. En cambio, pretende ser una **guía práctica** accesible y fácil de asimilar relativa al Convenio. Mediante el uso de un lenguaje simple, ejemplos de casos pertinentes y amplios y simples diagramas de flujo, se espera que el Manual promueva un entendimiento claro del modo en que el Convenio está destinado a funcionar en la práctica y garantice, de este modo, que los Estados contratantes establezcan y fomenten las buenas prácticas en virtud del Convenio desde el comienzo. Este Manual se inspira en gran medida en el Informe Explicativo del Convenio de 1996¹⁹ y debe ser leído y utilizado conjuntamente con este. Este manual no substituye ni modifica en modo alguno el Informe Explicativo que mantiene su significancia como parte de los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) para el Convenio de 1996.
- 1.10 El presente Manual está destinado a **todos** los usuarios del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, incluidos los Estados, Autoridades Centrales, jueces, profesionales y el público en general.
- 1.11 Cabe destacar que las directrices provistas en el presente Manual no son jurídicamente vinculantes y ninguna disposición incluida en ellas podrá interpretarse como vinculante respecto de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños.

16 Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2011 (Parte I), párrs. 54 y 55, disponible en < www.hcch.net > “Sección Sustracción de Niños” luego “reuniones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio”.

17 Informe sobre la Quinta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006), disponible en < www.hcch.net > “Sección Sustracción de Niños” y “Reuniones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio”.

18 Todas las Guías de Buenas Prácticas publicadas en virtud del Convenio de 1980 se encuentran disponibles en < www.hcch.net > “Sección Sustracción de Niños” y “Guías de Buenas Prácticas”.

19 P. Lagarde, Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, Procedimientos de la Decimoctava Sesión (1996), Tomo II, *Protección de Menores*, La Haya, SDU, 1998, pp. 535-605. Este documento se encuentra disponible en < www.hcch.net > “Publicaciones” luego “Informes Explicativos”. En adelante, se hace referencia a este simplemente como “el Informe Explicativo”.

2

Objetivos del Convenio de 1996

Capítulo 2

-
- A EL PREÁMBULO DEL CONVENIO DE 1996
 - B OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL CONVENIO DE 1996

- 2.1 Los objetivos del Convenio de 1996 se encuentran establecidos en forma amplia en el Preámbulo del Convenio y, en forma más específica, en el artículo 1 del Convenio.

A EL PREÁMBULO DEL CONVENIO DE 1996

- 2.2 El Preámbulo deja en claro que el Convenio está destinado a mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional y, a tal efecto, pretende evitar conflictos entre los sistemas jurídicos con respecto a las medidas adoptadas para la protección de los niños.
- 2.3 El Preámbulo establece estos objetivos en un contexto histórico al hacer referencia al Convenio de La Haya de 1961 sobre Protección de Menores²⁰ y su necesidad de revisión²¹ y ubicar el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños en el marco de la CDN²². El Preámbulo también contiene amplias declaraciones de principios que influyen en las disposiciones del Convenio; a saber, la importancia de la cooperación internacional para la protección de los niños y la confirmación de que el interés superior del niño es una consideración primordial en las cuestiones relativas a la protección del niño (el principio de “interés superior del niño” es mencionado varias veces en distintos lugares del cuerpo del Convenio)²³.

B OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL CONVENIO DE 1996

ARTÍCULO 1

- 2.4 En este contexto, el artículo 1 establece los objetivos del Convenio en forma específica. En los términos del Informe Explicativo del Convenio, el artículo 1 opera de modo similar a un “índice de las materias” del Convenio²⁴, ya que el artículo 1 a) a e) refleja ampliamente los objetivos de los Capítulos II a V del Convenio²⁵.
- 2.5 El primer objetivo del Convenio, conforme al artículo 1 a), consiste en determinar el Estado contratante cuyas autoridades son **competentes** para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño. Cabe destacar que el Convenio determina exclusivamente el Estado contratante pertinente cuyas autoridades son competentes y no las autoridades competentes dentro de dicho Estado. Las normas en materia de competencia están incluidas en el Capítulo II del Convenio y se analizan a continuación en los **Capítulos 4 a 7** del presente Manual.
- 2.6 El segundo y el tercer objetivos, descritos en el artículo 1 b) y c), se relacionan con la determinación de la **ley aplicable**. El segundo objetivo consiste en identificar la ley aplicable por las autoridades en el ejercicio de su competencia. El tercer objetivo consiste en identificar la ley aplicable específicamente a la responsabilidad parental²⁶ que surge sin que medie intervención de autoridad judicial o administrativa. Las normas relativas a estas cuestiones están incluidas en el Capítulo III del Convenio y se analizan a continuación en el **Capítulo 9** del presente Manual.

20 El *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores*. Texto completo disponible en < www.hcch.net > “Convenios” y “Convenio 10”.

21 Informe Explicativo, párr. 1.

22 *Ibid.*, párr. 8.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*, párr. 9.

25 Sin embargo, cabe destacar que el art. 1 b) y c) del Convenio se analiza en el Capítulo III del Convenio (Ley Aplicable).

26 Conforme la definición del art. 1(2) del Convenio – véanse *infra*, párrs. 3.16 y ss.

- 2.7 El cuarto objetivo, establecido en el artículo 1 d), consiste en asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes. Las normas relativas tanto al reconocimiento como a la ejecución están incluidas en el Capítulo IV del Convenio y se analizan a continuación en el **Capítulo 10** del presente Manual.
- 2.8 El quinto y último objetivo, establecido en el artículo 1 e), consiste en establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la **cooperación** necesaria para conseguir los objetivos del Convenio. Esta cooperación está prevista en el Capítulo V del Convenio y se analiza en el **Capítulo 11** del presente Manual.

3

*Ámbito de
aplicación*

Capítulo 3

-
- A ¿EN QUÉ ESTADOS Y DESDE QUÉ FECHA SE APLICA EL CONVENIO DE 1996?
 - B ¿A QUÉ NIÑOS SE APLICA EL CONVENIO DE 1996?
 - C ¿QUÉ CUESTIONES ESTÁN CUBIERTAS POR EL CONVENIO DE 1996?
 - D ¿QUÉ CUESTIONES NO ESTÁN CUBIERTAS POR EL CONVENIO DE 1996?

A ¿EN QUÉ ESTADOS Y DESDE QUÉ FECHA SE APLICA EL CONVENIO DE 1996?

ARTÍCULOS 53, 57, 58, 61

- 3.1 El Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños se aplicará sólo a las medidas de protección²⁷ adoptadas en un Estado contratante **después** de la entrada en vigor del Convenio en dicho Estado²⁸.
- 3.2 Las disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución del Convenio (Capítulo IV) se aplicarán sólo a las medidas de protección adoptadas **después** de la entrada en vigor del Convenio en las relaciones **entre** el Estado en que se ha adoptado la medida de protección y el Estado contratante en el que se persigue el reconocimiento y/o la ejecución de la medida de protección²⁹.
- 3.3 A fin de entender si el Convenio es aplicable en un caso en particular, es importante poder determinar:
- si el Convenio ha entrado en vigor en un Estado en particular y en qué fecha sucedió; y
 - si el Convenio ha entrado en vigor en las relaciones **entre** un Estado contratante en particular y otro Estado contratante y en qué fecha sucedió.
- 3.4 Las normas relativas a la entrada en vigor del Convenio en un Estado en particular varían según el hecho de que el Estado haya **ratificado** el Convenio o **adherido** a él.
- La **ratificación** del Convenio está abierta sólo a los Estados que fueron miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de celebrarse su Decimoctava Sesión, *i.e.*, los Estados que fueron miembros de la Conferencia de La Haya al 19 de octubre de 1996³⁰.
 - Todos los demás Estados pueden **adherir** al Convenio³¹.
- 3.5 El Convenio entrará en vigor en un Estado del siguiente modo:
- para los Estados que **ratifiquen** el Convenio, el Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación³².
 - para los Estados que **adhieren** al Convenio, el Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de nueve meses después del depósito de su instrumento de adhesión³³.

27 En adelante, se hará referencia a las “medidas de protección de la persona o de los bienes del niño” de conformidad con el art. 1 como “medidas de protección” o simplemente “medidas”. El Convenio no brinda una definición amplia de dichas medidas de protección, no obstante, véanse arts. 3 y 4 e *infra*, párrs. 3.14-3.52.

28 Art. 53(1).

29 Art. 53(2).

30 Art. 57.

31 Art. 58. La adhesión sólo estará disponible para los Estados una vez que el propio Convenio haya entrado en vigor de conformidad con el art. 61(1). Conforme al art. 61(1), el Convenio entró en vigor el 1 de enero de 2002, luego de su tercera ratificación (que fue la de Eslovaquia, posterior a las de Mónaco y la República Checa que fueron el primer y el segundo Estado en ratificar el Convenio). A partir del 1 de enero de 2002, la adhesión al Convenio ha estado abierta a cualquier Estado.

32 Art. 61(2) a).

33 Art. 61(2) b).

- 3.6 Para los Estados que **adhieren** al Convenio existe un período de espera más extenso con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio, puesto que, durante los primeros seis meses posteriores a la adhesión, todos los demás Estados contratantes tienen la oportunidad de formular objeciones a su adhesión. Tres meses después de la expiración de dicho período de seis meses (*i.e.*, luego de un total de nueve meses), el Convenio entrará en vigor en el Estado adherente. Sin embargo, la adhesión entrará en vigor exclusivamente respecto de las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que **no** hayan formulado objeción alguna a la adhesión durante dicho período de seis meses³⁴.
- 3.7 Todo Estado que ratifique el Convenio **luego** de que otro Estado haya adherido a él puede formular una objeción a la adhesión de dicho Estado al momento de su ratificación³⁵. Si el Estado ratificante notifica al depositario de dicha objeción, el Convenio no afectará las relaciones entre el Estado ratificante y el Estado que ha adherido previamente al Convenio (excepto que la objeción del Estado ratificante sea retirada y hasta el momento en que ello suceda)³⁶.
- 3.8 Con respecto a la aplicación del Convenio en las relaciones **entre** Estados contratantes, el Convenio se aplicará en las relaciones entre los Estados contratantes cuando: (1) haya entrado en vigor en **ambos** Estados contratantes; y (2) en el caso de un Estado adherente, siempre que, en el supuesto de que otro Estado contratante pudiera optar por formular una objeción a la adhesión, dicho Estado contratante no lo haya hecho.
- 3.9 Las objeciones a las adhesiones deberían ser excepcionales.

Cómo encontrar información actualizada acerca del estado actual del Convenio de 1996

La tabla del estado actual del Convenio de 1996, publicado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se encuentra disponible online en < www.hcch.net >, en “Convenios”, “Convenio 34” y “Estado actual”.

Esta tabla brinda información actualizada acerca del estado actual del Convenio de 1996, que comprende todas las ratificaciones del Convenio y las adhesiones a él, al igual que las objeciones a dichas adhesiones.

■ **EJEMPLO 3 (A)**³⁷ *El Estado A **adhiera a**³⁸ el Convenio el 18 de abril de 2010. El Estado B **ratifica**³⁹ el Convenio el 26 de agosto de 2010. Luego de la ratificación, el Estado B no formula objeción alguna a la adhesión del Estado A⁴⁰.*

34 Art. 58(3).

35 Art. 58(3).

36 El Convenio de 1996 no contiene una disposición explícita respecto del retiro de objeciones a las adhesiones. Sin embargo, en el contexto de otros Convenios de La Haya se ha aceptado que tal retiro sea posible (*e.g.*, véase párr. 67 de las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Apostilla, Obtención de pruebas, Notificación y Acceso a la justicia, disponible en < www.hcch.net > “Sección Apostilla” luego “Comisiones Especiales”).

37 Where case examples are mentioned in this Practical Handbook, the reference to Contracting States assumes that the Convention has entered into force between these Contracting States prior to the events in question, unless otherwise indicated.

38 Art. 58(1).

39 Art. 57(2).

40 Art. 58(3).

El Convenio entra en vigor en el Estado A el 1 de febrero de 2011⁴¹. El Convenio entra en vigor en el Estado B el 1 de diciembre de 2010⁴². El Convenio entra en vigor en las relaciones entre ambos Estados el 1 de febrero de 2011.

El 14 de febrero de 2011 se emite una orden de contacto en el Estado B.

Dado que la orden se ha emitido luego de la entrada en vigor del Convenio en las relaciones entre el Estado B y el Estado A, las disposiciones del Capítulo IV del Convenio serán aplicables y la orden se reconocerá de pleno derecho en el Estado A⁴³.

■ EJEMPLO 3 (B)

El Estado C **ratifica** el Convenio el 21 de marzo de 2009; el Estado D **adhiera al** Convenio el 13 de abril de 2009. El Estado C no formula objeción alguna a la adhesión del Estado D.

El Convenio entra en vigor en el Estado C el 1 de julio de 2009⁴⁴. El Convenio entra en vigor en el Estado D el 1 de febrero de 2010⁴⁵. Por lo tanto, el Convenio entra en vigor en las relaciones entre los Estados el 1 de febrero de 2010.

El 5 de agosto de 2009 se emite una orden judicial relativa a arreglos de custodia y contacto en el Estado C. En septiembre de 2009, una parte persigue el reconocimiento y la ejecución de la orden en el Estado D.

Puesto que la orden de custodia y contacto se ha emitido en el Estado C antes de que el Convenio entrara en vigor en el Estado D (y, por lo tanto, antes de que el Convenio entrara en vigor en las relaciones entre ambos Estados), los mecanismos del Convenio en materia de reconocimiento y ejecución no serán aplicables⁴⁶.

No obstante, si ambos Estados son parte en el Convenio de La Haya de 1961 sobre Protección de Menores, entonces puede que la orden tenga que reconocerse en virtud de dicho Convenio⁴⁷. De lo contrario, deberá verificarse si existe algún acuerdo regional o bilateral entre el Estado C y el Estado D que rija el reconocimiento y la ejecución de dichas órdenes de custodia y contacto. Si tampoco existiera acuerdo regional o bilateral alguno, puede que haya disposiciones existentes de derecho interno en el Estado D que asistan a las partes⁴⁸.

41 Art. 61(2) b).

42 Art. 61(2) a).

43 Art. 23(1) (excepto que se establezca alguna de las causales de denegación del reconocimiento, en cuyo caso el reconocimiento podrá, pero no deberá, denegarse – véanse art. 23(2) e *infra*, Capítulo 10).

44 Art. 61(2) a).

45 Art. 61(2) b).

46 Art. 53(2).

47 Art. 51. Véase, en particular, art. 7, del Convenio de 1961 sobre Protección de Menores. Véanse, asimismo, *infra*, párrs. 12.2-12.3, para un análisis sobre la relación entre el presente Convenio y el Convenio de La Haya de 1961. Véase, asimismo, el Informe Explicativo, párr. 169.

48 *Ibid.*, párr. 178, que establece, “[b]ien entendido que el Estado requerido puede siempre reconocer las decisiones tomadas anteriormente, pero esto será en virtud de su Derecho nacional y no en virtud del Convenio”.

■ EJEMPLO 3 (C)

El Estado E **ratifica** el Convenio el 5 de marzo de 2007. El Estado F **adhiera al** Convenio el 20 de marzo de 2008. En abril de 2008, el Estado E notifica al depositario de su objeción a la adhesión del Estado F⁴⁹.

El Convenio entra en vigor en el Estado E el 1 de julio de 2007⁵⁰. El Convenio entra en vigor en el Estado F el 1 de enero de 2009⁵¹. Sin embargo, la adhesión del Estado F no afectará las relaciones entre el Estado F y el Estado E debido a la objeción del Estado E a su adhesión⁵². El Convenio no entrará en vigor en las relaciones entre ambos Estados excepto que el Estado E retire su objeción a la adhesión del Estado F y hasta el momento en que ello suceda.

En julio de 2009, una pareja no casada con dos hijos con residencia habitual en el Estado F, pero nacionales del Estado E, se separa. Surge una controversia acerca del lugar donde los hijos deberían vivir y con quién. El padre inicia un proceso en función de esta cuestión en el Estado F. Dado que el Convenio ha entrado en vigor en el Estado F, dicho Estado es competente para adoptar medidas de protección respecto de los niños de conformidad con el artículo 5 del Convenio⁵³.

La madre presenta una solicitud cruzada ante las autoridades del Estado F a fin de obtener permiso para reubicarse en el Estado E con los niños. Las autoridades del Estado F le conceden permiso a la madre para reubicarse y le otorgan al padre contacto con los niños.

Luego de la reubicación de la madre y los hijos, no se adhiere a la orden de contacto. El padre persigue el reconocimiento y la ejecución de la orden de contacto en el Estado E.

Si bien el Convenio ha entrado en vigor tanto en el Estado E como en el Estado F, dado que el Estado E formuló una objeción a la adhesión del Estado F, el Convenio no ha entrado en vigor en las relaciones entre ambos Estados. Por lo tanto, los mecanismos del Convenio en materia de reconocimiento y ejecución no serán aplicables en este caso⁵⁴.

No obstante, si ambos Estados son parte en el Convenio de La Haya de 1961 sobre Protección de Menores, entonces es posible que la orden tenga que reconocerse en virtud de dicho Convenio. De lo contrario, deberá verificarse si existe algún acuerdo regional o bilateral entre el Estado E y el Estado F que rija el reconocimiento y la ejecución de dichas órdenes de custodia y contacto. Si tampoco existiera acuerdo regional o bilateral alguno, es posible que aún haya disposiciones existentes de derecho interno en el Estado F que asistan a las partes.

49 Art. 58(3).

50 Art. 61(2) a).

51 Art. 61(2) b).

52 Art. 58(3).

53 Véase *infra*, Capítulo 4.

54 Art. 53(2).

- **EJEMPLO 3 (D)** *El Estado G **adhiera al** Convenio el 13 de agosto de 2008. El Estado H **ratifica el** Convenio el 30 de octubre de 2009 y, luego de la ratificación, notifica al depositario de su objeción a la adhesión del Estado G⁵⁵.*

El Convenio entra en vigor en el Estado G el 1 de junio de 2009⁵⁶. El Convenio entra en vigor en el Estado H el 1 de febrero de 2010⁵⁷. Sin embargo, el Convenio no afectará las relaciones entre el Estado G y el Estado H, ni siquiera luego del 1 de febrero de 2010, debido a la objeción del Estado H a la adhesión del Estado G⁵⁸. El Convenio no entrará en vigor en las relaciones entre ambos Estados excepto que el Estado H retire su objeción a la adhesión del Estado G y hasta el momento en que ello suceda.

B ¿A QUÉ NIÑOS SE APLICA EL CONVENIO DE 1996?

ARTÍCULO 2

- 3.10 El Convenio se aplica a todos los niños⁵⁹ a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años⁶⁰.
- 3.11 A diferencia de los Convenios de La Haya de los Niños de 1980 y 1993, un niño no tiene que ser residente habitual en un Estado **contratante** para quedar comprendido dentro del ámbito del Convenio de 1996. Por ejemplo, un niño puede tener su residencia habitual en un Estado **no contratante** pero aún quedar comprendido dentro del ámbito del artículo 6 (niños refugiados, niños internacionalmente desplazados, o aquellos cuya residencia habitual no pueda determinarse), el artículo 11 (medidas en casos de urgencia) o el artículo 12 (medidas provisionales) del Convenio de 1996⁶¹.
- 3.12 Sin embargo, cabe destacar que cuando un niño tiene su residencia habitual en un Estado **contratante**, las normas de competencia comprendidas en el Capítulo II forman un sistema completo y cerrado que se aplica como un bloque en los Estados contratantes. Por lo tanto, “un Estado contratante no está autorizado a ejercer jurisdicción sobre uno de estos niños si dicha jurisdicción no se encuentra determinada en el Convenio”⁶².

55 Art. 58(3).

56 Art. 61(2) b).

57 Art. 61(2) a).

58 Art. 58(3).

59 Cabe destacar que el Convenio puede aplicarse incluso si el niño afectado no es ni un residente habitual en un Estado contratante, ni un nacional de un Estado contratante, *e.g.*, el art. 6 del Convenio que se funda solamente en la presencia del niño en el Estado contratante. Véanse el Informe Explicativo, párr. 17, e *infra*, párrs. 3.11-3.13.

60 Para las personas de 18 años de edad o mayores quienes, a causa de una discapacidad o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentran en una posición de proteger sus intereses, se aplicará el *Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos* (en adelante, el “Convenio de 2000 sobre Protección de los Adultos”) si los Estados pertinentes son Estados contratantes de dicho Convenio. Véase, asimismo, el Informe Explicativo, párrs. 15-16.

61 En lo que respecta al art. 6, véanse *infra*, párrs. 4.13-4.18 y 13.58 y ss.; en lo que respecta a los artículos 11 y 12, véanse *infra*, **Capítulos 6 y 7**.

62 Informe Explicativo, párr. 84. Excepto, por supuesto, cuando se aplica el art. 52, véanse *infra*, párrs. 12.5-12.8.

- 3.13 Por el contrario, cuando un niño no tiene su residencia habitual en un Estado contratante, las autoridades de un Estado contratante pueden ejercer su competencia fundándose en las normas del Convenio cuando sea posible; pero, además, no existe nada que impida a las autoridades ejercer su competencia fundándose en las normas de su Estado no previstas en el Convenio⁶³. En este caso, el beneficio obvio de ejercer la competencia en función de las normas del Convenio, cuando sea posible, es que la medida será reconocida y ejecutoria en todos los demás Estados contratantes de conformidad con las disposiciones del Capítulo IV del Convenio⁶⁴. Por otra parte, cuando se ejerce la competencia en base a fundamentos de competencia no previstos en el Convenio, las medidas de protección no tienen derecho a ser reconocidas y ejecutadas en virtud del Convenio⁶⁵.

■ **EJEMPLO 3 (E)** *Un niño es residente habitual y está presente en el Estado no contratante X. Las autoridades en el Estado contratante A ejercen su competencia para adoptar una medida de protección respecto del niño en virtud de sus normas de competencia no previstas en el Convenio en función de que el niño es un nacional del Estado contratante A. El Estado contratante A tiene derecho a hacerlo pero la medida de protección puede no ser reconocida en virtud del Convenio en otros Estados contratantes⁶⁶.*

■ **EJEMPLO 3 (F)** *Un niño es residente habitual en un Estado no contratante Y. El niño ha llegado recientemente al Estado contratante limítrofe B como consecuencia de la guerra civil que se encuentra en curso en el Estado no contratante Y. Hubo una masacre en su pueblo y el niño ha quedado huérfano. Las autoridades en el Estado contratante B toman medidas de protección con relación al niño en virtud del artículo 6(1) del Convenio. Estas medidas de protección serán reconocidas de pleno derecho en todos los demás Estados contratantes⁶⁷.*

63 Informe Explicativo, párrs. 39 y 84.

64 Siempre que se cumplan los demás criterios comprendidos en el Capítulo IV - véase *infra*, **Capítulo 10**.

65 Art. 23(2) a) – si la medida ha sido adoptada por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en el Convenio, este es un motivo por el cual se puede denegar el reconocimiento en virtud del Convenio. Véase Informe Explicativo, párr. 122.

66 Art. 23(2) a). Véase, asimismo, **Capítulo 13**, párrs. 13.58-13.60 en lo referente a niños que son refugiados, desplazados internacionalmente o sin una residencia habitual.

67 Art. 23(1). Este será el caso excepto que se configure un fundamento para la denegación del reconocimiento en virtud del art. 23(2) – véase, asimismo, *infra*, **Capítulo 10**.

C ¿QUÉ CUESTIONES ESTÁN CUBIERTAS POR EL CONVENIO DE 1996?

ARTÍCULO 3

3.14 El Convenio fija normas respecto de las “medidas destinadas a la protección de la persona o los bienes del niño”⁶⁸. El Convenio no brinda una definición precisa en cuanto a qué pueden incluir estas “medidas de protección”. Sin embargo, los ejemplos de los temas que pueden conllevar estas medidas de protección se establecen en el artículo 3. Este no pretende ser un listado exhaustivo de ejemplos⁶⁹.

3.15 Las medidas de protección pueden, por lo tanto, versar en particular sobre lo siguiente:

(a) La atribución, ejercicio, privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación⁷⁰

3.16 El término “responsabilidad parental” está definido en el artículo 1(2) del Convenio e incluye la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño⁷¹. La descripción del término en el Convenio es deliberadamente amplia⁷². El término cubre al mismo tiempo la responsabilidad respecto a la persona del niño, la responsabilidad respecto a sus bienes y, generalmente, la representación legal del niño, cualquiera sea el nombre dado a la institución jurídica en cuestión.

3.17 En lo concerniente a la persona del niño, los “derechos y obligaciones” a los que hace referencia el artículo 1(2) incluyen aquellos que pertenecen a los padres, tutores o representantes legales con relación a la crianza y al desarrollo del niño. Estos derechos y obligaciones podrían estar relacionados, por ejemplo, con la custodia, educación, decisiones respecto de la asistencia médica, determinación de la residencia del niño o la supervisión de la persona del niño y, en particular, sus relaciones.

3.18 El término “poderes” en el artículo 1(2) está relacionado de manera más específica con la representación del niño. Normalmente, esta representación es asumida por los progenitores, pero puede ser ejercida, en todo o en parte, por terceros, por ejemplo en los casos de fallecimiento, incapacidad, ineptitud o incompetencia de los progenitores, o cuando un niño haya sido abandonado por sus progenitores o haya sido colocado con un tercero por otra razón. Tales “poderes” podrían ser ejercidos con relación a la persona o a los bienes del niño.

68 Art. 1.

69 Para un mayor análisis de una serie de medidas contenidas en el art. 3, véase *infra*, **Capítulo 13** sobre temas especiales. Cabe destacar que los ejemplos dados en el art. 3 no constituyen categorías rígidas: las medidas de protección bien pueden abarcar uno o más de los ejemplos dados, *e.g.*, en las leyes nacionales de algunos Estados contratantes, la colocación de un niño en una familia de acogida (art. 3 e)) puede involucrar también una restricción de la responsabilidad parental (art. 3 a)). Una medida de protección tal estará claramente comprendida dentro del ámbito del Convenio. Además, dependiendo de las medidas disponibles en la legislación local de un Estado contratante, “las medidas de protección” no emanarán de un tribunal judicial o administrativo: *e.g.*, un funcionario de una autoridad pública, como un oficial de policía o trabajador social, puede estar facultado en virtud de la legislación local para adoptar una “medida de protección” con respecto a un niño, habitualmente en una situación de urgencia. Si la función de la medida es proteger al niño, excepto que se encuentre comprendida dentro de una categoría dispuesta en el Art. 4, parecería quedar comprendida dentro del ámbito material de aplicación del Convenio.

70 Art. 3 a).

71 Art. 1(2).

72 Véase el Informe Explicativo, párr. 14. La expresión toma su inspiración del art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, este concepto de responsabilidad parental no era lo suficientemente preciso para determinadas delegaciones; de aquí la explicación más amplia contenida en el art. 1(2) del Convenio de 1996.

- 3.19 La terminología utilizada para estos conceptos varía entre los Estados, entre guarda, autoridad parental, *patria potestas*, así como también la propia “responsabilidad parental”, siendo algunos ejemplos. Incluso cuando se encuentre el propio término “responsabilidad parental” en el derecho nacional de un Estado, la interpretación dada al término en el derecho nacional no debe ser considerada necesariamente como equivalente a su interpretación en el Convenio. Al término del Convenio se le debería dar un significado autónomo del Convenio.
- 3.20 Pueden existir muchas maneras diferentes mediante las cuales las personas pueden adquirir la responsabilidad parental en virtud de la ley interna de un Estado. A menudo los titulares de la responsabilidad parental son identificados de pleno derecho: por ejemplo, en muchos Estados la responsabilidad parental es otorgada de pleno derecho a los progenitores casados al momento del nacimiento de su hijo y, en algunos Estados, esto se extiende, por ejemplo, a los progenitores no casados que viven juntos. En algunos Estados los titulares de la responsabilidad parental se pueden identificar al perfeccionar un acto particular, como el reconocimiento del niño por parte de un padre no casado, el matrimonio ulterior de los progenitores del niño o un acuerdo parental. La responsabilidad parental también puede ser asignada por decisión de una autoridad judicial o administrativa. El término “atribución” de responsabilidad parental en el artículo 3 a) pretende cubrir todos estos métodos de adquisición de la responsabilidad parental.
- 3.21 Asimismo, pueden existir muchas maneras distintas mediante las cuales las leyes internas de los Estados prevén el ejercicio, privación total o parcial y delegación de la responsabilidad parental. El amplio alcance del artículo 3 garantiza que todos esos métodos estén incluidos dentro de su disposición, y por lo tanto dentro del ámbito del Convenio.

- **EJEMPLO 3 (G)** *El derecho del Estado contratante A dispone que si un progenitor indica en una disposición testamentaria quién desea que cuide de la persona y/o los bienes del niño al momento de su fallecimiento, esto le otorgará a esa persona responsabilidad parental al ejecutarse la disposición. Esta atribución de responsabilidad parental queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del Convenio⁷³.*
- **EJEMPLO 3 (H)** *En un caso de abandono grave y maltrato de un niño, las autoridades del Estado contratante B toman medidas para desplazar al niño del cuidado de sus progenitores y de privarlos totalmente de su responsabilidad parental. Esta privación total de la responsabilidad parental queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del Convenio⁷⁴.*

73 Art. 3 a).

74 *Id.* También es posible que en determinados Estados Contratantes, en casos de abuso / abandono, el niño pueda ser trasladado lejos del/de los progenitor(es) o tutor(es) legales pero se mantendrá la responsabilidad parental del/ de los progenitor(es) o tutor(es) legales, sujeta a determinadas restricciones. Esta “privación parcial” de la responsabilidad parental también quedará comprendida dentro del ámbito del Convenio (art. 3 a)).

(b) Derechos de custodia, incluidos los derechos concernientes al cuidado de la persona del niño y, en particular, el derecho a determinar el lugar de residencia del niño, así como también los derechos de visita / contacto, incluido el derecho de trasladar a un niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual⁷⁵

- 3.22 Esta sección incorpora todas las medidas concernientes al cuidado y crianza del niño, y la visita o contacto con él. Tales medidas pueden determinar con qué progenitor, u otra persona, debería vivir un niño y cómo se organizará la visita al progenitor con quien no vive el niño, u otra persona. Medidas como esta se encuentran comprendidas dentro del ámbito del Convenio independientemente de los títulos que se les otorgue en virtud del derecho nacional de un Estado⁷⁶. En tanto los “derechos de visita” y los “derechos de guarda” se encuentran definidos en el artículo 3 b), la redacción replica aquella del artículo 5 b) del Convenio de 1980. Esto es intencional y los términos “derechos de guarda” y “derechos de visita” deberían interpretarse de manera consistente a fin de garantizar la complementariedad de los dos Convenios⁷⁷.

(c) Tutela, curatela e instituciones análogas⁷⁸

- 3.23 Estas instituciones constituyen sistemas de protección, representación o asistencia que se establecen a favor de un niño cuando sus padres han fallecido o no están más autorizados para representarlo⁷⁹.

(d) La designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, representarlo o asistirlo⁸⁰

- 3.24 Además del progenitor o tutor, la “persona u organismo” al que se hace referencia aquí podría ser, asimismo, un tutor *ad litem* o un defensor de menores, o una persona que tenga autoridad sobre el menor en circunstancias particulares (e.g., una escuela o una persona que dirija un centro vacacional a quien se le solicita que tome decisiones médicas [respecto del niño] ante la ausencia del representante legal)⁸¹.

75 Art. 3 b).

76 Véase el Informe Explicativo, párr. 20, que establece: “El Convenio no puede pretender utilizar un término que convenga a las particularidades lingüísticas de todos los Estados representados”.

77 Véase, asimismo, *infra*, Capítulo 13, párrs. 13.15-13.30 respecto a la visita / contacto. Véase, asimismo, la Base de datos sobre la sustracción internacional de niños (INCADAT) en < www.incadat.com > para la jurisprudencia local principal respecto del significado de estos términos en virtud del Convenio de 1980. Estos términos conllevan significados autónomos y deberían interpretarse independientemente de toda restricción local.

78 Art. 3 c).

79 Véase Informe Explicativo, párr. 21.

80 Art. 3 d).

81 Informe Explicativo, párr. 22.

(e) La colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga⁸²

- 3.25 Este párrafo se refiere a las formas alternativas de cuidado que se le pueden brindar a un niño⁸³. Estas se aplican por lo general cuando el niño ha quedado huérfano o los progenitores no pueden cuidarlo⁸⁴.
- 3.26 Es dable observar que este párrafo no se refiere a la adopción o a las medidas preparatorias para la adopción, incluida la colocación de un niño para adopción⁸⁵. Estas medidas están excluidas del ámbito de aplicación del Convenio por el artículo 4 de manera expresa⁸⁶.
- 3.27 La institución de *kafala* es ampliamente utilizada en algunos Estados como una manera de cuidado de los niños cuando sus progenitores no puedan cuidarlos. De conformidad con la institución *kafala*, los niños son cuidados por nuevas familias o parientes pero por lo general no se rompe el vínculo legal con sus progenitores de nacimiento⁸⁷. *Kafala* puede tener lugar de manera transfronteriza, pero dado que es un acuerdo que no constituye una adopción no se encuentra dentro del ámbito del Convenio de La Haya de Adopción Internacional de 1993. No obstante, cuando es utilizada, la institución *kafala* constituye claramente una medida de protección con respecto a un niño y por lo tanto se encuentra comprendida expresamente dentro del ámbito del Convenio de 1996⁸⁸.
- 3.28 Cuando una autoridad con competencia en virtud de los artículos 5 a 10 del Convenio contemple la adopción de una medida de protección dentro del alcance del artículo 3 e) (i.e., una medida relativa a la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección mediante *kafala* o una institución análoga) y esa colocación o protección deba tener lugar en otro Estado contratante, surgen determinadas obligaciones en virtud del artículo 33 del Convenio de 1996. Esta cuestión, conjuntamente con el tema del

82 Art. 3 e). Véanse, asimismo, *infra*, **Capítulo II**, párrs. 11.13-11.17 y **Capítulo 13**, párrs. 13.31-13.42, relativo al art. 33 del Convenio que se aplica “[c]uando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante [...]”.

83 Con relación a la adopción de medidas de protección respecto del cuidado de carácter alternativo de los niños, véanse “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”, acogidas formalmente por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/64/142 de 24 de febrero de 2010 (disponible en < http://www.unicef.org/protection/alternative_care_Guidelines-English.pdf >). Las Directrices “establecen pautas adecuadas de orientación política y práctica” con relación al cuidado de carácter alternativo de los niños, “con el fin de promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados de cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación [...]” (véase el Preámbulo de la Resolución de la Asamblea General). Las Directrices incluyen una sección consagrada al “Acogimiento de niños fuera de su país de residencia habitual” (Capítulo VIII). Este Capítulo recomienda que los Estados ratifiquen el Convenio de 1996 o se adhieran a él, “para velar por la cooperación internacional y la protección del niño en esas situaciones” (párr. 138).

84 Al interpretar disposiciones similares del Reglamento Bruselas II a, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que tanto la decisión de trasladar al niño de la familia original como la decisión de colocarlo en acogimiento familiar quedan comprendidas dentro del ámbito del Reglamento (véase Caso C-435/06 de 27 de noviembre de 2007 [2007] ECR I-10141 y, además, Caso C-523/07 de 2 de abril de 2009 [2009] ECR I-0000).

85 Véase *infra*, párr. 3.38 respecto del significado de la palabra “colocación” en este contexto.

86 Véanse *infra*, párrs. 3.32 y ss. respecto del art. 4 del Convenio y párrs. 3.38-3.39 respecto de la adopción. Véase, asimismo, *infra*, la sección especial relativa a adopción en el **Capítulo 13**, párrs. 13.43-13.45. Por último, véase el Informe Explicativo, párr. 28.

87 Sin embargo, las normas relativas a la institución de *kafala* difieren entre los Estados en que se encuentra.

88 Véase el Informe Explicativo, párr. 23.

alcance preciso de las medidas de protección que “disparan” las obligaciones del artículo 33, se aborda *infra*, en los **Capítulos 11 y 13**⁸⁹.

(f) La supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo ⁹⁰

- 3.29 Esta categoría reconoce que la relación de una autoridad pública con un niño no siempre estará limitada a colocar al niño en un ambiente de cuidado alternativo. Una autoridad pública puede cumplir, asimismo, el rol de supervisar el cuidado del niño en su propia familia, o en otro ambiente. Tales medidas quedan comprendidas íntegramente en el ámbito de aplicación del Convenio puesto que están destinadas claramente a la protección de la persona del niño.

(g) La administración, conservación o disposición de los bienes del niño ⁹¹

- 3.30 Esta categoría incluye todas las medidas destinadas a la protección de los bienes del niño⁹². Puede incluir, por ejemplo, la designación de un tutor *ad litem* para proteger los intereses del niño con relación a determinados bienes dentro del contexto de un litigio específico en trámite.
- 3.31 Cabe destacar, no obstante, que el Convenio no cercena los sistemas de derecho patrimonial. El Convenio por lo tanto no cubre el derecho sustantivo relacionado con los derechos de propiedad, por ejemplo, controversias relativas a la posesión / título de propiedad.

D ¿QUÉ CUESTIONES NO ESTÁN CUBIERTAS POR EL CONVENIO DE 1996?

ARTÍCULO 4

- 3.32 Existen determinadas medidas que han sido específicamente excluidas del ámbito de aplicación del Convenio. Esta lista es exhaustiva y cualquier medida destinada a la protección de la persona o a los bienes del niño que no esté cubierta por esta lista puede quedar comprendida dentro del ámbito de aplicación del Convenio.

(a) El establecimiento y la impugnación de la filiación⁹³

- 3.33 Esta disposición excluye del ámbito del Convenio las medidas relacionadas con el establecimiento o la impugnación de la paternidad de un niño en particular o niños. Por lo tanto, si se realiza una solicitud a las autoridades de un Estado contratante para establecer o impugnar la paternidad de un niño en particular, esas autoridades deberán recurrir a sus normas jurisdiccionales no previstas en el Convenio para evaluar si gozan de competencia. De manera similar, el derecho aplicable y el reconocimiento de las decisiones extranjeras sobre este asunto son cuestiones que se dejan para las normas no previstas en el Convenio.

89 Véanse *infra*, párrs. 11.13-11.17 y 13.31-13.42.

90 Art. 3 f).

91 Art. 3 g).

92 Para un mayor análisis respecto de la aplicación del Convenio a las medidas destinadas a la protección de los bienes del niño, véanse *infra*, párrs. 13.70-13.74.

93 Art. 4 a).

- 3.34 Esta exclusión se extiende a la pregunta de si las partes de la filiación, i.e., el niño y el/ los progenitor(es) en el caso de un menor/menores, requieren la autorización de un representante legal para reconocer la relación. Corresponderá a las normas de un Estado no previstas en el Convenio determinar las respuestas a interrogantes tales como:
- si un niño que es reconocido debe consentir a dicho reconocimiento y debe ser representado para tal fin si es menor de determinada edad;
 - si se debe designar un tutor *ad litem* para representar o asistir al niño en un juicio de filiación; o
 - si la madre menor de edad de un niño debe estar representada con relación a cualquier declaración de reconocimiento o consentimiento o cualquier actuación respecto del estatus del niño⁹⁴.

Sin embargo, la pregunta respecto de la identidad del representante legal del niño afectado y en cuanto a si, por ejemplo, la designación de esa persona opera de pleno derecho o requiere la intervención de una autoridad, queda comprendida dentro del ámbito del Convenio⁹⁵.

- 3.35 La exclusión del artículo 4 a) del Convenio también se extiende al estatus de un niño nacido como consecuencia de un acuerdo internacional de alquiler de vientre.
- 3.36 El establecimiento o la impugnación de una filiación no están abordados por otros Convenios de La Haya (excepto, como un punto secundario, en el Convenio de La Haya de 2007 sobre los Alimentos para los Niños⁹⁶ donde se cubre la cuestión de la paternidad que surge en el contexto de las medidas alimenticias).
- 3.37 Asimismo, se excluye de esta disposición la pregunta respecto de si la legitimación de un niño, *e.g.*, por el matrimonio ulterior o por reconocimiento voluntario, afecta el estatus de un niño.

(b) Decisiones sobre la adopción y las medidas preparatorias tendientes a la adopción, o la anulación o revocación de la adopción⁹⁷

- 3.38 Esta exclusión es muy amplia y se aplica a todos los aspectos del proceso de adopción, incluida la colocación del niño para adopción⁹⁸. Es dable observar que la palabra “colocación” en este contexto implica la intervención de una autoridad pública y no se refiere a acuerdos menos formales respecto del cuidado del niño.
- 3.39 Sin embargo, después de que tenga lugar la adopción, no se realiza distinción alguna entre los niños adoptados y los otros a los fines de este Convenio. Las normas del Convenio, por lo tanto, se aplicarán a todas las medidas de protección dirigidas a la persona y a los bienes de los niños adoptivos del mismo modo en que se aplican a todos los demás niños.

94 Véase el Informe Explicativo, párr. 27.

95 Véase *supra*, párr. 3.24, art. 3 d).

96 *El Convenio de La Haya de 23 de noviembre 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia* – véanse artículos 6(2) h) y 10(1) c). Véase, asimismo, art. 1 del *Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias*, así como también art. 2 del *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias* y art. 3 del *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a Obligaciones Alimenticias*.

97 Art. 4 b).

98 Véanse *infra*, párrs. 13.43-13.45 sobre adopción.

(c) El nombre y apellidos del niño⁹⁹

- 3.40 Las medidas relacionadas con los nombres y los apellidos de un niño no están incluidas dentro del ámbito del Convenio puesto que se consideran como cuestiones relativas a la protección del niño¹⁰⁰.

(d) Emancipación¹⁰¹

- 3.41 La emancipación es la liberación del menor del control de sus padres o tutores. La emancipación puede operar de pleno derecho, por ejemplo, en el caso de matrimonio, o por decisión de una autoridad competente. La emancipación tiene por objeto liberar al niño de la autoridad parental, convirtiéndola en la antítesis de una medida de protección. Esto explica su exclusión del ámbito de aplicación del Convenio.

(e) Las obligaciones alimenticias¹⁰²

- 3.42 Las obligaciones alimenticias son objeto de una serie de convenios internacionales diferentes, más recientemente el Convenio de La Haya de 2007 sobre Alimentos para los Niños y su Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.

(f) Los *trusts* y las sucesiones¹⁰³

- 3.43 Las cuestiones de derecho internacional privado relativas a los *trusts* ya han sido tratadas en el *Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y su Reconocimiento*.
- 3.44 La sucesión constituye el objeto del *Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte*.

(g) La seguridad social¹⁰⁴

- 3.45 La seguridad social está subvencionada por organismos cuya determinación depende de puntos de conexión tales como, por ejemplo, el lugar de trabajo, o la residencia habitual de la(s) persona(s) con seguro social. Estos puntos de conexión no coincidirán necesariamente con la residencia habitual del niño. Por lo tanto, se pensó que las normas del Convenio se habrían adaptado de manera deficiente a tales medidas¹⁰⁵.

99 Art. 4 c).

100 Véase el Informe Explicativo, párr. 29.

101 Art. 4 d).

102 Art. 4 e).

103 Art. 4 f).

104 Art. 4 g).

105 Informe Explicativo, párr. 33.

(h) Las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud¹⁰⁶

- 3.46 No todas las cuestiones relativas a la salud o educación se encuentran excluidas del ámbito del Convenio. Solamente están excluidas las medidas **públicas de carácter general**, por ejemplo, medidas que exigen la asistencia escolar o que instituyen programas de vacunación¹⁰⁷.
- 3.47 Por el contrario, “[l]a colocación de un niño específico en una escuela específica o la decisión de someterlo a una operación quirúrgica, por ejemplo, son decisiones que quedarían comprendidas dentro del ámbito del Convenio”¹⁰⁸.

(i) Las medidas adoptadas como consecuencia de delitos cometidos por los niños¹⁰⁹

- 3.48 El Informe Explicativo establece que esta exclusión les permite a los Estados contratantes adoptar medidas adecuadas, ya sea punitivas o educativas, en respuesta a la perpetración de *infracciones penales* o actos delictivos por parte de los niños sin que sea necesario garantizar que tienen competencia en virtud del Convenio¹¹⁰. Procede a establecer que para que se aplique esta exclusión no es necesario que el niño esté de hecho sometido a un proceso penal (dado que con frecuencia los niños menores de determinada edad no pueden ser procesados en virtud del procedimiento penal local). En cambio, esta exclusión exige que el acto del niño fuera un acto que constituya un delito penal en virtud del derecho penal de un Estado si fuese perpetrado por una persona mayor a la edad de responsabilidad penal. La competencia para adoptar medidas en respuesta a estos actos no está cubierta por este Convenio y constituye una cuestión para el derecho nacional de cada Estado.
- 3.49 Cabe destacar, no obstante, que esta interpretación del artículo 4 i) es controvertida. Otra interpretación es que esta exclusión en el artículo 4 i) debería cubrir únicamente las medidas adoptadas como consecuencia de procesos penales de hecho instituidos contra el niño **o adoptadas de conformidad con disposiciones legales que abordan los delitos penales o actos delictivos**. En virtud de esta visión, cuando un niño comete un acto que equivale a un delito penal en virtud del derecho nacional, pero que el Estado considera, ya sea exclusivamente o sumado a las medidas penales, como una cuestión de protección del niño, (*e.g.*, cuando un adolescente que se encuentra involucrado en la prostitución / ofrecimiento con fines sexuales está sujeto a la protección del niño en lugar del proceso penal), cualquier medida de protección tomada en virtud de la legislación de protección del niño queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del Convenio.
- 3.50 Hasta el momento no existe ninguna práctica establecida sobre este tema¹¹¹.
- 3.51 Las medidas que responden a un mal comportamiento, pero no delictivo, como escaparse o negarse a asistir a clases, están cubiertas por el Convenio¹¹².

¹⁰⁶ Art. 4 h).

¹⁰⁷ Informe Explicativo, párr. 34.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Art. 4 i).

¹¹⁰ Informe Explicativo, párr. 35.

¹¹¹ Con relación al Art. 1(3)(g) del Reglamento Bruselas IIa que excluye del ámbito de aplicación del Reglamento “las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores”, véase *Health Service Executive c. S.C., A.C.* (Caso C-92/12 de 26 de abril 2012), donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que la “colocación [de un niño en un establecimiento de cuidado seguro] acompañada de medidas que involucran la privación de la libertad queda comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento cuando dicha colocación se ordene para la protección del niño, y no para su castigo” [Traducción libre] (párr. 65; véase, asimismo, párr. 66).

¹¹² Véase el Informe Explicativo, párr. 35.

(j) Las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración¹¹³

- 3.52 Las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración se encuentran excluidas del ámbito del Convenio por “tratarse de decisiones que derivan del poder soberano de los Estados”¹¹⁴. Sin embargo, sólo están excluidas las decisiones sustantivas sobre estas cuestiones. En otras palabras, la decisión respecto de si se otorgará o se denegará asilo o un permiso de residencia se encuentra excluida del ámbito del Convenio. No obstante, las medidas concernientes a la protección y/o representación de un niño que solicita asilo o un permiso de residencia quedarán comprendidas dentro del ámbito del Convenio¹¹⁵.

113 Art. 4 j).

114 Informe Explicativo, párr. 36.

115 *Ibíd.*

4

*Competencia
para adoptar
medidas de
protección*

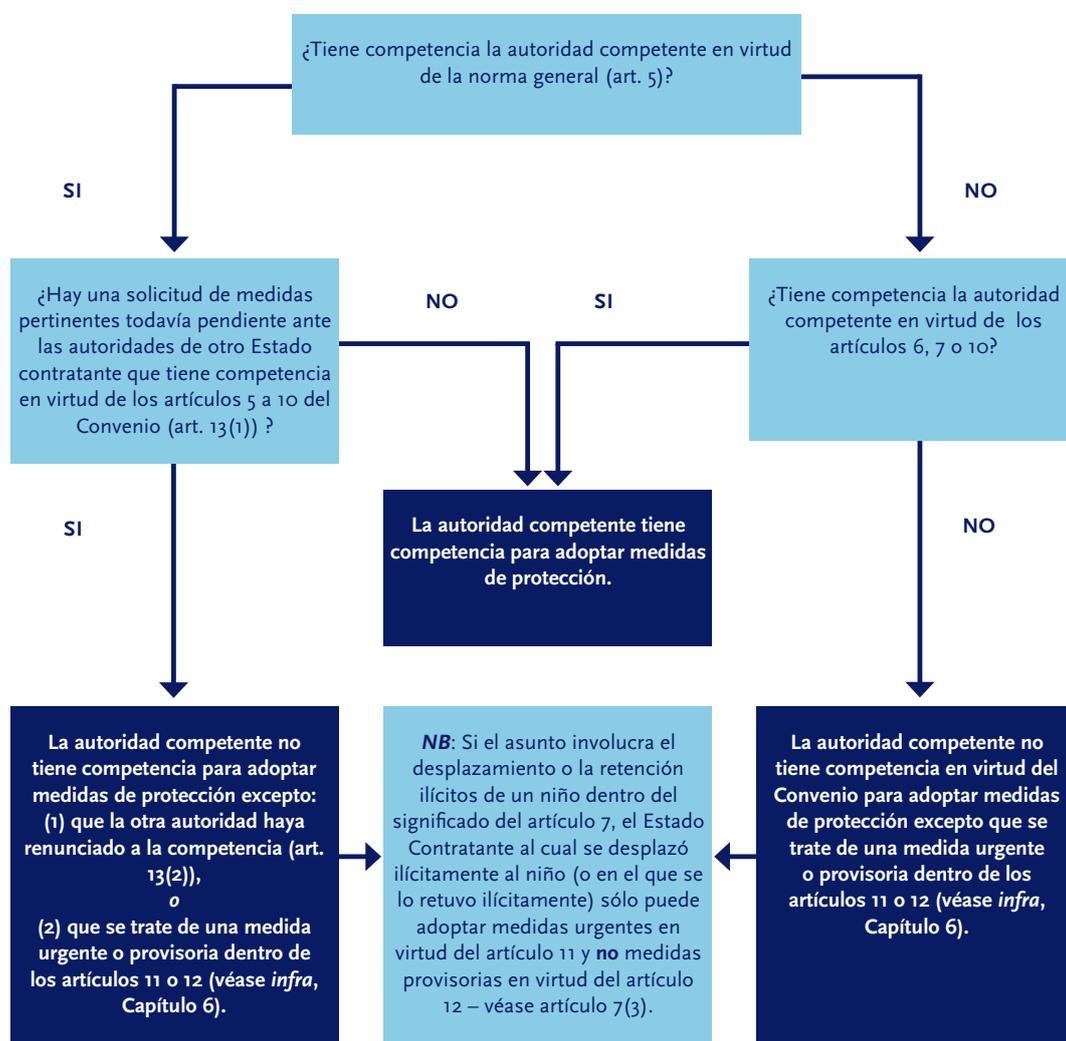
Capítulo 4

-
- A** ¿CUÁNDO TIENEN COMPETENCIA LAS AUTORIDADES DE UN ESTADO CONTRATANTE PARA ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN?
- B** LA NORMA GENERAL: LAS AUTORIDADES DEL ESTADO CONTRATANTE DE RESIDENCIA HABITUAL DEL NIÑO
- C** EXCEPCIONES A LA NORMA GENERAL
- D** ¿QUÉ SUCEDE CUANDO SON COMPETENTES LAS AUTORIDADES DE DOS, O MÁS ESTADOS CONTRATANTES?

A ¿CUÁNDO TIENEN COMPETENCIA LAS AUTORIDADES DE UN ESTADO CONTRATANTE PARA ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN?

ARTÍCULOS 5 A 14

- 4.1 Las normas sobre la competencia están establecidas en los artículos 5 a 14 del Convenio. El Convenio determina el Estado contratante cuyas autoridades tienen competencia, pero no la autoridad que es competente dentro de ese Estado contratante. Esta cuestión queda librada al Derecho procesal nacional.
- 4.2 Cuando se realiza una petición relativa a medidas dirigidas a la protección de la persona o los bienes de un niño a una autoridad competente de un Estado contratante, debería realizarse el siguiente análisis en pos de determinar si esa autoridad competente tiene jurisdicción para tomar medidas de protección¹¹⁶:



¹¹⁶ Este cuadro se aplica únicamente a Estados contratantes no obligados por normas alternativas acordadas en virtud del art. 52(2) del Convenio, que toma precedencia – véase *infra*, **Capítulo 12**. Como ejemplo, los Estados Miembro de la UE (excluida Dinamarca) necesitarán considerar las disposiciones del Reglamento Bruselas IIa. Este cuadro tampoco aborda la situación en la que cambia la residencia habitual del niño al momento en que las autoridades del Estado de residencia habitual original del niño son requeridas para adoptar una medida de protección (véanse art. 5(2) e *infra*, párrs. 4.10-(a)4.11).

- 4.3 Cabe destacar que en el esquema que antecede no se tratan las disposiciones en materia de traslado de competencia (artículos 8 y 9 del Convenio) y pueden otorgarle a un Estado contratante un método de adquirir competencia con relación a una petición respecto de medidas destinadas a la protección de la persona o los bienes de un niño (véase, asimismo, *infra*, **Capítulo 5**).

B LA NORMA GENERAL: LAS AUTORIDADES DEL ESTADO CONTRATANTE DE RESIDENCIA HABITUAL DEL NIÑO

ARTÍCULO 5

- 4.4 La primera norma de competencia en el Convenio es que las medidas de protección respecto de los niños deberían ser adoptadas por las autoridades tanto judiciales como administrativas del Estado contratante de la residencia habitual del niño.

(a) El significado de “residencia habitual”

- 4.5 El concepto de “residencia habitual”, el principal punto de conexión común en todos los Convenios modernos de La Haya relativos a los Niños, no se encuentra definido en el Convenio pero tiene que ser determinado en cada caso por las autoridades pertinentes en función de elementos fácticos. Es un concepto autónomo y debería interpretarse a la luz de los objetivos del Convenio y no en virtud de las restricciones del Derecho nacional.
- 4.6 Hay un número importante de casos de Estados contratantes al Convenio de La Haya de 1980 sobre la Sustracción de Menores que abordan la determinación de la residencia habitual de los niños¹¹⁷. No obstante, debe recordarse que puesto que la residencia habitual es un concepto fáctico, pueden existir diferentes consideraciones a tener en cuenta al determinar la residencia habitual de un niño a los efectos de este Convenio.
- 4.7 El concepto de “residencia habitual” se considera en detalle en el **Capítulo 13** de este Manual¹¹⁸.

(b) ¿Qué ocurre cuando cambia la “residencia habitual” del niño?

- 4.8 La competencia sigue a la residencia habitual del niño de modo que cuando la residencia habitual del niño cambia a otro Estado contratante, las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual tendrán competencia ¹¹⁹.
- 4.9 Aunque el Convenio no prevé el concepto de “competencia permanente”, debería recordarse que un cambio de la residencia habitual del niño no anula ninguna de las medidas que ya han sido adoptadas¹²⁰. Estas medidas siguen en vigor hasta tanto, si fuera necesario, las autoridades del Estado contratante de la nueva residencia habitual del niño adopten otras medidas adecuadas.

117 Para algunas de estas decisiones, véase INCADAT (< www.incadat.com >).

118 *Infra*, párrs. 13.83-13.87.

119 Art. 5(2).

120 Art. 14. Para más información respecto de la continuidad de las medidas, véase *infra*, **Capítulo 8**.

- 4.IO Cuando la residencia habitual del niño cambia de un Estado contratante a otro en un momento en que las autoridades del primer Estado contratante han sido requeridas para adoptar medidas de protección (*i.e.*, durante un proceso en curso), el Informe Explicativo sugiere que no se aplica el principio de *perpetuatio fori* y por lo tanto la competencia se transfiere a las autoridades del Estado contratante de la nueva residencia habitual del niño¹²¹. Cuando esto ocurre, se debería considerar el uso de las disposiciones de traslado de competencia (véase *infra*, **Capítulo 5**).
- 4.II Cuando la residencia habitual del niño cambia de un Estado contratante a un Estado **no contratante** durante el procedimiento tendiente a la obtención de una medida de protección, tampoco es aplicable el principio de *perpetuatio fori*¹²². Sin embargo, el artículo 5 del Convenio dejará de ser aplicable a partir del cambio de la residencia habitual del niño. En consecuencia, nada se opone a que la autoridad del Estado contratante conserve su competencia en virtud de sus normas no previstas en el Convenio (*i.e.*, fuera del ámbito del Convenio)¹²³. No obstante, es importante recordar que en este escenario los otros Estados contratantes no estarán obligados a reconocer las medidas que puedan ser adoptadas por esta autoridad¹²⁴.

C EXCEPCIONES A LA NORMA GENERAL

- 4.I2 Los artículos 6, 7 y 10 establecen las excepciones a la regla general, *i.e.*, las instancias en las que la competencia puede recaer en las autoridades del Estado contratante en el cual el niño no es residente habitual.

(a) Niños refugiados o internacionalmente desplazados

ARTÍCULO 6

- 4.I3 En los casos de niños refugiados o niños internacionalmente desplazados como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, ejercen la competencia las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran como consecuencia del desplazamiento. El uso de la frase “niños internacionalmente desplazados” pretende ser lo suficientemente amplia como para superar los límites que los Estados individuales pueden otorgarle a la definición de “refugiado”¹²⁵.
- 4.I4 Los niños comprendidos bajo este título son aquellos que han abandonado sus respectivos Estados por condiciones acaecidas allí y quienes pueden o no estar acompañados y que pueden o no estar privados del cuidado parental de manera temporal o permanente.

121 Informe Explicativo, párr. 42. Obsérvese que se llegó a una solución distinta en virtud del Reglamento de Bruselas IIa, véase art. 8: “**Los tribunales de un Estado Miembro serán competentes en cuestiones de responsabilidad parental sobre un niño que tiene su residencia habitual en ese Estado Miembro al momento que el tribunal es elegido**” (énfasis agregado).

122 Véase Informe Explicativo, párr. 42.

123 *Ibid.* No obstante, cabe destacar que, en dicho caso, el Estado Contratante de la Antigua residencia habitual del niño aún puede adoptar medidas de protección respecto del niño **en virtud del Convenio** si, por ejemplo, son aplicables los artículos 11 o 12 del Convenio (véanse *infra*, **Capítulos 6 y 7**). Véase, asimismo, *supra*, párr. 3.13.

124 Informe Explicativo, párr. 42. Véanse, asimismo, *supra*, párrs. 3.II-3.I3.

125 Para más información, véase *infra*, **Capítulo 13**, párrs. 1.

- 4.15 Esta excepción no pretende ser aplicable a otros niños que hayan sido desplazados internacionalmente, como los niños fugitivos o abandonados. Deberían ser aplicables otras soluciones en virtud del Convenio a casos que involucren a estos niños¹²⁶.

■ **EJEMPLO 4 (A)** *Dos niños de 6 y 8 años de edad abandonan el Estado contratante A, que se encuentra en estado de guerra civil, con su tía materna de 18 años de edad. Su madre fue asesinada como resultado de la violencia y su padre es un preso político. Los tres llegan al Estado contratante B y buscan asilo allí. En virtud del artículo 6 del Convenio, el Estado contratante B es competente para adoptar medidas destinadas a la protección de los niños, tales como ubicarlos bajo el cuidado público u otorgarle a su tía la responsabilidad parental. Esto no afecta los procedimientos en el Estado contratante B para evaluar su reclamo de asilo¹²⁷. Sin embargo, el Convenio será aplicable en lo que respecta a la cuestión de disponer la representación del niño en cualquier reclamo de asilo¹²⁸.*

(b) Niños cuya residencia habitual no puede determinarse

ARTÍCULO 6

- 4.16 Cuando la residencia habitual del niño no puede determinarse, la competencia se basa en la presencia del niño en el territorio de un Estado contratante. Se trata en este caso de una competencia de necesidad. No se debería concluir con liviandad que la residencia habitual del niño no puede determinarse¹²⁹.
- 4.17 Sin embargo, existen circunstancias en las que no resulta posible determinar la residencia habitual de un niño. Tales circunstancias podrían incluir, por ejemplo: (1) cuando un niño se desplaza frecuentemente entre dos o más Estados, (2) cuando un niño está solo o es abandonado y es difícil encontrar pruebas en aras de determinar su residencia habitual o (3) cuando se haya perdido la residencia habitual anterior del niño y no existe prueba suficiente que respalde la adquisición de una nueva residencia habitual¹³⁰.
- 4.18 Esta competencia se extingue cuando se determina que el niño tiene su residencia habitual en algún otro lugar.
- 4.19 El concepto de “residencia habitual” se considera en detalle en el **Capítulo 13** de este Manual¹³¹.

