



**Nota explicativa sobre cuestiones específicas del
Convenio de 19 de octubre de 1996**

INDICE

ANTECEDENTES	i
1. Competencia de las autoridades de la residencia habitual del niño	1
2. Transferencia de jurisdicción (arts. 8 y 9)	3
3. Medidas de Protección respecto a los bienes de los niños (especialmente arts. 1, 3, y 55)	4
4. Medidas de protección en situaciones de urgencia (art. 11)	6
5. Medidas de protección provisionales (art. 12)	6
6. Reconocimiento y ejecución de medidas de protección extranjeras (arts. 23 a 28, 43 y 54)	7
7. Rol de las Autoridades Centrales	10
8. Comunicaciones Judiciales Directas	12
9. Relación entre los Convenios de La Haya de 1996 y 1980	14

ANTECEDENTES

En el mes de septiembre de 2013, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ("Conferencia de La Haya"), convocó a funcionarios expertos de Órganos Nacionales, Ministerios de Relaciones Exteriores, Ministerios de Justicia, Abogacías del Estado, Poderes Judiciales, Jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya, Autoridades Centrales, Autoridades de Niñez y reconocidos académicos de la región, a contribuir con los trabajos preparatorios de la Reunión Latinoamericana sobre la Protección Internacional de Niños y la Obtención de Alimentos en el Extranjero ("La Reunión de Santiago").

La Reunión de Santiago, co-organizada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) y el Heidelberg Center para América Latina, tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 4 y el 6 de diciembre de 2013 y se centró en el análisis y discusión del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección Internacional de Niños¹ ("Convenio de 1996") y el Convenio de La Haya de 2007 sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero ("Convenio de 2007").

Los principales objetivos de la Reunión de Santiago fueron, entre otros, los siguientes:

- Considerar los beneficios que pueden brindar los Convenios de La Haya de 1996 y 2007, y facilitar el estudio de ambos instrumentos por parte de las autoridades nacionales y otros actores relevantes de la región
- Discutir con autoridades nacionales y otros actores relevantes de la región el potencial impacto que podría tener la entrada en vigor de los Convenios de 1996 y 2007, y responder preguntas sobre su implementación y funcionamiento, a la luz de sus respectivos Informes Explicativos, Manuales, Listas de Control de implementación, y el Estudio preliminar del Convenio de 1996 (disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >)
- Difundir el resultado de los trabajos y productos desarrollados en el marco de esta iniciativa y ponerlos a disposición de los actores relevantes de la región

Los trabajos preparatorios de la reunión incluyeron el envío de cuestionarios relativos a aspectos teóricos y prácticos relacionados con los Convenios de 1996 y 2007 a diversas autoridades nacionales y académicos de la región y el intercambio de experiencias y opiniones sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 entre Autoridades Centrales y Jueces de la Red de La Haya.

En función de las respuestas recibidas se prepararon dos documentos de trabajo que fueron discutidos en la reunión, para luego ser ajustados y desarrollados, y finalmente aprobados para su publicación por los expertos que participaron de la misma. Los dos documentos resultantes del trabajo mencionado fueron la "Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio de 1996" (que sigue a continuación); y el "Estudio de impacto jurídico y práctico del Convenio de 2007 en los Estados Latinoamericanos".

El presente documento, que recoge los cambios propuestos al borrador de Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio de 1996, debe ser leído

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 el sitio web de la Conferencia de La Haya disponibles en < www.hcch.net >, luego "Convenios".

conjuntamente con el Informe Explicativo del Convenio de 1996² y con el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio³, del cual se han extraído varios párrafos para la elaboración de este documento, ya que no tiene por finalidad realizar un análisis exhaustivo ni detallado del Convenio sino brindar luz sobre determinados aspectos jurídicos que por sus características generan o han generado inquietud en los Estados de América Latina al momento de analizar el Convenio.

² 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. En adelante, toda referencia al "Informe Explicativo del Convenio", o al "Informe Explicativo", aludirá a este documento. El Informe Explicativo se encuentra disponible en < www.hcch.net > "Publicaciones" luego "Informes Explicativos". En adelante, se hará referencia a este documento simplemente como "el Informe Explicativo".

³ 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. Disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net > Protección internacional del niño, la familia y las relaciones patrimoniales de la familia, luego Protección de los niños (1996) - [34], luego Publicaciones de la HCCH. En adelante, toda referencia al "Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio", al "Manual Práctico" o al "Manual", aludirá a este documento.

NOTA EXPLICATIVA SOBRE CUESTIONES ESPECÍFICAS DEL CONVENIO DE 1996

1. Competencia de las autoridades de la residencia habitual del niño

Residencia habitual del niño

La residencia habitual es el principal punto de conexión y la base para la competencia utilizados en el Convenio de 1996. El uso de la residencia habitual es un punto común a todos los Convenios de La Haya modernos sobre Niños. 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 interno⁴.

Tal como surge del párrafo citado, se ha evitado definir el término residencia habitual para que los operadores puedan definirla en cada caso, tomando en cuenta todas las circunstancias específicas que resulten pertinentes⁵.

