

Consejo sobre Asuntos Generales y Política – marzo de 2020

| | | |
|--------------------------------|--|---------------------------------|
| Documento | Documento preliminar <input checked="" type="checkbox"/> Documento informativo <input type="checkbox"/> | Doc. Prel. 7 de febrero de 2020 |
| Título | La aplicación del Convenio sobre Protección de Niños de 1996 a niños no acompañados o separados | |
| Autor | Oficina Permanente | |
| Punto de la agenda | Punto IV. 1.a | |
| Mandato(s) | C&R N.º 19 de la reunión del CAGP de 2018 | |
| Objetivo | Obtener la aprobación del CAGP para la finalización y publicación del Documento Preliminar N.º 7 | |
| Acción requerida | Aprobación <input checked="" type="checkbox"/> Decisión <input type="checkbox"/> A título informativo <input type="checkbox"/> | |
| Anexo | Versión revisada del Documento Preliminar N.º 7 de febrero de 2020 elaborado para la atención de la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 y del Convenio sobre Protección de Niños de 1996, octubre de 2017 | |
| Documentos relacionados | No constan | |

ANTECEDENTES

1. La Oficina Permanente (OP) recuerda que el Documento Preliminar N.º 7, "La aplicación del Convenio sobre Protección de Niños de 1996 a niños no acompañados o separados"¹, fue objeto de debate en la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 y del Convenio sobre Protección de Niños de 1996. La Comisión Especial adoptó las siguientes Conclusiones y Recomendaciones en relación al Documento Preliminar:

"33. La Comisión Especial destaca que algunos Estados expresaron su apoyo a la orientación general del Documento Preliminar N.º 7, en tanto que otros expresaron su preocupación con relación a la orientación general y/o al contenido de fondo del documento.

34. La Comisión Especial reconoce la necesidad de aclarar la aplicación del Convenio de 1996 a los niños refugiados y a los niños que, debido a disturbios en sus países, son desplazados internacionalmente. A tal fin, el Documento Preliminar N.º 7 deberá ser quitado de la sección pública del sitio web de la HCCH y reemplazado por otro que tenga en cuenta los comentarios recibidos y cualquier otro comentario que se reciba (hasta fin de 2017 como máximo). Se distribuirá un nuevo proyecto de texto para que los Miembros y los Estados contratantes remitan comentarios a los fines de finalizarlo en tiempo oportuno."

2. La OP recuerda asimismo que, en la reunión de marzo de 2018, el Consejo de Asuntos Generales y Política (CAGP) adoptó las siguientes Conclusiones y Recomendaciones:

"19. El Consejo le encargó a la Oficina Permanente aplicar las Conclusiones y Recomendaciones que le habían sido dirigidas. De este modo, la Oficina Permanente dará prioridad a los siguientes proyectos:

- [...]
- la finalización de las revisiones del Documento Preliminar N.º 7 de la Séptima Reunión de la Comisión Especial ("La aplicación del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños a niños no acompañados o separados"); y
- [...]."

3. A principios de 2018 (es decir, luego de la reunión de la Comisión Especial pero antes de la reunión del CAGP), la OP recibió comentarios adicionales de Australia, Canadá, la Comisión Europea, Noruega, Suiza y los Estados Unidos de América. En julio de 2019 se distribuyó a los expertos de los Miembros mencionados una versión revisada del Documento Preliminar N.º 7, en la que se tenían en cuenta todas las observaciones recibidas. La versión actual revisada del Documento Preliminar N.º 7² es el resultado de nuevas consultas y de la colaboración entre estos expertos y la OP entre julio y diciembre de 2019. También se tuvieron en cuenta los comentarios adicionales recibidos el 31 de enero de 2020 luego de la divulgación del documento a todos los Miembros el 17 de diciembre de 2019 (véase Circular N.º 77(19)). La OP agradece a todos los expertos por su aporte.

¹ Doc. Prel. N.º 7 de julio de 2017 elaborado para la atención de la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 y del Convenio sobre Protección de Niños de 1996 (10-17 de octubre de 2017), disponible en el sitio web de la HCCH < www.hcch.net >.

² La versión revisada del Doc. Prel. N.º 7 figura como anexo del presente documento, y también está disponible en el sitio web de la HCCH (véase el recorrido indicado en la nota 1) junto con una versión con los cambios registrados entre las versiones de diciembre de 2019 y de febrero

A N E X O

Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 y del Convenio sobre Protección de Niños de 1996 – octubre de 2017

| | | |
|--------------------------------|--|---|
| Documento | Documento Preliminar <input checked="" type="checkbox"/> Documento de información <input type="checkbox"/> | N.º 7 (versión revisada de febrero de 2020) |
| Título | La aplicación del Convenio sobre Protección de Niños de 1996 a niños no acompañados o separados | |
| Autor | Oficina Permanente | |
| Punto de la agenda | N.º 15 | |
| Mandato(s) | No constan | |
| Objetivo | Aclarar lo que hace el Convenio de 1996 como instrumento de derecho internacional privado con respecto a los niños no acompañados y separados; explicar el ámbito de aplicación, las normas y el marco de cooperación entre los Estados contratantes; e invitar a los Miembros de la HCCH a promover una ratificación más amplia. | |
| Acción requerida | Aprobación <input type="checkbox"/> Decisión <input checked="" type="checkbox"/> A título informativo <input checked="" type="checkbox"/> | |
| Anexos | <p>Anexo 1-A – Medidas urgentes o provisionales a corto plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado</p> <p>Anexo 1-B – Medidas a largo plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado que tendrían como resultado que el niño se quede en el nuevo Estado</p> <p>Anexo 1-C – Medidas a largo plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado que tendrían como resultado que el niño regrese al Estado de origen o que se traslade a un tercer Estado</p> <p>Anexo 2 – Ejemplos de aplicaciones del Convenio de 1996 a niños refugiados, desplazados internacionalmente o sin residencia habitual</p> <p>Anexo 3 – Ejemplos de aplicaciones del Convenio de 1996 a niños fugados, abandonados o víctimas de trata de personas</p> <p>Anexo 4 – Selección de principios y buenas prácticas de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la AGNU y la Observación general N.º 6 del CRC con respecto a la protección de niños no acompañados y separados, incluidas las modalidades alternativas de cuidado que los Estados deberían considerar aplicar en sus políticas, procedimientos, normas y legislación nacionales</p> | |
| Documentos relacionados | No constan | |

Índice

| | | |
|-----------|--|-----------|
| A. | INTRODUCCIÓN | 4 |
| 1. | Antecedentes | 4 |
| 2. | Objetivo | 7 |
| B. | EL CONVENIO DE 1996 | 7 |
| 1. | Introducción: lo que hace y no hace el Convenio de 1996 | 7 |
| 2. | Ámbito de aplicación | 8 |
| a. | <i>Ámbito de aplicación por razón de la persona</i> | <i>8</i> |
| b. | <i>Ámbito de aplicación por razón de la materia</i> | <i>9</i> |
| c. | <i>Ámbito de aplicación por razón del territorio</i> | <i>10</i> |
| 3. | Normas sobre competencia | 11 |
| a. | <i>Introducción</i> | <i>11</i> |
| b. | <i>Competencia general de las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño: niños fugados, abandonados o víctimas de trata (art. 5)</i> | <i>12</i> |
| c. | <i>Competencia general de las autoridades del Estado contratante de la presencia del niño: niños refugiados o desplazados internacionalmente y niños cuya residencia habitual no se puede establecer (art. 6)</i> | <i>12</i> |
| d. | <i>Transferencia de competencia general a un-Estado contratante mejor situado para evaluar el interés superior del niño</i> | <i>13</i> |
| e. | <i>Competencia general concurrente de las autoridades competentes del Estado contratante que entiende en una solicitud de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio de los padres del niño (art. 10)</i> | <i>15</i> |
| f. | <i>Competencia concurrente de las autoridades competentes del Estado contratante de la presencia del niño; competencia excepcional en casos de urgencia (art. 11) y medidas con carácter provisional y eficacia territorial (art. 12): niños que han escapado, han sido abandonados o víctimas de la trata</i> | <i>15</i> |
| 4. | Normas sobre la ley aplicable | 16 |
| 5. | Normas sobre reconocimiento y ejecución | 17 |
| 6. | Mecanismos de cooperación | 19 |
| C. | CONCLUSIÓN | 20 |
| | ANEXOS | 22 |
| | Medidas urgentes o provisionales a corto plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado | 1 |
| | Medidas a largo plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado que tendrían como consecuencia que el niño se quede en el nuevo estado | 1 |
| | Medidas a largo plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado que causarían que el niño regresara al estado de origen o a que se trasladara a un tercer estado | 1 |

Ejemplos de aplicación del convenio de 1996 a niños refugiados, desplazados internacionalmente o sin residencia habitual.....I

Ejemplos de aplicación del convenio de 1996 a niños fugados, abandonados o víctimas de trata de personas I

Selección de principios y buenas prácticas de las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la agnuy la observación general nº6 del crc con respecto a la protección de niños no acompañados y separados, incluidas las modalidades alternativas de cuidado que los estados deberían considerar aplicar en sus políticas, procedimientos, normas y legislación nacionales.....I

BORRADOR

A. Introducción

1. Antecedentes

1. Este documento aborda la aplicación 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*¹ ("Convenio de 1996") en situaciones transfronterizas que involucren a niños no acompañados, es decir, a niños carentes de cuidado parental que "no ha[n] sido acogido[s] por otro pariente o por un adulto que por ley o costumbre sea responsable de acogerlo[s]"². También se ocupa de la aplicación del Convenio de 1996 a niños separados, es decir, a niños sin cuidado parental que "ha[n] sido separado[s] de un anterior cuidador primario legal o consuetudinario, aunque pueda[n] estar acompañado[s] por otro pariente"³ (en adelante, "niños no acompañados o separados"). Este documento ayudará a profesionales del derecho, jueces y especialistas (por ejemplo, funcionarios encargados del bienestar/protección infantil y del cumplimiento de la ley) responsables de la protección de estos niños a comprender mejor el Convenio, cuando sea aplicable.

2. En los últimos años, ha aumentado la conciencia mundial sobre la necesidad de garantizar una mejor protección de los niños no acompañados y separados, y de sus derechos e intereses⁴. En este documento, el término "niños no acompañados y separados" puede incluir a los niños refugiados y a niños que, debido a disturbios en su país, fueron desplazados internacionalmente. En algunas regiones en particular, la trata transfronteriza de niños y su explotación, así como también la migración provocada por guerras (civiles), dificultades socioeconómicas y desastres naturales, se convirtieron en graves problemas. "Niños no acompañados y separados" también puede incluir huérfanos, fugados y niños que están perdidos, han sido secuestrados, abandonados o entregados a un adulto o autoridad competente. Independientemente de las circunstancias particulares, todos los niños no acompañados o separados tendrán derecho a protección y asistencia especial proporcionada por el Estado⁵. Un denominador común es que se enfrentan a un mayor riesgo de explotación o trata, del que necesitan ser protegidos.

3. El Convenio de 1996 es un instrumento de derecho internacional privado. Sus objetivos, tal como se describen en el artículo 1, son los siguientes:

- a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño⁶;
- b) determinar qué ley han de aplicar estas autoridades en el ejercicio de su competencia;

¹ El texto del Convenio de 1996 está disponible en el sitio web de la HCCH < www.hcch.net > en la sección "Protección de niños".

² Asamblea General de las Naciones Unidas ("AGNU"), *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/RES/64/142, 24 de febrero de 2010, párr. 29(a)(i), disponible en < <https://undocs.org/es/A/RES/65/230> > (consultado por última vez el 3 de noviembre de 2019). Las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de la AGNU no son vinculantes. Tenga en cuenta que algunas leyes nacionales pueden definir el término "modalidades alternativas de cuidado" de manera diferente.

³ *Ibid.*, párr. 29(a)(ii). Tenga en cuenta que algunas leyes nacionales pueden definir este término de manera diferente.

⁴ La *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989* ("CDN") reconoce derechos particulares para los niños, en especial, para los no acompañados o separados. La CDN está disponible en < <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> > (consultado por última vez el 3 de noviembre de 2019).

⁵ *Ibid.*, art. 20.

⁶ Véase P. Lagarde, "Informe Explicativo del Convenio sobre Protección de Niños de 1996", *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tomo II, *Protección de niños*, La Haya, SDU, 1998, párr. 10 ("Informe Explicativo del Convenio de 1996"), disponible en sitio web de la HCCH < www.hcch.net > en "Protección de niños" y luego "Publicaciones de la HCCH": "El Convenio determina el Estado cuyas autoridades tendrán competencia, pero no las autoridades competentes en sí mismas, las cuales pueden ser judiciales o administrativas y pueden actuar en un lugar u otro del territorio de dicho Estado. En cuanto a los conflictos de competencia, podría decirse que el Convenio establece la competencia internacional, pero no la competencia interna".

- c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental⁷;
- d) garantizar 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.

4. En el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 se señala que el marco general de cooperación del Convenio en particular puede ayudar en situaciones transfronterizas que involucren a niños no acompañados o separados respecto de niños con residencia habitual en un Estado Parte. Establece lo siguiente:

“[e]l 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 Este, 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.”⁸

5. En diversos organismos y documentos de las Naciones Unidas (ONU) se reconoció la importancia práctica del Convenio de 1996 para la protección de niños en riesgo en situaciones transfronterizas alrededor del mundo⁹. La ONU, en particular el Comité de los Derechos del Niño, también reconoció la importancia del Convenio más específicamente para niños no acompañados y separados¹⁰.

⁷ Véase más abajo la nota 17 para la definición de “responsabilidad parental”.

⁸ HCCH, *Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, La Haya, 2014, párr. 1.3, p. 12, disponible en el sitio web de la HCCH < www.hcch.net > en la sección “Protección de niños” y luego “Publicaciones de la HCCH” (“Manual Práctico del Convenio de 1996”).

⁹ El *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* del 25 de mayo del 2000 en su Preámbulo se refiere explícitamente al Convenio de 1996. Asimismo, en 2010, la AGNU en las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños* alentó a los Estados a que ratificaran o se adhirieran al Convenio de 1996 “para velar por la cooperación internacional y la protección del niño” cuando se encuentre en un país distinto del de su residencia habitual. Véase *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la AGNU*, *op. cit.* nota 2, párr. 1.

¹⁰ En 2005, el Comité de los Derechos del Niño (“CRC”) invitó a los Estados a ratificar o adherirse al Convenio de 1996 a fin de “garantizar un entorno jurídico favorable” en esta área. Véase Comité de los Derechos del Niño, 39º período de sesiones, 17 de mayo a 3 de junio de 2005, *Observación General N° 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Documento CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 15, disponible en: < <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf> > (consultado por última vez el 3 de noviembre de 2019) (“Observación General N° 6 (2005)”). Véase también, *Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* y *núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional: Principios generales* disponible en < https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/22&Lang=en > (consultado por última vez el 31 de enero de 2020) (“Observación general conjunta N° 3/22 (2017)”) y *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* y *núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, disponible en < https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/23&Lang=en > (consultado por última vez el 31 de enero de 2020) (“Observación general conjunta N° 4/23 (2017)”). En la Observación general conjunta N° 4/23 (2017) se señala en el párr. 39 que “[l]os Comités señalan a la atención de los Estados el artículo 6 del Convenio de La Haya de 1996 [...] según el cual las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante son competentes para adoptar las medidas para la protección de la persona o los bienes del niño cuando se trata de niños refugiados y de aquellos niños que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados y se encuentran en el territorio como consecuencia del desplazamiento” y en el párr. 64 que “[l]os Comités reafirman la necesidad de abordar la migración internacional por medio de la cooperación y el diálogo

6. Estas organizaciones también han tenido interés en la naturaleza y el contenido de las medidas de protección para niños no acompañados y separados. Además de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que es un instrumento jurídicamente vinculante que conlleva obligaciones para los Estados partes, varios órganos de las Naciones Unidas formularon principios no vinculantes, directrices y pautas para ayudar a los Estados en la aplicación de diversos instrumentos de la ONU en relación con los niños no acompañados o separados¹¹. Por ejemplo, en las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) se recomienda una serie de medidas a la llegada de un niño no acompañado o separado a un Estado, así como un camino para garantizar una solución duradera que debería, de ser posible, poner fin a la situación de no estar acompañado o estar separado, ya sea en el Estado de origen del niño, en el nuevo Estado o en otro Estado¹². Los Estados deberían considerar la implementación de estos principios no vinculantes, directrices y pautas en sus políticas, procedimientos, normas y legislación nacionales para garantizar mejor la protección de la persona, los derechos y los intereses de los niños no acompañados y separados.