(c) Competencia en los casos de sustracción internacional de menores

ARTÍCULO 7

- 4.20 En los casos de sustracción internacional de menores, las autoridades del Estado contratante donde el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención ilícitos conservan la competencia para las medidas destinadas a la protección de la persona y los bienes del niño hasta tanto se cumpla con una serie de condiciones. Esto es para desalentar la sustracción internacional de menores al denegarle todo beneficio jurisdiccional a la parte sustractora.

¹²⁶ Para más información, véase *infra*, **Capítulo 13**, párrs. 13.61-13.64. Véase, asimismo, el Informe Explicativo, párr. 44.

¹²⁷ Art. 4 j), analizado *supra*, en párr. 3.52.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ Véase, asimismo, *infra*, **Capítulo 13**, párrs. 13.83-13.87.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Infra*, párrs. 13.83-13.87.

- 4.21 La definición de desplazamiento o retención ilícitos utilizada en el Convenio es la misma que se encuentra en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, indicando en este sentido el carácter complementario de los dos Convenios. Esto significa que la interpretación y la aplicación de las disposiciones del Convenio de 1980 respecto del desplazamiento y retención ilícitos pueden brindar ayuda en la interpretación de estos términos en virtud de este Convenio¹³².
- 4.22 Existen dos grupos de circunstancias en las cuales puede cambiar la competencia y se delega a las autoridades del Estado al cual el niño fue desplazado de manera ilícita o en el cual el niño fue retenido de manera ilícita.

■ **SITUACIÓN A:**

- *El niño ha adquirido una residencia habitual en otro Estado*
- y**
- *toda persona, institución u otro organismo que tenga derechos de guarda ha consentido el traslado o la retención.*

En esta situación es el hecho de la aquiescencia, combinado con la adquisición de una nueva residencia habitual por parte del menor, lo que motiva el cambio de competencia en virtud del artículo 7 del Convenio de 1996.

En el supuesto de que el Convenio de 1980 se encuentre también en vigor entre los dos Estados involucrados, la situación A puede ocurrir ya sea cuando:

- *no se ha presentado petición alguna para la restitución del niño en virtud del Convenio de 1980*
- o**
- *se ha presentado una petición en virtud del Convenio de 1980 y se ha adoptado un compromiso, i.e., las partes han llegado a un acuerdo de que el niño no será restituido (véanse infra, párrs. 13.46 a 13.52).*
- o**
- *se ha presentado una petición en virtud del Convenio de 1980 pero las autoridades del Estado requerido se han negado a restituir al niño de conformidad con el artículo 13 del Convenio de 1980, en función de la aquiescencia del solicitante al desplazamiento o retención ilícitos.*

Cabe destacar, por lo tanto, que el artículo 7 del Convenio de 1996 no exige que se haya tomado una decisión en la que se deniegue la restitución del niño en virtud del Convenio de 1980 antes de que se traslade la competencia al Estado donde el niño tiene su nueva residencia habitual. Como se estableciera supra, el hecho de la aquiescencia, combinado con esta adquisición de una nueva residencia, será suficiente.

Los “derechos de guarda” a los que hace referencia el artículo 7 son aquellos que han sido conferidos en virtud del Derecho del Estado en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes del desplazamiento o retención ilícitos (art. 7(2)).

■ **SITUACIÓN B:**

- *El niño ha adquirido una residencia habitual en otro Estado*
- Y**
- *el niño ha residido en ese otro Estado por un período de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga los derechos de guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño*
- Y**
- *no se encuentra pendiente aún petición alguna de restitución presentada en este plazo*
- Y**
- *el niño está integrado en su nuevo medio.*

Estas condiciones reflejan, en parte, el artículo 12 del Convenio de 1980 que permite al Estado requerido no ordenar la restitución de un niño cuando se hayan iniciado los procedimientos para la restitución después del vencimiento de un período de un año a partir de la fecha del desplazamiento / retención ilícitos del niño y se demuestra que el niño está integrado en su nuevo ámbito. (Para jurisprudencia y comentario respecto de la interpretación del término “integrado” en el art. 12(2) del Convenio de 1980, véase la Base de Datos sobre Sustracción de Niños - INCADAT: < www.incadat.com >).

Sin embargo, la diferencia importante entre las disposiciones de los dos Convenios en este sentido radica en el hecho de que en el Convenio de 1980 el período de un año comienza con el desplazamiento o retención ilícitos del niño. Por el contrario, en el Convenio de 1996, como se indicara con anterioridad, el período de un año comienza a partir de la fecha en que la persona, institución u organismo que tenga los derechos de guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño. (Véase, asimismo, el Informe Explicativo, op. cit. nota 21, párr. 49.)

*Cabe destacar que la tercera condición no exige expresamente que una petición de restitución se encuentre pendiente ante las autoridades de un Estado particular. No obstante, existen distintas interpretaciones de esta disposición. La opinión ha sido expresada en un comentario respecto de la versión en borrador de este Manual que la petición de restitución debería estar pendiente ante el Estado al cual el niño fue desplazado ilícitamente o en el cual el niño se encuentra retenido ilícitamente. Si bien esta puede ser la situación más normal en la que el Convenio de 1980 y el Convenio de 1996 son aplicables a un caso en particular, es discutible la limitación injustificable del funcionamiento del artículo 7 y es particularmente inapropiado en una situación en la cual el Convenio de 1980 no es aplicable en ningún caso dado (véase **Ejemplo 4 (B)** a continuación).*

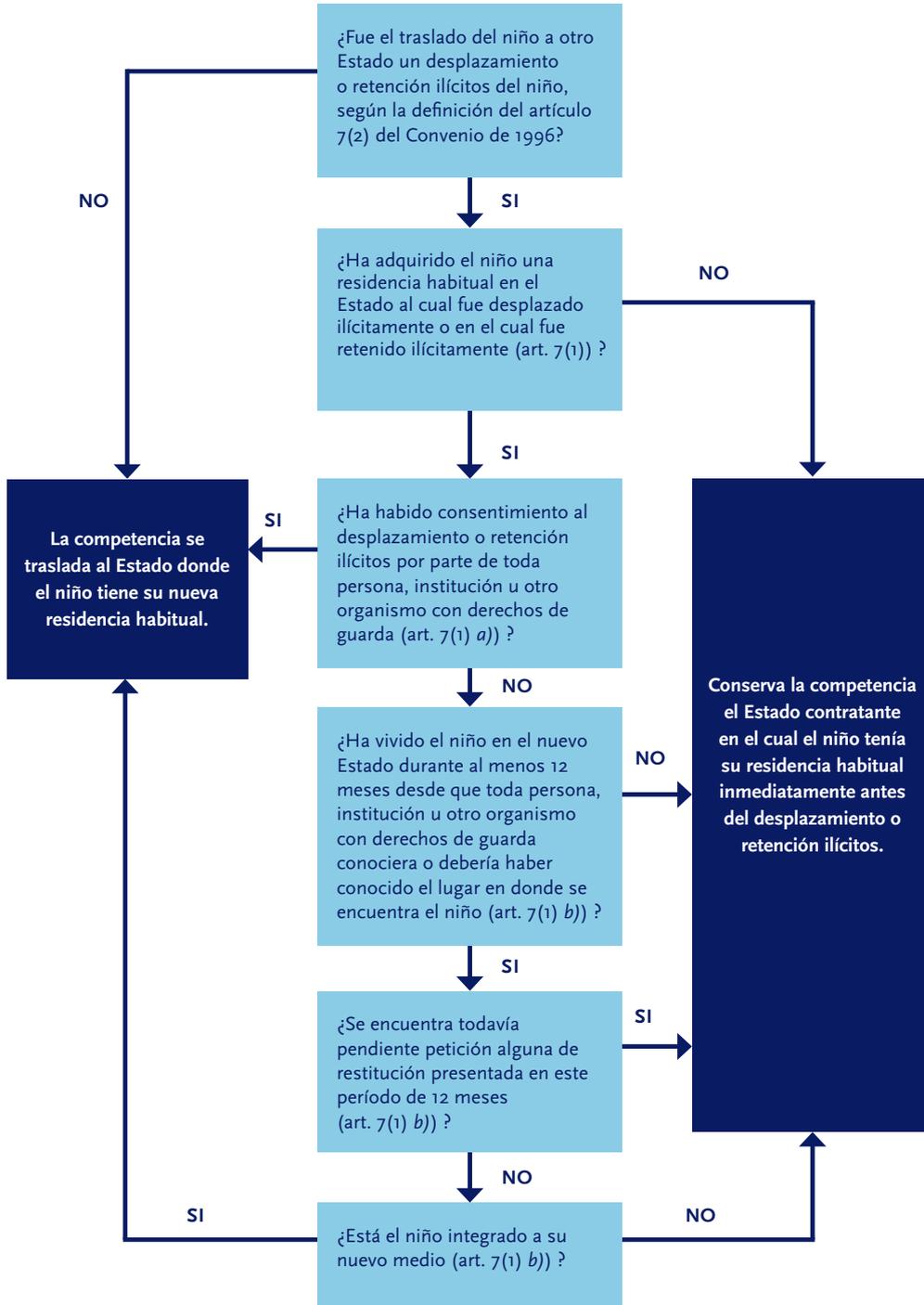
- 4.23 Mientras que las autoridades del Estado contratante del cual el niño fue desplazado o retenido ilícitamente conservan la competencia, las autoridades del Estado contratante al que el niño es desplazado o en el cual se encuentra retenido sólo puede adoptar medidas en virtud del artículo 11¹³³ (medidas necesarias de protección, cuando se trate de un caso de urgencia) y no puede adoptar medidas provisionales en virtud del artículo 12¹³⁴.

¹³³ Analizado de manera más completa *infra*, en **Capítulo 6**.

¹³⁴ Art. 7(3).

4.24 En síntesis, para determinar qué autoridades son competentes en un caso donde el niño ha sido desplazado o retenido de manera ilícita, se deben formular las siguientes preguntas:

CASOS DE SUSTRACCIÓN: FUNCIONAMIENTO DEL ARTÍCULO 7



- 4.25 El tema de sustracción internacional de menores se analiza nuevamente *infra*, en párrs. 13.1 a 13.14.

■ **EJEMPLO 4 (B)** *En el siguiente ejemplo tanto el Estado X como el Estado Y son Estados contratantes del Convenio de 1996. Sin embargo, el Estado X no es un Estado contratante del Convenio de 1980.*

Una pareja casada, la madre nacional del Estado X y el padre nacional del Estado Y, reside en el Estado Y con el hijo del matrimonio. En agosto de 2008, el matrimonio fracasa y la pareja se divorcia. En el proceso de divorcio en el Estado Y se les otorga a ambos progenitores derechos de guarda con relación al niño. Sin embargo, en agosto de 2009 la madre declara que desea regresar a su patria, el Estado X. El padre rechaza su pedido de traslado. En septiembre de 2009, temiendo que el tribunal no permitiera el traslado en oposición a los deseos del padre, la madre, de manera unilateral, y en violación de los derechos de guarda del padre, regresa con el niño al Estado X.

El padre pasa los primeros seis meses subsiguientes al traslado del niño tratando de localizar a la madre y al niño (no consulta a un abogado y desconoce la existencia del Convenio de 1996 y el apoyo que puede estar disponible en este sentido¹³⁵). Finalmente, localiza a la madre y al niño. Luego pasa otros cinco meses intentando negociar un acuerdo con la madre respecto de la guarda.

Finalmente, el padre decide que no se puede llegar a un acuerdo y consulta a un abogado. Se le aconseja que recurra al tribunal en el Estado Y para la inmediata restitución del niño y para la custodia exclusiva del niño, lo que hace en agosto de 2010. La madre es notificada de este proceso. En septiembre de 2010 la madre inicia un proceso en el Estado X por la custodia exclusiva del niño, admitiendo que desplazó al niño de manera ilícita pero argumentando que el tribunal en el Estado X actualmente tiene competencia en lo que concierne a los temas de guarda y visita dado que:

- *el niño es actualmente residente habitual en el Estado X;*
- *el niño ha residido en el Estado X durante un año a partir de la fecha en la cual el padre debería haber conocido el lugar donde se encontraba el niño;*
- *el niño está integrado en el Estado X; y*
- *no hay ninguna petición de restitución pendiente **en el Estado X.***

*El padre comparece en el juicio en el Estado X a los fines de recusar la competencia. Declara que, independientemente de todas las demás cuestiones, todavía existe una petición de restitución pendiente **en el Estado Y** y, en consecuencia, en virtud del artículo 7 del Convenio de 1996, la competencia con respecto a los temas de guarda y visita respecto del niño no se puede trasladar al Estado X.*

Utilizando las comunicaciones judiciales directas, el tribunal en el Estado X confirma con el tribunal en el Estado Y que existe una petición de restitución pendiente en el Estado Y. Una vez que se confirma esto, el Estado X desestima la petición de la madre fundándose en que el Estado Y conserva la competencia. La madre presenta en el Estado Y una contra-petición de permiso para trasladarse de manera permanente con el niño en el Estado X y ofrece un régimen de visita al padre.

En el Estado Y, la petición de restitución del niño queda suspendida (aplazada) en función de que, en esta etapa, no sería en el interés superior del niño ordenar una restitución estando pendiente el resultado de la petición de traslado de la madre, la cual, el tribunal determina, puede, y debería, ser entendida con celeridad. La petición de guarda del padre y la petición de traslado de la madre se unen y son entendidas por el tribunal en el Estado Y un mes más tarde. El tribunal en el Estado Y le concede a la madre el permiso para trasladarse con el niño y se establece un régimen de visita para el padre (que será reconocido de pleno derecho en el Estado X en virtud del art. 23 del Convenio de 1996).

En ambos ejemplos a continuación los Estados A y B son Estados contratantes del Convenio de 1980 y del Convenio de 1996.

■ **EJEMPLO 4 (C)**

El marido y su esposa viven en el Estado A con sus dos hijos. La esposa desplaza ilícitamente a los hijos al Estado B en marzo de 2008. Utilizando el Convenio de 1980, el marido pretende que los niños sean restituidos al Estado A. Sin embargo, las autoridades en el Estado B deniegan la restitución en función de que los niños se oponen a la restitución y han alcanzado una edad y un grado de madurez en los cuales es adecuado tener en cuenta sus opiniones (art. 13(2) del Convenio de 1980). El mes actual es mayo de 2009 y los acuerdos de visita y guarda todavía deben decidirse.

Aunque el marido no haya accedido al desplazamiento, debido a que los niños han estado en el Estado B durante más de un año a partir de la fecha en la que el marido tuvo conocimiento del lugar donde se encontraban los niños, las autoridades del Estado B serán competentes si ambos niños son residentes habituales y se han integrado en ese Estado¹³⁶.

■ **EJEMPLO 4 (D)**

Un padre desplaza ilícitamente a su hijo del Estado A al Estado B en enero de 2008. La madre inicia acciones en el Estado B en virtud del Convenio de 1980 a fin de que el niño sea restituido al Estado A. Las autoridades en el Estado B deniegan la petición de una orden de restitución en marzo de 2008 fundándose en que esto redundaría en un riesgo serio de daño para el niño (art. 13(1) b) del Convenio de 1980). Inmediatamente después la madre desea iniciar un proceso de guarda en el Estado A tendiente a obtener una orden para que ella tenga la custodia exclusiva del niño.

Como todavía no ha transcurrido un año desde la fecha en la que la madre supo donde se encontraba el niño, y no hay consentimiento por parte de ella, las autoridades del Estado A conservan la competencia. Esto es cierto independientemente de que el lugar en donde se encuentra el niño en la actualidad sea considerado residencia habitual.

Sin embargo, si las autoridades en el Estado A consideran que las autoridades en el Estado B están en una mejor situación para apreciar el interés superior del niño y que el Estado A está comprendido en el artículo 8(2) del Convenio de 1996 en el caso en particular, pueden solicitar (en forma directa y con la asistencia de la Autoridad Central del Estado A) que las autoridades en el Estado B asuman la competencia, o puedan suspender la consideración del caso, e invitar al padre (o a la madre) a presentar la petición ante las autoridades del Estado B. Las autoridades en el Estado B pueden asumir la competencia en la causa si consideran que ello resulta en el interés superior del niño¹³⁷.

136 Art. 7(1) b).

137 Véase, asimismo, *infra*, **Capítulo 5**, sobre traslado de competencia.

(d) Competencia en los casos en los que se encuentra pendiente un divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño

ARTÍCULO 10

4.26 Es posible para las autoridades de un Estado contratante en ejercicio de su competencia para entender una demanda de divorcio, separación de cuerpos o anulación del matrimonio de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante adoptar medidas destinadas a la protección de la persona o de los bienes del niño si se cumplen determinadas condiciones¹³⁸. A saber:

- El niño tiene residencia habitual en otro Estado contratante
- y
- el Derecho del Estado contratante de las autoridades en ejercicio de su competencia les permite adoptar tales medidas dadas las circunstancias
- y
- al momento del inicio del proceso al menos uno de los progenitores tiene residencia en ese Estado contratante
- y
- al momento del inicio del proceso al menos uno de los progenitores tiene responsabilidad parental con relación al niño
- y
- la competencia de las autoridades que deben adoptar las medidas ha sido aceptada por los progenitores, así como también por cualquier otra persona que tenga responsabilidad parental con relación al niño
- y
- es en el interés superior del niño que se ejerza esa competencia sobre estos fundamentos.

4.27 Esta competencia se extingue cuando finaliza el proceso de divorcio. El proceso de divorcio puede finalizar porque resultó en una sentencia que se ha tornado firme, otorgando o denegando el pedido de divorcio, o debido a otra razón como el retiro o la caducidad de la petición o el fallecimiento de una de las partes.

4.28 La fecha en la que finaliza el proceso de divorcio es una cuestión que debe determinar el Estado contratante en el cual tuvo lugar.

¹³⁸ Esa situación podría ocurrir, por ejemplo, cuando un progenitor se traslada lícitamente con un niño de un Estado contratante a otro siguiendo la ruptura del matrimonio y el otro progenitor permanece en el primer Estado contratante e inicia un proceso de divorcio en ese Estado. Por supuesto, es una cuestión del Derecho del Estado donde se inició el trámite determinar si tiene competencia para entender en el juicio de divorcio y determinar si el Derecho de ese Estado permite adoptar tales medidas de protección de la persona y / o los bienes del niño en estas circunstancias.

■ EJEMPLO 4 (E)

El marido y su esposa viven en el Estado contratante A con sus tres hijos. Se separan y el marido se traslada al Estado contratante B con los niños. Poco tiempo después la mujer inicia el proceso de divorcio en el Estado contratante A, donde ella tiene su residencia habitual, y ambas partes le solicitan a las autoridades en ese proceso que emitan una orden respecto de la guarda y la visita.

El Derecho en el Estado contratante A le permite a las autoridades adoptar medidas para la protección de los niños durante el curso del proceso de divorcio entre los progenitores. Las autoridades consideran que es en el interés superior de los niños que los progenitores adopten medidas para la protección de los niños. Las autoridades en el Estado contratante A por lo tanto son competentes para emitir una orden respecto de la guarda y la visita que será pasible de reconocimiento y ejecución en el Estado contratante B, y en todos los demás Estados contratantes.

Este no sería el caso si el marido se negara a aceptar la competencia de las autoridades del Estado contratante A para adoptar dichas medidas, o si esas autoridades no consideraran que la adopción de tales medidas es en el interés superior de los niños³⁹.

Los factores que las autoridades en el Estado contratante A podrían tener en cuenta para llegar a la conclusión de que es en el interés superior de los niños que ellos ejerzan la competencia podrían incluir: que el Estado contratante A sea la residencia habitual anterior de los niños, que ellos todavía pasen allí tiempo con su madre, y que el organizar los acuerdos de guarda y visita con el proceso de divorcio es más sencillo y más rápido que esperar el resultado de una segunda serie de procesos en el Estado contratante B, el Estado donde tienen su residencia habitual.

Una vez que el proceso de divorcio haya concluido en el Estado contratante A, el Estado contratante B, en virtud del artículo 5, como el Estado de residencia habitual de los niños, será competente para adoptar medidas de protección respecto de los niños. (Art. 10(2)).

■ EJEMPLO 4 (F)

El marido y su esposa viven en el Estado contratante C con sus dos hijos. La relación llega a su fin y la pareja se separa. La esposa inicia los procedimientos de divorcio y guarda y visita en el Estado contratante C. De conformidad con las normas procesales del Estado contratante C, el mismo tribunal determinará tanto el procedimiento de divorcio como las cuestiones relacionadas con la guarda / la visita respecto de los niños.

Con posterioridad al inicio de las actuaciones, la esposa obtiene un nuevo empleo en el Estado contratante D y desea reubicarse de inmediato con los niños a fin de comenzar su nuevo trabajo. El marido y su esposa acuerdan que ella y los niños pueden reubicarse de inmediato en el Estado contratante D bajo la condición de que el tribunal en el Estado contratante C determine las cuestiones relacionadas con el contacto de los hijos con su padre.

El acuerdo de reubicación de los niños se vuelve una orden de carácter provisional del tribunal (pendiente la determinación definitiva de las cuestiones de guarda y visita) y el tribunal registra formalmente el consentimiento de la madre a la competencia permanente del Estado contratante C en lo que se refiere a las cuestiones de guarda / visita hasta tanto haya concluido el procedimiento de divorcio.

Como el procedimiento de divorcio se encuentra todavía pendiente en el Estado contratante C, sea que el acuerdo respecto de la reubicación resulte o no en un cambio en la residencia habitual de los niños (i.e., si el Estado contratante C “pierde” o no su competencia en lo que se refiere a las cuestiones de guarda / visita en virtud del art. 5, de conformidad con el art. 5(2)), el Estado contratante C puede retener la competencia finalmente para determinar las cuestiones de guarda / visita sobre la base del artículo 10 del Convenio de 1996.

*No obstante, debería observarse que, en el supuesto de que la esposa **no** hubiera prestado consentimiento a la competencia permanente del Estado contratante C con respecto a las cuestiones de guarda / visita, no se aplicaría el artículo 10 del Convenio de 1996. En esas circunstancias, una vez que la residencia habitual de los niños cambiara al Estado contratante D, el Estado contratante C ya no tendría competencia para determinar esas cuestiones (de conformidad con el art. 5(2), excepto que el Estado contratante C solicitare y obtuviere de manera exitosa un traslado de competencia en virtud del art. 9).*

D ¿QUÉ SUCEDE CUANDO SON COMPETENTES LAS AUTORIDADES DE DOS, O MÁS ESTADOS CONTRATANTES?

ARTÍCULO 13

- 4.29 Como pueden existir casos en los que las autoridades de más de un Estado contratante sean competentes para adoptar medidas de protección respecto del niño, el artículo 13 dispone la resolución de los posibles conflictos de competencia.
- 4.30 El artículo 13 establece que las autoridades de un Estado contratante que sean competentes para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño de conformidad con los artículos 5 a 10, deben abstenerse de ejercer su competencia si, en el momento de iniciarse el procedimiento, se hubieran solicitado las “medidas correspondientes” a las autoridades de otro Estado contratante que fueran competentes en virtud de los artículos 5 a 10 y esas medidas estuvieran todavía en proceso de examen.
- 4.31 El término “medidas correspondientes” no está definido en el Convenio, sin embargo, parece que, para que se aplique el artículo 13, las peticiones ante ambos Estados contratantes deben ser las mismas o similares en esencia¹⁴⁰. Por ejemplo, si un Estado contratante entiende en el proceso de guarda con respecto a un niño y se le solicita a otro Estado contratante que adopte medidas de protección con relación a determinados bienes del niño, este Estado contratante podría decidir que las “medidas correspondientes” no le fueron solicitadas a otro Estado contratante y por lo tanto podría proceder a entender en la solicitud respecto de los bienes del niño¹⁴¹.
- 4.32 El artículo 13 es aplicable en tanto y en cuanto los procesos respecto de las “medidas correspondientes” en el otro Estado contratante estén todavía en proceso de examen.

¹⁴⁰ Véase el Informe Explicativo, párr. 79.

¹⁴¹ *Ibíd.*

- 4.33 Sin embargo, cabe destacar que el artículo 13(1) **no** se aplica si las autoridades del Estado contratante a las que se acude inicialmente han declinado su competencia¹⁴². El Informe Explicativo establece que la capacidad de declinar, o renunciar, a su competencia de las autoridades del Estado contratante al que se acudió en primer lugar le permite a ese Estado contratante dar prioridad al Estado contratante al que se acudió en **segundo** lugar, a pesar del artículo 13(1), si se lo considera un foro más adecuado¹⁴³. En este sentido, esta renuncia de competencia recuerda las disposiciones de transferencia de competencia (artículos 8 y 9, véase *infra*, **Capítulo 5**). Sin embargo, las diferencias importantes entre el artículo 13(2) y las disposiciones de transferencia son que, en este escenario, (1) el Estado contratante al que se acudió en **segundo** lugar ya es competente en virtud de los artículos 5 a 10 del Convenio¹⁴⁴; y (2) la renuncia a la competencia por parte del Estado contratante al que se acudió en primer lugar en virtud del artículo 13(2) puede ser el resultado de una decisión unilateral¹⁴⁵. No obstante ello, para garantizar la protección del niño, cuando un Estado contratante está considerando declinar su competencia en virtud del artículo 13(2), generalmente constituirá una buena práctica que se comuniquen los dos Estados contratantes involucrados (ya sea vía las Autoridades Centrales¹⁴⁶ o a través de comunicaciones judiciales directas¹⁴⁷) para asegurar que no se produzca ningún vacío en la protección del niño (*e.g.*, de la negativa del Estado contratante al que se acudió en **segundo** lugar de ejercer su competencia en función del art. 13(1) al mismo tiempo que el Estado contratante al que se acudió en **primer** lugar decline su competencia en virtud del art. 13(2)).
- 4.34 Como resulta aparente del texto del propio artículo 13(1)¹⁴⁸, este último no se aplica a las medidas adoptadas en virtud del artículo 11 (casos de urgencia) o del artículo 12 (medidas de carácter provisional)¹⁴⁹.

142 Art. 13(2).

143 Véase el Informe Explicativo, párr. 80.

144 *Ibid.* Por el contrario, cuando ocurre la transferencia de competencia, el fundamento de competencia del Estado contratante transferido reside solamente en la transferencia— véase *infra*, **Capítulo 5**.

145 *Ibid.*

146 Véase *infra*, **Capítulo 11**.

147 Con relación a las comunicaciones judiciales directas, véanse párrs. 64-72 de las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2011 (Parte I) (disponible en < www.hcch.net > (ruta indicada *supra*, nota 16)) y, en particular, párr. 68 donde la Comisión Especial brindó su “respaldo general” sujeto a la revisión del documento por parte de la Oficina Permanente a la luz de los debates en el seno de la Comisión Especial, a la *Orientación Emergente y Principios Generales para las Comunicaciones Judiciales* incluidos en el Doc. Prel. N° 3 A de marzo de 2011 (“Normas emergentes respecto del desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y Borrador de los Principios Generales para las Comunicaciones Judiciales, que incluyen defensas normalmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, dentro del contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya”). Véanse, asimismo, párrs. 78 y 79 de las Conclusiones y Recomendaciones de la Parte II de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y el Convenio de La Haya de 1996 sobre la Protección de los Niños (25-31 de enero de 2012), disponible en < www.hcch.net > (ruta indicada *supra*, nota 16).

148 Art. 13(1): “Las autoridades de un Estado contratante **que sean competentes para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño según los artículos 5 a 10**, deben abstenerse de ejercer su competencia si, en el momento de iniciarse el procedimiento, se hubieran solicitado las medidas correspondientes a las autoridades de otro Estado contratante **que fueran competentes en virtud de los artículos 5 a 10** en el momento de la petición y estuvieran todavía en proceso de examen” (énfasis agregado).

149 Analizado de manera más integral *infra*, **Capítulos 6 y 7**.

- 4.35 A una autoridad a quien supuestamente se acudió “en segundo lugar”, le puede surgir la pregunta de cómo determinar si las autoridades de otro Estado contratante (que tengan competencia en virtud de los arts. 5-10 al momento de la petición) han solicitado las “medidas correspondientes” y si esas medidas se encuentran todavía en proceso de examen, de manera que sea aplicable el artículo 13(1). En algunos casos, la autoridad a quien supuestamente se acudió en “segundo lugar” puede tener ante sí pruebas claras de las partes de los procedimientos de modo tal que puede proceder a tomar la determinación de “abstenerse de ejercer su competencia” de conformidad con el artículo 13(1). No obstante ello, cuando las pruebas de las partes no proporcionan una respuesta clara en cuanto a la existencia de *lis pendens* (e.g., debido a que la existencia o la naturaleza y alcance de los procedimientos en otro Estado contratante no es clara), la autoridad a la que se acudió en segundo lugar puede considerar pertinente indagar a las autoridades pertinentes en el otro Estado contratante respecto de estas cuestiones. Esas averiguaciones podrían hacerse a través de comunicaciones judiciales directas, o con la asistencia de las Autoridades Centrales¹⁵⁰ en ambos Estados Contratantes¹⁵¹.

■ **EJEMPLO 4 (G)** *Dos niños tienen su residencia habitual en el Estado contratante A con su madre. Los procesos de divorcio y guarda están en curso en el Estado contratante B. El padre tiene su residencia habitual en el Estado contratante B y la madre ha aceptado la competencia de las autoridades de ese Estado contratante respecto de estas cuestiones y esas autoridades consideran que es en el interés superior de los niños que ellas entiendan en la causa¹⁵². El proceso en el Estado contratante B parece estar teniendo un curso desfavorable para la madre. Por ello, la madre inicia un proceso en el Estado contratante A en pos de obtener una orden que le otorgue la guarda de los niños.*

- 150 A fin de que este aspecto del Convenio funcione de manera exitosa, es necesario que los Estados contratantes garanticen que la Oficina Permanente se mantenga informada de los detalles de contacto actualizados de las autoridades pertinentes. Cuando haya preocupaciones de que los procedimientos puedan estar en trámite en más de un Estado contratante, esto ayudará a las partes a establecer de manera rápida si es este el caso y si las autoridades en una jurisdicción particular pueden adoptar medidas destinadas a la protección del niño.
- 151 En el contexto del art. 19(2) del Reglamento Bruselas IIa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recomendado este enfoque. en *Purrucker c. Pérez* (Caso C-296/10 de 9 de noviembre de 2010) el TJUE estableció (en párr. 81) que la información en lo que concierne a la posibilidad de *lis pendens* podría solicitárseles a las partes pero, además, “teniendo en cuenta el hecho de que el Reglamento N° 2201/2003 se basa en la cooperación judicial y confianza mutua, [el tribunal al que se acudió en segundo lugar] puede informar al tribunal al que se acudió en primer lugar que se ha incoado ante sí una acción, alertar al tribunal al que se acudió en primer lugar de la posibilidad de *lis pendens*, e invitar al tribunal al que se acudió en primer lugar a que le envíe información respecto de la acción que tramita ante él y que establezca su posición respecto de su competencia dentro del sentido del Reglamento N° 2201/2003 o que lo notifique de cualquier fallo que ya se haya dictado en ese sentido. Por último, el tribunal al que se acudió en segundo lugar podrá acercarse a la autoridad en su Estado miembro”. [Traducción libre] En este caso, el TJUE sostuvo, asimismo, que si estas averiguaciones no conllevaran claridad en lo que respecta a los procedimientos en el tribunal al que se acudió en primer lugar y cuando, debido a las circunstancias del caso, los intereses del niño exigieran el dictado de un fallo que pudiera ser reconocido en un Estado miembro distinto a aquel del tribunal al que se acudió en segundo lugar, “es la obligación del [tribunal al que se acudió en segundo lugar], luego de la extinción de un período razonable en el que se esperan las respuestas a las preguntas planteadas, proceder con la consideración de la acción incoada ante sí. La duración de ese período razonable debe tener en cuenta el interés superior del niño en las circunstancias específicas de los procedimientos involucrados” [Traducción libre].
- 152 Otorgándoles a las autoridades del Estado contratante B competencia (de conformidad con el art. 10 del Convenio de La Haya de 1996 – véanse *supra*, párrs. 4.26-4.28 para adoptar medidas destinadas a la protección de los niños, tales como tomar una decisión respecto de la guarda y la visita.

De conformidad con el artículo 13, las autoridades del Estado contratante A deben abstenerse de entender en la causa, ya que el proceso de guarda de los niños está en curso en el Estado contratante B.

No obstante ello, si las autoridades del Estado contratante B han declinado su competencia, debido a que, por ejemplo, creyeron que no era en el interés superior de los niños que ellos entendieran en la causa, entonces las autoridades del Estado contratante A podrían ejercer competencia en la cuestión. En tales circunstancias, las autoridades del Estado contratante B pueden comunicar su decisión de declinar su competencia a las autoridades competentes del Estado contratante A¹⁵³.

■ **EJEMPLO 4 (H)**

Los niños tienen su residencia habitual en el Estado contratante A y son el sujeto de una solicitud de medidas de protección en el Estado contratante B donde se cumplen los requisitos del artículo 10 del Convenio. Mientras este proceso está en curso, se realiza una petición en el Estado contratante A¹⁵⁴ respecto de la administración de los bienes que los niños han heredado de sus abuelos. Las autoridades en el Estado contratante A son competentes para decidir sobre este tema una vez que se determine que no se está realizando una solicitud similar a las autoridades del Estado contratante B.

153 Véase *supra*, párr. 4.33.

154 En virtud del art. 5 del Convenio.

5

Transferencia de competencia

Capítulo 5

-
- A ¿CUÁNDO PUEDE TRANSFERIRSE LA COMPETENCIA PARA ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN?
 - B ¿QUÉ CONDICIONES DEBEN CUMPLIRSE ANTES DE QUE TENGA LUGAR UNA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA?
 - C EL PROCEDIMIENTO DE TRANSFERENCIA
 - D DETERMINADOS ASPECTOS PRÁCTICOS DE UNA TRANSFERENCIA

A ¿CUÁNDO PUEDE TRANSFERIRSE LA COMPETENCIA PARA ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN?

ARTÍCULOS 8 Y 9

- 5.1 A modo de excepción a las normas generales de competencia¹⁵⁵, los artículos 8 y 9 prevén mecanismos mediante los cuales la competencia para adoptar medidas destinadas a la protección de la persona y de los bienes del niño puede ser transferida de las autoridades de los Estados contratantes que tienen competencia general en virtud del Convenio¹⁵⁶ a las autoridades de los Estados contratantes que no la tienen. La competencia se transferirá únicamente cuando se cumplan determinadas condiciones¹⁵⁷ y sólo a las autoridades de otro Estado contratante con el cual el niño tenga un determinado vínculo¹⁵⁸.
- 5.2 Es dable observar que en virtud del Convenio la competencia sólo puede transferirse entre autoridades de Estados **contratantes** y no puede transferirse a autoridades de Estados **no contratantes**.
- 5.3 Un pedido de transferencia de competencia puede surgir de dos maneras:
- una autoridad que tenga competencia general¹⁵⁹ en virtud del Convenio, si considera que otra autoridad sin competencia estaría en una mejor posición en un caso particular para apreciar el interés superior del niño, puede demandar la transferencia de competencia a esa autoridad (art.8);
 - una autoridad que no tiene competencia pero considera que está en una mejor situación en un caso particular para apreciar el interés superior del niño puede solicitar que se le autorice a ejercer la competencia (art.9).
- 5.4 Estos artículos permiten una transferencia de competencia cuando la autoridad en ejercicio de la competencia no es quien está en una mejor situación para atender el interés superior del niño. El interés superior del niño debe apreciarse en el “caso particular”, *i.e.*, “en el momento en que se siente [la] necesidad de protección y con el fin de responder a [esa] necesidad¹⁶⁰”.

155 Véase *supra*, Capítulo 4.

156 Cabe destacar que mientras que el art. 8 se refiere explícitamente a un Estado contratante con competencia en virtud de los artículo 5 o 6 del Convenio que tiene capacidad para solicitar la transferencia de competencia de otro Estado contratante, el art. 9 sugiere que otro Estado contratante sólo puede solicitar una transferencia de competencia del Estado contratante de residencia habitual del niño (*i.e.*, sólo del Estado contratante que sea competente en virtud del art. 5 y no de un Estado contratante que tenga competencia en virtud del art. 6). El Informe Explicativo, párr. 58, establece que esto puede deberse a un “**olvido**” (énfasis agregado) y que el art. 9 debería alinearse con el art. 8. El Informe Explicativo establece: “Si las autoridades del Estado de la nacionalidad del niño tienen la cualidad para solicitar a las autoridades de la residencia habitual que les autoricen a ejercer la competencia de protección, con mayor razón deberían poder formular la misma demanda a las autoridades del Estado en que, como consecuencia de problemas existentes en el país de la residencia habitual del niño, éste ha sido provisionalmente desplazado”. Sin embargo, en la actualidad el lenguaje del Convenio es claro y parece que en virtud del art. 9 sólo se puede realizar una solicitud al Estado contratante de la residencia habitual del niño.

157 Véase *infra*, párr. 5.89.

158 Art. 8(2).

159 *I.e.*, en virtud del art. 5 o del art. 6 del Convenio.

160 Informe Explicativo, párr. 56.

- 5.5 La transferencia de competencia puede ser del caso completo o de una parte determinada del caso. Si bien el Convenio no establece expresamente que se pueda transferir la competencia de una parte determinada del caso, los artículos 8 y 9 establecen que un Estado competente puede ser requerido (art. 8) o puede requerir (art. 9) adoptar medidas de protección que considere “necesarias”: esto puede, o no, involucrar la transferencia de competencia para un caso completo. Esta interpretación del Convenio alinearía al Convenio con otros instrumentos tales como el Convenio de La Haya de 2000 sobre Protección de Adultos o el artículo 15 del Reglamento Bruselas IIa, los cuales prevén explícitamente la posibilidad de transferir la competencia para una parte específica de un caso.
- 5.6 Una vez que la transferencia ha sido acordada por ambas autoridades, las autoridades que han transferido la competencia no pueden ejercer competencia en el caso particular que fue objeto de la transferencia. Deben esperar a que la decisión de las otras autoridades se torne firme y ejecutoria.
- 5.7 La transferencia, sin embargo, no instituye una transferencia permanente de competencia. No existe nada [...] que permita [decidir] con antelación que en circunstancias futuras la autoridad competente en virtud del artículo 5 o 6¹⁶¹ no podría estar en una mejor situación para atender el interés superior del niño¹⁶².
- 5.8 Una vez que se haya decidido que la petición puede y debería realizarse, hay dos opciones previstas por el Convenio para realizar dicha petición:
- la petición es realizada por las propias autoridades a las autoridades competentes del otro Estado contratante (esto puede hacerse directamente o con la colaboración de las Autoridades Centrales);¹⁶³
 - o
 - las partes del proceso pueden ser invitadas a presentar la petición ante las autoridades competentes del otro Estado contratante¹⁶⁴.

Estas dos posibilidades se encuentran en igualdad de condiciones y la elección está librada a la autoridad que presenta la solicitud en el caso individual.

B ¿QUÉ CONDICIONES DEBEN CUMPLIRSE ANTES DE QUE TENGA LUGAR UNA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA?

- 5.9 Tanto en virtud del artículo 8, como del artículo 9, la competencia sólo puede transferirse cuando se cumplen determinadas condiciones:
- **Vínculo entre el niño y el Estado contratante a cuyas autoridades se les permite transferir la competencia**
Los Estados contratantes a cuyas autoridades se les puede transferir la competencia, o los que pueden requerir que se les transfiera la competencia, deben tener un vínculo con el niño. El Estado contratante debe ser uno de los siguientes¹⁶⁵:

¹⁶¹ En relación con el art. 9, véase *supra*, nota 156.

¹⁶² Informe Explicativo, párr. 56.

¹⁶³ Art. 8(1), primera viñeta, y art. 9(1), primera viñeta.

¹⁶⁴ Art. 8(1), segunda viñeta, y art. 9(1), segunda viñeta.

¹⁶⁵ Art. 8(2) y art. 9(1).

- un Estado del que el niño posea la nacionalidad;
- un Estado en que estén situados bienes del niño;
- un Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio;
- un Estado con el que el niño mantenga un vínculo estrecho.

- **El interés superior del niño**

La autoridad que realiza el requerimiento de que se le transfiera la competencia debe considerar que esto permitirá una mejor apreciación del interés superior del niño¹⁶⁶. La autoridad requerida para asumir o ceder la competencia sólo puede hacerlo si cree que ello responde al interés superior del niño¹⁶⁷.

- **Acuerdo de las autoridades de ambos Estados contratantes**

Ambas autoridades deben consentir la transferencia.

- En el caso en que la decisión de llevar a cabo la transferencia provenga de las autoridades del Estado contratante que ejerce la competencia, se puede indicar el consentimiento de las otras autoridades a través de la competencia asumida¹⁶⁸.
- Sin embargo, cuando las autoridades del Estado contratante que no tiene competencia inician la transferencia realizando la solicitud, o invitando a la partes a realizar la solicitud, se debe recibir de manera explícita el consentimiento de las autoridades del Estado contratante en ejercicio de la competencia. El silencio no puede considerarse como una aceptación de la transferencia¹⁶⁹.

5.IO No existe requisito alguno en el Convenio de 1996 de que las partes del procedimiento acepten o presten consentimiento a la transferencia de competencia¹⁷⁰. Que las partes sean oídas respecto de la cuestión de una transferencia de competencia y la forma en que estas sean oídas es por lo tanto una cuestión librada al derecho procesal nacional de cada Estado contratante. Podría oírse a las Partes en lo que se refiere a esta cuestión, en particular porque pueden tener que hacer declaraciones de relevancia en cuanto a si dicha transferencia de competencia permitiría una mejor evaluación del interés superior del niño. Como mínimo, habría que mantener informadas a las Partes sobre estas cuestiones.

5.II Tampoco existe requisito alguno en el Convenio de 1996 en lo referente al período para: (1) que las partes incorporen una solicitud de transferencia de competencia ante la autoridad pertinente¹⁷¹ (si esta vía es adoptada por la autoridad “requerente” en virtud del art. 8(1) o el art. 9(1)); o para que (2) la autoridad “requerida” acepte o rechace la solicitud respecto de una transferencia de competencia¹⁷². Sin embargo, teniendo en cuenta que las cuestiones relativas al tiempo son esenciales en cualquier procedimiento relacionado con niños, la autoridad “requerida” (en virtud del art. 8, el tribunal no competente en virtud del Convenio, y en virtud

166 Art. 8(1) y art. 9(1).

167 Esto se establece de manera explícita con relación a la asunción de la competencia – véase art. 8(4). No se establece de manera explícita en relación con la cesión de la competencia (véase art. 9(3), que se refiere sólo a la aceptación de la petición). Sin embargo, es difícil imaginar que un Estado contratante aceptaría una demanda de transferencia de competencia a otro Estado contratante si no considerase que el hacerlo responde al interés superior del niño.

168 Art. 8(4).

169 Art. 9(3).

170 Cf. art. 15(2) del Reglamento Bruselas IIa que exige que al menos una de las partes acepte una transferencia.

171 Cf. art. 15(4) del Reglamento Bruselas IIa.

172 Cf. art. 15(5) del Reglamento Bruselas IIa que exige que la autoridad “requerida” decida dentro del plazo de seis semanas desde que se le haya presentado la demanda si acepta la transferencia de competencia.

del art. 9, el tribunal competente en virtud del Convenio) debería adoptar una determinación respecto de la transferencia de competencia con la debida celeridad¹⁷³. Esto evitará, asimismo, que surjan procedimientos paralelos de una solicitud relativa a una transferencia de competencia: *e.g.*, cuando se ha presentado una petición en virtud del artículo 8 pero la autoridad competente procede a ejercer su competencia y a entender en el caso porque no se ha recibido respuesta alguna de la autoridad “requerida” dentro de lo que esta considera un plazo de tiempo razonable, y posteriormente la autoridad “requerida” acepta y hace ejercicio de su competencia.

■ **EJEMPLO 5 (A)** *Un niño tiene su residencia habitual en el Estado contratante A. Ambos progenitores mueren cuando el niño tiene 10 años y hay un proceso en curso en el Estado contratante A en relación con el cuidado y la administración de los bienes que le dejaron sus progenitores. Estos bienes incluyen bienes situados en el Estado contratante B. Surge un tema respecto de la disposición de estos bienes y las autoridades en el Estado contratante B realizan una petición a las autoridades del Estado contratante A de que se las autorice a asumir la competencia en esta cuestión particular¹⁷⁴. Las autoridades en el Estado contratante A pueden aceptar el requerimiento de una transferencia parcial de la competencia únicamente respecto de la protección de los bienes del niño situados en el Estado contratante B¹⁷⁵. Si los Estados contratantes acuerdan una transferencia parcial de la competencia¹⁷⁶, las autoridades en el Estado contratante A pueden continuar adoptando medidas de protección respecto del cuidado del niño y respecto de los bienes del niño, con la excepción de los bienes en el Estado contratante B. Las autoridades del Estado contratante B pueden adoptar medidas respecto de los bienes del niño que estén situados en el Estado contratante B.*

C EL PROCEDIMIENTO DE TRANSFERENCIA

5.12 Existen dos opciones respecto de la transferencia de competencia. Cuando una autoridad en el Estado contratante A (“EcA”) está considerando la cuestión de una transferencia de competencia al Estado contratante B (“EcB”), se debería realizar el siguiente análisis:

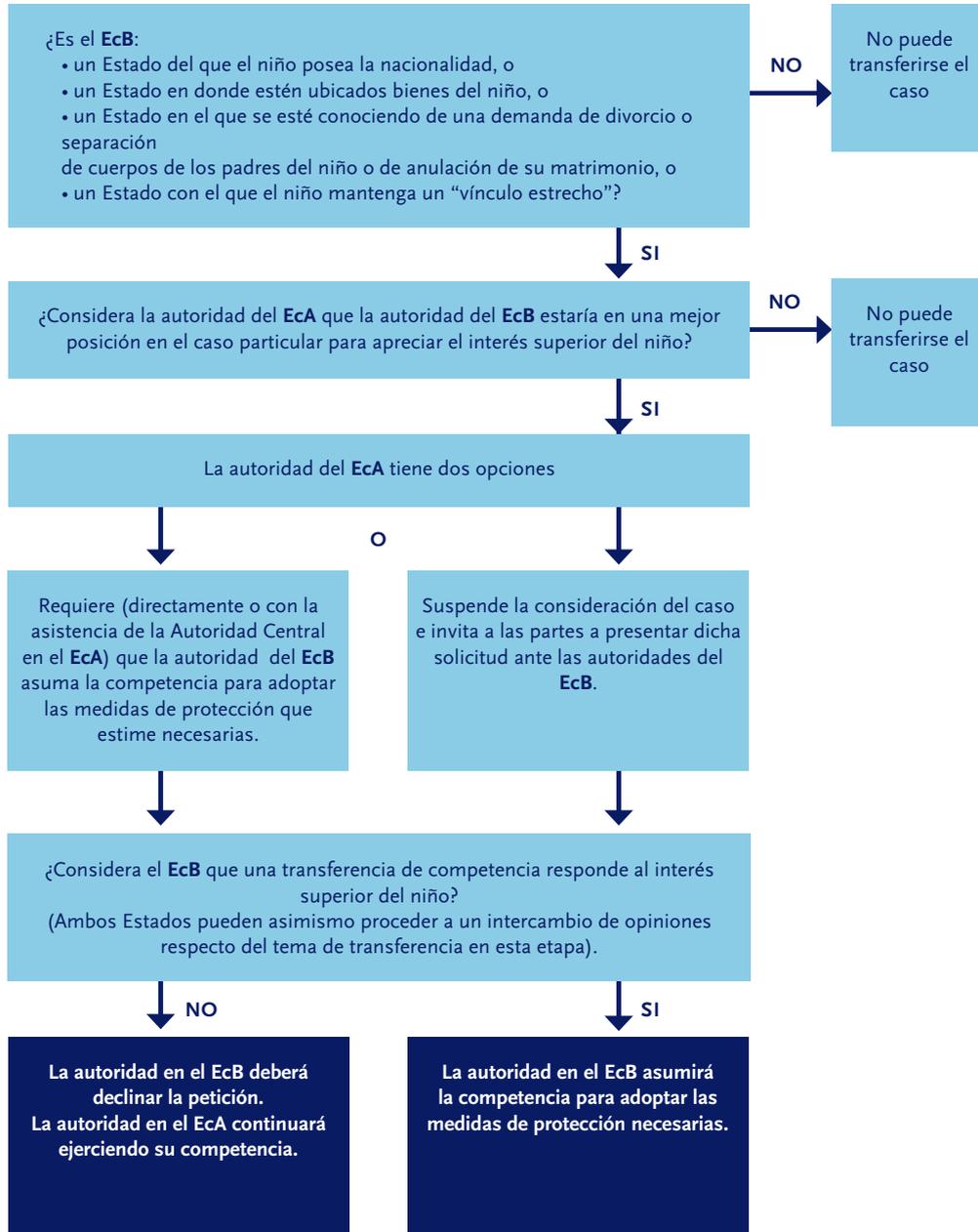
173 Se sugirió en el curso de los debates en la Comisión Especial de 2011 (Parte I) que puede constituir una buena práctica que las autoridades acuerden una fecha límite para tomar una determinación en lo que se refiere a la cuestión de transferencia. Si no se cumple con dicha fecha límite, la autoridad competente en virtud del Convenio conservará la competencia y debería proceder a hacer ejercicio de ella. Este enfoque estaría en consonancia con aquel adoptado en virtud del Reglamento Bruselas IIa – véase la “Guía Práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II”, disponible en < http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/parental_resp_ec_vdm_en.pdf > (consultado por última vez en agosto de 2013), p. 19.

174 Art. 9(1), como Estado en el cual se encuentran situados los bienes del niño (art. 8(2) b)). Dependiendo de las circunstancias del caso, adicionalmente o alternativamente, puede resultar adecuado que las autoridades del Estado contratante B adopten medidas de carácter provisional respecto de los bienes del niño con fundamento en el art. 12, o, cuando se trate de un caso de urgencia, adopte las medidas de protección que resulten necesarias respecto de los bienes con fundamento en el art. 11. Tales medidas, no obstante, caducan tan pronto como las autoridades del Estado contratante A hubieren adoptado las medidas que la situación exige (véanse *infra*, **Capítulos 6 y 7**). Cuando el Estado contratante B deseara asumir la competencia general con relación a los bienes, puede ser más adecuada una transferencia de competencia (y se beneficia del apoyo cooperativo explícito dispuesto en el art. 31 a), véase *infra*, **Capítulo 10**).

175 Véase *supra*, párr. 5.5 respecto de la posibilidad de transferencia parcial de un caso.

176 Véanse *infra*, párrs. 5.19-5.22 respecto de la comunicación explícita sobre este tema que debería tener lugar entre las autoridades.

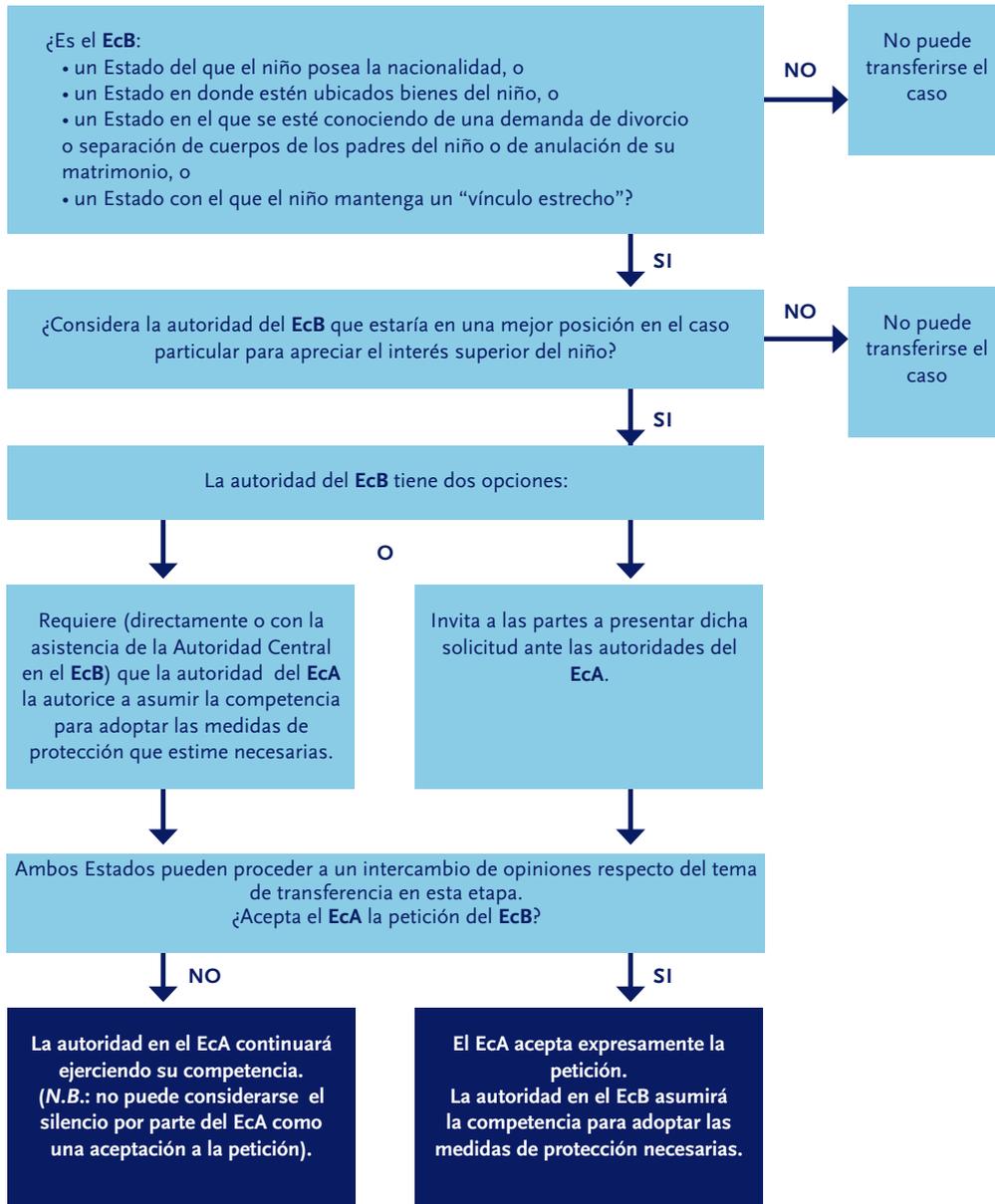
Opción 1
SOLICITUD DE LA AUTORIDAD DEL ESTADO CONTRATANTE A, O INICIADA POR ELLA, QUE ES COMPETENTE EN VIRTUD DE LOS ARTÍCULOS 5 O 6 DEL CONVENIO, A LA AUTORIDAD DEL ESTADO CONTRATANTE B (ART. 8)



Cuando la autoridad en el Estado contratante B desea asumir la competencia de la autoridad en el Estado contratante A, se debería aplicar el siguiente análisis:

Opción 2

SOLICITUD DE LA AUTORIDAD DEL ESTADO CONTRATANTE B, O INICIADA POR ELLA, A LA AUTORIDAD DEL ESTADO CONTRATANTE A, QUE ES EL ESTADO CONTRATANTE DE RESIDENCIA HABITUAL DEL NIÑO (ART. 9)



D DETERMINADOS ASPECTOS PRÁCTICOS DE UNA TRANSFERENCIA

(a) ¿Cómo averigua la autoridad que desea utilizar las disposiciones de transferencia a qué autoridad competente en el otro Estado contratante debería dirigir su solicitud?

- 5.13 Una pregunta práctica importante que enfrentan las autoridades que desean utilizar estas disposiciones de transferencia es cómo ubicar a la autoridad competente en el otro Estado contratante. Esta es una pregunta especialmente difícil si las partes individuales no han realizado solicitud alguna a ninguna de las autoridades en el otro Estado contratante.
- 5.14 Los Estados contratantes pueden decidir realizar una designación específica de las autoridades a las que deben dirigirse las solicitudes en virtud de los artículos 8 y 9¹⁷⁷. Si el Estado afectado ha realizado tal designación, entonces deberían enviarse todas las solicitudes respecto de la transferencia de competencia a las autoridades designadas. Estas designaciones deben comunicarse a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹⁷⁸. Estas serán colocadas en el sitio web de la Conferencia de La Haya (< www.hcch.net >, “Convenio 34” y “Autoridades”).
- 5.15 Sin embargo, si no se ha realizado dicha designación, existen otras dos vías a través de las cuales las autoridades pueden obtener asistencia. La primera es la Autoridad Central del otro Estado contratante, que las autoridades pueden contactar en forma directa o a través de su propia Autoridad Central. La posible función de las Autoridades Centrales en este sentido se menciona específicamente en los artículos 8 y 9 del Convenio y en el artículo 31 a) del Convenio¹⁷⁹. La segunda es la Red Internacional de Jueces de La Haya, si se han designado miembros de ambos Estados. Los miembros de esta Red son puntos de contacto dentro de su jurisdicción y pueden brindar información respecto de varios aspectos del derecho y del procedimiento en su jurisdicción, incluso asistencia en la ubicación de la autoridad competente¹⁸⁰. La lista de los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya se encuentra disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya (< www.hcch.net >, “Sección sobre Sustracción de Menores” y “Red Internacional de Jueces de La Haya”).
- 5.16 Las Autoridades Centrales pueden, asimismo, resultar de utilidad para colaborar en la transmisión de documentos entre autoridades, y algunas Autoridades Centrales pueden colaborar con la interpretación o traducción de documentos o con la ubicación de esos servicios en su Estado, en caso de que fueran solicitados. Los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya pueden proporcionar, asimismo, un medio útil de obtener información respecto de la mejor manera de proceder, por ejemplo respecto de la información o documentación que la autoridad competente pudiera requerir antes de considerar la transferencia.

(b) ¿Cómo deberían comunicarse las autoridades?

- 5.17 Tanto el artículo 8 como el artículo 9 prevén que las autoridades pueden proceder a intercambiar opiniones respecto del tema de la transferencia. Este intercambio de opiniones generalmente será necesario para que la autoridad requerida pueda evaluar si

177 Art. 44.

178 Art. 45.

179 Véase *infra*, párr. II.II.

180 Véase *supra*, nota 147.

debería aceptarse la solicitud. Una vez más, tanto las Autoridades Centrales como la Red Internacional de Jueces de La Haya podrían brindar asistencia en este sentido¹⁸¹.

- 5.18 Las dos autoridades involucradas (por lo general dos autoridades judiciales) pueden emplear una variedad de medios para intercambiar opiniones. El contacto entre ellas puede ser por correo electrónico o por vía telefónica. Si necesitan que participen intérpretes o requieren que las partes, o sus representantes, estén presentes, se podría hacer uso de la teleconferencia o del enlace de video conferencia.

(c) Otras cuestiones relacionadas con la transferencia donde puede resultar útil la comunicación entre las autoridades

- 5.19 Debido a que la transferencia de competencia no instituye una transferencia de competencia permanente (véase *supra*, párr. 5.7) y a que la transferencia de competencia puede ser con relación a una parte específica de un caso (véase *supra*, párr. 5.5), resultará de importancia que las dos autoridades competentes involucradas sean lo más explícitas posible en sus comunicaciones respecto del alcance previsto de cualquier transferencia de competencia.
- 5.20 Esto significa que cualquier autoridad competente **requirente** (ya sea solicitando asumir o transferir la competencia) debería asegurar que su solicitud sea explícita en cuanto a:
- el alcance de la transferencia prevista (i.e., con respecto a qué cuestiones está previsto que se transfiera la competencia y en qué circunstancias está previsto que la autoridad competente que asume la competencia continuará en el futuro en ejercicio de ésta con relación a estas cuestiones); y
 - el por qué se considera en el interés superior del niño que esta transferencia tenga lugar.
- 5.21 En algunos casos puede resultar útil que se intercambien opiniones respecto del alcance previsto de la transferencia. Si es posible, y siguiendo las presentaciones de las partes cuando fuera necesario, se debería intentar concluir estas cuestiones entre las autoridades competentes y cada autoridad competente debería dejar constancia de esta conclusión de la manera adecuada para su jurisdicción.
- 5.22 Una conclusión explícita y/o un registro de los términos que anteceden pueden evitar una confusión en una fecha futura en cuanto a qué autoridad tiene competencia con relación a qué cuestión.

■ **EJEMPLO 5 (B)**¹⁸² *Una pareja no casada y sus hijos tienen su residencia y su nacionalidad en el Estado contratante A. La relación de la pareja llega a su fin y la madre inicia un proceso en el Estado contratante A en pos de obtener el permiso para trasladarse con los hijos al Estado contratante B. Esta solicitud es exitosa y la madre se traslada con los niños al Estado contratante B. El tribunal en el Estado contratante A también ordena que los niños deberían pasar sus vacaciones de verano con su padre en el Estado contratante A con la condición de que no se lleve a los niños a visitar a sus abuelos paternos (quienes la madre alega maltrataron físicamente a los niños).*

¹⁸¹ El art. 31 a) requiere que la Autoridad Central de un Estado contratante adopte todas las medidas necesarias, ya sea en forma directa o a través de autoridades públicas u otros organismos, en pos de facilitar las comunicaciones y ofrecer la asistencia previstas en los arts. 8 y 9. Véase más información *infra*, **Capítulo II**.