La elección de la residencia habitual como punto de conexión principal en el Convenio tiene diversos fundamentos. En la Conferencia de La Haya como en otros foros legislativos como la OEA o la Unión Europea, se han dejado de lado paulatinamente otros puntos de contacto jurisdiccionales como la nacionalidad y el domicilio, por entender que la mayor proximidad de las autoridades con el caso facilita el acceso a la justicia de las partes, el debido proceso, y en definitiva la tutela efectiva de los derechos en juego. En otras palabras, en la actualidad el punto de conexión residencia habitual se ha consolidado como el más efectivo y apropiado para proteger los intereses de los niños en la mayoría de los casos.

Dentro de las razones prácticas que subyacen a esta elección, se encuentra la proximidad del niño y su entorno con las autoridades llamadas a decidir. Ello permite, entre otras cosas, un adecuado acceso del Juez y los auxiliares de justicia a las partes y los elementos de prueba que fueren necesarios. Recordemos que en cuestiones de familia y niñez existen distintos agentes que pueden intervenir en el tratamiento del caso (abogados, defensores, fiscales, psicólogos, trabajadores sociales, médicos, etc.).

En síntesis, el Convenio presupone que el juez de la residencia habitual del niño es el que se encuentra en mejor posición para apreciar cuál es el interés superior del niño en las situaciones por él cubiertas. Tal importancia le atribuye el Convenio a la apreciación del interés superior del niño por parte del juez que, excepcionalmente, en caso que no fuera el juez de la residencia habitual el mejor posicionado para

⁴ Manual Práctico, párr. 13.83.

⁵ Al respecto, puede ser de utilidad el ejemplo brindado en el párrafo 13.87 del Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵ (en adelante, el "TJUE") ha comentado el concepto de residencia habitual en el contexto del Reglamento Bruselas II a⁵. 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"⁵ [Traducción no oficial]."

realizar la debida apreciación, se abriría la posibilidad de transferir la competencia a aquel juez que estuviera en mejores condiciones para hacerlo (*e.g.* transferencia de competencia prevista en los artículos 8 y 9 que se abordará más adelante).

Conflictos positivos y negativos de competencia

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 competencia⁶.

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 examen⁷.

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 esencia. 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 niño⁸.

En el caso específico de la sustracción internacional de niños, el eventual conflicto positivo de competencias -entre las autoridades del país de residencia habitual previa al traslado, y las autoridades del país donde el niño ha sido trasladado-, se resuelve a través del artículo 7, que determina que las autoridades de la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado conservan la competencia hasta tanto, bajo determinadas condiciones, cambie la residencia habitual del niño.

A su vez, el Convenio prevé en su artículo 6 una solución para ciertas situaciones de conflictos negativos de competencia, de manera de evitar una denegación de justicia. Se trata del caso de niños refugiados o desplazados, o cuando no sea posible determinar la residencia habitual del niño, dotándose de competencia a las autoridades del lugar donde se encuentra el niño.

Finalmente, puede ser útil tener en cuenta que cuando las autoridades a las que se acude "en segundo lugar" tengan dudas acerca de si se dan los supuestos para asumir competencia o no en un caso concreto (*e.g.* necesitan saber si ya se solicitaron las "medidas correspondientes" a la otra autoridad), pueden considerar pertinente indagar a las autoridades del otro Estado respecto de estas cuestiones. Esas averiguaciones podrían hacerse a través de comunicaciones judiciales directas, o con la asistencia de las Autoridades Centrales de ambos Estados⁹.

⁶ Manual Práctico, párr. 4.29.

⁷ Manual Práctico, párr. 4.30.

⁸ Manual Práctico, párr. 4.31.

⁹ *Confr.* Manual Práctico, párr. 4.35.

2. Transferencia de jurisdicción (arts. 8 y 9)

A modo de excepción a las normas generales de competencia, 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 Convenio a las autoridades de los Estados contratantes que no la tienen. La competencia se transferirá únicamente cuando se cumplan determinadas condiciones y sólo a las autoridades de otro Estado contratante con el cual el niño tenga un determinado vínculo¹⁰.

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] necesidad"¹¹.

En síntesis, la competencia sólo puede transferirse de manera excepcional, cuando ello obedece a la necesidad de asegurar que el interés superior del niño sea valorado por la autoridad que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo; y solamente puede ser asumida por alguna de las autoridades que el Convenio prevé expresamente (art. 8.2), siempre y cuando las autoridades interesadas (autoridad con competencia originaria y autoridad requerida) estén de acuerdo en que la transferencia es la mejor forma de proteger el interés superior del niño.

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 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 sentido¹².

Jurisdicciones cuyos ordenamientos jurídicos no prevén la transferencia de competencia

De la revisión de las actas de las sesiones de negociación del Convenio, surge que el tema de la transferencia de jurisdicción fue ampliamente debatido. La cuestión fue introducida por los expertos provenientes de sistemas del *Common Law*, quienes pretendían introducir la doctrina del *forum non conveniens* en el Convenio. Sin embargo, la iniciativa fue resistida por algunos expertos provenientes de sistemas de derecho romano germánico, los cuales no contemplan esta figura. El resultado de la discusión fue una solución de compromiso entre las dos posturas, la cual quedó reflejada en los actuales arts. 8 y 9 del Convenio. Es decir, el mecanismo incorporado se inspira en la doctrina del *forum non conveniens*, pero se construye desde una perspectiva infanticéntrica, donde la apreciación del interés superior del niño es la consideración primordial, y la única justificación para que, excepcionalmente, las autoridades de los dos países involucrados valoren la posibilidad de transferir la jurisdicción.