7. El Convenio de 1996 no afecta a los instrumentos bilaterales, regionales e internacionales en vigor que contienen disposiciones sobre las cuestiones que rige el Convenio (art. 52(1)). Asimismo, el Convenio de 1996 no impide que uno o más Estados contratantes concluyan acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio respecto a niños que tengan su

a nivel internacional, regional o bilateral [...] en particular, deben establecerse de inmediato procedimientos para la gestión de los casos transfronterizos de conformidad con [...] y el Convenio de La Haya de 1996 [...]”. Las Observaciones generales no son vinculantes. Véase también, ACNUR, UNICEF e IRC, *Discussion Paper on a Possible Way Forward to Strengthened Policies and Practices for Unaccompanied and Separated Children*, disponible en < <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/53109> > (disponible solo en inglés - consultado por última vez el 3 de noviembre de 2019).

¹¹ Además de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la AGNU, *op. cit.* nota 2, párr. 1, véase: (1) ACNUR y UNICEF, “Declaración de buenas prácticas: Programa de Menores no Acompañados y Separados en Europa”, 4ª edición revisada, HCR, UNICEF, 2009, disponible en < <https://www.refworld.org/es/docid/4ccac66b2.html> > ; (2) ACNUR y UNICEF, *Safe and Sound: What States can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe*, 2014, disponible en < <https://www.refworld.org/docid/5423da264.html> > .

¹² Más concretamente, en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la AGNU (*ibid.*), se recomienda que tan pronto como se identifica a un niño no acompañado, los Estados adopten medidas para designar, de conformidad con la legislación aplicable, un administrador, tutor o consejero *ad hoc* para el niño, así como también un representante legal cuando sea apropiado (véase párr. 19 y 145 de las directrices). Entre las soluciones duraderas que, en lo posible, deberían poner fin a la situación del niño no acompañado o separado, ya sea en el Estado de origen del niño, en un nuevo Estado o en otro Estado, cabe citar, en función del derecho aplicable, la devolución del niño al cuidado de uno o ambos padres o la entrega del niño a la familia ampliada, u opciones de acogimiento alternativo tales como el acogimiento por familiares, el acogimiento en hogares de guarda, la *kafala*, u otras formas de acogida en un entorno familiar o similar, acogimiento residencial y soluciones de alojamiento independiente y tutelado de niños (véanse los párrafos 29(c)(i)-(v) y 30(b) de las directrices de la AGNU). En términos generales, se recomienda que las medidas de protección relacionadas a los niños no acompañados y separados sean llevadas a cabo por autoridades judiciales o administrativas (véase párr. 57 de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de la AGNU). Las autoridades competentes para el objetivo del Convenio de 1996 pueden ser judiciales o administrativas (véase art. 23(2)(b)). [También se recomienda que las decisiones relacionadas a los niños no acompañados o separados se evalúen caso por caso y que se fundamenten en el interés superior y los derechos del niño en cuestión, de conformidad con el principio de no discriminación y considerando debidamente la perspectiva de género (véase párr. 6 de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de la AGNU). En el artículo 3 de la CDN, se menciona que, en todas las medidas concernientes a los niños, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. El Convenio de 1996 también destaca en su preámbulo que el interés superior del niño merece una consideración primordial. El proceso de determinación del interés superior debería tener en cuenta, entre otras cosas, el derecho del niño a ser escuchado y a que se tengan en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (véase párr. 7 de las directrices)]. Véase, ACNUR, *Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child*, publicación provisoria de 2018, disponible en < <https://www.refworld.org/pdfid/5c18d7254.pdf> > (consultado por última vez el 3 de noviembre de 2019). El reconocimiento de las medidas de protección puede ser rechazado en virtud del art. 23(b) del Convenio de 1996 “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”. Véase el Anexo 4 de este documento para una selección de principios y buenas prácticas de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la AGNU y la Observación general N°6 del CRC con respecto a la protección de niños no acompañados y separados, en particular opciones de acogimiento alternativo que los Estados deberían considerar aplicar en sus políticas, procedimientos, normas y legislación nacionales.

residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos (arts. 39 and 52(2)), que podrían aportar más garantías y claridad¹³. Además, es importante señalar que una cantidad de disposiciones del Convenio de 1996 se aplican independientemente de que los niños que necesitan protección sean de un Estado contratante del Convenio o no.

2. Objetivo

8. Los objetivos de este documento son los siguientes:

- aclarar lo que hace y no hace el Convenio de 1996 como instrumento de derecho internacional privado en relación con los niños no acompañados y separados;
- explicar el ámbito de aplicación del Convenio de 1996 y, en particular, aclarar qué cuestiones están comprendidas en el ámbito de aplicación y cuáles no;
- presentar un breve resumen de las normas de derecho internacional privado del Convenio de 1996;
- explicar la manera en la que el marco de cooperación entre los Estados contratantes puede facilitar la adopción y aplicación de medidas de protección dirigidas a los niños no acompañados y separados, de conformidad con el Convenio de 1996; e
- invitar a los Miembros de la HCCH a promover una ratificación más amplia del Convenio de 1996.

9. Tras una exposición general sobre lo que hace y no hace el Convenio de 1996, una descripción del ámbito de aplicación del Convenio (por razón de la persona, de la materia y del territorio), así como también una explicación de la manera en la que se aplican las normas del Convenio, el lector comprenderá mejor cómo se aplica el Convenio a los niños no acompañados y separados que cruzan las fronteras internacionales. Asimismo, en el Anexo 1 se muestran las características del Convenio y en qué situaciones contempla la adopción de medidas de protección a corto o largo plazo, si el niño se queda en el nuevo Estado, si regresa al Estado de origen o si se lo traslada a un tercer Estado; y en los Anexos 2 y 3, se brindan ejemplos concretos para demostrar la aplicación de las disposiciones pertinentes del Convenio de 1996. El Anexo 4 contiene una selección de principios y buenas prácticas de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la AGNU y la Observación general N°6 del CRC con respecto a la protección de niños no acompañados y separados, en particular opciones de acogimiento alternativo que los Estados deberían considerar aplicar en sus políticas, procedimientos, normas y legislación nacionales.

B. El Convenio de 1996

1. Introducción: lo que hace y no hace el Convenio de 1996

10. El Convenio de 1996 unifica las normas de derecho internacional privado con respecto a la responsabilidad parental y a las medidas de protección de los niños. En particular, establece normas uniformes para determinar el Estado contratante cuyos tribunales y autoridades competentes son competentes para adoptar las medidas necesarias para proteger a un niño, y el Estado cuya ley aplicarán estas autoridades al tomar estas medidas. La razón de estas disposiciones es evitar que se produzcan decisiones contradictorias sobre el mismo niño entre los Estados contratantes. Además, el Convenio establece las mismas reglas de derecho internacional privado, tanto si las medidas de protección a las que se aplica el Convenio son de naturaleza pública como privada. De este modo, el Convenio evita cualquier incertidumbre que pudiera surgir si se aplicaran diferentes normas de

¹³ Se han presentado a la atención de la Oficina Permanente los acuerdos de cooperación internacional relativos a los niños no acompañados y separados vigentes entre los Estados miembros de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO). Si estos Estados fueran Partes Contratantes del Convenio de 1996, estos acuerdos podrían entrar en el ámbito de aplicación de los artículos 39 y 52(2) del Convenio.

derecho internacional privado a diferentes tipos de medidas de protección adoptadas en relación con el mismo niño.

11. El Convenio también establece normas uniformes que aclaran qué ley rige la responsabilidad parental que surge sin la intervención de una autoridad judicial o administrativa. Estas normas tienen por objeto garantizar la continuidad de las relaciones entre padres/cuidadores y el niño, y, al mismo tiempo, permitir la adaptación a nuevas circunstancias. Además, el Convenio establece normas uniformes para el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección adoptadas en un Estado contratante en los demás Estados contratantes. Reconocer estas medidas de pleno derecho en los demás Estados contratantes favorece la continuidad de la protección de los niños que cruzan las fronteras. Finalmente, el Convenio establece un marco de cooperación entre los Estados contratantes para lograr los objetivos del Convenio. Por ejemplo, permite la cooperación entre los Estados cuando un tribunal o una autoridad competente de un Estado contratante está considerando el acogimiento de un niño en otro Estado contratante.

12. El Convenio de 1996, como instrumento de derecho internacional privado, no pretende armonizar las disposiciones nacionales de derecho procesal y derecho sustantivo entre los Estados contratantes o crear un derecho internacional uniforme sobre la protección de los niños. En consecuencia, el Convenio no prescribe ni dirige una acción específica en relación con la protección de niños, y no exige a los Estados contratantes que brinden medidas específicas de protección de niños. Toda medida que se adopte en relación con el niño, la disponibilidad de medidas de protección y las condiciones en que pueden adoptarse esas medidas dependen exclusivamente de las políticas internas, las normas procesales y el derecho sustantivo de cada Estado contratante.

13. Además, el Convenio de 1996 no se aplica a las resoluciones de asilo e inmigración. Todas esas cuestiones, que los niños no acompañados y separados pueden enfrentar en un entorno transfronterizo, se rigen por la ley de inmigración y la ley de refugiados del o de los Estados involucrados¹⁴. Además, nada de lo dispuesto en el Convenio de 1996 afecta el principio de no-devolución (*non-refoulement*)¹⁵.

2. **Ámbito de aplicación**

a. *Ámbito de aplicación por razón de la persona*

14. El artículo 2 del Convenio de 1996 determina que este “se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años”¹⁶. Todos los niños están cubiertos independientemente de sus circunstancias o situación, incluidos, por lo tanto, los niños no acompañados y separados. En el caso de algunos de estos niños, como los refugiados, aquellos que se encuentran desplazados internacionalmente debido a disturbios que se producen en su país de origen y aquellos cuya residencia habitual no puede establecerse, el Convenio incluso establece criterio específico de atribución de competencia en el artículo 6, como se explica a continuación.

¹⁴ Las decisiones que ordenen medidas de protección estarán sujetas a la aplicación, cuando sea pertinente, de las leyes de inmigración de los Estados en cuestión.

¹⁵ El principio de no-devolución se puede encontrar en el art. 33(1) de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951*, el cual establece que “[n]ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”, disponible en < <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf> > (consultado por última vez el 3 de noviembre de 2019) (“Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951”).

¹⁶ El Convenio de 1996 es congruente con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

b. *Ámbito de aplicación por razón de la materia*

15. El Convenio de 1996 rige las cuestiones de derecho privado de familia, bienestar del niño (protección del niño) y protección de los bienes del niño. Dentro de este ámbito, las normas del Convenio se aplican a la responsabilidad parental¹⁷ de pleno derecho¹⁸ y a una amplia variedad de medidas de protección¹⁹ de carácter privado o público. En el artículo 3, figura una lista ilustrativa de esas medidas de protección, que hacen referencia en particular a lo siguiente:

- la atribución y el ejercicio la responsabilidad parental;
- el derecho de guarda y de visita;
- la designación de un tutor o representante legal encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño;
- la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento;
- protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga; y
- la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo.

Cuando se contemplen una o más de estas medidas para proteger a niños no acompañados o separados, tanto a corto como a largo plazo, las normas del Convenio, tal como se explica más adelante, determinarán el Estado contratante cuyas autoridades son competentes para adoptar las medidas y en aplicación de la ley de qué Estado. Sin embargo, la naturaleza real de las medidas y las condiciones en las que pueden adoptarse dependerán de la ley sustantiva nacional aplicable y no de las normas del Convenio. Esto incluye las medidas que una autoridad competente podría adoptar para proteger a un niño en la ausencia de un padre, tutor o representante legal. Por ejemplo, según las circunstancias, recibir tratamiento médico²⁰, colocarlo en hogares de guarda o designar un tutor²¹.

16. El artículo 4 enumera exhaustivamente las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación del Convenio. A los efectos del presente documento, hay dos excepciones que merecen especial interés. En primer lugar, según el artículo 4(j), “[e]stán excluidos del ámbito del Convenio: [...] (j) las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración”, ya que se trata de cuestiones de derecho público derivadas del poder soberano de los Estados²². Sin embargo, “solo las decisiones sobre estas cuestiones están excluidas. En otras palabras, la decisión respecto de si se otorgará o se denegará asilo

¹⁷ El art. 1(2) del Convenio de 1996 dispone que “[a] los fines del Convenio, la expresión "responsabilidad parental" comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, facultades y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”. Véase el Informe Explicativo del Convenio de 1996, “La definición dada [en el art. 1(2)] es amplia. Cubre a la vez la responsabilidad relativa a la persona del niño, la responsabilidad relativa a sus bienes y, de forma general, la representación del niño, sea cual sea la denominación dada a la institución, responsabilidad parental, autoridad parental, así como tutela, curatela, administración legal, custodia (*custody*) y guarda (*guardianship*). Los derechos y obligaciones a los que se refiere son aquellos que pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y velar por su desarrollo, ya se trate de la guarda, de la educación, de la fijación de residencia, o de la vigilancia de la persona del niño, particularmente en sus relaciones. El término “facultades” se relaciona más específicamente a la representación del niño. Esta responsabilidad es normalmente ejercida por los padres, pero puede ser ejercida en todo o en parte por terceros, dentro de las condiciones fijadas por la legislación nacional, en caso de fallecimiento, incapacidad o falta de idoneidad de los padres, o en caso de abandono del niño por sus padres.”, *op. cit.* nota 6, párr. 14.

¹⁸ Artículos 16 y 17 del Convenio de 1996.

¹⁹ 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 (arts. 5(1) y 6), generalmente de acuerdo con su propia legislación (art. 15).

²⁰ En cuanto a la cuestión del acceso del niño a la atención de salud pública y a la escolarización pública en el Estado contratante, véase *infra* párr. 17.

²¹ Una autoridad competente tomará esa decisión ya sea con carácter urgente (art. 11), provisional (art. 12) o a largo plazo (arts. 5 y 6).

²² Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párr. 36.

o un permiso de residencia se encuentra excluida del ámbito del Convenio. No obstante, las medidas concernientes a la protección y representación de un niño que solicita asilo o un permiso de residencia quedarán comprendidas dentro del ámbito del Convenio” (el subrayado es nuestro)²³. Por lo tanto, los niños que solicitan asilo o un permiso de residencia también se benefician plenamente del Convenio de conformidad con su ámbito de aplicación por razón de la materia, como se describe en el párrafo anterior, incluso en lo que respecta a la designación de un representante legal (por ejemplo, a los efectos de una demanda civil) y la adopción de medidas de bienestar/protección de los niños (por ejemplo, acogimiento en hogares de guarda)²⁴. Una persona designada por una autoridad competente, de conformidad con las normas de competencia del Convenio, para representar o ayudar a un niño podría hacerlo en el contexto de una solicitud de refugio o de un asunto de inmigración, si el derecho procesal y sustantivo nacional lo permiten²⁵.