¹⁸² Para un análisis de la posible utilización de las disposiciones sobre transferencia de competencia en una situación de sustracción internacional de niños en la que se llega a un acuerdo entre las partes luego de un proceso amigable de resolución de controversias, véanse *infra*, párrs. 13.51-13.57 y, en particular, párr. 13.55.

Con posterioridad al regreso de los niños de su primera visita de vacaciones de verano, éstos le informan a su madre que el padre los llevó a ver a sus abuelos paternos. La madre solicita ante el Estado contratante B una suspensión de futuras visitas. El padre solicita ante el Estado contratante A que se modifique la orden de visita anterior y que se dispense de la condición.

El Estado contratante A solicita una transferencia de competencia (art. 9) del Estado contratante B, donde los niños tienen en la actualidad su residencia habitual. Las autoridades que entienden en la causa en cada Estado contratante proceden, con la asistencia de las dos Autoridades Centrales, a un intercambio de opiniones respecto del tema de transferencia. Acuerdan que las partes realizarán presentaciones por escrito respecto del tema ante cada una de ellas y habrá un intercambio de opiniones vía teleconferencia que contará con la presencia de las partes. Con posterioridad a este intercambio de opiniones el Estado contratante B determina que se cumplen las condiciones para la transferencia y que es en el interés superior de los niños que se aborde el tema de visita en el Estado contratante A¹⁸³. Tanto las autoridades en el Estado contratante A como en el Estado contratante B dejan constancia de que la transferencia de competencia se limita al tema del contacto de los niños con sus abuelos paternos y que ellos consideran que es en el interés superior de los niños que las autoridades en el Estado contratante A determinen este tema porque:

- el padre sigue residiendo en el Estado contratante A;*
- el contacto se ejerce allí;*
- existe una cuestión respecto de la violación de una orden del tribunal; y*
- existe una cuestión respecto del contacto con los abuelos quienes tienen su residencia en ese Estado.*

Finalmente el Estado contratante A resuelve el caso y decide que los niños pueden mantener el contacto con su padre y sus abuelos paternos.

Un año más tarde la madre suspende el contacto en forma unilateral, alegando que el padre abusa de los niños durante las visitas. El padre inicia un proceso de guarda en el Estado contratante A alegando que la madre está alejando a los niños de él. El Estado contratante A declina su competencia en función de que la transferencia previa de competencia del Estado B se limitaba explícitamente al tema de visita. El padre por lo tanto solicita al Estado contratante A que trate de lograr una transferencia de competencia respecto del tema de visita. El Estado contratante A renuncia en función de que no considera estar en una mejor situación para apreciar el interés superior de los niños respecto del tema de visita. Determina que el tema de visita debería tratarse de conformidad con las normas generales de competencia (i.e., en el Estado donde los niños tienen su residencia habitual en virtud del art. 5 – es decir, en el Estado contratante B).

183 Obsérvese que otro enfoque sería que las autoridades en el Estado contratante B mantengan la competencia en vez de invitar al padre a solicitar que las autoridades del Estado contratante A, de conformidad con el art. 35(2) del Convenio, suministren un informe respecto de sus circunstancias (y posiblemente también las circunstancias de los abuelos paternos) y obtener información respecto de su idoneidad para ejercer la visita/contacto y sobre las condiciones en las cuales debería ejercerse la visita/contacto, para su utilización en el proceso en el Estado contratante B. De conformidad con el art. 35(3), el Estado contratante B puede suspender el proceso dependiendo del resultado de la solicitud del padre. Para más información relativa al art. 35, véanse *infra*, **Capítulos 11 y 13**.

6

*Medidas de
protección
en casos de
urgencia*

Capítulo 6

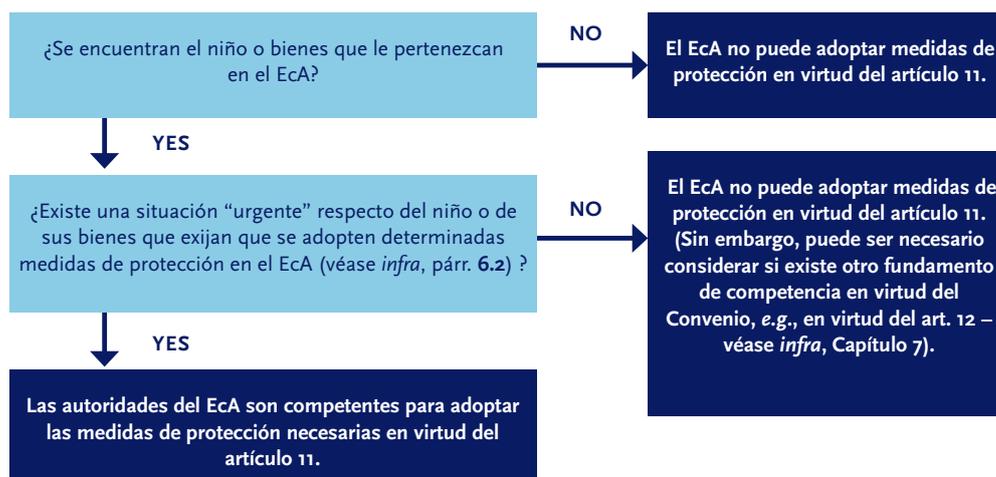
-
- A** ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN
NECESARIAS EN CASOS DE URGENCIA
- B** ¿TIENEN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS
EN VIRTUD DEL ARTÍCULO II DERECHO AL
RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN VIRTUD DEL
CONVENIO DE 1996?

A ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN NECESARIAS EN CASOS DE URGENCIA

ARTÍCULO 11

- 6.1 En todos los casos de urgencia, las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se **encuentren** el niño o los bienes que le pertenezcan son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias¹⁸⁴.

¿SE PUEDEN ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ECA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 11?



(a) ¿Cuándo es “urgente” un caso?

- 6.2 El Convenio no prevé una definición respecto de qué constituyen “casos de urgencia”¹⁸⁵. Por lo tanto, corresponderá a las autoridades judiciales / administrativas en el Estado contratante en cuestión determinar si una situación particular es “urgente”. El Informe Explicativo establece que se puede decir que se está en presencia de una situación de urgencia cuando sólo se procuraron medidas de protección a través de las vías normales de los artículos 5 a 10 (los fundamentos generales de competencia), podría entrañar un perjuicio irreparable para el niño, o para la protección del niño o sus intereses¹⁸⁶. Por lo tanto, un enfoque útil para las autoridades puede ser considerar si es posible que el niño sufra un perjuicio irreparable o que su protección o intereses se vean comprometidos si no se toma una medida para proteger al niño en el período que es posible que transcurra antes de que las autoridades con competencia general en virtud de los artículos 5 a 10 puedan tomar las medidas de protección necesarias.
- 6.3 Es dable observar que es la situación de “urgencia” la que justifica la derogación de las normas generales de competencia en virtud del Convenio (artículos 5 a 10). A la luz de esto, se ha establecido que el concepto de “urgencia” debería interpretarse “en sentido bastante estricto”¹⁸⁷.

184 El art. 11 es casi una reproducción exacta del art. 9(1) del Convenio de La Haya de 1961 sobre la Protección de los Menores.

185 Tampoco se definió la noción de “urgencia” en el Convenio de La Haya de 1961 sobre la Protección de Menores.

186 Informe Explicativo, párr. 68.

187 *Ibid.*

- 6.4 Ejemplos de los casos que involucren tal situación de “urgencia” podrían incluir: (1) el niño se encuentra fuera del Estado de su residencia habitual y se requiere de un tratamiento médico para salvar su vida (o para evitar un perjuicio irreparable al niño o que se comprometan sus intereses) y no se puede obtener el consentimiento parental para el tratamiento; (2) el niño está ejerciendo el contacto con un progenitor no residente fuera de su Estado de residencia habitual y realiza afirmaciones de maltrato físico / abuso sexual contra el progenitor, es necesario suspender dicho contacto en forma inmediata y / o encontrar un cuidado alternativo / temporario para el niño; (3) es preciso vender rápidamente mercancías percederas pertenecientes al niño; o (4) ha habido un desplazamiento o retención ilícitos del niño¹⁸⁸ y, en el contexto de los procedimientos iniciados en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, es necesario adoptar medidas de manera urgente para garantizar la restitución segura del niño¹⁸⁹ al Estado contratante donde tiene su residencia habitual¹⁹⁰.
- 6.5 Aunque no existe hasta el momento una práctica establecida respecto de qué constituye “un caso de urgencia”, en estas circunstancias corresponde claramente a la autoridad competente que entiende en la solicitud de restitución determinar si, sobre los hechos del caso particular, el caso constituye un caso de “urgencia” de modo tal que pueda invocarse el art. 11 para adoptar medidas de protección en pos de garantizar la restitución segura del niño. Esta cuestión se analiza *infra*, en el **Capítulo 13** en los párrafos 13.5 a 13.12.

(b) ¿Qué son medidas de protección “necesarias”?

- 6.6 Las “medidas de protección” que pueden adoptarse en virtud del artículo 11 del Convenio tienen el mismo alcance material que las medidas que pueden adoptarse en virtud de los artículos 5 a 10 del Convenio, i.e., son medidas destinadas a la protección de la persona o de los bienes del niño de las cuales se prevé una lista no exhaustiva en el artículo 3, y en el artículo 4 se prevé una lista exhaustiva de las cuestiones excluidas¹⁹¹.

188 Véase art. 7(2).

189 Con relación al ejemplo (4), en la Comisión Especial de 2011 (Parte I) se sugirió que aunque las medidas que facilitan la restitución segura de un niño en el contexto de una solicitud de restitución en virtud del Convenio de 1980 son extremadamente valiosas, no siempre pueden sugerir un “caso de urgencia” (de modo que se pueda recurrir al art. 11 como fundamento para la competencia para adoptar estas medidas). Este sería en particular el caso a la luz de la interpretación estricta de “urgencia” exigida en el Informe Explicativo. Por el contrario, se señaló que el uso del art. 11 en tales circunstancias constituía un agregado importante a la “caja de herramientas” que las autoridades tienen a sus disposición a fin de garantizar la “restitución segura” de un niño después de un desplazamiento o retención ilícitos. Se sugirió además que un caso que involucra la necesidad de que se adopten medidas para garantizar la restitución segura de un niño a su Estado de residencia habitual generalmente constituiría un “caso de urgencia” de modo tal que se pueda fundar en el art. 11. En las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2011 (Parte I) (disponibles en < www.hcch.net > (ruta indicada *supra*, nota 16)), se observó lo siguiente (párr. 41): “[E]l Convenio de 1996 prevé una base jurisdiccional, en casos de urgencia, para adoptar medidas de protección con respecto a un niño, también en el contexto de los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980. Estas medidas se encuentran reconocidas y pueden ser declaradas ejecutorias o registradas para su ejecución en el Estado al cual se restituye al niño siempre que ambos Estados interesados sean Partes del Convenio de 1996.” [Traducción libre].

190 Véase para más información *infra*, los **Ejemplos** al final de este Capítulo. Con relación al punto (4), véanse, asimismo, *infra*, párrs. 13.5-13.12.

191 Véase *supra*, **Capítulo 3**, respecto del ámbito del Convenio.

- 6.7 No obstante ello, los redactores del Convenio evitaron deliberadamente establecer qué medidas de protección “necesarias” particulares podrían adoptarse en función de la urgencia según el artículo 11. Se decidió que la urgencia debería dictar en cada situación las medidas “necesarias”¹⁹². Corresponderá, en consecuencia, a las autoridades judiciales o administrativas en cada Estado contratante determinar, en función de los hechos de cada caso particular, qué medidas (dentro del ámbito de aplicación del Convenio) son “necesarias” para abordar la situación de urgencia en cuestión.

(c) ¿Cuánto duran las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 11?

- 6.8 La competencia de un Estado contratante en función de la urgencia es una competencia concurrente¹⁹³, *i.e.*, concurrente con el Estado que tiene competencia **general** en virtud de los artículos 5 a 10, pero está subordinada estrictamente a la competencia de este último. El artículo 11(2) y (3) asegura esto al prever que las medidas de protección necesarias adoptadas en virtud del artículo 11 sean limitadas en el tiempo¹⁹⁴. Si el niño tiene su residencia habitual en un Estado **contratante**, las medidas necesarias adoptadas en virtud del artículo 11 dejan de tener efecto desde que las autoridades del Estado contratante que tiene la competencia general (comúnmente las autoridades del Estado de residencia habitual del niño) hayan adoptado las medidas exigidas por la situación¹⁹⁵. Si el niño tiene su residencia habitual en un Estado **no contratante**, las medidas necesarias adoptadas en virtud del artículo 11 dejarán de tener efecto desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante¹⁹⁶.
- 6.9 Cabe destacar que si se han iniciado procedimientos para obtener medidas de protección en un caso de urgencia en un Estado contratante (en virtud del art. 11), las autoridades competentes que entiendan en la causa en otro Estado contratante en función de los artículos 5 a 10 **no** tienen que suspender los procedimientos hasta tanto se haya adoptado una medida¹⁹⁷. Más aún, como cualquier medida que pudiera ser adoptada por el primer Estado contratante en función del artículo 11 dejará de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 hayan tomado una decisión (art. 11(2)), en esta situación los Estados contratantes deberían analizar conjuntamente (ya sea a través de las Autoridades Centrales o a través de las comunicaciones judiciales directas) la manera más efectiva de proceder en pos de una mejor protección del niño¹⁹⁸.

(d) ¿Qué otras gestiones debería realizar un Estado contratante, una vez que haya adoptado medidas en virtud del artículo 11, para garantizar la protección ininterrumpida del niño?

- 6.10 En los casos en los que se han adoptado medidas de protección necesarias en virtud del artículo 11, la autoridad judicial o administrativa que haya adoptado dichas medidas puede desear comunicarse y cooperar con cualquier otro Estado que considere necesario en pos

192 Véase el Informe Explicativo, párr. 70.

193 El art. 13 (*lis pendens*) no se aplica cuando se adoptan medidas de protección en virtud del art. 11 (véase el texto del propio art. 13 que se refiere a los Estados contratantes con competencia “en virtud de los artículos 5 a 10”) – véase *supra*, párr. 4.34. En lo que se refiere al funcionamiento del art. 13, véase más información *supra*, párrs. 4.29-4.345.

194 Para un análisis general respecto de la continuidad de las medidas, véase *infra*, el Capítulo 8.

195 Art. 11(2).

196 Art. 11(3).

197 Esto es porque las normas sobre *lis pendens* previstas en el art. 13 del Convenio no se aplican a los procedimientos en virtud del art. 11. Véase *supra*, nota 193.

198 Véase más información *infra*, Capítulo 11.

de garantizar la protección ininterrumpida del niño¹⁹⁹. Esta comunicación y cooperación pueden tener lugar directamente entre autoridades competentes²⁰⁰ o, cuando corresponda, con la asistencia de las Autoridades Centrales pertinentes²⁰¹. Por ejemplo, las autoridades competentes en el Estado contratante donde se hayan adoptado las medidas en virtud del artículo 11 pueden informar a las autoridades competentes en el Estado donde el niño tiene su residencia habitual (o, cuando corresponda, a la Autoridad Central de ese Estado) de la situación del niño y de las medidas que se han adoptado²⁰². Esto le permitiría al Estado de la residencia habitual del niño garantizar que, cuando sea necesario, se investigue íntegramente la situación del niño y todas las medidas de protección exigidas sean adoptadas en aras de la protección del niño a largo plazo.

- 6.11 Las disposiciones de cooperación específicas del Convenio también pueden ser pertinentes en estos casos (*e.g.*, art. 36) y siempre deberían considerárselas cuidadosamente.

B ¿TIENEN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 11 DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN VIRTUD DEL CONVENIO DE 1996?

- 6.12 Sí, las medidas de protección adoptadas en los casos de urgencia tienen derecho al reconocimiento y la ejecución de conformidad con el Capítulo IV del Convenio²⁰³. Cabe destacar que el artículo 23(2) limita específicamente los motivos de no reconocimiento en los casos de urgencia (véase art. 23(2) b) y c))²⁰⁴.

■ **EJEMPLO 6 (A)** *Un niño, residente habitual en el Estado no contratante A, viaja en oportunidad de un viaje de estudio al Estado contratante B sin sus progenitores. Se enferma y necesita una intervención médica urgente, lo que comúnmente requeriría consentimiento parental. Sin embargo, no puede establecerse contacto con sus progenitores. Las autoridades del Estado contratante B son competentes para adoptar las medidas necesarias permitidas por su propia ley a fin de garantizar que pueda proceder el tratamiento médico sin el consentimiento parental.*

199 Esta oración no se limita a la comunicación y cooperación entre Estados **contratantes** del Convenio de 1996 que es coherente con la filosofía detrás de las disposiciones del Convenio. Véanse *infra*, párrs. 11.18 y ss.

200 Para las autoridades judiciales, esto puede involucrar las comunicaciones judiciales directas, véase *supra*, nota 147.

201 Véase, asimismo, *infra*, **Capítulo 11**.

202 El Informe Explicativo dispone, en el párr. 72, que “[e]l texto [del Convenio] no ha querido imponer a la autoridad competente en razón de urgencia la obligación de informar de la medida adoptada a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño, por miedo de hacer más pesado el funcionamiento del Convenio y de proporcionar un pretexto al rechazo de reconocimiento de dicha medida en los demás Estados contratantes, en el caso en que esta información no hubiera sido dada”. Sin embargo, a pesar de la ausencia de una obligación explícita en el texto del Convenio en este sentido, aún se considera que será habitualmente una buena práctica que los Estados contratantes cooperen y se comuniquen de este modo para garantizar la protección ininterrumpida del niño en el lugar donde se hayan adoptado dichas medidas.

203 Artículos 23 y ss.

204 Véase más información *infra*, **Capítulo 10**.

- **EJEMPLO 6 (B)** *Tres niños son residentes habituales en el Estado contratante A donde viven con su madre y tienen contacto regular con su padre. En las vacaciones de verano la madre y los niños visitan a sus abuelos maternos en el Estado contratante B. Mientras se encuentran en el Estado contratante B, sufren un choque en el auto en el que están viajando y la madre queda en estado de coma en terapia intensiva. Las autoridades en el Estado contratante B son competentes para adoptar una medida de urgencia disponiendo que los niños deberían quedar temporariamente bajo el cuidado de sus abuelos maternos²⁰⁵. Una semana más tarde la madre fallece. Un tribunal en el Estado contratante A emite una orden que dispone que los niños deben vivir con su padre²⁰⁶. La orden del Estado contratante B, por lo tanto, caduca (deja de surtir efecto) dado que las medidas exigidas por la situación en este momento fueron adoptadas por las autoridades en el Estado contratante A²⁰⁷.*
- **EJEMPLO 6 (C)** *Dos niños, residentes habituales en el Estado contratante A, viajan lícitamente de vacaciones con su padre al Estado contratante B. Mientras se encuentran en el Estado contratante B, el padre es arrestado por sospechas de tráfico de drogas. Posteriormente se lo acusa de un delito penal y queda en prisión preventiva hasta el juicio. Las autoridades del Estado contratante B son competentes para adoptar medidas urgentes a fin de disponer el cuidado de los niños²⁰⁸.*
- **EJEMPLO 6 (D)** *Un niño es residente habitual en un Estado no contratante A y posee una propiedad situada en el Estado contratante B. Esta propiedad está en mal estado y, debido a problemas estructurales graves, y es muy probable que se derrumbe a menos que se adopten medidas para repararla. Las autoridades en el Estado contratante B adoptan medidas urgentes para autorizar a una empresa a realizar los arreglos necesarios (estimando que van a llevar de 5 a 6 meses). Un mes después de que estas medidas fueran adoptadas por las autoridades en el Estado contratante B, las autoridades del Estado no contratante A autorizan a los progenitores del niño a vender la propiedad en su condición actual a un comprador que ellas ya han identificado. Los progenitores pretenden el reconocimiento en el Estado contratante B de la decisión del Estado no contratante A. Se reconoce la medida en el Estado contratante B (de conformidad con sus normas no previstas en el Convenio)²⁰⁹. La medida urgente adoptada por el Estado contratante B por lo tanto deja de tener efecto y se puede vender la propiedad²¹⁰.*

205 Art. 11.

206 Como el Estado contratante del cual los niños son residentes habituales, de conformidad con el art. 5. Cabe destacar que una serie de disposiciones de cooperación del Convenio pueden, asimismo, ser pertinentes en un caso de esta naturaleza (e.g., artículos 32 y 34); véase más información *infra*, **Capítulo 11**.

207 Art. 11(2). Siendo el Estado contratante A el Estado que tiene competencia general sobre los niños de conformidad con el art. 5.

208 Art. 11. Las disposiciones en materia de cooperación del Convenio se podrían emplear también en esta situación para alertar rápidamente a las autoridades en el Estado contratante A de la situación de los niños y para brindarles toda la información del caso. Las autoridades en el Estado contratante A (el Estado contratante donde los niños tienen su residencia habitual) podrían luego adoptar medidas de protección para los niños (las cuales, si los niños tienen una madre con derecho de guarda en el Estado contratante A, pueden incluir su repatriación al Estado contratante A al cuidado de su madre).

209 Dado que se trata de la decisión de un Estado **no contratante**.

210 Art. 11(3).

■ EJEMPLO 6 (E)

Una niña es residente habitual en el Estado contratante A, donde vive con sus padres. Sus padres tienen una propiedad situada en el Estado contratante B, que la niña va a heredar cuando ellos fallezcan. La familia viaja al Estado contratante C de vacaciones. Mientras se encuentran de vacaciones en el Estado contratante C, la familia se ve involucrada en un grave accidente de barco. Ambos progenitores fallecen y la niña sufre heridas graves. La niña necesita un tratamiento médico oneroso urgente y la única fuente de fondos disponibles para financiar dicho tratamiento es la propiedad en el Estado contratante B. Las autoridades en el Estado contratante C se contactan con las autoridades de los Estados contratantes A y B a fin de informarles de la situación de la niña²¹¹. Las autoridades en el Estado contratante B, considerando el caso como un caso de urgencia, adoptan medidas de protección en virtud del artículo 11: (1) para designar a un representante legal para la niña para que se ocupe de la propiedad en el Estado contratante B; y (2) para permitir que se obtengan fondos de manera inmediata de la propiedad (por medio de una sub-hipoteca) para el fin específico de financiar el tratamiento médico de la niña. Estas medidas son reconocidas en el Estado contratante C de pleno derecho²¹². El Estado contratante C, considerando al caso como un caso de urgencia, adopta las medidas de protección necesarias en virtud del artículo 11 para permitir que se proceda al tratamiento médico de la niña. Los Estados contratantes B y C se comunican para informarse el uno al otro, así como también al Estado contratante A, de las medidas adoptadas respecto de la niña.

El Estado contratante A puede actuar para adoptar las medidas de protección exigidas por la situación a largo plazo, quedando sin efecto en ese momento las medidas adoptadas en virtud del artículo 11 por los Estados contratantes B y C²¹³.

■ EJEMPLO 6 (F)

Un niño tiene su residencia habitual en el Estado Contratante A donde vive con su madre y su padre. Se produce la ruptura de la relación entre los progenitores y la madre desplaza de manera ilícita²¹⁴ al niño del Estado contratante A al Estado contratante B. El padre realiza una solicitud inmediata de restitución del niño en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores (del que ambos Estados son Partes). La madre no permite que tenga lugar ningún contacto entre el niño y el padre y parece que el procedimiento de restitución en el Estado contratante B llevará un par de meses. Las autoridades en el Estado contratante A no están en condiciones de adoptar medidas respecto del contacto temporario del padre en este período.

²¹¹ Art. 30(1). Véase más información *infra*, **Capítulo 11**.

²¹² Véase *supra*, párr. 6.12.

²¹³ Sin embargo, véase el Informe Explicativo, párr. 72, con respecto al hecho de que cualquier acción **perfeccionada** en virtud del art. 11, sin lugar a dudas, continuará teniendo efecto. Como establece el párr. 72, “[e]s evidente [...] que no se volverá sobre una operación quirúrgica o sobre una venta de bienes que ya ha tenido lugar”.

²¹⁴ De conformidad con el significado de “desplazamiento ilícito” dispuesto en el art. 7(2) del Convenio de 1996.

Dependiendo de los hechos particulares del caso, las autoridades en el Estado contratante B pueden considerar que la falta de contacto entre padre e hijo causará un daño irreparable al niño o de otro modo comprometerá la protección o los intereses del niño²¹⁵. Por lo tanto, las autoridades pueden determinar que esta es una situación de urgencia que exige que se adopten medidas para garantizar alguna forma de contacto temporario entre el padre y el hijo hasta tanto concluyan los procedimientos de restitución²¹⁶.

- **EJEMPLO 6 (C)**²¹⁷ *Tres niños son residentes habituales en el Estado contratante A donde viven con su madre y su padre. Se produce la ruptura de la relación y la madre desplaza de manera ilícita²¹⁸ a los niños al Estado contratante B. El padre realiza una solicitud de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores (del que ambos Estados son Partes). Se exponen argumentos de abuso sexual contra el padre en los procedimientos de restitución en el Estado contratante B y la madre invoca el artículo 13(1) b) del Convenio de 1980 como excepción a la restitución.*

El juez en el Estado contratante B a cargo de la solicitud de restitución considera que, en función de los hechos de este caso, no existe un riesgo serio de daño para los niños si se restituyeran al Estado contratante A, siempre que no se deje solos a los niños al cuidado del padre mientras se resuelve una investigación de los argumentos de abuso sexual en el Estado contratante A. El juez considera necesario que cualquier contacto entre los niños y el padre tenga lugar en un

²¹⁵ Véase *supra*, párr. 6.2.

²¹⁶ Véase, asimismo, *Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas – Contacto transfronterizo relativo a los niños* (Jordan Publishing, 2008) (en adelante “Guía de Buenas Prácticas sobre contacto transfronterizo”), en particular, párr. 5.1, relativo al contacto de un progenitor perjudicado en el contexto de un desplazamiento / retención ilícitos. Esta publicación también está disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, “Sección Sustracción de niños”, y “Guías de Buenas Prácticas”.

Si la falta de contacto entre el padre y el niño puede redundar en un daño irreparable para el niño o comprometer sus intereses y si en consecuencia se trata de una situación de urgencia serán determinaciones fácticas que deberá realizar la autoridad competente en función del caso particular. Esta cuestión fue tratada en la Comisión Especial de 2011 (Parte I) cuando los expertos no estuvieron de acuerdo si una falta de contacto temporario constituía un caso de urgencia. Algunos expertos expresaron la visión de que en tanto es importante para el niño el contacto con el progenitor perjudicado en esas circunstancias y debería ser facilitado en la medida de lo posible, una falta de contacto temporario pocas veces constituiría un “caso de urgencia” de modo que se pudiera fundar en el art. 11 para otorgarle competencia para adoptar dichas medidas, en particular teniendo en cuenta la interpretación estricta que exige el art. 11 (véase *supra*, párr. 6.4). No obstante, otros expertos estuvieron enérgicamente en desacuerdo y declararon que el hecho de que el contacto temporario redunde en un “caso de urgencia” depende completamente de los hechos del caso particular: por ejemplo, si los procesos de restitución se demoran por alguna razón, puede ser que la falta de contacto con el progenitor perjudicado ponga en riesgo de que se dañe al niño de forma irreparable. Cuando se trate de esta situación, entonces el caso es de “urgencia” y se podrían, y deberían, adoptar medidas en virtud del art. 11.

Es dable observar, asimismo, que cualquier determinación tomada por el juez en el Estado contratante donde se encuentran pendientes los procedimientos de restitución será sin perjuicio de cualquier decisión adoptada por el Estado contratante de la residencia habitual del niño, cómo y cuándo pueda hacerlo. La decisión del Estado contratante B respecto del contacto del padre dejará de surtir efectos tan pronto como el Estado contratante A tome una decisión respecto de la cuestión (art. 11(2)).

²¹⁷ Véase *supra*, párr. 6.4, que evoca el análisis de la Comisión Especial de 2011 (Parte I) respecto de en qué circunstancias pueden adoptarse en virtud del art. 11 del Convenio de 1996 medidas que facilitan una “restitución segura” en el contexto de un procedimiento de restitución incoado en virtud del Convenio de 1980.

²¹⁸ De conformidad con el significado de “desplazamiento ilícito” dispuesto por el art. 7(2) del Convenio de 1996.

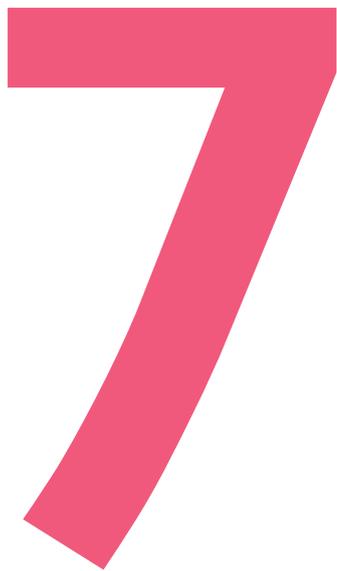
ámbito supervisado hasta tanto se pueda adoptar una decisión sobre las cuestiones de fondo relativas al tema de la guarda, incluido el contacto, en el Estado Contratante A²¹⁹. Por lo tanto, el juez ordena la restitución de los niños pero, asimismo, adopta una medida de urgencia para proteger a los niños al disponer que el contacto del padre con los niños debe estar supervisado hasta tanto se pueda adoptar una decisión sobre la cuestión en el Estado Contratante A²²⁰. Esta medida urgente será reconocida de pleno derecho en el Estado contratante A, y será ejecutoria en virtud del Capítulo IV del Convenio²²¹. Dejará de surtir efecto tan pronto como el Estado contratante A adopte las medidas necesarias de protección en este sentido²²².

219 El Estado contratante A, como Estado contratante donde los niños tenían su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento / retención ilícitos, mantiene la competencia para adoptar medidas de protección con respecto a los niños hasta tanto se cumplan las condiciones establecidas en el art. 7 (véanse *supra*, **Capítulo 4**, párrs. 4.20-4.25 relativos al art. 7 del Convenio e *infra*, **Capítulo 13**, párrs. 13.1-13.14 sobre sustracción internacional de menores). Esto significa que es el Estado contratante A el que determinará los méritos de cualquier tema de guarda de los niños. En este escenario, el Estado contratante B estaría adoptando una decisión provisional en una situación de urgencia hasta tanto el Estado contratante A pueda adoptar una decisión respecto de ese tema.

220 Los mecanismos de cooperación previstos en el Convenio serían también de suma importancia en un caso como este (véase *infra*, **Capítulo 11**). Por ejemplo, si las autoridades en el Estado contratante A desean adoptar una decisión respecto del contacto provisional del padre pueden, en virtud del art. 34, solicitarles a las autoridades competentes en el Estado contratante B que le brinden toda la información respecto de los argumentos de abuso sexual y cualquier otra información pertinente al tema del contacto.

221 Véase *infra*, **Capítulo 10**.

222 Art. 11(2).



*Medidas
provisionales*

Capítulo 7

-
- A** ¿CUÁNDO PUEDEN ADOPTARSE MEDIDAS PROVISIONALES?
- B** ¿TIENEN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 12 DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN VIRTUD DEL CONVENIO DE 1996?

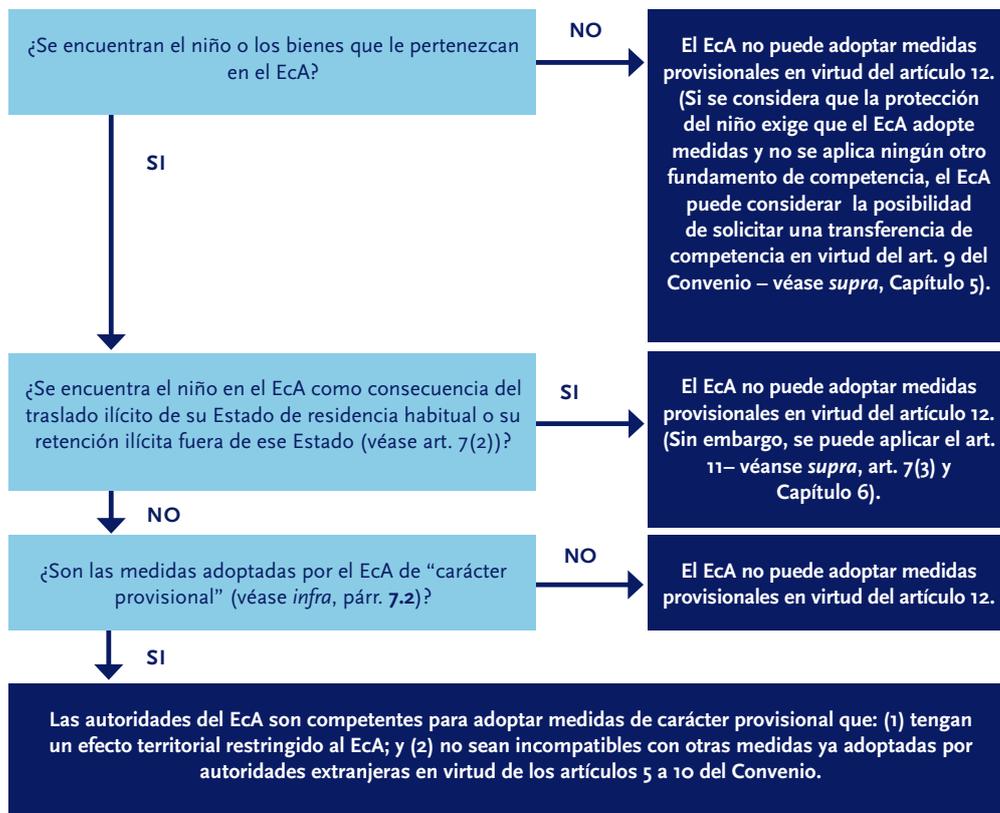
A ¿CUÁNDO PUEDEN ADOPTARSE MEDIDAS PROVISIONALES?

ARTÍCULO 12

7.1 Independientemente de los casos de urgencia, el artículo 12 prevé un motivo específico de competencia que permite a las autoridades de un Estado contratante en cuyo territorio se **encuentran** el niño o los bienes que le pertenezcan adoptar medidas de carácter provisional para la protección de la persona o los bienes del niño. En principio, cabe destacar tres puntos respecto de estas “medidas provisionales”:

- el efecto de las medidas provisionales adoptadas en virtud del artículo 12 está restringido al territorio del Estado contratante cuyas autoridades adoptan estas medidas²²³.
- las autoridades del Estado contratante sólo pueden adoptar medidas en virtud del artículo 12 que no sean incompatibles con las medidas ya adoptadas por las autoridades competentes según los artículos 5 a 10²²⁴.
- en un caso donde haya existido un desplazamiento o retención ilícitos²²⁵ de un niño, una medida provisional no puede ser adoptada por el Estado contratante al cual el niño ha sido desplazado de manera ilícita, o en el cual el niño ha sido retenido de manera ilícita, si aún conserva la competencia el Estado contratante del cual el niño ha sido desplazado o retenido de manera ilícita²²⁶; esto se encuentra excluido expresamente en virtud de los términos del artículo 7(3).

¿PUEDE EL ESTADO CONTRATANTE A (“ECA”) ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 12?



223 Art. 12(1).

224 Art. 12(1). Por el contrario, según el art. 11, la situación de emergencia le permite al Estado contratante ejercer la competencia, cuando sea necesario, para dejar sin efecto las medidas adoptadas previamente por las autoridades que son normalmente competentes.

225 De conformidad con el art. 7(2) del Convenio.

226 En lo que respecta a si aún conserva la competencia la autoridad del Estado contratante del cual el niño fue trasladado ilícitamente (o fuera del cual el niño fue retenido ilícitamente), véanse art. 7(1) y *supra*, párrs. 4.20-4.25.

(a) ¿Cuáles son las medidas de “carácter provisional”?

- 7.2 El Convenio no prevé una definición de qué puede constituir una medida de “carácter provisional”. El Informe Explicativo establece que el artículo 12 se inspiró en la necesidad de asegurar la protección del niño que se encuentra en un Estado extranjero como consecuencia de una estancia de duración limitada (e.g., vacaciones, períodos de estudio breves, cosecha, etc.)²²⁷. Establece que había preocupación entre algunos Estados de que ante la ausencia, estrictamente hablando, de una urgencia particular (tal, que fuera aplicable el art. 11), podría ser oportuno para el Estado contratante en el que se encuentra el niño poder adoptar medidas de protección si, por ejemplo, la familia de recepción se viera desbordada y el niño debiera ser colocado en un hogar de acogida bajo la supervisión de las autoridades locales del Estado²²⁸.

(b) ¿Cuánto duran las medidas provisionales adoptadas en virtud del artículo 12?

- 7.3 Al igual que el artículo 11, el artículo 12 es un fundamento de competencia concurrente, pero subordinado a los fundamentos generales de competencia previstos por los artículos 5 a 10 del Convenio. Por lo tanto, el artículo 12 contiene disposiciones similares respecto de la duración de las medidas provisionales adoptadas por un Estado contratante. Si la residencia habitual del niño se encuentra en un Estado contratante, las medidas provisionales dejarán de producir efectos cuando las autoridades del Estado **contratante** que es competente en virtud de los artículos 5 a 10 adopten las medidas exigidas por la situación²²⁹. Si la residencia habitual del niño se encuentra en un Estado **no contratante**, las medidas provisionales dejarán de producir efecto sólo cuando las medidas exigidas por la situación sean adoptadas por las autoridades de otro Estado que sea competente y que estas últimas medidas sean reconocidas en el Estado contratante donde se hayan adoptado las medidas provisionales²³⁰.
- 7.4 Es dable observar que si se han iniciado procedimientos para la adopción de medidas provisionales en un Estado contratante, las autoridades competentes requeridas en otro Estado contratante en función de los artículos 5 a 10 **no** deben suspender los procedimientos hasta tanto se adopte una medida provisional²³¹. Sin embargo, en esta situación, dado que cualquier medida provisional que pudiera ser adoptada por el primer Estado contratante cesará de producir efectos tan pronto como las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 hayan adoptado una decisión (art. 12(2)), las autoridades competentes de ambos Estados contratantes, cuando corresponda, con la asistencia de las Autoridades Centrales, pueden desear comunicarse y cooperar en vistas a evitar la duplicación y determinar el mejor camino a seguir para garantizar la protección del niño²³².

227 Informe Explicativo, párr. 74.

228 *Ibid.*

229 Art. 12(2).

230 Art. 12(3).

231 Esto es porque las normas sobre *lis pendens* establecidas en el art. 13 del Convenio no son aplicables a las medidas provisionales. Véase más información *supra*, Capítulo 4, párrs. 4.29-4.35.

232 Véase más información *infra*, Capítulo 11.

(c) ¿Qué otras gestiones podría realizar un Estado contratante una vez que haya adoptado medidas provisionales en virtud del artículo 12 para garantizar la protección ininterrumpida del niño?

- 7.5 Cuando se hayan adoptado medidas provisionales en virtud del artículo 12 en un Estado contratante, la autoridad judicial o administrativa que haya adoptado estas medidas puede desear comunicarse y cooperar con las autoridades competentes en cualquier otro Estado que considere necesario en pos de garantizar la protección ininterrumpida del niño²³³. La autoridad puede comunicar, por ejemplo, la situación del niño y / o el bien que le pertenezca y las medidas provisionales que se hayan adoptado. Esta comunicación y cooperación puede realizarse directamente entre las autoridades competentes²³⁴ o, cuando corresponda, con la asistencia de las Autoridades Centrales²³⁵. La comunicación puede, por ejemplo, implicar que las autoridades competentes en el Estado contratante donde se hayan adoptado las medidas en virtud del Artículo 12 informen a las autoridades competentes en el Estado donde el niño tiene su residencia habitual (o a la Autoridad Central de ese Estado) de la situación del niño y de las medidas que se hayan adoptado. Esto le permitiría al Estado de la residencia habitual del niño garantizar, cuando sea necesario, que se esté investigando íntegramente la situación del niño y que se adopten las medidas de protección necesarias para la protección del niño a largo plazo.
- 7.6 Las disposiciones específicas del Convenio en materia de cooperación también pueden ser pertinentes en estos casos y siempre se las debería considerar cuidadosamente²³⁶.

B ¿TIENEN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 12 DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN VIRTUD DEL CONVENIO DE 1996?

- 7.7 Sí, las medidas de protección provisionales tienen derecho al reconocimiento y la ejecución de conformidad con el Capítulo IV del Convenio²³⁷.

■ EJEMPLO 7 (A)

Un niño, que vive con sus progenitores en el Estado contratante A, es enviado durante dos meses a un campamento de esquí en el Estado contratante B. Muy rápidamente resulta aparente que el niño no quiere participar en ninguna de las actividades del campamento. El niño se niega por completo a esquiar y no hay suficientes miembros del personal en el campamento para permanecer todo el día con el niño en el bungalow de esquí. Desafortunadamente, los progenitores del niño están de vacaciones y no pueden viajar para recoger al niño. No tienen parientes lejanos con quienes el niño pueda quedarse y quieren que el niño permanezca en el campamento. La organización a cargo del campamento de esquí les solicita a las autoridades del Estado contratante B que acuerden un cuidado alternativo para el niño. De conformidad con el artículo 12, las autoridades del Estado contratante B pueden adoptar medidas provisionales para que se coloque al niño en una familia de acogida u otro cuidado alternativo hasta tanto los progenitores puedan venir al Estado contratante B a recoger al niño.

233 Esta oración no está limitada a la comunicación y cooperación entre Estados **contratantes** del Convenio de 1996 que se encuentra en consonancia con la filosofía detrás de las disposiciones del Convenio. Véanse *infra*, párrs. 11.18 y ss.

234 Para las autoridades judiciales, esto puede involucrar las comunicaciones judiciales directas, véase *supra*, nota 147.

235 Véase más información *infra*, Capítulo 11.

236 *Ibid.*

237 Artículos 23 y ss. Véase *infra*, Capítulo 10.

8

*Continuación
de las
medidas
adoptadas*

Capítulo 8

-
- A** ¿SE MANTENDRÁN EN VIGOR LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A PESAR DE UN CAMBIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ELIMINEN LA BASE SOBRE LA CUAL SE FUNDÓ LA COMPETENCIA?
- B** ¿QUÉ CONSTITUYE UN “CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS” AL QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 14?

A ¿SE MANTENDRÁN EN VIGOR LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A PESAR DE UN CAMBIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ELIMINEN LA BASE SOBRE LA CUAL SE FUNDÓ LA COMPETENCIA?

ARTÍCULO 14

- 8.1 El artículo 14 del Convenio garantiza la continuación en vigor de las medidas adoptadas por una autoridad competente en función de los artículos 5 a 10 del Convenio, incluso cuando la base de competencia en virtud de la cual se adoptaron las medidas hubiera desaparecido posteriormente como consecuencia de un cambio de las circunstancias. Las medidas adoptadas por la autoridad sobre la base de los artículos 5 a 10 continuarán en vigor en tanto no hayan sido modificadas, reemplazadas o dejadas sin efecto por medidas adoptadas por autoridades competentes en virtud del Convenio como consecuencia de las nuevas circunstancias.
- 8.2 El artículo 14 está destinado a brindar cierto grado de seguridad y continuidad a los niños y sus familias. Las familias no deben temer que una mudanza a otra jurisdicción altere en sí misma los arreglos efectuados con respecto al cuidado del niño²³⁸. Asimismo, el artículo 14 evita “brechas” en la protección de los niños como consecuencia de cambios fácticos en sus circunstancias.

B ¿QUÉ CONSTITUYE UN “CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS” AL QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 14?

- 8.3 El “cambio” exacto “de las circunstancias” al que el artículo 14 hace referencia dependerá del artículo del Convenio en el que se fundaba la competencia al momento de la adopción de las medidas de protección. De este modo:
- si la competencia para adoptar una medida en particular se fundaba en el artículo 5, el “cambio de las circunstancias” será el cambio en el Estado de residencia habitual del niño;
 - si la competencia para adoptar una medida en particular se fundaba en el artículo 6, el “cambio de las circunstancias” será el cambio en el Estado en que se encuentra el niño;
 - en virtud del artículo 10, el cambio puede ser la finalización del proceso de divorcio;
 - en virtud de los artículos 8 y 9, el cambio será cualquier vínculo con el niño que el Estado contratante al que se hubiera transferido competencia haya invocado a efectos de dicha transferencia o la finalización del proceso que se hubiera transferido²³⁹;
 - por último, los términos del propio artículo 7 establecen los cambios que deben producirse antes de que la competencia pueda transferirse desde las autoridades del Estado contratante del que un niño haya sido trasladado ilícitamente o fuera del cual un niño haya sido retenido ilícitamente.

En todos los casos, las medidas de protección adoptadas previamente continuarán en vigor a pesar de este “cambio de las circunstancias”.

238 En los casos de reubicación internacional, ningún Estado contratante a donde se haya producido la reubicación debería permitir la revisión o variación de la orden de contacto, excepto que, dadas las circunstancias del caso, aquella permitiera la revisión o variación de una orden de contacto interna. Para un análisis adicional sobre de la reubicación y el contacto internacional en virtud del Convenio, véanse *infra*, párrs. 13.23-13.27. Asimismo, véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 216), en particular, Capítulo 8.

239 Según los términos de la transferencia – véase *supra*, Capítulo 5, relativo a la necesidad de cooperación estrecha y comunicación clara entre los Estados contratantes con respecto a esta cuestión.

- 8.4 El mantenimiento en vigor de las medidas de protección adoptadas previamente se garantiza sólo “en sus propios términos” (art. 14). Esto tiene en cuenta el hecho de que, en algunos casos, la duración de las medidas de protección puede verse limitada por los propios términos de las medidas. Por ejemplo, una medida preventiva diseñada para garantizar que un niño sea restituido luego de un viaje al exterior en particular con uno de sus progenitores puede especificar que la medida dejará de surtir efecto una vez que el niño haya sido restituido; en forma similar, las medidas diseñadas para disponer el cuidado de un niño cuando uno de los padres está enfermo u hospitalizado puede establecer que aquellas dejarán de surtir efecto cuando el progenitor se haya recuperado. Por lo tanto, estas medidas dejarán de surtir efecto en sus propios términos²⁴⁰.
- 8.5 Con relación a los artículos 11 y 12 que abordan casos de urgencia y medidas provisionales, tal como se ha analizado en los **Capítulos 6** y **7** precedentes, los propios términos de tales artículos indican el alcance temporal de las medidas²⁴¹ y, por lo tanto, el artículo 14 no es aplicable a las medidas adoptadas en virtud de estos fundamentos de competencia²⁴².

■ EJEMPLO 8 (A)

Un niño tiene residencia habitual en el Estado contratante A. Las autoridades del Estado contratante A ordenan que el niño deberá tener contacto regular con sus abuelos maternos, quienes también residen allí²⁴³. El niño y los progenitores se mudan al Estado contratante B y el niño adquiere residencia habitual allí. A pesar del hecho de que el niño ya no tiene residencia habitual en el Estado contratante A y de que no existen otras bases sobre las cuales las autoridades del Estado contratante A podrían haber fundado su competencia, las medidas adoptadas por las autoridades del Estado contratante A continuarán en vigor hasta el momento en el que las autoridades competentes en virtud del Convenio (e.g., las autoridades del Estado contratante B) modifiquen, reemplacen o dejen sin efecto dichas órdenes²⁴⁴. Por lo tanto, en este caso, luego de la mudanza del niño al Estado contratante B, si no se cumple con la orden del Estado contratante A, los abuelos maternos pueden solicitar la ejecución de la orden de contacto en el Estado contratante B²⁴⁵.

240 Véase, asimismo, el Informe Explicativo, párr. 83.

241 Art. 11(2) y (3) y art. 12(2) y (3). Véase *supra*, **Capítulo 6** relativo a la adopción de medidas necesarias en casos de urgencia y **Capítulo 7** relativo a las medidas provisionales.

242 Como surge claramente de la redacción del propio art. 14 que se refiere a las medidas adoptadas “**en aplicación de los artículos 5 a 10**” (énfasis agregado) del Convenio.

243 Puesto que el niño posee residencia habitual en el Estado contratante A, la competencia para adoptar medidas de protección se fundará en el art. 5 del Convenio.

244 Art. 14. No obstante, la legislación del Estado contratante en el cual el niño tiene su nueva residencia habitual (en este caso, la legislación del Estado contratante B) regirá, desde el momento del cambio en la residencia habitual, las “condiciones de aplicación” de las medidas adoptadas en el Estado contratante A (art. 15(3)) – véase más información *infra*, **Capítulo 9**, párrs. 9.3-9.8.

245 La orden se reconocerá de pleno derecho en el Estado contratante B (art. 23, siempre que no se hayan establecido bases para el no reconocimiento). Si la orden no se cumple, los abuelos maternos pueden solicitar la ejecución de la orden de conformidad con los arts. 26 y ss. Véase, asimismo, *infra*, **Capítulo 10**.

■ EJEMPLO 8 (B)

Una niña tiene residencia habitual en el Estado contratante A pero el proceso de divorcio de sus progenitores se desarrolla ante las autoridades del Estado contratante B. Se cumplen los requisitos del artículo 10²⁴⁶ y las autoridades del Estado contratante B emiten una orden de custodia. Luego de la finalización del proceso de divorcio, las autoridades del Estado contratante B ya no serán competentes para adoptar medidas de protección respecto de la niña. Sin embargo, la orden de custodia que ya se ha emitido continuará en vigor y se reconocerá de pleno derecho y ejecutará en otros Estados contratantes de conformidad con el Capítulo IV del Convenio²⁴⁷. La orden continuará en vigor hasta el momento en que las autoridades competentes en virtud del Convenio (e.g., las autoridades del Estado contratante A en calidad de Estado contratante de residencia habitual del niño) modifiquen, reemplacen o dejen sin efecto la orden.

■ EJEMPLO 8 (C)

La madre desea reubicarse del Estado contratante A al Estado contratante B con sus hijos. El padre se opone, pero la madre obtiene permiso de reubicación de parte de la autoridad competente del Estado contratante A²⁴⁸. Como condición de la reubicación, la autoridad competente en el Estado contratante A emite una orden que establece arreglos de contacto entre el padre y los hijos. Esta orden se reconoce de pleno derecho en el Estado contratante B²⁴⁹ y estos arreglos de contacto continúan en vigor luego de la mudanza al Estado contratante B y luego de que los niños adquieran residencia habitual allí, hasta el momento en que la autoridad competente del Estado contratante B modifique el arreglo²⁵⁰.

²⁴⁶ Para estos requisitos, véanse *supra*, párrs. 4.26-4.28.

²⁴⁷ Art. 14 y Capítulo IV del Convenio (analizados *infra*, en el **Capítulo 10**).

²⁴⁸ Competencia fundada en el art. 5.

²⁴⁹ Art. 23.

²⁵⁰ Véase *supra*, nota 238, relativa a la reubicación internacional. Véanse, asimismo, *supra*, nota 244 respecto del art. 15(3) e *infra*, **Capítulo 9**, párrs. 9.3-9.8.

9

*Ley aplicable
a las medidas
de protección*

Capítulo 9

-
- A LEY APLICABLE A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS POR UNA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA
 - B LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL CUANDO NO HUBO INTERVENCIÓN DE UNA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA
 - C PROTECCIÓN DE TERCEROS
 - D DISPOSICIONES GENERALES EN MATERIA DE LEY APLICABLE

A LEY APLICABLE A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ADOPTADAS POR UNA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA

(a) ¿Qué ley será aplicada por las autoridades de un Estado contratante que adopta medidas destinadas a la protección de la persona o de los bienes del niño?

ARTÍCULOS 15(1), 15(2)

- 9.1 Al ejercer su competencia²⁵¹ para adoptar medidas destinadas a la protección de la persona o los bienes del niño, las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su “propia ley” (art. 15(1)), es decir, sus leyes nacionales, internas²⁵². Esta norma resulta de aplicación independientemente del fundamento del Convenio en el cual se basa la competencia. Además, esta norma tiene la ventaja de que las autoridades de los Estados contratantes aplicarán la ley que más conocen²⁵³.
- 9.2 Sin embargo, el artículo 15(2) contiene una excepción a esta norma general. El artículo 15(2) dispone que, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, las autoridades podrán, excepcionalmente, (1) aplicar o (2) tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. Como excepción a la norma general, esta disposición “no debería ser aplicada sin mayor premeditación”²⁵⁴. Las autoridades deberían asegurarse de que la aplicación o consideración de la ley extranjera sirva al interés superior del niño²⁵⁵.

■ EJEMPLO 9 (A)

La niña vive con su madre en el Estado contratante A y tiene contacto regular con el padre. La madre desea trasladarse con la niña al Estado contratante B y el padre se opone. La madre solicita permiso para reubicarse. La autoridad que decide sobre dicho asunto le otorga permiso para reubicarse y desea emitir una orden que regula la custodia y el contacto posterior al traslado. Si bien la ley aplicable en este caso será la ley del Estado contratante A²⁵⁶, la autoridad observa que la terminología utilizada para custodia y contacto en el Estado contratante B difiere de la del Estado contratante A. En virtud del artículo 15(2), la autoridad del Estado contratante A está facultada para considerar la ley del Estado contratante B y podrá considerar enmarcar la orden en la terminología del Estado contratante B²⁵⁷.

251 Cabe destacar que el art. 15(1) se refiere a autoridades que ejercen la competencia “atribuida por las disposiciones del Capítulo II” del Convenio. No obstante, el art. 15 no debería ser interpretado de manera restrictiva. Cuando, por ejemplo, el art. 52(2) sea aplicable y Estados contratantes hayan celebrado un acuerdo que contenga normas sobre competencia relativa a niños que tengan su residencia habitual en uno de sus Estados contratantes (e.g., el Reglamento Bruselas IIa en el caso de los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca), si la competencia se ejerce en base al acuerdo pero el fundamento en el cual se basa la competencia se encuentra en el Capítulo II del Convenio, el art. 15 del Convenio debe considerarse aplicable. Evitar una interpretación literal y extremadamente estricta del Convenio en este sentido promoverá uno de los principales objetivos del Convenio, tal como se refleja en el tercer párrafo del Preámbulo, es decir: “evitar conflictos entre [...] sistemas jurídicos en materia de [...] ley aplicable”.

252 El art. 21 establece claramente que dicha ley interna debe entenderse como el derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de derecho internacional privado. (es decir, el renvío (*renvoi*) no es aplicable). Véanse, asimismo, *infra*, párrs. 9.23-9.24.

253 Véase el Informe Explicativo, párr. 86.

254 *Ibid.*, párr. 89.

255 *Ibid.*: “[E]ste apartado constituye una cláusula de excepción, fundada no en el principio de proximidad (vínculos más estrechos), sino en el interés superior del niño”.

256 Art. 15(1).

257 Para más información sobre la reubicación internacional, véanse *infra*, párrs. 13.23-13.27.

(b) Cuando la residencia habitual del niño cambia de un Estado contratante a otro, ¿qué ley rige las “condiciones de aplicación” de una medida de protección en el nuevo lugar de residencia habitual del niño si la medida fue adoptada en el lugar anterior de residencia habitual del niño?²⁵⁸

ARTÍCULO 15(3)

- 9.3 Ya se ha indicado en este Manual que un cambio en la residencia habitual del niño resultará en un cambio de las autoridades competentes para adoptar medidas de protección respecto al niño²⁵⁹, pero que el cambio de residencia habitual dejará en efecto las medidas de protección que ya han sido adoptadas respecto al niño²⁶⁰. Sin embargo, la pregunta que las disposiciones anteriores no ha respondido aún es qué ley regirá las “condiciones de aplicación” de la medida de protección que subsiste en el Estado contratante de la nueva residencia habitual del niño.
- 9.4 El artículo 15(3) responde esta pregunta al disponer que, en dichas circunstancias, las “condiciones de aplicación” de la medida de protección estarán determinadas por la ley del Estado contratante donde el niño tiene su nueva residencia habitual.
- 9.5 El Convenio no define las “condiciones de aplicación” de las medidas de protección. No obstante, el Informe Explicativo establece claramente²⁶¹ que las “condiciones de aplicación” se refieren a la manera en la cual debe ejercerse la medida de protección en el Estado contratante al cual el niño se haya trasladado.
- 9.6 El Informe Explicativo se refiere a la dificultad que se plantea al diferenciar la existencia de la medida de protección (la cual subsistirá: art. 14) y las “condiciones de aplicación” de la medida (que estarán regidas por el Estado contratante de la nueva residencia habitual y podrán, por ende, modificarse: art. 15(3))²⁶². Por ejemplo, si la medida de protección tomada fue la designación de un tutor para un niño pero el tutor tiene la obligación de solicitar autorización a un tribunal respecto a determinados actos en virtud de la medida de protección original, ¿es el requisito de una autorización para actuar parte de la medida en sí misma o una “condición de aplicación” de la medida de manera que esto puede cambiar cuando el niño se mude? Más aún, si una medida de protección debe mantenerse en vigor hasta que el niño cumpla 18 años, pero en el nuevo lugar de residencia habitual la medida caducaría a los 16 años de edad del niño, ¿es el plazo de la medida parte de su existencia o una “condición de aplicación” de la medida?²⁶³

258 Debido a que la medida de protección continuará en vigor (conforme el art. 14) en el Estado contratante donde se encuentra la nueva residencia habitual del niño – véase *supra*, **Capítulo 8**.

259 Art. 5(2) – véase *supra*, **Capítulo 4**, párrs. 4.8-4.11.

260 Art. 14 – véase *supra*, **Capítulo 8**.

261 *Op. cit.* nota 19, párr. 90, al comparar el art. 15(3) al art. 17 en lo que concierne la responsabilidad parental (véase *infra*, párr. 9.16) y al establecer que “la medida adoptada antes del cambio también subsiste después de éste, pero sus “condiciones de aplicación” se rigen, a partir del momento en que se ha producido el cambio, por la ley del Estado de la nueva residencia habitual”.

262 Informe Explicativo, párr. 91.

263 *Ibid.*

- 9.7 El Informe Explicativo determina que dichos interrogantes sólo pueden responderse caso por caso²⁶⁴. En última instancia, si la medida parece ser imposible de ejercer en el Estado contratante de la nueva residencia habitual del niño o se encuentra socavada por las “condiciones de aplicación” del estado, las autoridades de dicho Estado contratante pueden considerar que la medida debe ser adaptada o que debe tomarse una nueva medida (y tendrá competencia para hacerlo como Estado contratante en el cual el niño tiene residencia habitual – art. 5). En tales circunstancias, las disposiciones de cooperación del Convenio pueden resultar clave para asegurar que no se haya perdido la esencia de la protección del niño que se perseguía mediante la medida de protección original²⁶⁵.
- 9.8 Es dable observar que el artículo 15(3) no es aplicable si el niño adquiere una nueva residencia habitual en un Estado no contratante. En este caso, las normas del derecho internacional privado propias del Estado no contratante serán aplicables para determinar si la medida de protección podría ser reconocida en ese Estado y las condiciones bajo las cuales podría aplicarse²⁶⁶.

■ EJEMPLO 9 (B)

Dos niños son tomados bajo el cuidado de la autoridad pública en el Estado contratante A debido a que su padre ha sido enviado a prisión y por el abuso de drogas de la madre. Ambos progenitores mantienen un fuerte contacto con los niños y la madre asiste exitosamente a un programa de tratamiento para su adicción a las drogas. La autoridad pública trabaja con la madre para restituir a los niños en su cuidado. Luego de la liberación del padre, la familia desea trasladarse al Estado contratante B para comenzar una nueva vida. Las autoridades del Estado contratante A están dispuestas a permitir la reubicación pero sólo si los niños continúan bajo la supervisión de la autoridad pública luego de mudarse fuera del país. En consecuencia, las autoridades competentes del Estado contratante A, mediante su Autoridad Central, se comunican con las autoridades competentes del Estado contratante B (art. 30). Se aseguran de que la supervisión de los niños por parte de las autoridades públicas del Estado contratante B esté disponible. En consecuencia, el Estado contratante A ordena que los niños puedan permanecer bajo el cuidado de sus progenitores con la condición de que este cuidado esté supervisado por una autoridad pública. La orden de supervisión, emitida en virtud de la ley del Estado contratante A, continúa en vigor luego de la reubicación de la familia²⁶⁷. No obstante, las condiciones de aplicación de la medida estarán regidas por la ley nacional del Estado contratante B²⁶⁸.