Asimismo, no obstante tratarse de una situación prevista como excepcional en el Convenio, de la lectura de los antecedentes se puede afirmar que la intención de los delegados fue permitir que la autoridad competente disponga de este mecanismo y

¹⁰ Manual Práctico, párr. 5.1.

¹¹ Manual Práctico, párr. 5.4.

¹² Manual Práctico, párr. 5.17.

se sirva de él cuando el interés superior del niño así lo demande¹³. En otras palabras, se podría concluir que los Estados que incorporan el Convenio a sus ordenamientos asumen la responsabilidad de poner a disposición de los operadores todos los mecanismos allí previstos, y por ello, ante un caso concreto debería ser posible transferir la jurisdicción si se cumplieran todas las condiciones previstas en el Convenio.

La experiencia indicaría que la solución incorporada al Convenio ha logrado su cometido, pues dentro de los Estados que hoy son parte del Convenio se identifican tanto países del *Common Law* como países de tradición romano germánica¹⁴.

A los efectos de la implementación del Convenio y en particular de las disposiciones que prevén la transferencia de jurisdicción, puede ser importante señalar que, de acuerdo a como opere la jerarquía normativa de los Tratados Internacionales en el respectivo país, podría o no ser necesaria una adecuación de la ley interna. En muchos ordenamientos jurídicos los Tratados Internacionales prevalecen sobre la normativa interna y en otros casos tienen el mismo rango. Por ende, la incorporación del Convenio podría modificar indirectamente la normativa interna en aquello que se contraponga con el Convenio.

A su vez, para aquellos países donde las normas procesales se consideran parte del orden público de ese país, cabe recordar que el orden público interno y el orden público internacional poseen distintos alcances, siendo este último mucho más restrictivo (*i.e.* principios fundamentales que hacen a la esencia y a la individualidad jurídica de un Estado). De ahí que en muchos casos la noción de orden público internacional no alcanzaría a las normas procesales que se ocupan de la distribución de la competencia. La distinción anterior resulta importante al momento de analizar la compatibilidad del Convenio con el derecho interno de un Estado dado, pues el hecho de que alguna disposición del Convenio no esté prevista en el derecho interno, o inclusive contravenga alguna norma considerada de "orden público interno", no necesariamente implica que tal disposición del Convenio sería incompatible con el derecho de aquel Estado¹⁵.

3. Medidas de Protección respecto a los bienes de los niños (especialmente arts. 1, 3, y 55)¹⁶

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. El art. 3 *g*), por su parte, incluye dentro del ámbito de aplicación del Convenio a "la administración, conservación o disposición de los bienes del niño". Esta fórmula ha sido explicada y comentada en varios documentos de la Conferencia de La Haya¹⁷, en los cuales se ha señalado que al incluir la protección de los bienes entre los objetivos

¹³ La ante penúltima frase del párrafo 54 del Informe Explicativo permite vislumbrar el criterio de que los Estados deben realizar los ajustes que fueran necesarios en sus respectivos ordenamientos para que los mecanismos previstos en el Convenio se encuentren a disposición de los operadores.

¹⁴ En la región se destacan actualmente los casos de Ecuador, República Dominicana y Uruguay.

¹⁵ Este parece ser el caso del Uruguay, cuya ley 15.750 (Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales), establece en su art. 6 in fine "La prórroga de jurisdicción está prohibida", sin embargo expertos uruguayos consultados consideran que dicha disposición no forma parte del "orden público internacional" de ese país, motivo por el cual ha ratificado Convenios Internacionales, que -como el Convenio de 1996- permiten la prórroga de jurisdicción.

¹⁶ Para una mayor referencia véase el Capítulo 13. G del Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio

¹⁷ Informe Explicativo y Manual Práctico.

del Convenio se tuvo por finalidad regular cuestiones relativas a la administración de los bienes que el niño pueda tener en el extranjero y el alcance de los poderes de sus administradores. En cambio, no se refiere a cuestiones como la calidad de los bienes, los derechos de las partes, la capacidad de adquirirlos, los modos de transferirlos, o las solemnidades que deben acompañar esos actos, no interfiriendo por consiguiente con los sistemas de derecho de propiedad ni abarcando 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 bienes¹⁸.

Es por este alcance limitado a determinados aspectos de las medidas de protección sobre los bienes del niño que el articulado del Convenio no colisionaría con las normas internas de los Estados cuyos sistemas jurídicos contemplan la aplicación de la *lex rei sitae* a los aspectos sustanciales de los bienes en ellos situados.

Sin embargo, si un Estado parte quisiera garantizar la aplicación de la *lex rei sitae* también a aquellos aspectos de los bienes situados en su territorio a los que hace referencia el Convenio (administración, conservación o disposición de los bienes del niño), podría recurrir a las reservas previstas en el art. 55¹⁹.

El artículo 55 del Convenio contempla la posibilidad de efectuar una reserva a las normas generales de competencia que establecen la competencia principal de las autoridades del Estado de residencia habitual del niño para adoptar medidas de protección sobre su persona o sus bienes. En tal sentido, permite a los Estados parte reservarse la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio (art. 55 1) a) y les otorga el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o una medida de protección que sería incompatible con una medida adoptada por sus autoridades en relación a dichos bienes (art. 55 1) b).