17. En segundo lugar, según el artículo 4(h), “[e]stán excluidos del ámbito del Convenio: [...] (h) las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud”. En consecuencia, los criterios de admisión para la educación pública y/o la atención de salud pública en el Estado contratante, los cuales están determinados por normas de carácter general, están excluidos del ámbito de aplicación del Convenio por razón de la materia. Esta exclusión no significa que los niños no acompañados o separados no tendrán acceso a educación o salud pública en el Estado contratante en el que se encuentren, sino que este acceso dependerá de las normas de ese Estado. La atribución de acceso a servicios públicos como la educación o la atención de salud a un niño en ese Estado no requerirá el reconocimiento y la ejecución en ningún otro Estado contratante²⁶. Sin embargo, “[l]a colocación de un niño determinado en tal establecimiento escolar o la decisión de someterlo a una operación quirúrgica, por ejemplo, son decisiones que entran en el ámbito del Convenio.”²⁷.

c. *Ámbito de aplicación por razón del territorio*

18. Como se explicará en la sección 3, a diferencia de otros Convenios de la HCCH, la aplicación de ciertas normas del Convenio de 1996 no depende de que los niños tengan su residencia habitual en un

²³ *Ibid.* Véase también el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 8, párr. 3.52. Se entiende que las decisiones respecto de si se otorgará o se denegará asilo o un permiso de residencia se encuentran excluidas del ámbito del Convenio.

²⁴ Se observa la misma lógica también en el párr. 32 del Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6 (en relación con la exclusión de las sucesiones del ámbito de aplicación del Convenio de 1996). La última oración dice: “A lo sumo se admitirá, a semejanza de lo que se ha indicado más arriba en relación a la filiación, que si la ley sucesoria prevé la intervención del representante legal del niño heredero, este representante sea determinado en aplicación de las reglas del Convenio”.

²⁵ En algunos Estados contratantes, designar a un representante legal para un solicitante menor de 18 años para un asunto de inmigración o para la determinación de la condición de refugiado se caracteriza como una cuestión de debido proceso y de derecho procesal, que no se rige por el Convenio. En estos Estados, la autoridad competente puede entonces designar a un representante legal para el niño, de conformidad con las normas procesales de las leyes nacionales de refugiados o de inmigración, independientemente de las normas de competencia y de la ley aplicable del Convenio, y de si el niño está o no presente en la jurisdicción. La autoridad competente puede designar a una persona que ya ha sido designada como representante legal del niño para otros fines o designar a otra persona, según las circunstancias. Independientemente de si la designación de un representante legal a un niño con objeto de determinar la condición de refugiado o de un asunto de inmigración se caracteriza como una cuestión de debido proceso y de derecho procesal o se considera que entra en el ámbito del art. 3(d) del Convenio, esa designación no debería crear dificultades porque, desde una perspectiva jurídica y práctica, la autoridad competente sería la única que podría designar un representante legal para este fin específico. Además, en cualquier caso, no sería necesario que la decisión de designar al representante legal fuera reconocida en los demás Estados contratantes, ya que sería a los únicos efectos de una cuestión excluida del ámbito de aplicación del Convenio (art. 4(j)) y eso lo decide el Estado que hace la designación. Por último, cabe recordar que las decisiones en materia de asilo e inmigración dictadas en los procedimientos para los que se haya designado un representante legal, independientemente de que haya habido o no competencia en virtud del Convenio de 1996, no están sujetas a las normas de reconocimiento y ejecución del Convenio de 1996, ya que están excluidas del ámbito de aplicación del Convenio en virtud del art. 4(j).

²⁶ La cuestión del reconocimiento y la ejecución en otro Estado contratante se refiere a la decisión de otorgar acceso a los servicios públicos, no al acceso en sí mismo, que puede referirse a una medida pública de carácter general.

²⁷ Véase el Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párr. 34. Véase también el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 8, en los párrs. 3.46-3.47.

Estado contratante²⁸. Este es el caso, en cierta medida, de las normas de competencia y las normas de la ley aplicable. Estas normas le otorgan a los Estados contratantes la posibilidad de adoptar medidas de protección para todos los niños, incluidos los no acompañados y separados que se encuentren en el territorio, posiblemente como resultado de una crisis humanitaria, pero que no tengan su residencia habitual en un Estado contratante del Convenio o cuyo Estado de residencia habitual no pueda determinarse. No obstante, las normas sobre el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección solo aplican cuando tanto el Estado donde se adoptaron las medidas como el Estado en el que se solicita el reconocimiento y la ejecución son Partes en el Convenio. Los mecanismos de cooperación previstos en el Convenio de 1996 se limitan también a los Estados contratantes sobre la base de la reciprocidad.

3. Normas sobre competencia

a. Introducción²⁹

19. Las siguientes normas sobre competencia aplican solo a los Estados contratantes. El Convenio de 1996 otorga competencia general para tomar medidas de protección en los siguientes casos:

- al Estado de la residencia habitual del niño (art. 5) como criterio principal de atribución de competencia;
- al Estado donde se encuentra el niño, para los niños refugiados y aquellos que, como consecuencia de disturbios en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados o aquellos cuya residencia habitual no pueda determinarse (art. 6);
- al Estado al que se transfiere la competencia general (arts. 8 y 9); y
- al Estado que decide sobre la solicitud de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio de los padres del niño cuya residencia habitual es en otro Estado contratante (art. 10)³⁰.

20. La competencia general significa que las autoridades del Estado contratante son competentes para adoptar todas las medidas necesarias para la protección en relación con el niño, independientemente de que la situación sea o no urgente.

21. De forma excepcional, en virtud del Convenio de 1996, cualquier otro Estado contratante donde el niño o sus bienes estén presentes puede ejercer su competencia de manera autónoma, pero solo en casos de urgencia (art. 11) o cuando se necesiten medidas provisionales con eficacia territorial limitada (art. 12).

22. Las medidas adoptadas en virtud de los artículos 5 a 10 siguen en vigor con sujeción a sus limitaciones, incluso si un cambio de circunstancias eliminara el presupuesto sobre el que se fundó la competencia. Esto es así solo en la medida en que las autoridades que tienen competencia en virtud del Convenio no hayan modificado, sustituido o revocado dichas medidas (art. 14)³¹.

²⁸ Informe Explicativo del Convenio de 1996 (*ibid.*), párr. 17.

²⁹ *Ibid.*, párr. 37.

³⁰ Las condiciones para la aplicación del art. 10 se explican y se exponen más abajo, párr. 31 y nota 48.

³¹ Por ejemplo, en el caso de una mudanza, la designación de un tutor en virtud del art. 5 permanecerá en vigor en el Estado de la nueva residencia habitual del niño siempre y cuando las autoridades de ese Estado no hayan modificado, reemplazado o revocado dicha medida. Véase también el Ejemplo 3 del Anexo 3.

b. *Competencia general de las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño: niños fugados, abandonados o víctimas de trata (art. 5)*³²

23. Las autoridades competentes del Estado contratante de la residencia habitual de un niño no acompañado o separado, el cual no es un refugiado ni ha sido desplazado internacionalmente debido a disturbios en su país, tienen competencia general para adoptar medidas de protección. Este puede ser el caso, por ejemplo, de un niño fugado, abandonado o víctima de trata. La residencia habitual del niño es el principal criterio de atribución de competencia en virtud del Convenio de 1996.

c. *Competencia general de las autoridades del Estado contratante de la presencia del niño: niños refugiados o desplazados internacionalmente y niños cuya residencia habitual no se puede establecer (art. 6)*³³

24. Las autoridades competentes del Estado contratante en que se encuentre el niño tienen competencia general en relación con los niños refugiados, los niños desplazados internacionalmente debido a “disturbios”³⁴ que se produzcan en su país, y aquellos cuya residencia habitual no pueda establecerse³⁵.

25. Los niños refugiados o desplazados internacionalmente, o aquellos cuya residencia habitual no pueda establecerse pueden estar no acompañados o separados y a menudo necesitan arreglos para su protección que sean de carácter duradero, incluso en situaciones que no son urgentes. Por este motivo, el Convenio atribuye competencia general al Estado contratante donde se encuentra el niño (art. 6), en lugar de una competencia limitada que se aplique solo en situaciones de urgencia (art. 11) o cuando se necesiten medidas provisionales con un efecto territorial limitado (art. 12), como se explica más abajo³⁶. Dadas las circunstancias particulares de los niños cuya situación está comprendida en el

³² Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párrs. 38-43. Véase también el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 8, párrs. 4.4-4.11.

³³ Informe Explicativo del Convenio de 1996 (*ibid.*), párrs. 44-45. Véase también el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 (*ibid.*), párrs. 4.13-4.19 y 13.58-13.60.

³⁴ El Convenio no define el término “disturbios”. El Comité de los Derechos del Niño señala que “disturbios” puede incluir: guerra civil, hambruna, disturbios ambientales o socioeconómicos, Observación General N° 6 (2005), *op. cit.* nota 10, párrs. 84-88.

³⁵ Véase el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 8, párr. 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 refugiado. 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.”

³⁶ El art. 6 del Convenio de 1996 tiene su homólogo en el art. 13 del *Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000* (“Reglamento Bruselas II bis”). El texto del Reglamento está disponible en < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R2201&from=ES> > (consultado por última vez el 3 de noviembre de 2019). Una norma que coordina el Reglamento de Bruselas II bis y el Convenio de 1996 establece que el Reglamento solo se aplica a niños que tengan su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea al que se aplique el Reglamento (es decir, todos los Estados miembros excepto Dinamarca), véase el art. 61 del Reglamento Bruselas II bis. Por ende, si no se puede establecer que un niño tiene su residencia habitual en un Estado miembro, se deduce que el Convenio de 1996 es aplicable. Véase, sobre este último punto, Dirección General de Políticas Internas de la Unión, *Children On the Move: A Private International Law Perspective*, Asuntos jurídicos, Parlamento Europeo, junio de 2017, disponible en < [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU\(2017\)583158_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU(2017)583158_EN.pdf) > (disponible solo en inglés - consultado por última vez el 3 de noviembre de 2019). En la p. 29, se describen en términos muy generales las disposiciones de cooperación del capítulo IV del Reglamento Bruselas II bis. Se menciona que son considerablemente menos detalladas que las disposiciones sobre cooperación del Convenio de La Haya de 1996, que (si bien siguen siendo aplicables a los niños cuya residencia habitual se encuentra en un tercer Estado contratante) se dejan de lado y se sustituyen por las del Reglamento para los niños que tienen su residencia habitual en un Estado miembro (Art. 61 del Reglamento Bruselas II bis). Véase también *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la*

artículo 6, basarse en la competencia general atribuida a las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual (art. 5) sería imposible o ineficaz debido a que los niños pueden haber cortado toda conexión con ese Estado o sería poco realista solicitar una medida de protección del Estado de residencia habitual, independientemente de que uno de los padres o un miembro de la familia siga residiendo allí.

26. Según las circunstancias, los niños refugiados e internacionalmente desplazados, o aquellos cuya residencia habitual no pueda establecerse, pueden, posteriormente, establecer una nueva residencia habitual en el Estado contratante de asilo o en otro Estado contratante. Dado que la residencia habitual es una cuestión de hecho, esto dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, en especial de si las condiciones del niño en el país, sobre todo su condición jurídica de conformidad con la legislación aplicable (por ejemplo, si es o no un refugiado), ofrecen suficiente estabilidad para permitir el establecimiento de una residencia habitual. Por ejemplo, según la legislación de Alemania, en el caso de los niños refugiados, si el nuevo Estado de la residencia habitual coincide con el Estado en el que se encuentra, se mantendrá la competencia prevista en el artículo 6(1)³⁷. En el caso de aquellos niños cuya residencia habitual no puede establecerse, la competencia prevista en el artículo 6(2) dejará de surtir efecto en cuanto establezcan una nueva residencia habitual. Si el nuevo lugar de residencia habitual es un Estado contratante, las autoridades competentes de ese Estado ejercerán su competencia en virtud del artículo 5. Como alternativa, el Estado contratante en el que se encuentra en tránsito el niño (no el Estado de la nueva residencia habitual) tendrá competencia limitada, como se establece en los artículos 11 y 12.

*d. Transferencia de competencia general a un-Estado contratante mejor situado para evaluar el interés superior del niño*³⁸

27. Como excepción a las normas de competencia general, los artículos 8 y 9 del Convenio de 1996 permiten que las autoridades del Estado contratante que normalmente tienen competencia en virtud del artículo 5 o 6³⁹ le transfieran esa competencia, sobre todo, a las autoridades del Estado contratante del cual el niño es nacional o con el cual tiene un vínculo sustancial, o de un Estado contratante cuyas autoridades conozcan de una solicitud de divorcio o separación legal de los padres del niño o de la nulidad de su matrimonio⁴⁰. Esta transferencia de competencia solo es posible una vez que se han cumplido ciertas condiciones, y cuando haya aceptación mutua de las autoridades competentes de

competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) ("La versión refundida del Reglamento Bruselas II bis"). El art. 11(2) de la versión refundida del Reglamento de Bruselas II bis establece que la competencia basada en la presencia del niño se aplicará también a los niños refugiados o desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su Estado miembro de residencia habitual. Véase para información adicional el considerando 25 de la versión refundida del Reglamento Bruselas II bis. La versión refundida del Reglamento Bruselas II bis se aplicará a partir del día 1 de agosto de 2022.

³⁷ J. Pirrung, "Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR EU-Verordnung und Übereinkommen zum Schutz von Kindern (Brüssel IIa-VO, KSÜ, HKÜ, ESÜ, IntFamRVG, UmgangsÜ)", in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2018, art. 6 del Convenio de 1996, párrs. 50 y 51. Si el niño posteriormente obtiene una nueva residencia habitual en otro Estado contratante, ese Estado tendrá competencia general según el art. 5.

³⁸ Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párrs. 53-60.

³⁹ Si bien la transferencia de competencia para adoptar medidas en relación a los niños refugiados y desplazados internacionalmente, o los niños cuya residencia habitual no puede establecerse (art. 6) está expresamente prevista en el art. 8, no lo está en el art. 9. El Informe Explicativo indica que esto es el resultado de un "olvido", y que el art. 9 debería alinearse con el art. 8. En el Informe Explicativo, se declara lo siguiente: "si las autoridades del Estado de la nacionalidad del niño tienen la cualidad para solicitar a las del Estado 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, este ha sido provisionalmente desplazado", Informe Explicativo del Convenio de 1996 (*ibid.*), párr. 58. Véase también: Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.*, nota 8, nota al pie 156, en la p. 57, y N. Lowe y M. Nicholls, *The 1996 Convention on the Protection of Children*, Derecho de familia, Jordan Publishing, Bristol, 2012, párr. 3.44.

⁴⁰ Los arts. 8 y 9 también permiten una transferencia de competencia al Estado contratante en el que se encuentran los bienes del niño.

ambos Estados contratantes involucrados de que las autoridades del otro Estado contratante están mejor situadas en el caso concreto para evaluar el interés superior del niño.

28. Se debe evaluar el interés superior del niño “en el caso concreto”, es decir, “en el momento en que se hace sentir una cierta necesidad de protección”⁴¹. Por ejemplo la posibilidad de esta transferencia podría preverse, cuando corresponda, en los casos en que se considere la posibilidad de devolver al niño al cuidado de sus padres en el Estado de origen del niño⁴², o de confiar el niño a un miembro de la familia ampliada en el Estado de origen o en otro Estado. Sin embargo, el Estado al que se transferiría la competencia tendría que ser un Estado contratante y, según la redacción del artículo 8(2), tendría que ser un Estado del que el niño es ciudadano o con el que tiene un vínculo sustancial.

29. El Convenio no define lo que constituye a un "vínculo sustancial" entre un niño y un Estado contratante a los efectos de una transferencia de competencia. No obstante, el Informe Explicativo señala que esta redacción proporcionará flexibilidad y “[p]ermitirá, según los casos y siempre en función del interés superior del niño, considerar, por ejemplo, la competencia de las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual del niño o del Estado en que viven miembros de la familia del niño que están dispuestos a ocuparse de él”⁴³.