264 *Ibid.*

265 Por ejemplo, si el Estado contratante de la nueva residencia habitual del niño es requerido para adaptar la medida de protección tomada con anterioridad, podrá solicitar información al Estado contratante de la residencia habitual anterior del niño respecto a la situación del niño que llevó a la adopción de la medida y el objetivo específico para el cual la medida fue diseñada (e.g., mediante el art. 34; véase *infra*, **Capítulo 10**, para un análisis detallado de las disposiciones de cooperación del Convenio). Esto puede ayudar al Estado contratante requerido a alcanzar un resultado conforme al objetivo de la medida de protección original.

266 Informe Explicativo, párr. 92.

267 Art. 14 – véase *supra*, **Capítulo 8**. Cabe destacar, no obstante, que el Informe Explicativo, párr. 83, no consideraba que una medida de este tipo subsistiría de acuerdo con el art. 14. Esto se debe a que el organismo nacional de protección sólo podría ejercer sus poderes en el territorio del Estado al cual pertenece y el art. 14 establece específicamente que las medidas permanecerán en vigor “en sus propios términos”. Esto parece ser una interpretación muy restringida del art. 14 y “en sus propios términos” podría interpretarse de manera dirigida en este contexto para que signifique que la medida subsistiría en sus propios términos si la supervisión de la familia / menor por parte de una autoridad pública (del Estado) puede continuar en el Estado contratante de destino.

268 Art. 15(3) – véanse *supra*, párrs. 9.3-9.8.

Un ejemplo de posibles diferencias en las condiciones de aplicación entre los dos Estados podría ser que la autoridad pública en el Estado contratante A tiene la facultad necesaria para ingresar al hogar familiar sin anunciarse en cualquier momento, mientras que la autoridad pública del Estado contratante B sólo puede solicitar que los progenitores acepten reunirse con sus funcionarios de manera regular²⁶⁹. Si la medida tomada por las autoridades del Estado contratante A parece imposible de ejercer o socavada en su aplicación en el Estado contratante B, las autoridades del Estado contratante B pueden adoptar una nueva medida²⁷⁰.

B LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL CUANDO NO HUBO INTERVENCIÓN DE UNA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA

(a) ¿Qué ley es aplicable a la atribución o la extinción de la responsabilidad parental que se produce sin intervención de una autoridad judicial o administrativa?

ARTÍCULO 16(1), 16(2)

- 9.9 La atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado²⁷¹ de la residencia habitual del niño²⁷².
- 9.10 En algunos casos, la atribución o la extinción de responsabilidad parental puede producirse como consecuencia de un acuerdo o de un acto unilateral que, una vez más, no requiere la intervención de las autoridades judiciales o administrativas. La ley aplicable a esta atribución o extinción de responsabilidad parental es la ley del Estado de la residencia habitual del niño **en el momento en que deviene eficaz el acuerdo o el acto unilateral**²⁷³. Un ejemplo de acto unilateral que atribuye responsabilidad parental podría ser un testamento o una disposición de última voluntad, por la cual el último progenitor del niño designara un tutor al niño²⁷⁴.

269 En este caso debería haber una estrecha cooperación y comunicación entre las autoridades de ambos Estados contratantes **antes** de la reubicación permitida por el Estado Contratante A para garantizar que se intercambie toda la información necesaria respecto a la familia y que se continuará con una supervisión suficiente de la familia en el Estado contratante B.

270 Respecto de las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño - art. 5. Respecto al uso de los mecanismos de cooperación del Convenio que pueden utilizarse en esta situación, véase *supra*, nota 265.

271 Este no tiene que ser necesariamente un Estado contratante del Convenio de 1996, puesto que el art. 20 establece que las disposiciones del Capítulo III en materia de ley aplicable se aplican aún cuando la ley designada por ellas fuera la ley de un Estado no contratante (*i.e.*, son universales). Véase *infra*, párr. 9.22.

272 Art. 16(1).

273 Art. 16(2).

274 Véase el Informe Explicativo, párr. 103.

- 9.II Cabe destacar que si la atribución o la extinción de responsabilidad parental en virtud de un acuerdo o de un acto unilateral debe ser objeto de homologación o control por una autoridad judicial o administrativa, esta homologación o control serán calificados como una “medida de protección” que debe ser adoptada por las autoridades competentes en virtud del Capítulo II del Convenio, por aplicación de la ley designada por el artículo 15 del Convenio²⁷⁵. Sin embargo, si la intervención de la autoridad judicial o administrativa es una intervención puramente pasiva, *e.g.*, limitada al registro de una declaración, un acuerdo o un acto unilateral sin ejercer control alguno respecto de los elementos esenciales de la cuestión, esta intervención no debería considerarse equivalente a una “medida de protección” y la atribución de responsabilidad parental quedará, no obstante, comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 16 en calidad de atribución emergente “sin intervención de una autoridad judicial o administrativa”²⁷⁶.

- **EJEMPLO 9 (C)** *Una pareja no casada que vive en el Estado contratante A se separa antes del nacimiento de su hijo. El padre se muda al Estado contratante B por razones laborales. En virtud de la ley del Estado contratante B, un padre no casado no adquiere en forma automática responsabilidad parental por un niño al momento del nacimiento del niño. Por el contrario, en virtud de la ley del Estado contratante A, un padre no casado adquiere responsabilidad parental automáticamente al momento de producirse el nacimiento del niño.*

Cuando nazca el niño, la cuestión de si el padre tiene responsabilidad parental por el niño está regida por la ley del Estado donde el niño tiene su residencia habitual²⁷⁷, en este caso, la ley del Estado contratante A. Por lo tanto, el padre adquiere en forma automática responsabilidad parental por el niño de conformidad con esta ley²⁷⁸.

- **EJEMPLO 9 (D)** *Un adolescente vive en el Estado no contratante A con su padre y su madrastra. La ley de este Estado no contratante le asigna responsabilidad parental de pleno derecho al padre pero no a la madrastra. Sin embargo, la ley del Estado no contratante A permite que los progenitores que tengan responsabilidad parental celebren un acuerdo formal a fin de compartir la responsabilidad parental con determinados terceros sin necesidad de obtener la aprobación de las autoridades del Estado. El padre y la madrastra celebran un acuerdo formal semejante de conformidad con la ley del Estado no contratante A.*

Al momento de viajar al exterior a un campamento de verano en el Estado contratante B, el adolescente es arrestado por la policía por escribir grafitis y causar daños a un tren. Se solicita que sus progenitores comparezcan ante el Tribunal de Menores de este Estado. La ley del Estado contratante B establece que las personas que tengan responsabilidad parental respecto de niños serán financieramente responsables de todo daño.

275 *Ibíd.*

276 *Ibíd.*, párr. 98.

277 Art. 16(1). Este sería, asimismo, el caso si el niño tuviera su residencia habitual en el Estado **no contratante** A: véanse art. 20 e *infra*, párr. 9.22.

278 En este caso, el **ejercicio** del padre de su responsabilidad parental estará regido, asimismo, por la ley del Estado contratante A: art. 17. Véase más información *infra*, párr. 9.16.

De conformidad con el artículo 16, el Estado contratante B aplicará la ley del Estado no contratante A (el estado de la residencia habitual del adolescente) a la cuestión de quién tiene responsabilidad parental respecto del adolescente (de pleno derecho, como consecuencia de un acuerdo).

Dado que tanto el padre como la madrastra tienen responsabilidad parental respecto del adolescente en virtud de la ley del Estado no contratante A, ambos serán financieramente responsables de las actividades del adolescente en el Estado contratante B.

(b) ¿Qué sucede con la atribución o la extinción de responsabilidad parental en caso de cambio de la residencia habitual del niño?

ARTÍCULO 16(3), 16(4)

- 9.12 La responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado²⁷⁹. Este es el caso incluso cuando el Estado de la nueva residencia habitual del niño no previera responsabilidad parental en idénticas circunstancias²⁸⁰.
- 9.13 La atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviera ya investida de tal responsabilidad se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual del niño²⁸¹.
- 9.14 El objeto de estas normas consiste en garantizar la continuidad de las relaciones progenitor-hijo²⁸². En consecuencia, el cambio de la residencia habitual de un niño no puede, en sí mismo, derivar en la pérdida de responsabilidad parental respecto del niño, pero sí puede derivar en la adquisición de responsabilidad parental respecto de él.
- 9.15 La coexistencia de diversos titulares de responsabilidad parental que pueda derivar de la aplicación de estas disposiciones sólo puede funcionar si los titulares de la responsabilidad parental coinciden en general²⁸³. Todo desacuerdo entre ellos podrá resolverse mediante una medida de la autoridad competente solicitada por uno o varios de ellos (véase *supra*, **Capítulo 4**)²⁸⁴.

■ EJEMPLO 9 (E)

Un niño nace en el Estado contratante A donde ambos progenitores no casados tienen responsabilidad parental respecto del niño de pleno derecho. La madre se muda con el niño al Estado contratante B donde la ley dispone que un padre no casado puede adquirir responsabilidad parental exclusivamente por orden judicial. La responsabilidad parental del padre adquirida en el Estado contratante A de pleno derecho subsistirá luego de la mudanza²⁸⁵.

279 Art. 16(3).

280 Es, asimismo, el caso si el niño se muda de un Estado **no contratante** a un Estado contratante: véase art. 20 e, *infra*, párr. 9.22.

281 Art. 16(4).

282 Véase Informe Explicativo, párrs. 105-107.

283 *Ibíd.*, párr. 108.

284 *Ibíd.*

285 Art. 16(3).

■ **EJEMPLO 9 (F)** *Una niña nace en el Estado contratante A. Los progenitores de la niña se divorcian poco tiempo después de su nacimiento. En virtud de la ley del Estado contratante A, ambos progenitores conservan la responsabilidad parental respecto de la niña luego del divorcio. Dos años después, la madre vuelve a contraer matrimonio y la nueva pareja y la niña se mudan al Estado contratante B. El Estado contratante B posee una norma en virtud de la cual el padrastro o la madrastra tienen responsabilidad parental respecto de sus hijastros de pleno derecho. En este caso, una vez que la niña adquiera su residencia habitual en el Estado contratante B, habrá tres personas que tengan responsabilidad parental respecto de ella: su madre, su padre y su padrastro²⁸⁶.*

■ **EJEMPLO 9 (G)** *Una niña vive en el Estado contratante A con su padre y su segunda esposa, la madrastra de la niña. La madre y el padre de la niña convienen en que la madrastra debería tener responsabilidad parental respecto de la niña. En virtud de la ley del Estado contratante A, es posible que los padres atribuyan por escrito responsabilidad parental a un padrastro o una madrastra. El acuerdo no necesita la homologación de ninguna autoridad del Estado, pero debe registrarse ante el ministerio pertinente. En consecuencia, la madre, el padre y la madrastra registran su acuerdo.*

Un año más tarde, el padre, la madrastra y la niña se mudan del Estado contratante A al Estado contratante B. En virtud de la ley del Estado contratante B, ningún padrastro ni ninguna madrastra pueden adquirir responsabilidad parental respecto de un niño sin orden judicial.

Puesto que el acuerdo entre las partes que tuvo lugar en el Estado contratante A es un acuerdo que no requiere la intervención de una autoridad judicial o administrativa (véase supra, párr. 9.11), el artículo 16(2) es aplicable de modo tal que la atribución de responsabilidad parental a la madrastra se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que devino eficaz el acuerdo (i.e., en el momento en que se registró el acuerdo). La niña poseía residencia habitual en el Estado contratante A en el momento en que se registró el acuerdo y, por lo tanto, la ley del Estado contratante A es aplicable a esta cuestión.

El artículo 16(3) garantiza que la responsabilidad parental de la madrastra subsista en el Estado contratante B.

(c) ¿Qué ley es aplicable al ejercicio de la responsabilidad parental?

ARTÍCULO 17

9.16 Las normas precedentes hacen referencia a la **atribución** o la **extinción** de responsabilidad parental. No obstante, siempre el ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual actual del niño.

■ **EJEMPLO 9 (H)** *En el Estado contratante A, un titular de responsabilidad parental necesita el consentimiento de todos los otros titulares de responsabilidad parental antes de poder arreglar una intervención quirúrgica no urgente para el niño. Si el niño ahora tiene residencia habitual en el Estado contratante A, dicho consentimiento es necesario aun cuando el niño previamente hubiera tenido residencia habitual en el Estado contratante B donde la responsabilidad parental respecto del niño se había atribuido originalmente y no existía dicho requisito.*

(d) La modificación o la privación de la responsabilidad parental mediante medidas de protección adoptadas por autoridades judiciales o administrativas
ARTÍCULO 18

- 9.17 Los párrafos precedentes establecen las normas en materia de ley aplicable al momento de considerar la responsabilidad parental atribuida o extinguida sin intervención de una autoridad judicial o administrativa. Sin embargo, estas normas no impiden la adopción de medidas de protección que modifiquen la responsabilidad parental o priven de ella por parte de la autoridad judicial o administrativa pertinente.
- 9.18 Toda medida adoptada por la autoridad judicial o administrativa de un Estado contratante que establezca la privación o la modificación de la responsabilidad parental es una medida destinada a la protección de la persona del niño que se encuentra dentro del alcance material del Convenio y, por lo tanto, debería adoptarse de conformidad con las normas del Convenio en materia de competencia y ley aplicable.

■ **EJEMPLO 9 (I)** *Una pareja no casada y su hijo poseen residencia habitual en el Estado contratante A. En virtud de la ley del Estado contratante A, sólo la madre tiene responsabilidad parental respecto del niño de pleno derecho. La familia se muda al Estado contratante B y adquiere residencia habitual allí. En virtud de la ley del Estado contratante B, todo padre no casado también adquirirá responsabilidad parental respecto de su hijo de pleno derecho. Por lo tanto, la aplicación del artículo 16(4) garantiza que la ley del Estado contratante B (la nueva residencia habitual del niño) sea aplicable a la atribución de responsabilidad parental de pleno derecho al padre no casado (el que anteriormente carecía de responsabilidad parental).*

Se produce la ruptura de la relación y los progenitores no logran llegar a un acuerdo con respecto a ninguna decisión relativa al niño. La tensión y las discusiones constantes causan ansiedad y malestar al niño. El niño recientemente ha sido derivado a un especialista en psiquiatría en virtud de un estrés agudo.

La madre presenta una solicitud ante el tribunal del Estado contratante B a fin de que se prive al padre de responsabilidad parental. El Estado contratante B es competente para entender en esta solicitud en calidad de Estado contratante de la residencia habitual del niño²⁸⁷. Por lo general, aplicará la ley del foro a la controversia²⁸⁸. Asimismo, como consecuencia del artículo 18, el Estado contratante B puede privar al padre de su responsabilidad parental aunque dicha responsabilidad parental hubiera sido atribuida de pleno derecho conforme al artículo 16 del Convenio²⁸⁹.

287 Art. 5.

288 Art. 15(1) (a menos que decida que la protección del niño requiere excepcionalmente que se aplique o tome en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho: art. 15(2) – véase, asimismo, *supra*, párr. 9.2).

289 Sin embargo, en definitiva, la cuestión de si puede hacerlo y en qué circunstancias lo **hará** deberá ser determinada por la *ley del foro* (art. 15(1); o cualquier otra ley aplicable excepcionalmente en virtud del art. 15(2)).

C PROTECCIÓN DE TERCEROS

ARTÍCULO 19

- 9.19 Si un tercero celebra un acto con una persona que tendría la condición de representante legal del niño conforme la ley del Estado en que se ha celebrado el acto, el tercero no puede ser declarado responsable por el único motivo de que dicha persona no tuviera la condición de representante legal del niño en virtud de la ley designada por las normas del Convenio²⁹⁰.
- 9.20 Sin embargo, esta protección no es aplicable si el tercero sabía o debería haber sabido que la responsabilidad parental se regía por la ley designada. Asimismo, la protección sólo se aplica si el acto se ha celebrado entre personas presentes en el territorio de un mismo Estado.
- 9.21 Esta norma se incorporó al Convenio, “[d]ado que el Convenio opta, en caso de cambio de la residencia habitual del niño, por el principio de la continuidad de la responsabilidad parental atribuida de pleno derecho por la ley del Estado de la precedente residencia habitual, se hace correr el riesgo a los terceros que actúan en el Estado de la nueva residencia habitual de cometer un error sobre la persona o sobre los poderes del representante legal del niño”²⁹¹.

D DISPOSICIONES GENERALES EN MATERIA DE LEY APLICABLE

(a) Se aplican las normas en materia de ley aplicable aun si no designan la ley de un Estado contratante?

ARTÍCULO 20

- 9.22 Sí, las normas en materia de ley aplicable establecidas en el Convenio son de aplicación universal, lo que significa que se aplican en todos los casos, incluso aquellos en los que la ley designada es la ley de un Estado no contratante del Convenio.

■ EJEMPLO 9 (I)

Una niña reside con su padre y su madrastra en el Estado no contratante A. De acuerdo a la ley del Estado no contratante A, el matrimonio del padre con la madrastra redundó en que la madrastra adquiere automáticamente responsabilidad parental por la niña.

El padre recibe una oferta laboral en el Estado contratante B y la familia se muda a este Estado contratante. En virtud de la ley del Estado contratante B, la madrastra no habría adquirido automáticamente responsabilidad parental en virtud de su matrimonio con el padre de la niña.

Sin embargo, al aplicar los artículos 16(3) y 20 del Convenio, la responsabilidad parental de la madrastra, conferida en virtud de la ley del Estado no contratante A, se mantendrá después del cambio de residencia habitual de la niña al Estado contratante B.

290 Para un mayor análisis acerca de esta disposición, véase *infra*, párr. 13.80.

291 Informe Explicativo, párr. III.

(b) ¿Incluye la referencia a la ley de otro Estado una referencia a las normas de derecho internacional privado de ese otro Estado?

ARTÍCULO 21

- 9.23 No, el artículo 21 excluye el reenvío (*renvoi*) de manera expresa. Esto significa que cuando se hace referencia a la ley de otro Estado, se alude exclusivamente a la legislación interna de dicho Estado y no a sus normas de derecho internacional privado.
- 9.24 Existe una excepción a esta regla y surge cuando la ley aplicable en virtud del artículo 16 fuera la de un Estado no contratante. En este caso, si las normas de derecho internacional privado de dicho Estado remitieran a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría sus propias normas, la ley aplicable será la de este último Estado. No obstante, si el segundo Estado no contratante **no** aplicaría su propia ley, se aplicará la ley designada por el art. 16. Esto se encuentra diseñado de modo tal de no interferir con las normas de derecho internacional privado aplicables entre Estados no contratantes.

(c) ¿Existen circunstancias en las que la ley designada en virtud de las normas del Convenio de 1996 no deba aplicarse?

ARTÍCULO 22

- 9.25 El artículo 22 prevé una excepción de orden público. Esto significa que si la aplicación de la ley designada en virtud de las normas descritas precedentemente es manifiestamente contraria al orden público del Estado contratante, teniendo en cuenta el interés superior del niño, las autoridades de dicho Estado pueden rehusarse a aplicarla.
- 9.25 Cabe destacar que la excepción de orden público para excluir la aplicación de la ley designada sólo puede utilizarse cuando se tiene en cuenta el interés superior del niño.

10

Capítulo 10

*Reconocimiento
y ejecución de
una medida de
protección*

-
- A** ¿CUÁNDO SE RECONOCERÁ Y SE EJECUTARÁ UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN ADOPTADA EN UN ESTADO CONTRATANTE EN OTRO ESTADO CONTRATANTE?
- B** ¿CUÁNDO PUEDE DENEGARSE EL RECONOCIMIENTO DE UNA MEDIDA ADOPTADA POR UN ESTADO CONTRATANTE EN OTRO?
- C** ¿CÓMO PUEDE ESTAR SEGURA UNA PERSONA DE QUE SE RECONOCERÁ UNA DECISIÓN EN OTRO ESTADO CONTRATANTE? (“RECONOCIMIENTO ANTICIPADO”)
- D** ¿CUÁNDO SE EJECUTARÁ UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN ADOPTADA EN UN ESTADO CONTRATANTE EN OTRO ESTADO CONTRATANTE?

A ¿CUÁNDO SE RECONOCERÁ Y SE EJECUTARÁ UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN ADOPTADA EN UN ESTADO CONTRATANTE EN OTRO ESTADO CONTRATANTE?

ARTÍCULO 23

- 10.1 Las medidas de protección adoptadas en un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes²⁹². El reconocimiento “de pleno derecho” significa que no es necesario iniciar procedimientos para que se reconozca la medida en el Estado contratante requerido²⁹³ y para que surta efecto allí.
- 10.2 No obstante, a fin de que se reconozca una medida, puede ser necesario que se pruebe su existencia en el Estado contratante requerido. A fin de evitar todo obstáculo burocrático a la protección de los niños, el Convenio no impone ningún requisito formal en este sentido. Por lo general, la presentación del documento escrito que incorpora la medida²⁹⁴ será suficiente. Sin embargo, en determinadas circunstancias y particularmente en casos de urgencia, las autoridades del Estado contratante que haya adoptado la medida puede informar de la medida al Estado contratante requerido vía telefónica²⁹⁵. En tales circunstancias puede ser útil dar seguimiento con un documento escrito que pruebe la medida a la brevedad posible²⁹⁶.
- 10.3 El reconocimiento de la medida de protección de pleno derecho será suficiente para que la medida surta efecto en las circunstancias en las que se cumpla voluntariamente la medida o en las que no exista oposición alguna a ella²⁹⁷.

■ **EJEMPLO 10 (A)** *Una familia es residente habitual en el Estado contratante A. Luego de la ruptura de la relación de los progenitores, el tribunal en el Estado contratante A, con acuerdo del padre, le otorga a la madre la custodia exclusiva del niño. Un año más tarde, la madre se traslada lícitamente con el niño al Estado contratante B. Su custodia exclusiva del niño se reconocerá de pleno derecho en el Estado contratante B sin que ella realice ningún otro acto. No será necesario que solicite el reconocimiento de la orden de custodia a las autoridades judiciales o administrativas en el Estado contratante B.*

■ **EJEMPLO 10 (B)** *Las autoridades del Estado contratante A, la residencia habitual del niño, designan a un representante legal para que administre los bienes del niño. Éstos incluyen bienes en el Estado contratante B. El reconocimiento de esta designación de pleno derecho le permite al representante legal realizar operaciones en nombre del niño en el Estado contratante B sin que sea necesario realizar otras gestiones para que se reconozca su designación en el Estado contratante B²⁹⁸.*

292 No obstante, el reconocimiento podrá denegarse en virtud de los fundamentos estrictos y limitados descriptos *infra*, **sección B**.

293 La terminología de “Estado contratante requerido” se utiliza en este Capítulo para denotar al Estado contratante al que se le requiere reconocer y / o ejecutar la medida de protección adoptada en otro Estado contratante.

294 Que emana de la autoridad del Estado contratante que adoptó la decisión.

295 Véase el Informe Explicativo, párr. 120.

296 *Ibid.*

297 Cuando no haya cumplimiento voluntario de la medida, o cuando exista oposición a la medida, véase *infra*, **sección D** sobre ejecución.

298 En este caso, si el Estado contratante A expide certificados de conformidad con el art. 40 del Convenio, puede ser útil para el representante legal obtener esos certificados – véase más información *infra*, **Capítulo 11**.

- **EJEMPLO 10 (C)** *Se encuentra a una adolescente durmiendo en las calles en una ciudad en el Estado contratante A. El tribunal en el Estado contratante A ordena que la adolescente sea colocada temporalmente bajo el cuidado del Estado en tanto se realizan averiguaciones respecto de su situación²⁹⁹. No obstante, la adolescente se las ingenia para escapar de su cuidado temporal y se sabe que está viajando al Estado contratante B. Las autoridades del Estado contratante A se comunican con las autoridades del Estado contratante B vía telefónica para informarles de la situación urgente y peligrosa en la que se encuentra la adolescente y de la medida de protección urgente que han adoptado recientemente con relación a ella³⁰⁰. Las autoridades en el Estado contratante A confirman que enviarán la orden del tribunal lo más pronto posible. Posteriormente confirman la orden por tele facsímil.*

La medida se reconoce de pleno derecho en el Estado contratante B, sin exigirse ninguna otra acción. Debido a la cooperación estrecha entre los Estados contratantes, las autoridades en el Estado contratante B esperan la llegada de la adolescente y pueden en forma inmediata colocarla temporalmente bajo el cuidado del Estado de conformidad con la medida de protección adoptada por el Estado contratante A³⁰¹.

B ¿CUÁNDO PUEDE DENEGARSE EL RECONOCIMIENTO DE UNA MEDIDA ADOPTADA POR UN ESTADO CONTRATANTE EN OTRO?

- 10.4 El artículo 23(2) prevé una lista taxativa de los motivos por los cuales se puede denegar el reconocimiento. Cabe destacar que el artículo 23(2) permite la denegación del reconocimiento por estos motivos, pero no los impone³⁰². Por lo tanto, el reconocimiento se puede denegar en las siguientes circunstancias:

299 Esta orden se funda en el art. 11 del Convenio.

300 Cabe destacar que, en virtud del art. 36 del Convenio, si el Estado contratante A considera que el niño está “expuesto a un peligro serio”, las autoridades competentes del Estado contratante A, como se les informó en este caso que ha cambiado la residencia de la niña (o está a punto de cambiar) y / o la niña está a punto de encontrarse en el Estado contratante B, están **obligadas** a informar a las autoridades en el Estado contratante B de los peligros respecto de la niña y de las medidas adoptadas por ellas. Véase más información *infra*, **Capítulo 11**.

301 El Estado contratante B podrá entonces, si es necesario y si considera que el caso es urgente, adoptar cualquier otra medida / una medida distinta de protección con respecto a la adolescente en virtud del art. 11 del Convenio. Puede ser aconsejable que continúe la cooperación estrecha entre el Estado contratante B, el Estado contratante A y el Estado de residencia habitual de la niña (si éste puede identificarse) de modo que se pueda determinar qué Estado tiene la competencia general con respecto a esta adolescente para adoptar medidas de protección para ella a mayor plazo. Véase más información *infra*, **Capítulo 11**.

302 Véase el Informe Explicativo, párr. 121. Esto significa que incluso si se establece un motivo para el no reconocimiento en virtud del art. 23(2), el Estado contratante todavía puede decidir el reconocimiento de la medida de protección.

(a) La medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en los artículos 5 a 14 del Convenio de 1996³⁰³

- 10.5 Esto significa que las autoridades en el Estado contratante requerido no están obligadas a reconocer medidas que se funden en las normas de competencia no previstas en el Convenio del Estado contratante que adoptó las medidas si estas normas no son consistentes con las normas de competencia previstas en el Capítulo II del Convenio.

(b) Excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales del Estado requerido³⁰⁴

- 10.6 El Convenio no pretende modificar normas procesales nacionales en lo que se refiere a oír al niño y esta disposición opera a fin de permitirle al Estado contratante requerido garantizar que al momento de reconocer una decisión de otro Estado contratante no se vean comprometidos sus principios fundamentales en este sentido. Esta disposición está influenciada por el artículo 12 de la CDN, que establece el derecho del niño a ser oído en los procedimientos que le conciernen. No obstante, es importante enfatizar que sólo cuando la no audiencia del niño sea contraria a los **principios fundamentales** del Estado contratante requerido se podrá justificar un rechazo del reconocimiento.
- 10.7 Este motivo de rechazo no se aplica en casos de urgencia, puesto que se acepta que “las exigencias del orden público procesal deberían entenderse de modo más flexible en tales situaciones”³⁰⁵.

(c) Excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin una persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental haya tenido la posibilidad de ser oída³⁰⁶

- 10.8 Esta causal de rechazo refleja el respeto por el derecho al debido proceso y a los procedimientos justos de toda persona cuya responsabilidad parental se ve infringida por la medida.

303 Art. 23(2) a): este párrafo implica que la autoridad requerida tiene la facultad de verificar la competencia de la autoridad que adoptó la medida a los fines del reconocimiento. Está obligada en esta verificación, sin embargo, por las conclusiones de hecho sobre las cuales la autoridad que adoptó la medida fundó su competencia (véanse *infra*, art. 25 y párr. 10.14).

304 Art. 23(2) b).

305 Informe Explicativo, párr. 123. Véanse, asimismo, las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2011 (Parte I), párr. 50 (disponibles en < www.hcch.net > (ruta indicada *supra*, nota 16)).

306 Art. 23(2) c): *e.g.*, si, con fundamento en el art. 18 del Convenio, la autoridad competente rescindiera la responsabilidad parental de una persona sin oírla, esa persona puede invocar esta violación a su responsabilidad parental a fin de oponerse al reconocimiento de la medida en otro Estado contratante.

(d) El reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño³⁰⁷

- 10.9 El rechazo de reconocimiento fundado en el orden público constituye una disposición estándar en derecho internacional privado. Sin embargo, la utilización de la excepción de orden público es poco común en derecho internacional privado generalmente y en los Convenios de La Haya sobre derecho internacional de familia.
- 10.10 En virtud de este Convenio, así como también de los otros convenios de la Haya sobre derecho internacional de familia, esta excepción al reconocimiento puede ser utilizada únicamente cuando el reconocimiento sería “**manifiestamente contrario**” al orden público. Más aún, se debe tener en cuenta el interés superior del niño al momento de considerar fundarse en este motivo³⁰⁸.

(e) La medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado Contratante requerido³⁰⁹

- 10.11 Esta causal de rechazo le otorga preferencia a una medida posterior adoptada por las autoridades de un Estado **no contratante**, cuando esa medida haya sido adoptada de conformidad con el principio primario de competencia en virtud del Convenio (i.e., es el Estado no contratante de la **residencia habitual** del niño).
- 10.12 La medida adoptada por el Estado no contratante de la residencia habitual del niño debe ser posterior en el tiempo a la decisión del Estado contratante a quien se le rechaza el reconocimiento. Debe ser, asimismo, pasible de reconocimiento en el Estado contratante requerido.

(f) No se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 33³¹⁰

- 10.13 El procedimiento previsto en el artículo 33 se refiere al procedimiento en las colocaciones transfronterizas de niños. Este procedimiento requiere la cooperación entre las autoridades de todos los Estados contratantes involucrados y se analiza en mayor medida *infra*, en párrs. 11.13 a 11.17³¹¹.
- 10.14 Es dable observar que, al momento de determinar si se establece una causal de rechazo, las autoridades del Estado contratante requerido están obligadas por las conclusiones de hecho sobre las cuales fundó su competencia la autoridad en el Estado contratante donde se adoptó la medida³¹². Por ejemplo, si la competencia se fundó en la residencia habitual, el Estado contratante requerido no podrá revisar las conclusiones fácticas sobre las cuales fundó su apreciación de residencia habitual la autoridad que adoptó la medida de protección. De manera similar, cuando la competencia se funda en la apreciación preliminar del interés

307 Art. 23(2) d).

308 Como en el Convenio de La Haya de 1993 en materia de Adopción Internacional.

309 Art. 23(2) e).

310 Art. 23(2) f).

311 Véanse *infra*, párrs. 11.1 y 13.31-13.42.

312 Art. 25.

superior del niño³¹³, esta apreciación obliga a la autoridad del Estado contratante requerido. Por lo tanto las autoridades judiciales o administrativas que adopten medidas de protección en virtud del Convenio pueden desear establecer claramente, en la medida de lo posible, las conclusiones de hecho sobre las cuales se funda su competencia.

10.15 Tampoco debe haber una revisión de las cuestiones de fondo de la decisión más allá de lo que es necesario a fin de determinar si se establece una causal para el rechazo de reconocimiento³¹⁴.

■ EJEMPLO 10 (D) *Las normas relativas a la competencia del Estado contratante A no previstas en el Convenio disponen que, cuando un niño no sea residente habitual en un Estado contratante pero sea un nacional del Estado contratante A, las autoridades del Estado contratante A serán competentes para adoptar medidas de protección con respecto al niño³¹⁵. Las autoridades del Estado contratante A, por lo tanto, emiten una orden respecto a un niño que es nacional del Estado contratante A pero que es residente habitual en el Estado no contratante B. Mientras que el Estado contratante A está facultado a adoptar esta medida de protección³¹⁶, las autoridades del Estado contratante C (o cualquier otro Estado contratante) pueden negarse a reconocerla, puesto que se basó en un fundamento de competencia que no está comprendido en el Convenio³¹⁷.*

■ EJEMPLO 10 (E) *Un niño, de 11 años de edad, es residente habitual en el Estado contratante A. Las autoridades del Estado contratante A expiden una orden que restringe el contacto entre el niño y su padre, que vive en el Estado contratante B. Las autoridades del Estado contratante A no entrevistan directamente al niño al momento de adoptar la medida de protección; en cambio, un trabajador social habla solamente con los progenitores pero no observa al niño ni habla con él. La Constitución del Estado contratante B contiene una disposición relativa a los derechos de los niños, que establece que los niños deben ser consultados y oídos respecto de las decisiones que les concierne, con la condición de que tengan la edad y la madurez suficientes. Las autoridades del Estado contratante B determinan que el niño tiene la edad y la madurez suficientes y, de acuerdo con sus normas constitucionales, debería haber sido oído en lo que respecta a esta decisión. En consecuencia, pueden negarse a reconocer la medida adoptada en el Estado contratante A en función de que al niño no se le dio la oportunidad de ser oído, en violación de los propios principios fundamentales de procedimiento del Estado contratante B³¹⁸.*

■ EJEMPLO 10 (F) *Las autoridades del Estado contratante A emiten una orden que deja sin efecto la responsabilidad parental de la madre respecto de sus dos hijos. La madre se encontraba en el Estado contratante B al momento en que se adoptó la decisión y no se le dio la oportunidad de ser oída antes de que se adoptara la decisión. Se puede rechazar el reconocimiento de esta decisión en todos los demás Estados contratantes³¹⁹.*

313 Véanse, e.g., arts. 8(4), 9(1) y 10(1) b). Véase, asimismo, el Informe Explicativo, párr. 131.

314 Art. 27.

315 Evidentemente las autoridades del Estado contratante A no podrían ejercer competencia sobre este fundamento con respecto a un niño que es residente habitual en otro Estado **contratante** – véanse *supra*, párrs. 3.11-3.13.

316 Véanse *supra*, párrs. 3.11-3.13.

317 Art. 23(2) a).

318 Art. 23(2) b) (y el caso no era de urgencia).

319 Art. 23(2) c) (siempre que la medida no fuese adoptada en un caso de urgencia).

■ **EJEMPLO 10 (G)** *Una niña y su madre tienen su residencia habitual en el Estado contratante B. El padre es residente habitual en el Estado contratante A. Los progenitores deciden divorciarse en el Estado contratante A y prestan su consentimiento a los tribunales del Estado contratante A para que traten todas las cuestiones relativas a la custodia de la niña³²⁰. Durante la tramitación del proceso de divorcio, el tribunal del Estado contratante A decide dejar sin efecto la responsabilidad parental del padre y poner fin a todo contacto entre el padre y la niña por la simple razón de que el padre es responsable de la ruptura del matrimonio. La medida puede no ser reconocida en el Estado contratante B en función de que sería manifiestamente contraria al orden público del Estado contratante B, teniendo en cuenta el interés superior de la niña, reconocer una medida que no se funda en la apreciación del interés superior de la niña³²¹.*

■ **EJEMPLO 10 (H)** *Una familia tiene su residencia habitual en el Estado contratante A. Luego de ocurrida la ruptura del matrimonio, la madre y el niño, con el consentimiento del padre, regresan al Estado de su nacionalidad, el Estado no contratante B. Los progenitores acuerdan que las autoridades del Estado contratante A que entienden en el caso de divorcio deberían, asimismo, determinar la cuestión de guarda con relación al niño³²². El tribunal en el Estado contratante A ordena que los progenitores tendrán la custodia compartida con respecto al niño y que el niño dividirá su tiempo en partes más o menos iguales entre los progenitores.*

Dos años más tarde, siguiendo la ruptura de este acuerdo, las autoridades del Estado no contratante B emiten una orden que le otorga la custodia exclusiva a la madre y sólo derechos de contacto restringido al padre.

La madre y el niño luego se trasladan al Estado contratante C. El padre solicita (en virtud del art. 24 del Convenio³²³) el reconocimiento de la orden del Estado contratante A en el Estado contratante C. La ley del Estado contratante C dispone que se reconozcan las decisiones de los Estados no contratantes en tanto y en cuanto se cumplan determinados criterios. Por lo tanto, el Estado contratante C puede negarse a reconocer la decisión de las autoridades del Estado contratante A fundándose en que es incompatible con la decisión posterior adoptada por el Estado no contratante B³²⁴.

320 Art. 10 – véase más información *supra*, **Capítulo 4**.

321 Art. 23(2) *d*): en estas circunstancias, si las autoridades del Estado contratante B rechazaran el reconocimiento, el padre podría solicitar en el Estado contratante B medidas de protección respecto del niño (incluidas la guarda y la visita / contacto) puesto que el Estado contratante B es el Estado contratante de la residencia habitual del niño (art. 5).

322 Art. 10 – véase más información *supra*, **Capítulo 4**.

323 Véanse *infra*, párrs. **10.16-10.21**.

324 Art. 23(2) *e*).

C ¿CÓMO PUEDE ESTAR SEGURA UNA PERSONA DE QUE SE RECONOCERÁ UNA DECISIÓN EN OTRO ESTADO CONTRATANTE? (“RECONOCIMIENTO ANTICIPADO”³²⁵)

ARTÍCULO 24

- 10.16 Si existe alguna duda posible respecto de si una medida de protección adoptada en un Estado contratante se reconocerá de pleno derecho en otro Estado contratante, puede ser necesario resolver el tema empleando el mecanismo establecido en el artículo 24 del Convenio.
- 10.17 Dado que el reconocimiento de medidas de otros Estados contratantes ocurre de pleno derecho, es sólo en el momento en que se invoca la medida que una posible controversia sobre la existencia de un motivo de no reconocimiento pueda ser objeto de una sentencia. Puede causar inconveniencia y adversidad tener que esperar hasta este punto para una determinación de si se puede reconocer una orden, y muchas personas pueden tener un interés legítimo en disipar cualquier duda que pueda existir respecto del reconocimiento. Por lo tanto, una persona interesada puede solicitar a la autoridad competente de un Estado contratante una decisión con respecto al reconocimiento de medidas adoptadas en otro Estado contratante.
- 10.18 El artículo 24 puede ser utilizado, por ejemplo, por un progenitor cuyo hijo se está trasladando a otro Estado contratante, o por un progenitor cuyo hijo está viajando con el otro progenitor a otro Estado contratante por un período breve³²⁶.
- 10.19 Este procedimiento permite que se adopte una decisión respecto del reconocimiento o el no reconocimiento de **medidas** de protección. Esto significa que no se puede obtener una declaración respecto de la atribución o extinción de responsabilidad parental que ha ocurrido sin intervención de autoridad judicial o administrativa alguna (*e.g.*, de conformidad con el art. 16(3) o (4) con posterioridad a un cambio en la residencia habitual del niño)³²⁷.
- 10.20 Corresponde a la ley del Estado contratante requerido la fijación del procedimiento que puede utilizarse para obtener esa decisión³²⁸.
- 10.21 Una implementación efectiva del artículo 24 del Convenio habitualmente exigirá que un Estado contratante designe e identifique claramente a la(s) autoridad(es) competentes que entenderán las solicitudes de “reconocimiento anticipado” de las medidas de protección³²⁹.

325 Para el uso del “reconocimiento anticipado” en los casos de visita / contacto internacional, véanse *infra*, párrs. 13.19-13.22.

326 Véase *ibíd.*

327 Véanse más información *supra*, Capítulo 9, sección B, y el Informe Explicativo, párr. 129, donde se establece que el art. 24 “presupone para funcionar la existencia de una decisión”.

328 *Ibíd.*, párr. 130.

329 En la Comisión Especial de 2011 (Parte I), se analizó la inclusión de una norma específica para implementar la legislación a estos fines. Véase en este sentido *infra*, “Lista de Comprobación de Implementación” adjunta, en virtud del Capítulo IV.

- **EJEMPLO 10 (I)** *Tres niños tienen su residencia habitual en el Estado contratante A. Su madre pretende trasladarse con ellos al Estado contratante B. El padre no se opone a la mudanza con la condición de que se mantenga el contacto con los niños. El padre obtiene una orden de un tribunal en el Estado contratante A que dispone que los niños pasen parte importante de sus vacaciones con él. El padre está preocupado de que la madre no cumpla con este acuerdo después de la mudanza y desea asegurarse de que las autoridades en el Estado contratante B reconocerán la orden del tribunal. En virtud del artículo 24 el padre puede solicitar al Estado contratante B que determine si se va a reconocer la orden antes de que la madre se mude con los niños al Estado contratante B. Si la decisión es que se reconocerá la orden, todas las partes afectadas saben que la decisión reconocida puede declararse ejecutoria o registrada para su ejecución³³⁰ y ejecutada de conformidad con la ley del Estado contratante B si la madre no cumple de manera voluntaria³³¹. Si la decisión es que no se reconocerá la orden³³², el padre estará al tanto de esto antes de la mudanza y puede realizar gestiones para remediar cualquier defecto que haya en la orden original expedida por el tribunal en el Estado contratante A de modo que se la reconozca en el Estado contratante B³³³.*

D ¿CUÁNDO SE EJECUTARÁ UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN ADOPTADA EN UN ESTADO CONTRATANTE EN OTRO ESTADO CONTRATANTE? ARTÍCULOS 26 Y 28

- 10.22 Si una medida de protección adoptada en un Estado contratante no está siendo respetada en otro Estado contratante, puede ser necesario iniciar procedimientos de ejecución en el último Estado contratante³³⁴.
- 10.23 El procedimiento fijado por el Convenio es que una parte interesada debe, en estas circunstancias, solicitar que las medidas de protección sean declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en el Estado contratante requerido según el procedimiento previsto por la ley de ese Estado³³⁵.
- 10.24 Se aplicará un procedimiento simple y rápido a la declaración de exequátur o al registro³³⁶. Lo que es más importante, esta declaración o registro únicamente pueden ser denegados por las causales enumeradas anteriormente en relación con el no reconocimiento de una medida³³⁷.
- 10.25 Una vez que se haya realizado la declaración o el registro, las medidas se ejecutarán en el Estado contratante requerido como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de ese Estado³³⁸.

330 Art. 26.

331 Art. 28, véase, asimismo, *infra*, sección D.

332 Art. 23(2).

333 Sobre este tema, la cooperación entre las Autoridades Centrales involucradas de los Estados contratantes o las autoridades de toma de decisiones involucradas (*e.g.*, comunicaciones judiciales directas) pueden resultar útiles a fin de remediar de manera eficiente cualquier defecto en la orden en pos de garantizar el reconocimiento en el Estado contratante requerido – véase más información *infra*, Capítulo 11.

334 Art. 26.

335 Art. 26(1).

336 Art. 26(2).

337 Art. 26(3).

338 Art. 28.

- 10.26 La ejecución se realizará conforme a la ley del Estado requerido en la medida prevista por dicha ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño³³⁹. La referencia a “en la medida prevista por dicha ley” del Estado contratante ejecutante constituye un reconocimiento de que los Estados contratantes tendrán diferentes leyes internas respecto de la ejecución. La ejecución únicamente tendrá lugar en la medida permitida por sus leyes internas³⁴⁰.
- 10.27 La referencia al “interés superior del niño” en el artículo 28 no debería interpretarse como una invitación a una investigación más exhaustiva de los méritos.
- 10.28 Al igual que con el reconocimiento de medidas de protección (véase *supra*, párr. 10.15), no debe haber una revisión del fondo de la medida más allá de lo que es necesario a los fines de determinar si la medida puede ser declarada ejecutoria o registrada a los fines de ejecución³⁴¹.

■ EJEMPLO 10 (I)

Un niño es residente habitual en el Estado contratante A. Con posterioridad a la ruptura de la relación de sus progenitores, el padre solicita el permiso del tribunal para trasladarse con el niño al Estado contratante B. El tribunal le otorga el permiso para trasladarse pero establece un régimen de visita integral para la madre³⁴². No obstante, cuando la madre viaja al Estado contratante B para ejercer el contacto con el niño de conformidad con la orden del Estado contratante A, el padre no permite que el niño vea a la madre.

En virtud del artículo 26 del Convenio, la madre puede solicitar que la orden de visita del Estado contratante A sea declarada ejecutoria o registrada a los fines de ejecución en el Estado contratante B³⁴³. Una vez que la orden haya sido declarada ejecutoria o registrada a los fines de ejecución en el Estado contratante B, la ejecución tendrá lugar en el Estado contratante B de conformidad con su ley y en la medida dispuesta por esa ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño³⁴⁴.

339 *Ibid.*

340 E.g., el Informe Explicativo, párr. 134, da el ejemplo de un niño ya dotado de cierta madurez que se rehúsa absolutamente ir a vivir con el progenitor al que se le ha atribuido la guarda del niño en virtud de una medida de protección, y establece que “Si [...] la ley interna del Estado contratante requerido permite que no se ejecute en dicho caso una decisión judicial o administrativa, esta regla podrá aplicarse igualmente a una decisión judicial o administrativa tomada en otro Estado contratante”.

341 Art. 27.

342 Si la madre estuviera preocupada por el reconocimiento de la orden antes de que el padre y el niño se trasladen al Estado contratante B, podría tratar de que se la reconozca antes de que ellos se muden. Véanse *supra*, párrs. 10.16-10.21.

343 Art. 26.

344 Art. 28. Es dable destacar que en este caso, si el padre solicitara a las autoridades del Estado contratante B una revisión de la orden de visita, las autoridades del Estado contratante B serían competentes (como el Estado contratante de la nueva residencia habitual del niño, en virtud del art. 5) para decidir sobre este tema. Sin embargo, en tales circunstancias, las autoridades del Estado contratante B deberían revisar cuidadosamente la orden de visita—véanse *infra*, párrs. 13.23-13.27.

■ **EJEMPLO 10 (K)** *Una madre y un niño son residentes habituales en el Estado contratante A; el padre tiene su residencia habitual en el Estado contratante B. Después del divorcio de sus progenitores, un tribunal en el Estado contratante A otorga a la madre la custodia del niño y al padre el contacto regular con el niño. El contacto con el padre debe tener lugar en el Estado contratante B. Esta decisión se reconocerá de pleno derecho en el Estado contratante B. Sin embargo, con posterioridad al primer periodo de visita en el Estado contratante B, el padre retiene al niño en el Estado contratante B, en oposición a la orden del Estado contratante A. La madre puede solicitar que la decisión del Estado contratante A sea declarada ejecutoria o registrada a los fines de ejecución en el Estado contratante B³⁴⁵. Una vez que la orden se ha declarado ejecutoria o registrada para su ejecución en el Estado contratante B, la ejecución tendrá lugar allí de conformidad con la ley del Estado contratante B y en la medida prevista por dicha ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño³⁴⁶.*

■ **EJEMPLO 10 (L)** *Una niña, de 11 años de edad, es residente habitual en el Estado contratante X. Su padre desapareció cuando ella era muy pequeña y recientemente su madre ha fallecido a causa de SIDA. Las autoridades del Estado contratante X determinan que la niña debería vivir con su tía materna, quien está dispuesta a cuidar de ella. Dos meses más tarde la niña desaparece después de clase. La tía materna denuncia inmediatamente esto a las autoridades. La policía sospecha que la niña ha sido sustraída por una conocida red de tráfico de niños y trasladada al Estado contratante Z donde las niñas son vendidas para ejercer la prostitución infantil. Utilizando la Autoridad Central para colaborar con la ubicación de la niña³⁴⁷, finalmente la niña es encontrada en el Estado contratante Z. La medida de protección del Estado contratante X es reconocida de pleno derecho en el Estado contratante Z. No obstante, la niña se niega a cooperar con las autoridades y declara que está viviendo con su padre (un hombre que las autoridades en el Estado contratante Z sospechan que está involucrado en la red de tráfico). Las autoridades en el Estado contratante Z consideran que la niña se encuentra en peligro inmediato y adoptan medidas en virtud del artículo 11 para poner a la niña bajo el asilo temporario del Estado.*

La tía materna solicita que se declare ejecutoria la orden de guarda a su favor expedida en el Estado contratante X. Se presenta la petición de la tía ante las autoridades del Estado contratante Z y se otorga la declaración. La orden de guarda se ejecuta de conformidad con la ley del Estado contratante Z y la niña es restituida al cuidado de su tía materna en el Estado contratante X.

345 Este ejemplo es particularmente pertinente si el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores no es aplicable al caso (e.g., porque uno de los Estados no es un Estado contratante del Convenio de 1980) porque demuestra el recurso posible previsto por el Convenio de 1996 en esta situación de sustracción. No obstante, si ambos Estados fueran Estados contratantes del Convenio de 1980 en este escenario (al igual que en el Convenio de 1996), sería una cuestión de la madre (y sus asesores legales) si ella instituyó los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980 en el Estado contratante B, o procedimientos de ejecución en virtud del Convenio de 1996 en ese Estado con respecto a la orden del Estado contratante A, o ambos. Las consideraciones que la madre puede tener en cuenta al momento de tomar la decisión podrían ser: la celeridad de ambos procedimientos en el Estado Contratante B y los costos legales (y cualquier asistencia legal) que pueden estar disponibles para cada procedimiento. Para mayor análisis sobre la sustracción internacional de menores, véase *infra*, **Capítulo 13**, párrs. 13.1-13.14.

346 Art. 28.

347 Art. 31 c) y véase *infra*, **Capítulo 11**.

11

*Autoridades
Centrales y
cooperación*

Capítulo 11

-
- A EL ROL DE UNA AUTORIDAD CENTRAL EN VIRTUD DEL CONVENIO DE 1996
 - B LA DESIGNACIÓN Y EL ESTABLECIMIENTO DE UNA AUTORIDAD CENTRAL
 - C ¿QUÉ ASISTENCIA DEBE OFRECER UNA AUTORIDAD CENTRAL?
 - D SITUACIONES EN LAS QUE ES OBLIGATORIO QUE LAS AUTORIDADES COOPEREN / SE COMUNIQUEN
 - E INSTANCIAS ESPECÍFICAS DE COOPERACIÓN
 - F LA TRANSMISIÓN DE DATOS PERSONALES E INFORMACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES
 - G GASTOS DE LA AUTORIDAD CENTRAL / AUTORIDAD PÚBLICA

A EL ROL DE UNA AUTORIDAD CENTRAL EN VIRTUD DEL CONVENIO DE 1996

ARTÍCULOS 29 A 39

- II.1** Las Autoridades Centrales tendrán un rol importante en el funcionamiento práctico del Convenio de 1996. En particular, las disposiciones del Convenio en materia de cooperación, que son esenciales para el funcionamiento exitoso del Convenio (y, por lo tanto, para alcanzar el objetivo del Convenio de mejorar la protección de los niños en situaciones internacionales), dependerán de las Autoridades Centrales, ya sea para ponerlas en práctica en forma efectiva y directa o para prestar su asistencia a efectos de facilitar la cooperación de otros actores del Convenio. Por consiguiente, las Autoridades Centrales competentes, cooperativas y receptivas son el eje del presente Convenio.
- II.2** Sin embargo, para aquellos que están familiarizados con las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de 1980, cabe destacar que las funciones de las Autoridades Centrales en virtud del Convenio de 1996 poseen un énfasis distinto. Con arreglo al Convenio de 1996, existen muchas menos responsabilidades de incoar o procesar solicitudes a diferencia de las obligaciones que recaen sobre las Autoridades Centrales en virtud del Convenio de 1980³⁴⁸. En su lugar, una de las funciones principales de las Autoridades Centrales en virtud del Convenio de 1996 consiste en facilitar la comunicación y la cooperación entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados contratantes. Además, desempeñan un rol importante al momento de transmitir peticiones e información a la/s autoridad/es competente/s pertinente/s en su Estado, al igual que al momento de transmitir peticiones e información a otras Autoridades Centrales³⁴⁹. Asimismo, tal como se analizará a continuación, el Convenio de 1996 ofrece más posibilidades de que determinadas funciones de las Autoridades Centrales puedan ejercerse mediante otros organismos³⁵⁰. Por lo tanto, podría afirmarse que el rol de las Autoridades Centrales es más flexible en virtud del Convenio de 1996 que en virtud del Convenio de 1980 (lo que puede explicarse por el hecho de que el Convenio de 1996 tiene un ámbito de aplicación material mucho más amplio que el Convenio de 1980 y, en consecuencia, afecta quizás a un número de niños mucho mayor)³⁵¹.
- II.3** No obstante, a pesar de la diferencia de énfasis en los roles de las Autoridades Centrales en virtud de ambos Convenios, debería considerarse cuidadosamente si corresponde, en Estados que son parte en ambos Convenios, designar el mismo organismo como Autoridad Central en virtud de ambos Convenios (las razones se analizan *infra*, en párr. II.6).

348 Véanse arts. 7 y 21 del Convenio de 1980.

349 Véase el Informe Explicativo, párr. 137, donde se explica que: “La Conferencia optó por la institución en cada Estado contratante de una Autoridad central que será en cierta forma el punto fijo que podría contactarse por las autoridades de los demás Estados contratantes, que podría contestar a sus peticiones, pero a quien en principio no se impondría ninguna obligación de iniciativa, ninguna obligación de información o de concertación previas a la adopción de medidas (arts. 29 a 32), salvo en un caso (art. 33)”.

350 E.g., véase art. 31 según el cual puede darse cumplimiento a las obligaciones directamente por la Autoridad Central o indirectamente “con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos”.

351 Véase el Informe Explicativo párr. 136, donde se explica que: “La Conferencia [...] vio el beneficio [...] [de] una autoridad central encargada de esta cooperación, pero vio también el peligro de un exceso de burocracia cuyo doble efecto sería paralizar la protección del niño y sobre todo desanimar a los Estados, sobre los que recaería el peso, de ratificar el futuro Convenio. Este último peligro era tanto más serio teniendo en cuenta el número de niños cuya protección garantizaría el futuro Convenio, que no tendría proporción con el de niños afectados por los Convenios sobre sustracción de menores o sobre adopciones internacionales”.

B LA DESIGNACIÓN Y EL ESTABLECIMIENTO DE UNA AUTORIDAD CENTRAL

ARTÍCULO 29

- II.4 El artículo 29 del Convenio obliga a todo Estado contratante a designar una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone.
- II.5 Si el Estado contratante es (1) un Estado federal, (2) un Estado en el que están en vigor varios sistemas jurídicos o (3) un Estado con unidades territoriales autónomas, el Estado contratante puede designar más de una Autoridad Central. En este escenario, el Estado contratante designará una Autoridad Central que reciba comunicaciones desde el exterior (para su posterior transmisión a la Autoridad Central competente dentro de ese Estado)³⁵².
- II.6 Asimismo, si el Estado contratante es también parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, cabe considerar la cuestión de si la Autoridad Central designada en virtud del Convenio de 1996 debería coincidir con la Autoridad Central ya designada en virtud del Convenio de 1980. Las experiencias adquiridas por la Autoridad Central en virtud del Convenio de 1980 pueden ser realmente beneficiosas al momento de la aplicación del Convenio de 1996. Asimismo, los casos de sustracción internacional de niños y/o visita / contacto internacionales a menudo comprenderán cuestiones que surgen en virtud **tanto** del Convenio de 1996 **como** del Convenio de 1980, respectivamente. En consecuencia, puede que con frecuencia las Autoridades Centrales de ambos Convenios tengan que involucrarse en el mismo caso³⁵³. Si estas dos Autoridades Centrales van a ser organismos separados, al menos deberían trabajar en cooperación estrecha y poder comunicarse en forma rápida y eficaz.
- II.7 Los datos de la Autoridad Central designada (y, cuando un Estado contratante haya designado más de una Autoridad Central, la designación de la Autoridad Central que recibirá comunicaciones desde el exterior) se comunicarán a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³⁵⁴. Esta información se publicará en el sitio web de la Conferencia de La Haya (< www.hcch.net >, “Convenio 34” y “Autoridades”).
- II.8 *La Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Parte I – Práctica de las Autoridades Centrales*³⁵⁵ contiene muchos principios y prácticas que también son pertinentes en virtud del Convenio de 1996. En particular, los “principios clave de funcionamiento” serán también aplicables a las Autoridades Centrales designadas en virtud del Convenio de 1996:
- **Recursos y poderes**
Será preciso dar a las Autoridades Centrales poderes suficientes, personal cualificado y recursos materiales adecuados, incluso medios de comunicación modernos, a fin de ejercer sus funciones en forma eficaz.
 - **Cooperación**
Las Autoridades Centrales deberían cooperar en forma eficaz entre sí y con otras autoridades dentro de sus propios Estados contratantes.

352 Véase art. 29(2).

353 Asimismo, como consecuencia de la superposición, si existen dos Autoridades Centrales separadas, ambas deberán ser entendidas en **ambos** Convenios.

354 Art. 45(1).

355 Para información útil acerca del establecimiento y del funcionamiento de las Autoridades Centrales, véase la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales (Jordan Publishing, 2003). Disponible en < www.hcch.net >, “Sección Sustracción de Niños” y “Guías de Buenas Prácticas”.

- **Comunicación**
Las Autoridades Centrales deberían garantizar su fácil contacto, asegurándose de que sus datos de contacto estén actualizados, de que la comunicación sea clara y eficaz, de que las comunicaciones provenientes de otras Autoridades Centrales u otros organismos reciban respuesta inmediata y de que se utilicen medios de comunicación rápidos cuando se encuentren disponibles.
 - **Coherencia**
Las Autoridades Centrales deberían aplicar un enfoque coherente con respecto al trámite de peticiones y /o solicitudes.
 - **Procedimientos expeditos**
Si bien la acción rápida reviste particular importancia en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, siempre que la protección de niños se encuentre involucrada, las Autoridades Centrales deberían siempre intentar responder a las solicitudes y procesarlas en forma oportuna³⁵⁶.
 - **Transparencia**
Toda vez que las Autoridades Centrales deban suministrar información con relación a la aplicación del Convenio, esta información debería suministrarse en forma clara y fácil de entender, en favor de las partes interesadas, entre las que se encuentran otras Autoridades Centrales y los tribunales. Las Autoridades Centrales deberían ser transparentes en términos de los procedimientos administrativos que emplean en virtud del Convenio. Esto requiere que las partes interesadas tengan fácil acceso a la información relativa a dichos procedimientos.
 - **Aplicación progresiva**
Las Autoridades Centrales deberían revisar sus procedimientos a fin de mejorar el funcionamiento del Convenio por la experiencia práctica adquirida sobre el Convenio y por la cantidad de información obtenida sobre las prácticas en otros países.
- 11.9 Cabe destacar que todo Estado contratante podrá concluir acuerdos con otro o varios Estados contratantes para mejorar la aplicación de las disposiciones del Convenio en materia de cooperación (Capítulo V) en sus relaciones recíprocas. Los Estados contratantes que hayan concluido tales acuerdos transmitirán una copia al depositario del Convenio³⁵⁷.

356 Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 216), párr. 5.2, que reconoce la distinción entre una solicitud de restitución y una solicitud de contacto en este aspecto, pero que también confirma la importancia de la celeridad en los casos de contacto, en particular, cuando una relación progenitor-hijo se encuentra interrumpida y especialmente en un caso internacional en el que el carácter internacional puede justificar darle un tratamiento aún más expeditivo: “Debido a las distancias y a los gastos adicionales que puede conllevar el ejercicio del derecho a mantener el contacto transfronterizo, la ausencia de una forma rápida de recurrir a los tribunales puede suponer a veces una grave injusticia y gastos elevados para el padre o la madre titular del derecho a mantener el contacto”.

357 Art. 39.

C ¿QUÉ ASISTENCIA DEBE OFRECER UNA AUTORIDAD CENTRAL?

ARTÍCULOS 30 Y 31

II.10 Las Autoridades Centrales tienen dos obligaciones en virtud del Convenio a las que no puede darse cumplimiento por medio de otros organismos:

- cooperar entre ellas y promover la colaboración entre las autoridades competentes³⁵⁸ de sus respectivos Estados para alcanzar los objetivos del Convenio³⁵⁹;
- y
- en el marco de la aplicación del Convenio, tomar medidas apropiadas para proporcionar informaciones sobre su legislación, así como sobre los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño³⁶⁰.

II.11 El artículo 31 del Convenio impone más obligaciones específicas sobre las Autoridades Centrales. De conformidad con esta disposición, las Autoridades Centrales tomarán, **ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos**, todas las medidas apropiadas para:

- facilitar las comunicaciones y ofrecer la asistencia previstas en los artículos 8 y 9 del Convenio (disposiciones en materia de transferencia de competencia)³⁶¹ y en el Capítulo V (disposiciones en materia de cooperación)³⁶²;
- facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio³⁶³;
- ayudar, a petición de una autoridad competente de otro Estado contratante, a localizar al niño cuando parezca que éste se encuentra en el territorio del Estado requerido y necesita protección³⁶⁴.