Si bien el Convenio solo habilita a los Estados a reservarse la competencia, no mencionando la ley aplicable, lo cierto es que al reservar la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección sobre los bienes de un niño situados en su territorio, automáticamente estará garantizando la aplicación de la *lex rei sitae*, por coincidir esta con la *lex fori*, aplicable en virtud del art. 15 1) del Convenio. En efecto, el Convenio establece como regla general la aplicación de la *lex fori*. La decisión de que cada juez aplique su propia ley tuvo por objetivo primordial facilitar la labor de la autoridad que entiende en el caso, permitiéndole aplicar la ley que mejor conoce.

¹⁸ “[...] 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 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”. Manual Práctico, párr.13.72.

¹⁹ Cerca de la mitad de los Estados parte del Convenio han hecho uso de esa reserva, adoptando ya sea uno o ambos apartados del artículo 55: Albania, Bulgaria, Croacia, Chipre, Hungría, Latvia, Lituania, Malta, Montenegro, Polonia, Rumania, Federación Rusa, Eslovaquia, España, Suiza, Ucrania y Armenia. Información recogida a Mayo de 2014

4. Medidas de protección en situaciones de urgencia²⁰ (art. 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.²¹

El Convenio no prevé una definición autónoma respecto de qué constituyen “casos de urgencia”. Por lo tanto, corresponderá a las autoridades judiciales/administrativas del Estado contratante en cuestión determinar si una situación particular es “urgente”. Sin embargo, los expertos consideran que siendo la situación de “urgencia” la que justifica la derogación de las normas generales de competencia del Convenio, se debería dar una interpretación estricta a este concepto.

Las medidas de protección que pueden tomarse en situaciones de urgencia tienen el mismo alcance material que las medidas que pueden adoptarse en virtud de los artículos 5 a 10 del Convenio (el Convenio prevé una lista no exhaustiva en el artículo 3 de las medidas posibles, y en el artículo 4 se prevé una lista exhaustiva de las cuestiones excluidas), y pueden ser extremadamente útiles en diversas situaciones, por ejemplo: i) niños no acompañados, víctimas de tráfico o inmigrantes irregulares, que en numerosas oportunidades requieren de una inmediata protección en el lugar donde son encontrados, y una posterior coordinación con las autoridades de su residencia habitual para facilitar una reinserción segura en sus respectivas comunidades; o ii) sustracciones internacionales de niños, para facilitar su regreso seguro, mediante el dictado de las medidas de protección que resultaren necesarias (e.g. custodia provisoria o impedimento de contacto, etc.). Esta disposición sería aplicable generalmente en lugar de las órdenes espejo, que se usan con cierta frecuencia mayormente en los sistemas del *Common Law*. Inclusive, algunos expertos consideran que estas medidas de protección urgentes podrían también proveer protección al progenitor cuidador del niño, en la medida que dicha protección fuera necesaria para la efectiva protección de este último.

Las medidas urgentes del art. 11 son distintas de las medidas provisionales del art. 12, porque las primeras se dan en un contexto de urgencia, y en razón de ello pueden modificar las medidas tomadas por las autoridades competentes según los arts. 5 a 10 (ello no es posible a través de una medida provisional), además, las medidas urgentes ante una situación de sustracción de niños pueden ser ordenadas por las autoridades del país al cual el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido, mientras que dichas autoridades en principio no pueden dictar medidas provisionales (art. 7.3).

5. Medidas de protección provisionales (art. 12)

Independientemente de los casos de urgencia, el artículo 12 prevé un criterio específico de atribución 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 su persona o sus bienes.

Estas medidas provisionales tienen tres características: i) están restringidas al territorio del Estado contratante cuyas autoridades adoptan estas medidas; ii) no

²⁰ Para una mayor referencia véase el Capítulo 6 del Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio

²¹ Manual Práctico, párr. 6.1.

deben ser incompatibles con las medidas ya adoptadas por las autoridades competentes según los artículos 5 a 10; y iii) en los casos de sustracciones internacionales de niños no pueden ser adoptadas por las Autoridades del país de refugio, si aún conserva la competencia el Estado contratante de la residencia habitual del niño inmediatamente anterior a la sustracción.

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.). 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 Estado²².

6. Reconocimiento y ejecución de medidas de protección extranjeras (arts. 23 a 28, 43 y 54)²³

Tal como lo destacan el Informe Explicativo y el Manual Práctico, el Convenio distingue el reconocimiento (art. 23 a 25), la declaración de ejecutabilidad, el registro de las medidas de protección a los fines de su ejecución (art. 26 y 27) y, finalmente, la ejecución *stricto sensu* (art. 28).

El Convenio prevé el reconocimiento de pleno derecho en todo Estado contratante de las medidas adoptadas en otro Estado contratante. Ello implica que el reconocimiento de la decisión se da automáticamente, es decir que la medida adoptada en un Estado será reconocida en otro Estado parte del Convenio sin necesidad de trámite alguno, en tanto y en cuanto no comporte actos de ejecución.