30. Una solicitud para transferir la competencia puede iniciarse en el Estado contratante que normalmente tiene competencia (en virtud del art. 8) o en el Estado contratante que la solicita (en virtud del art. 9). Existen dos posibles procedimientos para la transferencia de competencia. En primer lugar, las mismas autoridades pueden presentar la solicitud a las autoridades del otro Estado contratante, ya sea directamente o con la cooperación de la Autoridad Central pertinente [primera opción del art. 8(1), primera opción del art. 9(1) y art. 31(a)]. En segundo lugar, se puede invitar a las partes a presentar la solicitud ante las autoridades del otro Estado contratante [segunda opción del art. 8(1) y segunda opción del art. 9(1)]. La transferencia de competencia puede producirse respecto de un caso en su totalidad, o de una parte del mismo⁴⁴. Cuando las autoridades de ambos Estados aceptan una transferencia, la autoridad que renuncia a la competencia ya no puede ejercerla en ese asunto concreto, y debe esperar hasta que la decisión emitida por la autoridad del otro Estado se convierta en definitiva y, cuando sea apropiado, ejecutable⁴⁵. No obstante, la transferencia no es de carácter permanente. “Nada permite, en efecto, afirmar por adelantado que en un caso futuro, la autoridad competente en virtud de los artículos 5 o 6 no será la mejor situada para decidir en interés superior del niño⁴⁶”. En la práctica, esto significa que las autoridades competentes del Estado contratante que tengan competencia de conformidad con los artículos 5 o 6 en el momento en que se presente una solicitud para modificar, reemplazar o revocar las medidas de protección ordenadas por la autoridad competente del Estado contratante al que se transfirió la competencia tendrán competencia general para entender esa solicitud. No obstante, podrá aceptarse una nueva transferencia de competencia de conformidad con los artículos 8 o 9⁴⁷.

⁴¹ Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párr. 56.

⁴² Frente a una posibilidad de que el niño regrese a su Estado de origen, se debe tener en cuenta el principio de no-devolución (*non-refoulement*), cuando sea apropiado. Véase más arriba la nota 15.

⁴³ Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párr. 55.

⁴⁴ Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 8, párr. 5.5.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 5.6.

⁴⁶ Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párr. 56.

⁴⁷ En algunos casos, la competencia se transfiere en conformidad con el art. 8 o 9. En consecuencia, se reubicará al niño en el Estado contratante al que se transfiera la competencia y se establecerá allí su residencia habitual. En dichos casos, no se necesitará una transferencia de competencia posterior.

- e. *Competencia general concurrente de las autoridades competentes del Estado contratante que entiende en una solicitud de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio de los padres del niño (art. 10)*

31. Las autoridades competentes de un Estado contratante que ejerce su competencia para decidir sobre la solicitud de divorcio o separación legal de los padres del niño cuya residencia habitual se encuentra en otro Estado contratante, o para la nulidad del matrimonio, tienen competencia para adoptar medidas dirigidas a la protección del niño si la ley de su Estado así lo dispone y si se cumplen ciertas condiciones⁴⁸. Dicha competencia puede ejercerse, por ejemplo, con respecto a un niño fugado o un niño desplazado internacionalmente cuyos padres se divorcian o separan en un Estado contratante distinto del de la residencia habitual del niño⁴⁹.

- f. *Competencia concurrente de las autoridades competentes del Estado contratante de la presencia del niño; competencia excepcional en casos de urgencia (art. 11) y medidas con carácter provisional y eficacia territorial (art. 12): niños que han escapado, han sido abandonados o víctimas de la trata⁵⁰*

32. El artículo 11 les otorga competencia a las autoridades de todo Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el niño o sus bienes para adoptar las medidas de protección necesarias en casos de urgencia. El Convenio de 1996 no define los casos de urgencia. No obstante, el Informe Explicativo expone lo siguiente:

“Se puede decir que se está en presencia de una situación de urgencia en el sentido del artículo 11 cuando la situación, si no se le ha puesto remedio por la vía normal prevista en los artículos 5 a 10, podría entrañar un perjuicio irreparable al niño. La situación de urgencia justifica, pues, una excepción a la regla normal y debe por tal razón concebirse bastante estrictamente.⁵¹”

33. La competencia prevista en el artículo 11 es concurrente con la competencia general basada en la residencia habitual del niño (art. 5) o, en las situaciones previstas en el artículo 6, la presencia del niño en el territorio, lo que constituye una excepción a las normas generales de competencia del Convenio.

34. Como alternativa, en casos que no son urgentes, el artículo 12 les otorga competencia a las autoridades de todo Estado contratante en cuyo territorio el niño o los bienes que le pertenezcan “para adoptar medidas de protección de la persona [...] del niño con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado, [...] siempre que tales medidas no sean incompatibles con las ya adoptadas por las autoridades competentes según los artículos 5 a 10”.

⁴⁸ Las condiciones establecidas en el art. 10(1) son las siguientes:

“(1) [...]”

- 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 [según el art. 10(1)] para adoptar medidas de protección del niño cesa cuando la decisión aceptando o desestimando la demanda de divorcio, separación de cuerpos o anulación del matrimonio sea firme o el procedimiento finaliza por otro motivo.”

⁴⁹ La verdadera importancia de esta competencia solo se plantearía en la etapa de reconocimiento y ejecución, si efectivamente dicho tribunal ha tomado una medida con respecto al niño, y luego se invoca el reconocimiento de esa medida, o se solicita su ejecución, en el Estado contratante en el que se encuentra el niño.

⁵⁰ Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párrs. 67-77.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 68.

35. Los artículos 11 y 12 son sustancialmente inoperantes para los niños refugiados, desplazados internacionalmente o aquellos cuya residencia habitual no puede establecerse, dado que, en virtud del artículo 6, se le otorga competencia general al Estado contratante en el que se encuentra el niño. Con respecto al artículo 11 en específico, el Informe Explicativo señala que “[e]n lo que se refiere a la autoridad del Estado de la presencia del niño, se trata por hipótesis de niños distintos de los niños refugiados o desplazados en el sentido del artículo 6, párrafo 1, o de niños sin residencia habitual en el sentido del artículo 6, párrafo 2. Para estos, en efecto, a falta de un Estado de residencia habitual establecido o accesible, el foro de la presencia del niño tiene una competencia general”⁵², lo que les permite adoptar todas las medidas disponibles, ya sean urgentes o no. Sin embargo, los artículos 11 y 12 serían apropiados, por ejemplo, en el caso de niños refugiados o desplazados víctimas de la trata, explotación o fuga, para los que pueden ser necesarias medidas de protección. Por ejemplo, otro Estado contratante en el que el niño puede estar presente tendría competencia, en algunas circunstancias, para adoptar medidas en virtud de los artículos 11 o 12 para proteger a un niño refugiado o desplazado que haya sido objeto de trata de personas o que haya huido del Estado contratante que tiene competencia en virtud del artículo 6⁵³.

36. La competencia basada en el artículo 11 o 12 parte del supuesto de que las medidas tendrán efecto por un tiempo limitado, dado que las autoridades con competencia general según los artículos 5 a 10 son las responsables en última instancia de garantizar el cuidado del niño⁵⁴. Las autoridades del Estado contratante donde se encuentra el niño deben trabajar con las autoridades de Estado que tiene competencia general según los artículos 5 a 10 para determinar los arreglos a largo plazo más apropiados para el niño⁵⁵. Cabe señalar que si las autoridades que tienen competencia general en virtud de los artículos 5 a 10 no están en condiciones de adoptar medidas de protección relativas al niño, el Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el niño deberá diseñar una solución a más largo plazo. Hasta que las autoridades del Estado con competencia general según los artículos 5 a 10 no adopten medidas de protección, la competencia para proteger a esos niños recae, con carácter urgente o provisional, en las autoridades del Estado contratante en que se encuentre el niño. Además, según la situación, las autoridades del Estado contratante donde se encuentra el niño pueden considerar la posibilidad de solicitar la transferencia de competencia general en conformidad con el artículo 9 del Convenio⁵⁶.

4. Normas sobre la ley aplicable⁵⁷

37. El Convenio de 1996 establece que las autoridades de los Estados contratantes, en el ejercicio de su competencia en virtud del Convenio para adoptar medidas de protección de los niños, aplicarán

⁵² Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párr. 69.

⁵³ Los artículos 11 y 12 serían apropiados, por ejemplo, si se trasladara de manera ilícita a un niño refugiado o desplazado del Estado contratante que tuviera competencia según el artículo 6 a otro Estado contratante para la trata de niños. También serían apropiados si un niño refugiado o desplazado escapara a otro Estado contratante por razones distintas de solicitar la condición de refugiado en ese lugar o a causa de los disturbios que se produzcan en el Estado contratante que tuviera competencia según el artículo 6. En esas circunstancias, el Estado contratante en el que se encuentra el niño sería competente en virtud de los artículos 11 y 12, incluso para adoptar medidas de protección del niño contra el riesgo de una mayor explotación o medidas encaminadas a la devolución del niño en condiciones de seguridad al Estado contratante competente en virtud del artículo 6.

⁵⁴ Cuando el niño tenga su residencia habitual en un Estado contratante, las medidas adoptadas según los artículos 11 o 12 caducan en cuanto las autoridades con competencia general según los artículos 5 a 10 hayan adoptado las medidas necesarias para la situación (arts. 11(2) y 12(2)). Cuando el niño tenga su residencia habitual en un Estado no contratante, las medidas adoptadas según el artículo 11 caducan en todos los Estados contratantes en cuanto las medidas necesarias y adoptadas por las autoridades de otro Estado sean reconocidas en el Estado contratante que adoptó las medidas urgentes (art. 11(3)). En lo que respecta a las medidas adoptadas en virtud del art. 12, caducan en el Estado contratante que adoptó las medidas provisionales tan pronto como las medidas requeridas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado sean reconocidas en ese Estado contratante (art. 12(3)).

⁵⁵ Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 8, párr. 13.62.

⁵⁶ Esto solo será posible cuando el Estado de la residencia habitual del niño sea otro Estado contratante y se cumplan las demás condiciones para una transferencia de competencia. Véase el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 (*ibid.*), párr. 13.63.

⁵⁷ Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párrs. 85-117.

su propia legislación (art. 15(1)). Al hacerlo, aplicarán la ley con la que estén más familiarizados, que en la mayoría de los casos coincide con la ley del Estado en cuyo territorio se encuentra el niño. Además, las medidas se ejecutan generalmente en el territorio del Estado que las ha tomado. De este modo, la aplicación de estas medidas es más sencilla ya que se ajustan a la ley de ese Estado.

38. Sin embargo, en la medida que sea necesario para la protección del niño, las autoridades de los Estados contratantes podrían excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tiene un vínculo sustancial (art. 15(2)). Es importante señalar el carácter universal de las normas sobre la ley aplicable, lo que significa que se aplican incluso si la ley designada por ellas es la ley de un Estado no contratante (art. 20). Como se señala en el Informe Explicativo, “podría [...] indicarse la aplicación de la ley nacional a la protección de niños extranjeros si resulta que estos niños van a volver en plazo breve a su país de origen”, incluso cuando el Estado no es un Estado contratante⁵⁸. Este podría ser el caso, por ejemplo, si la medida de protección contemplada consistiera en designar como tutor del niño a un tío que reside en el Estado de origen del niño. Del mismo modo, puede ser apropiado aplicar la ley de un tercer Estado si se espera que el niño se traslade allí a corto plazo. En cualquier caso, como se dispone en el artículo 15(2), las autoridades de un Estado podrán tener en cuenta la legislación de otro Estado para evitar adoptar una medida de protección que no pueda ser ejecutada en este último Estado.

39. El capítulo sobre la ley aplicable se complementa con disposiciones adicionales que tratan de lo siguiente: la atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental (art. 16); el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 17); la extinción o modificación de la responsabilidad parental (art. 18); la protección de terceros (art. 19); la exclusión del reenvío, que permite evitar los riesgos de conflicto entre los sistemas de elección de la ley aplicable (art. 21), y la política pública, por la cual “la ley designada por las disposiciones [del Convenio de 1996] solo puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño” (art. 22).

5. Normas sobre reconocimiento y ejecución⁵⁹

40. El Convenio de 1996 expone el principio de que las medidas adoptadas en un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en todos los demás Estados contratantes (art. 23).

“El reconocimiento de pleno derecho significa que se obtiene sin recurrir a procedimiento alguno, en tanto que la persona que se apoya en la medida no da paso alguno hacia la ejecución. Es la parte a quien la medida se opone, por ejemplo, en el curso de un procedimiento, quien deberá invocar un motivo de no reconocimiento previsto en el párrafo 2 [del artículo 23].”⁶⁰

41. Los fundamentos no obligatorios de no reconocimiento establecidos en el Convenio son, en su mayor parte, los fundamentos clásicos que se encuentran en los diversos Convenios de la HCCH sobre derecho internacional privado⁶¹. Sin embargo, un fundamento es específico del Convenio de 1996. Este

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 89.

⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 118-135.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 119.

⁶¹ “Artículo 23

[...]

(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;

permite a los Estados contratantes no reconocer o ejecutar una medida de protección que involucre la colocación transfronteriza de un niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o el acogimiento transfronterizo de un niño mediante kafala o una institución análoga, cuando las autoridades competentes no hayan consultado ni obtenido el consentimiento de la autoridad competente del Estado contratante en el que deba tener lugar la colocación o el acogimiento antes de adoptar dicha medida. El deber de consultar, transmitir un informe sobre el niño y obtener el consentimiento está previsto en el artículo 33 del Convenio.

42. Si bien las medidas de protección están reconocidas de pleno derecho, “[...] 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” (art. 24). Este procedimiento se rige por la legislación del Estado requerido. Esta disposición puede ser de interés en casos en los que la medida de protección involucre el retorno o reubicación de un niño a otro Estado contratante como resultado, por ejemplo, de una determinación sobre la custodia del niño, la designación de un tutor o la colocación transfronteriza en una familia de acogida. Ese retorno o reubicación puede en el Estado contratante de la residencia habitual actual o anterior del niño, al de su nacionalidad o a un tercer Estado, con sujeción a las leyes de inmigración pertinentes que permitan al niño entrar y residir en el Estado en cuestión. En estos casos, puede exigirse certeza en cuanto al reconocimiento o la ejecución de una medida de protección que se haya adoptado antes de la reubicación del niño, pero en ningún caso la determinación del reconocimiento en virtud del artículo 24 prevalecerá sobre la aplicación, cuando proceda, de las leyes de inmigración del Estado requerido.

43. Como es costumbre en los Convenios de la HCCH, “[l]a 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” (art. 25). Además, “la autoridad del Estado requerido no procederá a revisión alguna en cuando al fondo de la medida adoptada” (art. 27)⁶². “Si la medida [de protección] comporta actos de ejecución, por ejemplo, una medida de coerción para obtener la entrega del niño [...], la medida deberá ser objeto de una declaración de exequátur en este segundo Estado o, según el procedimiento aplicable en ciertos Estados, de un registro a los fines de ejecución” (art. 26(1))⁶³. Ese procedimiento se iniciará en el Estado requerido a petición de una parte interesada. Los Estados contratantes deben aplicar un procedimiento sencillo y rápido para la declaración de exequátur o el registro para la ejecución (art. 26(2)). Finalmente, el Convenio de 1996 establece lo siguiente:

“[l]as 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” (art. 28).

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.”

⁶² Si, ante las circunstancias, se debiera revisar, modificar o revocar la medida de protección, las autoridades competentes del Estado contratante con competencia según el Convenio de 1996 en el momento en que se contemplaran las nuevas medidas tendrían competencia para decidir al respecto.

⁶³ Informe Explicativo del Convenio de 1996, op. cit. nota 6, párr. 132.