Estas tareas en particular pueden ser ejercidas ya sea directamente por la Autoridad Central o indirectamente “con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos”³⁶⁵. El texto del Convenio intencionalmente no contiene lenguaje restrictivo en cuanto a la identidad de las autoridades públicas u otros organismos que pueden ejercer estas funciones³⁶⁶. Esto es porque los redactores consideraban que, en un campo tan amplio como la protección internacional de niños, no era sensato limitar indebidamente el alcance de los organismos que pueden ofrecer asistencia³⁶⁷. No obstante, como señala el Informe Explicativo, el rechazo

358 El Convenio no contiene definición alguna del concepto de “autoridad competente”. Sin embargo, queda claro que es la autoridad que, en virtud de la ley del Estado contratante en particular, posee competencia para adoptar la medida requerida por el Convenio.

359 Art. 30(1). Esta disposición general y abarcativa confiere a las Autoridades Centrales una base de cooperación siempre que la cooperación “alcan[ce] los objetivos del Convenio”. Por lo tanto, puede invocarse cuando ninguna disposición específica en materia de cooperación sea aplicable a un caso.

360 Art. 30(2). Véase, asimismo, el Informe Explicativo, párr. 139.

361 Véase *supra*, Capítulo 5.

362 Art. 31 a).

363 Art. 31 b).

364 Art. 31 c). Esta disposición debería facilitar la localización de niños desplazados, fugados o, más en general, en dificultades (véase el Informe Explicativo, párr. 141). Véanse, asimismo, *infra*, párrs. 13.61-13.64.

365 Comparar la redacción más estricta del art. 7 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.

366 *I.e.*, no existe requisito alguno que establezca que las Autoridades Centrales pueden delegar funciones exclusivamente a “organismos debidamente acreditados”, como en virtud del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional (art. 9 del Convenio de 1993).

367 Véase el Informe Explicativo, párr. 140.

de un criterio restrictivo (e.g., la acreditación) no excluye en caso alguno que las Autoridades Centrales puedan acudir a organismos de una competencia tan indiscutida en el área como es la del Servicio Social Internacional³⁶⁸.

- **EJEMPLO 11 (A)** *Los niños viven en el Estado contratante A con su madre. Su padre, que reside en el Estado contratante B, desea tener contacto con los niños. La madre no permite que el contacto tenga lugar porque le preocupa la posibilidad de que si los niños tienen contacto con su padre, éste no adhiera a ningún acuerdo y pueda no restituirselos una vez finalizado el contacto. Si bien no coincide con que los temores de la madre tengan un fundamento racional, al padre le gustaría llegar a un acuerdo amistoso. Por lo tanto, se comunica con la Autoridad Central del Estado contratante B³⁶⁹ a fin de obtener información acerca de la ley en materia de contacto del Estado contratante A y, en particular, las medidas que pueden ponerse en práctica en cualquiera de los Estados contratantes para aliviar los temores de la madre. La Autoridad Central del Estado contratante B se comunica con la Autoridad Central del Estado contratante A a efectos de determinar información relativa a la ley de dicho Estado. Cada una de las Autoridades Centrales brinda información general de utilidad con respecto a estas cuestiones que la Autoridad Central del Estado contratante B comunica al padre³⁷⁰. Asimismo, la Autoridad Central del Estado contratante A sugiere la mediación como posible camino a seguir por la familia y manifiesta que ellos pueden facilitarla en el Estado contratante A.*
- **EJEMPLO 11 (B)** *Un niño de 14 años huye de su hogar en el Estado contratante A luego de sufrir un episodio particularmente agudo de acoso escolar. La madre se comunica con la Autoridad Central del Estado contratante A extremadamente preocupada por su bienestar. Afirma que cree que su hijo puede estar intentando viajar para acudir a un amigo en el Estado contratante B pero el amigo ha informado que él no ha llegado y que no sabe donde se encuentra. La Autoridad Central del Estado contratante A, además de llevar a cabo sus propias averiguaciones a efectos de determinar si el niño aún se encuentra en su Estado, debería comunicarse con la Autoridad Central del Estado contratante B, que luego tendrá obligación de ofrecer asistencia (ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos) a fin de localizar al niño³⁷¹. Una vez que el niño sea localizado, las Autoridades Centrales (y demás autoridades involucradas) se comunican a efectos de debatir acerca del camino a seguir para favorecer el interés superior del niño (incluso si es necesario que el Estado contratante B adopte las medidas necesarias en virtud del artículo 11 o si el Estado contratante A puede adoptar las medidas necesarias de manera inmediata a fin de restituir al niño al cuidado de su madre y también comenzar a investigar su situación escolar y adoptar las medidas necesarias en ese aspecto).*

368 *Ibíd.*

369 No existe requisito alguno que establezca que el padre deba acercarse a la Autoridad Central del Estado contratante en el que reside, sino que es libre de comunicarse con la Autoridad Central del Estado contratante A directamente a fin de obtener información si así lo desea.

370 Con relación a las medidas preventivas que podrían ponerse en práctica en este caso a fin de aliviar las preocupaciones de la madre e impedir una retención o un traslado ilícitos, véase la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Parte III – Medidas preventivas* (Jordan Publishing, 2003), disponible en < www.hcch.net >, “Sección Sustracción de Niños” y “Guías de Buenas Prácticas”.

371 Art. 31 c).

D SITUACIONES EN LAS QUE ES OBLIGATORIO QUE LAS AUTORIDADES³⁷² COOPÉREN / SE COMUNIQUEN

II.12 En dos situaciones particulares establecidas en el Convenio se impone una **obligación** de cooperar / comunicarse sobre las autoridades de los Estados contratantes. Es dable observar que estas obligaciones no recaen específicamente sobre las Autoridades Centrales, sino sobre las autoridades particulares que deseen adoptar o hayan adoptado (en el caso del art. 36) una medida de protección determinada en virtud del Convenio³⁷³. Sin embargo, se anticipa que puede que la comunicación y la cooperación requeridas por estas disposiciones tengan lugar mediante la/s Autoridad/es Central/es pertinente/s o con su asistencia³⁷⁴.

(a) Cuando una autoridad prevea la colocación de un niño en el exterior³⁷⁵

ARTÍCULO 33

II.13 El artículo 33 instituye un procedimiento destinado a la consulta obligatoria cuando una autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante³⁷⁶.

II.14 En este escenario, la autoridad que considere la colocación / el acogimiento consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente del otro Estado contratante. Deberá transmitir:

- un informe sobre el niño; conjuntamente con
- los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento³⁷⁷.

372 Este título intencionalmente no alude a las Autoridades Centrales – véase *infra*, párr. II.12.

373 El art. 33 del Convenio hace referencia a “la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10” y el art. 36 hace referencia a las “autoridades competentes” del Estado contratante pertinente. En ambos casos, por lo tanto, se hace referencia a la autoridad que está considerando la posibilidad de adoptar (o la autoridad que ya ha adoptado, en el caso del art. 36) una medida de protección respecto del niño.

374 En particular, el art. 33 establece expresamente que la consulta se dirigirá a la “Autoridad Central u otra autoridad competente” del Estado contratante requerido.

375 Véanse, asimismo, *infra*, párrs. 13.31-13.42.

376 Para un análisis acerca de las medidas de protección que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del art. 33, véanse, *infra*, párrs. 13.31-13.42.

377 Art. 33(1).

- 11.15 Todo Estado contratante podrá³⁷⁸ designar la autoridad a la que deben dirigirse las solicitudes previstas en el artículo 33³⁷⁹. En el supuesto de que alguna de dichas designaciones tenga lugar, se la comunicará a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La Oficina Permanente publicará esta información en la sección pertinente de su sitio web (< www.hcch.net >, “Convenio 34” y “Autoridades”). Si no se efectúa designación alguna, las comunicaciones podrán enviarse a la Autoridad Central del Estado contratante pertinente.
- 11.16 La decisión de colocar al niño en el otro Estado contratante **no** deberá adoptarse excepto que la Autoridad Central u otra autoridad competente del otro Estado contratante haya aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño³⁸⁰.
- 11.17 Si no se sigue este procedimiento, el reconocimiento de esta medida podrá denegarse de conformidad con el Convenio³⁸¹.

(b) Provisión de información cuando un niño está expuesto a un grave peligro y cambia de residencia / está presente en otro Estado

ARTÍCULO 36

- 11.18 En caso de que el niño esté expuesto a un grave peligro, las autoridades competentes del Estado contratante en el que se hayan adoptado o estén en vías de adoptarse medidas de protección de este niño, avisarán, si son informadas del cambio de residencia o de la presencia del niño en otro Estado, a las autoridades de este Estado acerca del peligro y de las medidas adoptadas o en curso de examen³⁸².
- 11.19 Cabe destacar que esta obligación se extiende al caso de cambio de residencia de un niño hacia un Estado **no contratante** o de su presencia en dicho Estado.
- 11.20 Las autoridades pertinentes deberán determinar si, en el caso particular, el niño afectado está “expuesto a un grave peligro”. El Informe Explicativo enumera los siguientes posibles ejemplos: cuando el niño sufra de una enfermedad que impone un tratamiento constante o cuando el niño esté expuesto a la droga o a la influencia maléfica de una secta³⁸³. Otros ejemplos podrían ser los siguientes: cuando la persona a cargo del niño se encontraba bajo la supervisión de las autoridades del primer Estado contratante debido a acusaciones de desatención o abuso o cuando el niño sea un menor no acompañado³⁸⁴.

378 Esta designación no es obligatoria, aunque puede facilitar la comunicación eficiente. Véase, en este aspecto, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco del caso *Health Services Executive c. S.C., A.C.* (Caso C-92/12 de 26 de abril de 2012) donde, con relación al art. 56 del Reglamento Bruselas IIa, el Tribunal resolvió (en el párr. 82) que: “Por tanto, los Estados miembros están llamados a establecer normas y procedimientos claros a los efectos de la aprobación a la que se refiere el artículo 56 del Reglamento, de modo que se garanticen la seguridad jurídica y la celeridad. En particular, los procedimientos deben permitir al órgano jurisdiccional que proyecta el acogimiento identificar fácilmente la autoridad competente y a la autoridad competente conceder o denegar su aprobación en un plazo breve”.

379 Art. 44. En el caso *Health Services Executive c. S.C., A.C.* (Caso C-92/12 de 26 de abril de 2012), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó que, a efectos del Reglamento Bruselas IIa, debe tratarse de una “autoridad competente de Derecho Público” (fallo, párr. 2). En la misma línea, el uso de la “autoridad competente” en el contexto del Convenio de 1996 supone una autoridad pública.

380 Art. 33(2).

381 Art. 23(2) *f*) y véase *supra*, **Capítulo 10**, sobre el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección.

382 Art. 36.

383 Informe Explicativo, párr. 150.

384 Véanse, asimismo, *infra*, párrs. 13.61-13.64.

- II.21** Cuando las autoridades pertinentes no estén seguras de la localización del niño pero **sospechen** que ha habido un cambio de residencia hacia otro Estado **contratante** o el niño está presente en dicho Estado, el artículo 31 c) podrá utilizarse³⁸⁵ a fin de determinar la localización del niño de modo tal que posteriormente la información pueda suministrarse al Estado pertinente de conformidad con el artículo 36.
- II.22** Sin embargo, cabe destacar que si la autoridad involucrada considera que la transmisión de dicha información podría poner en peligro la persona o los bienes del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia, la autoridad no deberá transmitir dicha información³⁸⁶.

■ **EJEMPLO 11 (C)** *Los niños tienen residencia habitual en el Estado contratante A. Sus progenitores fallecen en un accidente. Los niños no tienen ningún miembro de su familia en el Estado contratante A, pero sus tíos en el Estado contratante B están dispuestos a convertirse en padres de acogida de los niños. Las autoridades del Estado contratante A aceptan esta sugerencia. En cumplimiento del artículo 33, se comunican con la Autoridad Central u otra autoridad del Estado contratante B y le envían un informe sobre los niños y los motivos de su proposición sobre su cuidado y protección. Las autoridades del Estado contratante B consideran la proposición y concluyen que los tíos se encuentran en condiciones de asumir el cuidado de los niños y que este curso de acción favorecería su interés superior. Dichas autoridades se comunican con las autoridades del Estado contratante A en aras de aprobar la proposición relativa al cuidado de los niños. Luego, las autoridades del Estado contratante A emiten la orden que coloca a los niños al cuidado de sus tíos. Esta orden se reconoce de pleno derecho en el Estado contratante B.*

■ **EJEMPLO 11 (D)** *Un niño nace de una joven madre soltera con residencia habitual en el Estado contratante A (pero nacional del Estado contratante B). El padre no quiere tener ningún tipo de relación con el niño. La madre cree que es demasiado joven para poder criar al niño. Ella tiene una hermana mayor en el Estado contratante B que está casada y está dispuesta a asumir la protección legal del niño junto a su esposo por kafala. De conformidad con el artículo 33, el Estado contratante A consulta a la Autoridad Central o a otra autoridad competente del Estado contratante B y presenta un informe sobre el niño conjuntamente con los motivos de su proposición sobre el acogimiento. El Estado contratante B considera el informe, investiga la situación de la hermana y su esposo y aprueba la proposición, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Por lo tanto, las autoridades del Estado contratante A pueden proceder a emitir la orden que establece la colocación del niño con la hermana mayor y su esposo por kafala. Esta orden se reconocerá de pleno derecho en el Estado contratante B.*

■ **EJEMPLO 11 (E)** *Una familia vive en el Estado contratante A. La escuela a la que los niños asisten informa a las autoridades públicas de que los niños a menudo llegan a la escuela sin asear, extremadamente cansados y con moretones en sus brazos y piernas. Los progenitores afirman que los niños son traviosos, se niegan a asearse y a ir a dormir y que los moretones son producto de “juegos de lucha”. Las autoridades inician una investigación preliminar sobre la familia y determinan que no es necesario adoptar medidas de protección urgentes. Sin embargo, desean continuar supervisando atentamente a la familia y no descartan la posibilidad de mayor*

385 Véase *supra*, párr. II.II.

386 Art. 37.

intervención en el futuro en caso de ser necesario. Los progenitores se sienten muy preocupados ante la posibilidad de que los niños sean separados de ellos. Por lo tanto, los padres deciden huir hacia el Estado contratante B limítrofe, donde tienen familiares. Las autoridades públicas del Estado contratante A descubren que la familia ha huido y que los progenitores bien pueden haber decidido acudir a sus familiares en el Estado contratante B. En consecuencia, la Autoridad Central del Estado contratante A se comunica con la Autoridad Central del Estado contratante B y solicita asistencia a efectos de localizar a los niños³⁸⁷. Con la ayuda de la Autoridad Central del Estado contratante B, se localiza a la familia en dicho Estado. Las autoridades competentes en su Estado informan a la Autoridad Central del Estado contratante A de que consideran que los niños pueden estar expuestos a un grave peligro como consecuencia de las preocupaciones relativas al cuidado de los progenitores y al hecho de que los niños ahora se encuentran en una situación no supervisada. Por consiguiente, la Autoridad Central del Estado contratante A considera que tiene la obligación de informar a la Autoridad Central del Estado contratante B acerca del caso³⁸⁸, del peligro que afecta a los niños y de las medidas en consideración en el Estado contratante A³⁸⁹. Como consecuencia de esta información, las autoridades pertinentes del Estado contratante B deciden que el caso reviste carácter de urgencia y que, en virtud del artículo 11, sería aconsejable continuar con la supervisión cercana que las autoridades del Estado contratante A ya tenían en curso a fin de evaluar la necesidad de adoptar de manera urgente otras medidas de protección necesarias respecto de los niños. Mientras tanto, el Estado contratante A determina que, en la actualidad, los niños continúan teniendo residencia habitual en el Estado contratante A y, por ende, dicho Estado goza de competencia conforme al artículo 5 para adoptar medidas de protección con relación a los niños. A la luz de sus preocupaciones anteriores en cuanto a los niños y los actos posteriores de los progenitores, la autoridad competente ordena que los niños sean restituidos al Estado contratante A de inmediato y puestos al cuidado provisorio de las autoridades del Estado hasta tanto se lleva a cabo una investigación exhaustiva de las circunstancias de los niños. Dicha medida se reconocerá de pleno derecho y se ejecutará en el Estado contratante B (y, de este modo, la medida del Estado contratante B dejará de tener efecto – art. 11(2)).

■ EJEMPLO 11 (F)

Tres niños tienen residencia habitual en el Estado contratante A junto a su madre, que es adicta a las drogas y al alcohol. Su condición se ha deteriorado recientemente y las autoridades del Estado contratante A emiten una orden mediante la cual se aparta a los niños del cuidado de su madre y se los asigna al cuidado de una familia de acogida por considerar que ella no se encuentra en condiciones de cuidar de ellos en forma segura en este momento. La madre sustrae a los niños de la persona a cargo de su acogimiento familiar. Las autoridades del Estado contratante A son informadas de que la madre ha llevado a los niños al Estado contratante B. En virtud del artículo 31 c), solicitan la asistencia de la Autoridad Central del Estado contratante B a efectos de localizar a los niños. Conforme al artículo 36, una vez que los niños hayan sido localizados en dicho Estado, las autoridades del Estado contratante A deben informar a las autoridades del Estado contratante B acerca del peligro que afecta a los niños y de las

387 Art. 31 c).

388 Art. 36.

389 Antes de transmitir la información, la Autoridad Central deberá asegurarse de que el art. 37 no sea aplicable al caso y de que la transmisión de la información no podría poner en peligro la persona o los bienes del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia.

medidas que se hayan adoptado respecto de ellos³⁹⁰. Las autoridades del Estado contratante B pueden luego actuar sobre la base de esta información y garantizar la seguridad inmediata de los niños³⁹¹.

Puesto que la orden emitida en el Estado contratante A se reconocerá de pleno derecho y ejecutará en el Estado contratante B³⁹², las autoridades del Estado contratante A luego deberán considerar si desean solicitar la ejecución de la medida a fin de garantizar que los niños sean restituidos a la persona a cargo de su acogimiento familiar en el Estado contratante A. Sin embargo, cabe destacar que si la orden que asigna a los niños al cuidado de una familia de acogida otorgara a las autoridades públicas derechos de custodia con respecto a los niños en virtud de la ley del Estado contratante A y ambos Estados contratantes A y B fueran, asimismo, parte en el Convenio de 1980, en este caso, el Estado contratante A podrá invocar el Convenio de 1980 a efectos de solicitar la restitución de los niños a dicho Estado. El Estado contratante A deberá determinar el procedimiento a utilizar en esta situación. (El Estado contratante A puede considerar la posibilidad de determinar información proveniente de la Autoridad Central del Estado contratante B³⁹³ con respecto al procedimiento que será más rápido y menos costoso y, por lo tanto, promoverá el interés superior de los niños.)

E INSTANCIAS ESPECÍFICAS DE COOPERACIÓN

II.23 Además de las obligaciones establecidas en las **secciones C y D** que anteceden, se prevén instancias específicas en virtud del Convenio donde se contempla la cooperación entre autoridades³⁹⁴ (y puede ser considerada una buena práctica), pero no es obligatoria. El hecho de que estas instancias específicas estén dispuestas por el Convenio no impide la cooperación en otras circunstancias³⁹⁵.

(a) Solicitud a otro Estado contratante para proporcionar un informe sobre la situación del niño, o para adoptar medidas de protección con respecto a un niño

ARTÍCULO 32

II.24 A petición motivada de la Autoridad Central o de otra autoridad competente de un Estado contratante con el que el niño tenga un vínculo estrecho, la Autoridad Central del Estado contratante en que el niño tenga su residencia habitual y en el que éste se encuentre, puede, sea directamente, sea con el concurso de autoridades públicas o de otros organismos, realizar lo siguiente:

390 Cabe destacar que, en virtud del art. 37, las autoridades deben abstenerse de transmitir información si tal información podría poner en peligro la persona o los bienes del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia.

391 Esto se hace mediante el uso del art. 11.

392 Véanse *supra*, **Capítulo 10**, sobre el reconocimiento y la ejecución de las medidas y, asimismo, *supra*, **Capítulo 8**, sobre la continuación de las medidas.

393 Art. 30(2).

394 Al igual que en la **sección C** que antecede, estas instancias no se limitan a la acción de la Autoridad Central. No obstante, se concibe que puede que dicha cooperación tenga lugar a través de las Autoridades Centrales, o con su asistencia. En verdad, el art. 34(2) permite a los Estados Contratantes que declaren que las solicitudes en virtud del art. 34(1) sean comunicadas a sus autoridades **sólo a través de su Autoridad Central** (véase más información *infra*, en párrs. **II.25-II.26**).

395 Véase la obligación general de cooperar que se impone a las Autoridades Centrales – art. 30, abordado *supra*, en la **sección A**.

- proporcionar un informe sobre la situación del niño;³⁹⁶
- solicitar a la autoridad competente de su Estado que examine la oportunidad de adoptar medidas para la protección de la persona o de los bienes del niño³⁹⁷.

Deben observarse los siguientes puntos:

- La petición debe formularla la Autoridad Central u otra autoridad competente de un Estado contratante que tenga un “vínculo estrecho” con el niño en cuestión. Véase **Capítulo 13** para el comentario respecto del término “vínculo estrecho”.
- La petición debe formularse con los motivos en que se funda (*i.e.*, la petición debería detallar las razones por las cuales se motiva y por qué se la considera necesaria para la protección del niño en cuestión).
- La petición debe ser realizada a la Autoridad Central en el Estado contratante donde el niño tiene su residencia habitual y en el que éste se encuentre.
- La Autoridad Central puede realizar la tarea solicitada o puede delegarla a una autoridad pública o a otro organismo.
- Esta disposición “habilita a la Autoridad Central requerida a contestar a esta solicitud, sea directamente, sea con el concurso de Autoridades públicas o de otros organismos, pero no le obliga a hacerlo”³⁹⁸.

(b) Solicitud de informaciones útiles para la protección del niño cuando se prevé la adopción de medidas de protección

ARTÍCULO 34

11.25 Cuando se prevé una medida de protección, la autoridad competente puede, si la situación del niño lo exige, solicitar que toda autoridad de otro Estado contratante le transmita las informaciones útiles que pueda tener para la protección del niño.

11.26 Todo Estado contratante podrá declarar que las solicitudes previstas en el apartado primero sólo podrán realizarse a través de su Autoridad Central.

Deben observarse los siguientes puntos:

- Esta solicitud de información sólo puede realizarse si la autoridad competente:
 - prevé la adopción de medidas de protección respecto del niño; y
 - considera que la situación del niño exige que se realice la petición.
 Corresponderá a la autoridad requirente considerar esta última condición y, en los motivos de respaldo a la solicitud, mostrar que esta condición se cumple.
- La autoridad competente puede realizar la solicitud a otro Estado contratante que posea informaciones útiles para la protección del niño.
- La solicitud puede realizarse a cualquier autoridad de ese Estado contratante. Las autoridades concebidas aquí son “autoridades públicas”³⁹⁹. No obstante, esto está sujeto al artículo 34(2) que establece que un Estado contratante puede declarar que dichas solicitudes serán comunicadas a sus autoridades **sólo a través de su Autoridad Central**. Dicha declaración deberá hacerse al depositario del Convenio⁴⁰⁰.

396 Art. 32 a).

397 Art. 32 b). Las autoridades competentes del Estado de residencia habitual del niño pueden, asimismo, considerar pertinente una transferencia de competencia en virtud del art. 8 del Convenio especialmente si el niño no se encuentra en el territorio de otro Estado afectado. Véase *supra*, **Capítulo 5**.

398 Informe Explicativo, párr. 142 (énfasis agregado).

399 *Ibid*, párr. 144.

400 Art. 45(2). El depositario del Convenio es el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

- El depositario notificará dicha declaración a los Estados⁴⁰¹. La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado garantizará que dicha información se coloque en su sitio web (< www.hcch.net >, “Convenio 34” y “Autoridades”).
- El interés superior del niño debería servir de guía con relación a esta disposición tanto para la autoridad requirente (quien, en cualquier caso, sólo puede realizar la solicitud si la situación del niño lo exige), como para la autoridad requerida⁴⁰².
- La autoridad requerida nunca está obligada a proporcionar la información solicitada, incluso si se cumplen las condiciones para realizar la solicitud. Tiene su propia facultad discrecional⁴⁰³.
- Si en la opinión de la autoridad involucrada, la transmisión de información pudiera poner en peligro a la persona o los bienes del niño, o constituir una amenaza seria a la libertad o a la vida de un miembro de la familia del niño, la autoridad no debe solicitar ni transmitir dicha información⁴⁰⁴.
- Asimismo, las autoridades interesadas deben respetar las normas generales aplicables a la información recabada o transmitida dispuestas por los artículos 41 y 42 del Convenio⁴⁰⁵.

(c) Solicitud de asistencia para la puesta en práctica de medidas de protección en el extranjero

ARTÍCULO 35(1)

- II.27 Cuando se hayan adoptado medidas de protección en virtud del Convenio, las autoridades de un Estado contratante pueden pedir a las autoridades de otro Estado contratante que les presten su asistencia para la puesta en práctica de las medidas.
- II.28 Esto se aplica en particular para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho a mantener contactos directos regulares.

Deben observarse los siguientes puntos:

- El artículo 35(1) prevé la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados contratantes para la puesta en práctica de medidas de protección. Por lo tanto, prevé un fundamento general para la cooperación entre las autoridades en la puesta en práctica.
- La disposición se aplica de manera explícita “en particular” para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como también el derecho de mantener contactos directos regulares. En consecuencia, completa y refuerza la cooperación prevista entre las Autoridades Centrales de los Estados contratantes del Convenio de 1980 (véase art. 21 del Convenio de 1980)⁴⁰⁶.
- El mantenimiento de contactos regulares y directos se prevé en el artículo 10 de la CDN.

401 Art. 63 d).

402 Véase el Informe Explicativo, párr. 144.

403 *Ibid.*

404 Art. 37.

405 Véase más información *infra*, párrs. II.32-II.33.

406 Véase el Informe Explicativo, párr. 146.

(d) Solicitud / suministro de asistencia en casos de visita / contacto internacionales

ARTÍCULO 35(2)

- II.29 Cuando un progenitor que resida en un Estado contratante desee obtener o conservar un derecho de visita / contacto respecto de un niño que resida en otro Estado contratante, puede solicitar a las autoridades competentes del lugar donde el progenitor reside recabar informaciones o pruebas y pronunciarse sobre la aptitud de este progenitor para ejercer el derecho de visita / contacto y sobre las condiciones en las que podría ejercerlo.
- II.30 La autoridad con competencia para decidir una solicitud de derecho de visita / contacto con/al niño deberá⁴⁰⁷ considerar estas informaciones, pruebas y conclusiones antes de pronunciarse.

Deben observarse los siguientes puntos:

- La autoridad con competencia para entender en la solicitud del derecho de visita / contacto puede⁴⁰⁸ suspender el procedimiento hasta que se resuelva dicha solicitud, en particular cuando considere una solicitud presentada para modificar o suprimir el derecho de visita / contacto concedido por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual del niño⁴⁰⁹.
- No obstante, esto no impide que una autoridad competente adopte medidas provisionales hasta que se resuelva sobre la solicitud⁴¹⁰.

(e) Suministro de documentación que fije los poderes atribuidos a una persona que tiene responsabilidad parental o esté a cargo de la protección del niño⁴¹¹

ARTÍCULO 40

- II.31 Las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño o del Estado contratante en que se ha adoptado una medida de protección podrán expedir un certificado al titular de la responsabilidad parental o a toda otra persona a quien se haya confiado la protección de la persona o de los bienes del niño, a petición suya, indicando su condición y los poderes que le han sido atribuidos.

Deben observarse los siguientes puntos:

- No existe un requisito impuesto a los Estados contratantes de expedir dichos certificados. En consecuencia, es cuestión de cada Estado contratante si lo hace o no.
- Si decidiera hacerlo, el Estado contratante en cuestión deberá designar a las autoridades competentes para expedir estos certificados⁴¹².
- El Estado contratante competente para expedir un certificado es el Estado contratante de la residencia habitual del niño, o el Estado contratante de origen de la medida de protección.

407 Una vez que se haya recabado la información / prueba / conclusión(es) en el Estado contratante donde residen los progenitores, es **obligatorio** para los Estados contratantes que entienden en el caso considerar la información / prueba / conclusión(es).

408 La autoridad no está obligada a suspender el procedimiento – véase el Informe Explicativo, párr. 148.

409 Art. 35(3).

410 Art. 35(4).

411 El art. 40 no se encuentra en el Capítulo V como una disposición de cooperación sino en el Capítulo VI del Convenio, “Disposiciones Generales”.

412 Art. 40(3).

- Por lo general el certificado debería indicar:
 - quién es el titular de la responsabilidad parental;
 - si esto resulta de pleno derecho (de la ley que es aplicable en virtud del art. 16) o de una medida de protección adoptada por una autoridad competente con arreglo al Capítulo II del Convenio;
 - los poderes de la persona que tiene la responsabilidad parental;
 - en su caso, podrá, de forma negativa, indicar los poderes que la persona no posee⁴¹³.
- La condición y los poderes indicados por el certificado se presumen delegados a esa persona, salvo prueba en contrario⁴¹⁴. “Cualquier interesado podrá, pues, impugnar la exactitud de las indicaciones que figuran en el certificado, pero en ausencia de impugnación, los terceros podrán tratar con toda seguridad con la persona indicada por el certificado y en los límites de los poderes que se mencionen”⁴¹⁵.

■ **EJEMPLO 11 (G)** *Una madre y su hijo, de 7 años de edad, son residentes habituales en el Estado contratante A. El padre tiene su residencia habitual en el Estado contratante B. La madre y el niño se trasladaron al Estado contratante A con el acuerdo del padre seis meses atrás. El niño visita al padre en el Estado contratante B a los fines de contacto una vez al mes. El padre está preocupado ya que, durante las dos últimas visitas, el niño se ha quejado de que con frecuencia por la noche lo dejan solo en la casa mientras su madre sale y de que cuando regresa a la casa después de clase siempre hay distintos hombres en la casa. El padre contacta a la Autoridad Central en el Estado contratante B con relación a los comentarios del niño. El padre no está seguro de qué hacer dado que el niño no tiene un historial de inventar historias fantásticas para llamar la atención. La Autoridad Central en el Estado contratante B decide contactar a la Autoridad Central en el Estado contratante A y solicita un informe sobre la situación del niño⁴¹⁶. La Autoridad Central en el Estado contratante A, a quien se le ha informado de los comentarios del niño, está preocupada por el bienestar del niño y acuerda investigar la cuestión y proporcionar el informe⁴¹⁷.*

■ **EJEMPLO 11 (H)** *Una familia es residente habitual en el Estado contratante A, habiéndose trasladado un año atrás del Estado contratante B. Los abuelos maternos viven en el Estado contratante B. Los hijos (un niño de 8 años y una niña de 10) visitan a sus abuelos maternos de manera periódica. Los abuelos comenzaron a preocuparse por los niños ya que durante la última visita su comportamiento había cambiado. Mostraban un comportamiento con connotaciones sexuales y hacían comentarios sexuales inadecuados. Cuando los abuelos increparon a los niños al respecto, los niños alegaron que su padre los había tocado de manera inapropiada en una serie de ocasiones. Los abuelos temen increpar a los progenitores respecto de este comportamiento dado que les preocupa que se interrumpa el contacto. Ante la duda de qué hacer, los abuelos contactan a la Autoridad Central en el Estado contratante A. La Autoridad Central está preocupada por el bienestar de los niños y contacta a la Autoridad Central en el Estado contratante B y le solicita que directamente (o con el curso de sus autoridades públicas o de otros organismos)*

413 Véase el Informe Explicativo, párr. 154.

414 Art. 40(2).

415 Informe Explicativo, párr. 155.

416 Art. 32 a).

417 En este caso, las autoridades en el Estado contratante B también pueden solicitarles a las autoridades en el Estado contratante A que les soliciten a las autoridades competentes de su Estado que examinen la oportunidad de adoptar medidas de protección respecto del niño (art. 32 b)).

examine la oportunidad de adoptar medidas para proteger a los niños⁴¹⁸. La Autoridad Central del Estado contratante B, a través de sus autoridades públicas pertinentes, inmediatamente realiza gestiones para investigar la situación de los niños. Los niños son entrevistados por un psicólogo de niños y repiten los argumentos respecto del padre. Las autoridades competentes del Estado contratante B, habiendo entrevistado al padre y a la madre, inmediatamente adoptan medidas para sacar al padre de la casa mientras se sigue investigando la cuestión y hasta que se inicie algún procedimiento que pueda resultar necesario respecto de los niños.

■ **EJEMPLO 11 (I)**

Un niño es desplazado de manera ilícita del Estado contratante A al Estado contratante B. Ambos Estados contratantes son también Partes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. Se realiza una solicitud de restitución del niño a las autoridades del Estado contratante B. La solicitud es denegada con fundamento en un serio riesgo de daño para el niño. Las autoridades del Estado contratante A aún conservan la competencia para expedir una orden de custodia en tanto y en cuanto no se hayan cumplido las condiciones para el cambio de competencia en virtud del artículo 7⁴¹⁹. No obstante, antes de expedir cualquier orden, desean conocer las razones en las que se fundó la denegación de la solicitud de restitución. Esto es así porque esta información es de suma importancia para cualquier decisión sobre el fondo de los temas de custodia con relación al niño. En virtud del artículo 34(1), las autoridades del Estado contratante A podrán solicitar esta información a las autoridades del Estado contratante B⁴²⁰.

■ **EJEMPLO 11 (J)**

Un niño es residente habitual en el Estado contratante A. La madre quiere trasladarse con el niño al Estado contratante B. El padre se opone pero su objeción es invalidada por una orden del tribunal. La orden del tribunal fija un acuerdo específico para el contacto entre el padre y el niño. Contempla que las entregas del contacto se llevarán a cabo en un lugar neutral y de modo tal que los progenitores no tengan que encontrarse (debido a los altos niveles de tensión entre los progenitores y el impacto de esta situación en el niño). Con la asistencia de las Autoridades Centrales en ambos Estados, las autoridades en el Estado contratante A contactan a las autoridades pertinentes en el Estado contratante B para que las asistan con la puesta en práctica del acuerdo de contacto⁴²¹. Las autoridades en el Estado contratante B ponen a disposición de la familia los servicios de intercambio supervisado, de modo que se pueda dejar al niño y éste pueda ser recogido en un lugar neutral ante la presencia de un tercero para que los progenitores no tengan que encontrarse.

■ **EJEMPLO 11 (K)**

Dos niños son residentes habituales en el Estado contratante A con su padre. Su madre reside en el Estado contratante B. Desde que los niños y el padre se trasladaron al Estado contratante A un año atrás, la madre ha luchado para tener algún contacto con los niños. La madre presenta una solicitud de contacto ante las autoridades del Estado contratante A⁴²². El padre se resiste a esta solicitud alegando que no es en el interés superior de los niños tener algún tipo de contacto con la madre debido a la inestabilidad de su sanidad mental. La madre desea objetar esta afirmación en pos de que los niños tengan contacto con ella

418 Art. 32 b).

419 Véase *supra*, Capítulo 4, párrs. 4.20-4.25.

420 Compárese art. 11(6) del Reglamento Bruselas IIa, analizado, asimismo, *infra*, en párr. 13.10.

421 Art. 35(1).

422 Que son competentes en función del art. 5 – véase *supra*, Capítulo 4.

en su hogar en el Estado contratante B todos los días de las vacaciones escolares. La madre les solicita a las autoridades del Estado contratante B, en virtud del artículo 35(2), que recaben información y pruebas y lleguen a una conclusión que demuestre (1) su aptitud para ejercer el contacto con sus hijos, y (2) que dicho contacto puede tener lugar en su hogar en el Estado contratante B. Las autoridades en el Estado contratante A, quienes están tomando la determinación respecto del contacto, acuerdan suspender el procedimiento hasta tanto hayan recibido un informe de las conclusiones de las autoridades del Estado contratante B⁴²³. Las autoridades en el Estado contratante B redactan un informe que establece, entre otras cosas, que, (1) de acuerdo con la historia clínica de la madre, no tiene, y nunca ha tenido, ninguna enfermedad mental conocida; (2) como consecuencia de una serie de entrevistas con ella no pueden determinar ninguna razón por la cual no sería apta para ejercer el contacto con sus hijos; y, (3) habiendo visitado su hogar en más de una ocasión, es un ámbito adecuado para los niños y de hecho los niños tienen su propio dormitorio en su hogar. El informe y la documentación de respaldo se admite como prueba y es considerada en el procedimiento ante el Estado contratante B⁴²⁴.

- **EJEMPLO 11 (L)** *El tutor del niño fue designado en el Estado contratante A, donde el niño tiene su residencia habitual. El tutor es responsable de la administración del patrimonio del niño y desea vender algunos de sus bienes en el Estado contratante B. A los posibles compradores en el Estado contratante B les preocupa que el tutor no tenga autoridad para vender los bienes en nombre del niño. Si el Estado contratante A proporciona certificados en virtud del artículo 40, el tutor podrá solicitar un certificado a las autoridades de este Estado contratante indicando la calidad en que tiene derecho a actuar y las facultades que se le han otorgado.*

F LA TRANSMISIÓN DE DATOS PERSONALES E INFORMACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES

ARTÍCULOS 41 Y 42

- II.32 Cabe destacar que los datos personales que se hubieran obtenido o transmitido conforme al Convenio no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron⁴²⁵.
- II.33 Más aún, las autoridades a las que se transmitan informaciones garantizarán su confidencialidad conforme a la ley de su Estado⁴²⁶.

G GASTOS DE LA AUTORIDAD CENTRAL / AUTORIDAD PÚBLICA

- II.34 Por lo general, las Autoridades Centrales y las demás autoridades públicas soportarán sus gastos derivados de la realización de sus tareas en virtud del Convenio⁴²⁷. Tales gastos podrán incluir: los costos fijos del funcionamiento de las autoridades, los costos de correspondencia y transmisiones, los costos de búsqueda de informaciones respecto del niño, los costos de asistir en la localización del niño, los costos de organización de mediación o de amigable composición, así como los gastos de puesta en práctica de las medidas adoptadas en otro Estado contratante, en particular, las medidas de colocación⁴²⁸.

423 Art. 35(3).

424 Art. 35(2).

425 Art. 41.

426 Art. 42.

427 Art. 38(1).

428 Véase el Informe Explicativo, párr. 152.

- II.35 No obstante, el artículo 38 reconoce que las autoridades de los Estados contratantes conservan la “posibilidad de reclamar los gastos razonables correspondientes a los servicios prestados”. Si ese Estado contratante reclama tales gastos, sea que la reclamación consista en una petición de reembolso de los gastos ya realizados o una petición de provisión antes de la prestación de servicios, los gastos deberían formularse “con una cierta moderación”⁴²⁹. Asimismo, las autoridades deberían suministrar información clara acerca de tales gastos con anticipación.
- II.36 La expresión “autoridades públicas” en el artículo 38 se refiere a las autoridades administrativas de los Estados contratantes, y no a los tribunales⁴³⁰. Los gastos procesales y más genéricamente las costas procesales y particularmente de los abogados no están incluidos en el artículo 38.
- II.37 Todo Estado contratante puede concluir acuerdos con otro o varios Estados contratantes sobre la distribución de gastos cuando se aplique el Convenio⁴³¹. Esta disposición puede ser útil, por ejemplo, en los casos que involucren la colocación transfronteriza de niños.

429 *Ibid.*

430 *Ibid.*

431 Art. 38(2).

12

Capítulo 12

*Relación entre
el Convenio de
1996 y otros
instrumentos*

-
- A ¿CÓMO AFECTA EL CONVENIO DE 1996 EL FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 12 DE JUNIO DE 1902 QUE REGULA LA TUTELA DE MENORES?
- B ¿CÓMO AFECTA EL CONVENIO DE 1996 EL FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 5 DE OCTUBRE DE 1961 SOBRE COMPETENCIA DE AUTORIDADES Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES?
- C ¿CÓMO AFECTA EL CONVENIO DE 1996 EL FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES?
- D ¿CÓMO AFECTA EL CONVENIO DE 1996 EL FUNCIONAMIENTO DE OTROS INSTRUMENTOS?

A ¿CÓMO AFECTA EL CONVENIO DE 1996 EL FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 12 DE JUNIO DE 1902 QUE REGULA LA TUTELA DE MENORES?⁴³²

ARTÍCULO 51

- 12.1 En las relaciones entre los Estados contratantes del Convenio de 1996, el Convenio de 1996 sustituye al Convenio de 1902.

B ¿CÓMO AFECTA EL CONVENIO DE 1996 EL FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 5 DE OCTUBRE DE 1961 SOBRE COMPETENCIA DE AUTORIDADES Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES?⁴³³

ARTÍCULO 51

- 12.2 En las relaciones entre los Estados contratantes del Convenio de 1996, el Convenio de 1996 sustituye al Convenio de La Haya de 1961 sobre la Protección de Menores. No obstante, esta sustitución es sin perjuicio del reconocimiento de las medidas adoptadas previamente según el Convenio de 1961.
- 12.3 Esto significa que si un Estado contratante del Convenio de 1961 adoptó una medida de conformidad con el artículo 4 de ese Convenio (que le otorgó competencia a las autoridades del Estado contratante de la nacionalidad del niño), esta medida tendrá que ser reconocida en virtud del Convenio de 1961 (art. 7 del Convenio de 1961) por cualquier otro Estado que fuera Parte del Convenio de 1961 en el momento en que la medida fue adoptada. Tal es el caso incluso si, en ese ínterin, los dos Estados afectados se convirtieron en Partes del Convenio de 1996.

- **EJEMPLO 12 (A)** *El Estado A y el Estado B son Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1961 en materia de Protección de Menores. En 2007, entra en vigor el Convenio de 1996 en el Estado B. En 2008, las autoridades del Estado A expiden una orden respecto de un niño que es residente habitual en el Estado C en función de que el niño tiene la nacionalidad del Estado A. Esta orden cumple con los criterios para el reconocimiento en virtud del Convenio de 1961. En 2009, entra en vigor el Convenio de 1996 en el Estado A. En 2010, se pretende el reconocimiento de la medida en el Estado B. Aunque no tenga derecho al reconocimiento en virtud del artículo 23 del Convenio de 1996⁴³⁴, se debería reconocer la orden en el Estado B en virtud del Convenio de 1961, conforme al artículo 51 del Convenio de 1996.*

432 A agosto de 2013, los Estados contratantes son Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Portugal y Rumania. En las relaciones entre Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1961 en materia de Protección de Menores, el Convenio de 1961 sustituyó al Convenio de 1902. Cabe destacar que los demás Estados contratantes del Convenio de 1902 son Estados miembros de la UE quienes están, por lo tanto, obligados por el Reglamento Bruselas IIa, que tiene prioridad de conformidad con el art. 59(1) del Reglamento.

433 A agosto de 2013, los Estados contratantes son Alemania, Austria, China (el Convenio se aplica exclusivamente a la Región Administrativa Especial de Macao), España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, los Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía.

434 Art. 53(2) – véase *supra*, **Capítulo 3**. Incluso si el alcance temporal no fuera una dificultad, podrá, asimismo, denegarse el reconocimiento en función del art. 23(2) a) del Convenio – véase *supra*, **Capítulo 10**.

C ¿CÓMO AFECTA EL CONVENIO DE 1996 EL FUNCIONAMIENTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES?

ARTÍCULO 50

- 12.4 El artículo 50 dispone que el presente Convenio no afecta la aplicación del Convenio de 1980 entre las Partes de ambos Convenios. No obstante, el artículo 50 también establece que nada impide que se invoquen disposiciones del Convenio de 1996 “para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita”. Se podrán encontrar un mayor análisis respecto de la interacción de estos dos instrumentos *infra*, en párrafos 13.1 a 13.14.

D ¿CÓMO AFECTA EL CONVENIO DE 1996 EL FUNCIONAMIENTO DE OTROS INSTRUMENTOS?

ARTÍCULO 52

- 12.5 El presente Convenio no afecta los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados contratantes de dichos instrumentos⁴³⁵.
- 12.6 El presente Convenio no afectará tampoco la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, con respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos⁴³⁶. Los acuerdos concluidos por los Estados contratantes sobre materias reguladas por el presente Convenio no afectarán la aplicación del presente Convenio entre esos Estados contratantes y los demás Estados contratantes que no sean parte en este acuerdo⁴³⁷.
- 12.7 En la actualidad, el instrumento principal que se adapta a esta categoría es el Reglamento Bruselas IIa⁴³⁸ que funciona entre los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca. El alcance material del Reglamento y el Convenio de 1996 es muy similar, aunque el Reglamento no incluye normas sobre derecho aplicable⁴³⁹. En lo que se refiere a la relación con el Convenio de 1996, para un Estado miembro de la Unión Europea (a excepción de Dinamarca), prevalecerá el Reglamento cuando un niño tenga su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea (excluida Dinamarca), o cuando el reconocimiento o la ejecución de una decisión expedida por las autoridades de un Estado miembro (excepto Dinamarca) sea requerida en otro Estado Miembro (excepto Dinamarca), independientemente del lugar donde se encuentre la residencia habitual del niño⁴⁴⁰.

435 Art. 52(1).

436 Art. 52(2). Véase, asimismo, el Informe Explicativo, párr. 172.

437 Art. 52(3).

438 Véase *supra*, nota 8.

439 Cabe destacar que las normas sobre derecho aplicable comprendidas dentro del Convenio de 1996 se aplican a niños que tengan su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea. En particular, el art. 15 del Convenio de 1996 se aplicará si el tribunal de un Estado miembro de la UE obligado por el Reglamento ejerce competencia en virtud de las normas del Reglamento (cuando el fundamento de la competencia esté comprendido en el Capítulo II del Convenio de 1996) – véase *supra*, **Capítulo 9**, párr. 9.1.

440 Art. 61 del Reglamento.

- 12.8 Estas normas también se aplican a las leyes uniformes fundadas en lazos especiales de carácter regional o de otra naturaleza entre los Estados afectados. Un ejemplo de dónde podrá usarse esta disposición sería entre los Estados Nórdicos donde se han desarrollado leyes uniformes.

13

*Temas
especiales*

Capítulo 13

-
- A SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES
 - B DERECHO DE VISITA / CONTACTO
 - C LA COLOCACIÓN DEL NIÑO EN UNA FAMILIA DE ACOGIDA, KAFALA Y EN UN ESTABLECIMIENTO TRANSFRONTERIZO
 - D ADOPCIÓN
 - E LA MEDIACIÓN, LA CONCILIACIÓN Y OTROS PROCEDIMIENTOS ANÁLOGOS PARA LA RESOLUCIÓN AMISTOSA DE CONTROVERSIAS
 - F CATEGORÍAS ESPECIALES DE NIÑOS
 - G LOS BIENES DEL NIÑO
 - H LA REPRESENTACIÓN DE LOS NIÑOS
 - I PUNTOS DE CONEXIÓN

A SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

- 13.1 El Convenio de 1996 no modifica ni sustituye el mecanismo establecido por el Convenio de 1980 para abordar las situaciones de sustracción internacional de menores⁴⁴¹. En cambio, el Convenio de 1996 suplementa y refuerza el Convenio de 1980 en determinados aspectos. Esto significa que una serie de sus disposiciones pueden ser útiles como complemento del mecanismo del Convenio de 1980 cuando este se aplica a un caso particular. Asimismo, en los Estados o situaciones donde no se aplica el Convenio de 1980, las disposiciones del Convenio de 1996 también pueden ser una fuente independiente de recursos de utilidad a efectos de la sustracción internacional de menores. Estas dos situaciones distintas se analizan a continuación.
- 13.2 Como un punto general con relación al Convenio de 1996 y la sustracción internacional de menores, y sea que el Convenio de 1980 se aplique o no a un caso, cabe destacar que las normas de competencia fijadas en el Capítulo II del Convenio de 1996 crean un enfoque común a la competencia que le proporciona seguridad a las partes y, por consiguiente, desalienta los intentos de *forum shopping* a través de la sustracción internacional de menores. La norma receptada en el artículo 5 que designa a la residencia habitual del niño como el fundamento principal para la atribución de competencia alienta a los progenitores a litigar (o llegar a un acuerdo) respecto de los temas de guarda, derecho de visita / contacto, y reubicación en el Estado contratante donde vive actualmente el niño, en lugar de desplazar al niño a una segunda jurisdicción antes de solicitar una determinación en cuanto a esos temas.
- 13.3 Más aún, tal como se analizara *supra*, en el **Capítulo 4**, el artículo 7 del Convenio de 1996 fija una norma de competencia especial para los casos de sustracción internacional de menores⁴⁴². Las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño inmediatamente anterior al desplazamiento o retención ilícitos conservan la competencia para las medidas de protección para la persona y los bienes del niño hasta tanto se hayan cumplido una serie de condiciones. Esta norma pretende equilibrar dos nociones. La primera es que una persona que desplaza o retiene ilícitamente a un niño no podría aprovechar este acto asegurando un cambio en las autoridades competentes para adoptar medidas respecto de la visita / contacto. La segunda es que un cambio en la residencia del niño, si persiste, es un hecho que, en la mayoría de los casos, no puede ignorarse a punto tal de denegarle la competencia a las autoridades del nuevo Estado de manera indefinida⁴⁴³. En tanto conserven la competencia las autoridades del Estado contratante del que el niño ha sido desplazado o retenido de manera ilícita, las autoridades del Estado contratante al cual se ha desplazado al niño o en el cual se lo retiene de manera ilícita podrán únicamente adoptar medidas de protección necesarias en virtud del artículo 11 (cuando el caso sea considerado urgente⁴⁴⁴) y no podrán adoptar medidas provisionales en virtud del artículo 12 del Convenio⁴⁴⁵.
- 13.4 La definición de desplazamiento o retención ilícitos utilizada en el Convenio de 1996 es la misma que se encuentra en el Convenio de 1980, indicando el carácter complementario de ambos Convenios⁴⁴⁶. La interpretación y aplicación de las disposiciones del Convenio de 1980 con relación al desplazamiento y retención ilícitos podrán por lo tanto ofrecer asistencia en la determinación de la competencia en virtud del Convenio de 1996⁴⁴⁷.

441 Esto se observa claramente en el art. 50 del Convenio de 1996, al que se hizo referencia *supra*, en párr. 12.4.

442 Este tema se analiza *supra*, en párrs. 4.20-4.25.

443 Véase el Informe Explicativo, párr. 46.

444 Analizado de manera más integral *supra*, **Capítulo 6**.

445 Véanse art. 7(3) del Convenio y el Informe Explicativo, párr. 51.

446 Art. 7(2) del Convenio de 1996 y art. 3 del Convenio de 1980. Véase *supra*, párr. 4.21.

447 Véase *supra*, párr. 4.21. Para las decisiones respecto de la interpretación del desplazamiento y retención ilícitos, véase jurisprudencia y comentario en INCADAT (< www.incadat.com >).

(a) ¿Cuál es el rol del Convenio de 1996 en las situaciones en las que es aplicable a la sustracción del niño el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores?

- 13.5 El Convenio de 1980 seguirá aplicándose entre los Estados contratantes del Convenio de 1996 que también sean Partes en el Convenio de 1980⁴⁴⁸.
- 13.6 El Convenio de 1996 suplementa y refuerza al Convenio de 1980 al prever un marco explícito para la competencia, incluso en casos excepcionales cuando se deniega la restitución del niño o cuando no se solicita dicha restitución. El Convenio refuerza el Convenio de 1980 al subrayar el rol principal desempeñado por las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño al decidir las medidas que pueden ser necesarias en pos de proteger al niño en el largo plazo⁴⁴⁹. Lo hace al garantizar que el Estado contratante de la residencia habitual del niño conserva la competencia hasta tanto se hayan cumplido con determinadas condiciones⁴⁵⁰.
- 13.7 El Convenio de 1996 contiene, asimismo, disposiciones que pueden ser de asistencia cuando una autoridad judicial o administrativa desea ordenar la restitución de un niño en virtud del Convenio de 1980, pero **condicionada a que** se fijen determinadas medidas urgentes y necesarias para garantizar la restitución segura del niño y garantizar la protección ininterrumpida del niño en el Estado contratante requirente (hasta tanto las autoridades en el Estado contratante puedan actuar a los fines de proteger al niño). En este sentido, el Convenio de 1996 contiene un fundamento específico de competencia que, cuando el caso sea de urgencia, le permite al Estado contratante requerido adoptar “medidas de protección necesarias” respecto del niño⁴⁵¹. El Convenio de 1996 agrega a la eficacia de cualquier otra medida de protección ordenada al garantizar que dichas órdenes sean reconocidas de pleno derecho en el Estado contratante al cual se debe restituir al niño y sean ejecutorias en ese Estado contratante a petición de cualquiera de las partes interesadas (hasta el momento en que las autoridades en el Estado contratante requirente puedan fijar las medidas de protección necesarias)⁴⁵².

448 Art. 50. Véase *supra*, párr. 12.4.

449 Con relación al Convenio de 1980, véanse arts. 16 y 19 de ese Convenio, así como también párrs. 16 y 19 del Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1980 sobre la Sustracción Internacional de Menores, de E. Pérez-Vera, en *Procedimientos de la Decimocuarta Sesión (1980)*, Tomo III, *Sustracción de Menores, La Haya*, Imprimerie Nationale, 1982, pp. 425-476. El Informe Explicativo establece que el Convenio de 1980 descansa implícitamente sobre el principio de que el debate respecto al fondo del derecho de guarda debería iniciarse ante las autoridades competentes del Estado contratante en el que el menor tenía su residencia habitual antes del desplazamiento / retención ilícitos (párr. 19).

450 Art. 7 – véase *supra*, párrs. 4.20-4.25.

451 Art. 11 – véase *supra*, **Capítulo 6** (y, en particular, **Ejemplo 6 (c)**).

452 Véase *supra*, párr. 6.12, respecto del reconocimiento y ejecución de medidas de protección adoptadas en función del art.11 y, de manera más general, el análisis en el **Capítulo 10**.

- 13.8 El Convenio de 1996 puede, asimismo, asistir en las cuestiones de visitas / contacto provisionales en los casos de sustracción cuando los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980 se encuentren pendientes de resolución⁴⁵³. Cuando el Estado contratante de la residencia habitual del niño no está en condiciones de abordar la visita / contacto provisional y cuando el caso reviste carácter de urgencia, el artículo 11 del Convenio puede proporcionar un fundamento para que las autoridades del Estado contratante que entiende en los procedimientos de restitución pueda expedir dicha orden⁴⁵⁴. Esta orden cesará de producir efectos una vez que las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño hayan adoptado las medidas de protección necesarias en este sentido⁴⁵⁵.
- 13.9 Las disposiciones respecto de cooperación en el Convenio de 1996 podrán, asimismo, ser utilizadas para respaldar los requisitos de cooperación en el Convenio de 1980. En virtud del Convenio de 1980, la Autoridad Central debe facilitar “información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio”⁴⁵⁶, mientras que en virtud del Convenio de 1996, la Autoridad Central adoptará, en el marco de la aplicación del Convenio, las disposiciones apropiadas para proporcionar “informaciones sobre su legislación, así como sobre los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño”⁴⁵⁷. Esto le permitirá a otra Autoridad Central o a un progenitor obtener un marco más amplio de informaciones sobre las leyes del Estado contratante al cual se ha desplazado al niño en forma ilícita o en el cual el niño ha estado retenido en forma ilícita.
- 13.10 El artículo 34 del Convenio de 1996, que les permite a las autoridades competentes que contemplen la adopción de una medida de protección, si la situación del niño lo exige, solicitar que toda autoridad de otro Estado contratante les transmita las informaciones útiles que pueda tener para la protección del niño⁴⁵⁸, puede ser particularmente útil cuando se **deniega** una orden de restitución en virtud del Convenio de 1980⁴⁵⁹. En esta situación, cuando una autoridad en el Estado contratante de la residencia habitual del niño deba entender en una controversia relativa a la guarda y todavía no tenga ante sí las informaciones sobre las cuales se fundó la denegación de restitución, el artículo 34 le permite a esta autoridad requerir estas informaciones a la autoridad que denegó la restitución. Esto puede

453 En este aspecto, véase *supra*, **Capítulo 6**, y, en particular, **Ejemplo 6 (F)** y el análisis contenido en la nota 216. Véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 216), párr. 4.6.2, donde, en el contexto del art. 21 del Convenio de 1980, se afirma que: “en algunos países se ha observado que el artículo 21 no comprende las solicitudes en materia de contacto provisional mientras se espera una decisión sobre la restitución. Nuevamente, esto es inconsistente con el principio subyacente de que el contacto se debería mantener en todas las circunstancias en las que el niño no se encuentre en riesgo. Más aún, el hecho de no restablecer el contacto con el progenitor perjudicado durante el curso de lo que puede a veces constituir un procedimiento prolongado conlleva el riesgo de un mayor daño al niño y enajenación del progenitor perjudicado”.

454 Véanse *supra*, párrs. 6.2-6.5, respecto de cuándo un caso puede ser considerado “urgente” a los fines del art. 11.

455 Art. 11(2) – véanse *supra*, párrs. 6.8-6.9. La utilización del art. 11 a fin de otorgar competencia para adoptar medidas de protección necesarias destinadas a garantizar la restitución segura del niño o la visita provisional en el marco de un procedimiento de restitución (como se menciona aquí y *supra*, en el párr. 13.7, al igual que en el **Capítulo 6**) fue analizada durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I) con respecto al momento en el que dichas situaciones derivarían en un “caso de urgencia” tal que el art. 11 podría invocarse. Como se estableciera *supra*, en el **Capítulo 6**, la cuestión que consiste en determinar si puede adoptarse una medida en virtud del art. 11 – si la situación puede describirse correctamente como un caso de “urgencia” – siempre deberá ser resuelta por la autoridad competente para decidir en función de los hechos del caso particular planteados ante ella.

456 Art. 7(2) e).

457 Art. 30(2).

458 Art. 34. Véase más información *supra*, en párrs. 11.25-11.26.

459 En particular si se deniega la restitución en función de que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable – art. 13(1) b) del Convenio de 1980.

evitar la situación que surge cuando las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño que entienden en la controversia relativa a la guarda no cuentan con la información que fue considerada por las autoridades que entendieron en la solicitud de restitución. Es dable observar que en este caso existe una diferencia entre el funcionamiento del Convenio de 1996 y el funcionamiento del Reglamento Bruselas IIa⁴⁶⁰. El artículo 11(6) del Reglamento Bruselas IIa impone una **obligación** al tribunal que ha denegado una restitución en virtud del artículo 13 del Convenio de 1980 de transmitir todos los documentos relativos a la audiencia a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño antes del desplazamiento o retención ilícitos. El Convenio de 1996 no incluye esta obligación. No obstante, como se analizara *supra*, en el **Capítulo 11** sí prevé esa cooperación y comunicación entre las autoridades⁴⁶¹.

- 13.11 El artículo 34 del Convenio de 1996 también puede resultar útil para un Estado contratante **requerido** que entienda en los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980. Si las informaciones del Estado contratante de la residencia habitual del niño son útiles para la decisión de restituir o no al niño⁴⁶², o para cualquier otra medida de protección urgente que la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante requerido esté previendo adoptar (*e.g.*, medidas de protección urgentes respecto de la restitución segura del niño), la autoridad podrá emplear el mecanismo en el artículo 34 para obtener esas informaciones útiles del Estado contratante de la residencia habitual del niño.
- 13.12 Por último, cabe destacar que ni el Convenio de 1996 ni el Convenio de 1980 fijan el procedimiento a seguir cuando los procedimientos para la restitución de un niño se inician al mismo tiempo en el Estado contratante de la residencia habitual del niño (en virtud de los artículos 5 y 7 del Convenio de 1996) y en el Estado contratante a donde se ha desplazado al niño de manera ilícita o en donde se ha retenido al niño de manera ilícita (en virtud del art. 12 del Convenio de 1980). El artículo 13 del Convenio de 1996 no resuelve este tema puesto que la competencia para actuar en virtud del Convenio de 1980 no se funda en los artículos 5 a 10 del Convenio de 1996 (véase art. 13 del Convenio de 1996). En esas circunstancias, corresponderá a las autoridades del Estado contratante afectado comunicar y cooperar (con el apoyo de la Autoridad Central y / o utilizando las comunicaciones judiciales directas) en cuanto al camino más adecuado a seguir, teniendo en cuenta el interés superior del niño⁴⁶³.

■ **EJEMPLO 13 (A)** *En este ejemplo, los Estados A y B son Estados contratantes tanto del Convenio de 1996 como del Convenio de 1980.*

Una niña es residente habitual en el Estado A. Luego de la separación de los progenitores de la niña, ambos conservan la guarda de la niña pero acuerdan que la niña vivirá bajo el cuidado primordial de la madre, manteniendo un contacto regular con el padre. Tres meses más tarde, la madre se traslada con la niña al Estado B sin el consentimiento del padre.

460 Véase *supra*, nota 8.

461 Art. 34. Véase más información *supra*, en párrs. 11.25-11.26. Véase, asimismo, **Ejemplo 11 (I)**.

462 *E.g.*, a una defensa planteada en virtud del art. 13 del Convenio de 1980. No obstante, con relación al hecho de si el desplazamiento o la retención de un niño fueron “ilícitos” de conformidad con el significado del art. 3 del Convenio de 1980, véase el mecanismo específico previsto en el art. 15 del Convenio de 1980.