Cuando lo que se desea es impulsar un acto de ejecución de esa medida en un ordenamiento jurídico diferente a aquel en el cual fue dictada, deberá solicitarse la declaración de exequátur o el registro de la medida a los fines de ejecución en este otro Estado.

El Convenio no establece el procedimiento a seguir para el exequátur, limitándose a indicar que deberá ser simple y rápido. Corresponderá entonces a cada Estado decidir cuál es el procedimiento a seguir (e.g. tipo de proceso, plazos, instancias de apelación, etc.) y cuál la autoridad ante la cual deberá tramitar la solicitud (e.g. Primera Instancia, Corte Suprema, etc.), siempre y cuando respete las pautas de celeridad y sencillez establecidas por el Convenio.

El Convenio de 1996, siguiendo el criterio imperante en otros Convenios de La Haya, flexibiliza los recaudos formales vinculados a la presentación de la solicitud y transmisión de documentación, de modo de facilitar el acceso a la justicia y la protección efectiva de las personas a las cuales busca beneficiar. Es por ello que bastará con que quien solicita la declaración de exequátur o registro de una medida de protección presente el documento por el cual se concede la medida, el cual no deberá seguir formalidad alguna, estando incluso exento de legalizaciones o cualquier otra formalidad análoga (art. 43). Asimismo, el Convenio prevé la remisión

²² Manual Práctico, párr.7.2.

²³ Para una mayor referencia véase el Capítulo 10.A y 10.B del Manual Práctico.

de la documentación en idioma original, acompañada de una traducción al idioma oficial del Estado requerido y si ello no fuere posible, en inglés o francés (art. 54).

Una vez presentada la documentación, la autoridad interviniente deberá declarar su ejecutabilidad o registrarla, para lo cual no podrá analizar el fondo de la medida adoptada (art. 27), debiendo limitarse a valorar el cumplimiento de los recaudos procesales y materiales establecidos taxativamente en el art. 23 (2).

Declarada la ejecutabilidad de la medida o registrada la misma, deberá ejecutarse en el Estado requerido como si hubiera sido adoptada por las autoridades de ese Estado y en la medida en que lo permita la ley de ese Estado (art. 28).

Reconocimiento anticipado de medidas de protección (art. 24)²⁴

Al producirse el reconocimiento de las medidas de protección de pleno derecho, será recién al momento de pedir su ejecución en otro Estado cuando deberá resolverse una eventual impugnación sobre la existencia de un motivo de no reconocimiento. Esta fecha puede ser demasiado tardía y toda persona interesada puede tener un interés legítimo en aclarar la duda que puede existir sobre la existencia de un motivo de no reconocimiento sin demora²⁵.

El reconocimiento anticipado de medidas de protección puede ser utilizado entonces para disipar las dudas que pueda haber en cuanto a la existencia de un motivo de no reconocimiento de una decisión. La necesidad de reconocimiento anticipado surge sobre todo en casos en los cuales el niño aún no ha entrado en el Estado requerido pero lo hará en un futuro próximo.

El reconocimiento anticipado será de gran utilidad para aliviar las preocupaciones de los progenitores de que las órdenes de contacto no sean respetadas por las partes en otros Estados contratantes. Ello puede darse por ejemplo cuando un niño deba viajar a otro Estado por un período de contacto o cuando un progenitor desea reubicarse internacionalmente con su hijo. En ambos casos, el progenitor que debe autorizar la visita en el extranjero o la reubicación puede temer que el niño no regrese al final del período indicado para la visita o que no se haga efectivo en el otro Estado el derecho de visita otorgado en el Estado de residencia habitual del niño. El reconocimiento anticipado de las órdenes de guarda y de contacto vigentes por las autoridades del Estado contratante al cual se trasladará el niño garantizará que se respetarán esos derechos o pondrá una señal de alerta sobre la necesidad de adoptar medidas que garanticen el ejercicio de los derechos del progenitor que deba autorizar un viaje al extranjero o la reubicación de un niño en otro país.²⁶

El procedimiento a seguir para la obtención de la decisión relativa al reconocimiento o no reconocimiento será determinado por la ley del Estado requerido.

El uso de esta herramienta requiere un apropiado conocimiento del Convenio por parte de los operadores jurídicos, especialmente de los jueces. Es por ello que al momento de implementar el Convenio sería conveniente que se realicen seminarios de capacitación y entrenamiento, de modo de aprovechar al máximo las posibilidades que el texto brinda a los operadores involucrados en la protección internacional de niños.

²⁴ Para una mayor referencia véase el Capítulo 10.C del Manual Práctico.

²⁵ *Confr.* Informe Explicativo, párr. 129

²⁶ *Confr.* Manual Práctico, párr. 13.20.

Casos especiales de reconocimiento

- *Reconocimiento de una medida de protección extranjera en una jurisdicción que no contempla estas medidas*²⁷

Las medidas de protección de niños adoptadas por un Estado contratante del Convenio deben ser reconocidas de pleno derecho en los demás Estados contratantes y, una vez reconocidas, aplicadas como si hubieran sido dictadas por ese Estado.

Ese principio general también se aplica, con algunos matices, cuando la medida no esté prevista o contemplada en el Estado en el cual habrá de hacerse efectiva.