6. Mecanismos de cooperación⁶⁴

44. El Convenio de 1996 establece un sistema de Autoridades Centrales encargadas del cumplir con las obligaciones que impone el Convenio (art. 29). Todo Estado contratante designará una Autoridad Central para ese fin⁶⁵. “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” (art. 30(1)). Toda Autoridad Central es, por así decirlo, un punto de contacto fijo para las Autoridades Centrales de los otros Estados contratantes para solicitar información o asistencia. Las Autoridades Centrales pueden cooperar de diferentes maneras en asuntos relacionados a los niños no acompañados o separados.

45. De conformidad con el artículo 30(2), en relación con la aplicación del Convenio de 1996, las Autoridades Centrales tomarán las medidas apropiadas para brindar información sobre las leyes vigentes y los servicios disponibles en los Estados en relación con la protección de los niños. Podría solicitarse a la Autoridad Central del Estado de origen del niño o a la Autoridad Central de un tercer Estado que brinden dicha información en el caso de que no pudiera devolverse a un niño a su Estado de origen o reubicarlo en un tercer Estado.

46. En virtud del artículo 31(c), la autoridad competente de un Estado contratante puede solicitar a la Autoridad Central de otro Estado contratante que brinde asistencia para localizar al niño cuando parezca que este se encuentra en el territorio del Estado requerido y necesita protección. Además, el artículo 34 establece que “[c]uando 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”, que puede incluir, cuando se encuentre disponible, información sobre la ubicación de los miembros de la familia de un niño no acompañado o separado. El artículo 34 no impone la obligación de proporcionar la información solicitada. Por consiguiente, hacerlo dependerá de la buena voluntad de las autoridades del Estado requerido y de la confianza mutua entre ambos Estados, así como del derecho sustantivo y procesal aplicable. La decisión de compartir la información disponible también puede depender de las normas que rigen la confidencialidad de la información en el Estado requerido.

47. Tal como se mencionó anteriormente, el artículo 33 del Convenio de 1996 impone un procedimiento obligatorio de consulta y aprobación para la colocación transfronteriza del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal por *kafala* en otro Estado contratante⁶⁶. Esta consulta se inicia cuando una autoridad competente en virtud del Convenio contempla la colocación del niño en el extranjero en otro Estado contratante. Para los tipos de casos a los que se refiere este documento, dicha colocación puede contemplarse para un niño no acompañado o separado en su Estado de origen o en otro Estado, con sujeción a las leyes de inmigración que permitan al niño entrar y residir en el Estado en cuestión.

“Esta consulta da un poder de control⁶⁷ sobre la decisión a la autoridad del Estado de recepción 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. El texto precisa que la consulta se hará a la Autoridad central o a otra autoridad competente del Estado de recepción, y que se manifestará proporcionando a

⁶⁴ Ibid., párrs. 136-153.

⁶⁵ En los estados federados, se puede designar más de una Autoridad Central, a veces con una Autoridad Central federal designada como "buzón central" con la que se puede contactar si no se sabe a qué Autoridad Central dirigirse.

⁶⁶ Las colocaciones internas se llevarán a cabo en conformidad con el derecho interno.

⁶⁷ La versión en inglés del Informe Explicativo dice “review”, lo cual no es lo mismo que “poder de control”. El Estado requerido solo puede decir “sí” o “no” pero no puede “examinar” la decisión.

esta autoridad un informe sobre la situación del niño y los motivos de la propuesta de colocación.⁶⁸

48. En virtud del artículo 32, un Estado contratante con el cual el niño tiene un vínculo sustancial puede solicitar, con motivos que lo respalden, un informe sobre la situación del niño de parte de la Autoridad Central del Estado contratante donde el niño tiene su residencia habitual y está presente⁶⁹ También puede solicitar que la autoridad competente de este último Estado considere la posibilidad de tomar medidas de protección del niño. También en este caso, el artículo 32 no impone al Estado contratante requerido la obligación de presentar ese informe ni de considerar la posibilidad de adoptar medidas de protección. En esos casos, se aplicarán las mismas consideraciones de buena voluntad, confianza mutua y normas de confidencialidad.

49. El primer párrafo del artículo 35 también prevé “la asistencia mutua entre autoridades competentes de los Estados contratantes para la puesta en práctica de las medidas de protección. Esta asistencia será a menudo necesaria, particularmente en caso de desplazamiento del niño o de colocación de este en un establecimiento apropiado situado en un Estado distinto de aquel que ha tomado la medida de colocación.”⁷⁰

50. Según el artículo 36, “[e]n 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.” Este podría ser el caso, por ejemplo, del descubrimiento de un niño fugado que ha sido víctima de trata de persona o de algún acto de explotación en otro Estado. La divulgación de información sobre la medida adoptada o contemplada estará sujeta a las normas que rigen la confidencialidad del Estado en cuestión. La obligación de notificar en esos casos se aplica independientemente de que el niño esté presente o resida en un Estado contratante o en un Estado no contratante.

51. Dentro de este marco de intercambio de información, el artículo 37 del Convenio merece especial atención y énfasis. Este artículo establece que “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 [...] del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia.” Esta obligación es de especial importancia, por ejemplo, en los casos de niños refugiados y otros niños no acompañados o separados que han sido víctimas de la trata y la explotación.

C. Conclusión

52. El Convenio de 1996 juega un papel importante en facilitar la protección transfronteriza de niños, en especial, en las áreas del derecho privado de familia y la protección de los niños. También establece una cooperación más eficaz entre los Estados contratantes. El Convenio se aplica a todos los niños hasta la edad de 18 años, independientemente de su condición o de sus circunstancias. En lo que respecta a los niños no acompañados y separados, el Convenio constituye un importante complemento de otros instrumentos mundiales y regionales relativos a la protección de los niños, incluidos los que se ocupan de niños inmigrantes y solicitantes de asilo no acompañados y separados.

⁶⁸ Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párr. 143.

⁶⁹ Esta disposición puede aplicarse en el caso de que un niño no esté acompañado dentro del Estado de su residencia habitual y sus parientes que se encuentren en otro Estado contratante deseen obtener un informe, suponiendo que, dadas las circunstancias particulares, la relación del niño con los parientes sea tal que cree un vínculo sustancial entre el niño y ellos, y entre el niño y el Estado solicitante. Esta disposición también puede aplicarse en el caso de que un Estado al que se le transfirió la competencia desee obtener un informe.

⁷⁰ Informe Explicativo del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 6, párr. 146.

Por consiguiente, se alienta encarecidamente a los Estados a que consideren la posibilidad de convertirse en Estados contratantes del Convenio de 1996⁷¹.

53. Tanto los Estados contratantes como los Estados no contratantes están invitados a promover la cooperación entre las autoridades competentes responsables de las medidas de protección del niño y las autoridades encargadas de la inmigración dentro de su Estado, cuando esa cooperación sea posible y pertinente o cuando sea necesaria la coordinación. Aunque el Convenio de 1996 no rige el derecho sustantivo interno sobre la protección de los niños o las cuestiones relacionadas con la ley de inmigración y la ley de refugiados para los Estados contratantes, sí prevé la cooperación entre todas las autoridades competentes para lograr los propósitos del Convenio, de conformidad con su ámbito de aplicación particular.

54. También debería fomentarse la colaboración entre las autoridades en los planos regional e internacional. En el contexto europeo, ya se han tomado medidas importantes en este ámbito. Por ejemplo, en las reuniones anuales de noviembre de 2015, abril de 2016 y junio de 2017 de las Autoridades Centrales en virtud del Reglamento Bruselas II bis en el marco de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (RJE), se debatió y promovió la posible cooperación entre las Autoridades Centrales, las autoridades nacionales de protección de niños y las autoridades que se encargan del asilo y la inmigración en relación con los niños refugiados y los no acompañados y separados. Por otra parte, el tema del Décimo Foro Europeo sobre los Derechos del Niño, organizado por la Comisión Europea en noviembre de 2016, fue "La protección de los niños en la migración". El Foro fue precedido por un evento paralelo sobre la tutela. Se ofreció a los tutores, los funcionarios de protección de la infancia y los funcionarios de inmigración un panorama general de los instrumentos jurídicos pertinentes disponibles en esas áreas y se les alentó a que entablaran un diálogo estructurado. Como resultado, se ha establecido una Red Europea de Tutela⁷². Se espera que haya otras iniciativas positivas de ese tipo para establecer y apoyar el importante diálogo y la colaboración que debe existir entre todas las autoridades involucradas en la protección de los niños no acompañados y separados.

⁷¹ Este mensaje también se presentó en los talleres organizados en conjunto por la HCCH y UNICEF en mayo y septiembre de 2018 para los Estados en las regiones de Asia Meridional (Afganistán, Bangladesh, India, Maldivas, Nepal, Sri Lanka), en Katmandú, Nepal, y para Asia Oriental y el Pacífico (Fiji, Indonesia, Malasia, Islas Marshall, Mongolia, Myanmar, Filipinas, Tailandia) en Bangkok, Tailandia. Las autoridades encargadas de la cooperación internacional en materia de protección de niños y las encargadas de las cuestiones de inmigración y asilo participaron de ambos talleres, tanto a nivel nacional como internacional. Más información relativa a estos talleres, así como las Conclusiones y Recomendaciones acordadas en los talleres, está disponible respectivamente en < <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=610> > y en < <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=635> > (solo en inglés - consultadas por última vez el 3 de noviembre de 2019). Este mensaje también se presentó en la Conferencia Regional Africana sobre los Convenios de la HCCH sobre los Niños de abril de 2019, la cual se llevó a cabo en Ciudad del Cabo, Sudáfrica. Más información relativa a la Conferencia Regional Africana organizada conjuntamente por la Facultad de Derecho de la University of the Western Cape, la International Academy of Family Lawyers, Miller du Toit Cloete Inc. y la HCCH, así como las Conclusiones y Recomendaciones acordadas por la Conferencia, está disponible en < <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=668> > (solo en inglés - consultada por última vez el 3 de noviembre de 2019). Finalmente, también se presentó este mensaje en el "Seminario internacional sobre la protección transfronteriza de niños: el Convenio HCCH sobre Protección de Niños de 1996" del 14 y 15 de noviembre de 2019, el cual se llevó a cabo en Rabat, Marruecos, y contó con la asistencia de expertos gubernamentales y jueces de Alemania, Bélgica, Burkina Faso, Camerún, Côte D'Ivoire, Egipto, España, Francia, Italia, Malí, Marruecos, Mauritania, Nigeria, Senegal, el Reino Unido, Suiza, Togo y Túnez; y representantes de la Unión Europea, UNICEF, el Comité de los Derechos del Niño, la Oficina Permanente de la HCCH y el Servicio Social Internacional. Las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas en el seminario están disponibles en < <https://assets.hcch.net/docs/34629925-5823-4f8b-bb2b-da07873504fa.pdf> > (solo en inglés - consultada por última vez el 16 de diciembre de 2019). Estos cuatro eventos tenían como objetivo promover, entre otras cosas, la aplicación del Convenio de 1996 a los niños no acompañados o separados, cuando los Estados en cuestión son parte en el Convenio.

⁷² Para información sobre European Network of Guardianship Institutions (Red Europea de Instituciones Tutelares), véase el sitio web < <https://www.egnetwork.eu/about/> > (disponible solo en inglés - consultada por última vez el 31 de enero de 2020).

BORRADOR

ANEXOS

Medidas urgentes o provisionales a corto plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado

Comentarios sobre las disposiciones pertinentes del Convenio de 1996 aplicables a las medidas urgentes o provisionales a corto plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado¹.

Ámbito de aplicación (por razón de la materia)²

Artículo 3: el Convenio contempla las siguientes medidas de protección enumeradas en el artículo 3³:

- la atribución, ejercicio y extinción total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación⁴;
- el 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;
- la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;
- 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, tales como un representante legal, un consejero, un asesor o un administrador *ad hoc*;
- la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga⁵;
- la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo.

Competencia (ámbito de aplicación por razón de la persona y del territorio)⁶

Artículo 6(1)⁷: las autoridades del Estado contratante del territorio en el que están presentes determinados niños (concretamente, niños refugiados o aquellos niños que fueron desplazados internacionalmente debido a disturbios en su país) tienen competencia para adoptar medidas de protección.

Artículo 6(2)⁸: las autoridades del Estado contratante del territorio en el que están presentes los niños cuya residencia habitual no puede establecerse también tienen competencia para adoptar medidas de protección.

¹ El texto completo del Convenio de 1996 y de las disposiciones siguientes está disponible en el sitio web de la HCCH < www.hcch.net > en "Protección de niños".

² Véanse más arriba los párrs. 15-17.

³ La disponibilidad de las medidas de protección que figuran aquí y las decisiones relativas a dichas medidas estarán sujetas a la ley aplicable según el artículo 15. Además, estarán sujetas a la aplicación, cuando sea pertinente, de las leyes de inmigración de los Estados en cuestión.

⁴ Incluido el regreso del niño al cuidado de sus padres.

⁵ Incluidos el acogimiento por familiares, acogimiento en hogares de guarda y otras formas de cuidado basadas en la familia o similares, acogimiento residencial y acuerdos de vida independiente supervisados para los niños.

⁶ Los artículos 6, 11 y 12 se aplican únicamente cuando el Estado en el que se encuentra el niño es un Estado contratante del Convenio de 1996, independientemente de que los demás Estados en cuestión sean también Estados contratantes. Véase más arriba el párr. 18 y la nota 54.

⁷ Véanse más arriba los párrs. 24-26.

⁸ *Ibid.*

Artículo 11⁹: en caso de urgencia, las autoridades de un Estado contratante en cuyo territorio está presente el niño tienen competencia para adoptar las medidas de protección necesarias. Esta disposición se aplica, por ejemplo, a los niños fugados, perdidos, abandonados o secuestrados cuyas circunstancias no están contempladas en el artículo 6.

Artículo 12¹⁰: las autoridades de un Estado contratante en cuyo territorio se encuentra presente el niño tienen competencia para adoptar medidas provisionales para la protección del niño que tengan efecto un territorial limitado para el Estado en cuestión. Esta disposición se aplica, por ejemplo, a los niños fugados, perdidos, abandonados o secuestrados cuyas circunstancias no están contempladas en el artículo 6.

Ley aplicable

Artículo 15(1): en ejercicio de su competencia para adoptar medidas de protección, incluso en casos de urgencia o de medidas provisionales, las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia legislación.

Artículo 15(2)¹¹: en ejercicio de su competencia, las autoridades de los Estados contratantes pueden, excepcionalmente, aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho, como el Estado de origen del niño.

Artículo 15(3)¹²: 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.

Reconocimiento y ejecución¹³

Artículo 23(1): las medidas de protección adoptadas en un Estado contratante serán reconocidas de pleno derecho en todos los Estados contratantes.

Artículo 23(2): no obstante, podrá denegarse el reconocimiento de una medida de protección por alguna de las razones que figuran en el artículo 23(2)¹⁴.

Artículo 26(1): la ejecución de las medidas de protección estará sujeta a una declaración de ejecutoriedad o al registro con vistas a su ejecución en el Estado requerido, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado.

⁹ Véanse más arriba los párrs. 32-36 y la nota 54 en lo que respecta a la aplicación de esta disposición cuando el niño tiene su residencia habitual en un Estado no contratante. Véanse, más en específico, arriba el párr. 35 y la nota 53, cuando esta disposición podría aplicarse a un niño cuyas circunstancias estén cubiertas por el art. 6, pero que hubiera sido trasladado (por ejemplo, por trata) o huido a otro Estado contratante.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ La ley aplicable puede ser la ley de un Estado contratante o la ley de un Estado no contratante. Véanse más arriba los párrs. 37-39.

¹² El art. 15(3) solo puede aplicarse si la medida sigue teniendo vigencia.