463 Un factor pertinente al determinar este tema podrá ser la agilidad de los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980 (véanse arts. 2 y 11 del Convenio de 1980).

El padre inicia procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980. La madre argumenta al efecto que el padre ha abusado sexualmente de la niña y los tribunales en el Estado B deniegan la solicitud de restitución en función de que existe un grave riesgo de que la restitución de la menor la exponga a un peligro grave físico o psíquico⁴⁶⁴.

El padre, por lo tanto, realiza una petición ante las autoridades del Estado A para la restitución de la niña (ya que las autoridades del Estado A conservan la competencia en virtud del art. 7 del Convenio de 1996, la denegación de la restitución en virtud del Convenio de 1980 no conduciendo, en sí misma, a un cambio de competencia)⁴⁶⁵. En virtud del artículo 34(1), los tribunales del Estado A podrán, y deberían si fuera necesario, solicitar información a las autoridades del Estado B en cuanto a los motivos de la denegación de la solicitud de restitución y las informaciones / pruebas sobre las cuales se fundó la decisión.

Las autoridades en el Estado A revisan el caso y concluyen que no existe riesgo para la niña si se la restituye al Estado A y que al tribunal en el Estado B no se le presentaron todos los hechos pertinentes. Las autoridades en el Estado A expiden una orden de que la niña sea restituida al Estado A.

La orden del Estado A deberá ser reconocida de pleno derecho en el Estado B si no hay fundamentos para la denegación en virtud del artículo 23(2). El hecho de que se haya emitido un fallo de no restitución fundado en el artículo 13 del Convenio de 1980 en el Estado B no es, en sí mismo, un fundamento para la denegación de reconocimiento en virtud del artículo 23. Si la madre no está preparada para cumplir voluntariamente con la orden del Estado A, se podrá ejecutar la orden de conformidad con los artículos 26 y 28 del Convenio de 1996⁴⁶⁶.

Una alternativa para los tribunales en el Estado B (dependiendo de los hechos del caso en particular) podrá ser ordenar la restitución de la niña en virtud del artículo 12 del Convenio de 1980, pero, al mismo tiempo, adoptar las medidas necesarias para la protección de la niña en virtud del artículo 11 para garantizar la restitución segura de la niña y la protección ininterrumpida de la niña en el Estado A (hasta que las autoridades en ese Estado puedan actuar). Estas medidas podrían prever, por ejemplo, hasta tanto las autoridades en el Estado A puedan adoptar las medidas de protección necesarias, (1) que no se le permita al padre el contacto con la niña; y (2) que el padre deba proveer un alojamiento separado en el Estado A para la niña y la madre. Estas órdenes deberán luego ser reconocidas en el Estado A (excepto que se establezca un fundamento para el no reconocimiento – véase art. 23(2)) hasta tanto las autoridades en el Estado A puedan adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de la niña. Puede que el Estado B quiera garantizar la puesta en práctica de estas medidas de protección en el Estado A antes de permitir la puesta en práctica de la orden de restitución en la medida de lo posible (en este escenario, se podría verificar la puesta en práctica del requisito de alojamiento antes de permitir que tenga lugar la restitución pero la puesta en práctica de la orden de “no contacto” será una cuestión que el Estado A debería ejecutar, como sea necesario, al momento de la restitución de la niña al Estado A).

464 Art. 13(1) b) del Convenio de 1980.

465 Véanse *supra*, párrs. 4.20-4.25.

466 Véanse *supra*, párrs. 10.22-10.28.

(b) ¿Cuál es el rol del Convenio de 1996 en las situaciones en las que el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores no es aplicable a la sustracción del niño?

- 13.13** Existe una serie de instancias en las que el Convenio de 1980 podría no ser aplicable aunque lo sea el Convenio de 1996. Por ejemplo, el Convenio de 1980 no se aplica a los niños de más de 16 años de edad, mientras que el Convenio de 1996 se aplica a los niños hasta que alcancen la edad de 18 años⁴⁶⁷. Más importante aún, el Convenio de 1980 únicamente será aplicable a los casos que involucren a dos Estados que sean Estados contratantes de ese Convenio y entre los cuales el Convenio haya entrado en vigor. Por ejemplo, si un Estado ha adherido al Convenio de 1980, se aplicará el Convenio de 1980 únicamente entre este Estado y otro Estado contratante que haya **aceptado** su adhesión⁴⁶⁸. Dos Estados involucrados en un caso de sustracción internacional de menores podrán, en consecuencia, ser ambos Estados contratantes del Convenio de 1996, pero el Convenio de 1980 puede no estar en vigor entre ellos.
- 13.14** Muchas de las formas en las cuales el Convenio de 1996 puede asistir en los casos de desplazamiento / retención ilícitos cuando **no** se aplique el Convenio de 1980 se mencionan en los Capítulos previos de este Manual. Por ejemplo:
- Las disposiciones de competencia, que garantizan que la competencia permanece en el Estado contratante de la residencia habitual del niño hasta tanto se hayan cumplido condiciones estrictas⁴⁶⁹, fueron analizadas *supra*, en los párrafos 4.20 a 4.25 y también en los párrafos 13.2 a 13.4;
 - Las disposiciones de cooperación, que garantizan que se les proporcione a los progenitores en los Estados contratantes del Convenio de 1996 un amplio rango de servicios que puedan asistirlos en los casos de sustracción internacional de menores, fueron analizadas *supra*, en el **Capítulo 11**. Las disposiciones principales que podrán ser útiles cuando un niño haya sido desplazado / retenido de manera ilícita son las obligaciones de la Autoridad Central de proveer asistencia para descubrir la localización del niño y facilitar las soluciones acordadas para la protección de la persona del niño⁴⁷⁰.
 - Las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución, analizadas *supra*, en el **Capítulo 10**, cuando se combinan con las normas de competencia, pueden ser utilizadas en algunas circunstancias para garantizar que un niño sea efectivamente restituido al Estado contratante de su residencia habitual. Por ejemplo, el progenitor en el Estado contratante de la residencia habitual del niño podría tener ya una orden ejecutoria para la guarda o entrega del niño o podría obtener una, en este Estado contratante, de manera rápida. Esta orden podría ser luego enviada para su reconocimiento y ejecución en virtud del Convenio al Estado contratante al cual el niño ha sido desplazado de manera ilícita o en el cual se lo ha retenido de manera ilícita. Una vez que la orden haya sido declarada ejecutoria o registrada a los fines de ejecución, deberá ser ejecutada en ese último Estado contratante como si hubiese sido expedida por las autoridades de ese Estado, excepto que se establezca uno de los fundamentos para la denegación del reconocimiento⁴⁷¹.

467 Art. 2 del Convenio de 1996; art. 4 del Convenio de 1980.

468 Véase art. 38 del Convenio de 1980.

469 Art. 7 del Convenio de 1996.

470 Art. 31 *b*) y art. 31 *c*) – que pueden ser desempeñadas directamente por parte de la Autoridad Central o indirectamente, con el concurso de autoridades públicas u otros organismos. Véase *supra*, párr. 11.11.

471 Sobre el tema de ejecución, véanse, párrs. 10.22-10.28, *supra*.

■ EJEMPLO 13 (B)

*En este ejemplo tanto el Estado A como el Estado B son Estados contratantes del Convenio de 1996. Sin embargo, el Estado B no es un Estado contratante del Convenio de 1980*⁴⁷².

Una niña es residente habitual en el Estado A. Luego de la separación de los progenitores de la niña, ambos progenitores conservan la guarda de la niña pero acuerdan que la niña vivirá bajo el cuidado primordial de la madre, manteniendo un contacto regular con el padre. Tres meses más tarde, la madre se traslada con la niña al Estado B sin el consentimiento del padre.

*En virtud del Convenio de 1996, el padre le puede solicitar a la Autoridad Central en el Estado A que solicite a la Autoridad Central en el Estado B que proporcione asistencia para descubrir la localización de la niña en ese Estado*⁴⁷³.

*El padre podrá, asimismo, solicitarle a la Autoridad Central en el Estado A que obtenga informaciones de la Autoridad Central en el Estado B respecto de las leyes del Estado B, y los servicios disponibles en ese Estado con relación a la protección de los niños*⁴⁷⁴.

*Las autoridades en el Estado A conservan la competencia para adoptar medidas de protección con relación a la niña*⁴⁷⁵. *A solicitud del padre, estas autoridades podrán, por lo tanto, ordenar que la niña sea restituida de inmediato a la jurisdicción del Estado A (sea bajo el cuidado de la madre o, si la madre no está dispuesta a regresar al Estado A, que la niña sea entregada al cuidado del padre). Esta orden deberá ejecutarse en el Estado B a petición del padre o cualquier otra persona interesada*⁴⁷⁶. *No obstante, dependiendo de los hechos del caso, los tribunales en el Estado A pueden ordenar alternativamente que la niña permanezca bajo el cuidado de su madre en el Estado B hasta la audiencia completa de los temas de guarda con relación a la niña (que tendrá lugar en el Estado A), pero que la niña deberá mantener un contacto provisional con el padre mientras estén en curso estos procedimientos.*

472 El Convenio de 1980 no está por lo tanto en vigor entre los dos Estados y no se puede aplicar en el caso.

473 Art. 31 c). Véase, párr. II.11, *supra*.

474 Art. 30(2): el padre podrá solicitarle a la Autoridad Central en el Estado contratante B, el Estado contratante de su residencia habitual, que realice la petición de información, o puede acercarse a la Autoridad Central en el Estado contratante A directamente. Véase, párr. II.10, *supra*.

475 Art. 7 del Convenio de 1996, analizado en párrs. 4.20-4.25, *supra*.

476 Excepto que se establezca un fundamento para el no reconocimiento en virtud del Convenio – véase art. 26 (3), analizado en párr. 10.24, *supra*.

B DERECHO DE VISITA / CONTACTO⁴⁷⁷

(a) ¿Qué son los “derechos de visita”?

- 13.15 El artículo 3 *b*) establece que “las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño” pueden tratar, en particular, con “el derecho de visita”. Si bien no se proporciona en el Convenio una definición completa del término “derecho de visita”, se establece que este derecho incluye expresamente “el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual”⁴⁷⁸. Este enunciado es una reproducción de la definición de “derecho de visita” del artículo 5 *b*) del Convenio de 1980⁴⁷⁹. Esta consistencia en la redacción de los dos Convenios es intencional y sus términos deberán interpretarse de la misma manera autónoma⁴⁸⁰ en ambos Convenios a fin de garantizar la complementariedad de ambos Convenios. Cabe destacar que el Informe Explicativo del Convenio de 1996 deja en claro que ese “derecho de visita” engloba “los contactos a distancia que un progenitor es autorizado a tener con su hijo por correspondencia, teléfono o facsímile”⁴⁸¹.
- 13.16 Los ejemplos a lo largo de este Manual han ilustrado la importancia de cada Capítulo del Convenio de 1996 para los casos de derecho de visita / contacto internacionales. Esta sección agrupa algunas de las disposiciones particularmente importantes del Convenio de 1996 para estos casos.

(b) Cooperación administrativa entre los Estados⁴⁸² en los casos de derecho de visita / contacto internacionales

- 13.17 Además de las obligaciones generales de la Autoridad Central, algunas de las cuales, como la de proporcionar asistencia en la localización del niño y facilitar las soluciones acordadas, serán, asimismo, de utilidad para garantizar el ejercicio del derecho de visita o contacto, el artículo 35 del Convenio de 1996 está dedicado específicamente a la cooperación en los casos de derecho de visita / contacto internacionales. El artículo 35 dispone que las autoridades competentes de un Estado contratante pueden pedir a las autoridades de otro Estado contratante que les presten su asistencia para la puesta en práctica de las medidas de protección adoptadas en aplicación del Convenio, en particular para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho a mantener contactos directos regulares⁴⁸³.

477 Para más información, referirse a la Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 216), Cuestiones Terminológicas (*e.g.* “contacto” y “visita”) se analizan en p xxvi.

478 Art. 3 *b*). Véase, asimismo, párr. 3.22, *supra*, sobre el significado del art. 3 *b*).

479 El enunciado de “derecho de visita” en el art. 3 *b*) del Convenio de 1996 es también una reproducción del art. 5 *b*) del Convenio de 1980.

480 Esto significa que se debe darle a los términos una interpretación independiente, libre de las restricciones del Derecho interno.

481 Informe Explicativo, párr. 20. En la actualidad, es de suponer que este contacto indirecto incluiría el contacto vía correo electrónico y las comunicaciones vía Internet, incluido el enlace de video-conferencia.

482 Para un análisis más detallado respecto de las disposiciones de cooperación, véase **Capítulo II**, *supra*.

483 Art. 35(1). Véanse, párrs. **II.27-II.30**, *supra*.

- 13.18 El artículo 35 prevé, asimismo, un mecanismo para que el progenitor que vive en un Estado contratante distinto del estado del niño pueda solicitar a las autoridades en su propio Estado recabar informaciones o pruebas y pronunciarse sobre la aptitud de este progenitor para ejercer el derecho de visita / contacto y sobre las condiciones en las que podría ejercerlo⁴⁸⁴. Estas informaciones, pruebas o conclusiones deberán ser consideradas por las autoridades competentes al momento de adoptar una decisión relativa al derecho de visita/contacto respecto del niño. El artículo otorga, asimismo, discrecionalidad a las autoridades competentes para suspender los procedimientos de derecho de visita / contacto hasta que se resuelva sobre la solicitud⁴⁸⁵. En el Convenio se enfatiza que esta suspensión en pos de aguardar la recepción de dichas informaciones podrá ser en particular pertinente cuando el procedimiento esté considerando modificar o suprimir el derecho de visita / contacto concedido por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual del niño⁴⁸⁶.

■ **EJEMPLO 13 (c)** *La madre y el niño se reubicaron lícitamente en el Estado contratante A desde el Estado contratante B muchos años atrás y el padre permaneció en el Estado contratante B. Los acuerdos de visita estaban vigentes y el niño y el padre tenían un contacto regular. La madre en la actualidad desea modificar o suprimir los acuerdos de visita entre el niño y el padre e inicia, a tal fin, un procedimiento ante las autoridades del Estado contratante A. El padre solicita que las autoridades del Estado contratante B recaben informaciones / pruebas y se pronuncien sobre su aptitud para ejercer el derecho de visita y sobre las condiciones en las que debería ejercerlo⁴⁸⁷. También solicita que las autoridades que entienden en el caso en el Estado contratante A suspendan los procedimientos hasta tanto reciban las conclusiones del Estado contratante B⁴⁸⁸. Las autoridades acceden a esta solicitud y se suspenden los procedimientos en el Estado contratante A. Las autoridades en el Estado contratante B investigan la situación y redactan un informe que demuestra la aptitud del padre para ejercer el derecho de visita. Este informe y la información que lo acompaña son admitidos como pruebas y considerados por las autoridades del Estado contratante A al momento de pronunciarse sobre el derecho de visita⁴⁸⁹.*

(c) Reconocimiento anticipado⁴⁹⁰

- 13.19 En virtud del Convenio de 1996 las órdenes de contacto provenientes de las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes⁴⁹¹. Los motivos sobre los cuales se puede fundar una denegación de reconocimiento están limitados y enumerados de manera exhaustiva en el artículo 23(2) del Convenio⁴⁹².
- 13.20 Sin embargo, la posibilidad del “reconocimiento anticipado”, previsto por el artículo 24 del Convenio, constituye una herramienta particularmente útil para facilitar el derecho de visita / contacto internacionales. Esto es así porque podrá aliviar las preocupaciones de los progenitores de que las órdenes de contacto no sean respetadas por las partes en otros Estados contratantes. Dos situaciones que involucran el derecho de visita / contacto internacional ilustran este uso:

484 Art. 35(2).

485 Art. 35(3).

486 Íd.

487 Art. 35(2).

488 Art. 35(3).

489 Art. 35(2).

490 Esto se analiza, asimismo, *supra*, en el **Capítulo 10**, párrs. 10.16-10.21.

491 Art. 23(1).

492 Véanse *supra*, párrs. 10.4-10.15.

- Cuando un niño deba viajar a otro Estado por un período de contacto, la(s) persona(s) a cargo del cuidado primordial del niño puede(n) estar preocupada(s) de que la persona que ejerce el contacto no adhiera a la orden de contacto y de que el niño pueda no ser restituido a su cuidado al momento de la culminación del contacto. El reconocimiento anticipado de ambas órdenes de guarda y de contacto del Estado contratante de la residencia habitual del niño garantizarán que, si no se respeta la orden de contacto en el Estado contratante donde se debe ejercer dicho contacto, se podrá ejecutar la restitución del niño a la persona que ejerce el cuidado primordial del niño (de conformidad con los artículos 26 y 28 del Convenio de 1996). Esta certeza jurídica puede alentar a la persona que ejerce el cuidado primordial del niño a permitir que tenga lugar el contacto⁴⁹³;
- Cuando un progenitor desea reubicarse internacionalmente con un hijo, el progenitor “perjudicado” puede estar preocupado de que el progenitor que se reubica una vez que dicha reubicación haya tenido lugar no adhiera a cualquier contacto que se pueda ordenar. El reconocimiento anticipado le confirmará a este progenitor que, si el progenitor que se reubica no cumple con la orden de contacto, esta orden será ejecutada en el Estado contratante en el cual se han reubicado el progenitor y el niño como si hubiese sido expedida en ese Estado⁴⁹⁴.

13.21 Un sistema de reconocimiento anticipado podrá, asimismo, otorgar la garantía de que las **condiciones** de visita / contacto fijadas por las autoridades que ejercen la competencia primaria serán ejecutorias a partir del momento en que el niño llegue a otro Estado contratante a los fines de visita o reubicación.

13.22 Cuando el Convenio de 1996 **no** está en vigor entre los Estados pertinentes, las llamadas “órdenes espejo” son, por lo general, utilizadas como un medio para garantizar que la orden expedida en un Estado pueda ejecutarse en otro Estado. Una “orden espejo” es una orden expedida por los tribunales en un Estado, por ejemplo, donde se debe ejercer el derecho de visita / contacto o a donde se deba trasladar al niño, que sea idéntica o similar a una orden expedida en el otro Estado. Como tal, la orden expedida en el último Estado resulta completamente ejecutoria y efectiva en ambos Estados. No obstante, en algunos Estados y situaciones, las partes han encontrado dificultades para obtener órdenes espejo. Esto ha sido comúnmente como consecuencia del hecho de que el Estado en cuestión no se ha considerado competente para expedir la orden espejo requerida debido a que el niño no es residente habitual en ese Estado (*e.g.*, si el niño simplemente visitará ese Estado para ejercer el contacto). El Convenio de 1996, por lo tanto, evita esta dificultad y prevé un método mucho más simple y veloz por medio del cual la orden de un Estado contratante será reconocida y ejecutoria en el otro Estado contratante.

493 Si el Convenio de 1980 está en vigor entre los Estados pertinentes, el recurso de restitución proporcionaría, asimismo, una tranquilidad considerable a una persona que ejerce el cuidado primordial del niño en esta situación. Esto es así porque la persona que ejerce el cuidado primordial del niño sabría que existe un recurso expeditivo si el niño es retenido de manera ilícita en violación de la orden del tribunal. De este modo, el Convenio de 1980 también facilita el contacto / derecho de visita / contacto internacionales.

494 No obstante, véanse *infra*, párrs. 13.23-13.27, con relación al traslado internacional y el hecho de que el Estado contratante al cual el niño se ha trasladado, una vez que el niño haya adquirido su residencia habitual allí, se convertirá en el Estado contratante con competencia general respecto del niño (art. 5(2); véanse *supra*, párrs. 4.8-4.11).

(d) Reubicación internacional⁴⁹⁵

- 13.23 Los problemas en torno a la reubicación internacional están siendo considerados, de manera progresiva por las autoridades en muchos Estados. La “reubicación internacional” involucra un traslado permanente del niño, por lo general junto con la persona que ejerce el cuidado primordial del niño, de un Estado a otro. El resultado es frecuentemente que el niño viva a una distancia mucho mayor del progenitor que no se reubica y el ejercicio del derecho de visita / contacto por parte de ese progenitor resultará más difícil y costoso.
- 13.24 Es importante que se respeten al máximo los términos y condiciones de una orden relativa al derecho de visita / contacto en el contexto de una reubicación internacional en el Estado en el cual tiene lugar la reubicación. Dos razones para esto son: (1) las autoridades que deciden la reubicación habrán estado en una mejor posición para determinar cuál es el interés superior del niño con respecto a la continuidad de visita / contacto con el progenitor que no se reubica; y (2) si las órdenes en esas situaciones no se respetan en un Estado en particular, esto podrá tener un impacto negativo sobre los jueces que estén considerando permitir la reubicación en ese Estado en el futuro (i.e., el permiso para reubicar al niño puede ser denegado porque no se puede garantizar el contacto de manera adecuada).
- 13.25 Cuando se expide una orden relativa al derecho de visita / contacto en el contexto de la reubicación internacional (por parte de las autoridades en el Estado contratante donde el niño tiene su residencia habitual), esa orden tiene derecho, en virtud del artículo 23(1) del Convenio, a ser reconocida de pleno derecho en el Estado contratante en el cual debe ocurrir la reubicación. Tiene derecho a ser ejecutada en ese Estado contratante, de acuerdo con los artículos 26 y 28, como si hubiese sido expedida en ese Estado contratante. Si existe alguna preocupación de que la orden pueda no ser reconocida con posterioridad a la reubicación, debería realizarse una solicitud de reconocimiento anticipado en virtud del artículo 24⁴⁹⁶.
- 13.26 No obstante, una preocupación en los casos de reubicación internacional podría ser que, en virtud del Convenio de 1996, tan pronto como el niño se convierta en residente habitual en el Estado contratante en el cual ha sido reubicado lícitamente⁴⁹⁷, la competencia primaria para adoptar medidas de protección con respecto al niño se trasladará a las autoridades competentes en ese Estado contratante (véanse *supra*, art. 5(2) y párrs. (a)4.8-(a)4.11). La preocupación es, por consiguiente, que el progenitor que realiza la reubicación pueda aprovechar este cambio de competencia y pueda posteriormente solicitar que se modifiquen, restrinjan o incluso supriman los derechos de visita / contacto del progenitor que permanece en el Estado contratante de origen. Sobre este tema, véase Capítulo 8 de la Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo para una orientación detallada⁴⁹⁸.

495 La reubicación internacional y el contacto se analizan de manera más completa en el Capítulo 8 de la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 216).

496 Analizado *supra*, en párrs. 13.19-13.22.

497 Si la reubicación no fue lícita y se trató de un desplazamiento o retención ilícitos, véanse art. 7 y *supra*, párrs. 4.20-4.25.

498 *Op. cit.* nota 216, párr. 8.5.4.

- 13.27 Como se mencionara anteriormente, una medida de protección posible sería que este progenitor solicitara el “reconocimiento anticipado”⁴⁹⁹ de la orden relativa a visita / contacto en el nuevo Estado contratante con vistas a asegurar los derechos de contacto. Una vez reconocida, las autoridades del Estado contratante de reubicación considerarían que la orden de visita / contacto tiene la misma validez que si hubiese sido expedida por las autoridades de ese Estado contratante. No obstante, cuando la orden no haya sido objeto de “reconocimiento anticipado”, el Estado contratante en el cual se ha reubicado al niño no debería permitir una revisión y variación de la orden excepto si, en las mismas circunstancias, permitiría una revisión y variación de una orden de su Estado relativa al derecho de visita / contacto⁵⁰⁰. Más aún, cuando el Estado contratante en el cual se ha reubicado al niño esté abordando una solicitud para revisar o modificar una orden relativa al derecho de visita / contacto que haya sido expedida **poco tiempo después** de una reubicación autorizada por un tribunal, el tribunal que entiende en la revisión de la solicitud debería ser muy lento para interrumpir los arreglos respecto del derecho de visita / contacto realizados por las autoridades que decidieron la reubicación⁵⁰¹. En caso de que se considere necesario actuar para revisar o modificar una orden, se debería considerar la posibilidad de emplear los mecanismos previstos por el Convenio a fin de obtener informaciones útiles de las autoridades del Estado contratante de la antigua residencia habitual del niño (*e.g.*, consideración del uso del art. 9 del Convenio para transferir la competencia a ese Estado contratante, o el uso del mecanismo previsto en el art. 35)⁵⁰².

(e) El derecho de visita / a mantener un contacto transfronterizo en los casos de aplicación tanto del Convenio de 1980 como del Convenio de 1996

- 13.28 Cabe recordar que, en las situaciones y en los Estados en los que también se aplica el Convenio de 1980, los artículos 7(2) f) y 21 del Convenio de 1980 contienen obligaciones importantes respecto del derecho de visita / a mantener un contacto⁵⁰³. No cabe aquí hacer un comentario detallado de estas disposiciones, pero debe hacerse una referencia a la Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo⁵⁰⁴ (en particular, Capítulo 4) y a la Guía de Buenas Prácticas sobre la Práctica de las Autoridades Centrales⁵⁰⁵ (en particular, Capítulo 5).

499 El reconocimiento anticipado se analiza, asimismo, *supra*, en párrs. 13.19-13.21.

500 Véase la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (*op. cit.* nota 216), Capítulo 8, y, en particular, párr. 8.5.

501 *Ibid.*, párr. 8.5.3.

502 Estos mecanismos podrán, asimismo, resultar útiles en situaciones en las que una orden de contacto no se expidió en el contexto de una reubicación propuesta, pero tuvo lugar una reubicación lícita poco después de que se expidiera la orden de contacto. *Ibid.*

503 Como se indicó *supra*, en la nota 493, también se debe recordar que el recurso de restitución contemplado en el Convenio de 1980 es una herramienta de suma importancia para facilitar el derecho de visita / contacto internacionales. Al proporcionar a la persona a cargo del niño la mayor garantía contra la retención ilícita del niño, proporciona un marco legal reconfortante dentro del cual puede ejercerse el derecho de visita / contacto internacionales.

504 *Op. cit.* nota 216.

505 *Op. cit.* nota 355.

- 13.29 Los Estados contratantes deben considerar que las disposiciones de los Convenios de 1980 y 1996 tienen, en efecto, distinto énfasis respecto del derecho de visita / contacto. El artículo 21 del Convenio de 1980 dispone específicamente que las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, “podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho [de visita] y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo”. En los casos de aplicación de ambos Convenios, las disposiciones del Convenio de 1996 respecto del derecho de visita / contacto están pensadas para “completar y reforzar” la cooperación en relación con el derecho de visita / contacto contemplado en el Convenio de 1980⁵⁰⁶.
- 13.30 En el caso de que se presente una solicitud de derecho de visita / a mantener un contacto transfronterizo en circunstancias en las que se aplican ambos Convenios, se sugiere que la solicitud mencione ambos Convenios cuando corresponda⁵⁰⁷.

C LA COLOCACIÓN DEL NIÑO EN UNA FAMILIA DE ACOGIDA, KAFALA Y EN UN ESTABLECIMIENTO TRANSFRONTERIZO

- 13.31 Las decisiones sobre la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento⁵⁰⁸, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga, se encuentran dentro de la definición de las medidas dirigidas a la protección del niño y dentro del alcance del Convenio⁵⁰⁹. Por ende, la competencia para realizar estas colocaciones o decisiones se rige por las disposiciones jurisdiccionales del Convenio⁵¹⁰, y las colocaciones o decisiones realizadas en un Estado contratante deberán reconocerse y ejecutarse en los otros Estados contratantes, en la ausencia de motivos para la denegación del reconocimiento⁵¹¹.
- 13.32 Cabe destacar que el Convenio también dispone la cooperación entre los Estados en relación con el creciente número de casos en los que los niños colocados en un sistema de protección alternativa viajan al exterior, por ejemplo para vivir con una familia de acogida o para ser sujetos a otros arreglos a largo plazo que no llegan a la adopción. Esto incluye los arreglos realizados a través de la institución jurídica islámica denominada *kafala*⁵¹².

■ **EJEMPLO 13 (D)** *La niña tiene su residencia habitual en el Estado contratante A. Las autoridades del Estado contratante A deciden que el cuidado de la niña debería estar a cargo de su tío y su esposa a través de la institución de la kafala. Luego, la pareja y la niña se reubican en el Estado contratante B. Dado que la decisión de las autoridades del Estado contratante A cumple con todos los requisitos para el reconocimiento, las autoridades del Estado contratante B reconocerán el arreglo de kafala de pleno derecho⁵¹³.*

506 Véase el Informe explicativo, párr. 146.

507 Véanse, asimismo, *supra*, párrs. 11.2 y 11.6, respecto de la consideración que se debe dar al designar a la misma Autoridad Central conforme a los Convenios de 1980 y 1996 en el caso de que un Estado sea Parte de ambos Convenios. Este es un ejemplo de una situación en la que la designación de la misma entidad conforme a ambos Convenios puede ser de utilidad.

508 Con relación al cuidado de carácter alternativo de los niños, véase *supra*, nota 83, sobre las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”, acogidas formalmente por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/64/142 de 24 de febrero de 2010.

509 Art. 3 e). Véanse *supra*, párrs. 3.25-3.28.

510 Arts. 5-10. Véase *supra*, Capítulo 4.

511 Art. 23(2). Véanse *supra*, párrs. 10.4-10.15.

512 Como ya se comentó en este Manual, los arreglos de *kafala* quedan excluidos del ámbito del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: véanse *supra*, párrs. 3.25-3.28.

513 Art. 23. Véanse *supra*, párrs. 10.1-10.3.

- 13.33 Si una autoridad contempla la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga, **y esta protección debe realizarse en otro Estado contratante**, el Convenio establece normas estrictas que deben satisfacerse antes de que esta colocación se implemente. Estas normas involucran la cooperación entre las autoridades de ambos Estados contratantes y aseguran que se garantice el interés superior del niño. Si estas normas no se respetan, es posible que la colocación no se reconozca en el extranjero conforme al Convenio⁵¹⁴.
- 13.34 Estas normas se establecen en el artículo 33 del Convenio⁵¹⁵. Este artículo se aplica si:
- una autoridad es competente en virtud de los artículos 5 a 10 del Convenio; y
 - la autoridad contempla la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga en otro Estado contratante.
- 13.35 La autoridad que desee realizar la colocación debe enviar un informe a la autoridad del otro Estado contratante con los detalles del niño y las razones para la colocación o la protección legal propuestas⁵¹⁶. La decisión de colocar al niño en el exterior por parte de la autoridad competente conforme a los artículos 5 a 10 no puede implementarse a menos que la autoridad del otro Estado contratante haya prestado su consentimiento a la colocación o la protección legal, en consideración del interés superior del niño⁵¹⁷. Si no se sigue este procedimiento, significa que se puede denegar el reconocimiento de la medida de conformidad con el Convenio⁵¹⁸.
- 13.36 Cada Estado contratante podrá⁵¹⁹ designar a la autoridad a la cual deberían dirigirse las peticiones en virtud del artículo 33, véase *supra*, párrafo II.15.

514 Art. 23(2) f). Véanse, *supra*, párrs. 10.4-10.15.

515 Véanse *supra*, párrs. 11.13-11.17.

516 Art. 33(1).

517 Art. 33(2).

518 Art. 23(2) f).

519 Esta designación no es obligatoria aunque puede facilitar la comunicación eficiente. Véase, en este aspecto, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco del caso *Health Services Executive c. S.C., A.C.* (Caso C-92/12 de 26 de abril de 2012) donde, con relación al art. 56 del Reglamento Bruselas IIa, el Tribunal resolvió (en el párr. 82) que: “Por tanto, los Estados miembros están llamados a establecer normas y procedimientos claros a los efectos de la aprobación a la que se refiere el artículo 56 del Reglamento, de modo que se garanticen la seguridad jurídica y la celeridad. En particular, los procedimientos deben permitir al órgano jurisdiccional que proyecta el acogimiento identificar fácilmente la autoridad competente y a la autoridad competente conceder o denegar su aprobación en un plazo breve”. Véanse, asimismo, *infra*, párrs. 13.31-13.42.

- 13.37 Hay algunas dudas acerca de las medidas de protección que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 33 del Convenio (y, en consecuencia, requieren el desarrollo del procedimiento establecido en el art. 33)⁵²⁰. En particular, hay dudas en cuanto a si una medida de protección adoptada por una autoridad competente que determina que el niño debería residir en otro Estado contratante con parientes lejanos (*e.g.*, abuelos o tíos) se encuentra dentro del ámbito de aplicación del artículo 33. Los Procedimientos de la Decimoctava Sesión Diplomática no ofrecen una respuesta definitiva a esta pregunta. La idea que subyace al artículo 33 fue inicialmente sugerida en el Documento de Trabajo N° 59 presentado por los Países Bajos, que explicaba que: “Toda vez que la colocación del niño fuera de su familia de origen comprenda su traslado a otro Estado contratante, debería seguirse un procedimiento similar al previsto por el Convenio de 29 de mayo de 1993”⁵²¹ [Traducción libre]. Sin embargo, esto plantea la cuestión que consiste en determinar si la frase “familia de origen” estaba destinada a hacer referencia simplemente a la familia “nuclear” con la que el niño hubiera estado residiendo anteriormente, o, en forma más amplia, a cualquiera de sus parientes⁵²².
- 13.38 Durante la Comisión Especial de 2011 (Parte I), se debatió acerca del ámbito de aplicación del artículo 33. Algunos expertos manifestaron preocupación por la posibilidad de que la inclusión de dichas medidas de protección dentro del alcance del artículo 33 creara obstáculos innecesarios al momento de poner a los niños al cuidado de parientes en otros Estados contratantes. Otros expertos expresaron preocupación por la posibilidad de que, en el supuesto de que tales medidas se encontraran fuera del ámbito de aplicación del artículo 33, no se hubieran adoptado medidas de protección obligatorias a fin de garantizar que el Estado contratante al que el niño ha de ser trasladado tenga conocimiento de la reubicación del niño en dicho Estado con anticipación y asegurarse de que tales cuestiones como las de migración o acceso a los servicios públicos hayan sido consideradas y resueltas con anterioridad al traslado del niño⁵²³. Asimismo, puede que las autoridades públicas pertinentes en el Estado contratante en el que el niño ha de residir sigan ignorando cuestiones importantes como los antecedentes del niño (*e.g.*, toda preocupación por la protección del niño que hubiera derivado en el cuidado alternativo) y la naturaleza de la colocación – cuestiones que podrían necesitar la supervisión constante de la situación del niño⁵²⁴. Aún no existe una práctica establecida en esta materia.

520 En este aspecto, cabe destacar que hay una diferencia importante entre la redacción del art. 33 del Convenio y el art. 56 del Reglamento Bruselas IIa. El art. 56 del Reglamento establece que es aplicable cuando el tribunal “considere el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia”. En cambio, el art. 33 establece que es aplicable cuando la autoridad competente “prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o por una institución análoga” (énfasis agregado).

521 Véase Procedimientos de la Decimoctava Sesión (1996), Tomo II, *Protección de Menores*, p. 249 *op. cit.* Nota 19.

522 En el análisis contenido en el Acta N° 16 de los Procedimientos de la Decimoctava Sesión relativo al más desarrollado Doc. de Trab. N° 89 (presentado por los Países Bajos, España, Irlanda, Suiza, Bélgica, Luxemburgo y Suecia), no se aborda el alcance preciso del artículo sugerido.

523 Véase el Informe Explicativo, párr. 143, que establece que el art. 33 le otorga al Estado receptor “un poder de control sobre la decisión” y “permite regular por adelantado las condiciones de estancia del niño en el país de recepción, particularmente en relación a las leyes sobre inmigración en vigor en este Estado o incluso el reparto de los gastos ocasionados por la ejecución de la medida de colocación”.

524 Una vez más, dado que no habría **obligación** (como en virtud del art. 33) de comunicación entre los Estados contratantes en este aspecto. No obstante, cabe destacar que puede que otras disposiciones del Convenio en materia de cooperación prevean métodos mediante los cuales pueda obtenerse información del Estado contratante en el que se pretende colocar al niño (*e.g.*, art. 34), al igual que métodos mediante los cuales la información puede comunicarse a este Estado contratante. Sin embargo, estas disposiciones operan con carácter no obligatorio. Véase, asimismo, *supra*, **Capítulo 11**.

- 13.39 Es dable observar que el Convenio en sí no proporciona los detalles exactos del funcionamiento del procedimiento en virtud del artículo 33 en la práctica, sino que sólo proporciona normas básicas. Los mismos Estados contratantes deben establecer un procedimiento para la implementación de estas normas básicas. Puede que ellos deseen considerar la posibilidad de establecer normas y procedimientos claros y eficientes, que puedan, en particular, permitir que la autoridad que está considerando la colocación identifique fácilmente la autoridad competente en el otro Estado contratante a la que debe dirigirse la solicitud de consentimiento.
- 13.40 Si bien el Convenio de 1996 excluye en forma expresa a la adopción de su ámbito de aplicación, el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional establece un proceso similar para los casos de adopción internacional que puede resultar de utilidad a los efectos de la comprensión (y/o de la implementación) del artículo 33 del Convenio de 1996. Asimismo, a pesar de que los requisitos y los efectos jurídicos difieren, al igual que entre la adopción y las otras formas de cuidado, los mecanismos de cooperación y algunos de los principios generales del Convenio de 1993 pueden ser útiles en relación con la protección legal internacional. La Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional⁵²⁵ explica estos mecanismos y principios con claridad.
- 13.41 Un ejemplo en el que el procedimiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional proporcionó algunas directrices para establecer normas sobre el funcionamiento del artículo 33 del Convenio de 1996 es el de la legislación de implementación de los Países Bajos, que dedica un capítulo a fijar el procedimiento para los casos en los que un niño de los Países Bajos debe colocarse en otro Estado contratante, o en los que un niño de otro Estado contratante debe colocarse en los Países Bajos⁵²⁶. Conforme a estas normas, la Autoridad Central de los Países Bajos es la autoridad competente para tomar la decisión de colocar a un niño con residencia habitual en los Países Bajos con una familia de acogida o en un establecimiento de cuidado, o de proporcionar la protección legal del niño en otro Estado contratante y de otro modo. Antes de tomar esta decisión, debe enviarse una solicitud fundamentada, acompañada de un informe acerca del niño, a la Autoridad Central o a otra autoridad competente del Estado contratante donde debería realizarse la colocación o la protección legal. Luego, la Autoridad Central debe deliberar con esta otra autoridad. Antes de tomar esta decisión, la Autoridad Central debe recibir:
- Una declaración por escrito del consentimiento de la institución o de las personas con las que se realizará la colocación o que proporcionarán la protección legal;
 - Opcionalmente, un informe preparado por la Autoridad Central u otra autoridad competente del país donde se realizará la colocación donde se demuestre la aptitud de la familia de acogida donde se colocará al niño;
 - El consentimiento de la Autoridad Central o de otra autoridad competente en el otro Estado;
 - Si correspondiera, los documentos que demuestren que el niño tiene o recibirá el permiso para ingresar al otro Estado contratante y de que se le han concedido o se le concederán los derechos de residencia en ese Estado contratante.

525 *Op. cit.* nota 2, Guía N° 1, en particular, Capítulo 7, pp. 79 y ss.

526 Ley de implementación de la protección internacional de los niños, 16 de febrero de 2006, Capítulo 3.

- 13.42 En el caso de que se coloque a un niño del exterior en los Países Bajos, la Autoridad Central holandesa debe prestar el consentimiento necesario. Antes de prestar este consentimiento, la Autoridad Central debe haber recibido una petición fundamentada y un informe del niño. También debe haber reunido los documentos equivalentes a los mencionados *supra*; y debe haberlos enviado a la autoridad competente del país de origen del niño. La legislación holandesa también dispone qué debe ocurrir si no se cumple con este procedimiento. El fiscal o la Autoridad Central pueden solicitar al juez de menores que se otorgue la guarda provisional del niño a una fundación, como se dispone en otras legislaciones. En general, la guarda provisional durará seis semanas, y durante ese período el Comité de Protección de Niños tomará una determinación respecto de la custodia del niño.

■ **EJEMPLO 13 (E)** *El niño tiene su residencia habitual en el Estado contratante A con sus progenitores, que mueren en un accidente de tránsito. Los familiares más cercanos del niño, un primo de la madre y su esposa, viven en el Estado contratante B. Las autoridades del Estado contratante A desean colocar al niño bajo el cuidado de esta pareja.*

Como las autoridades del Estado contratante A tienen competencia para tomar las medidas relativas a la protección del niño y están considerando la protección legal por kafala en el Estado contratante B, deben transmitir un informe a las autoridades del Estado Contratante B con los detalles del niño y las razones de la protección legal propuesta⁵²⁷. Luego, las autoridades del Estado contratante B deben considerar si prestan su consentimiento o no a la medida propuesta, teniendo en cuenta el interés superior del niño⁵²⁸. Si las autoridades del Estado contratante B prestan su consentimiento a la medida propuesta, las autoridades del Estado contratante A pueden proceder a dictar la orden. Si las autoridades del Estado contratante B rechazan la medida propuesta, o si las autoridades del Estado contratante A no siguen el procedimiento detallado, es posible que en el Estado contratante B se rechace el reconocimiento de las decisiones que tomen respecto de la protección legal a cargo del primo de la madre y su esposa en el Estado contratante B (y en todos los otros Estados contratantes) conforme al Convenio⁵²⁹.

■ **EJEMPLO 13 (F)** *Un niño, de 16 meses de edad, tiene residencia habitual en el Estado contratante C. Las autoridades competentes recientemente han puesto al niño al cuidado del Estado porque sus progenitores separados no podían o no estaban dispuestos a continuar cuidándolo. El padre ha sido previamente evaluado como persona no apta para ejercer el cuidado del niño debido a problemas de salud mental. La madre estaba ejerciendo el cuidado del niño bajo la estricta supervisión de las autoridades del Estado, pero ha sido condenada por un delito violento y tendrá que cumplir una pena de cinco años de prisión. Ella ha declarado que ya no quiere ejercer el cuidado del niño.*

527 Art. 33(1). Véase *infra*, párr. 13.39, con respecto a la necesidad de normas y procedimientos claros y eficientes en este aspecto.

528 Art. 33(2). *Íd.*

529 Art. 23(2) *f*).

Al momento de considerar posibles soluciones de cuidado alternativo para el niño⁵³⁰, las autoridades competentes en el Estado contratante C toman conocimiento de la existencia de una tía abuela materna, que reside en el Estado contratante D y que desea que se la considere para ejercer el cuidado a largo plazo del niño.

En virtud del Convenio de 1996, se ha implementado un procedimiento claro, transparente y eficiente que consiste en lo siguiente:

- (1) Las autoridades del Estado contratante C gozan de competencia para adoptar medidas de protección con respecto al niño en virtud del artículo 5 (como Estado contratante de la residencia habitual del niño) y están considerando la posibilidad de proceder a la colocación del niño en el Estado contratante D a efectos de su cuidado a largo plazo. Ambos Estados contratantes están al tanto de las obligaciones impuestas por el artículo 33.*
- (2) De conformidad con el artículo 44 del Convenio, el Estado contratante D le ha comunicado a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que debería presentarse una petición en virtud del artículo 33 ante su Autoridad Central. Por lo tanto, las autoridades del Estado contratante C, con el concurso de su Autoridad Central, se comunican con la Autoridad Central del Estado contratante D en aras de informarle acerca de la colocación propuesta. Asimismo, envían un informe detallado sobre el niño a la Autoridad Central del Estado contratante D que consigna las razones de la colocación propuesta (en particular, los motivos por los cuales consideran que la colocación satisface el interés superior del niño y toda información pertinente que poseen en cuanto a la persona propuesta para ejercer el cuidado del niño).*
- (3) Las autoridades de ambos Estados contratantes acuerdan que las autoridades del Estado contratante D se reunirán con la tía abuela materna a fin de verificar sus condiciones de vida. Las autoridades del Estado contratante D envían un informe acerca de la evaluación a las autoridades del Estado contratante C, y, posteriormente, confirman su consentimiento respecto de la colocación propuesta.*
- (4) Luego, las autoridades de ambos Estados contratantes trabajarán conjuntamente en aras de concertar los detalles del traslado del niño y todos los requisitos (e.g., migración) que deban cumplirse con anterioridad al traslado. Asimismo, incluirán todos los arreglos en materia de contacto que el Estado contratante C podría implementar respecto del niño (e.g., contacto con sus progenitores a través de cartas y llamadas telefónicas).*
- (5) En virtud del Convenio, la decisión de poner al niño al cuidado de su tía abuela materna y toda decisión relativa al contacto con sus progenitores se reconocen de pleno derecho en el Estado contratante D y todos los demás Estados contratantes.*

530 Con relación al cuidado de carácter alternativo de los niños, véase nota 83, *supra*, sobre las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”, acogidas formalmente por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/64/142 de 24 de febrero de 2010.

Si las autoridades del Estado contratante D no prestan su consentimiento en cuanto a la colocación propuesta o si las autoridades del Estado contratante C no utilizan el procedimiento ordenado por el artículo 33, el reconocimiento de toda decisión adoptada respecto del cuidado ejercido por la tía abuela materna en el Estado contratante C podrá denegarse en el Estado contratante D (y todos los demás Estados contratantes) en virtud del Convenio⁵³¹.

Si la colocación resulta exitosa, en lo sucesivo, será el Estado contratante D el que goce de competencia para adoptar medidas a efectos de la protección del niño de conformidad con el artículo 5(2).

D ADOPCIÓN

- 13.43 Como se mencionara *supra*, en el **Capítulo 3**, la decisión sobre la adopción, las medidas que la preparan, la anulación y la revocación de la adopción quedan excluidas del ámbito del Convenio de 1996⁵³². Cabe destacar, no obstante, que una vez que se ha **realizado** la adopción, las medidas para la protección de la persona o de los bienes del niño caen dentro del ámbito del Convenio, al igual que en el caso de cualquier otro niño.

- **EJEMPLO 13 (G)** *Los padres adoptivos adoptan al niño en el Estado contratante A, donde tanto el niño como los padres adoptivos tienen su residencia habitual. Seis años después, los padres se separan y la madre se muda al Estado contratante B con el niño. Antes de la mudanza, las autoridades del Estado contratante A dictan una orden que dispone que la madre tendrá el cuidado diario del niño pero que debe haber un contacto regular entre el niño y el padre. El Estado contratante B reconocerá esta medida de pleno derecho conforme al Convenio.*

- 13.44 Además, hay ciertas situaciones que involucran una adopción **internacional** en las que las disposiciones del Convenio de 1996 pueden resultar de utilidad⁵³³. Un ejemplo de una situación bastante particular es aquella en la que poco tiempo después de realizar la adopción internacional, la orden de adopción se declara nula y se revoca en el Estado contratante receptor. En esta situación, es necesario adoptar medidas sobre la protección legal del niño. Sin embargo, el Estado contratante de origen del niño puede seguir teniendo un interés considerable en su protección. Un posible mecanismo para permitir la participación de las autoridades del Estado contratante de origen sería el mecanismo de transferencia conforme al Convenio de 1996 (arts. 8 y 9)⁵³⁴. La transferencia de competencia podría realizarse mediante una petición de las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño (art. 8), que en estas circunstancias suele ser el Estado contratante receptor, o mediante la petición de las autoridades del Estado contratante de origen (art. 9). Por supuesto que deberían cumplirse los requisitos relacionados con la transferencia de competencia conforme al Convenio de 1996 (véase *supra*, **Capítulo 5**). Esta transferencia de competencia significaría que las autoridades del Estado contratante de origen tendrían competencia para adoptar medidas respecto del futuro cuidado del niño, y estas medidas tendrían reconocimiento de pleno derecho en el Estado contratante receptor⁵³⁵.

531 Art. 23(2) f).

532 Art. 4 b). Véanse *supra*, párrs. 3.38-3.39.

533 Por supuesto, en el caso de que los dos Estados involucrados sean Estados contratantes del Convenio de 1996 y del Convenio de 1993. Las referencias del presente párrafo a los “Estados **contratantes**” se refieren al Convenio de 1996.

534 Para una explicación detallada sobre las disposiciones relativas a la transferencia, véase *supra*, **Capítulo 5**.

535 Art. 23(1) – véase, asimismo, *supra*, **Capítulo 5**, relativo a las disposiciones de transferencia de competencia.

- 13.45 Las disposiciones de cooperación del Convenio de 1996 también pueden, ocasionalmente, resultar de utilidad con posterioridad a una adopción internacional. Por ejemplo, en la situación extraordinaria de que las autoridades del Estado de origen del niño tengan preocupaciones graves de que el niño pueda correr riesgo con sus nuevos padres, el artículo 32 podría utilizarse para pedir al Estado receptor (donde ahora el niño está presente y tiene su residencia habitual) que considere tomar medidas para la protección del niño (véase art. 32 b)). Otro ejemplo podría ser una situación en la que el Estado receptor esté considerando adoptar una medida para la protección del niño y el Estado de origen tenga información relevante para la protección del niño. Si la situación del niño lo requiere, el Estado receptor podría recurrir al artículo 34 para solicitar que el Estado de origen comunique esa información⁵³⁶.

E LA MEDIACIÓN⁵³⁷, LA CONCILIACIÓN Y OTROS PROCEDIMIENTOS ANÁLOGOS PARA LA RESOLUCIÓN AMISTOSA DE CONTROVERSIAS

(a) La facilitación de acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño en las situaciones a las que se aplica el Convenio de 1996

ARTÍCULO 31 B)

- 13.46 El Convenio de 1996 impone a las Autoridades Centrales, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para facilitar, mediante la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio⁵³⁸.
- 13.47 La mediación se ha convertido en un medio de resolución de controversias cada vez más utilizado en los asuntos de familia. Se la considera beneficiosa en situaciones en las que las partes necesitan una relación de continuidad, como suele ocurrir en las controversias de familia que involucren a los niños. También le permite a las partes llegar a soluciones que se adapten a sus necesidades particulares, impone la responsabilidad de la toma de decisiones a las partes y puede ayudar a sentar bases para la futura cooperación y a reducir el nivel de conflicto entre las partes.
- 13.48 El uso de la mediación en las controversias de familia **internacionales** está creciendo, pero representa algunos desafíos particulares. Las distintas lenguas, las distintas culturas y la distancia geográfica traen aparejadas dimensiones nuevas y difíciles que deben tenerse en cuenta al considerar la metodología de mediación. Asimismo, la participación de más de un Estado y más de un sistema jurídico significa que debe garantizarse que la mediación y el acuerdo resultante satisfagan los requisitos jurídicos y las condiciones para la ejecutoriedad en el Estado o los Estados pertinentes⁵³⁹.

536 Véanse, asimismo, *supra*, párrs. II.25-II.26, relativos al funcionamiento del art. 34.

537 Sobre mediación, véase la Guía de Buenas Prácticas en virtud del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores - Mediación* (en adelante, la “Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación”). La Guía está disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, “Sección sustracción de niños”, y “Guías de Buenas Prácticas”. Para trabajos adicionales en materia de mediación como parte del Proceso de Malta, véanse los “Principios del establecimiento de las estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta” y el Memorándum explicativo adjunto, disponibles en < www.hcch.net >, “Sección sustracción de niños” y “Mediación familiar transfronteriza”.

538 Art. 31 b). La Autoridad Central debe cumplir con esta obligación en forma directa o en forma indirecta a través de las autoridades públicas u otros organismos – véase, asimismo, *supra*, párr. II.II.

539 En este aspecto, cabe hacer referencia a los Capítulos 12 y 13 de la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación (*op. cit.* nota 537).

- 13.49 Si los Estados en cuestión son Parte del Convenio de 1996, el Convenio puede ser de gran utilidad en tal sentido. Debido a sus disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección, generalmente bastará con transformar un acuerdo de mediación en una resolución judicial en un Estado contratante⁵⁴⁰, ya que la ejecutoriedad en el otro Estado contratante estará garantizada (en la medida en que las cuestiones tratadas en la orden estén comprendidas en el ámbito de aplicación sustancial del Convenio –véase *infra*, párr. 13.50). A fin de aclarar las dudas respecto de la existencia de motivos para la denegación del reconocimiento, puede solicitarse el “reconocimiento anticipado” de la medida de protección⁵⁴¹.
- 13.50 Es importante señalar que en las cuestiones de familia los acuerdos de mediación también pueden contener medidas que no se relacionen con la protección de la persona o de los bienes del niño y que, por ende, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Convenio de 1996⁵⁴². Estas otras medidas pueden regular, por ejemplo, los arreglos entre los padres respecto de su relación, tales como una solicitud de divorcio, la asistencia financiera posterior al divorcio o los acuerdos en materia de alimentos. En los casos en los que un acuerdo de mediación contiene tales disposiciones y se convierte en resolución judicial, las disposiciones del Convenio de 1996 no se aplican a las partes de la resolución judicial que no se encuentran dentro del ámbito sustancial del Convenio. No obstante, las partes de la resolución judicial que no constituyen una medida de protección dentro del ámbito del Convenio deben reconocerse y ejecutarse de conformidad con las disposiciones del Convenio.

■ **EJEMPLO 13 (H)** *Una madre se reubicó con dos niños del Estado contratante A al Estado contratante B hace dos años, y se realizaron arreglos de contacto para los niños y el padre. Ahora, los progenitores se dan cuenta de que los arreglos actuales no se pueden llevar a cabo por el costo de los viajes entre los Estados. Aunque la madre concuerda con que el padre debe tener contacto con los niños, los progenitores están teniendo dificultades para llegar a un nuevo acuerdo satisfactorio. La mediación puede ayudar a los progenitores a negociar un arreglo de contacto realizable.*

Cualquier arreglo al que lleguen con relación a estas cuestiones de contacto puede convertirse en resolución judicial en el Estado contratante B, donde los niños tienen su residencia habitual⁵⁴³. En ese caso, toda resolución judicial semejante supondrá la adopción de “medidas de protección” en virtud del Convenio de 1996 (por parte de las autoridades judiciales en el Estado contratante B), y, como tales, tendrán reconocimiento de pleno derecho y serán ejecutorias en todos los Estados contratantes en virtud de las disposiciones del Capítulo IV del Convenio de 1996, incluso en el Estado contratante A⁵⁴⁴.

540 El Estado contratante competente conforme al Capítulo II del Convenio.

541 En virtud del art. 24, véanse párrs. 10.16-10.21.

542 Véase *supra*, Capítulo 3, sección C, respecto del ámbito de aplicación sustancial del Convenio.

543 Art. 5. Esta posibilidad dependerá del derecho interno del Estado contratante B respecto de la formalización de los acuerdos de mediación para que tengan carácter vinculante y ejecutoriedad.

544 Véase, *supra*, Capítulo 10. Véase, asimismo, párr. 297 de la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación (*op. cit.* nota 537).

(b) La mediación en los casos de sustracción internacional de menores

- 13.51 La mediación se está desarrollando con celeridad como un mecanismo importante para tratar las solicitudes conforme al Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. Para un análisis detallado de las buenas prácticas relacionadas con la mediación en los casos de sustracción internacional de menores, referirse a la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación⁵⁴⁵.
- 13.52 Al utilizar la mediación en estos casos debe observarse un principio muy importante que consiste en que la mediación no debe impedir o demorar los procesos de restitución iniciados conforme al Convenio de 1980⁵⁴⁶.

■ EJEMPLO 13 (1) *En este ejemplo, los Estados A y B son Estados contratantes tanto del Convenio de 1980 como del Convenio de 1996.*

Una niña es ilícitamente desplazada por la madre del Estado contratante A al Estado contratante B. El padre perjudicado inicia acciones en el Estado contratante B conforme al Convenio de 1980 para la restitución de la niña. Aparentemente, el padre estaría dispuesto a aceptar la reubicación de la madre en el Estado contratante B con la niña, siempre que él tuviera garantías suficientes respecto de su contacto con la niña. En el contexto del proceso de restitución de La Haya, y sin que se suspenda, la madre y el padre inician una mediación.

La mediación lleva a un acuerdo que establece que la niña se puede reubicar en el Estado contratante B bajo la guarda de la madre y que contiene disposiciones detalladas para el contacto entre el padre y la niña.

- 13.53 En este ejemplo, la madre y el padre deben estar seguros de que el acuerdo al que llegaron se respete tanto en el Estado contratante A como en el Estado contratante B. Una forma de lograrlo es obtener la aprobación o alguna otra formalización del acuerdo por parte de un juez u otra autoridad competente⁵⁴⁷. Sin embargo, si se solicita esta aprobación o formalización, será importante que las partes consideren si la solicitud debe presentarse a las autoridades del Estado contratante A o a las del Estado contratante B.
- 13.54 La solución más fácil parecería ser que las autoridades del Estado contratante B, con el consentimiento de las partes, declaren el acuerdo legalmente vinculante de conformidad con sus procedimientos locales⁵⁴⁸ porque el proceso de restitución y la mediación se han realizado en el Estado contratante B. Sin embargo, tanto el Convenio de 1980 como el Convenio de 1996 se basan en la idea de que, en una situación de sustracción de niños, las autoridades del Estado contratante al que el niño fue sustraído (el “Estado requerido”) tendrán la facultad de pronunciarse respecto de la cuestión de la restitución del niño, pero **no** en cuanto al fondo de las cuestiones de custodia⁵⁴⁹. Por lo tanto, puede que al tribunal que entienda en el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya en el Estado requerido le resulte difícil convertir un acuerdo de mediación en una resolución judicial cuando, además de la cuestión de la restitución, este acuerdo también comprende cuestiones de custodia u otras

545 *Ibid.*

546 Véase, asimismo, la Guía de Buenas Prácticas sobre Medicación (*Ibid.*).

547 Las disposiciones del derecho interno de cada Estado determinarán exactamente cómo puede formalizarse un acuerdo de mediación para que tenga carácter vinculante y ejecutoriedad en ese Estado.

548 Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación (*op. cit.* nota 537).

549 Véanse art. 16 del Convenio de 1980; art. 7 del Convenio de 1996.

cuestiones respecto de las cuales el tribunal que entiende en procesos de La Haya carezca de competencia (internacional) (como *supra*, en el **Ejemplo 13 (H)**). Con arreglo al Convenio de 1996, el hecho de que el Estado contratante B tenga competencia para convertir un acuerdo de mediación que aborda cuestiones de visita / contacto en una resolución judicial (y así llevar las medidas de protección dentro del ámbito de aplicación del Convenio de 1996) en un caso de sustracción internacional de niños dependerá de que los requisitos del artículo 7 se hayan cumplido⁵⁵⁰. En este tipo de circunstancias como las de *supra*, **Ejemplo 13 (I)**, en las que se ha llegado a un acuerdo de mediación, debe considerarse cuidadosamente si se han cumplido las condiciones del artículo 7(1) a). Por ejemplo, si (1) se concluye que el niño ha adquirido su residencia habitual en el Estado contratante B y (2) se considera que el acuerdo de mediación es una prueba en el Estado contratante B del hecho de que las partes, **estrictamente sujetas al acuerdo que se formalizará en una resolución judicial**, han accedido al desplazamiento ilícito del niño (acordando la reubicación del niño)⁵⁵¹, la competencia se habrá trasladado al Estado contratante B⁵⁵². Esta interpretación del artículo 7 le permitiría a las autoridades del Estado contratante B, donde el tribunal entiende en el proceso de restitución y donde se ha realizado la mediación, tener la competencia para convertir el acuerdo de mediación en una resolución judicial que tendrá reconocimiento y será ejecutoria en el Estado contratante A.

- 13.55 Sin embargo, si se determina que los requisitos del artículo 7 para el cambio de competencia **no** se cumplen en el caso particular (*e.g.*, porque no puede decirse que el niño haya adquirido una residencia habitual en el Estado contratante B), el acuerdo puede presentarse a las autoridades del Estado contratante A, que tienen competencia general para tomar medidas de protección en relación con el niño (art. 5(1)). La decisión que tomen estas autoridades para aprobar o de otro modo formalizar el acuerdo de mediación deberá reconocerse y ejecutarse en el Estado contratante B. Sin embargo, es posible que las partes deseen considerar la posibilidad de utilizar las disposiciones de transferencia de competencia del Convenio de 1996. En este caso, las autoridades del Estado contratante A pueden considerar la posibilidad de transferir la competencia a las autoridades del Estado contratante B en virtud del artículo 8 del Convenio, o las autoridades del Estado contratante B podrían solicitar la transferencia de la competencia en virtud del artículo 9⁵⁵³. Esto permitiría que el acuerdo de mediación se presente al tribunal del Estado contratante B para su aprobación⁵⁵⁴. Las Autoridades Centrales designadas conforme al Convenio en los Estados contratantes A y B deberían cooperar para ayudar a los progenitores a llegar a estos arreglos **si** se lo considera en interés superior del niño en particular⁵⁵⁵.

550 Véanse *supra*, párrs. 4.20-4.25. Véase, asimismo, el Capítulo 13 de la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación (*op. cit.* nota 537) sobre las cuestiones jurisdiccionales relativas a la formalización de los acuerdos de mediación para que tengan carácter legalmente vinculante en los casos de sustracción internacional de menores.