En efecto, ante una solicitud de exequátur de una medida de protección ajena a su sistema jurídico, la autoridad requerida deberá valorar si ésta contraría de un modo manifiesto el orden público de su Estado, teniendo en cuenta en tal valoración el interés superior del niño²⁸. En caso negativo, la declarará ejecutable.

La ejecución de esa medida se realizará conforme a la ley del Estado requerido y en la medida permitida por dicha ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Este podría ser el caso de una solicitud de exequátur de la protección de un niño a través de la institución de la *kafala*²⁹ que deba ser ejecutada en un Estado Latinoamericano. Si bien esta institución no ha sido receptada por los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, posee características similares a la colocación de un niño en una familia de acogida, por lo que los alcances de la figura no le son desconocidos a los Estados Latinoamericanos. A su vez, el Convenio asimila ambas figuras, previendo para ambos casos un procedimiento de consulta obligatoria, previa al dictado de la medida, por el cual la autoridad del Estado donde habrá de hacerse efectiva la misma debería aprobar esa colocación como requisito necesario para la adopción de la medida (art. 33).

- *Reconocimiento y ejecución simple y uniforme de medidas de protección extranjeras en países vecinos o países que forman parte de un área de integración económica*³⁰

El reconocimiento y ejecución de medidas de protección extranjeras en países vecinos o países que forman parte de un área de integración económica se regirá en principio por las normas generales de reconocimiento y ejecución establecidas por el Convenio.

Sin embargo, 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.

²⁷ Para una mayor referencia véase Capítulo 10. D, párrs. 10.10, 10.13 y Capítulo 11. D, párr. 11.16 del Manual Práctico.

²⁸ Véase art. 23(2) d) del Convenio

²⁹ La *kafala* es una institución musulmana por la cual el niño necesitado de protección puede ser confiado, bien por decisión del juez de tutelas, bien por una comisión administrativa, a una institución pública o social, o a una familia musulmana que se ocupará de la persona (alojamiento, desarrollo, educación) y si fuera el caso de los bienes del niño y que, llegado el caso, recibirá delegación de la tutela sobre el niño.

³⁰ Para una mayor referencia véase Capítulo 10. D, párrs. 10.24, 10.25, 10.26 y Capítulo 12. D del Manual Práctico.

A su vez, el Convenio no obsta a que los Estados celebren acuerdos (bilaterales, regionales o globales) que contengan disposiciones en las materias reguladas por el Convenio, por ejemplo tendientes a desarrollar mecanismos para agilizar o definir el proceso de reconocimiento o ejecución de las medidas de protección³¹.

Lo anterior puede resultar de especial interés para aquellos Estados que, por formar parte de un área de integración económica, puedan vislumbrar en el futuro el desarrollo de nuevos mecanismos que faciliten la circulación de las sentencias extranjeras en la correspondiente área geográfica.

7. Rol de las Autoridades Centrales

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 receptoras son el eje del presente Convenio³².

El artículo 29 del Convenio prevé la designación de una o varias Autoridades Centrales (cuando se trate de un Estado Federal), para la aplicación del Convenio, imponiéndoles distintos tipos de obligaciones:

a. Obligaciones exclusivas de las Autoridades Centrales (no pueden ser delegadas en otros organismos) (Arts. 30 y 31)

- cooperar entre ellas y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para alcanzar los objetivos del Convenio ;
- 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 niño.

b. Obligaciones que pueden ser delegadas o realizadas con la cooperación de otro organismo o autoridad pública (Art. 31)

- facilitar las comunicaciones y ofrecer asistencia en los casos previstos en los artículos 8 y 9 del Convenio (disposiciones en materia de transferencia de competencia) y en el Capítulo V (disposiciones en materia de cooperación)
- 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

³¹ Véase art. 52 del Convenio.

³² Manual Práctico, párr. 11.1.

- 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
- c. Situaciones en que las Autoridades de los Estados que hayan adoptado o deseen adoptar una medida de protección están obligadas a cooperar y comunicarse entre sí (a través o con la asistencia de la Autoridad Central) (Arts. 33 y 36)**
- El Convenio establece el procedimiento de consulta y cooperación entre autoridades a seguir cuando se esté considerando la colocación de un niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o por una institución análoga, siempre que esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante.
 - Cuando un niño estuviere expuesto a un grave peligro, el Convenio establece la obligación de la Autoridad que hubiera adoptado una medida de protección o estuviera considerando hacerlo, de avisar acerca del peligro y de las medidas adoptadas o en curso de examen a las autoridades de otro Estado (parte o no del Convenio) al que el niño se hubiera trasladado o en el cual se encontrare.
- d. Instancias específicas de cooperación previstas por el Convenio que no importan una obligación para la Autoridad Central pero pueden constituir una buena práctica (Arts. 32, 34, 35, 40)**
- El Convenio prevé la cooperación entre Autoridades en determinados casos, a saber, cooperación para la obtención de informes sobre la situación de un niño, para examinar la oportunidad de adoptar medidas para la protección de la persona o de los bienes del niño, para obtener información de utilidad para la protección del niño cuando se prevé la adopción de medidas de protección, para la puesta en práctica de medidas de protección en el extranjero, para obtener asistencia en casos de visita/contacto internacionales, para determinar el alcance de las facultades de quien tiene responsabilidad parental o se encuentra a cargo de la protección de un niño o sus bienes. Esta enunciación no es en modo alguno taxativa, pudiendo las Autoridades Centrales brindar la cooperación que les sea requerida en otras circunstancias.