¹³ Las disposiciones de reconocimiento y ejecución del Convenio de 1996 solo aplican si tanto el Estado donde se ordenaron las medidas de protección como el Estado requerido (es decir, el Estado donde las medidas de protección serán reconocidas y ejecutadas) son Estados contratantes. Si solo uno de ellos es un Estado contratante, las medidas de protección se reconocerán y ejecutarán en el Estado requerido en conformidad con las normas internas sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas/decisiones extranjeras de ese Estado. Véanse más arriba los párrs. 40-43.

¹⁴ Véanse más arriba el párr. 41 y la nota 61.

Cooperación¹⁵

Artículo 31(c): se puede pedir a una Autoridad Central que preste asistencia para localizar a un niño en el territorio de su Estado cuando este necesite protección.

Artículo 32: un Estado contratante que tenga un vínculo sustancial con un niño (por ejemplo, según las circunstancias, si los familiares del niño viven en su territorio o si se transfirió la competencia a un Estado con el cual el niño tiene un vínculo sustancial) puede dirigir ciertas solicitudes a la Autoridad Central del Estado contratante en el que el niño tiene su residencia habitual y está presente, en relación a ese niño. Esas solicitudes deben ir acompañadas de razones de soporte y pueden pedir un informe sobre la situación del niño o que la Autoridad Central destinataria solicite posiblemente que la autoridad competente de su Estado considere la necesidad de adoptar medidas para proteger a ese niño.

Artículo 34: las autoridades competentes de un Estado contratante podrán solicitar a cualquier autoridad de otro Estado contratante (por ejemplo, un Estado en el que se encuentren los familiares de un niño) que comunique cualquier información que posea y que sea pertinente para la protección del niño.

Artículo 36: en todo caso en que un niño esté expuesto a un peligro grave, las autoridades competentes de un Estado contratante en el que se hayan adoptado o se estén estudiando medidas de protección, si se les informa que el niño ha cambiado de residencia o está presente en otro Estado, informarán a las autoridades de ese otro Estado sobre el peligro que corre y las medidas adoptadas o en estudio. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando un niño fugado ha sido víctima de un acto de explotación descubierto en otro Estado.

¹⁵ Los artículos 32 y 34 no necesitan que el Estado requerido responda favorablemente. El hacerlo dependerá de las leyes del Estado requerido, incluidas las leyes relativas al acceso a la información y a la protección de la privacidad. Véanse más arriba los párrs. 44-50.

Medidas a largo plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado que tendrían como consecuencia que el niño se quede en el nuevo Estado

Comentarios sobre las disposiciones pertinentes del Convenio de 1996 aplicables a las medidas a largo plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado que tendrían como consecuencia que el niño se quede en el nuevo Estado¹.

Ámbito de aplicación por razón de la materia²

Artículo 3: el Convenio contempla las siguientes medidas de protección en el artículo 3³:

- la atribución, ejercicio, extinción o privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación⁴;
- el 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;
- la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;
- 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, tales como un representante legal, un consejero, un asesor o un administrador *ad hoc*;
- la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga⁵;
- la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo.

Competencia (ámbito de aplicación por razón de la persona y el territorio)⁶

Artículo 5: si el Estado de origen del niño es un Estado contratante del Convenio y el niño sigue teniendo su residencia habitual en ese Estado, sus autoridades son competentes para adoptar medidas que den como resultado el traslado del niño al nuevo Estado.

Artículo 6(1)⁷: las autoridades del Estado contratante del territorio en el que están presentes determinados niños (concretamente, niños refugiados o aquellos niños que fueron desplazados internacionalmente debido a disturbios en su país) tienen competencia para adoptar medidas de protección.

Artículo 6(2)⁸: las autoridades del Estado contratante del territorio en el que están presentes los niños cuya residencia habitual no puede establecerse también tienen competencia para adoptar medidas de protección.

¹ El texto completo del Convenio de 1996 y de la disposición siguiente está disponible en el sitio web de la HCCH < www.hcch.net > en "Protección de niños".

² Véanse más arriba los párrs. 15-17.

³ La disponibilidad de las medidas de protección que figuran aquí y las decisiones relativas a dichas medidas estarán sujetas a la ley aplicable según el artículo 15. Además, estarán sujetas a la aplicación, cuando sea pertinente, de las leyes de inmigración de los Estados en cuestión.

⁴ Incluido el regreso del niño al cuidado de sus padres.

⁵ Incluidos el acogimiento por familiares, el acogimiento en hogares de guarda y otras formas de cuidado basadas en la familia o similares, acogimiento residencial y acuerdos de vida independiente supervisados para los niños.

⁶ Los artículos 5, 6, 8, 9 y 11 solo se aplican a los Estados contratantes del Convenio de 1996, independientemente de que los demás Estados interesados sean también Estados contratantes. Véanse más arriba el párr. 18 y la nota 54.

⁷ Véanse más arriba los párrs. 24-26.

⁸ *Ibid.*

Artículos 8 y 9⁹: puede ser posible transferir la competencia a la autoridad de otro Estado contratante si se considera que esta otra autoridad estaría mejor situada en el caso concreto para evaluar el interés superior del niño. La posibilidad de una transferencia puede ser particularmente apropiada cuando se considera la devolución del niño al cuidado de sus padres en el nuevo Estado o el traslado del niño a un nuevo Estado, si el Estado de origen del niño es un Estado contratante del Convenio y ha conservado la competencia sobre el niño basándose en que la residencia habitual del niño sigue estando en el Estado de origen (art. 5)¹⁰. El Estado que transferiría su competencia sería el Estado de residencia habitual (y de origen) del niño, y el Estado que acepta asumir la competencia sería el Estado en el que el niño está presente.

Artículo 14: las medidas adoptadas en aplicación de los artículos 5 a 10 siguen en vigor según sus términos mientras las autoridades que tienen competencia en virtud del Convenio no hayan modificado, sustituido o revocado dichas medidas, incluso si un cambio de circunstancias ha eliminado el presupuesto en que se fundamentaba la competencia.

Ley aplicable

Artículo 15(1): en ejercicio de su competencia, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley, incluso cuando devuelven al niño al cuidado de sus padres en el nuevo Estado o cuando prevén un sistema de cuidado alternativo para el niño en el nuevo Estado.

Artículo 15(2)¹¹: en ejercicio de su competencia, las autoridades de los Estados contratantes pueden, excepcionalmente, aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho, como el Estado de origen del niño.

Artículo 15(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.

Reconocimiento y ejecución¹²

Artículo 23(1): las medidas de protección adoptadas en un Estado contratante serán reconocidas de pleno derecho en todos los otros Estados contratantes.

Artículo 23(2): no obstante, podrá denegarse el reconocimiento de una medida de protección por una de las razones que figuran en el artículo 23(2)¹³.

Artículo 26(1): la ejecución de las medidas de protección estará sujeta a una declaración de ejecutoriedad o al registro con vistas a su ejecución en el Estado requerido, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado.

⁹ Véanse más arriba los párrs. 27-30 y, en especial, la nota 39.

¹⁰ Esto solo será práctico si ha habido una medida anterior en la que se ha quitado la custodia a los padres, y se necesita una nueva medida para modificar la anterior.

¹¹ La ley aplicable puede ser la ley de un Estado contratante o la ley de un Estado no contratante. Véanse más arriba los párrs. 37-39.

¹² Las disposiciones de reconocimiento y ejecución del Convenio de 1996 solo aplican si tanto el Estado donde se ordenaron las medidas de protección como el Estado requerido (es decir, el Estado donde las medidas de protección serán reconocidas y ejecutadas) son Estados contratantes. Si solo uno de ellos es un Estado contratante, las medidas de protección se reconocerán y ejecutarán en el Estado requerido en conformidad con las normas internas sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas/decisiones extranjeras de ese Estado. Véanse más arriba los párrs. 40-43.

¹³ Véanse más arriba el párr. 41 y la nota 61.

Cooperación¹⁴

Artículo 31(c): se puede pedir a una Autoridad Central que preste asistencia para localizar a un niño en el territorio de su Estado cuando este necesite protección.

Artículo 32: un Estado que tenga un vínculo sustancial con un niño (por ejemplo, el Estado de la nacionalidad o, según las circunstancias, un Estado en el que vivan familiares del niño) puede dirigir una solicitud debidamente justificada a la Autoridad Central del Estado en el que el niño esté presente y donde tenga su residencia habitual, para que se le proporcione un informe sobre la situación del niño o se adopten medidas para su protección.

Artículo 34: las autoridades competentes de un Estado contratante pueden solicitar a cualquier autoridad de otro Estado contratante (por ejemplo, un Estado en el que se encuentren los familiares de un niño) que comunique cualquier información que posea y que sea pertinente para la protección del niño.

Artículo 36: en todo caso en que un niño esté expuesto a un peligro grave, las autoridades competentes de un Estado contratante en el que se hayan adoptado o se estén estudiando medidas de protección, si se les informa que el niño ha cambiado de residencia o está presente en otro Estado, informarán a las autoridades de ese otro Estado sobre el peligro que corre y las medidas adoptadas o en estudio. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando un niño fugado ha sido víctima de un acto de explotación descubierto en otro Estado.

¹⁴ Véanse más arriba los párrs. 44-50. El artículo 34 no necesita que el Estado requerido responda favorablemente. El hacerlo dependerá de las leyes del Estado requerido, incluidas las leyes relativas al acceso a la información y a la protección de la privacidad.

Medidas a largo plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado que causarían que el niño regresara al Estado de origen o a que se trasladara a un tercer Estado

Comentarios sobre las disposiciones pertinentes del Convenio de 1996 aplicables a las medidas a largo plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado que causarían que el niño regresara al Estado de origen o que se trasladara a un tercer Estado¹.

Ámbito de aplicación por razón de la materia²

Artículo 3: el Convenio contempla las siguientes medidas de protección enumeradas en el artículo 3³:

- la atribución, ejercicio, extinción o privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación⁴;
- el 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;
- la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;
- la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona, de representarlo o de asistirlo, tales como un representante legal, un consejero, un asesor o un administrador *ad hoc*;
- la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga⁵;
- la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo.

Competencia (ámbito de aplicación por razón de la persona y del territorio)⁶

Artículo 5: si el Estado de origen del niño es un Estado contratante del Convenio y el niño sigue teniendo su residencia habitual en ese Estado, sus autoridades pueden ser competentes para adoptar medidas de protección que permitan el regreso del niño al cuidado de sus padres en el Estado de origen del niño o en un tercer Estado. Asimismo, podrían adoptarse medidas de protección para que el niño sea confiado al cuidado de un miembro de la familia ampliada (posiblemente como tutor) o sea colocado, por ejemplo, en un hogar de acogida en el Estado de origen del niño o en un tercer Estado.

Artículo 6(1)⁷: las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran ciertos niños, concretamente niños refugiados o niños que, debido a los disturbios que se producen en su país, son desplazados internacionalmente, tienen competencia para adoptar medidas de protección que permitan el regreso del niño al cuidado de sus padres en el Estado de origen del niño o en un tercer Estado. Asimismo, podrían adoptarse medidas de protección para que el niño sea confiado al cuidado

¹ El texto completo del Convenio de 1996 y de la disposición siguiente está disponible en el sitio web de la HCCH < www.hcch.net > en "Protección de niños".

² Véanse más arriba los párrs. 15-17.

³ La disponibilidad de las medidas de protección que figuran aquí y las decisiones relativas a dichas medidas estarán sujetas a la ley aplicable según el artículo 15. Además, estarán sujetas a la aplicación, cuando sea pertinente, de las leyes de inmigración de los Estados interesados.

⁴ Incluido el regreso del niño al cuidado de sus padres.

⁵ Incluidos el acogimiento por familiares, el acogimiento en hogares de guarda y otras formas de cuidado basadas en la familia o similares, acogimiento residencial y acuerdos de vida independiente supervisados para los niños.

⁶ Los arts. 5-6, 8-9 y 11 se aplican únicamente a los Estados contratantes del Convenio de 1996, independientemente de que los demás Estados interesados sean también Estados contratantes. Véanse más arriba el párr. 18 y la nota 54.

⁷ Véanse más arriba los párrs. 24-26.

de un miembro de la familia ampliada (posiblemente como tutor) o sea colocado, por ejemplo, en un hogar de acogida en el Estado de origen del niño o en un tercer Estado.

Artículo 6(2)⁸: las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran los niños cuya residencia habitual no puede establecerse también son competentes para adoptar medidas de protección que permitan el regreso del niño al cuidado de sus padres en el Estado de origen o en un tercer Estado. Asimismo, podrían adoptarse medidas de protección para que el niño sea confiado al cuidado de un miembro de la familia ampliada (posiblemente como tutor) o sea colocado, por ejemplo, en un hogar de acogida en el Estado de origen del niño o en un tercer Estado.

Artículos 8 y 9⁹: puede ser posible transferir la competencia a la autoridad de otro Estado contratante si se considera que esta otra autoridad estaría mejor situada en el caso concreto para evaluar el interés superior del niño. La posibilidad de un traslado puede ser particularmente apropiada cuando se consideran medidas que permiten la restitución del niño al cuidado de sus padres en el Estado de origen del niño (si entretanto se ha perdido la residencia habitual del niño en ese Estado y, por consiguiente, también la competencia de ese Estado) o un traslado del niño a un tercer país, ya que esta transferencia de competencia contribuiría a allanar el camino para dicha restitución o traslado¹⁰. Asimismo, la posibilidad de un traslado puede ser apropiada al considerar las medidas de protección que podrían adoptarse para que el niño sea confiado al cuidado de un miembro de la familia ampliada (posiblemente como tutor) o sea colocado, por ejemplo, en un hogar de acogida en el Estado de origen del niño o en un tercer Estado. El Estado al que se transferiría la competencia tendría que ser un Estado del que el niño sea ciudadano o con el que tenga un vínculo sustancial, el que, según las circunstancias, puede ser donde se encuentren miembros de la familia (ampliada).

Artículo 14: las medidas adoptadas en aplicación de los artículos 5 a 10 siguen en vigor según sus términos mientras las autoridades que tienen competencia en virtud del Convenio no hayan modificado, sustituido o revocado dichas medidas, incluso si un cambio de circunstancias ha eliminado el presupuesto en que se fundamentaba la competencia.

Ley aplicable

Artículo 15(1): en ejercicio de su competencia, las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley, incluso cuando devuelven al niño al cuidado de sus padres en el nuevo Estado o cuando prevén un sistema de cuidado alternativo para el niño en el Estado de origen o en un tercer Estado.

Artículo 15(2)¹¹: en ejercicio de su competencia, las autoridades de los Estados contratantes pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho, como la ley del Estado de origen del niño o de un tercer Estado¹².

Artículo 15(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.

⁸ *Ibid.*

⁹ Véanse más arriba los párrs. 27-30 y, en especial, la nota 39.

¹⁰ Esto solo será práctico si ha habido una medida anterior en la que se ha quitado la custodia a los padres y se necesita una nueva medida para modificar la anterior.

¹¹ La ley aplicable puede ser la ley de un Estado contratante o la ley de un Estado no contratante. Véanse más arriba los párrs. 37-39.

¹² Véanse más arriba los párrs. 18 y 38. Por ejemplo, en el caso específico del regreso del niño a su Estado de origen o la reubicación en un tercer Estado, sería más apropiado aplicar la ley del Estado de origen del niño o del tercer Estado a las medidas para su protección, incluso cuando el Estado no es un Estado contratante del Convenio.

Reconocimiento y ejecución¹³

Artículo 23(1): las medidas de protección adoptadas en un Estado contratante serán reconocidas de pleno derecho en todos los otros Estados contratantes.

Artículo 23(2): no obstante, podrá denegarse el reconocimiento de una medida de protección por alguna de las razones que figuran en el artículo 23(2)¹⁴.

Artículo 24: puede ser apropiado solicitar una determinación sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una medida de protección antes de devolver al niño a su Estado de origen o de trasladarlo a un tercer Estado.

