

PONENCIA CGPJ: “**Convenio de La Haya de 1996. Repercusiones prácticas**”.

Autora: **Sra. M^a del Pilar Tintoré.**

El Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños aborda una amplia gama de cuestiones relativas a la protección internacional de niños y relativo a cuestiones transfronterizas de protección de niños.

Entre los niños que podrían resultar beneficiados por la implementación del Convenio de 1996 se encuentran los siguientes:

- (a) Aquellos que sean objeto de controversias internacionales entre los progenitores en materia de custodia o contacto;
- (b) 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);
- (c) 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;
- (d) Aquellos que sean objeto de tráfico transfronterizo y otras formas de explotación, tales como el abuso sexual;
- (e) Aquellos que sean refugiados o menores no acompañados.

Objetivos del Convenio de 1996

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.

En este contexto, el artículo 1 establece los objetivos del Convenio en forma específica.

El 1er objetivo 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.

El 2º y el 3º objetivos, se relacionan con la determinación de la **ley aplicable**. El 2º identifica la ley aplicable por las autoridades en el ejercicio de su competencia. El 3º identifica la ley aplicable específicamente a la responsabilidad parental que surge sin intervención de autoridad judicial o administrativa alguna.

El 4º objetivo, consiste en asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes.

El 5º y último, consiste en establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la **cooperación** necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.

Ámbito de aplicación

Las medidas de protección sólo se aplicarán en un Estado contratante después de la entrada en vigor del convenio en dicho estado contratante.

a. Ámbito personal

¿A qué niños se aplica el Convenio?

El Convenio se aplica **a todos los niños** (“ y hago un inciso en “todos” porque cabe destacar que el Convenio puede aplicarse incluso si el niño afectado NO es ni residente habitual en un estado contratante, ni un nacional de un Estado contratante” El artículo 6 se funda únicamente en la PRESENCIA del niño en el estado contratante) **a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años.**

¿Pueden aplicarse las disposiciones del Convenio con respecto a niños que no sean residentes habituales en un Estado contratante?

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 de los artículos 6, 11 o 12 del Convenio de 1996. 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 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; pero, **no existe nada que impida** a las autoridades ejercer su competencia fundándose en normas de su Estado no previstas en el Convenio. En este caso, el beneficio de ejercer la competencia en función de las normas del Convenio, es que la medida será reconocida y ejecutable en todos los demás Estados contratantes. Y si, se ejerce la competencia en base a competencias no previstos en el Convenio, las medidas de protección no tienen derecho a ser reconocidas y ejecutadas en virtud del Convenio.

b) Ámbito material

¿Qué cuestiones están cubiertas por el Convenio?

El Convenio fija normas respecto de las “medidas destinadas a la protección de la persona o los bienes del niño”. 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 detalladamente en el artículo 3, pudiendo entrar a debate la terminología utilizada para los distintos conceptos que varían entre los estados, entre guarda, autoridad parental, patria potestad, así como también la propia “responsabilidad parental”, siendo algunos ejemplos.

Incluso cuando se encuentre el propio término “reponsabilidad parental” en el derecho nacional de un Estado, la interpretación dada al término en el derecho nacional no debe ser necesariamente considerada como equivalente a su interpretación en el Convenio. Al término utilizado en el Convenio se le debería dar un significado autónomo del Convenio.

En cuanto a los “derechos de visitas” y “derechos de custodia” definidos en el art. 3b), la redacción replica aquella del art. 5b) del Convenio del 80. Esto es internacional y los términos “derecho de custodia” y “derechos de visita” deberían interpretarse de manera consistente para garantizar la complementariedad de los dos convenios. La jurisprudencia interna destacada sobre el significado de estos términos en virtud del Convenio de 1980. Estos términos tienen significados autónomos del Convenio y deberían ser interpretados independientemente de cualquier concepto jurídico interno.

COMPETENCIA JUDICIAL

¿Cuándo pueden adoptarse medidas de protección en virtud del artículo 11?

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 necesarias.

¿Cuándo es “urgente” un caso?

El Convenio **no prevé** una definición. Por lo tanto corresponderá a las autoridades judiciales / administrativas en el Estado contratante, determinar si una situación particular es “urgente”.

Ejemplo. 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 podría entrañar un perjuicio irreparable para el niño, o para la protección del niño o sus intereses. 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 protegerlo, 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**.

¿Qué son medidas de protección “necesarias”?

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, son medidas dirigidas 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 excluidas. No obstante ello, los redactores del Convenio evitaron deliberadamente establecer qué medidas de protección “necesarias” y 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”. 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.

Medidas provisionales

¿Cuándo pueden adoptarse medidas provisionales?

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 adoptaron estas medidas.

-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 10.

-En un caso donde haya existido un desplazamiento o retención ilícitos 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 ilícita. Esto se encuentra excluido expresamente en virtud de los términos del artículo 7(3).

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.

El “cambio” exacto “de las circunstancias” al que el artículo 14 dependerá del artículo del Convenio en el que se fundaba la competencia al momento de la adopción de las medidas de protección. En todos los casos, las medidas de protección adoptadas previamente continuarán en vigor a pesar de este “cambio de las circunstancias”. 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 lo tanto, estas medidas dejarán de surtir efecto en sus propios términos.** Con relación a los artículos 11 y 12 en materia de casos de urgencia y medidas provisionales, los propios términos de tales artículos indican el alcance temporal de las medidas y, por lo tanto, **el artículo 14 NO es aplicable a las medidas adoptadas en virtud de estas bases de competencia.**

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

Al ejercer su competencia 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 internas. 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. Las autoridades deberían asegurarse de que la aplicación o consideración de la ley extranjera sirva al interés superior del niño.

¿Cuándo la residencia habitual del niño cambia de un Estado contratante a otro?

Un cambio en la residencia habitual del niño conlleva un cambio de las autoridades competentes para tomar medidas de protección respecto al niño.

¿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 tomada en el lugar anterior de su residencia habitual?

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. El Convenio **NO define las “condiciones de aplicación”** de las medidas de protección. No obstante, 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.

La dificultad que se plantea esta 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)).

Destacar que el artículo 15(3) no es aplicable si el niño toma 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 aplicarse.

¿Cuándo se reconocerá y se ejecutará una medida de protección adoptada en un Estado contratante en otro Estado contratante?

Las medidas de protección adoptadas en un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes. El reconocimiento “de pleno derecho” significa que no es necesario iniciar procedimientos para que se reconozca la medida en el Estado contratante requerido, para que surta efecto allí.

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 medida 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 telefónica. En tales circunstancias será habitualmente una buena práctica dar seguimiento con un documento escrito que pruebe la medida a la brevedad posible.

¿Cuándo se ejecutará una medida de protección adoptada en un Estado contratante en otro Estado contratante?

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 contratante. 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 Estado.

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 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. 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 internas.