Uno de los aspectos a considerar al momento de analizar la designación de una Autoridad Central es si en aquellos casos en que el Estado contratante también es parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, la Autoridad Central designada en virtud del Convenio de 1996 debería coincidir con ésta. Las aseveraciones que siguen a continuación pueden facilitar este análisis³³:

- Las Autoridades Centrales en virtud de ambos Convenios son los puntos centrales para alcanzar la cooperación a fin de proteger determinadas categorías de niños en riesgo en

³³ Véase asimismo el párr. 11.2 del Manual Práctico.

situaciones transfronterizas, y para el intercambio de información entre los Estados respecto de las leyes y servicios disponibles para la protección de los niños.

- Determinadas formas de asistencia son comunes a ambos Convenios (e.g. descubrir el paradero del niño, facilitar soluciones consensuadas; asistir en el ejercicio efectivo de los derechos de visita, entre otras).
- Las categorías de niños sujeto de protección en cada uno de los Convenios difieren. El Convenio de 1980 se aplica a los niños hasta la edad de 16 años, en tanto que el Convenio de 1996 se aplica a los niños hasta la edad de 18 años.
- Las Autoridades Centrales en virtud del Convenio de 1996 tienen menos responsabilidades para facilitar o procesar las solicitudes y mayores posibilidades de delegar a otros organismos las funciones atribuidas a la Autoridad Central.
- Los Estados reunidos en la VI Comisión Especial para revisar el funcionamiento de los Convenios sobre Restitución y Protección de Niños, celebrada en los años 2011 y 2012 dieron argumentos sólidos a favor de que se designe a la misma Autoridad Central para ambos Convenios, dada la superposición de competencias, similitud de funciones, habilidades similares exigidas y la complementariedad de ambos Convenios. Asimismo, sostuvieron que en caso de existir diferentes Autoridades Centrales para cada uno de los Convenios, es necesario que éstas trabajen de manera coordinada³⁴.

8. Comunicaciones Judiciales Directas

Aspectos generales

Las comunicaciones judiciales directas hacen referencia a los intercambios entre jueces de distintas jurisdicciones vinculados a un caso con elementos internacionales. Mediante estos intercambios los jueces pueden informarse mutuamente y aprender unos de otros sobre cómo tratar los procedimientos referidos a la aplicación de un convenio internacional y los procedimientos vigentes en cada Estado para las cuestiones por ellos abordadas. Asimismo, las comunicaciones judiciales directas ayudarán también a promover una interpretación consistente de los convenios. De esta manera, los jueces entenderán mejor cómo trabajan sus colegas en otras jurisdicciones y tendrán una mejor y mayor comprensión de las distintas "culturas jurisdiccionales".

³⁴ Conclusiones N° 67 a 71 de la Sexta Reunión de la Comisión Especial 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 y 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. 1-10 de junio de 2011. Disponible en < www.hcch.net >, "Sección Sustracción de Niños" y "Comisiones Especiales sobre el funcionamiento práctico del Convenio".

Las comunicaciones judiciales directas se pueden dar tanto en forma escrita, a través de correo electrónico o fax, como en forma oral, ya sea por teléfono, videoconferencia u otro medio de transmisión de voz e imagen.

El objeto de las comunicaciones judiciales directas puede ser un pedido de información sobre la normativa u otros aspectos del sistema jurídico del Juez requerido, o un intercambio de información sobre algún caso específico que vincule a los dos Jueces.

Las comunicaciones judiciales directas pueden ser útiles en cualquier materia en la cual se requiera cooperación judicial, sin embargo, especialmente en el área de la sustracción internacional de niños es donde las mismas se han venido desarrollando en forma sostenida durante los últimos quince años, de la mano de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Precisamente, las prácticas desarrolladas en este campo y las discusiones generadas en el seno de la citada Red, dieron origen a los "Lineamientos Emergentes y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya" adoptados por la Conferencia de La Haya en el año 2011³⁵. Este documento, además de fijar pautas para el desarrollo de la Red de Jueces, establece los principios, salvaguardias y mecanismos que se deben tener en cuenta a la hora de realizar comunicaciones judiciales directas.

Su aplicación en el ámbito del Convenio

El Convenio se basa en la cooperación entre las autoridades competentes, tanto administrativas como judiciales, para lograr sus objetivos –básicamente lograr la mejor protección de los niños-. Su propio articulado hace referencia expresa a dichas comunicaciones en los arts. 8, 9, 31 a), 32, 34 1., 35 1., mientras que el Manual Práctico se refiere expresamente a las comunicaciones judiciales directas cuando se trata cuestiones como la sustracción internacional de niños (par. 4.25; 13.12), situaciones de litis pendencia (párr. 4.33; 4.35), y medidas de protección en casos de urgencia (párr. 6.9).

Tal como se indicara más arriba, si bien la práctica actual demuestra que las comunicaciones judiciales directas se dan con frecuencia en casos de sustracción internacional de niños, existe consenso en que pueden ser utilizadas cuando sea necesario en cualquier situación cubierta por el Convenio³⁶.