551 En este caso, será de suma importancia que el progenitor perjudicado haya accedido exclusivamente bajo la **condición** de la formalización efectiva del acuerdo mediante una resolución judicial (*i.e.*, el progenitor perjudicado sólo accedería al desplazamiento ilícito si el acuerdo se formaliza efectivamente para ser vinculante y ejecutoria en las dos jurisdicciones en cuestión). Esto se debe a que si el proceso de formalización no se efectiviza y el progenitor perjudicado no había accedido con esta condición, el sustractor podría invocar su acuerdo en un posible proceso de restitución en el futuro como prueba de la aquiescencia. Esto puede disuadir a los progenitores perjudicados de someterse a una mediación.

552 Art. 7(1) a).

553 Por supuesto, deberían cumplirse los requisitos para la transferencia de competencia – véase *supra*, **Capítulo 5**.

554 Respecto de los requisitos para la transferencia de competencia, véase *supra*, **Capítulo 5**.

555 Podría decirse que esta cooperación se encuentra dentro del ámbito del art. 31 b), *i.e.*, para facilitar los acuerdos amistosos para la protección del niño en las situaciones en las que el Convenio resulta de aplicación. Véase *supra*, párr. II.II.

- 13.56 A pesar de que los Convenios de 1980 y 1996 no regulan las modalidades de cómo (y a cargo de quién) proceden la mediación, la conciliación y los otros procedimientos análogos para la resolución amistosa de controversias⁵⁵⁶, es evidente que estos servicios deben tener la capacidad de enfrentarse a los desafíos específicos que representan las controversias **internacionales** de familia que involucran a los niños. Debe señalarse que la Guía de Buenas Prácticas sobre la Mediación⁵⁵⁷ aborda en profundidad las salvaguardias y las medidas recomendadas para superar estos desafíos. Si bien la Guía de Buenas Prácticas está redactada con foco en la mediación y en otros procedimientos similares para obtener acuerdos amistosos en los casos de sustracción internacional de menores que caen dentro del ámbito del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, una gran parte de su contenido se aplica a la mediación en controversias internacionales de familia que involucran a los niños en general. Sin embargo, debe recordarse que no todos los casos son aptos para la mediación y procesos similares. Es fundamental realizar una evaluación inicial de la aptitud del caso particular para la mediación antes de intentar la mediación para identificar estos casos⁵⁵⁸.

(c) Participación de los niños en el proceso de mediación

- 13.57 Por último, el Convenio de 1996 le otorga importancia al hecho de escuchar a los niños en aquellos procesos en que estén involucrados, ya que dispone que si no se los escucha esto podría ser una causal para el rechazo del reconocimiento de una medida de protección adoptada respecto de un niño⁵⁵⁹. Si bien los procesos de mediación no están sujetos a las mismas formalidades que los procesos judiciales, debe considerarse la participación de los niños en el proceso de mediación⁵⁶⁰.

556 Véase art. 7(2) del Convenio de 1980: “Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan: [...] facilitar una solución amigable”; véase art. 31 del Convenio de 1996, que establece que la mediación se puede facilitar a través de “[l]a Autoridad Central de un Estado contratante [...] ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos [...]”. En efecto, los esquemas de mediación en el contexto del Convenio de 1980 difieren, en gran medida, de un Estado contratante a otro Estado contratante: en Argentina, por ejemplo, la Autoridad Central participa directamente de la mediación; el programa francés *MAMIF* se llevaba a cabo por una autoridad pública establecida dentro del Ministerio de Justicia en Francia, pero hace poco tiempo fue absorbido por la Autoridad Central francesa; el proyecto piloto inglés *Reunite* está a cargo de una organización no gubernamental; el Ministerio Federal de Justicia de Alemania propone y respalda la mediación en los casos relacionados con el Convenio, pero la mediación en sí misma está a cargo de mediadores profesionales de organizaciones no gubernamentales.

557 *Op. cit.* nota 537.

558 Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación (*op. cit.* nota 537).

559 En el caso de que la medida no se tome en una situación de urgencia – véanse *supra*, art. 23(2) *b*) y párrs. 10.4-10.15.

560 Respecto del requisito de escuchar al niño en un proceso de mediación, véase Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación (*op. cit.* nota 537).

F CATEGORÍAS ESPECIALES DE NIÑOS

(a) Niños refugiados, desplazados internacionalmente o sin residencia habitual

- 13.58 Para los niños refugiados y aquellos niños que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran como consecuencia del desplazamiento ejercen la competencia para tomar medidas destinadas a la persona o a los bienes del niño⁵⁶¹. Esto se aplica también a los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse⁵⁶². Debe destacarse que el artículo 6 no otorga competencia sobre una base urgente o provisoria: en esta situación, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentra el niño tienen competencia **general** para adoptar medidas de protección respecto del cuidado del niño a largo plazo.
- 13.59 El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y otros organismos internacionales han observado que algunos países, en especial al enfrentarse con grandes flujos de personas desplazadas internacionalmente, han tenido la tendencia de restringir la definición de “refugiado” o han utilizado otros métodos para denegar a los refugiados los estándares de tratamiento relacionados con el reconocimiento de la condición de refugiado⁵⁶³. La aplicación del artículo 6 a los niños que son “desplazados internacionalmente” como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países está destinada a garantizar la aplicación amplia de este artículo.
- 13.60 En el caso de los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse (art. 6(2)), si luego se establece que el niño **sí** tiene residencia habitual en algún lugar, la competencia del Estado contratante en donde se encuentra el niño se limitará, conforme al Convenio, al funcionamiento de los artículos 11 y 12⁵⁶⁴.

561 Para directrices sobre los arreglos de adopción internacional para los niños desplazados internacionalmente, véase “Recomendación relativa a la aplicación del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional a los niños refugiados y otros niños desplazados internacionalmente”, Anexo A del Informe de la Comisión Especial sobre la puesta en práctica del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (Oficina Permanente, 1994). Este documento se encuentra disponible en < www.hcch.net >, “Sección Adopción Internacional”, “Comisiones Especiales”, y “Comisiones Especiales anteriores”. Para obtener más información sobre el funcionamiento del Convenio de 1993 sobre Adopción Internacional, véanse Guías de Buenas Prácticas sobre el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional (*op. cit.* nota 2).

562 Art. 6. Véanse *supra*, párrs. 4.13-4.18.

563 Véase, por ejemplo, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Nota sobre protección internacional, 13 de septiembre de 2001, A/AC.96/951, disponible en: < <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3bb1c6cc4.html> > (consultado por última vez en agosto de 2013), párr. 85 e “Informe del Grupo de Trabajo [de abril de 1994] para estudiar la aplicación a los niños refugiados del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional”, 1994, párr. 12, disponible en < www.hcch.net > (ruta indicada *supra*, nota 561).

564 Véanse *supra*, párrs. 4.16-4.19, y el Informe Explicativo, párr. 45.

- **EJEMPLO 13 (J)** *Miles de personas quedan desplazadas después de una catástrofe natural en el Estado contratante A. Entre aquellos que llegan al Estado contratante B se encuentran un niño de diez años y su hermana de ocho años, que han quedado huérfanos. El artículo 6 le permite al Estado contratante B ejercer la competencia para tomar medidas a largo plazo destinadas a la protección de estos niños. Sin embargo, antes de tomar las medidas de protección a largo plazo, las autoridades de los Estados contratantes A y B cooperan para intentar averiguar tanta información como sea posible respecto de los antecedentes de los niños y tratar de encontrar familiares⁵⁶⁵. Mientras se realizan estas investigaciones, el Estado contratante B adopta las medidas de protección que considera adecuadas para garantizar la protección de los niños. Una vez que hayan concluido las investigaciones, dependiendo de su resultado, el Estado contratante B podrá, por ejemplo, considerar la posibilidad de otorgar la responsabilidad parental a un familiar que reside en un tercer Estado o colocar a los niños con una familia de acogida a largo plazo. Con arreglo al Convenio, las medidas adoptadas deberán reconocerse y ejecutarse en todos los otros Estados contratantes.*
- **EJEMPLO 13 (K)** *Un niño de once años llega sin compañía al Estado contratante A. Declara que ha debido marcharse del Estado contratante B como consecuencia de una guerra civil en la que fallecieron sus progenitores y hermanos. Conforme al derecho del Estado contratante A, el niño necesita un tutor para solicitar la condición de refugiado. En virtud del artículo 6(1), las autoridades del Estado contratante donde se encuentra el niño, en este caso, el Estado contratante A, gozan de competencia general respecto del niño. Esto incluye la competencia para designar un tutor para el niño. Las autoridades del Estado contratante A también pueden tomar otras medidas para el cuidado y la protección del niño.*
- **EJEMPLO 13 (L)** *Un niño llega sin compañía al Estado contratante A, y no se puede determinar el Estado donde el niño tiene su residencia habitual. Conforme al artículo 6(2), las autoridades del Estado contratante A toman medidas de protección para el cuidado del niño. Un mes después, se establece que la residencia habitual del niño se encuentra en el Estado no contratante B y que el niño no dejó ese Estado como resultado de un desplazamiento internacional o en una situación de refugiado. A pesar de este descubrimiento, las medidas de protección tomadas respecto del niño conforme al artículo 6 siguen en vigencia a pesar de que el cambio de circunstancias ha eliminado los fundamentos de la competencia⁵⁶⁶. Si las autoridades del Estado no contratante B adoptan una decisión respecto del niño, se aplicarán las normas del Estado contratante A distintas de las del Convenio respecto del reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras a fin de determinar el efecto de la decisión extranjera.*

565 Art. 30.

566 Art. 14.

En el futuro, como ya se ha determinado el Estado donde se encuentra la residencia habitual del niño, las autoridades del Estado contratante A no tendrán competencia para adoptar más medidas de protección respecto del niño en virtud del artículo 6(2). En cambio, conforme al Convenio, sólo podrán adoptar medidas de protección en virtud de los artículos 11 y 12 del Convenio⁵⁶⁷. No obstante, véanse supra, párrs. 3.11 a 3.13, respecto del hecho de que, como se ha establecido que el niño tiene su residencia habitual en un Estado no contratante, el Estado contratante A puede adoptar medidas de protección conforme a sus normas de competencia distintas de las del Convenio. Sin embargo, si lo hace, estas medidas no serán reconocidas ni ejecutorias conforme al Convenio.

(b) Niños que han escapado, han sido abandonados o víctimas del tráfico de personas

- 13.61 Es posible que la residencia habitual del niño pueda establecerse a efectos del artículo 5 del Convenio, pero de todos modos es necesario que el Estado contratante en cuyo territorio se encuentra el niño adopte medidas respecto del niño conforme a los artículos 11 y 12. Este sería el caso, por ejemplo, de que el niño ha escapado, ha sido abandonado o ha sido víctima del tráfico de personas transfronteriza⁵⁶⁸.
- 13.62 La competencia basada en el artículo 11 o 12 implica que las medidas tendrán vigencia por un tiempo limitado y que las autoridades del Estado donde se encuentra la residencia habitual del niño tienen la responsabilidad final de garantizar el cuidado del niño⁵⁶⁹. Las autoridades del Estado contratante donde se encuentra el niño deberían trabajar con las autoridades del Estado donde el niño tiene su residencia habitual para determinar el arreglo a largo plazo más adecuado para el niño.
- 13.63 Cabe destacar que si las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño no están en condiciones de adoptar medidas de protección respecto del niño, el Estado contratante en cuyo territorio se encuentra el niño deberá diseñar una solución a más largo plazo. Hasta que el Estado de la residencia habitual del niño adopte medidas de protección, las autoridades del Estado contratante donde se encuentra el niño conservan la competencia para proteger al niño urgente y provisionalmente⁵⁷⁰. Además, dependiendo de la situación, las autoridades del Estado contratante donde se encuentra el niño pueden considerar la posibilidad de solicitar la transferencia de la competencia general en virtud del artículo 9 del Convenio. Por cierto, esto sólo será posible si el Estado donde se encuentra la residencia habitual del niño es otro Estado **contratante** y si se cumplen las otras condiciones para la transferencia de la competencia⁵⁷¹.

567 Si el Estado contratante A adopta medidas de protección en el futuro en virtud del art. 11 o 12, dichas medidas tendrán reconocimiento y ejecutoriedad de pleno derecho en todos los otros Estados contratantes. Por supuesto, el hecho de que tengan reconocimiento / ejecutoriedad en el **Estado no contratante** B dependerá de las normas de derecho internacional privado propias del Estado no contratante B.

568 Véase *supra*, nota 3, respecto de la naturaleza complementaria de las disposiciones del Convenio de 1996 y de las disposiciones del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Nueva York, 25 de mayo de 2000).

569 Véanse *supra*, **Capítulos 6 y 7**.

570 *I.e.*, en virtud del art. 11 o 12 del Convenio.

571 Véase *supra*, **Capítulo 5**, respecto de las disposiciones de transferencia de la competencia – estas disposiciones sólo funcionan entre dos Estados **contratantes**. Asimismo, véase el requisito del art. 9(1) de que el Estado contratante que solicite la transferencia de la competencia debe ser uno de los Estados contratantes enumerados en el art. 8(2).

13.64 El Convenio también dispone la cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes para ubicar a los niños que necesitan protección⁵⁷².

■ **EJEMPLO 13 (M)** *En el Estado contratante A encuentran una niña de 14 años del Estado contratante B que víctima del tráfico de personas fue llevada al país y obligada a trabajar. Las autoridades del Estado contratante A tienen competencia para adoptar medidas en virtud de los artículos 11 y 12 respecto de la niña, por ejemplo, para designar a un tutor provisorio o disponer de su cuidado inmediato, pero deben ponerse en contacto con las autoridades del Estado contratante B y cooperar con ellas para determinar los arreglos que se harán para el cuidado de la niña a largo plazo⁵⁷³.*

■ **EJEMPLO 13 (N)** *Un niño de 13 años se escapa de la casa familiar en el Estado contratante A y llega al Estado contratante B. El padre sospecha que el niño puede estar en el Estado contratante B, porque algunos familiares del Estado contratante B declaran haberlo visto. Los progenitores se dirigen a la Autoridad Central del Estado contratante B para pedir asistencia⁵⁷⁴. La Autoridad Central los informa acerca de las leyes y de los servicios del Estado contratante B que pueden ayudar a los padres⁵⁷⁵. La Autoridad Central también proporciona asistencia para descubrir el paradero del niño⁵⁷⁶.*

Una vez que se localice al niño, el Estado contratante B adoptará las medidas de protección necesarias respecto del niño y lo pondrá bajo el cuidado temporal del Estado⁵⁷⁷. Los progenitores desean viajar al Estado contratante B para buscar al niño. Antes de que esto ocurra, las autoridades de los Estados contratantes A y B deben cooperar estrechamente en este aspecto para garantizar que esta sea una opción segura y adecuada para el niño. En efecto, dependiendo de las circunstancias del caso, es posible que la restitución del niño sólo ocurra cuando las autoridades del Estado contratante A (las autoridades con competencia general en el caso) hayan adoptado medidas de protección para garantizar la seguridad del niño en su restitución⁵⁷⁸.

572 Art. 31 c) y véase *supra*, **Capítulo 11**.

573 Art. 30.

574 En este ejemplo, los progenitores acuden directamente a la Autoridad Central en el Estado Contratante B, donde piensan que se encuentra el niño. También sería perfectamente posible que los progenitores se dirijan a la Autoridad Central del Estado contratante A, donde residen, para solicitar asistencia. Luego, la Autoridad Central enviaría las solicitudes a la Autoridad Central del Estado contratante B.

575 Art. 30(2).

576 Art. 31 c).

577 Art. 11.

578 En el caso de un niño que ha escapado, suele ser especialmente importante escuchar al niño y, en particular, determinar los motivos por los que se escapó a fin de considerar las medidas de protección que deben adoptarse en relación con el niño, sea en forma urgente o a largo plazo (véanse, en este aspecto, los requisitos del art. 12 de la CDN). La cooperación estrecha entre las autoridades de ambos Estados contratantes también tendrá un rol de suma importancia para descubrir, por ejemplo, si ya se habían planteado preocupaciones respecto de la protección del niño o si las autoridades públicas del Estado contratante de la residencia habitual del niño se habían involucrado con la familia previamente.

■ EJEMPLO 13 (O)

Una niña de 13 años se escapa de su casa en el Estado contratante A con su novio de 20 años. En principio, la niña y su novio viajan al Estado contratante B para comenzar una vida juntos. Sin embargo, en el Estado contratante B el novio se mete en problemas con la policía y la pareja huye al Estado contratante C.

Mientras tanto, los progenitores de la niña en el Estado contratante A denuncian que no encuentran a la niña. Están preocupados por su bienestar, porque saben que el novio tiene antecedentes penales. Los progenitores se comunican con la Autoridad Central en el Estado contratante A y solicitan asistencia para localizar a la niña⁵⁷⁹. Como los progenitores tienen información muy limitada respecto de dónde puede estar la niña, las investigaciones iniciadas por la Autoridad Central en el Estado contratante A para localizar a la niña progresan lentamente.

Al cabo de un mes en el Estado contratante C, el novio se mete en problemas con la policía allí y las autoridades advierten la presencia de la niña. Las autoridades comienzan una investigación y, como consideran que la niña se encuentra en una situación peligrosa, adoptan las medidas de protección necesarias en virtud del artículo 11 y la colocan con una familia de acogida temporaria. Las autoridades se comunican con la Autoridad Central del Estado contratante A y le informan de la presencia de la niña en su jurisdicción, así como de las medidas de protección que han adoptado.

Sin embargo, la niña se escapa de la casa de la familia de acogida y, con el novio, se muda rápidamente al Estado contratante D. De conformidad con el artículo 36, las autoridades del Estado contratante C (que han determinado que la niña ha viajado al Estado contratante D) informan a las autoridades del Estado contratante D del peligro que corre la niña y de las medidas que han adoptado al respecto. Estas medidas gozarán de reconocimiento de pleno derecho en el Estado contratante D y en todos los otros Estados contratantes. Como cuestión de buenas prácticas, las autoridades del Estado contratante C informan al Estado contratante A de la partida de la niña de su Estado y de su presencia en el Estado contratante D.

En este caso, cada uno de los Estados contratantes por los que la niña ha pasado goza de competencia para adoptar medidas de protección respecto de la niña en forma urgente o provisoria (en virtud de los arts. 11 y 12 del Convenio). No obstante, mientras la “residencia habitual” de la niña siga estando en el Estado contratante A, éste será el único Estado contratante que pueda adoptar medidas de protección a largo plazo respecto de la niña (art. 5). En este ejemplo, las autoridades del Estado contratante D pueden reconocer y ejecutar la medida de protección que adoptó el Estado contratante C o, si lo consideran necesario, pueden adoptar otra medida de protección para la niña en virtud del artículo 11.

En el caso de una niña “que se ha estado escapando” por un período considerable, si sobre la base de los hechos del caso la situación llega a un punto en el que ya no puede decirse que tenga una “residencia habitual”, el Estado contratante donde se encuentra la niña puede decidir que tiene competencia general para adoptar medidas para la protección de la niña a largo plazo de conformidad con el artículo 6(2) del Convenio. Sin embargo, el hecho de que una niña ya no tenga residencia habitual no debe determinarse con liviandad⁵⁸⁰.

579 Art. 31 c).

580 Véanse *supra*, párrs. 4.16-4.19, e *infra*, párrs. 13.83-13.87.

■ EJEMPLO 13 (P)

Una niña, de once años de edad, tiene residencia habitual con sus progenitores en el Estado contratante E. Sin que las autoridades públicas de este Estado contratante lo sepan, los progenitores envían a la niña al Estado contratante F para vivir, a largo plazo, con su tía paterna a fin de ayudar a la tía y recibir instrucción. La niña viaja con una visa de visitante con 6 meses de vigencia. La tía no intenta regularizar el estado migratorio de la niña y no la manda a la escuela – en realidad, la niña se encuentra en una situación de servidumbre doméstica.

Cuatro años después de la llegada de la niña al Estado contratante F, las autoridades se enteran de esta situación por un vecino nuevo de la tía. Las autoridades competentes, luego de evaluar la situación, adoptan medidas inmediatas para poner a la niña al cuidado del Estado. Mientras se realizan investigaciones adicionales, la niña es puesta al cuidado de una familia de acogida. En virtud del artículo 5 del Convenio de 1996, la autoridad considera que la niña ahora tiene residencia habitual en el Estado contratante F.

De conformidad con el artículo 32, la autoridad competente en el Estado contratante F, con el concurso de su Autoridad Central, se comunica con la Autoridad Central del Estado contratante E a efectos de obtener toda la información disponible acerca de la niña y su familia. La autoridad competente en el Estado contratante F desea evaluar si la restitución de la niña a sus progenitores en el Estado contratante E podría ser una alternativa de cuidado a largo plazo para la niña (e.g., si los progenitores ignoraban sus circunstancias completamente y la tía paterna les había mentado). La autoridad competente en el Estado contratante E comunica que los progenitores no quieren que la niña sea restituida a su cuidado. Asimismo, la autoridad informa que no hay otros parientes lejanos en el Estado E que puedan considerarse como posibles alternativas para ejercer el cuidado de la niña. Como consecuencia de esta información, la autoridad competente en el Estado contratante F puede empezar a considerar la posibilidad de adoptar medidas de protección a largo plazo respecto de la niña.

(c) Niños que se trasladan de un Estado a otro cuando se han involucrado autoridades públicas

- 13.65 Hay cada vez más casos de progenitores que trasladan a sus hijos a través de fronteras internacionales quizá para evitar preocupaciones y procedimientos en materia de protección de niños en el Estado de residencia habitual del niño⁵⁸¹. Esta sección brinda información acerca del modo en el que el Convenio de 1996 puede ofrecer ayuda en estas circunstancias. Existen dos escenarios diferentes para tener en cuenta:

⁵⁸¹ Algunos ejemplos que ilustran este fenómeno son los siguientes: el caso inglés de *Tower Hamlets London Borough Council v. MK and others* [2012] EWHC 426 (Fam) y los casos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-435-06 de 27 de noviembre de 2007 y Caso C-523/07 de 2 de abril de 2009.

Durante la Comisión Especial (Parte I), el Servicio Social Internacional (“SSI”) destacó que existe un “fenómeno creciente” de progenitores que trasladan a sus hijos a través de fronteras internacionales para evitar preocupaciones y procedimientos en materia de protección de niños en el Estado de residencia habitual del niño.

13.66 (1) Cuando ya se ha adoptado una medida de protección:

Cuando una autoridad competente de un Estado contratante de la residencia habitual del niño ya ha adoptado una medida de protección respecto del niño (*e.g.*, existe una orden que establece que el niño sea puesto al cuidado del Estado), y los progenitores posteriormente trasladan al niño a otro Estado contratante, por ejemplo, para evitar cumplir con esta medida, el Convenio de 1996 ofrece a ambos Estados contratantes ayuda considerable a efectos de resolver la situación. En primer lugar, en virtud del Convenio de 1996, la medida de protección puede reconocerse y ejecutarse en el Estado contratante al que el niño ha sido trasladado⁵⁸². Esto puede permitir que el niño sea restituido rápidamente al cuidado de las autoridades competentes en el Estado contratante de la residencia habitual del niño. En aras de que el reconocimiento y la ejecución de la medida de protección tengan lugar de manera inmediata y eficiente y con toda la información pertinente ante las autoridades competentes, las disposiciones en materia de cooperación del Convenio de 1996 también son de utilidad⁵⁸³. Asimismo, si el caso reviste carácter de urgencia, el Convenio de 1996 establece un fundamento de competencia para que el Estado contratante al que el niño ha sido trasladado adopte las medidas necesarias para proteger al niño mientras el niño se encuentra presente en este Estado (art. 11)⁵⁸⁴.

En el caso de que ambos Estados pertinentes sean parte en el Convenio de la Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y este Convenio haya entrado en vigor entre ellos⁵⁸⁵, también puede que sea posible, según los hechos particulares del caso, que la autoridad competente en el Estado contratante de la residencia habitual del niño solicite la restitución del niño en virtud del Convenio de 1980 si se cumplen las condiciones establecidas por dicho Convenio.

13.67 (2) Cuando las preocupaciones en materia de protección de niños están siendo investigadas, pero aún no se ha adoptado medida de protección ni se ha iniciado procedimiento alguno⁵⁸⁶:

En esta situación, no existe ninguna medida de protección que el Estado contratante al que el niño ha sido trasladado haya de reconocer y ejecutar en virtud del Convenio de 1996. Asimismo, si bien depende de los hechos particulares del caso y las medidas exactas que la autoridad competente ha adoptado hasta el momento del traslado, incluso si ambos Estados pertinentes son parte en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, puede que sea improbable que las investigaciones de la autoridad sean suficientes para otorgarle “derechos de custodia” (en el sentido autónomo del Convenio de 1980) tales que permitirían solicitar la restitución en virtud de este Convenio⁵⁸⁷.

582 Con respecto al funcionamiento de las disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución del Convenio de 1996, véase *supra*, **Capítulo 10**.

583 En este aspecto, véase, asimismo, *supra*, **Capítulo 11**.

584 En este aspecto, véase, asimismo, *supra*, **Capítulo 6**.

585 Véase art. 38 del Convenio de 1980 relativo al procedimiento necesario para que el Convenio de 1980 entre en vigor entre Estados contratantes cuando un Estado contratante ha adherido al Convenio.

586 Véase *supra*, **Ejemplo 11 (E)**.

587 Véase el comentario en la sección “Análisis de jurisprudencia” de INCADAT (< www.incadat.com >) en cuanto a las situaciones en las que puede decirse que una autoridad pública goza de “derechos de custodia” con relación a un niño en virtud del Convenio de 1980 tales que pondrían el recurso de restitución a su disposición.

13.68 El Convenio de 1996 continúa revistiendo gran importancia en estas circunstancias y puede ofrecer ayuda considerable a ambos Estados contratantes a fin de resolver la situación del niño. A modo de ejemplo:

- **Las disposiciones en materia de cooperación**⁵⁸⁸

El artículo 36 del Convenio impone a los Estados contratantes que hayan adoptado o estén considerando la posibilidad de adoptar medidas de protección con relación a un niño, cuando consideren que el niño está “expuesto a un grave peligro” y si se los informa de que la residencia del niño ha cambiado o de que el niño se encuentra presente en otro Estado⁵⁸⁹, la obligación de informar a las autoridades de ese otro Estado acerca del “peligro y de las medidas adoptadas o en curso de examen”. Por lo general, esta disposición obliga al Estado contratante desde el cual el niño fue trasladado a informar al Estado al cual fue trasladado acerca de la situación del niño. Esto alertará a este último Estado acerca de la posible necesidad de localizar al niño⁵⁹⁰ y determinar si han de adoptarse medidas adicionales a fin de protegerlo.

Otra disposición que puede resultar de ayuda es el artículo 34 del Convenio. Si cualquiera de los dos Estados contratantes en cuestión está considerando la posibilidad de adoptar una medida de protección con respecto al niño (que probablemente sea necesaria en esta situación a efectos de garantizar la protección continua del niño), aquél puede solicitar que las autoridades competentes del otro Estado contratante le suministren información pertinente en aras de la protección del niño. Por ejemplo, puede que el Estado contratante al que el niño ha sido trasladado necesite información relativa a los antecedentes del niño y la historia de su familia a fin de que las autoridades evalúen si el caso reviste carácter de urgencia y si la adopción de medidas de protección resulta necesaria.

A nivel más general, será muy importante que las autoridades competentes pertinentes en cada Estado contratante, cuando corresponda con el concurso de sus Autoridades Centrales, entablen una comunicación clara y eficaz entre sí y coordinen sus acciones de modo tal de garantizar la protección continua del niño⁵⁹¹.

- **Las disposiciones en materia de competencia**

Las disposiciones del Convenio en materia de competencia incluyen normas claras y uniformes en cuanto al Estado contratante que goza de competencia con relación al niño. El Convenio establece que son las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño las que poseen competencia general para adoptar medidas de protección respecto del niño⁵⁹². En el escenario fáctico aquí descrito, se considera a menudo que el niño continúa teniendo residencia habitual en el Estado contratante del que fue sustraído por sus progenitores. En este caso, la competencia para adoptar medidas de protección a largo plazo con relación al niño permanece con este Estado contratante, que, por ende, puede adoptar tales medidas de protección (y dichas medidas tendrán el beneficio de ser reconocidas y ejecutorias en el otro Estado contratante en virtud del Convenio). Asimismo, no obstante, el Estado contratante

588 En este aspecto, véanse *supra*, párrs. 11.18-11.22.

589 A efectos del art. 36, no es necesario que se trate de un Estado **contratante** en el Convenio de 1996: véanse *supra*, párrs. 11.18 y ss.

590 Conforme al art. 31 c), también puede haber una solicitud directa de parte del otro Estado contratante en este aspecto.

591 Véase art. 30(1). Puede que las comunicaciones judiciales directas también desempeñen un rol importante en este aspecto: véase *supra*, nota 147.

592 La residencia habitual es un concepto fáctico, véanse *infra*, párrs. 13.83 y ss.

en el que el niño se encuentra presente gozará de competencia para adoptar todas las medidas provisionales que sean necesarias a fin de proteger al niño si el caso es considerado de urgencia. Todas las medidas semejantes que se hayan adoptado dejarán de tener efecto una vez que el Estado contratante de la residencia habitual del niño haya actuado – art. 11(2).

Finalmente, en este escenario, el artículo 7 del Convenio de 1996 también deberá ser considerado por ambos Estados contratantes⁵⁹³.

- **Las disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución**

Estas disposiciones del Convenio de 1996 continúan revistiendo importancia, puesto que garantizan que cuando un Estado contratante adopta medidas de protección, éstas se reconocerán de pleno derecho en el otro Estado contratante y podrán ejecutarse allí.

13.69 Por último, cabe destacar que, en estos casos, en todo momento será importante que ambos Estados contratantes actúen con claridad, eficiencia y celeridad a fin de garantizar que la situación se resuelva lo antes posible conforme al interés superior del niño.

■ **EJEMPLO 13 (Q)**

Una madre y un padre viven en el Estado contratante A con su hijo. Debido a su incapacidad de ejercer el cuidado del niño como consecuencia del abuso de drogas, el niño es sustraído del cuidado de sus progenitores y dado en adopción en el Estado contratante A.

Dos años después, la madre queda embarazada por segunda vez. Los progenitores afirman haberse recuperado con éxito de sus adicciones y desean ejercer el cuidado del hijo que esperan. La autoridad competente en el Estado contratante A está investigando la situación, pero antes de que emita una decisión, la madre da a luz a su hija en forma prematura. La pareja, al temer que su hija sea puesta al cuidado del Estado, huye de inmediato al Estado contratante B limítrofe.

De conformidad con el artículo 36, las autoridades del Estado contratante A (con el concurso de su Autoridad Central) informan de inmediato a las autoridades competentes en el Estado contratante B (donde sospechan que los progenitores han huido) acerca del posible peligro en el que se encuentra la niña recién nacida y las medidas de protección que las autoridades del Estado contratante A estaban considerando. Asimismo, conforme al artículo 31 c), solicitan que el organismo pertinente en el Estado contratante B (ya sea la Autoridad Central o el organismo al que esta función se delega en este Estado) ayude a descubrir la localización de la familia.

593 Para más detalles acerca del funcionamiento del art. 7, véase *supra*, **Capítulo 4**, y, en particular, párrs. 4.20-4.25.

La niña recién nacida es localizada en el Estado contratante B y se encuentra que vive con sus progenitores en un hostel. Las autoridades del Estado contratante B le comunican esta información a las autoridades del Estado contratante A. El Estado contratante B decide que resulta necesario adoptar medidas urgentes (en virtud del art. 11) para proteger a la niña poniéndola al cuidado del Estado en el Estado contratante B. Aquél le comunica esta información al Estado contratante A. Las autoridades del Estado contratante A, al coincidir con el Estado contratante B en que se considera que la niña aún tiene residencia habitual en el Estado contratante A, solicitan una orden (en virtud del art. 5) a fin de que la niña sea puesta al cuidado de las autoridades del Estado en el Estado contratante A, mientras se realiza una investigación acerca del futuro a largo plazo de la niña. Esta medida es reconocida de pleno derecho en el Estado contratante B y permite que las autoridades de ambos Estados contratantes coordinen la entrega de la niña a las autoridades competentes del Estado contratante A (luego de lo cual la medida urgente adoptada por el Estado contratante B deja de tener efecto de conformidad con el art. 11(2)).

G LOS BIENES DEL NIÑO

- 13.70 El artículo 1 del Convenio establece que las medidas para la protección de los **bienes** del niño están comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio. En este sentido, el objetivo del Convenio fue establecer “reglas precisas relativas a la designación y los poderes del representante legal del niño para administrar los bienes del niño situados en un Estado extranjero”⁵⁹⁴. Se consideró que esto sería de especial utilidad en los casos en los que se deben tomar medidas legales respecto de una herencia que se le ha dejado al niño⁵⁹⁵.
- 13.71 El artículo 3 g) dispone que las medidas de protección dirigidas a los bienes del niño pueden, en particular, abordar “la administración, conservación o disposición de los bienes del niño”. Esta formulación tan amplia engloba todas las operaciones que interesen a los bienes de los menores, comprendidas las adquisiciones, consideradas como colocaciones o actos de disposición de los bienes cedidos en contrapartida a la adquisición”⁵⁹⁶. Las medidas de protección destinadas a la protección de los bienes del niño pueden comprender, por ejemplo, las autorizaciones o aprobaciones necesarias para la compra o la venta de los bienes del niño.
- 13.72 Es importante destacar que el Convenio no interfiere con los sistemas de derecho de propiedad y no cubre el derecho sustantivo relacionado con el contenido de los derechos sobre los bienes, por ejemplo, las controversias respecto del dominio o la titularidad de los bienes⁵⁹⁷. A modo de ejemplo, si hay requisitos relativos a la compra o la venta de terrenos o edificios impuestos por un Estado contratante en general respecto de todos los compradores o vendedores de determinados inmuebles (*e.g.*, autorización o aprobación especial para la compra o la venta de terrenos o edificios de carácter especial debido a su importancia cultural o histórica, o que sean parte de reservas aborígenes; o para la compra o la venta de terrenos o edificios por parte de un extranjero) y no tienen relación alguna con el hecho de que los

594 Informe Explicativo, párr. 10.

595 *Ibid.* Cabe destacar que si bien la designación del representante del niño y el alcance de sus facultades estarían incluidos en el ámbito del Convenio, la cuestión principal de la sucesión de la herencia quedaría excluida del ámbito del Convenio. La cuestión de la sucesión está fuera del ámbito del Convenio (art. 4 f)). Véase *supra*, **Capítulo 3, sección C**, respecto del ámbito de aplicación sustancial del Convenio.

596 Informe Explicativo, párr. 25.

597 Véanse *supra*, párrs. 3.30 y 3.31. En este contexto, es dable observar, asimismo, que cualquier medida que se refiera a los *trusts* queda expresamente excluida del ámbito de aplicación del Convenio; véase *supra*, art. 4 f) analizado en párr. 3.43.

bienes están siendo comprados o vendidos por el representante de un niño, el otorgamiento de estas autorizaciones de venta no se encontrará dentro del ámbito de aplicación sustancial del Convenio.

- 13.73 El artículo 55 del Convenio les permite a los Estados contratantes hacer una doble reserva en relación con los bienes de un niño que se encuentran en su territorio. En primer lugar, en virtud del artículo 55(1) *a*), un Estado contratante puede reservarse la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio, **independientemente** del lugar de la residencia habitual del niño. Debe destacarse que esta reserva no impedirá que las autoridades de otro Estado contratante tengan competencia en virtud del Convenio para tomar medidas de protección respecto de los bienes. En segundo lugar, sin embargo, conforme al artículo 55(1) *b*), un Estado contratante también puede reservarse el derecho de no reconocer en virtud del Convenio una responsabilidad parental o una medida que sería incompatible con una medida adoptada por sus autoridades con relación a dichos bienes.
- 13.74 Estas reservas pueden restringirse a determinadas categorías de bienes, que en la mayoría de los casos posiblemente sean bienes inmuebles.
- 13.75 Las reservas realizadas conforme al artículo 55 deben realizarse de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 60 y deben notificarse al depositario del Convenio. La reserva se consignará en la sección “Estado actual” del Convenio de 1996 publicada en el sitio web de la Conferencia de La Haya (< www.hcch.net >,”Convenios”, “Convenio 34” y “Estado actual”).

■ **EJEMPLO 13 (R)** *El niño tiene su residencia habitual en el Estado contratante A y posee bienes en el Estado contratante B. En el Estado contratante A, se designa un tutor para que se haga responsable de los bienes del niño y se le encarga la administración de un terreno en el Estado contratante B en representación del niño. La orden de designación del tutor se reconoce de pleno derecho en todos los Estados contratantes. Si el Estado contratante A expide certificados indicando la condición y los poderes que han sido atribuidos (con arreglo al art. 40 del Convenio), en esta situación podría ser de utilidad que el tutor obtenga el certificado⁵⁹⁸.*

■ **EJEMPLO 13 (S)** *La niña, con residencia habitual en el Estado contratante A, viaja al Estado contratante B de vacaciones. Mientras se encuentra en el Estado contratante B, queda lesionada en un accidente de tránsito. Después de su recuperación, regresa a su casa en el Estado contratante A. En el Estado contratante B se inician acciones y la niña recibe una suma de dinero considerable en concepto de indemnización por las lesiones sufridas en el accidente de tránsito. Sin embargo, la autoridad competente no puede encontrar a nadie en el Estado contratante B que actúe como tutor para recibir la suma de dinero en nombre de la niña. En esta situación, la autoridad competente puede ejercer la competencia conforme al artículo 12 del Convenio y ordenar que se designe un tutor en el Estado contratante B para que administre el dinero provisoriamente en representación de la niña. Esta orden cesaría de tener efecto una vez que las autoridades del Estado contratante A designen un tutor. De lo contrario, la autoridad competente del Estado contratante B podría solicitar en virtud del artículo 9 que una autoridad competente del Estado contratante A preste su conformidad para que el tribunal del Estado contratante B asuma la competencia respecto de la designación del tutor de la niña. Si la autoridad competente del Estado contratante B recibe una respuesta favorable, puede designar al tutor para que administre el dinero en representación de la niña.*

598 Véase *supra*, párr. 11.31.

H LA REPRESENTACIÓN DE LOS NIÑOS

- 13.76 Por lo general, la representación de los niños se requiere debido a la incapacidad jurídica del niño. La “representación” del niño suele involucrar actuar en nombre o en lugar del niño frente a terceros. Las situaciones en las que esto puede suceder incluyen los procesos jurídicos que involucran a un niño o a sus bienes, las operaciones financieras y el consentimiento para someterse a un tratamiento médico.
- 13.77 Las decisiones sobre la representación de los niños están claramente comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio. El artículo 3 d) dispone que las medidas de protección pueden, en particular, tratar la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de representar o de asistir al niño. Además, el uso del término “poderes” de los padres, tutores o de otro representante legal en la definición de responsabilidad parental se refiere a la representación de los niños⁵⁹⁹.
- 13.78 Esto significa que si las autoridades de un Estado contratante están adoptando una decisión respecto de la representación de un niño, deben asegurarse de que gozan de competencia para ello conforme al Convenio. No obstante, en aquellos casos en los que las autoridades no tienen competencia en virtud del Convenio, si entienden que en un caso en particular están en mejores condiciones para evaluar el interés superior del niño respecto de esta cuestión, pueden considerar la solicitud de la transferencia de competencia (si se cumplen los requisitos del art. 9)⁶⁰⁰. También pueden existir situaciones en las que correspondería que un Estado contratante **con** competencia considere la posibilidad de transferirla a otro Estado contratante, *e.g.*, en el caso de que deba designarse un representante legal para que actúe en nombre del niño en un proceso jurídico en el otro Estado contratante⁶⁰¹.
- 13.79 Luego de que se adoptan, estas medidas de protección deben reconocerse y ejecutarse en todos los otros Estados contratantes conforme a las normas del Convenio.
- 13.80 En los casos en los que la “responsabilidad parental”⁶⁰² abarca la representación del niño, se aplican las normas de los artículos 16 y 17. El artículo 16 del Convenio establece cómo determinar la **atribución** de la responsabilidad parental⁶⁰³. El artículo 17 dispone que el **ejercicio** de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño. Esto significa que las normas del Estado de la residencia habitual del niño relacionadas con la representación del niño a cargo de las personas con responsabilidad parental determinarán la naturaleza, los poderes y las responsabilidades de esa representación.

■ **EJEMPLO 13 (T)** *De conformidad con la legislación del Estado A, los progenitores que actúan como representantes legales tienen la facultad de actuar en forma individual para iniciar una demanda civil en nombre del niño. Conforme a la legislación del Estado contratante B, ambos progenitores deben estar de acuerdo para presentar una solicitud para el inicio de acciones. La familia vive en el Estado A. La madre y el niño viajan al Estado contratante B. El niño es víctima de un accidente de tránsito en el Estado contratante B, y la madre tiene la intención de iniciar acciones allí. La madre puede hacerlo sin el consentimiento del padre, porque la legislación del Estado A no exige su consentimiento, y el Estado A es el Estado de la residencia habitual del niño.*

599 Art. 1(2). Véanse, asimismo, *supra*, párrs. 3.18-3.24.

600 Art. 9. Véase, asimismo, *supra*, Capítulo 5.

601 Art. 8. *Íd.*

602 Art. 1(2).

603 Analizado *supra*, Capítulo 9.

13.81 Las distintas legislaciones involucradas pueden llevar a cierta incertidumbre respecto de la naturaleza o el alcance de la condición o de los poderes de la persona responsable del cuidado de la persona o de los bienes del niño. El artículo 40 del Convenio contempla la posibilidad de expedir un certificado a la persona a quien se le ha atribuido la responsabilidad parental, o a la persona encargada de la protección del niño, lo que resolvería esta incertidumbre. Las autoridades⁶⁰⁴ del Estado contratante de la residencia habitual del niño o del Estado contratante donde se ha adoptado una medida de protección pueden expedir este certificado. El certificado debe indicar la condición por la que la persona está facultada para actuar y los poderes que se le han conferido. En ausencia de prueba en contrario, se presume que la condición y los poderes descritos en el certificado se le han conferido a la persona⁶⁰⁵.

13.82 El artículo 19 del Convenio también proporciona protección para los terceros que realicen operaciones con el representante legal del niño. Esta protección está diseñada para aquellos terceros de los que no se puede esperar que sepan que las normas del Estado donde se realiza la operación que determinan quién puede actuar como el representante legal del niño no se aplican a un niño en particular debido a las normas de la legislación aplicable del Convenio. Por ello, si una operación cumple con determinados criterios, no puede impugnarse su validez ni puede declararse la responsabilidad del tercero, por el único motivo de que dicha persona no tuviera la condición de representante legal en virtud de la ley designada por las disposiciones del Convenio. Los siguientes son los criterios a cumplir:

- La operación se realizó con una persona que estaría facultada para actuar como representante legal del niño conforme a la legislación del Estado donde se efectuó la operación.
- El tercero no sabía ni debía haber sabido que la responsabilidad parental se regía por el derecho designado por el Convenio.
- La operación se realizó entre personas presentes en el territorio de un mismo Estado⁶⁰⁶.

■ **EJEMPLO 13 (U)** *En el Estado contratante A, ambos progenitores pueden actuar como representantes legales del niño en todas las circunstancias, salvo que exista una decisión en contrario pronunciada por una autoridad competente. En el Estado contratante B, un padre no casado no puede actuar como representante legal del niño, a menos que se cumplan determinados criterios.*

El niño nace en el Estado contratante B de padres no casados. El niño vive allí con la madre. No se cumplen los criterios que le permiten al padre actuar como representante legal del niño conforme a la legislación del Estado contratante B. El padre del niño es nacional del Estado contratante A y reside allí, donde el niño lo visita con frecuencia.

El abuelo paterno muere y le deja al niño su colección de libros raros. El padre celebra un contrato en el Estado contratante A con un tercero, que también reside en el Estado contratante A, para vender la colección de libros.

604 El art. 40(3) dispone que los Estados contratantes que expiden tales certificados deben designar a las autoridades competentes para confeccionar el certificado.

605 Véase *supra*, análisis del art. 40, en párr. 11.31.

606 Art. 19(2).

Suponiendo que no hubiera motivos para que el tercero supiera que la cuestión de la responsabilidad parental del niño se regía por la legislación del Estado contratante B, no puede impugnarse la validez del contrato para la venta de la colección de libros, y no puede declararse la responsabilidad del comprador por el único motivo de que el padre, que actuó como representante legal del niño, no tuviera esa condición en virtud de la ley designada por las disposiciones del Convenio.

I PUNTOS DE CONEXIÓN

(a) Residencia habitual

- 13.83 La residencia habitual es el principal punto de conexión y la base para la competencia utilizados en el Convenio de 1996⁶⁰⁷. El uso de la residencia habitual es un punto común a todos los Convenios de La Haya modernos sobre Niños⁶⁰⁸. Ninguno de estos Convenios contiene una definición de “residencia habitual”, que deberá ser determinada por las autoridades pertinentes en cada caso sobre la base de elementos fácticos. Es un concepto autónomo y debería interpretarse a la luz de los objetivos del Convenio en lugar de en virtud de las restricciones del derecho interno.
- 13.84 La determinación de la residencia habitual reviste particular importancia conforme al Convenio de 1980 y al Convenio de 1996. Debe señalarse que el Convenio de 1996 utiliza el término “residencia habitual” en un contexto distinto de aquel del Convenio de 1980. Conforme al Convenio de 1980, es necesario determinar que un niño tiene su residencia habitual en el Estado requirente para que se apliquen los recursos del Convenio de 1980, y esto forma parte de la mayor determinación del desplazamiento o la retención ilícita del niño. En general, la función de la residencia habitual en el Convenio de 1996 es evaluar las autoridades de qué Estado contratante son competentes para adoptar medidas de protección y si sus decisiones deben reconocerse y ejecutarse en los otros Estados contratantes. Puesto que la “residencia habitual” es un concepto fáctico, puede que existan distintas consideraciones a tener en cuenta al momento de determinar la residencia habitual de un niño a efectos del Convenio de 1996.
- 13.85 En la jurisprudencia internacional puede observarse un pequeño número de tendencias respecto del concepto de “residencia habitual”. Como se indicara *supra*, puede que sean importantes a efectos de las determinaciones fácticas contenidas en el Convenio de 1980 o el Convenio de 1996. En primer lugar, en los casos en los que hay pruebas claras de la intención de comenzar una nueva vida en otro Estado, por lo general se perderá la residencia habitual existente y se adquirirá una nueva⁶⁰⁹. En segundo lugar, cuando una mudanza está abierta, o potencialmente abierta, también puede perderse la residencia habitual al momento

607 Art. 5, analizado *supra*, en párrs. 4.4 y ss.

608 Los otros Convenios son el Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores, el Convenio de 1993 sobre Adopción Internacional y el Convenio de 2007 sobre Alimentos para los Niños y su Protocolo. Para ver el texto completo de estos Convenios, véase el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net > y “Convenios”.

609 En general, en este caso la intención relevante será la intención **parental**. Véanse, e.g., *DeHaan v. Gracia* [2004] AJ No 94 (QL) [2004] ABQD 4 [Referencia INCADAT: HC/E/CA 576]; *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [Sustracción: derecho a mantener un contacto] [1990] 2 AC 562 [Referencia INCADAT: HC/E/UK 2]; *Re F. (A Minor) [Un menor] (Child Abduction)* [Sustracción de menores] [1992] 1 FLR 548, [1992] Fam Law 195 [Referencia INCADAT: HC/E/UK 40]. Cabe destacar que en algunas situaciones extraordinarias es posible que un niño pierda la residencia habitual y no adquiera una nueva residencia habitual (en cuyo caso, el art. 6(2) del Convenio de 1996 sería aplicable). Sin embargo, esta determinación debe evitarse siempre que sea posible – véanse *supra*, párrs. 4.16-4.19.

de la mudanza y se puede adquirir otra con una celeridad relativa⁶¹⁰. Sin embargo, una serie de jurisdicciones han aceptado que cuando una mudanza tiene un tiempo limitado, aún si se trata de un período extenso, se puede mantener la residencia habitual existente⁶¹¹. Esto podría ocurrir, en particular, si los progenitores han celebrado un acuerdo para que el niño tenga una estadía temporaria en otro país⁶¹². Las determinaciones de otras situaciones suelen adherirse a uno de dos enfoques. El enfoque de la “intención parental” examina la intención compartida de los padres respecto de la naturaleza de la mudanza⁶¹³. El enfoque “centrado en el niño”, en cambio, enfatiza la realidad fáctica de la vida del niño⁶¹⁴. Esta realidad fáctica incluye elementos tales como la educación, la interacción social, las relaciones familiares y, en general, se refiere al enfoque de la vida del niño. También han habido casos en los que se combinaron los dos enfoques y se hizo referencia tanto a las intenciones parentales como a la vida del niño⁶¹⁵. Algunos tribunales tienen en cuenta la edad del niño para decidir qué enfoque seguir: mientras mayor sea el niño, mayores posibilidades habrá de que el tribunal le preste más atención al enfoque que se centra en la vida del niño.

- 13.86 En principio, la ausencia temporaria del niño del lugar de su residencia habitual con motivo de vacaciones, asistencia a la escuela o ejercicio de derechos de visita / contacto no modificará la residencia habitual del niño.

- 610 Véanse *Al Habtoor v. Fotheringham* [2001] EWCA Civ 186 [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 875]; *Callaghan v. Thomas* [2001] NZFLR 1105 [Referencia INCADAT: HC/E/NZ 413]; *Cameron v. Cameron*, 1996 SC 17, 1996 SLT 306, 1996 SCLR 25 [Referencia INCADAT: HC/E/UKs 71]; *Moran v. Moran*, 1997 SLT 541 [Referencia INCADAT: HC/E/UKs 74]; *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3er Cir. 2006) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 879].
- 611 Véanse *Re H (Abduction: Habitual Residence: Consent)* [Sustracción de menores: residencia habitual: consentimiento] [2000] 3 FCR 412 [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 478]; *Morris v. Morris*, 55 F. Supp 2d 1156 (D. Colo., 30 de agosto de 1999) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 306]; *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9no Cir. 2001) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 301].
- 612 Véanse *Denmark Ø.L.K.*, 5 de abril de 2002, 16. *afdeling*, B-409-02 [Referencia INCADAT: HC/E/DK 520].
- 613 Véanse *Re B (Minors Abduction)* [Sustracción de menores] [1993] 1 FLR 993 [Referencia INCADAT: HC/E/UKe 173]; *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9no Cir. 2001) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 301]; *Holder v. Holder*, 392 F.3d 1009, 1014 (9no Cir. 2004) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 777]; *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247, 1253 (11ro Cir. 2004) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 780]; *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*, 176 F. Supp.2d 1045 (E.D. Wash. 2001) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 482]; *Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124, 129-30 (2do Cir. 2005) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 776]; *Koch v. Koch* 450 F.3d 703 (7mo Cir. 2006) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 878]. Cabe destacar que dentro del enfoque de *Mozes*, el 9no Circuito sí reconoció que con suficiente tiempo y una experiencia positiva la vida de un niño puede estar arraigada firmemente en un nuevo país como para que su residencia habitual se encuentre allí, sin importar las intenciones parentales en contrario que subsistan al respecto.
- 614 *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396, (6to Cir. 1993) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 142]; *Robert v. Tesson* (6to Cir. 2007) [Referencia INCADAT: HC/E/US 935]; *Re M (Abduction: Habitual Residence)* [Sustracción de menores: residencia habitual] [1996] 1 FLR 887.
- 615 La sentencia fundamental es la pronunciada en: *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217, 222 (3er Cir. 1995) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 83]. Asimismo, véase *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3er Cir. 1995) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 879]. En este caso se marcó una diferencia entre la situación de los niños pequeños, en cuyo caso se resolvió que se daría gran importancia a la intención parental compartida, y la situación de los niños mayores, en cuyo caso la intención parental tendría un papel más limitado. *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8vo Cir. 2003) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 530].

- 13.87 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶¹⁶ (en adelante, el “TJUE”) ha comentado el concepto de residencia habitual en el contexto del Reglamento Bruselas IIa⁶¹⁷. El TJUE ha manifestado que al determinar la residencia habitual de un niño se deben tener en cuenta todas las circunstancias específicas de un caso individual. En particular, el concepto “debe interpretarse como el lugar que refleja cierto grado de integración del niño en un contexto social y familiar. Con ese fin, deben considerarse en particular la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio [...] y la mudanza de la familia a ese Estado, la nacionalidad del niño, el lugar y las condiciones de la asistencia escolar, el conocimiento del idioma y las relaciones familiares y sociales del niño en ese Estado”⁶¹⁸ [Traducción no oficial].

(b) Presencia

- 13.88 Existe una serie de instancias en las que la presencia de un niño (o de los bienes de un niño) se utilizan como punto de conexión en el Convenio de 1996⁶¹⁹. El concepto de “presencia” denota la presencia física en el territorio del Estado contratante que corresponda. El concepto no requiere ningún tipo de prueba de residencia: la mera presencia física del niño en el territorio es suficiente.

(c) Nacionalidad

- 13.89 Este punto de conexión no es independiente en el Convenio de 1996, sino que es un punto para el mecanismo de transferencia de la competencia de los artículos 8 y 9⁶²⁰. Las autoridades de un Estado contratante del que el niño es nacional pueden solicitar la transferencia de competencia, pero también se les puede solicitar a ellas que acepten una transferencia de competencia. La nacionalidad del niño por sí sola no es suficiente, y debe, asimismo, considerarse que las autoridades del Estado contratante en cuestión sean las que se encuentran en las mejores condiciones para evaluar el interés superior del niño en cuestión. Hay niños que tienen más de una nacionalidad. Cualquiera de los Estados contratantes de los que el niño tiene la nacionalidad puede encontrarse dentro de las condiciones del artículo 8 para la transferencia de la competencia.
- 13.90 El artículo 47 aborda la situación de los Estados contratantes que tienen una serie de unidades territoriales que aplican distintas leyes y explica que toda referencia al Estado del que el niño es nacional debe interpretarse como referida a la unidad territorial designada por la ley de ese Estado o, en ausencia de normas pertinentes, a la unidad territorial con la que el niño tiene el vínculo más estrecho.

616 Con anterioridad al 1 de enero de 2011, el “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

617 Caso C-523/07, A, 2 de abril de 2009. Véase, asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe* (C-497/10 PPU), 22 de diciembre de 2010, que avala este enfoque.

618 Caso C-523/07, A, 2 de abril de 2009, párrs. 37-39. Claro que, si los puntos allí establecidos señalan dos o más Estados distintos como el posible Estado de la residencia habitual del niño, la autoridad administrativa o judicial que entienda en el caso tendrá la responsabilidad final de determinar qué puntos son los más significativos en el caso particular.

619 Véanse *e.g.*, arts. 6, 11 y 12, analizados, *supra*, **Capítulos 4, 6 y 7**.

620 Analizado *supra*, en párrs. 5.9-5.12. Sin embargo, en el Convenio de La Haya de 1961 sobre la Protección de Menores, la nacionalidad se utiliza como punto de conexión. El art. 4 permite que el Estado del que el niño es nacional ejerza la competencia para tomar medidas para la protección de la persona o de los bienes del niño, si considera que así lo requiere el interés del niño y después de haber informado a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño.

(d) Vínculo estrecho

- 13.91 En el caso de que haya un “vínculo estrecho” entre el niño y un Estado contratante, las autoridades de ese Estado contratante pueden solicitar la transferencia de la competencia (para poder tomar medidas destinadas a la protección de la persona o de los bienes del niño – art. 9), o puede solicitárseles que **acepten** la competencia (art. 8). Esto se aplica si se considera que las autoridades de ese Estado contratante están en mejores condiciones de apreciar el interés superior del niño en cuestión⁶²¹.
- 13.92 Asimismo, el artículo 32 del Convenio permite que la Autoridad Central u otra autoridad competente de cualquier Estado contratante con el que el niño tenga un “vínculo estrecho” solicite un informe acerca de la situación del niño o considere la necesidad de que la Autoridad Central del Estado contratante de la residencia habitual del niño adopte medidas de protección⁶²².
- 13.93 Por último, la prueba del “vínculo estrecho” también puede utilizarse en el contexto del Convenio de 1996 para aplicar una ley que difiere de aquella del fuero conforme al artículo 15(2)⁶²³.
- 13.94 No obstante, hay una pequeña diferencia entre el énfasis del artículo 15 y el de los artículos 8, 9 y 32 respecto de la prueba a aplicar en este aspecto. En el artículo 15, el Estado contratante que ejerce la competencia puede, como excepción, aplicar o tomar en cuenta la ley de otro Estado con el que **la situación** tenga un vínculo estrecho. En las disposiciones de transferencia y en el artículo 32, el vínculo estrecho del Estado contratante que acepta / presenta la solicitud de transferencia (arts. 8 y 9) o solicita un informe o medidas de protección (art. 32) debe ser **con el niño**.
- 13.95 El hecho de que un niño o una situación tengan un “vínculo estrecho” con un Estado debe determinarse en cada caso en particular. Como ejemplos de Estados con los que un niño puede tener un “vínculo estrecho” se pueden mencionar: el Estado de la anterior residencia habitual del niño, el Estado en el que viven los familiares dispuestos a cuidar al niño, el Estado en el que vive el progenitor con derecho de visita / contacto cuando los progenitores están separados, o el Estado en el que el niño tiene familiares lejanos a los que visita con frecuencia.

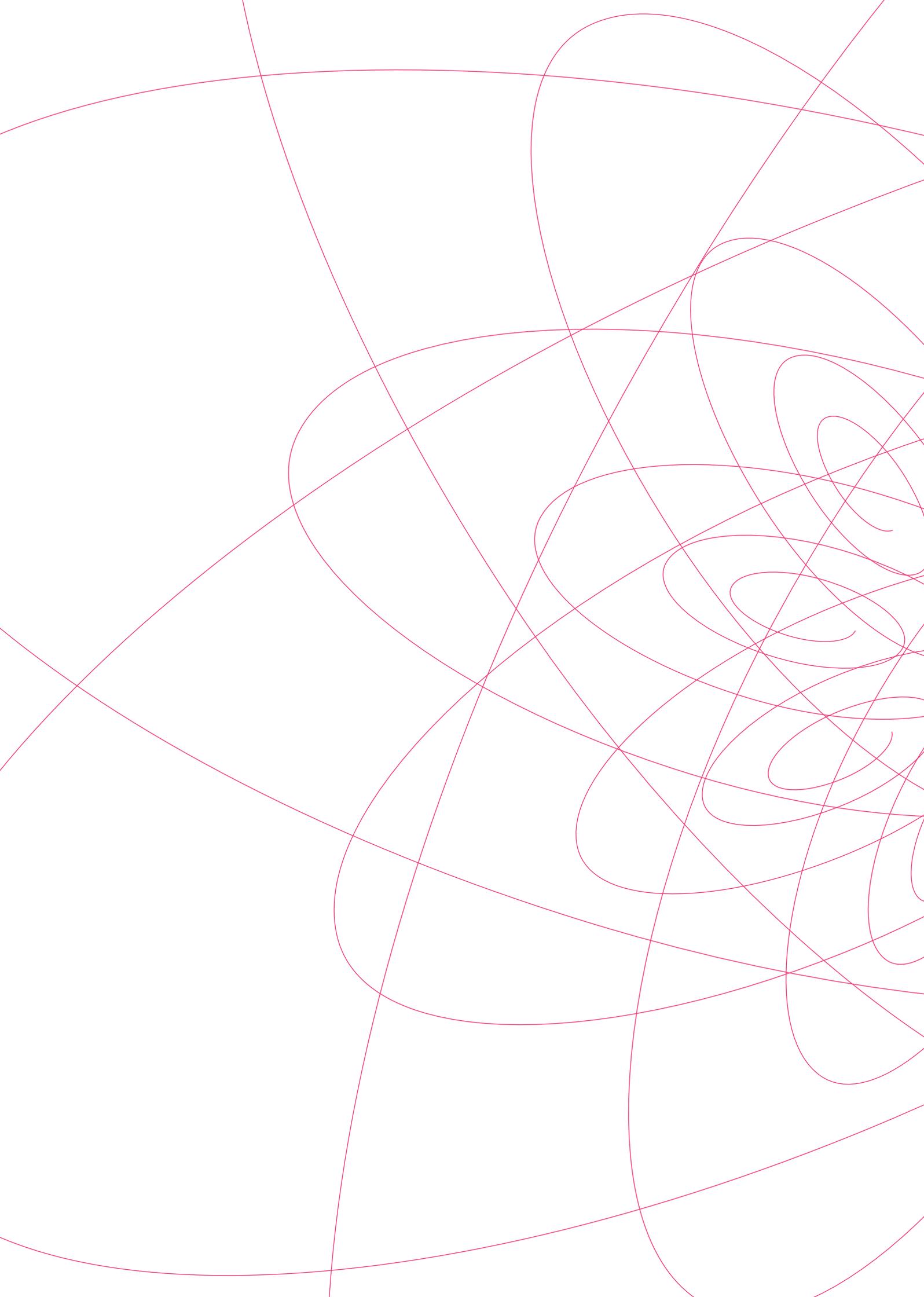
- **EJEMPLO 13 (U)** *Las autoridades del Estado contratante A entienden en una demanda de divorcio. Los criterios establecidos en el artículo 10 se cumplen y las autoridades tienen competencia para tomar medidas respecto de los niños cuyos progenitores se divorcian. Los niños tienen su residencia habitual en el Estado contratante B y se acuerda que deben seguir viviendo allí. En este caso, el hecho de la residencia habitual es un “vínculo estrecho” y las autoridades del Estado contratante A pueden usarlo para aplicar la ley del Estado contratante B en la decisión⁶²⁴.*

⁶²¹ Véase *supra*, Capítulo 5, para un análisis detallado sobre las disposiciones de transferencia de competencia.