Artículo 26(1): la ejecución de la restitución o el traslado de un niño estará sujeta a una declaración de ejecutoriedad o al registro con vistas a su ejecución en el Estado requerido, de conformidad con el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado.

Cooperación¹⁵

Artículo 30(2): se podría solicitar a la Autoridad Central del Estado de origen del niño o a la de un tercer Estado que proporcionara información sobre las leyes vigentes y los servicios disponibles en sus Estados en relación con la protección de los niños en caso de que el niño pudiera ser devuelto a su Estado de origen o relocalizado en un tercer Estado¹⁶.

Artículo 31(c): se puede pedir a una Autoridad Central que preste asistencia para localizar a un niño en el territorio de su Estado cuando este necesite protección.

Artículo 32: un Estado que tenga un vínculo sustancial con un niño (por ejemplo, el Estado de la nacionalidad o, según las circunstancias, un Estado en el que vivan familiares del niño) puede presentar ciertas solicitudes a la Autoridad Central del Estado en el que el niño está presente y tiene su residencia habitual, con respecto a ese niño. Estas solicitudes deben justificarse debidamente y pueden pedir un informe sobre la situación del niño o que la Autoridad Central a la que se dirigen considere la adopción de medidas para proteger al niño.

Artículo 33¹⁷: existe un procedimiento obligatorio de consulta y aprobación entre las Autoridades Centrales u otras autoridades competentes para la colocación del niño en otro Estado contratante en una familia de acogida o en un establecimiento, o la prestación de cuidados mediante *kafala*.

Artículo 34: las autoridades competentes de un Estado contratante pueden solicitar a cualquier autoridad de otro Estado contratante (por ejemplo, un Estado en el que se encuentren los familiares de un niño) que comunique cualquier información que posea y que sea pertinente para la protección del niño, incluida la ubicación de la familia del niño.

¹³ Las disposiciones de reconocimiento y ejecución del Convenio de 1996 solo aplican si tanto el Estado donde se ordenaron las medidas de protección como el Estado requerido (es decir, el Estado donde las medidas de protección serán reconocidas y ejecutadas) son Estados contratantes. Si solo uno de ellos es un Estado contratante, las medidas de protección se reconocerán y ejecutarán en el Estado requerido en conformidad con las normas internas sobre derecho privado internacional de ese Estado. Véanse más arriba los párrs. 40-43.

¹⁴ Véanse más arriba el párr. 41 y la nota 61.

¹⁵ Véanse más arriba los párrs. 44-50. El artículo 34 no exige que el Estado requerido responda favorablemente. El hacerlo dependerá de las leyes del Estado requerido, incluidas las leyes relativas al acceso a la información y a la protección de la privacidad.

¹⁶ Véase más arriba el párr. 45.

¹⁷ El art. 33 no se aplicaría a la devolución de un niño a sus padres.

Artículo 35: las autoridades competentes de un Estado contratante pueden solicitar a las autoridades de otro Estado contratante que colaboren en la aplicación de las medidas de protección adoptadas en virtud del Convenio, para permitir la restitución del niño al cuidado de sus padres en el Estado de origen del niño o en un tercer Estado o la colocación del niño en un Estado contratante distinto del que ha adoptado la medida de colocación.

Artículo 36: en todo caso en que un niño esté expuesto a un peligro grave, las autoridades competentes de un Estado contratante en el que se hayan adoptado o se estén estudiando medidas de protección, si se les informa de que el niño ha cambiado de residencia o está presente en otro Estado, informarán a las autoridades de ese otro Estado sobre el peligro que corre y las medidas adoptadas o en estudio. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando un niño fugado ha sido víctima de un acto de explotación descubierto en otro Estado.

BORRADOR

**Ejemplos de aplicación del Convenio de 1996
a niños refugiados, desplazados internacionalmente
o sin residencia habitual¹**

“Ejemplo 1

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 familiares². 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 plazo³. Con arreglo al Convenio, las medidas adoptadas deberán reconocerse y ejecutarse en todos los otros Estados contratantes.

Ejemplo 2

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 3

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 competencia (art. 14). Si las autoridades del Estado no contratante B adoptan una decisión respecto del niño, se aplicarán las normas de derecho interno del Estado contratante A respecto del reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras a fin de determinar el efecto de la decisión extranjera.

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, solo podrán

¹ Se copiaron estos ejemplos del Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 8, pp. 162-163.

² Art. 30 del Convenio de 1996.

³ Esto es cierto solo si la colocación se va a llevar a cabo en el propio Estado B. Si se trata de otro Estado contratante, se aplicarían el art. 33 y el correspondiente motivo de denegación del art. 23.

adoptar medidas de protección en virtud de los artículos 11 y 12 del Convenio⁴. No obstante, (*sic.*) [Asimismo], 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 de derecho interno⁵. Sin embargo, si lo hace, estas medidas no serán reconocidas ni ejecutorias conforme al Convenio.”

BORRADOR

⁴ Si el Estado contratante A adopta en el futuro medidas de protección en virtud del art. 11 o 12, estas se reconocerán de pleno derecho y se ejecutarán en todos los demás Estados contratantes. Su reconocimiento/ejecución en el Estado no contratante B dependerá, por supuesto, de las propias normas de derecho internacional privado del Estado no contratante B.

⁵ Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 8, párrs. 3.11-3.13.

Ejemplos de aplicación del Convenio de 1996 a niños fugados, abandonados o víctimas de trata de personas¹

Ejemplo 1

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 plazo (art. 30).

Ejemplo 2

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 asistencia². La Autoridad Central los informa acerca de las leyes y de los servicios del Estado contratante B que pueden ayudar a los padres (art. 30(2)). La Autoridad Central también proporciona asistencia para descubrir el paradero del niño (art. 31(c)).

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 Estado (art. 11). 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 solo 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 restitución³.

Ejemplo 3

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 niña (art. 31(c)). Como los progenitores tienen información muy limitada

¹ Se copiaron estos ejemplos del Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, *op. cit.* nota 8, pp. 166-169.

² En este ejemplo, los padres van directamente a la Autoridad Central del Estado contratante B donde creen que está el niño. También sería perfectamente posible que los padres se dirigieran a la Autoridad Central del Estado contratante A donde residen para solicitar asistencia. Esta Autoridad Central transmitiría entonces las solicitudes a la Autoridad Central del Estado contratante B.

³ En el caso de un niño que se 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.

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 11⁴ 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, este 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 ejecutar⁵ la medida de protección que adoptó el Estado contratante C⁶ 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 liviandad⁷.

Ejemplo 4

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

⁴ En cuanto a la relación entre el Convenio de 1996 y el Reglamento Bruselas II bis, véase, más arriba, la nota 36.

⁵ En aras de la claridad, deberían añadirse aquí las siguientes palabras: “en virtud del Convenio”.

⁶ En aras de la claridad, deberían añadirse aquí las siguientes palabras: “en virtud del artículo 11”.

⁷ Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996, op. cit. nota 8, párrs. 4.16-4.19 y 13.83-13.87.

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 32⁸, 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 (por ejemplo, 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.”

⁸ La referencia debería ser al art. 34.

Selección de principios y buenas prácticas de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la AGNUy la Observación general N°6 del CRC con respecto a la protección de niños no acompañados y separados, incluidas las modalidades alternativas de cuidado que los Estados deberían considerar aplicar en sus políticas, procedimientos, normas y legislación nacionales¹

Principios relacionados con los procedimientos y buenas prácticas

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 57: la toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial. Debería basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario siempre que sea posible. Debería suponer la plena consulta del niño en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y de sus padres o tutores legales. A estos efectos, se debería proporcionar a todos los interesados la información necesaria para basar su opinión. Los Estados deberían poner el máximo empeño en proporcionar recursos y cauces adecuados para la formación y el reconocimiento de los profesionales encargados de determinar la mejor modalidad de acogimiento, a fin de facilitar el cumplimiento de estas disposiciones.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 6: todas las decisiones, iniciativas y soluciones comprendidas en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices deberían adoptarse caso por caso a fin de garantizar principalmente la seguridad y protección del niño, y deben estar fundamentadas en el interés superior y los derechos del niño de que se trate, de conformidad con el principio de no discriminación y considerando debidamente la perspectiva de género. Debería respetarse plenamente el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta de forma adecuada a su desarrollo evolutivo y sobre la base de su acceso a toda la información necesaria. Debería ponerse el máximo empeño en que la audiencia y el suministro de información se efectuaran en el idioma de preferencia del niño.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 7: al aplicar las presentes Directrices, el interés superior del niño constituirá el criterio para determinar las medidas que hayan de adoptarse con relación a los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación que sean más idóneas para satisfacer sus necesidades y facilitar el ejercicio de sus derechos, atendiendo al desarrollo personal e integral de los derechos del niño en su entorno familiar, social y cultural y su condición de sujeto de derechos, en el momento de proceder a esa determinación y a más largo plazo. En el proceso de determinación se debería tener en cuenta, en particular, el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta según su edad y grado de madurez.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 25: de acuerdo con el artículo 12 de la [CDN], al determinar las disposiciones que han de adoptarse respecto de los menores no acompañados o separados, se recabarán y tendrán debidamente en cuenta los deseos y las opiniones del menor (art. 12(1)). De cara a la expresión informada de tales deseos y opiniones, es imperativo que los menores dispongan de toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar el asilo, la localización de la familia y la situación en el país de origen (arts. 13, 17 and 22(2)). En lo que concierne a la tutela, custodia y alojamiento y representación legal del menor, deben tenerse también en cuenta las opiniones de este. La información antedicha se proporcionará en forma que sea acorde con la madurez y el nivel de

¹ Las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la AGNU y la Observación General N° 6 del Comité de los Derechos del Niño no son vinculantes.

comprensión del menor. Dado que la participación está en función de una comunicación fiable, se proveerá en su caso interpretación en todas las fases del procedimiento.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 21: decisiones subsiguientes, como el nombramiento de un tutor competente lo antes posible, constituyen una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Así pues, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 34: en el caso de un menor separado de su familia, normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo, salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor, por ejemplo, cuando este haya sido maltratado por el adulto acompañante. Cuando un menor esté acompañado por un adulto o una persona que lo cuida sin ser pariente, deberá analizarse con más detenimiento la idoneidad de este para actuar de tutor. Si el tutor puede atender al menor cotidianamente y está dispuesto a hacerlo, pero no puede representar debidamente el superior interés del menor en todos los campos y ámbitos de su vida, deberán adoptarse medidas complementarias (por ejemplo, el nombramiento de un asesor o representante legal).

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 35: deberán establecerse y aplicarse mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior del menor esté representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 36: cuando un menor sea parte en procedimientos de asilo u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 37: se informará en todo caso al menor de las decisiones tomadas respecto de la tutela y la representación legal, y se tendrá en cuenta su opinión.

Medidas de protección urgentes a la llegada al territorio de un nuevo Estado

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 162: la identificación e inscripción en un registro de los niños no acompañados o separados, y la expedición de documentos para ellos, constituyen una prioridad en cualquier situación de emergencia y deberían efectuarse lo más rápidamente posible.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 147: para contribuir a la planificación del futuro de un niño no acompañado o separado de la manera que mejor ampare sus derechos, el Estado relacionado con el caso y sus servicios sociales deberían hacer todo lo que sea razonable para obtener documentación e información a fin de realizar una evaluación de la situación de riesgo en que se encuentra el niño y las condiciones sociales y familiares en su país de residencia habitual.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 145: se insta enérgicamente a los Estados a que, tan pronto como un niño no acompañado haya sido identificado, nombren un tutor o, de ser necesario, otorguen su guarda a una organización responsable de su acogida y bienestar para que acompañen al niño durante todo el proceso de determinación de su situación y de toma de decisiones.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 19: ningún niño debería quedar privado en ningún momento del apoyo y la protección de un tutor legal u otro adulto reconocido responsable o de una entidad pública competente.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 21: decisiones subsiguientes, como el nombramiento de un tutor competente lo antes posible, constituyen una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Así pues, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 24: el Comité considera que deben adoptarse disposiciones prácticas a todos los niveles para proteger a los menores contra los peligros descritos. Entre dichas disposiciones podrían incluirse la institución de procedimientos prioritarios aplicables a los niños víctimas de trata, el nombramiento sin demora de tutores, informar a los menores de los peligros que corren y la articulación de medidas para la observación de los menores particularmente expuestos. Estas medidas deben evaluarse periódicamente en términos de eficacia.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 33: los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del menor no acompañado o separado de su familia esté debidamente representado. Por lo tanto, tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales. Se consultará e informará al tutor de todas las medidas adoptadas en relación con el menor. El tutor estará autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera. El tutor o asesor tendrá los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia, para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades en materia jurídica, social, sanitaria, psicológica, material y educativa, etc., debidamente satisfechas. Servirá de vínculo entre el niño y los especialistas, organismos e individuos que prestan la atención permanente que el menor necesita. No podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los del menor. Por ejemplo, quedarán excluidos de la función de tutor los adultos no pertenecientes a la familia cuya relación principal con el menor sea la de empleado.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 104: la función y las responsabilidades específicas de la persona o entidad designada deberían consistir en lo siguiente:

- (a) Velar por la protección de los derechos del niño y, en especial por que el niño cuente con el cuidado, el alojamiento, la atención de salud, las oportunidades de desarrollo, el apoyo psicosocial, la educación y el apoyo lingüístico apropiados;
- (b) Velar por que el niño tenga acceso a representación legal y otro tipo de asistencia si fuera necesario, por que el niño sea oído, de modo que sus opiniones sean tenidas en cuenta por las autoridades encargadas de la toma de decisiones, y por que el niño sea informado y asesorado sobre sus derechos;
- (c) Contribuir a la determinación de una solución estable que responda al interés superior del niño;
- (d) Servir de enlace entre el niño y las diversas organizaciones que pueden prestar servicios a este;
- (e) Asistir al niño en la búsqueda de sus familiares;
- (f) Velar por que, si se lleva a cabo la repatriación o la reagrupación familiar, ello redunde en favor del interés superior del niño;

- (g) Ayudar al niño a mantenerse en contacto con su familia, cuando proceda.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 67: los Estados deberían garantizar el derecho de todo niño en acogimiento temporal a la revisión periódica y minuciosa —preferiblemente cada tres meses por lo menos— de la idoneidad del cuidado y tratamiento que se le da, teniendo en cuenta sobre todo su desarrollo personal y cualquier variación de sus necesidades, los cambios en su entorno familiar y si, en vista de lo anterior, la modalidad de acogimiento sigue siendo necesaria y adecuada. La revisión debería estar a cargo de personas debidamente calificadas y habilitadas e implicar plenamente al niño y a todas las personas importantes en su vida.