A modo de ilustración se exponen algunas situaciones que pueden ser tratadas a través de comunicaciones judiciales directas:

- a) coordinar la realización de una audiencia en la jurisdicción extranjera:
 - i) para dictar órdenes provisionales de protección
 - ii) para garantizar la posibilidad de realizar una audiencia sumaria;
- b) establecer si hay medidas de protección disponibles para el niño o para el otro progenitor en el Estado al cual el niño deba ser restituido; y en caso

³⁵ *Ibíd*, Nota 34, Conclusión Nro. 68.

³⁶ Véanse las Conclusiones Nros. 2 y 3 de la Conferencia en celebración del 15º aniversario de la Red Internacional de Jueces de La Haya (Reino Unido, 17-19 de julio de 2013. Disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en el siguiente enlace: http://www.hcch.net/upload/concl_cumberland_es.pdf

- afirmativo, asegurar que las medidas de protección disponibles sean puestas en práctica en ese Estado antes de que se ordene una restitución
- c) establecer si el tribunal extranjero puede aceptar y hacer ejecutar compromisos ofrecidos por las partes en la jurisdicción de origen;
 - d) establecer si el tribunal extranjero puede emitir una decisión espejo (*e.g.* la misma decisión en ambas jurisdicciones);
 - e) confirmar si el tribunal extranjero ha dictado una decisión;
 - f) verificar si el tribunal extranjero ha constatado la existencia de violencia doméstica;
 - g) verificar si sería pertinente la realización de una transferencia de competencia.
 - h) cerciorarse de la aplicación/interpretación del derecho extranjero de manera de establecer si el traslado o la retención fueron ilícitos;
 - i) cerciorarse que el progenitor sustractor tendrá debido acceso a la justicia en el país al cual el niño debe ser restituido (*e.g.*, cuando fuera necesario, proveer asistencia jurídica gratuita, etc.);
 - j) cerciorarse si uno de los progenitores sería objeto de sanciones civiles o penales al momento de regresar con el niño al país de residencia habitual;
 - k) resolver situaciones de procesos paralelos y aceptación de la jurisdicción³⁷.

Fundamentos jurídicos de las comunicaciones judiciales directas

En el marco de los trabajos preparatorios de la Reunión de la Red Internacional de Jueces de La Haya (Reino Unido, 17-19 de julio de 2013), la Oficina Permanente preparó una Breve nota: "Fundamentos Jurídicos para las comunicaciones judiciales directas dentro del contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya". En dicha nota se señaló la existencia de una gran cantidad de fundamentos jurídicos no legislativos para el uso de las comunicaciones judiciales directas, entre los que se identificó al Convenio de La Haya de 1996. Por su parte, los Jueces de la Red de La Haya invitaron a los Estados a considerar estas prácticas de manera de eventualmente utilizarlas en su propia jurisdicción si no tuvieran una regulación expresa y fuera necesario brindar fundamentos jurídicos para las comunicaciones judiciales directas³⁸.

En virtud de lo expuesto, se puede afirmar que el Convenio de La Haya de 1996 aporta una base jurídica que favorecerá la promoción y utilización de las comunicaciones judiciales directas.

9. Relación entre los Convenios de La Haya de 1996 y 1980

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

³⁷ Extracto del "Documento de Información sobre comunicaciones judiciales directas en casos específicos dentro del contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya", preparado por la Oficina Permanente para la Conferencia en celebración del 15º aniversario de la Red.

³⁸ *Ibid.* Conclusiones N° 17 a 19.

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 [...]³⁹.

Competencia

Las normas de competencia provistas por 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 temas⁴⁰.

Por otra parte, esta norma también constituye una herramienta para subsanar la confusión que le puede surgir a los jueces entre la competencia para las cuestiones de custodia y las cuestiones de restitución, que es uno de los grandes obstáculos para la correcta aplicación del Convenio de La Haya de 1980.

Regreso seguro del niño

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 niño. 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)⁴¹.

Contacto o visitas

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 resolución. 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

³⁹ Manual Práctico, párr. 13.1.

⁴⁰ Manual Práctico, párr. 13.2.

⁴¹ Manual Práctico, párr. 13.7.

autoridades del Estado contratante que entienda en los procedimientos de restitución pueda expedir dicha orden. 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 sentido⁴².

Asimismo, fuera de las situaciones de sustracción de niños, el Convenio de 1980 ha demostrado tener ciertas limitaciones cuando el peticionante solicita, a través del artículo 21 de este Convenio, que le fijen o le reconozcan sus derechos de visita en el extranjero. En este sentido, el Convenio de 1996 puede ser de gran utilidad, pues su artículo 35 está dedicado específicamente a la cooperación en los casos de derecho de visita/contacto internacionales, poniendo a disposición el sistema de cooperación del Convenio para la puesta en práctica de medidas de protección tendientes a asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita que hubiera sido establecido en virtud del Convenio. Además, incorpora un novedoso mecanismo para la obtención de pruebas en el extranjero, el cual seguramente facilitará el acceso a la justicia de las personas que residan en un país distinto al del foro⁴³.

⁴² Manual Práctico, párr. 13.8.

⁴³ "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 ejercerlo. 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". Manual Práctico, párr. 13.18.