⁶²² Analizado *supra*, en párr. 11.24.

⁶²³ Analizado *supra*, en párr. 9.2.

⁶²⁴ Art. 15(2), analizado *supra*, en párr. 9.2.



Anexo I

Texto del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños

34. CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

(hecho el 19 de octubre de 1996)

Los Estados signatarios del presente Convenio,

Considerando que conviene mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional,

Deseando evitar conflictos entre sus sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección de los niños,

Recordando la importancia de la cooperación internacional para la protección de los niños,

Confirmando que el interés superior del niño merece una consideración primordial,

Constatando la necesidad de revisar el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores,

Deseando establecer disposiciones comunes a tal fin, teniendo en cuenta el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989,

Han acordado las disposiciones siguientes:

CAPÍTULO I – ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1

- (1) El presente Convenio tiene por objeto:
- a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño;
 - b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia;
 - c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental;
 - d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes;
 - e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.
- (2) A los fines del Convenio, la expresión “responsabilidad parental” comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño.

Artículo 2

El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años.

Artículo 3

Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse en particular :

- a) a la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación;
- b) al derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual;
- c) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;
- d) a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo;
- e) a la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga;
- f) a la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo;
- g) a la administración, conservación o disposición de los bienes del niño.

Artículo 4

Están excluidos del ámbito del Convenio:

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

CAPÍTULO II – COMPETENCIA*Artículo 5*

- (1) Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.
- (2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

Artículo 6

- (1) Para los niños refugiados y aquellos niños que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran como consecuencia del desplazamiento ejercen la competencia prevista en el apartado primero del artículo 5.
- (2) La disposición del apartado precedente se aplica también a los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse.

Artículo 7

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

El derecho de guarda a que se refiere la letra a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.
- (3) Mientras las autoridades mencionadas en el apartado 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 artículo 11.

Artículo 8

- (1) Excepcionalmente, si la autoridad del Estado contratante competente según los artículos 5 ó 6, considera que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, puede
 - solicitar a esta autoridad, directamente o con la colaboración de la Autoridad Central de este Estado, que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estime necesarias, o
 - suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado.
- (2) Los Estados contratantes cuya autoridad puede ser requerida en las condiciones previstas en el apartado precedente son:
 - a) un Estado del que el niño posea la nacionalidad;
 - b) un Estado en que estén situados bienes del niño;
 - c) un Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio;
 - d) un Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho.
- (3) Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones.
- (4) La autoridad requerida en las condiciones previstas en el apartado primero puede aceptar la competencia, en lugar de la autoridad competente según los artículos 5 ó 6, si considera que ello responde al interés superior del niño.

Artículo 9

- (1) Si las autoridades de los Estados contratantes mencionados en el artículo 8, apartado 2, consideran que están en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, pueden ya sea
 - solicitar a la autoridad competente del Estado contratante de la residencia habitual del niño, directamente o con la cooperación de la Autoridad Central de este Estado, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o ya sea
 - invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño.
- (2) Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones.
- (3) La autoridad de origen de la solicitud solo puede ejercer su competencia en lugar de la autoridad del Estado contratante de la residencia habitual del niño si esta autoridad ha aceptado la petición.

Artículo 10

- 1) Sin perjuicio de los artículos 5 a 9, las autoridades de un Estado contratante, en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante o en anulación de su matrimonio, pueden adoptar, si la ley de su Estado lo permite, medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, si:
 - a) uno de los padres reside habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tiene la responsabilidad parental respecto al niño, y
 - b) la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño, si esta competencia responde al interés superior del niño.
- 2) La competencia prevista en el apartado primero para adoptar medidas de protección del niño cesa cuando la decisión por la que se acepta o se desestima la demanda de divorcio, separación de cuerpos o anulación del matrimonio sea firme o el procedimiento finaliza por otro motivo.

Artículo 11

- 1) En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan.
- 2) Las medidas adoptadas en aplicación del apartado precedente respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante dejan de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 adopten las medidas exigidas por la situación.
- 3) Las medidas adoptadas en aplicación del apartado primero respecto de un niño que tenga su residencia habitual en un Estado no contratante dejan de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante.

Artículo 12

- 1) Sin perjuicio del artículo 7, son competentes para adoptar medidas de protección de la persona o bienes del niño, con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las ya adoptadas por las autoridades competentes según los artículos 5 a 10.
- 2) Las medidas adoptadas en aplicación del apartado precedente respecto a un niño que tenga su residencia en un Estado contratante dejan de surtir efecto desde el momento en que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 se hayan pronunciado sobre las medidas que pueda exigir la situación.

- 3) Las medidas adoptadas en aplicación del apartado primero respecto de un niño que tenga su residencia habitual en un Estado no contratante dejan de surtir efecto en el Estado contratante en que han sido adoptadas desde el momento en que se reconocen las medidas exigidas por la situación, adoptadas por las autoridades de otro Estado.

Artículo 13

- 1) Las autoridades de un Estado contratante que sean competentes para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño según los artículos 5 a 10, deben abstenerse de ejercer su competencia si, en el momento de iniciarse el procedimiento, se hubieran solicitado las medidas correspondientes a las autoridades de otro Estado contratante que fueran competentes en virtud de los artículos 5 a 10 en el momento de la petición y estuvieran todavía en proceso de examen.
- 2) La disposición del apartado precedente no se aplica si las autoridades ante las que se presentó inicialmente la petición de medidas han declinado su competencia.

Artículo 14

Las medidas adoptadas en aplicación de los artículos 5 a 10 continúan en vigor en sus propios términos, incluso cuando un cambio de las circunstancias ha hecho desaparecer la base sobre la que se fundaba la competencia, en tanto que las autoridades competentes en virtud del Convenio no las hayan modificado, reemplazado o dejado sin efecto.

CAPÍTULO III – LEY APLICABLE

Artículo 15

- (1) En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley.
- (2) No obstante, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.
- (3) En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación.

Artículo 16

- (1) La atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño.
- (2) La atribución o la extinción de la responsabilidad parental en virtud de un acuerdo o de un acto unilateral, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que deviene eficaz el acuerdo o el acto unilateral.
- 3) La responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado.
- 4) En caso de cambio de la residencia habitual del niño, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviera ya investida de tal responsabilidad se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual.

Artículo 17

El ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño. En caso de cambio de la residencia habitual del niño, se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual.

Artículo 18

Podrá privarse de la responsabilidad parental a que se refiere el artículo 16 o modificarse las condiciones de su ejercicio mediante medidas adoptadas en aplicación del Convenio.

Artículo 19

- (1) No puede impugnarse la validez de un acto celebrado entre un tercero y una persona que tendría la condición de representante legal según la ley del Estado en que se ha celebrado el acto, ni declararse la responsabilidad del tercero, por el único motivo de que dicha persona no tuviera la condición de representante legal en virtud de la ley designada por las disposiciones del presente capítulo, salvo que el tercero supiera o debiera haber sabido que la responsabilidad parental se regía por esta ley.
- (2) El apartado precedente sólo se aplica en los casos en que el acto se ha celebrado entre personas presentes en el territorio de un mismo Estado.

Artículo 20

Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán incluso si designan la ley de un Estado no contratante.

Artículo 21

- (1) A efectos del presente capítulo, se entenderá por “ley” el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes.
- (2) No obstante, si la ley aplicable en virtud del artículo 16 fuera la de un Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro Estado no contratante que aplicara su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado. Si este otro Estado no contratante no aplicara su propia ley, se aplicará la ley designada por el artículo 16.

Artículo 22

La aplicación de la ley designada por las disposiciones del presente capítulo sólo puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

CAPÍTULO IV – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Artículo 23

- (1) Las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes.
- (2) No obstante, el reconocimiento podrá denegarse:
 - a) si la medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en el Capítulo II;
 - b) si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido;
 - c) a petición de toda persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental, si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída;
 - d) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño;
 - e) si la medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido;
 - f) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el art. 33.

Artículo 24

Sin perjuicio del artículo 23, apartado primero, toda persona interesada puede solicitar a las autoridades competentes de un Estado contratante que decidan acerca del reconocimiento o no reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante. El procedimiento se rige por la ley del Estado requerido.

Artículo 25

La autoridad del Estado requerido está vinculada por las constataciones de hecho sobre las que la autoridad del Estado que ha adoptado la medida haya fundado su competencia.

Artículo 26

- (1) Si las medidas adoptadas en un Estado contratante y ejecutorias en el mismo comportan actos de ejecución en otro Estado contratante, serán declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en este otro Estado, a petición de toda parte interesada, según el procedimiento previsto por la ley de este Estado.
- (2) Cada Estado contratante aplicará un procedimiento simple y rápido a la declaración de exequátur o al registro.
- (3) La declaración de exequátur o el registro no pueden denegarse mas que por uno de los motivos previstos en el artículo 23, apartado 2.

Artículo 27

Sin perjuicio de la revisión necesaria en aplicación de los artículos precedentes, la autoridad del Estado requerido no procederá a revisión alguna en cuanto al fondo de la medida adoptada.

Artículo 28

Las medidas adoptadas en un Estado contratante, declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en otro Estado contratante, se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado. La ejecución se realizará conforme a la ley del Estado requerido en la medida prevista por dicha ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

CAPÍTULO V – COOPERACIÓN

Artículo 29

- (1) Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone.
- (2) Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor varios sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad Central y especificar la extensión territorial o personal de sus atribuciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad Central competente dentro de ese Estado.

Artículo 30

- (1) Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre ellas y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para alcanzar los objetivos del Convenio.
- (2) Dichas autoridades adoptarán, en el marco de la aplicación del Convenio, las disposiciones apropiadas para proporcionar informaciones sobre su legislación, así como sobre los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño.

Artículo 31

La Autoridad Central de un Estado contratante tomará, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas:

- a) para facilitar las comunicaciones y ofrecer la asistencia previstas en los artículos 8 y 9 y en el presente capítulo;
- b) para facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio;
- c) para ayudar, a petición de una autoridad competente de otro Estado contratante, a localizar al niño cuando parezca que éste se encuentra en el territorio del Estado requerido y necesita protección.

Artículo 32

A petición motivada de la Autoridad Central o de otra autoridad competente de un Estado contratante con el que el niño tenga un vínculo estrecho, la Autoridad Central del Estado contratante en que el niño tenga su residencia habitual y en el que éste se encuentre, puede, sea directamente, sea con el concurso de autoridades públicas o de otros organismos,

- a) proporcionar un informe sobre la situación del niño;
- b) solicitar a la autoridad competente de su Estado que examine la oportunidad de adoptar medidas para la protección de la persona o de los bienes del niño.

Artículo 33

- (1) Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento.
- (2) El Estado requirente sólo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Artículo 34

- (1) Cuando se prevé una medida de protección, las autoridades competentes en virtud del Convenio pueden, si la situación del niño lo exige, solicitar que toda autoridad de otro Estado contratante les transmita las informaciones útiles que pueda tener para la protección del niño.
- (2) Todo Estado contratante podrá declarar que las solicitudes previstas en el apartado primero sólo podrán realizarse a través de su Autoridad Central.

Artículo 35

- (1) Las autoridades competentes de un Estado contratante pueden pedir a las autoridades de otro Estado contratante que les presten su asistencia para la puesta en práctica de las medidas de protección adoptadas en aplicación del Convenio, en particular para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho a mantener contactos directos regulares.
- (2) Las autoridades de un Estado contratante en el que el niño no tenga su residencia habitual pueden, a petición de un progenitor que resida en este Estado y desee obtener o conservar un derecho de visita, recabar informaciones o pruebas y pronunciarse sobre la aptitud de este progenitor para ejercer el derecho de visita y sobre las condiciones en las que podría ejercerlo. La autoridad competente para decidir sobre el derecho de visita en virtud de los artículos 5 a 10 deberá, antes de pronunciarse, admitir y tomar en consideración estas informaciones, pruebas o conclusiones.

- (3) Una autoridad competente para decidir sobre el derecho de visita en virtud de los artículos 5 a 10 puede suspender el procedimiento hasta que se resuelva sobre la solicitud hecha de acuerdo con el apartado 2, particularmente cuando se le haya presentado una solicitud para modificar o suprimir el derecho de visita concedido por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual.
- (4) Las disposiciones de este artículo no impiden que una autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 tome medidas provisionales hasta que se resuelva sobre la solicitud hecha de acuerdo con el apartado 2.

Artículo 36

En caso de que el niño esté expuesto a un grave peligro, las autoridades competentes del Estado contratante en el que se hayan adoptado o estén en vías de adoptarse medidas de protección de este niño, avisarán, si son informadas del cambio de residencia o de la presencia del niño en otro Estado, a las autoridades de este Estado acerca del peligro y de las medidas adoptadas o en curso de examen.

Artículo 37

Una autoridad no puede solicitar o transmitir informaciones en aplicación de este capítulo si considera que tal solicitud o transmisión podría poner en peligro la persona o los bienes del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia.

Artículo 38

- (1) Sin perjuicio de la posibilidad de reclamar los gastos razonables correspondientes a los servicios prestados, las Autoridades Centrales y las demás autoridades públicas de los Estados contratantes soportarán sus gastos derivados de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo.
- (2) Todo Estado contratante puede concluir acuerdos con otro o varios Estados contratantes sobre el reparto de gastos.

Artículo 39

Todo Estado contratante podrá concluir acuerdos con otro o varios Estados contratantes para mejorar la aplicación del presente capítulo en sus relaciones recíprocas. Los Estados que hayan concluido tales acuerdos transmitirán una copia al depositario del Convenio.

CAPÍTULO VI – DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 40

- (1) Las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño o del Estado contratante en que se ha adoptado una medida de protección podrán expedir un certificado al titular de la responsabilidad parental o a toda otra persona a quien se haya confiado la protección de la persona o de los bienes del niño, a petición suya, indicando su condición y los poderes que le han sido atribuidos.
- (2) La condición y los poderes indicados por el certificado se tendrán por ciertos, salvo prueba en contrario.
- (3) Cada Estado contratante designará las autoridades competentes para expedir el certificado.

Artículo 41

Los datos personales que se hubieran obtenido o transmitido conforme al Convenio, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron.

Artículo 42

Las autoridades a las que se transmitan informaciones, garantizarán su confidencialidad conforme a la ley de su Estado.

Artículo 43

Los documentos transmitidos o expedidos en aplicación del Convenio estarán exentos de legalización o cualquier otra formalidad análoga.

Artículo 44

Todo Estado contratante podrá designar las autoridades a las que deben dirigirse las solicitudes previstas en los artículos 8, 9 y 33.

Artículo 45

- (1) Las designaciones a que se refieren los artículos 29 y 44 se comunicarán a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
- (2) La declaración a que se refiere el artículo 34, apartado 2, se hará al depositario del Convenio.

Artículo 46

Un Estado contratante en el que se aplican sistemas jurídicos o conjuntos de normas diferentes en materia de protección del niño y de sus bienes no está obligado a aplicar las normas del Convenio a los conflictos únicamente relacionados con estos diferentes sistemas o conjuntos de reglas.

Artículo 47

En relación a un Estado en el que dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de reglas relativas a las cuestiones reguladas en el presente Convenio se aplican en unidades territoriales diferentes:

- (1) Cualquier referencia a la residencia habitual en este Estado se interpretará como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial.
- (2) Cualquier referencia a la presencia del niño en este Estado se interpretará como una referencia a la presencia del niño en una unidad territorial.
- (3) Cualquier referencia a la situación de los bienes del niño en este Estado se interpretará como una referencia a la situación de los bienes del niño en una unidad territorial.
- (4) Cualquier referencia al Estado del que el niño posee la nacionalidad se interpretará como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de este Estado o, en ausencia de reglas pertinentes, a la unidad territorial con la que el niño presente el vínculo más estrecho.
- (5) Cualquier referencia al Estado en el que se presenta a una autoridad una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o en anulación de su matrimonio, se interpretará como una referencia a la unidad territorial en la que se presenta dicha demanda a una autoridad.
- (6) Cualquier referencia al Estado con el que el niño presenta un vínculo estrecho se interpretará como una referencia a la unidad territorial con la que el niño presenta este vínculo.
- (7) Cualquier referencia al Estado al que el niño ha sido trasladado o retenido se interpretará como una referencia a la unidad territorial a la que el niño ha sido desplazado o retenido.
- (8) Cualquier referencia a los organismos o autoridades de este Estado, diferentes de las Autoridades Centrales, se interpretará como una referencia a los organismos o autoridades habilitados para actuar en la unidad territorial afectada.
- (9) Cualquier referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad del Estado en que la medida ha sido adoptada se interpretará como una referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad de la unidad territorial en la que dicha medida ha sido adoptada.
- (10) Cualquier referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad del Estado requerido se interpretará como una referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad de la unidad territorial en la que se invoca el reconocimiento o la ejecución.

Artículo 48

Para determinar la ley aplicable en virtud del Capítulo III, en el caso de que un Estado comprenda dos o más unidades territoriales, cada una de las cuales posea su propio sistema jurídico o un conjunto de reglas relativas a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, se aplican las reglas siguientes:

- a) en el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifiquen la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada, se aplicará dicha ley;
- b) en defecto de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del artículo 47.

Artículo 49

A los fines de determinar la ley aplicable en virtud del Capítulo III, cuando un Estado tenga, para las cuestiones reguladas por el presente Convenio, dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de reglas aplicables a categorías diferentes de personas, se aplicarán las reglas siguientes:

- a) en el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifiquen cuál de estas leyes es aplicable, se aplicará esta ley;
- b) a falta de tales normas, se aplicará la ley del sistema o del conjunto de reglas con el que el niño presente el vínculo más estrecho.

Artículo 50

El presente Convenio no afecta al Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios. Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita.

Artículo 51

En las relaciones entre los Estados contratantes, el presente Convenio sustituye al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores y al Convenio para Regular la Tutela de los Menores, firmado en La Haya el 12 de junio de 1902, sin perjuicio del reconocimiento de las medidas adoptadas según el Convenio de 5 de octubre de 1961 antes citado.

Artículo 52

- (1) El Convenio no derogará los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos.
- (2) El Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos.
- (3) Los acuerdos a concluir por uno o varios Estados contratantes sobre materias reguladas por el presente Convenio no afectarán a la aplicación de las disposiciones del presente Convenio en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes.
- (4) Los apartados precedentes se aplicarán igualmente a las leyes uniformes basadas en la existencia entre los Estados afectados de vínculos especiales, particularmente de naturaleza regional.

Artículo 53

- (1) El Convenio se aplicará tan sólo a las medidas adoptadas en un Estado después de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado.
- (2) El Convenio se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de las medidas adoptadas después de su entrada en vigor en las relaciones entre el Estado en que se han adoptado las medidas y el Estado requerido.

Artículo 54

- (1) Toda comunicación a la Autoridad Central o a cualquier otra autoridad de un Estado contratante se dirigirá en la lengua original y acompañada de una traducción a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales de este Estado o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés.
- (2) No obstante, un Estado contratante podrá oponerse a la utilización sea del francés, sea del inglés, haciendo la reserva prevista en el artículo 6o.

Artículo 55

- (1) Cualquier Estado contratante podrá, conforme al artículo 6o:
 - a) reservarse la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio;
 - b) reservarse el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o una medida que sería incompatible con una medida adoptada por sus autoridades en relación a dichos bienes.
- (2) La reserva podrá restringirse a determinadas categorías de bienes.

Artículo 56

El Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocará periódicamente una Comisión especial para examinar el funcionamiento práctico del Convenio.

CAPÍTULO VII – CLÁUSULAS FINALES*Artículo 57*

- (1) El Convenio está abierto a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de celebrarse su Decimoctava Sesión.
- (2) Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del Convenio.

Artículo 58

- (1) Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio después de su entrada en vigor en virtud del artículo 61, apartado 1.
- (2) El instrumento de adhesión se depositará en poder del depositario.
- (3) La adhesión solo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado objeción a la adhesión en los seis meses siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el artículo 63, apartado b). Podrá asimismo formular una objeción al respecto cualquier Estado en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio posterior a la adhesión. Dichas objeciones serán notificadas al depositario del Convenio.

Artículo 59

- (1) Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en lo que se refiere a cuestiones reguladas por el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración haciendo otra nueva.
- (2) Toda declaración de esta naturaleza será notificada al depositario del Convenio y en ella se indicarán expresamente las unidades territoriales a las que el Convenio será aplicable.
- (3) En el caso de que un Estado no formule declaración alguna al amparo del presente artículo, el Convenio se aplicará a la totalidad del territorio de dicho Estado.

Artículo 60

- (1) Cualquier Estado contratante podrá, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en el momento de una declaración hecha en virtud del artículo 59, hacer una o ambas reservas previstas en los artículos 54, apartado 2, y 55. Ninguna otra reserva será admitida.
- (2) Cualquier Estado podrá, en cualquier momento, retirar una reserva que hubiera hecho. Esta retirada se notificará al depositario.
- (3) La reserva dejará de surtir efecto el día primero del tercer mes posterior a la notificación mencionada en el apartado precedente.

Artículo 61

- (1) El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación previsto por el artículo 57.
- (2) En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor:
 - a) para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
 - b) para cada Estado que se adhiera, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la expiración del plazo de seis meses previsto en el artículo 58, apartado 3;
 - c) para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 59, el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

Artículo 62

- (1) Cualquier Estado parte en el presente Convenio podrá denunciarlo mediante notificación por escrito dirigida al depositario. La denuncia podrá limitarse a ciertas unidades territoriales a las que se aplique el Convenio.
- (2) La denuncia surtirá efecto el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de doce meses después de la fecha de recepción de la notificación por el depositario. En caso de que en la notificación se fije un período más largo para que la denuncia surta efecto, éste tendrá efecto cuando transcurra dicho período.

Artículo 63

El depositario notificará a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado así como a los Estados que se hayan adherido de conformidad con las disposiciones del artículo 58:

- a) las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que se refiere el artículo 57;
- b) las adhesiones y las objeciones a las adhesiones a que se refiere el artículo 58;
- c) la fecha en la que el Convenio entrará en vigor de conformidad con las disposiciones del artículo 61;
- d) las declaraciones a que se refieren los artículos 34, apartado 2, y 59;

- e) los acuerdos a que se refiere el artículo 39;
- f) las reservas a que se refieren los artículos 54, apartado 2, y 55 y el retiro de las reservas prevista en el artículo 60, apartado 2;
- g) las denuncias a que se refiere el artículo 62.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 19 de octubre de 1996, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de celebrarse su Decimoctava Sesión.



Anexo II

Lista de comprobación de implementación

CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

LISTA DE COMPROBACIÓN DE IMPLEMENTACIÓN

Introducción

“LISTA DE COMPROBACIÓN” DE CUESTIONES QUE PUEDE RESULTAR NECESARIO EXAMINAR AL IMPLEMENTAR EL CONVENIO

El objeto de esta Lista de Comprobación es resaltar los temas que los Estados pueden necesitar considerar al implementar el Convenio.

La Lista de Comprobación no pretende establecer el método por el cual se implementa el Convenio en los Estados contratantes. En cambio, indica algunas cuestiones que pueden surgir con anterioridad a la implementación del Convenio o al momento de realizarla. La lista no es taxativa e indudablemente habrá otros temas específicos a los Estados que demandarán consideración.

La Lista de Comprobación incluye “Cuestiones preliminares” a ser evaluadas que tienen relación con el Convenio en general, en tanto que las “Medidas Específicas de Implementación” y los anexos también pueden resultar de utilidad a un Estado al estudiar aspectos particulares del Convenio. Los anexos abordan las siguientes cuestiones:

Anexo I

Síntesis de disposiciones en el Convenio que pueden demandar medidas de implementación, *e.g.*, modificaciones a la legislación, previas a la entrada en vigor del Convenio.

Anexo II

Síntesis de la información a comunicar al depositario (el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos), y la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Anexo III

Síntesis de las funciones desempeñadas por las Autoridades Centrales, autoridades competentes y otras autoridades en virtud del Convenio.

Anexo IV

Lista de recursos disponibles en algunos Estados que pueden ser de utilidad para otros Estados.

Cuestiones preliminares

I Contemplar convertirse en Estado parte

- Consultar con la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y otros Estados contratantes acerca de los beneficios del Convenio.
- Identificar y consultar con diferentes partes interesadas y expertos en su Estado, por ejemplo, dependencias gubernamentales y no gubernamentales, poder judicial, servicios de protección a niños y juristas a fin de:
 - determinar las implicancias de convertirse en Estado parte;
 - decidir convertirse en Estado parte;
 - identificar los mejores métodos para implementar el Convenio; y,
 - desarrollar un plan para la implementación y funcionamiento del Convenio.

2 Métodos de Implementación

- Considerar el método según el cual se implementará el Convenio en su Estado:
 - En su sistema jurídico, ¿el Convenio se incorporará automáticamente en la legislación interna una vez que entre en vigor?
 - o
 - En su sistema jurídico, ¿es necesaria la incorporación o transformación del Convenio en el derecho interno? En caso afirmativo, ¿por qué medios se realizará esto?

Independientemente de si se requiere la incorporación o la transformación en su sistema jurídico, se necesitarán algunas medidas de implementación para ayudar a la implementación y funcionamiento efectivos del Convenio dentro del contexto de sus propios sistemas jurídico y administrativo.
- Realizar un análisis exhaustivo de las leyes, normas, regulaciones, órdenes, políticas y prácticas internas para garantizar que las disposiciones existentes no sean contrarias al Convenio.
- Si existen disposiciones que crean obstáculos o impedimentos a la implementación y funcionamiento efectivo del Convenio, ¿qué modificaciones se necesitan? (véase a continuación bajo el título “Medidas Específicas de Implementación” y Anexo I.)
- Considerar qué cuestiones se deberán tratar en su sistema jurídico:
 - por actos administrativos (*e.g.*, designación de una Autoridad Central¹);
 - en la legislación (*e.g.*, normas de competencia para adoptar medidas de protección, incluidas las disposiciones para la transferencia o ejercicio de la competencia²);
 - en normas, reglamentaciones u órdenes (*e.g.*, normas del Tribunal para admitir y considerar pruebas que provienen de otro Estado contratante en los procedimientos en materia de derecho de visita³).

¹ Art. 29.

² Artículos 8 y 9.

³ Art. 35.

3 Convertirse en Estado parte – firma y ratificación ó adhesión

Cualquier Estado puede convertirse en Estado parte del presente Convenio. Sin embargo, existen distintas formas según las cuales un Estado puede convertirse en Parte del presente Convenio. Examinar cuál de las siguientes es aplicable:

- **Firma seguida de ratificación:** Un Estado que era Miembro de la Conferencia de La Haya el 19 de octubre de 1996 puede **firmar** y **ratificar** el Convenio⁴. Al **firmar** el Convenio, un Estado expresa, en principio, su intención de convertirse en Parte del presente Convenio. Sin embargo, la firma no obliga a un Estado a ratificar el Convenio⁵. El Estado posteriormente necesitará **ratificar** el Convenio para que entre en vigor. El Convenio entra en vigor tres meses después de su ratificación⁶.
- **Adhesión:** Otros Estados que deseen convertirse en Parte del presente Convenio pueden **adherirse**⁷. Para un Estado adherente el Convenio entrará en vigor nueve meses después de la fecha de adhesión⁸. Dentro de los primeros seis meses de ese período de nueve meses, cualquier otro Estado contratante puede formular una objeción a esa adhesión. El Convenio no entrará en vigor entre el Estado adherente y el Estado que formuló la objeción, hasta tanto no se retire la objeción. No obstante, el Convenio entrará en vigor entre el Estado adherente y todos los otros Estados contratantes que no hayan formulado ninguna objeción⁹.

La ratificación o adhesión al Convenio exige por parte del Estado el depósito de los instrumentos en poder del depositario¹⁰. El anexo II sintetiza toda otra información que debería ser comunicada al depositario y / o a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con anterioridad a la ratificación / adhesión, o al momento de dicha ratificación / adhesión.

4 Art. 57(1): El Convenio está abierto a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de celebrarse su Decimoctava Sesión (19 de octubre de 1996).

5 El art. 18 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* obliga a los Estados, una vez que se ha expresado el consentimiento a estar obligado por el tratado, a no rechazar el objeto y el fin del tratado con anterioridad a su entrada en vigor.

6 Art. 61(2) a): El Convenio entrará en vigor para cada Estado que lo **ratifique, acepte o apruebe** posteriormente, el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

7 Art. 58(1): Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio después de su entrada en vigor.

8 Art. 61(2) b): El Convenio entrará en vigor para cada Estado que se **adhiera**, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la expiración del plazo de seis meses.

9 Art. 58(3). Observar que podrá formular una objeción al respecto cualquier Estado en el momento de la **ratificación, aceptación o aprobación** del Convenio posterior a la adhesión.

10 Art. 57(2); Art. 58(2).

4 Desarrollar un calendario

Determinar la fecha en la cual el Convenio debería entrar en vigor para su Estado. Al desarrollar un calendario para la implementación, tenga en cuenta esta fecha y tome medidas tendientes a:

- Garantizar que los instrumentos e información necesarios estén depositados en poder del depositario y comunicados a la Oficina Permanente (véase Anexo II).
- Garantizar que se dispongan, se promulguen o entren en vigor las medidas de implementación pertinentes al momento de que el Convenio entre en vigor en su Estado.
- Asegurarse de que todas la partes interesadas (*e.g.*, dependencias de gobierno, agencias para el bienestar de niños, tribunales, policía, juristas) estén informados respecto de cuándo entrará en vigor el Convenio, cualquier modificación a la ley y a los procedimientos y, de corresponder, sus roles respectivos en virtud del Convenio.
- Garantizar que se brinde la capacitación adecuada a las personas involucradas en la aplicación del Convenio (*e.g.*, dependencias de gobierno, agencias para el bienestar de niños, tribunales, policía).
- Difundir al público la información relativa al Convenio.

5 Designaciones, declaraciones y reservas

El Convenio impone determinadas designaciones obligatorias así como también declaraciones y reservas opcionales que los Estados pueden considerar necesarias.

En el anexo II se suministra una síntesis de la información que se debe comunicar al depositario y/o la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, pero en particular:

- Garantizar que la designación de la Autoridad Central o Autoridades Centrales se realice al momento de la ratificación / adhesión (o al menos antes de que entre en vigor el Convenio)¹¹.
- Garantizar que, como asunto prioritario, se comuniquen a la Oficina Permanente los detalles de contacto de cada Autoridad Central y la(s) lengua(s) de comunicación y que estos se mantengan actualizados.
- Los Estados Contratantes pueden designar a las autoridades a quienes se deben dirigir las solicitudes en virtud de los artículos 8 y 9 (transferencia de competencia) y el artículo 33 (solicitud de colocación del niño en acogida)¹². Garantizar que, como asunto prioritario, se comuniquen de inmediato a la Oficina Permanente la designación y los detalles de contacto de las autoridades (así como también la(s) lengua(s) de comunicación de las autoridades).
- Considerar si se necesita una declaración en virtud del artículo 34, apartado 2 (donde se contempla una medida de protección, la información relativa a la protección del niño debe ser comunicada a sus autoridades sólo a través de la Autoridad Central)¹³.
- Considerar si son necesarias las reservas en virtud del artículo 54 (lengua de comunicación) y el artículo 55 (bienes)¹⁴.
- Considerar si es necesaria una declaración en virtud del artículo 59 (aplicación del Convenio a los territorios)¹⁵.

11 Art. 29; art. 45. Existe un riesgo de que, si la Autoridad Central no es designada al momento de la ratificación / adhesión, esto puede llevar a que otros Estados contratantes consideren si se debería formular una objeción.

12 Art. 44; art. 45.

13 Art. 45; art. 60. Véase, asimismo, el Informe Explicativo, párrafo 144.

14 Art. 60. Véase, asimismo, el Informe Explicativo, párrafo 181.

15 Art. 60.

6 Procesos permanentes de implementación

- ❑ Desarrollar e implementar mecanismos para controlar y evaluar la aplicación y funcionamiento del Convenio, por ejemplo, consulta con tribunales y otras autoridades responsables en virtud del Convenio. La evaluación periódica permitirá identificar y responder a cualquier dificultad de implementación que pueda surgir.
- ❑ Garantizar que se suministre a la Oficina Permanente cualquier cambio futuro en los detalles de contacto de las Autoridades Centrales y las autoridades designadas.
- ❑ A los fines de asistencia, consultar los siguientes recursos:
 - Sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado < www.hcch.net >.
 - P. Lagarde, “Informe Explicativo sobre el Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños”, *Proceedings of the Eighteenth Session, Tomo II, Protection of children*, La Haya, SDU, 1998, disponible en < www.hcch.net >, luego “Publicaciones”, luego “Informes Explicativos.”
 - *El Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño* – disponible en el sitio web de la Conferencia de la Haya bajo “Publicaciones” luego “Boletín de los Jueces”.
 - Lista de recursos disponibles en los Estados que pueden ser de utilidad para otros Estados (véase el Anexo IV).

Medidas específicas de implementación

Capítulo I – Alcance

- ❑ Identificar qué medidas de protección ya se encuentran disponibles en el derecho interno y cómo se relacionan con el Convenio. Las medidas enumeradas en el artículo 3 no son taxativas y pueden existir otras medidas de protección disponibles en su Estado¹⁶.
- ❑ Considerar qué derechos y responsabilidades en virtud del derecho interno reflejan el concepto de “responsabilidad parental” (véase art. 1(2)).

Capítulo II – Competencia

- ❑ Considerar si es necesario introducir modificaciones en la legislación a fin de que las autoridades judiciales o administrativas tengan competencia para tomar medidas de protección fundadas sobre la “residencia habitual” del niño (art. 5).
- ❑ Las autoridades también deben poder tomar ciertas medidas de protección con respecto a un niño que se encuentra presente en el Estado pero del cual no es residente habitual (artículos 6, 11 y 12).
- ❑ Observar que el Convenio permite a las autoridades de un Estado tomar las medidas de protección para un niño que es habitualmente residente en otro Estado contratante en el contexto de una solicitud de divorcio, separación legal o anulación con respecto al matrimonio de los progenitores. Sin embargo, esto es en circunstancias muy limitadas, y sólo si está permitido por la legislación del Estado. (art. 10).
- ❑ Identificar qué autoridades judiciales o administrativas estarán habilitadas para ejercer su competencia en virtud del Convenio y garantizar que ellas estén informadas de cualquier cambio en la legislación, política o práctica.

¹⁶ Contrariamente, el listado contenido en el art. 4 de las cuestiones para las cuales no se aplica el Convenio es taxativo. Véase el Informe Explicativo, párrafos 26 a 36.

- Considerar que puede ser necesario implementar medidas a fin de facilitar la transferencia de competencia en virtud de los artículos 8 y 9, por ejemplo:
 - modificaciones a la legislación o a las normas para permitirles a las autoridades competentes transferir o aceptar la competencia (las autoridades deberán conocer las condiciones en virtud de las cuales puede ocurrir la transferencia, en particular, que debe favorecer el interés superior del niño y estar consensuada por parte de ambas autoridades competentes (véanse artículos 8 y 9));
 - implementación de procedimientos internos, tales como:
 - mecanismos para la transferencia o ejercicio de la competencia (las autoridades deberían tener la posibilidad de acceder a las solicitudes o ejercicio de transferencia en los casos adecuados). Considerar:
 - de qué modo se presentará la solicitud de medidas de protección ante la autoridad que ha aceptado ejercer la competencia; y,
 - si la competencia ha sido transferida, de qué modo se garantizará que el caso ya no será tratado por las autoridades de su Estado.
 - procedimientos para la transmisión y recepción de solicitudes para la transferencia de la competencia y el rol, si existiera, de la Autoridad Central (los Estados deberían considerar de qué modo se comunicarán sus autoridades con las autoridades en otros Estados contratantes, por ejemplo, por intercambio directo entre las autoridades competentes que se ocupan de los procedimientos o comunicaciones a través de la Autoridad Central; también deberían considerar si es necesaria una declaración en virtud del artículo 44 (*i.e.*, designación de las autoridades a las cuales se deben dirigir las solicitudes en virtud de los artículos 8 y 9));
 - procedimientos para las partes de una cuestión (distintas de las Autoridades Centrales o autoridades competentes) que están invitadas a solicitar la transferencia de competencia; se debería tener en cuenta que una de las partes puede estar ubicada en otro Estado contratante.

Capítulo III – Ley aplicable

- Considerar si la legislación existente debe ser modificada a fin de permitir:
 - el reconocimiento de la responsabilidad parental que ha sido atribuida o que se extinguió en virtud de las leyes de la residencia habitual del niño, *i.e.*, las leyes de otro Estado (art. 16);
 - las autoridades para aplicar o tomar en cuenta a **título excepcional** la ley de otro Estado con el cual el niño tiene un “vínculo estrecho” (art. 15(2)).

Capítulo IV – Reconocimiento y ejecución

- Considerar la necesidad de medidas de implementación para modificar la legislación o los procedimientos existentes que son contrarios a las siguientes disposiciones:
 - las medidas de protección tomadas por las autoridades de un Estado contratante deben ser reconocidas “**de pleno derecho**” (art. 23(1));
 - el reconocimiento de las medidas de protección tomadas en otros Estados contratantes sólo puede ser rechazado por los motivos dispuestos en el artículo
 - 23, apartado 2;
 - toda “**persona interesada**” puede solicitar una decisión sobre el reconocimiento o el no-reconocimiento de una medida tomada en otro Estado contratante (art. 24); puede ser que la persona interesada se encuentre ubicada fuera del Estado requerido;
 - el procedimiento para la declaración de exequátur o el registro de las medidas de protección debe ser “**simple y rápido**” (Art. 26);
 - la ejecución de medidas de protección tiene lugar de acuerdo con la ley del Estado requerido conforme a dicha ley, teniendo en consideración el interés superior del niño (art. 28).
- Examinar cualquier ley interna existente fuera del Convenio que se aplique al reconocimiento, la declaración de exequátur o el registro a los fines de ejecución de las medidas de protección tomadas por otro Estado y considerar su relación con el Convenio.

Capítulo V – Cooperación

a) Autoridades Centrales

Las Autoridades Centrales desempeñarán un rol importante en el funcionamiento efectivo del Convenio. Idealmente, las Autoridades Centrales se establecerán y gestionarán para suministrar un punto de contacto así como también complementar cualquier acuerdo nacional o transfronterizo existente.

- Al momento de planear el establecimiento de una Autoridad Central, considerar:
 - qué autoridad se encuentra mejor ubicada para desempeñar las funciones de una Autoridad Central (es muy probable que se trate de una autoridad con responsabilidades que están íntimamente relacionadas con el objeto del Convenio. La Autoridad Central debería también encontrarse en una posición de promover la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de los diferentes aspectos de la protección del niño, así como también cooperar con otras Autoridades Centrales en los Estados contratantes. La Autoridad Central podría, por ejemplo, ser una autoridad de gobierno como un ministerio de justicia o un ministerio en cuestiones de minoridad y familia. Como alternativa, se podría designar a una organización no gubernamental con responsabilidades similares para con los niños);
 - las funciones que desempeñarán las Autoridades Centrales y las funciones que desempeñarán otras autoridades (véase Anexo III); las medidas necesarias para garantizar que cada autoridad tenga las facultades y los recursos necesarios para desempeñar efectivamente sus funciones en virtud del Convenio;
 - si se necesitan procedimientos internos para garantizar que las solicitudes se transmitan y procesen con celeridad. A modo de ejemplo:
 - la comunicación entre las Autoridades Centrales, autoridades competentes y otras autoridades **dentro** de su Estado;
 - la comunicación con las autoridades de otros Estados.
 - de qué forma se puede utilizar la mediación, la conciliación o medios similares para alcanzar acuerdos amistosos para las medidas de protección (art. 31 b)) (identificar qué servicios se encuentran disponibles para garantizar y apoyar a las partes a involucrarse en la concreción de soluciones consensuadas);

- en tanto que se requiere a las Autoridades Centrales y a otras autoridades públicas de los Estados contratantes que soporten sus propios gastos al desempeñar sus obligaciones en virtud del Convenio, considerar si se deben imponer “gastos razonables” para la prestación de determinados servicios (art. 38)¹⁷.
- Si su Estado es Parte del Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores, considerar si las Autoridades Centrales designadas serán las mismas para ambos Convenios.
 - Si las Autoridades Centrales a ser designadas no son las mismas, garantizar que las Autoridades Centrales puedan consultarse recíprocamente en aquellos casos que impliquen el traslado o la retención ilícita de un niño¹⁸; o en los asuntos de derecho de visita o de mantener un contacto.

b) Derecho de Visita – Artículo 35

- Considerar si son necesarias medidas de implementación o modificaciones a la legislación existente a fin de:
 - prestar asistencia en “asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita” para un progenitor que resida en otro Estado contratante (identificar qué autoridades transmitirán y recibirán las solicitudes de asistencia);
 - permitir a las autoridades que entienden de los procedimientos con relación al derecho de visita considerar la información de otro Estado contratante en cuanto a la aptitud de un progenitor que reside en otro Estado.
- Identificar qué asistencia jurídica u otro tipo de asesoramiento puede estar disponible para los progenitores extranjeros que demandan medidas de protección con relación al derecho de visita con respecto a un niño que es residente habitual en su Estado.

Para obtener sugerencias complementarias en este aspecto del Convenio, véase Contacto Transfronterizo relativo a los Niños – Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas (2008) disponible en < www.hcch.net > bajo “Sección Sustracción de Niños” luego “Guías de Buenas Prácticas”.

c) Colocación transfronteriza de Niños – Artículo 33

- Considerar si son necesarias medidas de implementación o modificaciones a la legislación existente con respecto a la colocación transfronteriza de un niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o por una institución análoga.
- Considerar qué autoridades se encuentran mejor posicionadas para:
 - consultar respecto de las colocaciones propuestas;
 - preparar informes sobre el niño;
 - recibir y transmitir solicitudes de otros Estados contratantes.
- Considerar qué medidas de salvaguarda y qué estándares deberían aplicarse ante la Autoridad Central u otra autoridad competente que presta consentimiento a la colocación o el acogimiento transfronterizos.
- Puede ser necesaria una designación en virtud del artículo 44 (los Estados contratantes pueden designar a las autoridades a quienes se les envían las solicitudes en virtud del art. 33).
- Garantizar que los procedimientos de comunicación estén implementados dentro del Estado y con otros Estados contratantes, a fin de evitar que se realicen las colocaciones sin que medie consentimiento del Estado receptor.

17 Véase el Informe Explicativo, párrafo 152.

18 Véase art. 7.

d) Comunicaciones judiciales

La Red Internacional de Jueces de La Haya facilita la comunicación judicial directa entre los jueces en distintos países, y el compartir información entre ellos.

- Si su Estado está representado en la Red considerar si el juez designado debería también estar disponible para comunicar información relativa al Convenio. Considerar si puede ser útil designar un juez adicional con interés o experiencia en el Convenio.
- Si su Estado no está representado en la Red, considerar si un miembro del poder judicial en su Estado posee un interés especial en el funcionamiento del Convenio y estaría dispuesto a participar. Más información con respecto a la Red se encuentra disponible en la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.
- Considerar el posible rol de la comunicación judicial directa en el funcionamiento de los artículos 8 y 9 de su Estado.
- Considerar si es necesaria cualquier medida de implementación para suministrar un fundamento jurídico para las comunicaciones judiciales directas.

Confidencialidad (Artículos 41-42)

- Considerar si las leyes internas existentes son suficientes para proteger la confidencialidad de la información que se recopila o transmite en virtud del Convenio.
- Si hay limitaciones existentes en su Estado respecto del tipo de información que puede divulgarse a terceros, considerar si se podrían hacer excepciones para un intercambio de información donde esta sería consistente con los objetivos del Convenio, por ejemplo, cuando un niño necesita protección urgente.

Relación entre el Convenio y otros instrumentos

- Identificar cualquier otro instrumento internacional en el cual su Estado sea Parte que trate la protección de los niños y considerar cómo se relacionarán con el Convenio. Si fuera pertinente, considerar, junto con las otras Partes en los instrumentos, si se necesita alguna declaración a fin de asegurar la compatibilidad con el Convenio (art. 52).

Marzo de 2009

ANEXO I

Lista de comprobación de las disposiciones en el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños que puedan exigir modificaciones en las leyes o procedimientos internos

La siguiente tabla provee una síntesis de las disposiciones donde puede ser necesario considerar modificaciones legislativas o procesales para la implementación efectiva y el funcionamiento del Convenio. La necesidad de dichas modificaciones será obviamente menor para aquellos países en los cuales las disposiciones del Convenio se incorporan automáticamente en el sistema jurídico.

ARTÍCULO	DISPOSICIÓN	TEMA
Artículo 5	El Estado de “residencia habitual” del niño tiene competencia para tomar medidas de protección.	¿Las autoridades tienen competencia para tomar medidas fundadas en la “residencia habitual” de un niño?
Artículos 6, 11, 12	Los Estados contratantes pueden tomar determinadas medidas de protección con respecto al niño que no es residente habitual pero que está presente en el Estado.	¿Las autoridades tienen competencia para tomar medidas de protección cuando un niño está presente en el Estado pero no es habitualmente residente? ¿Las autoridades pueden tomar medidas de protección en virtud del artículo 12 que son provisionales y limitadas en su efecto territorial?
Artículo 7	En los casos de sustracción de niños, las autoridades del Estado de residencia habitual del niño inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservan la competencia para las medidas de protección hasta que se cumpla con una serie de condiciones.	¿Existen mecanismos que garanticen que las autoridades competentes sepan que el caso es una cuestión de sustracción internacional de niños? ¿La competencia de las autoridades donde se encuentra el niño está limitada a tomar medidas sólo en caso de urgencia?
Artículos 8, 9	Se puede transferir la competencia entre las autoridades de los Estados contratantes una vez que se haya cumplido con determinadas condiciones.	¿Las autoridades pueden aceptar o transferir la competencia de acuerdo con el Convenio? ¿Existen procedimientos para facilitar la transferencia de competencia?

Artículo 10	Cuando se cumplen determinadas condiciones, las autoridades pueden tomar medidas de protección para un niño habitualmente residente en otro Estado contratante cuando las medidas se tomen como parte de una solicitud de divorcio o separación legal o anulación con respecto al matrimonio de los progenitores.	Garantizar que, si las autoridades en su Estado pueden tomar medidas de protección como parte de una solicitud de divorcio o separación legal de los progenitores, lo hagan sólo cuando se cumpla con las condiciones en el artículo 10(1) a) y b).
Artículos 1, 3, 16-18	El Convenio define la responsabilidad parental en el artículo 1(2). Las medidas de protección incluyen la atribución, el ejercicio, la delegación y la extinción o restricción de la responsabilidad parental.	¿El concepto de “responsabilidad parental” resulta familiar en su sistema jurídico? ¿Cuáles son los derechos y responsabilidades en su Estado que reflejan el concepto de responsabilidad parental? ¿Se reconocerá la responsabilidad parental atribuida o extinguida en virtud de las leyes de la residencia habitual del niño, i.e., leyes de otro Estado?
Artículo 23	Las medidas de protección deberán reconocerse en todos los Estados contratantes “de pleno derecho”.	¿Se reconocen en su Estado de pleno derecho las medidas de protección tomadas en otro Estado contratante, i.e., se reconocerá una medida sin necesidad de otro procedimiento?
Artículo 24	Cualquier “persona interesada” puede solicitar una decisión sobre el reconocimiento o no-reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante.	¿Puede una persona interesada demandar el reconocimiento o no-reconocimiento de una medida de protección? Puede ser que la persona interesada o el niño afectado por la medida estén ubicados en otro Estado contratante.
Artículo 26	La declaración de exequátur o el registro de medidas de protección deberá ser “un procedimiento simple y rápido”.	¿Son los procedimientos para el registro de medidas de protección “simples y rápidos”?
Artículos 30–39	Cooperación en virtud del Convenio.	¿Cada autoridad tiene las facultades y recursos necesarios para desempeñar efectivamente sus funciones en virtud del Convenio?

ANEXO II

Información a ser comunicada por los Estados parte en el Convenio de 1996 al depositario o a la Oficina Permanente

DESIGNACIONES QUE LOS ESTADOS CONTRATANTES DEBEN SUMINISTRAR DIRECTAMENTE A LA OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (ART. 45(1))

Artículo 29	<p>Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone. Como asunto prioritario, se debería comunicar a la Oficina Permanente los detalles de contacto de las Autoridades Centrales y la(s) lengua(s) de comunicación.</p> <p>Los Estados federales, Estados con más de un sistema de derecho o los Estados que tengan unidades territoriales autónomas deberán ser libres de designar más de una Autoridad Central.</p> <p>Cuando se designe más de una Autoridad Central, el Estado debe designar a la Autoridad Central a la cual se puede dirigir cualquier comunicación para la transmisión a la Autoridad Central pertinente dentro de ese Estado.</p>
Artículo 44	<p>Todo Estado contratante podrá designar a las autoridades a las que deben dirigirse las solicitudes previstas en los artículos 8, 9 y 33.</p>

SE RECOMIENDA QUE SE COMUNIQUE LA SIGUIENTE INFORMACIÓN A LA OFICINA PERMANENTE:

Artículo 40	<p>Cada Estado contratante podrá designar a las autoridades competentes para expedir certificados en virtud del artículo 40. Se deberían comunicar a la Oficina Permanente los detalles de contacto y la(s) lengua(s) de comunicación de las autoridades designadas.</p>
--------------------	--

NOTIFICACIONES A SER COMUNICADAS AL DEPOSITARIO¹⁹

Artículo 57	<p>Instrumentos de ratificación, aceptación y aprobación.</p>
Artículo 58	<ul style="list-style-type: none"> • Instrumentos de adhesión. • Objeciones a la adhesión. Los Estados contratantes pueden objetar la adhesión de un Estado adherente dentro de los seis meses posteriores a la recepción de una notificación de adhesión²⁰.
Artículo 62	<p>Un Estado parte en el Convenio puede denunciar el Convenio mediante una notificación dirigida al depositario.</p>

¹⁹ Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

²⁰ Observe que los Estados pueden formular una objeción con respecto a una adhesión más temprana al momento de ratificar, aceptar o aprobar el Convenio.

DECLARACIONES QUE PUEDEN REALIZARSE Y QUE DEBEN COMUNICARSE AL DEPOSITARIO

Artículo 45	Un Estado puede declarar que las solicitudes de información en virtud del artículo 34(2) sólo deberán ser comunicadas a través de la Autoridad Central.
Artículo 52	El Convenio no afecta los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados parte vinculados por dichos instrumentos.
Artículo 59	Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes, podrá declarar que el Convenio se aplicará a todas las unidades territoriales del Estado contratante o solamente a varias de ellas o a una (que deberá ser identificada). Se podrá modificar la declaración.

INFORMACIÓN QUE SE DEBE SUMINISTRAR AL DEPOSITARIO RESPECTO DE LOS ACUERDOS ENTRE LOS ESTADOS CONTRATANTES:

Artículo 39	Todo Estado contratante podrá concluir acuerdos con otro o varios Estados contratantes para mejorar el funcionamiento del Convenio. Deberá transmitirse una copia de tales acuerdos al depositario del Convenio.
--------------------	--

RESERVAS QUE PUEDEN REALIZARSE Y QUE DEBEN COMUNICARSE AL DEPOSITARIO

Artículo 54(2)	Los Estados pueden hacer una reserva objetando la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos.
Artículo 55	Un Estado contratante puede reservarse la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio, y reservarse el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o una medida que es incompatible con una medida adoptada por sus autoridades con relación a dichos bienes.
Artículo 60(2)	El retiro de cualquier reserva.

ANEXO III

Funciones de las Autoridades Centrales y otras autoridades en virtud del Convenio de 1996

OBLIGACIONES DIRECTAS DE LAS AUTORIDADES CENTRALES	
Artículo 30(1)	Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre ellas y promover la cooperación entre las autoridades competentes en sus Estados.
Artículo 30(2)	Las Autoridades Centrales adoptarán las disposiciones pertinentes para proporcionar información sobre la legislación, y los servicios disponibles, en sus Estados en materia de protección del niño.
FUNCIONES DONDE LOS ESTADOS CONTRATANTES PUEDEN DESIGNAR AUTORIDADES ESPECÍFICAS A QUIENES SE LES DIRIGEN LAS SOLICITUDES (ART. 44)	
Artículo 8(1)	Solicitudes de transferencia de competencia: la autoridad competente de un Estado contratante puede solicitar o pedir a las partes que soliciten a una autoridad en otro Estado contratante que acepte la competencia en un caso en particular.
Artículo 9(1)	Solicitudes de ejercicio de competencia: la autoridad de un Estado contratante que no tenga competencia puede solicitar o pedir a las partes que soliciten a una autoridad en un Estado contratante de la residencia habitual del niño a transferir la competencia en un caso en particular.
Artículo 33	Solicitudes concernientes a la colocación transfronteriza: la Autoridad Central o autoridad competente de los Estados contratantes debe consultar a la Autoridad Central o autoridad competente en otro Estado contratante con respecto a la colocación en ese otro Estado de un niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal por <i>kafala</i> u otra institución análoga. El Estado requirente debe suministrar un informe con las razones de la colocación. El Estado requerido comunicará su decisión con respecto a la colocación propuesta.
OTRAS FUNCIONES QUE PUEDEN DESEMPEÑAR LAS AUTORIDADES CENTRALES, AUTORIDADES COMPETENTES U OTRAS AUTORIDADES PÚBLICAS SEGÚN SEAN DETERMINADAS POR EL ESTADO CONTRATANTE ²¹	
Artículo 23, 24	Recepción y transmisión de solicitudes relacionadas con el reconocimiento o no reconocimiento de las medidas.
Artículo 26	Declaración de exequátur o registro para la ejecución de medidas de protección tomadas en otros Estados contratantes.
Artículo 28	Ejecución de medidas de protección.

²¹ Por ejemplo: dependencias de gobierno, tribunales, autoridades / tribunales administrativos, servicios de bienestar del menor, profesionales de la salud, servicios de bienestar social, servicios de asesoramiento, servicios de los tribunales, servicios de policía, profesionales de mediación. Los Estados deberían garantizar que cada autoridad tenga las facultades y los recursos necesarios para desempeñar efectivamente sus funciones en virtud del Convenio. Pueden ser asimismo necesarios los procedimientos para garantizar que las autoridades conozcan las responsabilidades y funciones desempeñadas por las distintas autoridades en el Estado.

Artículo 31 a)	Autoridades para facilitar la comunicación y ofrecer asistencia en virtud de los artículos 8 y 9 y del Capítulo V.
Artículo 31 b)	Facilitar soluciones amistosas para las medidas de protección a las cuales se aplica el Convenio.
Artículo 31 c)	Ayudar, a petición de una autoridad competente, a localizar al niño cuando parezca que éste necesita protección.
Artículo 32 a)	Proporcionar un informe sobre la situación del niño en el Estado de residencia habitual.
Artículo 32 b)	Solicitar a la autoridad competente que examine la oportunidad de adoptar medidas para la protección del niño.
Artículo 34(1)	Recibir o transmitir solicitudes de información pertinente a la protección del niño. Los Estados pueden declarar que las solicitudes en virtud del Artículo 34(1) sólo sean comunicadas a través de su Autoridad Central.
Artículo 35(1)	Prestar asistencia para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de visita.
Artículo 35(2)	Las Autoridades del Estado contratante donde resida un progenitor que no tenga la custodia pueden, previa solicitud, recopilar información y pronunciarse acerca de la aptitud del progenitor para ejercer el derecho de visita. Las Autoridades de un Estado contratante que consideren una solicitud por parte de un progenitor extranjero del derecho de visita a un niño admitirán y considerarán la información recopilada, o las conclusiones hechas, por las autoridades del Estado contratante donde reside el progenitor extranjero.
Artículo 36	En el caso en el que un niño haya sido trasladado y esté expuesto a un grave peligro, las autoridades competentes que entienden en los procedimientos informarán al Estado donde se encuentra ubicado el niño acerca del peligro (no obstante el art. 37).
Artículo 40	En virtud del artículo 40 se puede expedir un certificado a una persona que tenga responsabilidad parental o a quien se le haya confiado la protección de la persona o los bienes del niño. El certificado debería indicar la calidad en la que el titular puede actuar.

ANEXO IV

Recursos disponibles en algunos Estados que pueden ser de utilidad para otros Estados

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

< www.hcch.net >

AUSTRALIA (inglés)

Family Law (Child Protection) Regulations 2003 (Cth) (Reglamento de 2003 sobre Derecho de familia (Protección de niños) (Cth))

<http://www.comlaw.gov.au/comlaw/legislation/LegislativeInstrumentI.nsf/0/71EB7B19DB0B4659CA256F700080E993?OpenDocument>

Family Law Act 1975 (Cth) – Division 4 (Ley de familia de 1975 (Cth) – División 4)

<http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilationI.nsf/current/bytitle/59D7F763D13627B5CA2573B5001A451B?OpenDocument&mostrecent=1>

Child Protection (International Measures) Act 2003 (Qld) (Ley de Protección de niños (Medidas internacionales) de 2003 (Qld))

<http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/C/ChildProtInMA03.pdf>

Child Protection (International Measures) Act 2006 (NSW) (Ley de Protección de niños (Medidas internacionales) de 2006 (NSW))

[http://www.legislation.nsw.gov.au/scanview/inforce/s/1/?TITLE=%22Child%20Protection%20\(International%20Measures\)%20Act%202006%20No%2012%22&nohits=y](http://www.legislation.nsw.gov.au/scanview/inforce/s/1/?TITLE=%22Child%20Protection%20(International%20Measures)%20Act%202006%20No%2012%22&nohits=y)

Child Protection (International Measures) Act 2003 (Tas) (Ley de Protección de niños (Medidas internacionales) de 2003 (Tas))

http://www.thelaw.tas.gov.au/tocview/index.w3p;cond=;doc_

[id=23%2B%2B2003%2BAT%40EN%2B20080731230000;histon=;prompt=;rec=;term](http://www.thelaw.tas.gov.au/tocview/index.w3p;cond=;doc_id=23%2B%2B2003%2BAT%40EN%2B20080731230000;histon=;prompt=;rec=;term)

UNION EUROPEA (inglés, francés, español)

Decisión del Consejo de 5 de junio de 2008 por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de 1996

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:151:0036:0038:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:151:0036:0038:FR:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:151:0036:0038:ES:PDF>

DINAMARCA (danés)

Lov om Haagerbørnebeskyttelseskonventionen (Ley sobre el Convenio de 1996)

<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=31721>

FRANCIA (francés)

Enfance : responsabilité parentale et protection des enfants (convention de La Haye) (Infancia: responsabilidad parental y protección de niños (Convenio de La Haya))

http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/lahaye_responsabilite_parentale.asp

IRLANDA (inglés)

Protection of Children (Hague Convention) Act, 2000 (Ley sobre Protección de niños (Convenio de La Haya) de 2000)

<http://www.irishstatutebook.ie/2000/en/act/pub/0037/index.html>

PAÍSES BAJOS (holandés)

Uitvoeringswet internationale kinderbescherming (Ley sobre protección internacional de niños de 16 de febrero de 2006)

<http://wetten.overheid.nl/BWBR0019574/>

SUIZA (francés, alemán, italiano)

Announcement and documents - Towards more effective protection of the children in cases of international abduction, 28 February 2007

Vers une protection plus efficace des enfants en cas d'enlèvement international

Entführte Kinder werden besser geschützt

Migliore protezione dei minori rapiti

(Hacia una protección más eficaz de los niños en casos de sustracción internacional, 28 de febrero de 2007)

http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2007/ref_2007-02-281.html

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Oficina Permanente

Churchillplein 6b

2517 JW La Haya

Países Bajos

Teléfono: +31 70 363 3303

Fax: +31 70 360 4867

Correo electrónico: secretariat@hcch.net

Sitio web: www.hcch.net