Soluciones duraderas: consideraciones generales

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 79: el objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados o separados de su familia es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia. Los intentos de hallar soluciones duraderas para los menores no acompañados o separados comenzarán y se pondrán en práctica sin dilación y, de ser posible, inmediatamente después de que se determine que se trata de un menor no acompañado o separado de su familia. De acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 80: la localización de la familia es un ingrediente esencial de la búsqueda de una solución duradera y debe gozar de prioridad, salvo cuando el acto de localización o la forma en que esta se realiza van contra el interés superior del menor o ponen en peligro los derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar. En todo caso, al efectuar la localización, no se hará ninguna referencia a la condición del menor como candidato al asilo o refugiado. Sobre la base de estas condiciones, los intentos de localización proseguirán también durante el procedimiento para obtener la condición de refugiado. En el caso de los menores que se encuentren en el territorio del Estado de acogida, sea a título de asilo, de formas complementarias de protección o debido a obstáculo de hecho o de derecho a la expulsión, debe buscarse una solución duradera.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 1: las presentes Directrices tienen por objeto 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 del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 2: a la luz de esos instrumentos internacionales y teniendo en cuenta el creciente caudal de conocimientos y experiencias en esta esfera, las Directrices establecen unas pautas adecuadas de orientación política y práctica. Han sido concebidas para su amplia difusión entre todos los sectores que se ocupan directa o indirectamente de cuestiones relacionadas con el acogimiento alternativo y tienen como finalidad, en particular:

- (a) Apoyar los esfuerzos encaminados a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia o que se reintegre a ella o, en su defecto, a encontrar otra solución apropiada y permanente, incluidas la adopción y la *kafala* del derecho islámico;
- (b) Velar por que, mientras se buscan esas soluciones permanentes, o en los casos en que estas resulten inviables o contrarias al interés superior del niño, se determinen y adopten, en condiciones que promuevan el desarrollo integral y armonioso del niño, las modalidades más idóneas de acogimiento alternativo;

- (c) Ayudar y alentar a los gobiernos a asumir más plenamente sus responsabilidades y obligaciones a este respecto, teniendo presentes las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada Estado; y
- (d) Orientar las políticas, decisiones y actividades de todas las entidades que se ocupan de la protección social y el bienestar del niño, tanto en el sector público como en el privado, incluida la sociedad civil.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 81: con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el artículo 9 de la [CDN] de impedir que un menor sea separado de sus padres contra su voluntad, debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión (art. 12) (véase también la sección IV e), "El derecho del niño a expresar su opinión libremente"). Si bien las circunstancias expresamente recogidas en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 9, esto es, los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, pueden desaconsejar la reunión en cualquier lugar, otras consideraciones fundadas en el interés superior del menor pueden constituir un obstáculo para la reunión solo en lugares específicos.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 29(c): a los efectos de las presentes Directrices, y sin perjuicio de las excepciones enunciadas, en particular, en el párrafo 29 *infra*, se aplicarán las definiciones siguientes:

[...]

- (c) Según el entorno en que se ejerza, el acogimiento alternativo puede ser:
 - (i) Acogimiento por familiares: acogimiento en el ámbito de la familia extensa del niño o con amigos íntimos de la familia conocidos del niño, de carácter formal o informal;
 - (ii) Acogimiento en hogares de guarda: los supuestos en que una autoridad competente confía el niño a efectos de acogimiento alternativo al entorno doméstico de una familia distinta de su propia familia, que ha sido seleccionada, declarada idónea, aprobada y supervisada para ejercer ese acogimiento;
 - (iii) Otras formas de acogida en un entorno familiar o similar;
 - (iv) Acogimiento residencial: acogimiento ejercido en cualquier entorno colectivo no familiar, como los lugares seguros para la atención de emergencia, los centros de tránsito en casos de emergencia y todos los demás centros de acogimiento residencial a plazo corto y largo, incluidos los hogares funcionales;
 - (v) Soluciones de alojamiento independiente y tutelado de niños;

[...].

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 30(b): no obstante, el acogimiento alternativo previsto en las presentes Directrices no abarca:

- (a) [...];
- (b) El acogimiento por los padres adoptivos desde el momento en que el niño haya sido puesto efectivamente bajo su custodia en cumplimiento de una resolución judicial definitiva de adopción, a partir de cuyo momento, a los efectos de las presentes Directrices, se considera que el niño se encuentra bajo la guarda de sus padres. No

obstante, las presentes Directrices se aplican al acogimiento preadoptivo o de prueba de un niño por sus eventuales padres adoptivos, en la medida en que sean compatibles con los requisitos que rigen ese tipo de acogimiento conforme a lo dispuesto en otros instrumentos internacionales pertinentes;

(c) [...].

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 161: en caso de que la reintegración en la familia resultara imposible en un plazo adecuado o se considerase contraria al interés superior del niño, deberían estudiarse soluciones estables y definitivas, como la adopción o la *kafala* del derecho islámico, o en su defecto otras opciones a largo plazo, como el acogimiento en un hogar de guarda o un acogimiento residencial apropiado, incluidos los hogares funcionales y otras modalidades de alojamiento tutelados

Reintegración en la familia (en el Estado de origen (del que se ha huido) o en el nuevo Estado)

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 81: con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el artículo 9 de la [CDN] de impedir que un menor sea separado de sus padres contra su voluntad, debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión (art. 12) (véase también la sección IV e), "El derecho del niño a expresar su opinión libremente"). Si bien las circunstancias expresamente recogidas en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 9, esto es, los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, pueden desaconsejar la reunión en cualquier lugar, otras consideraciones fundadas en el interés superior del menor pueden constituir un obstáculo para la reunión solo en lugares específicos.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 82: la reunión familiar en el país de origen no favorece el interés superior del menor y, por tanto, no debe procurarse cuando exista un "riesgo razonable" de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor. Ese riesgo debe indiscutiblemente consignarse al reconocer la condición de refugiado o cuando las autoridades competentes resuelven sobre la aplicabilidad de las obligaciones de no devolución (incluidas las derivadas del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por consiguiente, el reconocimiento de la condición de refugiado constituye un obstáculo jurídico a la devolución al país de origen y, por tanto, a la reunión familiar en este. Si las circunstancias en el país de origen presentan riesgos de nivel inferior y, por ejemplo, puede sospecharse que el menor se verá afectado por los efectos indiscriminados de una violencia generalizada, se prestará plena atención a estos riesgos frente a otras consideraciones fundadas en derechos como las consecuencias de una prolongación de la separación. En este contexto, debe recordarse que la supervivencia del menor es primordial y presupuesto del disfrute de los demás derechos.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 83: si no es posible la reunión familiar en el país de origen, sea a causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del menor inclina la balanza en favor de este último, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio. En este contexto, se recuerda especialmente a los Estados Partes "toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva" y "no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares" (art. 10(1)). Los países de origen deben respetar "el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido del propio, y a entrar en su propio país" (art. 10(2)).

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 49: para preparar al niño y a la familia para su posible regreso a esta y para apoyar dicha reinserción, la situación del niño debería ser evaluada por una persona o un equipo debidamente designado que tenga acceso a asesoramiento multidisciplinario, en consulta con los distintos actores involucrados (el niño, la familia, el acogedor alternativo), a fin de decidir si la reintegración del niño en la familia es posible y redundante en favor del interés superior de este, qué medidas supondría y bajo la supervisión de quién.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 50: los objetivos de la reintegración y las tareas principales de la familia y el acogedor alternativo a este respecto deberían hacerse constar por escrito y ser acordadas por todos los interesados.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 51: el organismo competente debería elaborar, apoyar y vigilar los contactos regulares y apropiados entre el niño y su familia específicamente a los efectos de la reintegración.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 52: una vez decidida, la reintegración del niño en su familia debería concebirse como un proceso gradual y supervisado, acompañado de medidas de seguimiento y apoyo que tengan en cuenta la edad del niño, sus necesidades y desarrollo evolutivo y la causa de la separación.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 148: los niños no acompañados o separados no deben ser devueltos a su país de residencia habitual:

- (a) Si, después de la evaluación de la seguridad y los riesgos, hay motivos para creer que la seguridad y protección del niño están en peligro;
- (b) A menos que, antes del retorno, un cuidador idóneo, como uno de sus progenitores, un pariente, otro cuidador adulto, una agencia oficial o una agencia o un centro de acogida habilitados del país de origen haya aceptado y pueda asumir la responsabilidad por el niño y brindarle la protección y el cuidado adecuados;
- (c) Si, por otras razones, ello no responde al interés superior del niño, según la evaluación de las autoridades competentes.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 151: los responsables del bienestar de un niño no acompañado o separado deberían facilitar con regularidad la comunicación entre el niño y su familia, salvo cuando ello sea contrario a los deseos del niño o claramente no responda a su interés superior.

Retorno al Estado de origen (en especial, en casos de niños de niños huérfanos)

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 84: el retorno al país de origen no entra en consideración si produce un "riesgo razonable" de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución. El retorno al país de origen solo podrá contemplarse en principio si redundante en el interés superior del menor. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas:

- La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país.
- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor.
- Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden.

- El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen.
- El derecho del menor a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares” (art. 8).
- La “conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño” y se preste atención “a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20).

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 85: Si los padres o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al menor, el retorno al país de origen no se efectuará, en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al país de origen.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 86: excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor. Así puede suceder cuando este representa un grave peligro para la seguridad del Estado o de la sociedad. Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 87: en todo caso, las medidas de retorno se llevarán a efecto de una manera segura y teniendo presentes las necesidades específicas del menor y consideraciones de género.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 88: en este contexto, se recuerda también a los países de origen la obligación que les incumbe según el artículo 10 de la Convención, en particular, la de respetar "el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y a entrar en su propio país".

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 10: todas las decisiones relativas al acogimiento alternativo del niño deberían tener plenamente en cuenta la conveniencia, en principio, de mantenerlo lo más cerca posible de su lugar de residencia habitual, a fin de facilitar el contacto con su familia y la posible reintegración en ella y de minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 148: los niños no acompañados o separados no deben ser devueltos a su país de residencia habitual:

- (a) Si, después de la evaluación de la seguridad y los riesgos, hay motivos para creer que la seguridad y protección del niño están en peligro;
- (b) A menos que, antes del retorno, un cuidador idóneo, como uno de sus progenitores, un pariente, otro cuidador adulto, una agencia oficial o una agencia o un centro de acogida habilitados del país de origen haya aceptado y pueda asumir la responsabilidad por el niño y brindarle la protección y el cuidado adecuados;
- (c) Si, por otras razones, ello no responde al interés superior del niño, según la evaluación de las autoridades competentes.

Integración en el país de acogida

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 89: la integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho. La integración en el país de acogida debe basarse en un régimen jurídico estable (con inclusión del

permiso de residencia) y estar regida por los derechos previstos en la Convención que son plenamente aplicables a todos los menores que permanecen en el país, con independencia de que sea en razón de su reconocimiento como refugiados, de otros obstáculos jurídicos al retorno o de si el análisis de los intereses superiores del niño desaconseja el retorno.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 90: una vez que se ha decidido que el menor separado o no acompañado va a permanecer en la comunidad, las autoridades interesadas procederán a evaluar la situación del menor y posteriormente, en consulta con este o con su tutor, determinarán las disposiciones apropiadas a largo plazo dentro de la nueva comunidad y demás medidas necesarias para facilitar la integración. La colocación a largo plazo en un establecimiento debe responder al interés superior del menor; en esta fase, la atención en un establecimiento debe ser, en la medida de lo posible, solo una solución de última instancia. El menor separado o no acompañado debe tener acceso a los mismos derechos (educación, formación, empleo y asistencia sanitaria) que los niños nacionales y en pie de igualdad con estos. Con objeto de que el menor no acompañado o separado disfrute plenamente de estos derechos, el país de acogida quizás tenga que prestar atención especial a otras consideraciones a la luz de la situación vulnerable del niño, organizando, por ejemplo, una formación adicional en el idioma del país.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 152: el acogimiento preadoptivo o la *kafala* del derecho islámico no deberían considerarse una opción inicial idónea para un niño no acompañado o separado. Se alienta a los Estados a que tomen en consideración esta opción solo cuando se hayan agotado todas las posibilidades de determinar el lugar donde se encuentran sus padres, su familia extensa o sus cuidadores habituales.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 161: en caso de que la reintegración en la familia resultara imposible en un plazo adecuado o se considerase contraria al interés superior del niño, deberían estudiarse soluciones estables y definitivas, como la adopción o la *kafala* del derecho islámico, o en su defecto otras opciones a largo plazo, como el acogimiento en un hogar de guarda o un acogimiento residencial apropiado, incluidos los hogares funcionales y otras modalidades de alojamiento tutelados.

Adopción internacional

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 91: la adopción de menores no acompañados o separados solo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el menor es adoptable. En la práctica, ello quiere decir en particular que han resultado infructuosas las tentativas de localización y reunión de la familia o que los padres han dado su consentimiento a la adopción. El consentimiento de los padres, así como el de otras personas, instituciones y autoridades que requiere la adopción, debe ser libre e informado. Ello supone en particular que el consentimiento no se ha obtenido mediante pago o contraprestación de ningún género ni ha sido retirado.

- Los menores no acompañados o separados no deben ser adoptados con precipitación en medio de una emergencia.
- Toda adopción exige la previa determinación de que responde al interés superior del menor y debe ajustarse al derecho nacional e internacional y a la costumbre.
- En todos los procedimientos de adopción debe solicitarse y tenerse en cuenta las opiniones del menor, teniendo presente su edad y madurez. Esta exigencia lleva implícito que el menor ha sido asesorado y debidamente informado de las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la misma, si este fuera necesario. El consentimiento debe ser libre y no estar asociado a pago o contraprestación de ninguna especie.

- Debe darse prioridad a la adopción por parte de parientes en el país de residencia. Si ello no fuera posible, se dará preferencia a la adopción en el seno de la comunidad de procedencia del menor o al menos dentro de su propia cultura.
- La adopción no debe entrar en consideración:
 - Si existe esperanza razonable de localizar a la familia y la reunión con esta responde al interés superior del menor.
 - Si es contraria a los deseos expresamente manifestados por el menor o sus padres.
 - Salvo si ha transcurrido un período razonable en el curso del cual se han tomado todas las disposiciones factibles para localizar a los padres u otros miembros supervivientes de la familia. Este lapso puede variar en función de las circunstancias y, en particular, de la posibilidad de proceder a una localización adecuada; sin embargo, el proceso de localización debe finalizar al cabo de un período razonable.
- No procede la adopción en el país de asilo si existe la posibilidad de repatriación voluntaria en un futuro próximo en condiciones de seguridad y dignidad.

Directrices s/ las modalidades alter. (AGNU), párr. 166: debe verificarse en cada caso la validez de las relaciones y la confirmación de la voluntad de reagrupación familiar del niño y los miembros de su familia. No debería adoptarse ninguna medida que pueda dificultar la eventual reintegración en la familia, como adopción, cambio de nombre o traslado a lugares alejados de la probable ubicación de la familia, hasta que se hayan agotado todos los intentos de búsqueda.

Reasentamiento o reubicación en un tercer país

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 92: el reasentamiento en un tercer país puede ofrecer una solución duradera al menor no acompañado o separado que no pueda retornar a su país de origen y para el que no sea posible contemplar una solución duradera en el país de acogida. La decisión de reasentar al menor no acompañado o separado debe basarse en una evaluación actualizada, exhaustiva y fundada en el interés superior, habida cuenta en particular de las circunstancias internacionales del momento y demás imperativos de protección. El reasentamiento está particularmente indicado si constituye el único medio para proteger efectiva y establemente al menor contra la devolución o la persecución u otras graves violaciones de los derechos humanos en el país de estancia. El reasentamiento responde también al interés superior del menor no acompañado y separado si contribuye a la reunión familiar en el país de reasentamiento.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 93: al evaluar el interés superior antes de resolver sobre el reasentamiento deben tenerse también en cuenta otros factores, como la duración prevista de los obstáculos jurídicos o de otra índole al retorno del menor a su país de origen, el derecho de este a preservar su identidad, incluida la nacionalidad y el nombre (art. 8), la edad, el sexo, el estado emocional, la educación y los antecedentes familiares del menor, la continuidad o discontinuidad de la atención en el país de acogida, la conveniencia de la continuidad en la crianza del menor, los antecedentes étnicos, religiosos, culturales y lingüísticos del menor (art. 20), el derecho de este a preservar sus relaciones familiares (art. 8) y las posibilidades a medio y largo plazo de reunión familiar sea en el país de origen, en el de acogida o en el de reasentamiento. El menor no acompañado o separado no debe nunca ser trasladado para reasentamiento a un tercer país si ello va en menoscabo o pone gravemente en peligro la futura reunión con su familia.

Observación Gen. N° 6 (CRC), párr. 94: se alienta a los Estados a que ofrezcan oportunidades para el reasentamiento de los menores no acompañados y separados de su familia.